ORIGINAL

FOTOCOPIADORA
C.E.D.
CARPETA: 510
FOLIO: 3 S/F ~ DIF 207



51000003

Julio B. J.
Maier

Derecho Procesal Penal

Tomo II
Fundamentos

© 1ª edición 2003. Editores del Puerto s.r.l.
Paraná 341 - 8° C
(1017) Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Telefax: (54-11) 4372-4968 / 4375-4209
Dirección electrónica: delpuerto@interlink.com.ar

Diseño de tapa: Diego GRINBAUN
Maqueta de interior: Adriana ORLANDO

Impreso en agosto del 2003 en
Latingráfica s.r.l. Rocamora 4161
Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito de la ley 11.723

ISBN 987-9120-00-0 Obra completa rústica
987-9120-53-1 Tomo II rústica
987-99437-8-3 Obra completa encuadernada
987-9120-54-X Tomo II encuadernado

Impreso en Argentina

345 Maier, Julio B. J.
MAI Derecho procesal penal: parte general: sujetos procesales. - 1ª. ed. – Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.
v. 2, 848 p.; 24x16 cm.

ISBN 987-9120-53-1

I. Título - 1. Derecho Penal

345 Maier, Julio B. J.
MAI Derecho procesal penal: parte general sujetos procesales. - 1ª. ed. – Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.
v. 2, 848 p.; 24x16 cm.

ISBN 987-9120-54-X

I. Título - 1. Derecho Penal

Fecha de catalogación: 08-08-03

Julio B. J.
Maier

Derecho procesal penal

Tomo II
Parte general

Sujetos procesales

Editores del Puerto s.r.l.
Buenos Aires - 2003 - 1ª edición

BIBLIOTECA JOAQUIN V. GONZALEZ
Facultad Cs. Jurídicas y Sociales
83141



83141

A María Inés, "Chona", y a su "aguante",
pues, increíblemente, me ha tolerado, acompañado,
alentado y amado casi medio siglo.

del recuerdo

Nos encontramos ayer
era aún siglo pasado
Cariño de un verano
súplica de un tal vez.

Trabajó a tiempo el azar
en nuestro favor inclinado
y devolvió reclinado
nuestro deseo de amar.

El tiempo pasó de nuevo
promedió nuestro amor luego
con retoños adorados
con las dichas y pesares
que juntos todavía gozamos
que juntos todavía sufrimos.

Ahora viajamos juntos
vaya uno a saber adónde
buscando nuestro camino
por recorrer de algún modo.

Te tengo porque te extraño
cuando me miras te miro
suspiro cuando suspiras
y cuando agitas tus alas.

El tiempo pasó de nuevo
aún juntos y además luego
en un mundo contemplado
vanamente contemplado
que juntos todavía gozamos
que juntos todavía sufrimos.

ÍNDICE

Abreviaturas I

Prólogo III

Capítulo III
Introducción al estudio de la parte general

§ 9. El proceso penal como conjunto 5
A. La figura del "proceso" como concepto básico del Derecho procesal penal 7
B. La definición de "proceso penal" como concepto sintético .. 15
C. La cuestión acerca del llamado "objeto" del procedimiento . 22
1. Concepto y generalidades 22
2. Las aplicaciones relativas del concepto y la forma de resolver los problemas que él presenta 26
3. Contenido del núcleo del concepto 32
4. Construcción paulatina del objeto procesal penal y su modificación 35
5. El objeto accesorio del procedimiento penal: la cuestión civil 38
D. Sujetos del procedimiento penal (intervinientes o participantes) 40
1. Conceptos y generalidades 40
2. Clasificación y enumeración 42
a) Protagonistas estatales 42
b) Protagonistas privados 47
c) Otra posibilidad 51
E. La concepción fundamental del procedimiento penal actual 52

1. La idea básica 52
2. La reforma de esa idea básica debida al llamado Estado de Derecho 60
3. La posición final de los sujetos procesales y su relación entre sí 65
F. Los presupuestos procesales 73
1. Concepto y generalidades 73
a) Prohibición de la aplicación retroactiva 79
b) Decisión conclusiva 83
c) Valor de la decisión 86
d) Examen de oficio 89
2. Los presupuestos procesales en particular 102
a) Presupuestos relativos al objeto del procedimiento 103
b) Presupuestos relativos a la capacidad del tribunal 117
c) Presupuesto relativo a la participación del acusador en el procedimiento 121
d) Participación y asistencia del imputado 126
e) Formas esenciales del procedimiento 129
f) La observancia de otros derechos humanos 134
g) ¿Otros presupuestos u obstáculos procesales? 145
G. Fines del proceso penal 146
H. Panorama del procedimiento penal común 157
I. Los procedimientos especiales 169

Capítulo IV
Protagonistas del procedimiento (sujetos procesales)

§ 10. El imputado y sus derechos 185
A. Concepto de imputado 187
B. Capacidad 202
1. Presupuesto o capacidad general 204
2. Capacidad procesal específica 213
3. Consecuencias de la falta de capacidad 218
4. Otros obstáculos para la persecución penal 219
C. Facultades y deberes: sobre su posición en el procedimiento 240
D. La defensa y el defensor 256
1. Los distintos significados y sus contenidos 256
2. La necesidad de la defensa técnica 257
3. El defensor 260
4. Facultades del defensor 268

5. Deberes u obligaciones 273
6. Exclusión 281

§ 11. Los órganos estatales de la persecución penal 287
Introducción 290
A. El ministerio público penal 294
1. Historia de su génesis 294
2. La posición institucional y los principios que gobiernan la organización del ministerio público 310
a) El problema 310
b) Las bases regulativas del problema 316
c) Conclusión 356
3. Función y tarea del ministerio público fiscal en el procedimiento penal 361
a) La función y la tarea actuales 361
b) La jerarquización de la tarea de la fiscalía 380
c) Conclusión 385
B. La policía 386
1. Sobre su historia 386
2. La función policial 408
3. Posición institucional 410
4. Función procesal 416
C. La persecución penal estatal y los derechos humanos 422

§ 12. El tribunal penal 433
A. La jurisdicción penal 436
1. Concepto y características 436
2. Jurisdicción penal argentina 453
3. La jurisdicción penal internacional 468
B. El derecho de la organización judicial en materia penal 477
1. Concepto de tribunal y definiciones 477
2. Concepto y contenido del Derecho de la organización judicial 481
3. Los problemas principales de la organización judicial 483
C. La competencia penal argentina 508
1. Concepto y características de la competencia penal 508
2. Puntos de conexión o criterios para dividir la competencia 511
3. Estado federal y competencia de los tribunales 514
4. Breviario sobre competencia federal 520
a) Características y legislación aplicable 520

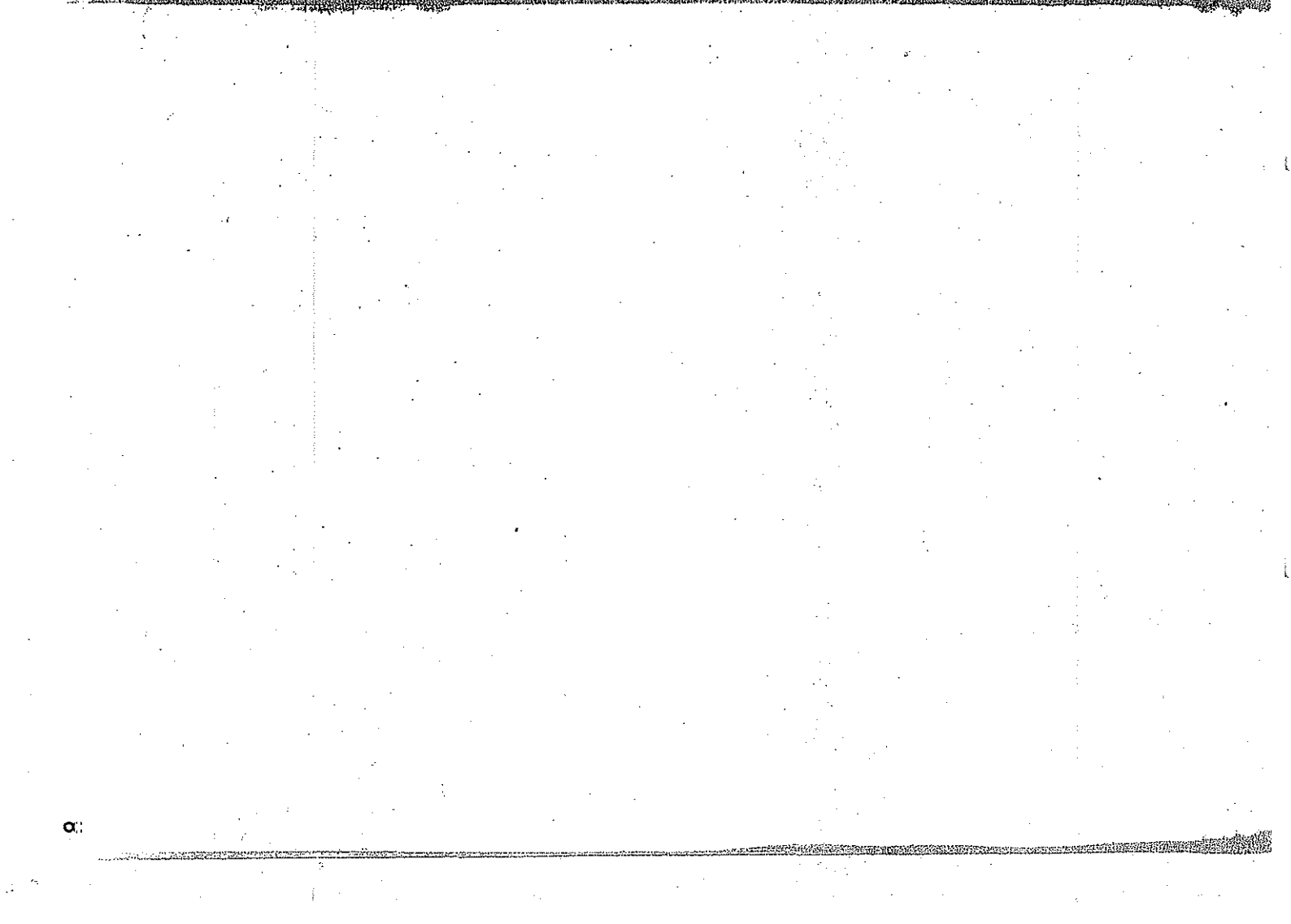
b) Puntos de conexión 524
5. La organización judicial federal 537
6. Los conflictos de competencia 550
D. Exclusión de jueces (recusación y excusación o inhibición) . 554
1. El punto de partida 554
2. El catálogo de motivos 562
a) Finalidad y características genéricas 562
b) Clasificación de los motivos 566
3. El procedimiento de la incidencia y sus efectos sobre el procedimiento penal 572
a) Denuncia 572
b) Trámite 573
c) Efectos 574
4. Los jueces accidentales y el temor de parcialidad 576
5. Otros funcionarios 577

§ 13. La participación del ofendido en el procedimiento penal 579
A. La víctima y el sistema penal 582
1. Panorama histórico-jurídico y generalidades 582
2. La discusión en el Derecho penal material 590
a) Privatización del Derecho penal 590
b) Oficialización del derecho reparatorio 592
c) Reparación y funciones del Derecho penal 595
d) Decantación de la discusión y propuestas concretas ... 598
3. El problema en el Derecho procesal penal 605
a) Presentación 605
b) El caso penal como conflicto privado prevaleciente y la aplicación de la autonomía de la voluntad en el procedimiento penal 617
c) Ampliación del valor de la autonomía de la voluntad en la solución de casos penales; la reparación en el procedimiento 620
d) El ofendido en los delitos de persecución oficial 624
e) El ofendido como actor civil; la solución de la cuestión civil en el procedimiento penal 628
f) La víctima y el procedimiento, en general 630
g) La víctima y la organización judicial 632
4. Conclusiones 633
B. El ofendido en el Derecho positivo argentino 638
1. Presentación del problema 638

2. El acusador no estatal en el procedimiento por delito de acción pública 646
a) El problema de la legitimación 646
b) La argumentación político criminal 656
c) La definición de "ofendido" 665
3. La preeminencia de la voluntad privada 669
a) Los delitos de acción privada 669
b) La instancia de persecución penal 674
4. La reparación del daño 677
C. El querellante en los delitos de acción pública 680
1. Concepto y legitimación 680
2. Función y límites 686
3. Constitución, finalización de su actividad, deberes y responsabilidad 689
D. El querellante en los delitos de acción privada 693
1. Concepto y legitimación 693
2. Función y límites 704
3. Iniciación, finalización de la actividad, deberes y responsabilidad 708
E. La acción civil 720
1. Generalidades 720
2. El actor civil 737
a) Concepto y legitimación 737
b) Constitución, función y límites 747
c) Finalización de la actividad, deberes y responsabilidad . 755
3. El demandado civil 757
a) El imputado 757
b) El tercero civilmente demandado 759
c) El asegurador y su citación en garantía 765
F. Derechos de las víctimas 768

Bibliografía 773

Índice temático 797



Abreviaturas

AA.VV.	Autores varios
art.	artículo
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)
cap.	capítulo
CC	Código Civil
cc.	concordantes
CCC	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal
CCBA	Constitución de la Ciudad de Buenos Aires
cf.	confróntese
CFed.	Cámara Federal (para su identificación, la abreviatura va seguida del nombre del lugar de la sede)
cfme.	conforme
cit.	citada/citado
CN	Constitución Nacional
CNA	Cámara Nacional de Apelaciones
CNCP	Cámara Nacional de Casación Penal
Comisión IDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
comp./comps.	compilador/compiladores
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CP	Código Penal
CPC	Código procesal civil y comercial o de procedimientos civiles y comerciales (se identifica con el nombre de la provincia o Estado que lo sancionó)
CPCC	Código procesal civil y comercial de la Nación
CPCrim.	Código de procedimientos en lo criminal
CPDHyLF	Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio europeo)

CPP	Código procesal penal o de procedimientos penales (se identifica con el nombre de la provincia o Estado que lo sancionó o, si se trata de la Nación Argentina, con la palabra Nación, que sigue a la abreviatura)
CSN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
DADH	Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
Ed.	Editorial o edición de
ed.	edición
EE.UU.	Estados Unidos de América
Fallos	Colección de sentencias de un tribunal que se identifica con las abreviaturas aquí aclaradas o con su nombre completo
inc.	inciso
n°	número
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de Naciones Unidas
OPP (RFA)	Ordenanza procesal penal de la República Federal de Alemania
p./ps.	página/páginas
párr./párrs.	párrafo/párrafos
PIDCyP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
por ej.	por ejemplo
Pr.	Proyecto
Reg. JN	Reglamento de la Justicia Nacional, dictado por la Corte Suprema de la Nación
Reg.	Reglamento
RA	República Argentina
RFA	República Federal de Alemania
s./ss.	siguiente/siguientes
t.	tomo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Tít.	título
trad.	traducción
TS	Tribunal Superior (se identifica con el nombre de la provincia o del Estado al que pertenece)
v.	ver o véase
vol.	volumen

PRÓLOGO

La parte general del Derecho procesal penal comprende dos grandes capítulos, el primero dedicado a los *sujetos procesales* o *participantes en el procedimiento*, publicado aquí en primer término, y el segundo dedicado a los actos procesales, que todavía debe esperar. Me asusta algo escribir en una época donde la inestabilidad jurídica parece ser el patrón que gobierna la función legislativa, al menos en materia penal: frente al avance incontenible de la ciencia natural y de la técnica, supersónico ciertamente, las ciencias culturales parecen no poder oponer resistencia racional alguna, por su lenta carrera, y, como consecuencia, la legislación regresa a la casuística asistemática, que responde tópicamente al problema generado por los hechos y que se creyó poder superar con los códigos y con la construcción cultural del Derecho como sistema, como regla de cálculo de nuestras acciones y de los comportamientos de los órganos estatales, especialmente de la conducta de los órganos judiciales. Puedo sintetizar este sentimiento con un ejemplo: este libro, cuyo prólogo apuro actualmente, estaba prácticamente terminado –salvo algún capítulo– en 1994, y tanto es así que algunos de sus contenidos son conocidos por publicaciones parciales. Mi trabajo más difícil –siempre abominable para el autor– debería haber consistido en lograr el contenido de las notas al pie incompletas, sólo indicadas con el nombre del libro o con el nombre del autor (citas imperfectas o inconclusas). Sucedió la reforma constitucional de 1994 y, conforme a ella, por ejemplo, la sanción de una ley orgánica para el ministerio público, algo que nunca había ocurrido en la historia de nuestro país –y también de algunos países extranjeros– por la rareza del oficio, por una parte representante de la administración, el ejecutor de la ley y monopolizador de la fuerza, frente al Poder Judicial y, por la otra, funcionario judicial en materia penal, por una parte persecutor penal oficial y, por la otra, funcionario adherido al sistema de legalidad e imparcialidad. Ese capítulo debí escribirlo de nuevo, con el gran obstáculo de aquello que ya había

escrito previamente con convicción. El resultado, según mi juicio, fue tan sólo una adaptación al desarrollo constitucional actual que, según se podrá apreciar, en algunos puntos me parece intolerable, algo que, por gracia o por desgracia, la práctica se ha encargado de certificar en varias ocasiones.

Así, a duras penas, he terminado de escribir la sección de los sujetos procesales, actualizada, aproximadamente, a mayo/junio de 2003. Sin embargo, el lector debe prevenirse sobre esas líneas, porque ya el Derecho procesal penal no está situado en el centro de mis inquietudes intelectuales, ni tampoco lo está el Derecho, a secas. Aún puedo decir que el Derecho es el centro de mi atención laboral –y, quizá, no precisamente el Derecho procesal penal, como antaño– y, por tanto, constituye todavía el núcleo de mi *praxis* profesional, de aquel medio con el cual vivo, pero cuyos contenidos y cuyo estudio ya no abordo con la misma pasión de antaño. Otro tanto ocurre con mi vida desde el mero punto de vista físico, que, muy a pesar mío y de varias personas que me tratan como si los años no hubieran pasado, ya me impide dedicar mis momentos libres al Derecho. Por lo contrario, ansío más momentos libres para poder retomar ciertas vocaciones juveniles. Por ello, y de alguna manera porque mis ideas jóvenes sobre el Derecho, y, sobre todo, sobre el Derecho procesal penal, lograron esparcirse y depositar ciertos frutos —lo digo con una buena dosis de orgullo—, creo que esta prolongación de mi libro no tendrá la importancia, ni la repercusión, que tuvieron los *Fundamentos*. Incluso ese tomo debería ser remodelado, más para quitar de él algunos contenidos que se han vuelto obvios, que para poner en él algunos contenidos nuevos. Aspiro a terminar el libro, casi por una veleidad arquitectónica, de construcción de lo pensado, pero ya no pretendo importar demasiado.

No hubiera podido realizar este esfuerzo sin la colaboración de Gabriela CÓRDOBA, paciente correctora del manuscrito, asistente académica y laboral, y todavía más paciente interlocutora para mis necesidades cotidianas de cierta tertulia. Por lo demás, su cariño por el idioma castellano, nuestras dificultades casi comunes para escribirlo bien, y la feliz coincidencia en otro idioma que no sólo no dominamos, sino que, antes bien, nos provoca las mismas dificultades y perplejidades, fueron de gran importancia y le han proporcionado al texto, posiblemente, una juventud que no posee el autor. De la misma manera quiero agradecer a Cecilia Cristina NADDEO, una alumna sobresaliente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, que quisiera a conservar a mi lado, tarea difícil debido a su incli-

nación natural por otra rama jurídica, a quien conozco desde hace muy escaso tiempo y que ya me ha demostrado lo que vale: ella se ocupó de llevar a cabo la tarea de confeccionar el índice temático. No puedo ni quiero dejar de lado en este agradecimiento a "Nani" ORLANDO, nuestro contacto racional con Editores Del Puerto, encargada de "armar" este libro, quien no sólo dio solución a múltiples problemas de todo tipo, sino que, antes bien, nos acompañó en la tarea de escribirlo y nos comprendió cariñosamente, cuando, con mi carácter hosco, refunfuñaba por problemas francamente menores. Ojalá en el futuro, al tiempo de proseguir la obra, cuente con estas colaboradoras, que ya amenazan con abandonarme presurosamente, o, al menos, con colaboradores similares.

El libro, por lo demás, va a aparecer en el seno de aquéllo que la gente, esperanzada, se atreve a llamar "una nueva Argentina". ¡Ojalá así sea!

Julio B. J. MAIER
Buenos Aires, julio de 2003



Capítulo Tercero
Introducción al estudio de la parte general

Parágrafo Noveno
El proceso penal como conjunto



BIBLIOGRAFÍA

ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil* (2ª ed.), t. I, Cap. IV, nº 1 a 14. BAUMANN, Jürgen, *Grundbefriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozeßrechts* (3ª ed.), Caps. IV y V (trad. castellana de Conrado A. FINZI, *Derecho procesal penal*). BELING, Ernst (trad. de Miguel FENECH), §§ 8 y 20 a 28. BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho procesal penal*, Cuarta parte. CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Tratado de Derecho procesal penal*, t. I, Parte primera, Cap. cuarto, Sección cuarta, nº 246 y ss., Cap. quinto, nº 279 y ss., Cap. sexto, Sección quinta, nº 374 y ss.; y t. VI, Parte tercera, nº 1460 a 1462. HENKEL, Heinrich, *Strafverfahrensrecht*, §§ 22, 28, 29 y 70. KAUFMANN, Hilde, *Strafanspruch-Strafklagrecht*. KÜHL, Jörn, *Prozeßgegenstand und Beweisthema im Strafverfahren*. MANCINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho procesal penal* (trad. de Santiago SENTÍS MELENDO y Marino AYERRA REDÍN), t. I, Primera parte (Introducción), Cap. II, § 1, y Cap. V, § 1. NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, t. I, § IV, Tít. III, y t. II, § VII, Títs. II y III, y § VIII, Tít. I, Cap. I. PALACIO, Lino Enrique, *Derecho procesal civil*, t. I, Cap. IV, I, y Cap. VI, I. PASTOR, Daniel R., *Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales*, y *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Cap. V, 3.3. PETERS, Karl, *Strafprozeß* (2ª ed.), §§ 16, 35 y 36, y *Der Strafprozeß in der Fortentwicklung*, § 2, II, 3, y § 3, II, 4. ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal* (trad. de Gabriela E. CÓRDOBA y Daniel R. PASTOR), Cap. 4, §§ 20 y ss., Cap. VII, §§ 37 y ss., Cap. VIII, §§ 41 y ss., Cap. 13, §§ 61 y ss.; y Cap. 14, §§ 64 y ss. SCHMIDT, Eberhard, *Deutsches Strafprozeßrecht*, §§ 1, 3 y 4. SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. 1, § 18, y t. II, §§ 36, 37, 38 y 73. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal* (2ª ed.), t. I, Segunda parte, Caps. V y VI, y t. II, Tercera parte, Caps. III, IV, VI, y Cap. VIII, nº 6. VIVAS USSHER, Gustavo, *Manual de Derecho procesal penal*, t. 1, Cap. 2 y Cap. 4, nº 1 a 8. VOLK, Klaus, *Strafprozeßrecht*, §§ 3, 4, 13 y 14, y *Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht*. WOLTER, Jürgen, *Tatidentität und Tatumgestaltung in Strafprozeß*. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal-Parte general*, §§ 60 y 60. ZIELINSKI, Diethart, *Strafantrag - Strafantragsrecht. Zur Frage der Funktion des Strafantrags und seinen Wirksamkeitsvoraussetzungen*.

A. LA FIGURA DEL "PROCESO" COMO CONCEPTO BÁSICO DEL DERECHO PROCESAL PENAL

I. No es casual que esta parte de la ciencia jurídica busque algún concepto al cual asir, como núcleo básico explicativo, el sistema que pretende formular. Tampoco es casual que ese concepto sea, en principio, extrasistemático, casi por definición, esto es, que no se vincule directamente o que se vincule sólo difícilmente con el modelo de construcción que arroja, supuestamente, la simple interpretación y explicación de las reglas del derecho positivo. A pesar de que, en ocasiones, se pretenda presentar este átomo explicativo como *síntesis* conceptual extraída del derecho positivo, precisamente para la explicación del derecho vigente, lo cierto es que él representa el núcleo ideológico, mínimo o máximo, según el caso, del cual parte la explicación.

También la ciencia penal que se ocupa del Derecho material parte, para explicar su sistema, de estos conceptos centrales, verdaderas bases del sistema. El Derecho penal, por ejemplo, coloca en su base una concepción concreta acerca de aquello a lo que es referible la imputación y el reproche de haber infringido un deber normativo: la *acción* o la *omisión*, según si la regla infringida es una prohibición o un mandato[1]. Más aún, el Derecho penal discute el alcance de estos mismos conceptos, como en la discusión moderna de la *teoría del delito* acerca de si la base imputativa desvaliosa es el resultado que se logra con una acción (resultado indeseado, que de otra manera no hubiera ocurrido, o el deseado que se evita con una acción de injerencia y que, sin ella, hubiera ocurrido naturalmente) o el que no se evita o no se provoca por omitir una acción debida; o, por lo contrario, se sostiene que la base de la imputación y el reproche está constituida sólo por la acción u omisión que intenta lograr el resultado o que no intenta evitarlo, en sí misma, con prescindencia de que logre su propósito (provocar una modificación del mundo o no impedir que esa modificación suceda); sintéticamente, el debate replantea un problema de orden más general que el limitado por los márgenes del Derecho penal: la cuestión reside en saber si lo desvalioso es la acción u omisión por sí misma, el intento de modificar o de no modificar el curso de los acontecimientos naturales, abstracción hecha de su eficiencia y a pesar de su ineficiencia, o si, en cambio, el resultado práctico integra ese desvalor, y, de esta manera, es punto esencial de referencia de una imputación o de un reproche normativos[2]. De la definición de estos puntos de vista, influenciada quizá por algunas reglas del derecho positivo, pero, en gran medida, por ideas y concepciones prejurídicas, filosóficas, morales o po-

[1] Cf. CEREZO MIR, José, *La acción y la omisión como primer elemento del delito*, separata del libro homenaje a Emilio GÓMEZ ORBANEJA, Ed. Aroneda y Crédito, Madrid, 1977, ps. 103 y ss.; BACIGALUPO, Enrique, *Delitos impropios de omisión*, Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1970, Cap. II, §§ 1 y 2, ps. 53 y siguientes.

[2] El tema expuesto en ZIELINSKI, Diethart, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Ed. Dunckler & Humblot, Berlin, 1973 (trad. parcial del capítulo A, IV, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, ps. 283 y ss., por Marcelo SANCINETTI, bajo el título *El resultado en el concepto final del ilícito*; trad. total del mismo traductor, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1990. Sobre este tema, entre nosotros, la tesis doctoral de Marcelo A. SANCINETTI, *Disvalor de acción y teoría del ilícito. El dolo como caracterizador del ilícito*, hoy publicada con el nombre de *Teoría del delito y disvalor de acción*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1991.

líticas, dependen muchas de las soluciones que se adjudica el Derecho penal, concebido como un sistema.

El Derecho civil acude, también, al mecanismo de describir un centro conceptual sobre el cual recae la imputación de la regla jurídica para generar consecuencias, en ese caso, el *acto* –sinónimo de acción u omisión– *jurídico* o *lícito* y, por contraposición, en la responsabilidad extracontractual, el *acto antijurídico* o *ilícito*; no pretendo aquí debatir acerca de la característica de esos u otros conceptos –por ej., acerca de si los últimos representan conceptos puramente objetivos, derivados de la idea del enriquecimiento patrimonial lícito e ilícito, o, por lo contrario, son conceptos personales como sucede con la acción, núcleo de imputación del Derecho penal–, sino, tan sólo, señalar su existencia[3].

El concepto llamado *proceso* aspira a cumplir una función básica similar en el Derecho procesal, en general, y en el Derecho procesal penal, en particular. Tan es así que alguna de las definiciones de esta rama jurídica tiene en su centro el concepto "proceso", con lo cual remite la definición a la del concepto definidor[4]. Sin embargo, se debe advertir que este concepto, cualquiera que sea su utilidad para la construcción o reformulación del *sistema procesal penal*, no se mueve en el mismo plano que aquel que le corresponde a los conceptos base antes citados como ejemplos del Derecho material (acción, omisión, acto), ni posee su misma función. Se puede observar con claridad que no se trata de un núcleo imputativo de reglas, de aquello a lo que se refieren las normas, potestativas o de deber, para promover o desalentar cierto comportamiento humano, o, si se quiere, para determinar la actuación de una consecuencia jurídica, esto es, no se trata de describir el objeto de ellas y, por tanto, tampoco de un concepto *analítico*. Se trata, en cambio, de un concepto *sintético*, que pretende resumir el modelo final presentado por el sistema procesal penal para la solución de conflictos jurídicos, de conformidad con las reglas de derecho material. Su función no se vincula con ninguna consecuencia jurídica con-

[3] Cf. Henoch Aguiar, D., *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, Ed. Tea, Buenos Aires, 1950/1952; Orgaz, Alfredo, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1963; del mismo autor, *La ilicitud (extracontractual)*, Ed. Lerner, Córdoba-Buenos Aires, 1973, § 1, ps. 17 y ss.; del mismo autor, *La culpa (actos ilícitos)*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1970, § 1, 1, ps. 15 y siguientes. Ver CC, 944 y ss., 1066 y siguientes.

[4] Por ej., Obergo, Mario, *Derecho procesal penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1973, t. I, p. 5.

creta, sino, antes bien, con la descripción general del sistema que la ley procesal penal adopta para dirimir la aplicación de la ley penal material. Es por ello que se puede hablar, por ejemplo, de *debido proceso*, para sintetizar la idea de aquello que, cultural y jurídicamente, constituye hoy un "juicio justo", y que se puede analizar este último concepto, indicando las características, componentes y presupuestos básicos que debe reunir un "juicio" para ser "justo".

Un concepto similar es aquel utilizado recurrentemente para definir, de modo sintético, un tipo histórico de organización política de la sociedad, por ejemplo, el de *Estado* o *Estado-nación*, que representa, en general, una forma de organización social con un poder político central fuerte y apartado considerablemente de los individuos que la integran (súbditos); o, mejor aún, el *Estado de derecho*, que representa al Estado nacional liberal-burgués, organizado sobre la base del principio de la mayoría, como expresión de la soberanía popular, pero con participación de las minorías (pluralismo) y defensa para sus derechos, Estado que sólo posee poderes limitados, para asegurar el respeto de las minorías y la libertad de los individuos integrantes del grupo social, y en el que las reglas de convivencia se definen previamente, de manera abstracta y general, para que todos los miembros del grupo sean iguales ante la ley[5]. La misma función cumplen conceptos como *absolutismo* o *monarquía absoluta*, *despotismo ilustrado*, o el más moderno de *Estado social y democrático de Derecho*. Todos ellos sintetizan un modelo de organización social, resumen una serie de características, presupuestos y elementos según los cuales los hombres constituyen un grupo social organizado bajo formas políticas, sintéticamente, un grupo político.

II. Conforme a ello, el concepto *proceso penal* sirve para describir sintéticamente las características político-culturales del sistema (por ejemplo: proceso acusatorio, inquisitivo, mixto o inquisitivo reformado), o para señalar, del mismo modo, ciertas características jurídicas entre formas diferentes de proceder (*iudicium publicum* o *iudicium privatum*) o, en fin, para describir los elementos principales que componen el concepto, los ingredientes a estudiar para comprender el modelo.

5 Cf. RADBRUCH, Gustav, *Rechtsphilosophie*, Ed. K. F. Koehler, Stuttgart, 1975, § 26, ps. 280 y siguientes.

Es en este último sentido que nosotros utilizamos la palabra en este capítulo y, en general, en el libro. Precisamente, por la tendencia a utilizar el concepto en sentido analítico, casi como si se tratara de un ente real, aun cuando universal, es que, ordinariamente, usamos la palabra *procedimiento*, para reemplazarlo. Lo que intentamos evitar es la utilización del concepto *proceso penal* para iniciar debates interminables acerca de la *naturaleza* de este ente, debates en los cuales, con total prescindencia de la utilidad de la tesis propuesta para solucionar problemas reales, se ha hecho hincapié en la categorización del concepto, algunas veces como concepto jurídico, otras como concepto sociológico y aún otras como concepto económico, en lugar de describir los elementos que él, como síntesis, contiene, según haremos aquí, sin pretensiones de crear *teorías* en torno de él.

Entre nosotros, y con alguna asiduidad en la literatura extranjera, no hay libro de Derecho procesal, incluso penal, que no incluya la pretensión de dirimir aquel interrogante acerca de la *naturaleza del proceso* y que deje de tomar posición sobre la *teoría del proceso* a la cual adhiere, o, aún más, que no incluya también la pretensión de crear una nueva teoría, de modificar una existente o de mezclar los aciertos, según el propio autor, de las ya creadas[6].

Se comienza, vulgarmente, por comprender al procedimiento –contencioso– como un *contrato judicial*, concluido entre las partes que intervienen en un proceso, a la manera de la *litis contestatio* del Derecho romano, en virtud del cual ellas someten a la decisión del *iudex* un litigio de contenido determinado, acuerdo que, jurídicamente, produce una novación del derecho originario que se discute: por tanto, el supuesto contrato extingue ese derecho para dar nacimiento a otro relacionado con la solución del litigio. Las críticas a esta teoría en el derecho actual, *v. gr.*, el señalamiento de que los poderes del juez no derivan del contrato judicial entre las partes, o entre ellas y el Estado, sino que su *imperium* proviene de la concepción del servicio judicial como un po-

[6] Cf. COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho procesal civil* [*Fundamentos*], Ed. Depalma, Buenos Aires, 1966, Cap. IV, ps. 121 y ss.; ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial* [*Tratado*], Ed. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941, t. 1, Cap. IV, nº 4 a 7, ps. 239 y ss.; PALACIO, Lino Enrique, *Derecho procesal civil*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967, t. I, nº 27, ps. 235 y ss.; ROSEMBERG, Leo, *Tratado de derecho procesal civil* (trad. de A. ROMERA VERA, E. B. CARLOS y E. KROTOSCHIN), Ed. Ejea, Buenos Aires, 1955, t. I, § 2, ps. 8 y ss.; CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil* (trad. de J. CASAIS y SANTALÓ), Ed. Reus, Madrid, 1922, t. I, § 3, II, ps. 123 y ss.; ALMAGRO NOSETE, José; GIMENO SENDRA, Vicente; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y MORENO CATENA, Víctor, *Derecho procesal, parte general, proceso civil* (3ª ed.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1988, t. I, tema 11, nº 167 y ss., ps. 178 y ss.; BAUMANN, Jürgen, *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozeßrechts* [*Grundbegriffe*] (3ª ed.), Ed. W. Kohlammer, Stuttgart-Berlin-Mainz, 1979, Cap. 4, II, ps. 155 y ss. (trad. castellana de Conrado A. FINZI, *Derecho procesal penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, ps. 247 y siguientes).

der del Estado, emanado de la soberanía, extraño por completo al acuerdo de voluntades entre particulares, que están incluso compelidos por el Estado a soportar su poder, condujeron a los autores a afirmar la existencia de un *cuasicontrato*, concepto bajo el cual no se logra superar las objeciones que merece aquél del cual parte, sintéticamente citadas[7].

El paso siguiente, ya en pleno desarrollo del Estado moderno y de la concepción sistemática del orden jurídico, consiste en explicar el fenómeno del "proceso" como una *relación jurídica* o como una *serie de relaciones jurídicas múltiples*, establecida a través de los actos procesales, entre los sujetos que intervienen en el procedimiento –en el Derecho procesal penal, nuestro caso, el acusador, el acusado y el tribunal, fundamentalmente–. Qué significa relación jurídica en los diversos expositores de esta tesis, mayoritaria hoy en la doctrina, no es, por cierto, algo suficientemente claro. Únicamente parece destacarse con ello algo de similar entidad al contrato o negocio jurídico procesal, como forma de explicación del fenómeno, sólo que la tal "relación" es regida por la ley –otra fuente de facultades, derechos y obligaciones– antes que por la voluntad de quienes acuden en busca del servicio judicial, de modo que por esta última vía se explica con mayor fluidez el ejercicio de la coacción o el nacimiento de deberes que no responden a la voluntad de obligarse. Este problema, unido al hecho de que el principal protagonista del procedimiento penal común, el imputado, sea, antes bien, traído compulsivamente al procedimiento, que "invitado" a participar en él si lo desea, revelan desde el comienzo cierta resistencia natural del Derecho procesal penal a explicar el fenómeno según estas teorías. Tampoco es el caso de exponer aquí alguna de las formas según las cuales se presenta la teoría, pues de ella, en ninguna de sus formas, se derivó consecuencias prácticas de importancia, esto es, para resolver casos "procesales"; basta con advertir que se debate acerca de quiénes resultan relacionados jurídicamente, o entre quiénes se establece la relación procesal (participantes en el procedimiento o intervinientes solamente, intervinientes con el juez, otros intervinientes en el procedimiento que no adquieren categoría de sujetos procesales: testigos, peritos, auxiliares de las partes, etc.), acerca de la existencia de una relación jurídica procesal única o de relaciones múltiples y variadas, según los preceptos aplicables y los actos procesales a cumplir, incluso acerca del objeto de la relación y de su fin. El reconocimiento de facultades y deberes jurídicos procesales, categorías similares a las facultades y deberes materiales, pero con fuente en la ley procesal, y la determinación de los *presupuestos (procesales)* necesarios para la constitución válida de la relación jurídica procesal constituyen el logro fundamental de la teoría[8]. Hasta aquí el panorama de las concepciones

7 Cf. COUTURE, *Fundamentos*, cit., nº 84 y 85, ps. 126 y ss.; DE LA COLINA, Salvador, *Derecho y legislación procesal*, Ed. J. Lajouane, Buenos Aires, 1916, t. II, Tít. IV, ps. 5 y ss.; en especial, nº 592, ps. 32 y ss., es uno de nuestros últimos procesalistas que sigue, estructuralmente y en sus defectos, esta concepción.

8 BÜLOW, Oskar, *Die Lehre von den Prozeßeinreden und den Prozeßvoraussetzungen*, Gießen, 1868, fue quien inició la teoría en el Derecho procesal civil; sobre su desarrollo y crítica: BAUMANN, *Grundbegriffe*, cit., Cap. IV, II, ps. 155 y ss. (trad. castellana, ps. 247 y ss.); con especial referencia y crítica para el Derecho procesal penal, PETERS, Karl, *Strafprozeß*, Ed. C. F. Müller, Karlsruhe, 1966, § 16, ps. 85 y siguientes.

para las cuales el punto de vista jurídico predomina al momento de definir la *naturaleza* del concepto "proceso". Para ellas resulta fundamental encontrar la razón del nacimiento y muerte de facultades y deberes, de derechos y obligaciones, y una explicación del concepto que se conforme a esa manera de observar el mundo, en especial, cuando se trata de fenómenos con importancia jurídica. Tal visión no es, a nuestro juicio, necesariamente equivocada, y menos por razón de su parcialidad. En verdad, los juristas, tanto como los físicos y los biólogos, padecen con razón de esa "enfermedad", pues, también como los biólogos y los físicos, sólo poseen idoneidad para observar el mundo desde el atalaya de sus leyes y reglas, esto es, "desde su propio mundo conceptual". Sin ánimo polémico extremo, porque los frutos de la solución no lo merecen, según lo apuntamos, los mayores errores parecen residir en la simplificación extrema del fenómeno, aun desde el punto de vista estrictamente jurídico: se observa como unitario un fenómeno múltiple y diverso por definición, y no se procede de esa manera para obtener un concepto sintético, que menta un colectivo abreviadamente, sino, por lo contrario, con la pretensión de analizar, descomponer, un concepto simple, que menta un ente único. "Proceso" es, para nosotros, una palabra que representa un cúmulo de acciones humanas posibles, según reglas jurídicas que las definen, que ordenan su secuencia y prevén su consecuencia jurídica, por tanto, también un cúmulo de reglas que entran en muy diversas combinaciones; incluso, en el mundo real, no siempre los *procesos concretos* –reales– están constituidos por las mismas acciones, ni han sido aplicadas o son aplicables en ellos las mismas reglas jurídicas y, menos aún, en combinaciones idénticas. Para algunas acciones procesales, y para las reglas positivas que las regulan, puede convenir la comparación con el *contrato* o el *cuasicontrato*, en fin, su definición como *negocio jurídico procesal*: son un ejemplo, la figura del allanamiento, los plazos que pueden ser convenidos por quienes intervienen en un procedimiento y, en general, los actos para los cuales rige el *principio de autonomía de la voluntad*, los recursos, la querella por delito de acción privada, la conciliación que finaliza por la renuncia a la persecución penal, en ese tipo de juicios penales, etcétera. Para otras acciones esa comparación es evidentemente incorrecta, pues la facultad o el deber emergen directamente de la ley, con prescindencia de la voluntad de los particulares que intervienen en el procedimiento: piénsese en el *principio de legalidad* y sus reglas, que introducen el deber, para quien persigue públicamente, de promover y perseguir la acción penal, por el mero hecho de haber recibido la *notitia criminis*.

Precisamente, la crítica a las determinaciones de la teoría de la relación jurídica y la insatisfacción de sus resultados, condujeron a la teoría jurídica a buscar espacios en concepciones dominadas, predominantemente, por la observación empírica, en cierta manera sociológica, si esta palabra se comprende como estudio de la realidad social tal como se presenta. Surge, así, la teoría de la *situación jurídica*, que pretende explicar el concepto *proceso* de la mano de las *expectativas* que tienen los participantes en un proceso judicial real, respecto de la sentencia que dictará el tribunal: ya no existen en el orden procesal, derechos y obligaciones, facultades y deberes, categorías propias del orden jurídico material, estático, no litigioso (en este sentido, el autor de la teoría es un partidario de la *teoría de los imperativos*), ni relaciones jurídicas entre los sujetos procesales, sino, contrariamente, *posibilidades* (utilitarias) en relación a una sentencia judicial (autoritaria), *perspectivas* acerca de una decisión favorable o desfavorable y *cargas* –concepto central de la teoría– de desarrollar ciertas acciones procesales, con determinado contenido, en interés propio de quien las lleva a cabo, para alcanzar mejores posiciones en relación a una sentencia futura, todas éstas categorías propias de los imperativos (normas) "en pie de guerra", esto es, utilizados litigiosamente, conforme al Derecho judicial, esto es, al Derecho "en estado (¿?) dinámico". La teoría brinda, como

mayor logro, el descubrimiento de la categoría "carga procesal", una necesidad del interés propio de quien realiza el acto y una medida para la decisión judicial: por ejemplo, la *carga de la prueba* como necesidad surgida del *onus probandi* (la prueba de un hecho o de un elemento significativo para la decisión corresponde a quien lo afirma). Sin embargo, la categoría no parece agregar algo a la *facultad* o *potestad*, conocida en la teoría general del Derecho (acto permitido que provoca ciertas consecuencias jurídicas), salvo el hecho de la utilidad o beneficio, absolutamente contingente y observado desde el punto de vista meramente subjetivo; en efecto, no se advierte qué diferencia puede existir entre la "facultad" de testar y la "carga" de ofrecer prueba: ambas acciones representan actos jurídicos con consecuencias del mismo tipo, cuyo beneficio concreto es absolutamente contingente, dependiente del contenido material del acto y de ciertas relaciones prácticas futuras[9]. No han merecido mejor suerte otras concepciones abiertamente apartadas de las anteojeras que conducen la visión jurídica del concepto. El *proceso* ha sido definido como una *institución*, pero sus mismos seguidores han comprendido la pobreza de consecuencias que surge de esta concepción, así como la influencia predominante de presupuestos sociológicos[10]. Entre nosotros se ha sostenido hasta un punto de partida fundamentalmente económico: el *proceso como empresa*[11]. No hay duda acerca de que es lícito estudiar el proceso penal desde cualquier punto de partida: el problema no es ése, precisamente, sino, antes bien, el de saber qué beneficios o soluciones prácticas nos brinda la explicación respectiva para las cuestiones jurídicas necesitadas de una solución.

Parece autoevidente que estas teorías explicativas y las categorías de ellas derivadas, originadas y desarrolladas, fundamentalmente, en el Derecho procesal civil o en el sistema judicial del Derecho privado para la resolución autoritaria de los conflictos sociales de esa índole, resultan aún más inaplicables al procedimiento penal –según lo concibe el Derecho procesal penal– y al sistema penal integral, que elabora de un modo distinto los conflictos sociales a los cuales se refiere. Con el objetivo de formular un test de aplicabilidad, piénsese, por ejemplo, en la categoría de la *carga de la prueba*, en la consecuencia que trae aparejado el *onus probandi*, en la posición del protagonista del proce-

[9] El autor de la teoría que, en general, no ha sido aceptada en desarrollos posteriores, pero que tampoco fue criticada al extremo: GOLDSCHMIDT, James, *Der Prozeß als Rechtslage*, Berlin, 1925. Cierto sentido de corrección que intuitivamente transmite la teoría, proviene de la comparación evidente del orden jurídico-procesal con las reglas de un juego –el fútbol, por ejemplo– y de sus categorías –la *carga procesal*– con las ventajas o desventajas, nunca definitivas, que, respecto del resultado final de ese juego, poseen ciertas acciones, según aquellas reglas (regla de tanteo: gol; reglas de sanción: penal o tiro libre).

[10] COUTURE, *Fundamentos*, cit., nº 89, ps. 141 y siguientes.

[11] ODERIGO, Mario, A., *Lecciones de derecho procesal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, Cap. VI, II, 2, ps. 14 y siguientes.

dimiento al que denominamos *imputado* (o en quien es *perseguido penalmente*) y en el *principio de inocencia* (*in dubio pro reo*) que lo ampara[12]. Existen, además, múltiples tests de este tipo, alguno de los cuales ya ha sido nombrado (intervención forzosa del imputado en el procedimiento, designación forzosa del defensor técnico, principio de legalidad de los órganos oficiales de persecución penal, denuncia obligatoria, iniciación oficiosa del procedimiento) y otros se presentarán en el curso de múltiples explicaciones, pruebas que el lector debería plantearse por sí mismo y en las cuales debería pensar, como ejercicio imaginativo que le indicará con precisión el nivel de dominio del procedimiento penal que ha alcanzado.

B. LA DEFINICIÓN DE "PROCESO PENAL" COMO CONCEPTO SINTÉTICO

I. Antes de este capítulo hemos utilizado la palabra "proceso", o su similar, *procedimiento*, de significado menos estático, esto es, más dinámico que la anterior, en el sentido correcto expresado, como concepto sintético, para adjudicarle características culturales, políticas o formales que definen tipos o modelos históricos o actuales de administrar justicia penal, por sus caracteres principales. Así, hemos utilizado la denominación "proceso acusatorio" para referirnos al procedimiento antiguo, gobernado fundamentalmente por la autonomía de la voluntad de aquellos que participaban en él, a manera de enfrentamiento (*partes*), principalmente por la voluntad del *acusador*, quien traía a juicio compulsivamente al acusado, sobre cuya situación futura se decidía en la sentencia del tribunal, procedimiento que se asemeja más a una lucha o combate entre los participantes frente a un árbitro, que al ejercicio de un poder del Estado. Recuérdese: no han surgido aún las sociedades organizadas bajo la forma de un poder político central, esto es, no ha nacido todavía el *Estado-nación*. Y hemos completado el poder descriptivo de este concepto sintético, agregando ciertas características accesorias, como, por ejemplo, los adjetivos privado o popular para definir, básicamente, la adjudicación del poder de perseguir penalmente (*acusar*) sólo a la víctima o a sus parientes inmediatos (antiguo Derecho germano), en el primer caso, o a cualquier ciudadano,

[12] Ver esta obra, t. I, § 6, C, 2, ps. 494 y siguientes.

según sucedía en el Derecho ático y en el *iudicium publicum* del Derecho romano republicano, en el segundo caso. Precisamente de la misma manera fue utilizada la característica pública o privada de la persecución penal en el Derecho romano: *iudicium publicum-iudicium privatum*[13]. Del mismo modo hemos hablado del *proceso* –o *procedimiento– inquisitivo* para aludir a la forma característica de administrar justicia que presidió la formación de los poderes políticos centrales –la Iglesia romana y los *estados nacionales*–, reemplazantes de las organizaciones locales, proceso y organización vulgarmente conocidos con el nombre de *Inquisición*, cualidad que caracteriza al Derecho penal íntegro como sistema autoritario de realización de sus reglas, o, según más modernamente se estila decir, como sistema de control social formal, riguroso y directo, por parte del Estado, de la conducta de sus súbditos, los habitantes de su territorio, sistema que llega, aunque transformado, hasta nuestros días[14]. Precisamente por ello, hoy aludimos al *procedimiento o proceso inquisitivo reformado* para mentar la subsistencia básica de aquella forma de administrar justicia, a la cual se le ha agregado algunos elementos –propios del Estado de Derecho– que permiten asemejarlo, formalmente, al *proceso acusatorio*, en tanto sus reglas dotan al perseguido penalmente de ciertas facultades que pretenden equilibrar su posición jurídica con el poder conferido al acusador público, y porque el procedimiento principal (juicio) se realiza de manera similar a aquella que presidía esta última forma de procedimiento (debate oral y público)[15]. Por tal razón también se lo nombra, según denominación de origen francés, como *procedimiento* –o *proceso– mixto*, en los países de lenguas romances de Europa continental y, por recepción, entre nosotros[16].

II. Empero, ahora nos proponemos manejar otro concepto sintético de la palabra *"proceso"*, uno que nos permita adjudicarle contenido

13 MOMMSEN, Theodor, *Derecho penal romano* (trad. de P. DORADO), Ed. Temis, Bogotá, 1976, Libro segundo, Caps. IV y V, ps. 123 y siguientes. Ver, sobre el punto, esta obra, t. I, § 5, C, 2, ps. 272 y siguientes.

14 Ver esta obra, t. I, § 5, D, ps. 288 y siguientes.

15 Ver esta obra, t. I, § 5, E, ps. 334 y siguientes.

16 GARRAUD, R., *Précis de Droit Criminel* (11ª ed.), Ed. R. Sirey, Paris, 1926, nº 20 y ss., ps. 24 y ss.; VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal* (*DPP*), Ed. Lerner, Buenos Aires, 1969, t. I, ps. 131 y siguientes.

cierto, representativo de la actividad que menta, de las personas que realizan esa actividad y de las metas y de los fines para los cuales esa actividad se lleva a cabo. La definición del concepto no pretenderá, entonces, acoger teoría explicativa alguna acerca de lo que es un *proceso* o un *procedimiento* judicial en materia penal, ni tampoco caracterizarlo histórica, cultural o ideológicamente, sobre todo comparándolo con otras formas de procedimientos históricos, sino tan sólo *describir* los elementos que componen el *proceso penal* actual.

Un *proceso*, cuando menta una actividad humana –también por ello conviene llamarlo *procedimiento*, que ya indica esta dualidad–, constituye una secuencia de *acciones*, llevadas a cabo por personas, con el propósito de alcanzar una o varias metas determinadas.

Por ejemplo: el *proceso o procedimiento* de fusión o de integración atómica supone la realización de una o varias acciones humanas que ponen en movimiento ciertos mecanismos, previamente diseñados y dispuestos también por la acción humana, con algún fin, *v. gr.*, el de crear una reacción en cadena y, con ello, una catástrofe y destrucción mayúsculas. Algo similar se puede predicar de *procesos o procedimientos culturales*, por ej., del *proceso o procedimiento legislativo*, que implica varias acciones combinadas (deliberación o votación), llevadas acabo por varias personas (parlamentarios, en su caso, diputados y senadores), con el propósito de convertir un reglamento normativo proyectado, en ley (sanción).

Se observa así que el tema central, dominante de una definición descriptiva del *proceso penal*, está constituido por las acciones humanas que integran el procedimiento, llamadas genéricamente, en el idioma jurídico castellano, *actos procesales*. Estos actos no adquieren significado para el procedimiento judicial por alguna razón intrínseca a ellos, sino, por lo contrario, porque las reglas del Derecho procesal penal les conceden un significado específico, adosándoles una consecuencia jurídica determinada. Esas reglas definen en abstracto los *actos procesales* por sus elementos constitutivos, informan acerca de sus consecuencias jurídicas y gobiernan su secuencia en relación a los demás actos, esto es, el período o faz del procedimiento durante el cual pueden o deben ser realizados; por ello, en ocasiones, regulan también los actos necesariamente antecedentes y los consecuentes[17]. Esas reglas jurídicas constituyen, por lo tanto, normas del tipo de las *potesta-*

[17] Cf. Vélez Mariconde, *DPP*, cit., t. II, p. 116.

tivas o *facultativas*, básicamente, de aquellas que conceden poderes para lograr ciertas consecuencias jurídicas (cambios en la situación jurídica de quien lleva a cabo acciones concretas, con realización de la regla), a pesar de que, en ocasiones, el ejercicio efectivo del poder pueda constituir el sustrato de una *norma de deber*[18].

Por ejemplo, un *recurso* supone la definición jurídica, por sus elementos básicos, de una acción llevada a cabo por una persona que interviene en el procedimiento (expresión de la voluntad de impugnar una decisión determinada y motivación jurídica de esa impugnación, por parte de una persona facultada para interponerlo), y la determinación, también por reglas de Derecho, del valor jurídico de esa acción, esto es, de las consecuencias jurídicas que produce una acción de esa clase, llevada a cabo correctamente –con todos los elementos que la ley procesal penal prevé– por quien está facultado para realizarla (evita que la decisión adquiera firmeza y la sujeta a un nuevo examen judicial). Por su parte, el juez o los jueces que integran el tribunal están facultados por el desarrollo de esa acción, para ejercer el poder –facultad– que genera esa acción, atendiendo el recurso, para decidir, primeramente, acerca de su admisibilidad formal y, eventualmente, acerca de su procedencia material; y, por otro lado, ellos aparecen obligados –deber– a decidir, a ejercer ese poder de cierta manera, en conexión con la previsión normativa y la acción desarrollada, que conforman el sustrato de la norma de Derecho Ppenal que comprende a la omisión o al retardo en administrar justicia como una infracción (CP, 273; ver también, CP, 249).

La *omisión* de realizar una acción, de llevar a cabo un acto procesal, tiene también su importancia en el Derecho procesal penal. Las reglas jurídico-procesales determinan cuándo la falta de actividad genera consecuencias determinadas o constituye un presupuesto necesario de la actividad por venir.

Por ejemplo, el agotamiento del plazo para interponer un recurso, sin que la acción en la cual él consiste haya sido realizada, genera, como consecuencia jurídica –quizá con la única excepción importante de la sentencia condenatoria, sometida sin límite temporal a su *revisión* por motivos notorios de injusticia–, que la decisión quede *firme*, esto es, que alcance *autoridad de cosa juzgada* y sea, por tanto, irrevisable (decisión autoritaria final), dentro de ciertos límites. Existen, por lo demás, plazos de inactividad durante el procedimiento[19], dentro de los cuales ninguna acción procesal es admisible, aun cuando fuere cumplida conforme a la ley y tuviere, en general –mirada estáticamente–, valor jurídico.

[18] Ver esta obra, t. I, § 1, B, 2, *e*, ps. 36 y siguientes.

[19] Ver, por ej., CPP Nación, 359, I.

III. Estas acciones son llevadas a cabo por personas que intervienen en el procedimiento (el ministerio público o el funcionario que lo representa, la víctima, como acusador [querellante] o actor civil, su representante, el imputado, su defensor, el juez o los jueces que integran el cuerpo de decisión y sus auxiliares; más allá de ellos, el testigo, el perito, etcétera). La dogmática procesal penal también se ocupa de analizar el papel jurídico que le corresponde a estas personas durante el procedimiento, como centros de imputación de normas, según las reglas del Derecho procesal penal. Sin embargo, bajo el rubro *sujetos procesales* sólo se estudia a los protagonistas más importantes del procedimiento (el imputado, la víctima, el ministerio público y el tribunal), a aquellos cuyo interés jurídicamente relevante será afectado, de una manera u otra, por la sentencia y a aquel que dicta la decisión. Estos son, por así decirlo con un equivalente teatral, los personajes del procedimiento, los que *participan* o *intervienen* en él, si por participar o intervenir se entiende decidir o defender y poner en juego un interés jurídico que les pertenece o al cual representan, que será conservado o alterado según la decisión final. Precisamente, ellos protagonizan el procedimiento, decidiéndolo o ejerciendo su influencia sobre la decisión final, defendiendo su interés, por sí mismos o por representación. Rara vez se ingresa al estudio de aquellas personas que auxilian a los protagonistas principales, pues, por su labor y papel accesorio, tampoco las normas jurídicas se ocupan demasiado de ellos[20].

Las personas que defienden un interés propio, en el sentido de adjudicado a ellos por el Derecho objetivo, son mencionadas, ordinariamente, como *partes*, siguiendo la denominación que se utiliza en el Derecho procesal civil. Sin embargo, la utilización de ese nombre, por el concepto que menta, inmediatamente antes indicado, ha sido duramente criticado en la dogmática procesal penal europeo-continental y entre nosotros, por las mismas razones: decisivo para ello es el papel que se adjudica al ministerio público –y a la policía como su auxiliar inmediato–, persecutor penal oficial, pero, al mismo tiempo, gobernado por reglas de *objetividad* e *imparcialidad* al instruir su caso, esto es, correspondiente al deber de averiguar la verdad también a favor del

[20] Ver la excepción, por ej., en CPP Nación, 63. Sin duda, la policía es el auxiliar que ha concitado más atención de legisladores y juristas (ver CPP Nación, 183 y siguientes).

imputado (averiguación de las circunstancias que sirven para su descargo y recurso en favor del imputado), características derivadas de un tipo de procedimiento al que no se puede calificar de acusatorio, porque, en gran medida, no obedece al principio de la autonomía de la voluntad (de las partes) como forma regulatoria del poder de administrar justicia; inclusive, es desaconsejable utilizar estos conceptos, el de *parte* y el de *proceso de partes* de manera absolutamente formal, sin alusión a su contenido material, para evitar confusiones que, a menudo, se trasladan a la decisión de los casos concretos[21].

Las otras personas que también llevan a cabo actos procesales (por ej.: el testigo, el perito) son estudiadas, regularmente, cuando se ubica y estudia el acto procesal correlativo (por ej.: la declaración testimonial, el dictamen del perito o la peritación).

IV. Cualquier actividad humana supone una meta a lograr, esto es, cuando se cumple, ella alimenta o pretende alimentar una determinada finalidad, arribar a tal o cual meta que se considera valiosa o disvaliosa. La *actividad procesal*, en sí legítima, persigue, también, *metas* o *fines*, que, por aquella razón de legitimidad, el Derecho considera valiosos. Administrar justicia penal significa, en principio, dar solución a un conflicto social concreto, a un caso de la vida social, según reglas jurídicas predeterminadas por el Derecho penal (eventualmente, también por el Derecho privado, al añadirse la posibilidad de anexar al proceso penal la pretensión de reparación o resarcimiento). Y para aplicar reglas de Derecho a la solución de un caso, es preciso conocer-

[21] Cf. ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht* (22ª ed.), Ed. C. H. Beck, München, 1987, § 17, ps. 88 y ss.; *Derecho procesal penal* [*DPP*] (trad. castellana de la 25ª ed., Ed. C. H. Beck, München, 1998, de Gabriela E. CÓRDOBA y Daniel R. PASTOR), Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2000, § 17, B, ps. 122 y s.; SCHMIDT, Eberhard, *Deutsches Strafprozeßrecht*, Ed. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1968, § 8, ps. 41 y ss.; HENKEL, Heinrich, *Strafverfahrensrecht* (2ª ed.), F. W. Kohlhammer, 1968, § 24, I y II, ps. 105 y siguientes. Entre nosotros ha criticado el término, y también la caracterización del proceso penal como *proceso de partes*, pero aceptado la utilización meramente formal de la palabra, VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., t. II, Cap. IV, 4, ps. 152 y siguientes.

La jurisprudencia de los tribunales nacionales e incluso la ley: en alguna ocasión (anterior CPCrim. nacional de 1889 [ley nº 2.372 y modificatorias], 454, II; ver, también, 236), han incurrido en la grosera confusión sobre la que previene ROXIN, con resultados catastróficos: se le negó facultades procesales -por ej., la posibilidad de plantear excepciones o de recurrir- a quien es perseguido penalmente (nombrado incluso por el acusador como destino de su imputación), pero aún "no ha sido constituido como *parte* por el juez", mediante la orden de que sea interrogado (indagatoria).

lo, inclusive al punto de conceder poderes a los órganos estatales para averiguar por sí mismos, sin necesidad de excitación extraña, el caso que se presenta ante ellos. He aquí las metas posibles para el proceso penal: la decisión con autoridad del caso, que ponga fin al conflicto social que existe en su base (aun transformándolo en otro, al que da nacimiento, con menor carga de violencia, según se espera racionalmente), mediante la aplicación de la ley penal (eventualmente, la civil) en la solución de ese conflicto, aplicación fundada en un conocimiento correcto del caso, para cuya averiguación el proceso penal es el medio; incluso es legítimo pensar en que una o varias de esas metas no sean alcanzadas en los procedimientos concretos. Los fines del proceso penal, en verdad, los de cualquier actividad, son sólo eso: metas, tendencias que dan sentido a la actividad, pero que, a la hora de su desarrollo concreto, pueden fracasar como resultado previsto y no alcanzado; es posible que la sentencia no revele un conocimiento perfecto del caso, o que aplique erróneamente la ley penal sustantiva en su solución, y hasta, en fin, que no nos conceda la solución esperada e indudable para el caso[22].

En los ejemplos anteriores, las acciones que desencadenaban una reacción atómica (bomba) servían para la destrucción y las distintas acciones de los legisladores parlamentarios, para sancionar una ley.

V. Consecuente con esas ideas, podemos definir ahora el *proceso penal*, según su contenido descriptivo, como la *secuencia de actos, definidos y ordenados por la ley procesal penal, que llevan a cabo órganos públicos predispuestos y personas de Derecho privado autorizadas para ello, con el fin de lograr la decisión final que solucione el caso, mediante la aplicación del Derecho penal material y sobre la base del conocimiento correspondiente, adquirido durante el transcurso del procedimiento*[23].

[22] La ley, en ocasiones, revela la posibilidad de este fracaso: ver, por ej., esta obra, t. I, p. 319 y nota 99, al pie.

[23] Similar es la definición de VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., t. II, ps. 114 y siguientes.

C. LA CUESTIÓN ACERCA DEL LLAMADO "OBJETO" DEL PROCEDIMIENTO

1. Concepto y generalidades

I. Sería en verdad un milagro que todas las acciones (actos procesales) emprendidas durante un procedimiento, aun llevadas a cabo ordenadamente, según la secuencia legal, tuvieran una unidad de sentido, una unidad conceptual que las tornara inteligibles como partes diversas de un todo unitario, al que llamamos *proceso*, si no existiera, además, una base material unitaria, a la que esas acciones –todas– se refirieran. En efecto, para comprobar lo que decimos basta tomar varios procedimientos judiciales concretos (o imaginarlos) y mezclar las acciones cumplidas en uno de ellos con las llevadas a cabo en los otros, sin repetirlas y en la secuencia correcta, según la ley; así, la denuncia de uno de esos procesos se encontraría con la acusación de un procedimiento distinto, a la que se sumaría el debate de un proceso diferente y, por fin, la sentencia de otro proceso, diverso de aquellos, para referirnos sólo a los actos fundamentales. La mezcla se podría extender y complicar hasta el infinito de posibilidades. Aquello que resultaría de esa acumulación absolutamente ordenada de actos, según la ley, no sería un proceso, sino, antes bien, la obra de un demente. Intuitivamente no llamaríamos a esa creación *proceso* o *procedimiento*, y menos aún si debiéramos calificarlo como *procedimiento judicial*. Ni el mero orden secuencial de la ley procesal penal, ni tampoco la corrección de los actos, llevados a cabo según la definición legal, aseguran la corrección del procedimiento. En realidad, las cosas suceden de otro modo. En cualquier procedimiento tan sólo relativamente regular, por errónea que en él sea la secuencia de las acciones y por viciados que sean sus actos, se puede notar una unidad fundamental que le concede el carácter de una obra humana con sentido y, por ello, el título de *proceso judicial*. Incluso su complejidad (*objeto múltiple*), aunque puede oscurecer esa caracterización, permite apreciar, quizá después de ciertas operaciones analíticas o clasificatorias, esa unidad fundamental.

¿Cuál es el milagro del que proviene esa unidad fundamental? Él no es otro que su unidad temática: cada una de las acciones que componen un procedimiento se refieren, de alguna manera, directa o indirectamente, a un *caso penal*, esto es, en principio, a un hecho de la vida social (o a varios, en los casos de objeto múltiple: conexión subjetiva u objetiva[24]), sostenido como existente, que se atribuye a una persona (o

[24] CPP Nación, 41.

a varias, en los casos de imputación múltiple: conexión objetiva) y que genera, hipotéticamente, algún tipo de conflicto social con importancia para las reglas del Derecho penal sustantivo[25]. El *caso penal* es, por tanto, el núcleo que concede sentido material a un procedimiento penal y a los múltiples actos que lo integran. Se trata, como hecho hipotético de la vida humana, de un suceso histórico, de una acción que se imputa a alguien como existente o inexistente (omisión), esto es, como sucedida o no sucedida en el mundo real, y sobre la base de la cual se espera alguna consecuencia penal. El proceso penal tiene por misión, precisamente, averiguar este suceso histórico y darle una solución jurídico-penal. Alguna vez se ha llamado a este objeto, impropiamente, *pretensión punitiva*[26].

II. A pesar de lo sencilla que parece imaginariamente la operación de ubicar este concepto en la realidad de un proceso penal concreto o singular, él no se deja atrapar fácilmente; se discute sobre su alcance con rigor, para intentar ciertas precisiones de filigrana, con el objetivo de dar solución a casos concretos[27]. El núcleo de la discusión está situado en los conceptos relativos de *identidad* e *indivisibilidad* del hecho o del objeto procesal penal (expresado con palabras más técnicas). Mediante ambos conceptos se procura precisiones acerca de los sucesos históricos que resultan incluidos o excluidos del objeto procesal penal. Así, se desarrolla, además de la *identidad personal*[28], ciertos conceptos y reglas que permiten construir el perímetro del suceso histórico, individual y no repetible, que constituye el objeto del procedimiento, bajo el rubro de *idéntidad fáctica* u *objetiva*[29]. Se precisa allí que el

[25] Cf. Beling, Ernst, *Derecho procesal penal* (trad. de Miguel Fenech), Ed. Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Rio de Janeiro, 1943, Cap. II, ps. 79 y ss.; Baumann, *Grundbegriffe*, cit., Cap. 5, ps. 167 y ss.; Roxin, *DPP*, cit., § 20, ps. 159 y ss.; Köhl, Jörn, *Prozeßgegenstand und Beweisthema im Strafverfahren* [*Prozeßgegenstand*], Ed. Nomos, Baden-Baden, 1987, ps. 50 y siguientes.

[26] Cf. Vasalli, Giuliano, *La potestà punitiva*, Ed. Unione Tipografico-editrice Torinese, Torino, 1942, Cap. VII, 45, p. 301; es interesante su definición de objeto procesal: "... la afirmación de la existencia de las condiciones necesarias para el ejercicio del poder de punir del Estado en orden a un caso singular" (traducción propia), que yo suscribiría sin más.

[27] Cf. Wolter, Jürgen, *Tatidentität und Tatumgestaltung im Strafprozeß* [*Tatidentität*], en "Goltdammer's Archiv für Strafrecht", Ed. Decker, Heidelberg, 1986, p. 143.

[28] Ver esta obra, t. I, § 6, E, 2, *b*, ps. 603 y ss.; Roxin, *DPP*, cit., § 20, B, I, 1, p. 160.

[29] Ver esta obra, t. I, § 6, E, 2, *c*, ps. 606 y siguientes.

contenido del "hecho", en sentido procesal penal, no depende de las definiciones sobre unidad o multiplicidad del Derecho penal material (concurso ideal, real o continuado de acciones u omisiones)[30], en principio, y comprende, como *unidad fáctica*, el comportamiento total del imputado que, según una *concepción natural*, representa un *proceso de vida unitario*, un suceso histórico único[31].

Esta fórmula general, sin embargo, no parece satisfacer las necesidades clasificatorias (un hecho, varios hechos; un objeto procesal, varios objetos) que, como veremos, se tiene en mira al estudiar el tema. Y es por ello que, en definitiva, son utilizados correctivos, fundamentalmente normativos y, sobre todo, del Derecho penal material, del que antes se pretendió prescindir, para fijar criterios de identidad o diversidad en el tema objeto del procedimiento[32]. Así lo propusimos antes al tratar algunos de los problemas prácticos de esta identidad, quizás el de mayor relevancia jurídica y política[33]. En nuestra opinión, conviene tratar los problemas teóricos y prácticos a que conduce la identidad, *v. gr.*, la diversidad del hecho objeto del procedimiento, de manera inversa: ello significa prescindir de la *unidad* temática y aportar soluciones desde el tema específico que nos conduce, precisamente, a la necesidad de construir una teoría sobre el objeto del procedimiento que permita distinguir aquello que es único e indivisible de aquello que es vario y divisible. Mucho me temo que la razón de ser de la necesidad –por ejemplo, la fuerza de clausura de la cosa juzgada, en virtud del principio *ne bis in idem*– oriente mejor el método para encontrar la solución y los criterios de unidad y variedad. Quizás el criterio que surge de los párrafos anteriores, empleado para arribar a la solución, por fuerza del principio que creó la necesidad de identificar el objeto procesal, sea distinto al que conviene, por ejemplo, a la necesidad de asegurar la defensa.

30 Cf. ROXIN, *DPP*, cit., § 20, B, 2, *a*, y 3, ps. 160 y ss., con ejemplos.

31 *Ibidem*, *a*, p. 160; WOLTER, *Tatidentität*, cit., ps. 143 y ss., con precisiones acerca de la jurisprudencia y doctrina alemanas sobre el punto.

32 WOLTER, *idem*, IV, ps. 164 y siguientes. La importancia del significado jurídico de la imputación para la delimitación del objeto del proceso señalada por BAUMANN, *Grundbegriffe*, cit., Cap. 5, I, ps. 114 y siguientes.

33 Ver esta obra, t. I, § 6, E, 2, *c*, II, ps. 610 y siguientes.

Un caso puede señalar mejor que palabras aquello que pensamos, para comenzar a entenderlo. Resulta indudable que si un individuo A es acusado por homicidio simple (CP, 79), por haber dado muerte a otra persona, B, la sentencia que lo condena de conformidad con la acusación, una vez firme, incluye cualquier circunstancia desconocida en el procedimiento, que pudo agravar el homicidio, como el hecho, por ejemplo, de que B era hijo de A (CP, 80, inc. 1), o el veneno como medio utilizado en la ocasión para matar (CP, 80, inc. 2). Frente al principio *ne bis in idem* o a la prohibición del múltiple juzgamiento, entonces, nadie dudaría, según el caso, en incluir en el objeto procesal aun circunstancias que no se conocieron en el procedimiento. Supongamos ahora que el caso se presenta de otra manera: frente a la misma acusación, que imputa a A haber matado a B, se conoce en el debate, sin ampliación alguna de la acusación, por la indicación de un testigo y la presentación del certificado oficial del nacimiento de B, que él era hijo de A, o, si se quiere, el patólogo que llevó a cabo la autopsia, citado al debate, revela el uso de veneno que provocó insidiosamente la muerte de B; la sentencia, por ese conocimiento, condena a A por homicidio agravado, según la circunstancia y la norma que el lector elija. Frente al *principio de defensa*, la decisión sería contraria a la inclusión en el objeto procesal de la circunstancia elegida por el lector, pues una de sus derivaciones consiste en que la sentencia *sorprende* a quien resiste la imputación ya que, precisamente, excede su límite máximo, la de ser un correlato de la imputación (acusación). Un caso como el último de los descriptos sólo le deja a la sentencia, como posibilidad máxima, la condena por homicidio simple, a pesar del mayor conocimiento de circunstancias obtenido durante el debate. Existen otros casos menos lineales, por ello más complicados y difíciles de resolver, solución que sólo puede ser orientada por el principio que provoca la necesidad de definir aquello que mencionamos como objeto procesal (ver *infra*, nº 2)[34].

Éste no es un camino meramente personal, pues algunos, aun sin decirlo, así lo han preferido[35]. Ello no empece en lo más mínimo a la función de unificación que se concedió, en principio, al objeto procesal, como referente central de todas las acciones que constituyen un procedimiento. Para cumplir esa función temática, por tanto, material, no es en absoluto necesaria, según se observa corrientemente, la fijación precisa y exacta de sus límites y su valoración según el Derecho penal material; basta la descripción de su puesta en escena, que lo comprende como una unidad o como una multiplicidad de contenido temático (hipotético) y que se pretenda de él alguna consecuencia penal (esto es, la aplicación de reglas penales).

[34] Cf. esta obra, t. I, ps. 569 y ss., con varios ejemplos de casos útiles para la explicación.

[35] Cf., *idem*, § 6, D, 2, *e*, ps. 568 y ss. (especial reconocimiento del fenómeno explicado, p. 572).

2. Las aplicaciones relativas del concepto y la forma de resolver los problemas que él presenta

I. Se adjudica al objeto del procedimiento penal varias tareas, a saber: a) él precisa, más o menos certeramente, los límites del conocimiento judicial y, sobre todo, de la sentencia, en homenaje a otro principio fundamental, el de asegurar una *defensa* idónea para el imputado; b) él designa el ámbito de aquello que es justiciable, la *litis pendentia* y, con ello, determina una de las aplicaciones prácticas, en nuestro derecho, del principio *ne bis in idem*, comprendido como poder de clausura de una persecución penal sobre otras que pudieran versar sobre el *mismo hecho (excepción de litis pendentia;* conflictos sobre la competencia); c) él determina la extensión de la *cosa juzgada* y, con ello, el ámbito de valor de la sentencia para el futuro, un resultado práctico, asimismo, de la máxima *ne bis in idem*; d) él influye, también, en los criterios que fijan los posibles fundamentos de las decisiones sobre la *admisibilidad* de la prueba (pertinencia). Se sostiene que, en el cumplimiento de estas funciones, el objeto procesal penal es idéntico[36]. Y es posible que así lo sea según algún Derecho positivo, por ejemplo, el alemán, pero no lo es, seguramente, según otros, por ejemplo, en general, según el Derecho positivo argentino. A fundar la idea contraria son dedicadas las próximas líneas.

II. La idea de que el objeto procesal penal abarca algo más que las circunstancias descriptas por la acusación –según reza la fórmula positiva del § 155 de la OPP de la RFA, para precisar los límites del conocimiento del tribunal y de su sentencia ("El conocimiento y decisión se extiende al hecho designado por la acusación y a las personas imputadas en ella")–, esto es, la concepción acerca de que por objeto del procedimiento se debe entender el acontecimiento histórico unitario, según una visión natural de los sucesos vitales, cuyo núcleo está constituido por el injusto penal concreto puesto en la escena del procedimiento, en todo caso, un concepto de naturaleza meramente procesal

[36] ROXIN, *DPP*, cit., § 20, A, II, p. 160, pero la palabra "importancia" constituye un error de traducción, incluso imputable a mí mismo; el original (*Strafverfahrensrecht* [25ª ed.], Ed. C. H. Beck, München, 1998, p. 152) se refiere, en verdad, al "contenido", "perímetro", a aquello que abarca el concepto para las respectivas funciones.

sobre aquello que significa *hecho*, resulta particularmente interesante para dominar la fuerza de clausura que posee la sentencia firme (*cosa juzgada*) y, también, por extensión, el impedimento para otras persecuciones penales que, por la misma acción u omisión, fueren desarrolladas en el mismo momento (*litis pendentia*), según las acciones u omisiones en cuestión o comparables sean ulteriores o concomitantes. Claro es que aquí el descubrimiento posterior de nuevas circunstancias del mismo hecho histórico, con o sin importancia jurídica, no puede transformar el acontecimiento en sí mismo al punto de permitir una nueva persecución penal.

Así, el descubrimiento –o la mera afirmación hipotética–, posterior a la sentencia, de que el autor escaló un muro (agravante: CP, 163, inc. 4) antes de apoderarse de una cosa mueble ajena –por ej., de un aparato de radio (hecho descripto en la sentencia)–, no permite renovar la persecución penal, si ya existe una sentencia firme (condenatoria o absolutoria), ni multiplicarla, para el caso de estar pendiente (en todo caso puede, agregada a la descripción anterior, generar sólo un cambio de tribunal, con base en la aplicación de reglas de competencia). Tampoco permiten una persecución penal distinta ciertas modificaciones leves, temporales o locales, siempre que el núcleo del hecho punible concreto sea el mismo. La solución de la cuestión sólo admite aquí, sin embargo, fórmulas genéricas, como criterios que orienten la solución de casos conflictivos, centradas en el estudio y comparación de los casos concretos de la vida real. Fórmulas absolutamente específicas son poco menos que imposibles[37].

Sin embargo, me permitiré discrepar con la idea generalizada acerca de que las descripciones típicas del Derecho penal material carecen de importancia en el punto. Por lo contrario, aquello que significa unidad y pluralidad de acciones y omisiones para el Derecho penal, incluido allí el concurso ideal o formal, el material o real y el concurso continuado, la descripción de los mismos tipos penales, que, en ocasiones, requieren multiplicidad de actividades similares (habitualidad) y otras colocan a múltiples acciones como alternativas de descripción de una misma conducta delictual (figuras alternativas), y, por fin, las relaciones entre los mismos tipos delictivos, sobre todo, las de participación

[37] Hasta dónde es posible la aproximación mediante criterios, lo marca el esfuerzo de WOLTER, cf. su excelente estudio sobre el objeto procesal, de carácter genérico, *Tatidentität*, cit., IV, ps. 164 y siguientes. Más allá, para el Derecho argentino, la bibliografía citada en esta obra, t. I, § 6, E, ps. 368 y siguientes.

y la de tentativa-consumación, están vinculadas a aquello que agota y a aquello que no agota una persecución penal terminada o en curso. Así lo he entendido al estudiar el principio *ne bis in idem*[38].

III. En cambio, la aplicación de un criterio tan vasto acerca de lo que constituye, como comportamiento humano, el objeto de un procedimiento, lesionaría otra de las garantías procesales que depende de ese concepto. Me refiero a aquella que marca los límites de la sentencia, precisamente allí donde los traza la acusación con sus circunstancias de importancia jurídico-penales. En el Derecho argentino es claro que, a pesar de encontrar aceptación general el aforismo *iura novit curia*, incluso en la ley (el tribunal puede subsumir jurídicamente el hecho en la norma que describa como aplicable al caso, aun distinta de aquélla postulada por la acusación o el auto de apertura[39]), la sentencia sólo puede reconstruir circunstancias, con relevancia en el significado jurídico del comportamiento, hasta donde esas circunstancias hayan sido descriptas en la acusación (o en el auto de apertura del juicio, en los llamados "códigos modernos") y, por lo tanto, hayan sido intimadas correctamente al imputado; están comprendidas, por supuesto, aquellas circunstancias contenidas en la ampliación de la acusación durante el debate, cuando esa ampliación está permitida[40]. La regla, puesta al revés, quiere determinar el ámbito de clausura de la descripción imputativa del acusador; pues será ilegítima toda verificación de circunstancias efectuada por el tribunal en la sentencia, que no tenga su correlato en la acusación[41].

Por circunstancias o elementos del hecho, con importancia para el significado jurídico-penal del comportamiento imputado, no sólo se comprende los datos eminentemente fácticos, culturales o normativos que describen al hecho (por ej.: escalamiento de un muro, utilización de un arma, relación de parentesco, de dominio sobre una cosa, etc.), sino, también, los elementos subjetivos típicos (por ej.: dolo, en sus diversas clases y exigencias, culpa, ánimo de lucro, odio racial, etcétera).

[38] Ver esta obra, t. I, § 6, E, 2, *c*, II, ps. 595 y siguientes.

[39] CPP Nación, 401; sobre los problemas que presenta la aplicación estricta de esta regla y este principio, cf. MAIER, Julio B. J. y LANGER, Máximo, *Acusación y sentencia*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996/B, ps. 617 y siguientes.

[40] CPP Nación, 381.

[41] Para su fundamentación, ver esta obra, t. I, § 6, D, 2, ps. 552 y siguientes.

De ello se desprende que las variaciones no significativas jurídicamente dejan de estar comprendidas en las limitaciones de la sentencia, la cual, por ello, puede, por ejemplo, constatar variaciones témporo-espaciales del hecho acusado, salvo que ellas, por su diferencia, impliquen imputar un comportamiento históricamente distinto e importen sorpresa para el acusado, en el sentido de indefensión; queda también claro que el tribunal puede, aun de oficio, contener en sus sentencias otras circunstancias o elementos no descriptos en la acusación, con tal de que favorezcan al imputado: por ej., la muerte del niño por su madre, *inmediatamente después del alumbramiento y para evitar la deshonra*, circunstancias estas últimas de importancia jurídica como atenuantes –infanticidio: CP, 81, inc. 2[42]– frente al homicidio agravado por el vínculo –del hijo por la madre–, acusado por el ministerio público[43].

El criterio de algunos juristas alemanes, según el cual el objeto procesal es *idéntico e indivisible* para todas las funciones e inseparable en concreto, pues, para el caso, el tribunal, conservando la unidad del acontecimiento histórico, puede conocer circunstancias desfavorables para el acusado, no contenidas en la acusación o en la decisión de apertura del juicio, y aún más, verificarlas en la sentencia[44], deriva directamente del Derecho positivo (OPP [RFA], 155, 264, y 265, II): La regla directamente vinculada a la definición reza: "El objeto de la sentencia es el hecho descripto en la acusación tal como se presenta según el resultado del debate" (OPP [RFA], § 264, I). Si se observa bien, esa afirmación conceptual no se opone *necesariamente* a nuestro punto de vista. Prueba de ello es que el mismo § 265, OPP, ha debido, para preservar el principio de defensa, prever la advertencia del tribunal al acusado acerca de que esas circunstancias pueden ser abarcadas por la sentencia (representa lo mismo: están comprendidas en el objeto procesal) y acceder a una suspensión del debate para permitir preparar eficientemente la defensa; sólo se verifica en ese caso algún sacrificio del principio acusatorio, pues no es el acusador, sino el tribunal sentenciante, el que agrega la circunstancia e instruye al acusado y, con ello, amplía el ámbito de decisión de su propia sentencia. Entonces, para los juristas alemanes, que han sido drásticos en afirmar la unidad e indivisibilidad del contenido del objeto procesal, no es suficiente –aunque no lo expresen– la definición del objeto procesal conforme al paradigma del § 264, I, desde el punto de vista del aseguramiento del derecho de defensa, pues, al exigir la advertencia del tribunal sobre la nueva circunstancia y facultar para la suspensión del debate,

[42] Hoy derogado, ley nº 24.410, pero válido como ejemplo que he preferido conservar.

[43] Con más detalles, esta obra, t. I, § 6, D, 2, *a*, ps. 568 y siguientes.

[44] Cf. ROXIN, *DPP*, cit., § 20, B, II, ps. 163 y s.; BAUMANN, *Grundbegriffe*, cit., Cap. 5, I, 3, ps. 73 y ss, y II, 2, *a*, ps. 176 y s.; KLEINKNECHT, Theodor y MEYER, Karlheinz, *Strafprozeßordnung* (3ª ed.), Ed. C. H. Beck, 1989, ps. 264 y 265, ps. 972 y siguientes.

implícitamente fijan fronteras para la sentencia. En cambio, el criterio con el cual se definirá el objeto procesal penal desde la sentencia ya firme, para establecer su efecto de clausura, resulta ser más amplio que el anterior y sí coincide con la definición del § 264, I. Piénsese, por ejemplo, en que el tribunal omite la advertencia y en cuáles serían los límites de la sentencia en ese caso.

IV. Por lo contrario, el objeto del proceso penal se debe comprender más ampliamente que en ningún otro caso, cuando se trata de establecer el criterio para la producción de la prueba[45]. En efecto, piénsese que sólo en contadas ocasiones el objeto del medio de prueba ofrecido (tema de la prueba) coincide totalmente con el objeto del procedimiento (tema del proceso)[46]. Ordinariamente, el tema al que se refiere el medio de prueba ofrecido sólo coincide parcialmente con el tema que se estudia en el procedimiento. Y, en ocasiones, como lo muestra la llamada prueba por indicios o conjeturas, el tema a probar se vincula tan sólo muy indirectamente con el tema del procedimiento o, expresado de otra manera, no se vincula a él sino a través de una operación intelectual[47]. El Derecho positivo tiene también suma importancia en esta conclusión: en razón de la necesidad de conceder la máxima amplitud posible tanto para el descubrimiento de la verdad, como para la defensa (posibilidad de resistencia a la imputación), la ley procesal penal, regularmente, no permite prescindir de los medios de prueba ofrecidos por las partes para el juicio (debate previo a la sentencia), salvo por motivos estrictamente excepcionales[48]. La referencia de la prueba

[45] Sobre ello, KÜHL, *Prozeßgegenstand*, cit., en especial, p. 288, quien afirma, precisamente, que el llamado "objeto procesal" es una "construcción" intelectual, nada que se pueda describir, ni tampoco una combinación del criterio fáctico procesal con el normativo del Derecho penal; algo, entonces, que responde a la función que cumple, para el caso, servir de núcleo para establecer los criterios sobre admisibilidad e inadmisibilidad de los medios de prueba.

[46] Cf. FLORIÁN, Eugenio, *De las pruebas penales* (3ª ed.), Ed. Temis, Bogotá, 1982, t. I, Cap. II, ps. 95 y ss.; sintéticamente, del mismo autor, *Elementos de Derecho procesal penal* (trad. castellana de L. PRIETO CASTRO), Ed. Bosch, Barcelona, 1933, § 68, ps. 308 y siguientes.

[47] Sobre ello, con explicaciones exhaustivas, KÜHL, *Prozeßgegenstand*, cit., Cap. II, 3, ps. 64 y ss.; Cap. V, 2 y ss., ps. 149 y ss.; Cap. VII, 1 y ss., ps. 240 y siguientes.

[48] El CPP Nación, 356, II, exige como condición para su rechazo que la prueba ofrecida sea, *evidentemente*, *impertinente* o *superabundante*; el § 244, III, de la OPP (RFA), permite rechazar el ofrecimiento de prueba también bajo circunstancias estrictas (absoluta evidencia acerca de la inutilidad, superabundancia o impertinencia [ver, además, los párrafos siguientes del mismo parágrafo]).

al objeto procesal es, por ello, mucho menos circunscripta al núcleo de la imputación; el concepto de objeto del procedimiento es, por ende, sensiblemente más laxo.

Se trata, en verdad, de un caso único aquél en el cual un testigo, por ejemplo, da fe con su relato de toda la acción cumplida por el autor, e inclusive, de su resultado, de modo que el tema de la prueba encaja perfectamente en aquel que constituye el objeto del procedimiento. Más común es el caso de superposición parcial: la autopsia que verificó la muerte de la víctima y el motivo de ese resultado; el testimonio de una persona que observó la velocidad que imprimió el conductor a su vehículo. Por último, en gran cantidad de ocasiones, el tema de la prueba es otro distinto de aquel que conforma el objeto del procedimiento: observo salir de una casa al autor, en un momento determinado; sólo por unión con otro dato y con ciertas reglas de experiencia esa constatación puede reconducirnos al objeto del procedimiento (por ej.: la autopsia o el examen médico determina la fecha y hora aproximados de la muerte de la víctima).

V. Existen otros usos del concepto en los procedimientos concretos. Quizás el más llamativo sea aquel que se utiliza para fijar la competencia del tribunal. Para cumplir esta función tiene preferencia, regularmente, cuando se duda acerca del alcance del contenido del objeto procesal, aquel tribunal que es competente para decidir sobre el delito más grave, por aquel dicho popular, aplicable estrictamente al caso, de que "quien puede lo más, puede también lo menos"; por ello se suele decir, en relación con la competencia material –no sin cierta impropiedad en el lenguaje–, que ese tribunal tiene competencia "más amplia" o "superior"[49]. En ese sentido, cuando se trata de la determinación de la competencia material o de la mayor y menor integración

[49] En el sentido del texto, la solución de CPP Modelo IA, 8, III, idéntica a la del Proyecto CPP Nación (1986), art. 8, III, aun cuando esa solución se refiera, únicamente, a la oportunidad de dictar sentencia: no se puede declarar incompetente, por razón de la materia, aquel tribunal competente para juzgar hechos más graves, porque advierta, en la sentencia, que el objeto procesal reconocible en ella, según las reglas que la rigen, está constituido por un hecho punible más leve, que justificaría una integración distinta, menor en número de jueces, del mismo tribunal o la intervención de otro tribunal de menor jerarquía. La legislación positiva argentina no contiene reglas similares, pero resuelve en el mismo sentido la cuestión una vez fijada la audiencia del debate sin que se haya planteado por las partes la excepción de incompetencia (CPP Nación, 35, III; CPP Córdoba, 41, II), para declarar válidos los actos realizados por un tribunal de "competencia superior" que, en virtud de una atribución legal, debieron ser realizados por otro de "competencia inferior" (CPP Nación, 36; CPP Córdoba, 42, II) o cuando se trata de la conexidad entre hechos punibles, como cláusula derogatoria de ciertas reglas de competencia material y territorial (CPP Nación, 42, I; CPP Córdoba, 48, I).

para un caso concreto de un tribunal, triunfa sobre el objeto procesal que contiene el hecho punible más leve, aquel que contenga el hecho punible más grave[50]. Otros usos pueden ser hallados en las excepciones y en las medidas de coacción, por ejemplo.

3. Contenido del núcleo del concepto

1. No se trata, por lo tanto, de construir un concepto cuyo contenido sirva para todas las funciones relativas a él, sino, antes bien, de construirlo como núcleo que concede una unidad de sentido a todas las acciones que componen un procedimiento penal, según ya lo observamos. Tal unidad de sentido no resulta sólo de los fines adjudicados comúnmente a todos esos actos en conjunto, sino que emerge, principalmente, de la referencia directa o indirecta de ellos a un núcleo temático básico, de contenido material, que es lo que llamamos "objeto del procedimiento". Ese núcleo básico se construye a través de la imputación que se dirige contra alguien, sin la cual no existe procedimiento penal posible. Tal imputación contiene, en principio, la descripción hipotética de un acontecimiento histórico, de un suceso de la vida constituido por una acción humana acaecida en el mundo real o, por lo contrario, por una acción humana que no se realizó en un momento determinado, y comprende también, eventualmente, sus resultados como cambios del mundo exterior logrado o dejado de lograr por la acción u omisión, con todos sus elementos objetivos y subjetivos de importancia desde el punto de vista jurídico-penal. Ello significa que también la intensidad de esa atribución –dolo, imprudencia– o cualquier otro elemento subjetivo de importancia para el orden jurídico-penal –ejemplo: ánimo de lucro, a sabiendas, etc.– integra el objeto del procedimiento o lo deja de integrar, según el caso. Tanto la acción como la omisión descripta debe poseer importancia jurídico-penal, en el sentido de ser presentadas como constitutivas de infracciones a reglas de deber, que generan alguna consecuencia penal[51].

50 Supóngase que se duda acerca de la aplicación al caso del art. 79 o del art. 81, 1, *b*, o, más allá de ello, de la aplicación de la figura del exceso (error vencible sobre los presupuestos objetivos) en la utilización de una justificante (CP, 35).

51 Por cierto, esto es lo que quería expresar, sin necesidad –la ley no precisa aclarar teoría y hasta, en ocasiones, es preferible que no lo haga–, el antiguo CPCrim. nacional, 207.

Además, no existe imputación posible, según se ha observado, que no se dirija contra una persona determinada, esto es, que no se atribuya a alguien. Por lo tanto, la individualización de la persona a quien se atribuye la acción o la omisión –contra quien se dirige la persecución penal o la llamada acción procesal– conforma también el contenido del objeto procesal. El modo o la manera particular de atribuir objetiva (tentativa o consumación) o subjetivamente (autor, instigador, cómplice, necesario o secundario) un suceso a alguien, según la propia ley penal (CP, 42 y ss., 45 y ss.), y las circunstancias reales de donde ello se deriva, integran también el objeto del procedimiento.

Así, para afirmar que una acción fue tentada y descartar su consumación acudimos a ciertas verificaciones empíricas que, con total prescindencia del acierto o desacierto de la tesis jurídica, determinan el juicio: por ej., el autor no pudo sacar la cosa sustraída más allá de un par de metros del lugar donde ella se hallaba, pues fue aprehendido por un vecino (descripción fáctica), razón por la cual la cosa hurtada nunca salió de la "esfera de custodia del titular del bien jurídico" (concepto jurídico sobre consumación del hurto, CP, 162).

Lo mismo ocurre con las distintas acciones de participación: para imputar *instigación* (CP, 45) se debe describir de qué manera –en la realidad histórica– el instigador convenció al autor de que perpetrara el hecho punible (le envió una carta requiriéndole como favor que golpeara a un enemigo y agregó que él lo sabría recompensar por ello); o para imputar *complicidad secundaria* es preciso describir que el cómplice observaba en la vereda del local la posible llegada de la policía o de otras personas, con el fin de dar la alarma a los autores materiales para la fuga, en ambos casos con total prescindencia del concepto de instigación o complicidad que se utilice. Y ello no cambia ni siquiera en el caso extremo de inclinarse por la teoría del autor único, pues siempre resulta necesario describir qué hizo o qué dejó de hacer la persona a quien se atribuye un ilícito con consecuencias penales[52].

Más allá de ello, existen circunstancias de valor jurídico para la determinación de la consecuencia penal –pena o medida de seguridad y corrección–, tanto pertenecientes a la acción como a la persona imputada, según la mayor o menor influencia de un Derecho penal *de acto* o *de autor*, circunstancias que ingresan asimismo al contenido del objeto del procedimiento penal, como tema propio de él (medición de la pena), en un sistema presidido por marcos penales (mínimo y máximo de una escala), que prescinde de penas rígidas y fijas.

[52] Cf., desde la inobservancia de esta regla, SANCINETTI, Marcelo A., *La nulidad de la acusación por indeterminación del hecho y el concepto de instigación*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, especialmente §§ 4 y ss., ps. 39 y siguientes.

Se trata, por ej., del medio empleado para ejecutar la acción (un cuchillo para agredir corporalmente), de la extensión del daño o del peligro provocado (el valor concreto de la cosa hurtada o la cercanía de la puesta en peligro con el daño y, en su caso, el valor del daño concreto eventual que puso en juego), de la edad real del autor (joven, persona ya madura o anciano), o de su educación (primaria, secundaria, universitaria), etc., de la misma medida de la culpabilidad según estos y otros factores (circunstancias tenidas en cuenta por el CP, 41, para medir la pena), cuyas descripciones conceptuales –en lenguaje prescriptivo– necesitan su concreción en lenguaje puramente descriptivo relativo al hecho y autor concretos materia de la imputación.

II. El *caso penal* es descripto así como unidad, por su átomo esencial. Pero existen procedimientos penales que abarcan más de una unidad, varios casos o gran cantidad de ellos, esto es, procedimientos con multiplicidad de objetos (*objeto múltiple*). El objeto puede ser múltiple por la variedad de comportamientos que se atribuye a un único imputado (*conexión subjetiva*[53]) o por la variedad de imputados a quienes se les atribuye participación en un solo hecho punible (*conexión objetiva*[54]) o, en ocasiones, por ambas razones a la vez, como los varios delitos cometidos por diferentes personas y en distintos lugares y tiempos, pero según un acuerdo previo[55], o los delitos vinculados por su fin, para preparar, facilitar o consumar el otro o para lograr el provecho de otro hecho punible (*favorecimiento real*) o la impunidad de quienes participaron en él (*favorecimiento personal*)[56]. Tanto la *conexión subjetiva* como la *objetiva* contienen la descripción de varios comportamientos distintos, imputables a una única o a varias personas. Pero también aquella que se produce tan sólo por la participación criminal contiene, en verdad, comportamientos distintos para cada individuo, según la clase distinta de partícipe que se menta (por ejemplo: haber instigado –esto es, convencido– a otro a acceder carnalmente por la fuerza a otra persona, haber sujetado a la persona accedida para posibilitar el acceso carnal, haber custodiado el lugar para evitar la aproximación de curiosos o para dar la alarma si alguien se aproxima, etc.), y sólo la teoría de la *accesoriedad* en la participación puede sostener, con cierta fic-

53 CPP Nación, 41, inc. 3; CPP Córdoba, 47, inc. 3.

54 CPP Nación, 41, inc. 1, 1ª oración; CPP Córdoba, 47, inc. 1, 1ª oración, aunque la hipótesis parece superar la mera participación criminal.

55 CPP Nación, 41, inc. 1, 2ª oración; CPP Córdoba, 47, inc. 1, 2ª oración.

56 CPP Nación, 41, inc. 2; CPP Córdoba, 47, inc. 2.

ción, que se trata de un hecho único, de una única imputación y de una única norma infringida por varias personas[37].

4. Construcción paulatina del objeto procesal penal y su modificación

I. El procedimiento penal por delito de acción pública, antes bien, la persecución penal pública, no comienza, como la civil, con su objeto completamente delineado y preciso, la mayoría de las veces en la demanda. Por lo contrario, generalmente se conoce poco acerca del comportamiento y de su autor cuando se inicia el procedimiento, conocimiento que avanza en profundidad a medida que transcurren los actos del procedimiento. Ello se observa con claridad cuando se advierte que el procedimiento penal por delito de acción pública incluye, comparativamente, mayor actividad, más pasos y períodos que el procedimiento civil. La persecución penal pública se inicia siempre con un procedimiento de averiguación (*procedimiento preliminar* o *instrucción preparatoria*) del objeto procesal (conducta a imputar e individualización del imputado), investigación que lleva a cabo, modernamente, su órgano específico, el ministerio público, con su auxiliar principal, la policía; en sistemas judiciales antiguos, esta investigación la produce un juez (de instrucción). Esta investigación preliminar existe porque, por una parte, el órgano de la acción penal pública desconoce el hecho objeto del procedimiento, para una eventual acusación, a cuya afirmación, en grado de sospecha, accede por observación propia o por denuncia ajena, y porque, por la otra, resulta absolutamente necesario regular ese procedimiento jurídicamente para evitar la utilización de medios de averiguación prohibidos o que signifiquen un menoscabo desmedido para la dignidad de las personas involucradas en él (garantías procesales penales), más aún ante la realidad del uso del poder estatal que implica la persecución penal oficial. Si todavía se desea fundamentos más sólidos y básicos, ellos pueden ser hallados en el origen y explicación de la *pena estatal* (una expresión casi pleonástica) y del tipo de conocimiento que ella generó e implicó, conceptos de cuya idea es tributaria la persecución penal pública, concebida como eje de un Derecho penal al servicio del Estado-nación, esto es, de un poder político central ale-

[37] Sobre la ficción de la *accesoriedad* en la participación criminal, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, cit., Cap. 2°, I, § 6, II y ss., ps. 654 y siguientes.

jado de los ciudadanos individuales, sus súbditos, poder y Derecho que, en principio, se prevé y es ejercido para su control[58].

Pues así, durante esta investigación preparatoria, precisamente, preparatoria del acto en el cual se fija regularmente el objeto del procedimiento penal, se obtiene paulatinamente el conocimiento que permite llevar a cabo la verdadera demanda de justicia penal: la acusación o el requerimiento del juicio penal. El objeto del procedimiento penal resulta así *construido*, hasta quedar fijo en la acusación. Durante el procedimiento preliminar, pues, nuevos datos pueden enriquecer permanentemente ese objeto, completándolo, precisándolo con mayores detalles y circunstancias; durante ese período procesal el objeto del procedimiento es modificable e, incluso, transformable[59].

Por contraposición, en el procedimiento civil, en cambio, todo comienza, regularmente (proceso de conocimiento), con la demanda de justicia, conforme a las reglas del Derecho privado; por tanto, se inicia, directamente, por requerir el enjuiciamiento y, con ello, por fijar el objeto procesal. Allí la acción a proseguir resulta preparada, de ordinario, "privadamente", sin recurrir a un procedimiento oficial. Sin embargo, existe la posibilidad de requerir el auxilio de la fuerza pública, siempre judicial, previo a la demanda, bien para obtener ciertas medidas cautelares que aseguren el resultado final del procedimiento o la prueba, bien para conocer ciertos datos, que no pueden ser conocidos privadamente y sin los cuales es imposible demandar, o sólo es posible hacerlo corriendo demasiados riesgos.

Algo similar sucede, en la persecución penal, con los delitos de acción privada. Por regla, ellos comienzan por la querella, que, en esos casos, constituye una verdadera acusación. Es posible, también, requerir medidas preparatorias, por ej., para individualizar o identificar al imputado o conocer precisamente el contenido de un documento difamatorio, que no se puede conocer privadamente[60].

II. Con la acusación –requerimiento de apertura del juicio– se fija más rígidamente el objeto del procedimiento penal por venir, específicamente, el del juicio. Ordinariamente, esa descripción será la que es-

58 Cf. FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Ed. Gedisa, México, 1988, Tercera conferencia, ps. 63 y ss.; BARATTA, Alessandro, *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal*, en "Poder y Control", Ed. PPU, Barcelona, 1986, nº 0, ps. 75 y ss.; a BERGALLI, Roberto, *Introducción*, en el mismo fascículo de la revista citada antes, pertenece la frase, que estimo correcta, acerca de que "la pena ha sido siempre el eje político-criminal que ha orientado los usos de los sistemas penales" (p. 74).

59 Las mismas reglas que prevén resoluciones judiciales sobre ese objeto precisan esa característica: CPP Nación, 311, 1ª oración.

60 CPP Nación, 418, 426 y 427, I.

tablezca los límites cognoscitivos del tribunal durante el debate y la sentencia; en el Derecho argentino moderno también el auto de apertura del juicio contribuye a fijar el objeto del procedimiento futuro y los límites de la sentencia[61]. Empero, la rigidez no es total, pues nuestras leyes procesales penales permiten también cierta transformación limitada del objeto del procedimiento durante el debate, para agregar nuevas circunstancias relativas al mismo hecho histórico contenido en la acusación, antes desconocidas y surgidas durante el mismo debate: este acto se denomina *ampliación de la acusación* y para nuestras leyes sólo es posible para otro acto de continuación delictiva en el delito continuado o para una circunstancia agravante respecto de la acusación originaria[62]. Pero, fuera de estas posibilidades, el conocimiento del tribunal y la sentencia están limitados a examinar el objeto puesto en escena por la acusación, sólo con las circunstancias descriptas por ella, que poseen significado jurídico-penal, salvo que sean favorables para la situación del acusado, caso en el cual son incorporables y verificables aun de oficio. La sentencia –se dice– sólo puede, como máximo, ser un *correlato de la acusación*[63].

En el Derecho procesal penal argentino antiguo –el CPCrim. nacional como ejemplo–, con períodos procesales rígidamente preclusivos, la acusación fijaba de una vez para siempre los límites de la discusión y de la sentencia, sin posibilidad de ampliación alguna: no se conocía la posibilidad de ampliar la acusación, ni existía una resolución que, al admitir la acusación, abriera el enjuiciamiento del imputado. Se producía, así, este extraño efecto: si la víctima moría después de la acusación por lesiones corporales, pero a consecuencia de ellas, la discusión y la prueba del debate (plenario escrito) no podían contener el hecho de la muerte, imputable objetivamente a la acción descripta y a la persona acusada, y la sentencia, como máximo, sólo podía coincidir con la acusación y condenar por lesiones corporales. Por supuesto, un efecto así no es evitable del todo, pues aún regulada la posibilidad de ampliar la acusación durante el debate, cabe la posibilidad de que la víctima fallezca, a consecuencia de las lesiones, con posterioridad a la sentencia firme de condena por ese delito, con lo cual la sentencia se torna inmodificable en favor del acusado, pues nuestro Derecho procesal penal no conoce la *revisión* desfavorable.

Según ya fue dicho, la ley procesal penal alemana permite mayores posibilidades de modificar el objeto del procedimiento, aun durante el debate, pues el mismo tribunal, si conserva la unidad natural del acontecimiento histórico, puede incorporar otras

[61] CPP Nación, 347, II, y 401, I.

[62] CPP Nación, 381, I.

[63] Ver esta obra, t. I, § 6, D, 2, *c*, ps. 568 y siguientes.

circunstancias gravosas para el acusado, no descriptas en la acusación o en el auto de apertura del juicio (procedimiento principal), circunstancias que, advertidas debidamente al acusado y a su defensor, esto es, salvaguardadas sus facultades defensivas, serán también objeto del debate y podrán estar comprendidas en la sentencia (OPP [RFA], § 265). Pero –vale la pena aclararlo– la ley procesal penal alemana permite también que el ministerio público, durante el debate, amplíe la acusación, ya no tan sólo con referencia al mismo objeto u objetos procesales debatidos, por introducción de nuevas circunstancias que lo modifican sin alterar el suceso histórico acusado originariamente, sino con referencia a un nuevo hecho punible, no contenido en la acusación originaria, siempre que sea atribuido al mismo acusado y él consienta su introducción (OPP [RFA], § 266), y también conoce, en casos genéricos que describe, la *revisión* de la sentencia en disfavor del condenado por sentencia firme (OPP [RFA], § 362). Con ello y lo antes aclarado, la posibilidad de mutación del objeto procesal es considerablemente más amplia en el Derecho procesal penal alemán que aquello que permite el Derecho procesal penal argentino vigente.

III. No se debe olvidar que la sentencia de absolución, incluso la anticipada (sobreseimiento), cumple también la misión de fijar el núcleo histórico que fue tema del procedimiento penal concluido, esto es, el objeto del procedimiento penal; pero a ese acto se le adjudica ese papel en el procedimiento, sólo en miras al efecto de clausura de la cosa juzgada *(ne bis in idem)*. La sentencia condenatoria cumple también un papel semejante.

5. El objeto accesorio del procedimiento penal: la cuestión civil

De todo hecho punible emerge, en principio, la facultad de pretender que se repare el daño moral y los daños materiales que provocó el delito (acción civil *ex delito*). Las leyes procesales penales permiten, por lo general, que esa acción, a opción del actor (el ofendido o alguno de sus sucesores), sea ejercida en el procedimiento penal, para ser decidida, junto a la acción penal, en la misma sentencia, o sea interpuesta ante los jueces específicamente competentes para tratar asuntos de Derecho privado (Derecho de daños o civil). Se trata aquí del objeto *accesorio* del procedimiento penal, que puede o no existir en los procedimientos concretos (distinto para el objeto procesal penal: necesario, sin el cual no existe el procedimiento penal, y, por ello, nombrado como *principal*), según que quien se titula ofendido o algún sucesor legitimado ejerza o deje de ejercer la acción civil mientras está pendiente la persecución penal[64]. Sin embargo, en el proceso penal ar-

[64] Cf. Vélez Mariconde, *DPP*, cit., t. II, cap. IV, 5, II, ps. 156 y s.; CPP Nación, 16, I.

gentino la cuestión civil se transforma en *principal* y, eventualmente, en *única* a decidir, justamente en la sentencia posterior al debate[65] y aun después de ella (recursos), cuando, a pesar de la absolución –en ocasiones, de la extinción de la persecución penal–, el procedimiento continúa para resolver tan sólo la cuestión civil[66].

Resulta exagerado, quizá, apreciar que la cuestión civil –el caso civil– multiplica el objeto del procedimiento penal, en el sentido de que se coloca como otro objeto, distinto del penal. Se trata del mismo acontecimiento histórico al que se mira según sus aspectos civiles, esto es, bajo el cristal de las reglas del Derecho privado. Empero, algo de esa afirmación resulta correcto, pues si se requería, para el objeto procesal penal, que se pretendiera, conforme a reglas materiales, alguna consecuencia penal, la misma exigencia, esta vez respecto del Derecho civil, rige para esta cuestión: el acontecimiento histórico como tal debe poder generar una consecuencia jurídica de Derecho privado, pretendida por el actor. Obsérvese, por lo demás, que agregar la consecuencia jurídica civil aumenta también el ámbito fáctico a conocer en el procedimiento, pues esa consecuencia no guarda relación directa con las características del hecho punible o con la extensión del reproche sobre la culpabilidad, sino, antes bien, con el daño causado y fundamentalmente, con el provecho logrado por el agente para sí o para otros (principio del enriquecimiento ilícito, disconforme con los medios regulados para adquirir patrimonio por el Derecho privado). Sin exageración, se po-

[65] Ello significa: después de la apertura del debate público, pues la ley no prevé la facultad del tribunal de sobreseer durante el curso del debate, y salvo el caso de muerte del imputado durante el debate, porque él no puede continuar en ausencia (solución por sobreseimiento implícita). No estaba tan equivocado, entonces, el CPP Córdoba originario (1939), art. 16, que permitía la prosecución de la acción civil una vez decretada la citación a juicio.

[66] CPP Nación, 16, II. La regla citada sólo menciona la absolución y se refiere directamente a la sentencia posterior al debate, pero son múltiples los casos imaginables en los cuales, aun después de la sentencia, el caso se debate bajo el único aspecto de la acción civil interpuesta: recurso procedente contra la condena civil después de una absolución penal; condena penal y civil con recursos en trámite, y extinción de la acción penal durante el trámite de los recursos, con pendencia de la acción civil únicamente; el mismo caso, pero con absolución penal y condena civil, ambas decisiones recurridas, y extinción de la acción penal durante el trámite de los recursos. El texto del CPP Córdoba, comentado por Ricardo C. Núñez, *CPP Córdoba anotado*, art. 16 (ps. 27 y s.), y el CPP Córdoba vigente, art. 26, a contrario de aquello que sucede con el CPP Nación citado en la nota, aclaran estas circunstancias posibles al indicar: "ni la ulterior extinción de la pretensión penal impedirá que el Tribunal Superior decida sobre la civil".

dría decir que el ejercicio de la acción civil en el procedimiento penal promueve una modificación o ampliación del objeto procesal. Si ella es ejercida, se resolverá con otros parámetros, más amplios que los utilizados cuando sólo es ejercida la acción penal, por ejemplo, la pertinencia y utilidad de la prueba ofrecida para el debate[67].

D. SUJETOS DEL PROCEDIMIENTO PENAL (INTERVINIENTES O PARTICIPANTES)

1. Conceptos y generalidades

I. Según hemos ya anticipado, no toda persona que ejecuta actos procesales o que está autorizada a hacerlo ingresa ordinariamente a la denominación genérica de *sujeto procesal* o es considerada como partícipe (interviniente) en el procedimiento. Para establecer quiénes son las personas estudiadas bajo esta denominación no ayuda demasiado remitir al ejercicio *independiente* o *autónomo* de facultades –concedidas por las reglas– procesales o a los deberes impuestos por esas reglas[68].

El testigo o el perito llevan a cabo actos procesales, acciones que, junto a otras, componen la obra humana que constituye el procedimiento; son portadores entonces, de facultades y deberes que conceden e imponen reglas procesales y, sin embargo, no son considerados, ordinariamente, partícipes o intervinientes en el procedimiento, es decir, sujetos del proceso penal. Más allá de ello, órganos públicos de gran importancia en el procedimiento penal, que cumplen actos de relevancia superior en él y a los cuales el Derecho procesal penal les concede facultades y les impone deberes de peso considerable, conforme a los cuales realizan actos propios, como la policía –clásico ejemplo–, no son tampoco considerados, regularmente, participantes en el procedimiento, esto es, sujetos procesales. Así sucede también con todos los llamados "funcionarios auxiliares", nombre que, en ocasiones, constituye un eufemismo por la importancia de los actos que cumplen.

En verdad, el concepto "sujeto procesal" carece de valor sistemático, es, por ello, prescindible y sólo representa un problema terminoló-

67 Ver CPP Nación, 356.

68 Así, por ej., ROXIN, *DPP*, cit., § 17, A, p. 121; con ciertas correcciones que aproximan la definición a la descripción correcta del concepto, a nuestro juicio, HENKEL, Heinrich, *Strafverfahrensrecht* (2ª ed.), Ed. W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1968, § 25, I, p. 116.

gico, semántico[69]. Ello no quiere decir que carezca de importancia. Nosotros lo utilizamos, como la mayoría de los autores en la materia, para describir la función de los principales protagonistas del procedimiento y su posición jurídica relativa en relación con los demás, según las reglas del Derecho procesal penal. Es, por ello, más importante enumerar los personajes a tratar de la manera antes dicha y clasificarlos según una forma conveniente para la exposición, que buscar una definición completa para poder distinguir, en todo caso, a los partícipes en el procedimiento, de aquellos que no lo son.

Así procede, por ej., BAUMANN, quien incluye entre los *sujetos procesales penales* a los auxiliares del tribunal, a la policía, a testigos y peritos, y a otras personas llamadas a cumplir acciones en el procedimiento penal, con atribuciones en él; empero él concede preeminencia a la descripción del papel de aquellos protagonistas principales[70]. Pero no sólo los autores proceden así. También los códigos penales, nacionales y extranjeros, según se puede ver dando una simple ojeada a sus índices, proceden de esta manera.

II. Sin embargo, parece existir una diferencia de rango que justifica un tratamiento especial para aquellas personas protagonistas principales del procedimiento: la importancia de su actividad en la tarea de conducir esa serie de actos encadenados hacia la decisión definitiva es evidente.

Nadie puede negar, por ej., la importancia del *tribunal* como interviniente en el procedimiento; tampoco la del *imputado* ni la de su acusador. Hoy, por ej., conforme a la orientación clara de la política criminal actual, la *víctima* –o el *ofendido*– es llamado, cada vez más, a cumplir un papel protagónico en el procedimiento penal[71]. El *testigo* y el *perito*, en cambio, si bien llevan a cabo acciones que integran el procedimiento penal, no lo conducen hacia su meta final, la sentencia. Se puede, incluso, pensar un procedimiento penal sin sus acciones, procedimiento que, por ello, no carecería de sentido.

Por lo demás, resulta también evidente que, conforme a la estructura fundamental del proceso penal actual, determinada por los fines

[69] Cf. HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, cit., *ibidem*.

[70] BAUMANN, *Grundbegriffe*, cit., cap. 3, ps. 87 y siguiente.

[71] Cf. HIRSCH, Hans-Joachim, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- im Strafverfahrensrecht*, y ESER, Albin, *Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren. Nationale im internationale Tendenzen*, ambos en el *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Ed. Carl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, ps. 699 y ss. y 723 y ss.; ver AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, libro dedicado a estudiar este fenómeno del Derecho procesal penal, en el cual existen traducciones de los artículos antes citados por su original en alemán.

y principios políticos que lo rigen, algunas de estas personas, o quizá mejor dicho, algunas de las funciones que cumplen en el procedimiento estas personas, son imprescindibles; se vaciaría de sentido la palabra *proceso*, sin esos personajes y su actividad[72].

Básico resulta, para acordar sentido al procedimiento, la existencia de un *tribunal*, ante el cual comparezcan un *acusador* y un *acusado*. Pero conforme al sistema penal actual y a su razón de ser política, carece de sentido un procedimiento en cuyo centro de gravedad no se sitúe la persecución penal pública; de allí que resulte pleno de sentido estudiar especialmente la función del *ministerio* (persecutor penal) *público* y de la *policía* en el procedimiento. La necesidad de la defensa técnica catapulta también al *defensor* como objeto de estudio específico.

Existen, por último, algunas personas que ponen en juego, en el procedimiento penal, intereses propios, o personas que representan intereses ajenos, sobre los cuales decide la sentencia penal.

La figura básica es aquí el *imputado*, cuya libertad, patrimonio o el libre ejercicio de una profesión lícita –a veces la vida misma, para aquellos sistemas penales que amenazan con la muerte como pena– están en juego en el procedimiento penal. Pero también la *víctima*, al menos cuando ella persigue penalmente o ejerce la acción civil, pone en juego como mínimo su derecho a la reparación, y algo similar acontece con el *tercero –civilmente demandado–* que responde por el imputado, según la ley civil.

El *ministerio público fiscal* (la *fiscalía*), por lo demás, representa el interés del Estado en la realización de las normas del Derecho penal y, por ende, en la persecución penal (sentencia discutible y discutida), conforme a su deber de brindar seguridad común.

Una conjunción de todos estos factores argumentales conforma la decisión de incluir o excluir a ciertas personas, que cumplen acciones en el procedimiento, dentro del rubro *"sujetos procesales penales"*. No se trata, pues, de una definición del concepto, sino, antes bien, de la justificación para incluir –o para excluir– a algunas personas como objeto de estudio jurídico específico, como centros de imputación de las reglas que rigen el procedimiento penal.

2. Clasificación y enumeración

a) Protagonistas estatales

Participan en el procedimiento tanto personas de Derecho público, esto es, órganos del Estado, como personas de Derecho privado, que

72 SCHMIDT, *Deutches Strafprozeßrecht*, cit., § 4, II, nº 44 al margen, p. 32.

carecen de la investidura estatal. Entre las primeras se halla, fundamentalmente el *tribunal* y la *fiscalía*.

I. El *tribunal* es el órgano estatal específico llamado a decidir sobre la acusación, a dictar la sentencia de absolución o de condena con la cual termina un procedimiento penal completo. Empero, en el procedimiento penal, los jueces cumplen, con mayor frecuencia que en el procedimiento civil, funciones atípicas o, cuando menos, apartadas del centro de gravedad de su tarea: dirigir el juicio y dictar la sentencia. El *juez de instrucción*, como inquisidor judicial, que entra en funciones antes de la acusación, constituye el caso de mayor distancia del centro de gravedad de la tarea judicial. Precisamente, como la preparación de la acusación en un procedimiento de investigación forma parte del procedimiento penal oficial y como es posible clausurar la persecución penal y absolver anticipádamente (sobreseimiento) al imputado, sin juicio, tampoco la sentencia penal dictada después de un debate posee el carácter de una fórmula definitoria excluyente de la tarea del tribunal. Quizá sería mejor reservar como nota característica de aquello que define a un *tribunal*, el poder de emitir decisiones definitivas, decisiones que, en algún sentido, ponen fin al asunto de que se trata y pueden adquirir el estatus de cosa juzgada material, esto es, de asunto ya juzgado, imposible de volver a juzgar por órganos estatales y, en materia penal, por nadie (*ne bis in idem*).

Veremos, además, que conviene reservar la palabra *tribunal* para señalar a la reunión de jueces con una misma competencia (territorial y material), según criterios de distinción, para establecer, internamente, diferentes *cuerpos de decisión* según los casos particulares que ingresen para ser tratados en ellos. De *lege ferenda* estas integraciones pueden establecerse de muy diferentes maneras: la ley define, conforme a parámetros de conveniencia política, la integración del tribunal para un asunto determinado, presupuesto de la validez de los actos para cuya realización él es competente. Hay cuerpos de decisión unipersonales y también de integración pluripersonal o colegiados; existen también aquellos integrados sólo por jueces profesionales, letrados y permanentes, y los integrados por jueces accidentales, que no son funcionarios permanentes del Estado, ni letrados, sino ciudadanos (jurados), trabajando en conjunto con aquellos, con idéntica función y poderes (escabinos), o separados de aquellos, para responder sólo a las preguntas por la aceptación total o parcial de la acusación (juicio clásico por jurados).

II. El *ministerio público fiscal* (la *fiscalía*) es el órgano estatal específico previsto para perseguir penalmente por parte del Estado; cumple así la función de acusar en los delitos de acción pública (CP, 71) –la enorme mayoría[73]–, de ejercer la acción penal[74], y debe ser naturalmente, por ello, quien lleve a cabo, con o sin el auxilio de la policía, la investigación preliminar (instrucción preparatoria) que lo conduzca a pedir la apertura del juicio o a (requerir) la clausura de la persecución penal. Durante el juicio debería ser el contradictor puesto frente al acusado.

No obstante ello, no se trata, en el caso de la *fiscalía*, de un *acusador* que persigue y defiende el interés de su mandante a todo trance (en el caso la persecución penal o, si se quiere, la necesidad de que la pena opere en la realidad para lograr seguridad común [*prevención general positiva o negativa*]), con la finalidad exclusiva de triunfar en la sentencia final que decide el conflicto. Al menos en los sistemas que provienen del continente europeo, de cuya cultura, organización y caracterización del oficio nosotros somos dependientes, a la *fiscalía* le incumbe tanto el deber de *objetividad* (*imparcialidad* en la persecución penal) como el de *lealtad* con el imputado y su defensa (obligaciones relativas a la información debida y prohibiciones de ocultar ciertos datos). Conforme a estos deberes, propios del oficio concebido de una manera determinada, se comprende la posibilidad de que las personas que ejercen el oficio de fiscales sean excluidos de cumplir esa función por razones similares a las de los jueces y por las mismas vías (*temor de parcialidad* que provoca la *recusación* o la *excusación*[75]) y, además, pesa sobre ellos, en el caso concreto, el deber funcional de poner de relieve las circunstancias favorables para el imputado[76], facilitar la defensa[77] y hasta poseen la facultad de recurrir las resoluciones judiciales en favor de quien es perseguido penalmente[78]. Esa construcción del oficio condujo a afirmar que la *fiscalía* –o el ministerio público fiscal–,

73 Excepciones menores: CP, arts. 73 a 75.

74 CPP Nación, 5.

75 Ver este libro, t. II, § 12, D, ps. 554 y ss.; CPP Nación, 71.

76 CPP Nación, 68, 193, incs. 1 y 2, y concordantes.

77 CPP Nación, 211.

78 CPP Nación, 433 y 481, inc. 2.

al menos en materia penal, es también un órgano judicial, integrante del Poder Judicial de un Estado, según sucede con frecuencia en la ley positiva (constituciones provinciales y de algún otro Estado hispanoamericano) y, hoy en día, en nuestra propia Constitución nacional reformada, según cuyo texto se puede discutir aún si se trata de un órgano "extrapoder"[79].

En nuestro país la función natural de la fiscalía aparece totalmente distorsionada bajo la influencia de la existencia de un *juez de instrucción*, soberano de la función preparatoria de la acción penal pública. En un comienzo, sólo las provincias de Córdoba y Mendoza conocieron, en dosis pequeñas (citación directa para los delitos leves o de investigación sencilla), procedimientos en los cuales el centro de gravedad de la tarea de la fiscalía residía en la preparación del ejercicio de la acción penal pública. La situación descripta, que lamentablemente se conserva en el origen del CPP Nación[80] y en muchas provincias argentinas, debe ser considerada como un atraso considerable de nuestra legislación procesal penal, sobre cuyas causas vale la pena indagar[81].

III. La *policía* sirve, durante la investigación preliminar, como órgano auxiliar. Sin embargo, ella mantiene una organización independiente y opera también por iniciativa propia, en una gran mayoría de

[79] Cf. Vélez Mariconde, *DPP*, cit., t. I, Cap. III, ps. 241 y ss., en especial, n° 5 y ss., ps. 248 y ss.; Roxin, Claus, *Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público*, en AA.VV., *El ministerio público en el proceso penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, ps. 37 y ss.; Rusconi, Maximiliano A., *Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del ministerio público*, en el mismo libro antes cit., ps. 61 y ss.; ver este libro, t. II, § 11, A, 2, *b*, V, ps. 333 y ss.; Constitución Córdoba (RA), arts. 84 y ss. (parte de la sección dedicada al Poder Judicial); Ley Orgánica del ministerio público (n° 7.442 del 25/10/1994) de la República de Costa Rica, 1 ("El Ministerio Público es un órgano del Poder Judicial y ejerce sus funciones en el ámbito de la justicia penal..."); CN, 120 (forma parte de la sección referida al Poder Judicial de la Nación, "con autonomía funcional y autarquía financiera..."). En la Constitución política de la República de El Salvador, se trata, más claramente, de un órgano "extrapoder", cuya jefatura depende de un nombramiento y una destitución puramente legislativa (art. 131, n° 29): cf. Bertrand Galindo, Francisco; Tinetti, José Albino; Kuri de Mendoza, Silvia Lizette y Orellana, María Elena, *Manual de Derecho constitucional* (1ª ed.), Ed. Centro de Investigación y Capacitación del Proyecto de Reforma Judicial, El Salvador, 1992, t. II, ps. 1171 y siguientes.

[80] Reformado tenuemente al ser sancionado legislativamente con la posibilidad del juez de *delegar* la averiguación preliminar en la fiscalía (CPP Nación, 196 y cc.) y ampliada mediante la llamada *instrucción sumaria* –o *citación directa*– para ciertos hechos punibles por una reforma posterior (CPP Nación, 353 *bis*). Cf. Cerletti, Marco L. y Folgueiro, Hernán L., *Ministerio público en el nuevo CPP Nación*, en AA.VV., *El ministerio público en el proceso penal*, cit., ps. 113 y siguientes.

[81] Rusconi, *División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del ministerio público*, en AA.VV., *El ministerio público en el proceso penal*, cit., ps. 99 y siguientes.

casos, aspectos que plantean algunos conflictos de funciones –incluso a nivel universal–, sobre todo con aquellas que le corresponden a la fiscalía. A pesar de que la institución es estudiada, aun en nuestro Derecho, como órgano de la persecución penal y, por tanto, como auxiliar de la fiscalía, para hablar correctamente se debería advertir que, en la mayoría de nuestros códigos, la policía funciona como auxiliar del *juez de instrucción*[82]. Por cierto, ¿no será también este funcionario, denominado *juez*, un órgano base de la persecución penal oficial?, esto es, de la organización estatal destinada a perseguir penalmente, en las leyes procesales que lo instituyen. La *policía* detenta la *fuerza pública*, es decir, tiene el monopolio y es ejecutante de la violencia estatal en el orden interno, fuerza cuyo ejercicio está legitimado por el orden jurídico dentro de ciertos límites, y razón por la cual, si bien su tarea principal consiste en su intervención durante la investigación preliminar antes descripta, presta el auxilio de la fuerza pública durante todo el transcurso del procedimiento penal para la ejecución de cualquier decisión judicial, con la única excepción de la ejecución penal, confiada a una institución estatal especial. Ésta es la razón por la cual la fiscalía, en metáfora comparativa con un cuerpo humano, ha sido definida imaginativamente, desde antaño, como una "cabeza sin extremidades" (literalmente: sin manos), pues para la ejecución de sus actos, cuando no son cumplidos voluntariamente, precisa del auxilio de la policía con el uso de la fuerza pública[83], aun cuando, en verdad, esta afirmación, de gran valor descriptivo, es válida para cualquier órgano judicial y para cualquier decisión emanada de alguno de ellos.

IV. Al estudio del *acusador* debería pertenecer, también, el tema del acusador privado, que no es parte de la organización estatal destinada a perseguir penalmente. Así, deberíamos comprender aquí al llamado, en idioma castellano, *querellante*, como acusador exclusivo, en los hechos punibles que nuestra ley penal, por excepción, reserva a la persecución penal privada (CP, 73 y ss.), o como acusador adhesivo a la persecución penal que desarrolla el ministerio público fiscal o en conjunto con él, en los delitos de acción pública (CP, 71 y 72). Empero, hemos

82 Ver este libro, t. II, § 11, A, 3, ps. 361 y ss., y B, 4, V, p. 422.

83 Cf. Roxin, *DPP*, cit., p. 57.

preferido –como se verá más claramente en el próximo capítulo de la obra– explicar autónomamente los sujetos del procedimiento que constituyen órganos estatales, entre ellos, los órganos de la persecución penal pública, para concluir con un capítulo dedicado a la participación de la víctima en el procedimiento, tema de actualidad que merece un parágrafo aparte.

b) Protagonistas privados

I. *Imputado* es aquella persona que sufre la persecución penal y, por cierto, adquiere esa calidad y los derechos correlativos a ella desde el primer momento de su persecución, esto es, desde que frente a cualquier órgano estatal encargado de perseguir penalmente es individualizado como autor de un hecho punible o partícipe en él, calidad que perdura hasta la finalización del proceso de conocimiento por sentencia judicial firme[84]. Basta ser señalado como autor de un hecho punible objeto del proceso o como partícipe en él, en cualquier acto inicial del procedimiento –por ej., en la denuncia de un delito de acción pública o en la querella de uno de acción privada–, para convertirse en portador de las facultades defensivas que la ley procesal penal establece.

II. El *defensor* es el auxiliar técnico-jurídico del imputado: es entonces quien, según se expresa habitualmente, lleva a cabo la defensa técnica. Sin embargo, se debe advertir, como ya sucedió con la policía respecto de la fiscalía, que él es ampliamente independiente en el planteo de su defensa, al punto de que puede tomar un rumbo distinto al elegido por el imputado en su propia defensa, con el único límite de operar en su favor, conforme a criterios racionales para el caso; no depende así de la voluntad del imputado, expresada en la figura jurídica mandante-mandatario, y sólo en contadas ocasiones la voluntad del imputado se impone a la de él[85]: goza así de una *autonomía* casi plena en el ejercicio de su función. Esa función es tan importante en el procedimiento penal, que su intervención, al lado del imputado, constitu-

[84] CPP Nación, 72.

[85] Sucede así, por ej., como único caso, en el desistimiento de los recursos interpuestos por el defensor a favor del imputado: CPP Nación, 443, I. Pero existen acciones que sólo pueden ser desarrolladas o decididas por el imputado y que no corresponden al defensor, como, por ejemplo, la conformidad para el llamado *juicio abreviado*: CPP Nación, 431 *bis*, inc. 2.

ye un *presupuesto procesal* propiamente dicho, en la mayoría de los casos[86]; precisamente por ello, el Estado adquiere el deber de organizar, de manera eficiente, un *servicio público de defensa*[87].

En nuestro país existen defensores *elegidos* por el imputado, llamados también *de confianza*: son aquellos que designa el imputado según su voluntad; y defensores *oficiales*, pertenecientes a un *servicio público de defensa penal*. La ley procesal penal concede preferencia a la elección del imputado[88], tanto en el sentido del abogado particular elegido, como en el requerimiento de que la defensa técnica corresponda al servicio oficial, pero la elección por el servicio oficial de defensa no representa el derecho del imputado de elegir individualizadamente entre los abogados integrantes del servicio[89]. Cuando el imputado no elige un defensor, bien porque no puede o no quiere elegirlo, o se elige a sí mismo como su defensor, sin garantizar la idoneidad de su defensa técnica en el caso, interviene también el servicio oficial[90].

Ocasionalmente, existen otras personas que desarrollan actividad procesal al lado del imputado y en su defensa: el *cónyuge* y los *padres*, en el procedimiento penal contra menores, y el *curador*, en aquél contra incapaces por la aplicación de una medida de seguridad y corrección; inclusive, el *guardador* de un menor o de un incapaz puede ser llamado a intervenir en auxilio de su pupilo[91].

El *consultor técnico*, incluido allí el *intérprete* del imputado (en el sentido de quien le hace comprender, en su propio lenguaje, los actos procesales que son practicados en otro lenguaje, no tan sólo en el sentido de quien traduce un documento para incorporarlo al juicio o interpreta interrogatorios verbales), de la manera correcta según la cual se debe regular su actividad[92], es también un *defensor técnico* –con otra

86 CPP Nación, 167, inc. 3.

87 Cf. GARITA VÍLCHEZ, Ana Isabel, *La defensa pública en América Latina desde la perspectiva del Derecho procesal penal moderno* [*La defensa pública en América Latina*], Ed. Ilanud, San José (Costa Rica), 1992; GUARIGLIA, Fabricio O., *El nuevo sistema de defensa de oficio en el procedimiento penal*, en "Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, 1992, t. II, ps. 776 y siguientes.

88 CPP Nación, 104, I.

89 Una organización correcta del servicio oficial de defensa pública debería permitir una posibilidad limitada de elección, al menos en el sentido de peticionar el reemplazo de aquel defensor que le tocó en suerte, con fundamentos racionales para su exclusión del caso (cf. *Proyecto de ley orgánica para la justicia nacional y el ministerio público* [1987], 142, III).

90 CPP Nación, 104, I.

91 Cf. como ejemplo, en nuestra legislación, CPP Nación, 413, incs. 3 y 4.

92 Cf. Proyecto CPP Nación (1986), arts. 109, 110, 111, 190 y concordantes.

especialización distinta de la jurídica– que auxilia al imputado; no es, en cambio, un *perito*, en el sentido jurídico-procesal de la palabra.

III. El *ofendido*, esto es, la *víctima*, o la persona de existencia visible o meramente jurídica que sufre el –riesgo del– menosprecio del bien jurídico contra el cual se dirige el hecho punible objeto del procedimiento, del cual es portador, o, en casos especiales, algunos parientes que la ley establece, se pueden convertir también, por distintas vías, en protagonistas del procedimiento penal, pasar a ser sujeto de él. Ello depende siempre de su voluntad, expresada positivamente y de cierta manera. El Derecho procesal penal moderno incluye en el concepto de víctima a ciertos entes colectivos (asociaciones intermedias: fundaciones o sociedades), en defensa de bienes jurídicos individuales que conforman su finalidad estatutaria, con consentimiento de la víctima, o de bienes jurídicos universales o colectivos cuya defensa constituye el objeto de la persona colectiva o, al menos, emerge de su finalidad estatutaria[93].

En los delitos de persecución penal pública (CP, 71 y 72), el ofendido puede perseguir penalmente, al lado de la fiscalía, adhiriendo a su acción, o, en forma más independiente, junto a la ejercida por él, asumiendo el papel de *querellante adhesivo* o *conjunto*, según se lo permita la ley procesal[94]; pero asume *exclusivamente* el papel de actor (querellante) en el procedimiento penal que tiene como objeto un injusto que la ley penal destina únicamente a la persecución penal privada (CP, 73 y siguientes).

Todavía un número importante de leyes procesales penales provinciales de nuestro país no permite que el ofendido ejerza la persecución penal en los hechos punibles de acción pública, debido a que ellas pretenden excluir la venganza privada del procedimiento penal, afirmación y fundamento que responde al origen de la legislación actualmente dominante (CPP Córdoba [1939]). En estos códigos, la única posibilidad para el

[93] Cf. nuevo CPP Italia, 91 y ss.; CPP Guatemala, 7, inc. 4; Proyecto CPP Modelo IA, 78 y su nota.

[94] El antiguo CPCrim. federal, 170 y cc., es un ejemplo de admisión del ofendido a la persecución penal en un plano casi idéntico al de la fiscalía y con total independencia de su actividad, en los delitos de acción pública: esa tradición determinó el ingreso del querellante al actual CPP Nación, 82 y cc., de manera similar, en la sanción legislativa de un proyecto que no lo contenía. En cambio, el Proyecto CPP Nación (1986), 78 y cc., transformaba ese papel en adhesivo a la acción de la fiscalía.

ofendido o sus sustitutos de convertirse en sujetos del procedimiento reside en el ejercicio de la acción civil *ex delito*.

IV. El ejercicio de la *acción civil* en el procedimiento penal brinda al ofendido, y a sus sucesores, según las leyes, nuevas posibilidades de participación para el reclamo de la reparación que pueden pretender. Para intervenir en ese sentido, el ofendido debe asumir el papel de un *actor civil*[95]. El ejercicio de la acción civil en el procedimiento penal constituye sólo una opción para el ofendido, que también puede reclamar la reparación de su daño ante los tribunales competentes en materia civil y por la vía del procedimiento civil[96]; pero debe tener cuidado al decidir este extremo pues, más allá de críticas y posibles interpretaciones diferentes, la ley procesal penal amenaza su desistimiento, incluso tácito (falta de asistencia a ciertos actos o de realización de otros), no sólo con la condena por las costas del procedimiento, sino, asimismo, con la comprensión del desistimiento como renuncia al derecho resarcitorio[97].

Si el ofendido ejerce la acción civil en el procedimiento penal convierte al imputado, al mismo tiempo, en *demandado* civil. El ofendido puede, incluso, demandar conjuntamente al *tercero* que, según la ley civil, responde por el imputado (CC, 1113 y siguientes)[98].

El *tercero* puede, por su propia voluntad, intervenir en el procedimiento, aunque no haya sido citado a él por quien ejerce la acción civil, solicitando su constitución como sujeto del procedimiento[99].

[95] CPP Nación, 87 y siguientes.

[96] CPP Nación, 90, II.

[97] CPP Nación, 94.

[98] CPP Nación, 97 y siguientes: se trata sólo de aquel que responde directamente según la ley civil y no de quien responde a través de un vínculo contractual, como, por ej., el contrato de seguro. Cf. específicamente sobre el punto la bibliografía y jurisprudencia que cita D'ÁLBORA, Francisco J., *CPP Nación anotado, comentado, concordado* [*CPP Nación anotado*] (4ª ed.), Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, ps. 194 y s., cuyas afirmaciones no terminan de convencerme, aunque no sea del caso discutirlas aquí.

[99] Claro en el CPP Córdoba, 113; dudoso en el CPP Nación, que no contiene esta facultad. La ley comercial sobre el contrato de seguro (nº 17.418, art. 46, IV) establece la facultad autónoma, para el asegurador, de intervenir en el procedimiento penal; su constitucionalidad frente a las leyes procesales penales provinciales es cuestionable, debido a la competencia legislativa fijada en la Constitución nacional. Tal decisión legislativa es, también, políticamente inconveniente, pues la responsabilidad del asegurador no emerge exclusivamente de un mandato legal y del hecho, sino, antes bien, de los términos de un contrato de seguro entre el asegurado y el asegurador, cuya existencia, validez, alcance e interpretación es inconveniente que se discuta en el procedimiento penal y se agregue como tarea de él. La cita-

c) Otra posibilidad

Hemos nombrado a los sujetos del procedimiento en el orden según el cual son tratados los problemas relativos a ellos comúnmente: primero los órganos públicos que operan en el procedimiento penal, el *tribunal* y los *órganos estatales encargados de la persecución penal pública*, y luego las personas privadas que lo protagonizan, el *imputado* y quienes acuden en su auxilio, principalmente el *defensor*, y quien pretende ser la *víctima* o el *ofendido* por el hecho punible objeto del procedimiento; más allá de ello, incluimos también a los sujetos del procedimiento, referidos a la *cuestión civil*: quien pretende civilmente, el *actor civil*, de quien se pretende la reparación del daño, el imputado como *demandado civil*, y el *tercero civilmente demandado* bajo la pretensión de que debe responder con el imputado, según la ley civil, por el daño provocado por el hecho punible (acción oblicua o subrogatoria). Esta clasificación y enumeración no pretende, de manera alguna, ser correcta, ni excluyente. Existen otras posibilidades de clasificar a los sujetos procesales, según se verá en los próximos parágrafos, e, incluso, la enumeración puede ser más generosa, a condición de que se conciba también más ampliamente el concepto.

Una de esas clasificaciones se vincula a los presupuestos procesales, como condiciones de validez del procedimiento en sí mismo. Ella distingue los sujetos en *esenciales* o *principales*, por una parte, y en *accesorios*, *eventuales* o *secundarios*, por la otra[100]. Los primeros, como alguno de esos nombres lo indica, representan condiciones mínimas para que un procedimiento pueda finalizar con una sentencia: la sentencia legítima del *tribunal*, la participación del *acusador* conforme a la ley, unas veces la *fiscalía*, sujeto esencial en los procedimientos que tienen por objeto delitos de persecución penal oficial, y otras el *querellante* que ejerce con exclusividad la persecución penal, en los delitos de acción privada, y, por último, la participación y asistencia del

ción en garantía, que regula el CPP Córdoba, 115 y ss., y que no parece permitir la discusión acerca del contrato de seguro, a pedido del actor civil, del mismo imputado o por voluntad del propio asegurador, parece ser una mejor solución en miras a resguardar la defensa del asegurador y a mantener al hecho punible como objeto principal del procedimiento penal.

100 Así, VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., t. II, Cap. IV, 3, ps. 150 y siguientes.

imputado, con lo cual su *defensor* ingresa al núcleo de los personajes esenciales del procedimiento, cuando está prevista –entre nosotros siempre, en materia penal propiamente dicha– la defensa técnica obligatoria[101].

Nótese que el procedimiento preparatorio (instrucción) lo es también en este sentido, pues la investigación preliminar que se lleva a cabo antes de la acusación persigue también individualizar al imputado[102], para que pueda estar presente en el procedimiento y ejercer sus derechos, sobre todo durante su enjuiciamiento. Y ello es válido, también, para los delitos de acción privada, que permiten un procedimiento preliminar a la acusación, para individualizar al imputado[103].

En cambio, son sujetos meramente *eventuales* del procedimiento penal todos aquellos que pueden comparecer para participar e intervenir en él, pero que, si no intervienen, ello no empece al resultado del procedimiento, en el sentido de decisión penal: son ejemplos de ellos el *querellante por adhesión* o *conjunto*, en los delitos de persecución penal oficial, cuando su participación está admitida por la ley procesal, y los sujetos relativos a la cuestión civil, el *actor civil* –también el imputado, pero tan sólo como *demandado civil*– y el *tercero civilmente demandado* –también la intervención del *citado en garantía*–.

E. LA CONCEPCIÓN FUNDAMENTAL DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACTUAL

1. La idea básica

I. Bastaría la lectura ligera del desarrollo histórico-cultural del procedimiento penal para captar la idea de aquello que, en realidad, significa hoy un proceso penal[104]. Se entiende que la idea básica que lo rige mira al proceso oficial, esto es, a aquel desarrollado por la persecución penal pública, por ende, a aquel que tiene por objeto un hecho punible de acción pública, llamado ordinariamente *procedimiento común* o *proceso de conocimiento*, según se mire a su generalización sistemática o a la función que cumple. Empero, esa idea arrastra, en cierta manera, in-

101 CPP Nación, 167: se explica ahora la razón de la previsión genérica de nulidad.

102 CPP Nación, 193, inc. 3.

103 CPP Nación, 426.

104 Ver esta obra, t. I, § 5, ps. 259 y ss.; resumidamente, II, ps. 442 y siguientes.

cluso al procedimiento penal que dirime un hecho punible cuya persecución, por excepción, sólo es posible por acción privada (no se trata, según veremos, de un hecho que genere consecuencias punitivas privadas, totalmente en el dominio de la autonomía de la voluntad).

Esa idea del proceso penal (de conocimiento) está forjada por el Derecho penal material y, sin duda, por el instituto fundamental del Derecho penal material, esto es, por la pena, mejor dicho aún, por la idea de la *pena estatal*, sin la cual no se entendería el sistema penal actual, incluidas en él todas sus partes: prohibición o mandato bajo amenaza de pena, proceso y ejecución penal. Más aún, de Derecho penal –incluido el Derecho procesal penal– hablamos, en sentido propio, desde que existe, generalizadamente, la pena como institución estatal, como poder –penal– del Estado destinado al *control* de sus súbditos, utilizado con la finalidad, por una parte, de lograr la paz social y, por la otra, de conservar la forma de organización política. No es cierto que, en primer lugar, la pena estatal persiga sólo los fines retributivos o expiatorios, o utilitarios de cualquier tipo, preventivo generales o especiales, positivos o negativos, o todos al mismo tiempo; sin perjuicio de la existencia y el cumplimiento de ese tipo de metas, lo específico de la pena, su carácter de estatal, la define como medio utilizado por el Estado para el control directo –de allí la persecución penal pública u oficial– del comportamiento de los súbditos[105]. La transferencia al Estado de la defensa de los bienes jurídicos de los individuos, jerarquizados como valores de la dignidad humana, en forma de deber del Estado de custodiar y lograr la seguridad común, responsable del orden y de la paz internos, y, con ello, del monopolio de la violencia (fuerza pública), marca la realidad definitiva del sistema penal.

Por Estado tampoco comprendemos, en sentido estricto, cualquier tipo de organización social, sino, antes bien, aquel que hoy denominamos Estado-nación, surgido a partir de los movimientos políticos que comenzaron en el siglo XIII y tuvieron principio de concreción con el crepúsculo de la Edad moderna, caracterizados por la creación de poderes políticos centrales fuertes, que se impusieron a las organizaciones locales[106]. El Estado-nación terminó por imponer su Derecho, más culto, desarrollado y

[105] Sobre ello es imposible aquí discutir pormenorizadamente; cf. resumidamente pero preciso, BARATTA, Alessandro, *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal*, en "Poder y Control", Ed. PPU, Barcelona, 1986, n° 0, ps. 77 y siguientes.

[106] *Ibidem*; ver en detalle: FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, cit., ps. 63 y siguientes.

conforme a la idea de universalidad (se trata, en principio, del Derecho romano imperial conservado, estudiado y desarrollado en la Iglesia, Derecho canónico, y en las universidades), pero también más apartado del ciudadano (absolutamente heterónomo para él) y del caso, sobre el local y costumbrista, fundado sobre los usos vecinales, próximo a los habitantes de una comarca, pero, también por ello, con sus defectos acumulados a través del tiempo en relación a la igualdad y generalidad. El cambio representó, paulatinamente, el final de una época política y el comienzo de otra, cuyo sistema de organización social persiste todavía, aun con importantes modificaciones.

Esta es la idea que da nacimiento a un Derecho penal autoritario, base de la *persecución penal estatal*, a la vez uno de sus pilares. Ella desaloja de la escena procesal penal a un procedimiento fundado, básicamente, en la persecución penal privada, regido por las máximas *"nemo iudex sine actore"* ("allí donde no existe actor no existe juez") y *"ne procedat iudex ex oficio* ("el juez no procede de oficio"), y por la concepción de que el procedimiento está gobernado por el interés estrictamente opuesto de dos personas que se enfrentaban en él (*partes*) y exigían del tribunal la decisión de su relación litigiosa[107]. Se agota así la idea del *proceso de partes*, regido materialmente por el *principio acusatorio*[108]; es el comienzo de la *Inquisición*, del *proceso sin partes*, iniciado y proseguido *per inquisitionem*[109].

Esa idea básica, propia del desarrollo jurídico-político de Europa continental, llega hasta nosotros y prosigue en nuestros días. En efecto, la persecución penal estatal –no importa ahora cual órgano estatal esté encargado de llevarla a cabo, ordinariamente varios: la policía, el ministerio público fiscal y hasta los jueces, al menos el llamado juez de instrucción, clara reminiscencia del inquisidor– y la idea de que el procedimiento se resume en la acción del Estado contra uno de sus súbditos dominan todavía hoy el Derecho procesal penal. Es por ello que nuestro Código Penal manda perseguir de oficio todo delito (art. 71), regla casi sin excepciones (CP, 72 y ss.), que, por lo demás, constituye una característica universal del Derecho penal, en todos los países (con menos fuerza en el Derecho anglosajón, sobre todo en Gran Bretaña); de allí también uno de los factores de la existencia del *principio de legalidad*, en materia procesal penal, que transforma a la persecución penal pública en deber del Estado y sus órganos. ¿De qué otro mo-

107 Cf. HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, cit., § 24, I, B, 1, ps. 105 y siguiente.

108 Ver esta obra, t. I, § 5, B y C, ps. 264 y siguientes.

109 Ver esta obra, t. I, § 5, D, ps. 288 y siguientes.

do podríamos explicar, racionalmente, a ciertas organizaciones de funcionarios, en el Estado moderno, como la policía, la fiscalía, los juzgados de instrucción y hasta el servicio de cárceles?; de allí que los códigos procesales penales se ocupen, en una proporción dominante, de la regulación de la persecución penal pública y de la actividad de los órganos que la misma ley instituye (leyes orgánicas judiciales, policiales y penitenciarias) para llevarla a cabo y para cumplir la pena.

II. Esta forma de proceder se conoce bajo el nombre de *inquisición*. No se trata de decir, con ello, que el procedimiento actual, según veremos conserva todas las características de aquel que, históricamente, perteneció a la *Inquisición*, institucionalmente (inquirido e inquisidor como objeto y sujeto de una encuesta secreta y con registro escrito de todos sus actos, verdad como única meta procesal, justificante de la tortura, etc.), pero sí de alejar totalmente la idea de un *procedimiento acusatorio material*, en el sentido de un *proceso de partes*, para caracterizar la forma universal con la cual opera hoy la justicia penal.

Tampoco se trata aquí de aclarar sólo una cuestión semántica. Si el problema fuera puramente terminológico no valdría la pena explicarlo. Para que se pudiera hablar de un proceso de partes necesitaríamos, sobre todo, desmontar la idea de un acusador que ejerce la autoridad y el poder estatal, que opera *de oficio*, esto es, sin necesidad de excitación extraña para poner en movimiento su actividad de persecución e inquisición, y, más aún, que opera así *obligado* por reglas jurídicas que no le permiten elegir el objeto ni el tiempo de esa actividad (poner en marcha el poder penal del Estado), según razones de oportunidad. Necesitaríamos, así, reemplazar la idea de un acusador público, que gobierna y ejerce la fuerza estatal, auxiliado incluso por un órgano de enorme poder coactivo, la policía, y construir, al mismo tiempo, alguna idea de un acusador privado, la del ofendido defendiendo un interés natural como portador del bien jurídico afectado, o bien la del acusador popular, persona de Derecho privado a quien se le encomienda la persecución penal, para poder hablar de un *proceso de partes*, de tipo *acusatorio*, en sentido material. En ese caso, el proceso dependería de la voluntad del acusador, condicionante de la actuación de la voluntad de la ley, según afirmaba CHIOVENDA al definir la acción judicial del Derecho privado[110].

[110] Cf. CHIOVENDA, Giuseppe, *La acción en el sistema de los derechos*, en *Ensayos de Derecho procesal civil*, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1949, t. I, ps. 3 y siguientes.

Una de estas ideas es la que preside la existencia de delitos de acción privada (CP, 73 y ss.), para los cuales la voluntad del ofendido, o de sus sustitutos, en algún caso (CP, 75), reina sobre la persecución y la decisión del litigio, determina y controla la actividad estatal para la solución de un conflicto de intereses (privado) casi auténtico. Precisamente, en el caso de los procedimientos judiciales por estos delitos se presencia un fenómeno inverso al ahora estudiado; pues tampoco los procedimientos penales por delitos de acción privada son *puros o limpios* de toda otra concepción, desde que apuntan a una *pena estatal* y, por ello, permiten, para los funcionarios estatales (el tribunal), cierto desarrollo de ideas inquisitivas (el tribunal puede, por ej., incorporar por sí mismo hechos o circunstancias favorables al imputado, aunque él no las haya invocado, esto es, no las haya colocado "dentro" del litigio).

De allí, de la abolición del concepto de persecución penal oficial, se desprenden las demás exigencias de un proceso de partes auténtico, sin impurezas. En primer lugar, se debe alcanzar el presupuesto de colocar a acusador y acusado en la misma posición, tal que se pueda decir que el fiel de la balanza jurídica revela el equilibrio total entre el platillo de la persecución penal y el de la defensa, desde el atalaya del órgano estatal encargado de dar solución al conflicto. Ésa no es la posición de ambos componentes en el procedimiento penal actual, en el cual el equilibrio se logra o, mejor dicho, se pretende lograr, mediante reglas que buscan, por una parte, cierta utilización equitativa y justa del poder estatal según parámetros culturales precisos –carentes de arbitrariedad– y, por la otra, construir una posición de privilegio para el imputado, sobre todo en la sentencia, tal que contrarreste el dominio del Estado en la persecución penal[11]. Así, frente a una fiscalía y a una policía que cuentan con la fuerza pública y el poder de coacción estatal, se construye la idea del deber de objetividad e imparcialidad de esos órganos en la función que les es propia, hasta el punto de encargarles la recolección de los elementos de prueba que sirvan para verificar la inocencia del inculpado o para aminorar la reacción penal, se limita la fuente de conocimiento del injusto imputado, según estrictas reglas de garantía (prohibición de cualquier tipo de coacción para lograr información del imputado, reserva de su ámbito privado –domicilio, papeles, comunicaciones con terceros–, prueba inadmisible o invalorable, etc.), y, ante todo, se transforma en ilegítima, en principio, la *pena extraordinaria* (pena de sospecha), ajustándose todo el sistema

[11] Ver esta obra, t. I, § 6, D, 3, ps. 577 y siguientes.

mediante el principio inverso, *in dubio pro reo*, que obliga a dar solución al caso en favor del acusado, cuando no se alcanzó certeza sobre la perpetración por él de un hecho punible. Todo ello, si bien plausible, dada la posición de los diversos intervinientes en el procedimiento, no significa igualdad en el sentido de equilibrio real de fuerzas; ese equilibrio, si así corresponde designar, proviene de otro lugar, del reconocimiento de la posición de privilegio en la que se halla el Estado como persecutor penal, desde el comienzo de esa actividad. Sólo en este sentido limitado se puede hablar de igualdad o equilibrio procesal[112].

La construcción de un tribunal imparcial es también importante para el procedimiento acusatorio auténtico[113]. Y ello también se logra, en gran medida y como por arte de magia, no bien desaparece el concepto de pena (control estatal riguroso y directo) y el de persecución penal pública, implicado en ella, no bien desaparece el interés estatal en la realización de sus propias reglas de comportamiento, interés que se coloca en cabeza de otro o se regresa al portador del bien jurídico afectado. La división del poder estatal, partido en dos, un oficio que persigue, el ministerio público fiscal, y otro que decide, el tribunal, con ser importante para la imparcialidad, no representa exactamente lo mismo, sino, tan sólo, un mecanismo para conseguir la mayor aproximación posible al ideal de imparcialidad, dentro del sistema. Y representará aún menos mientras ciertas facultades y actividades propias de un oficio, sean concedidas por la ley al otro (por ej.: la investigación preliminar a los jueces de instrucción, inquisidores modernos) o mientras en la organización del Estado sean apenas distinguibles uno de otro y sus funciones se construyan, prácticamente, de modo fungible, según sucede regularmente en nuestro país[114]. No obstante, a pesar del

[112] Cf. HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, cit., I, B, 1, *a*, *aa*, p. 106.

[113] Ver este libro, t. II, § 12, A, 1, II, ps. 444 y ss., y B, 3, II, ps. 483 y siguientes.

[114] No es éste el lugar para criticar el sistema propio de este país. Sin embargo, a tanto llega la confusión, que un solo ejemplo –casi ridículo– basta: en el sistema federal, en razón de la distancia, los fiscales y los defensores oficiales ocupaban el cargo de jueces, incluso sin nombramiento legal para ello, subrogaban a los jueces, cuando éstos eran desplazados por temor de parcialidad (excusación o recusación) o en caso de impedimento, vacancia o licencia: ley 20.581, 3, *a* y *b* (regla hoy derogada por la ley de organización del ministerio público, nº 24.946, art. 27). Por lo demás, la llamada "carrera judicial" involucra a todos, jueces, fiscales, como rangos de un mismo oficio.

cuidado que se puede poner en esta materia, siempre quedarán problemas límites, en los cuales, según lo decida la ley, aparecerá la fiscalía decidiendo o un tribunal persiguiendo penalmente[115]. Es sencillo saber cuál es la razón para que así suceda. Tribunal y fiscalía son escasamente distinguibles, desde que ambos representan al Estado en su función de control social y, por ende, en esta concepción persiguen las mismas metas materiales: averiguar aquello que sucedió y, sobre esa base, actuar la ley penal. Tribunal y fiscalía sólo son distinguibles formalmente: al uno se le encomienda, regularmente, la función de decidir, al otro, en cambio, la ley le concede, ordinariamente, la función requirente.

Sin embargo, así sucede en muy distintas dosis y de muy distintas maneras, según la ley respectiva: en el orden nacional, se trate del Estado federal o de la mayoría de las provincias, la función de la fiscalía está muy disminuida en relación con las facultades que las leyes procesales, en general y sin detenernos en particularidades, conceden a los jueces.

[115] Así, por ej., al decidir el sobreseimiento o la elevación a juicio: o bien es la fiscalía quien decide finalmente (CPP Córdoba, 348, III, y 359; CPP Chubut, 203) sobrepasando su función requirente y con mengua para el control de la legalidad de sus actos, o bien es el tribunal quien decide y así adopta, en caso de obligar a la apertura del juicio (CPP Nación, 348, II), la posición requirente, sólo salvable formalmente (la fiscalía debe acusar, conforme al auto de apertura). Esta última solución ha sido muy criticada: SOLIMINE, Marcelo A., *Carácter no vinculante del dictamen fiscal desestimatorio*, en "La Ley", Buenos Aires, t. 1993/C, ps. 901 y ss.; NARVAIZ, Pedro, *El fiscal y la acción penal pública*, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, n° 4-5, ps. 983 y ss.; GIL LAVEDRA, Ricardo, *Legalidad vs. acusatorio*, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", cit., 1997, n° 7, ps. 829 y ss.; PALACIO, Lino Enrique, *Acerca de la declarada inconstitucionalidad del art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación*, en "La Ley", Buenos Aires, t. 1997/E, ps. 910 y ss.; RUSCONI, Maximiliano y GORANSKY, Mirna, *Nuevamente sobre el art. 348 del CPP Nación*, en "Nueva Doctrina Penal", cit., 1999/A, ps. 245 y ss.; SURIZ, Gustavo, *Algunos problemas en torno del procedimiento de consulta del art. 348 del CPP Nación*, en "Nueva Doctrina Penal", *idem*, ps. 263 y ss.; VIDAL ALBARRACIN, Héctor Guillermo, *Potestad del fiscal vs. potestad jurisdiccional. A propósito de la consulta prevista en el art. 348 del CPP Nación*, en "La Ley", Suplemento de Jurisprudencia Penal, Buenos Aires, 30/6/1999, ps. 25 y ss.; BELLOFIORE, Daniel C. y ALFANO, Sebastián N., *Artículo 348 CPP Nación. El ocaso de una polémica norma*, en "La Ley", Buenos Aires, t. 2000/E, ps. 1184 y ss.; FILIPPINI, Leonardo G., *La inconstitucionalidad del artículo 348, segundo párrafo, del CPP Nación*, en "La Ley", Suplemento de Jurisprudencia Penal, Buenos Aires, 29/7/2002, ps. 1 y ss.; VEGEZZI, Santiago, *Algunas consideraciones acerca de la constitucionalidad del artículo 348, CPP, y su derogación tácita*, en "Nueva Doctrina Penal", cit., 2001/A, ps. 265 y siguientes. Al respecto, el Documento n° 2, y sus actualizaciones, del Centro de Documentación de Política Criminal, de la Procuración General de la Nación, donde se halla concentrada toda esta información, más los fallos judiciales respectivos.

En cambio, si se construye un Estado "prescindente", que coloque su servicio judicial a disposición de intereses en litigio, precisamente para solucionar un conflicto entre ellos, resulta evidente el dominio de estos intereses y de las personas que los representan, antes, durante y después del procedimiento. Las cosas, sin embargo, no suceden así en el Derecho procesal penal actual. Ni el acusador público es "dueño" de su acción, ni el imputado de su oposición. Los ejemplos son interminables: el principio de legalidad, aun con excepciones plausibles, impide que la fiscalía desapodere al tribunal de su función de decidir[116]; tan escaso es el poder jurídico material de la fiscalía, que, por fuera de determinar el objeto histórico de la decisión, y ello sólo por razones de garantía defensiva, apodera casi siempre al tribunal para que sentencie, incluso *ultra petita*[117]; el allanamiento del imputado no sirve, por lo general, para desapoderar al tribunal de la solución del caso, poder de decisión que puede ser utilizado incluso en su favor y mediante la incorporación de circunstancias no introducidas por la defensa; la pena estatal no representa un mecanismo de coacción que pueda ser consentido o tolerado voluntariamente en toda su extensión por quien lo sufre (incluso a pesar de que él la observe como un beneficio) o que pueda ser perdonada, incluso como persecución penal, salvo excepciones menores[118], por el acusador o por el portador del interés que ella protege. Según se observa, resumidamente, no existe *dominio* alguno del procedimiento por las tituladas *partes*, en el proceso penal común actual.

III. Con cuánta más razón se debe afirmar el dominio de la inquisición en el Derecho procesal penal argentino. Como en toda Iberoamérica, las instituciones judiciales que nos legó la colonización española e, incluso, la portuguesa, aunque en menor proporción, se afianzaron de tal manera, que ni la independencia de las colonias, ni la institucionalización de esas colonias como repúblicas independientes, ni el significado político-jurídico de esos ideales, lograron conmoverlas demasiado hasta la actualidad. Un buen ejemplo es el Derecho argentino,

116 CP, 71 y 274; CPP Nación, 5.

117 CPP Nación, 401, I.

118 Cf. CP, 59, inc. 4, 60 y 76 *bis* y siguientes. Más allá de ello, como perdón estatal de su ejecución, CN, 99, 5, y CP, 68 y 69.

que, pese al precepto del art. 24 de la Constitución –y de muchos otros del mismo rango jurídico, que lo acompañan en el texto y que, sin duda, remarcan la idea republicana del enjuiciamiento penal–, no ha conseguido variar del todo la concepción del procedimiento penal consistente en una encuesta escrita, sin publicidad real, gobernada por jueces profesionales, organizados verticalmente, que era absolutamente dominante hasta la última década del siglo XX y cuyos rasgos culturales persisten en gran medida, a pesar de la reforma de las leyes procesales penales[119].

Como hemos estudiado en el desarrollo histórico, sólo en el siglo XX, en especial a partir del año 1940, se produce, con el Código Procesal Penal para la Provincia de Córdoba, el comienzo de un cambio en la materia que intenta aproximar el procedimiento penal, al menos en alguna parte importante, a los ideales republicanos establecidos por la Constitución[120].

2. La reforma de esa idea básica debida al llamado Estado de Derecho

Claro es que el procedimiento penal actual no se puede definir sólo por su rasgo histórico preponderante: la persecución penal pública. Los siglos XIX y XX impusieron a esa idea básica –Derecho penal como método estatal de control social directo– ciertas limitaciones provenientes de las reformas del Estado, postuladas primero por la Ilustración (fundamentalmente, la filosofía política del siglo XVIII) y, luego, por la catálisis de la lucha de aquellas ideas con los estamentos conservadores de la época, que desembocó en el llamado Estado de Derecho. La quiebra del Estado absoluto produjo también una transformación de su método de control social: aparecía un Estado con poderes limitados, pero legitimados jurídicamente, al cual se lo bautizaría con el nombre de Estado de Derecho, organización social que aún nos rige.

Por supuesto, el nuevo modelo –una transformación importante respecto del anterior, a la que yo metafóricamente he nombrado como *remezón* respecto del *terremoto* que significó la aparición de la organización estatal frente a la realidad de las sociedad-

[119] Ésta es la sentencia que le gusta repetir a Alberto BINDER, de quien yo la he tomado.

[120] Ver, detalladamente, exposición y crítica en esta obra, t. I, § 5, G, 5 y ss., ps. 405 y siguientes.

des vecinales– no sólo transformó el procedimiento penal –aunque él constituye uno de los puntos de atención característicos de la reforma–, sino que afectó a todo el poder estatal. Si, por simplificación, se reduce la explicación al sistema penal, deberíamos decir que el nuevo modelo y sus principios no sólo limitaron el ejercicio del poder penal estatal, sino que, al mismo tiempo, lo ampliaron y proveyeron a su ejercicio de una legitimación específica, la ley penal. Así, sólo por nombrar ejemplos parciales, la pena ya no se utilizó como antídoto para reprimir el *crimen læsa maiestatis*, sino que, además, al amparo de la monopolización de la violencia por el Estado y del reclamo burgués a las autoridades estatales por el afianzamiento de la seguridad común –precisamente, por haber delegado en el Estado el monopolio de la fuerza– frente a las insurrecciones populares que impulsaba la pauperización del proceso de industrialización y crecimiento de las ciudades, surgieron en el curso de ese proceso una serie de *bienes jurídicos* a proteger por el Derecho penal, especialmente los llamados *individuales*, a tono con la época política de que se trataba[121], que fundaron variadas razones para la punibilidad de comportamientos prohibidos o mandados, en una primera *inflación* del Derecho penal. Conforme a ello, también el organismo judicial del Estado se amplió considerablemente: de esa época proviene la creación del ministerio público fiscal y de la policía profesional, con centro de actividades casi excluyentes en la prevención de delitos y en la realización del Derecho penal, por ejemplo[122].

Otro punto de vista resalta las limitaciones y las garantías. En el procedimiento penal: los tribunales integrados por jueces independientes de todo poder del Estado, sólo sometidos a la ley, inclusive por ciudadanos (jurados), imparciales frente al caso, limitados por reglas de competencia precisas, métodos prohibidos o limitados para obtener la información del caso, libertad de defensa para el imputado, presunción de su inocencia, la búsqueda de cierto equilibrio procesal entre el acusador y el acusado durante el enjuiciamiento, por intermedio del afianzamiento de una posición más fuerte para el imputado en punto a sus facultades y al resultado del debate (*in dubio pro reo*), el regreso al juicio público y oral, y, en general, al principio acusatorio comprendido de manera absolutamente formal, son las principales máximas que reforman, durante el siglo XIX, en Europa continental, el sistema de justicia penal de la Inquisición. Por ello conviene más de-

[121] Este proceso bien descripto por BARATTA, *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal*, cit., ps. 79 y ss.; desde el punto de vista empírico-sociológico, WALDMANN, Peter: *El nacimiento de la policía moderna en la Alemania del siglo XIX y algunas conclusiones relacionadas con la América Latina de hoy* [*El nacimiento de la policía moderna*], en AA.VV., *Justicia en la calle. Ensayos sobre la Policía en América Latina*, Ed. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín (Colombia), 1996, ps. 36 y siguientes.

[122] Ver este libro, t. II, § 11 (*Introducción*), ps. 290 y ss.; en especial A. 1, ps. 294 y ss., y B. 1, ps. 386 y siguientes.

signar al procedimiento actual, como *procedimiento inquisitivo reformado* que como *sistema mixto*, según se acostumbra entre nosotros a partir de la literatura jurídica con origen en países europeos de lenguas romances, pues él conserva fundamentos básicos de la Inquisición, a los que agrega limitaciones para el poder estatal, conforme al Estado de Derecho, su fundamento político. La idea general consiste en mantener el sistema penal con su función de control estatal directo sobre el ciudadano, pero, al mismo tiempo, procurar garantizarle a él, cuando se ve alcanzado por una imputación penal, cierta seguridad dentro del sistema, en la mayor medida posible y mediante reglas precisas: ello significa impedir la posibilidad de que los órganos estatales operen arbitrariamente, sin obedecer a los límites materiales de su poder, fijados por las reglas en las que se funda el Estado de Derecho.

Desde el punto de vista estructural, tales reglas consisten en una aproximación formal –no material–, la mayor posible si se conserva el sistema de persecución penal oficial, al *enjuiciamiento acusatorio*. Es por ello que las reglas procesales deben dividir la función estatal –en verdad, el poder estatal– en el procedimiento penal, y, para ello, colocarla, básicamente, en cabeza de dos órganos distintos: la ley procesal penal debe conceder a uno el poder de decidir (el tribunal) y al otro el poder de requerir (perseguir penalmente, en estricto sentido: el ministerio público fiscal o la fiscalía). Ello a pesar de que la función de ambos órganos, materialmente, es idéntica y persigue los mismos fines: conocer, para actuar el Derecho penal material, como método de solución de conflictos sociales; sólo formalmente, procesalmente, se puede distinguir ambas funciones que se ejercitan durante el procedimiento, por las facultades que la ley procesal concede a uno y a otro oficio, que, si responden a un sistema correctamente diseñado, colocan en manos del acusador público la facultad de requerir y en las del tribunal, la facultad de decidir, aun cuando, en casos particulares, sea muy discutible el encasillamiento de un acto procesal en una u otra zona. Esta división del poder estatal provoca, también, la ilusión –mejor dicho, la semejanza ilusoria– de un *proceso de partes*; en verdad, se trata sólo de un proceso construido a semejanza de un procedimiento de partes, sólo en lo formal. En efecto, la existencia de la fiscalía logra la apariencia de que existe un contradictor para el imputado, a cuya acción puede resistir y oponerse a su acusación eventual, y también evita, formalmente, que el órgano del Estado encargado de decidir tome cierto partido inicial sobre la imputación, ya formulándola, ya juzgando tempranamente sobre ella, con lo que se consigue cierta aproximación al ideal del tribunal imparcial, que sólo decide el conflicto sin in-

teresarse en él (el hecho de las facultades autónomas de investigación y conocimiento, que las leyes procesales conceden al tribunal, contradirá este postulado, en más o menos según la amplitud de la concesión). Formalmente, entonces, rigen los aforismos *nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex oficio*, bases del sistema acusatorio, a pesar de que actor y juez representan a una misma persona, el Estado, y desarrollan un poder materialmente indivisible. De allí que resulte terminológicamente útil aclarar que el principio acusatorio sólo rige *formalmente*[123]. La mayor o menor aproximación a este esquema, la mayor o menor semejanza formal con el proceso de partes, según la ley procesal que se examine, permite caracterizar al procedimiento, en relación directa, como más, o menos, acusatorio; mientras mejor separadas estén las organizaciones del tribunal y de la fiscalía, y sus funciones, a medida que se conceda mayores facultades materiales de gobierno de la persecución penal al ministerio público fiscal, estaremos más cerca del ideal acusatorio. Pero, para llegar a la realización material de ese principio falta algo más que una aproximación, algo así como la abolición del ministerio público fiscal y hasta de la policía.

Por ejemplo: no hay duda de que el Derecho estadounidense, a pesar de haber confiado en la persecución penal pública en mucho mayor medida que el inglés (por ello: más inquisitivo), concede a los fiscales el poder de decidir, con bastante libertad, si apodera al tribunal para la decisión del caso, o si, por lo contrario, no lo apodera. Por lo demás, en ese tipo de tribunal y de procedimiento (juicio por jurados) los tribunales no conocen si no son excitados para ello por una acusación formal y tienen escasos poderes –casi nulos– para conocer el tema del procedimiento, el objeto procesal, mediante medidas propias, concebidas por sus jueces. El modelo se aparta así del sistema inquisitivo y se aproxima, más que el continental-europeo, al acusatorio; empero, se acerca aún más a este último sistema el modelo anglosajón característico y originario, que no dispone, tan siquiera, de una organización central y vertical que pueda asemejarse a lo que conocemos por ministerio público fiscal o fiscalía, y en el cual juega todavía un papel principal la obra de un acusador popular y de la víctima[124].

Ciertas formas de proceder resultan también características de la reforma: en especial, el juicio público y oral, vuelto a poner en prácti-

[123] Cf. BELING, *Derecho procesal penal* (trad. de Miguel FENECH), cit., § 9, 2 y 3, ps. 24 y s., y 7, p. 26.

[124] Cf. GRÜNHUT, Max, *Die Bedeutung englischer Verfaharensnormen für die deutsche Strafprozeßreform*, en *Festschrift für H. v. Weber*, Ed. L. Röhrscheid, Bonn, 1963, ps. 345 y ss.; HIRCHBERG, Max, *Das amerikanische und deutsche Strafverfahren*, Ed. Luchterhand, Berlin, 1963.

ca como modelo adquirido a través de las formas acusatorias del procedimiento y del Derecho anglosajón[125]. Era comprensible: el proceso penal, cuyo centro de gravedad se coloca en un debate oral y público, se aleja de la encuesta, del modelo del proceso de investigación (inquisición), para aproximarse a la idea reflexiva de un procedimiento dialéctico entre los portadores de los intereses en conflicto y la persona que debe darle solución. A esas maneras de proceder van unidas, también, ciertas características organizativas de los oficios judiciales, en especial, los tribunales colegiados o pluripersonales, y la participación de los ciudadanos –no tan sólo de burócratas profesionales– en la tarea de dar solución al conflicto[126]. El regreso histórico era también comprensible políticamente: la solución de los conflictos sociales más graves, y la utilización del arma coactiva más poderosa del Estado, no era sólo cosa de burócratas, sino, antes bien, de la comunidad jurídica.

La República Argentina –ya lo hemos anticipado, pero se debe decir nuevamente y con claridad–, al igual que el resto de Iberoamérica, no alcanzó todavía este estado jurídico-cultural, no llegó a este punto histórico, al que, sin duda, hace referencia la Constitución cuando establece las bases irrenunciables del sistema penal (arts. 18, 19, 24, 75, inc. 12, y 118). Dentro de esas bases no se incluye el alcanzar un sistema de protección de bienes jurídicos tan riguroso como el propuesto por la Inquisición (persecución penal pública de los delitos), aunque se lo presupone, y, en cambio, sí se incluye a todas las garantías que hacen del justiciable un hombre digno, un sujeto de derechos, y hasta el juicio (público) por jurados.

Sin embargo, no cabe la menor duda del paso adelante que significó la legislación provincial posterior a Córdoba (1939) que tomó su Código por modelo (también la República de Costa Rica y la reforma habida en varios países hispanoamericanos de la mano del Proyecto CPP Modelo para IA[127]), pero tampoco existen dudas acerca de que resulta absolutamente necesario perfeccionar el sistema, ponerlo al día, según los problemas que presenta actualmente el desenvolvimiento de la vida sociopolítica y las ideas político-criminales sobre su solución, entre las cuales urge proponer un nuevo modelo de organización judicial, tema que la reforma cordobesa no tuvo seriamente en cuenta y que, de ordinario, tampoco tienen en cuenta las reformas posteriores.

[125] Cf. VON FEUERBACH, Anselm, *Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege*, Ed. G. F. Heyer, Gießen (RFA), 1821.

[126] Cf. FEUERBACH, P. J. Anselm, *Betrachtungen über das Geschworenengericht*, Ed. P. Krüll, Landshut (), 1813.

[127] Sobre la repercusión del Proyecto CPP Modelo IA, cf. AA.VV., *Las reformas procesales penales en América Latina*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000; más actualizado: PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *Relación general a las XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho procesal*, Montevideo, 2002 (aún inédita).

21

3. La posición final de los sujetos procesales y su relación entre sí

I. El procedimiento penal actual, entonces, no representa, materialmente, un *proceso de partes*, y el llamarlo de esa manera, o, simplemente, llamar *partes* a sus participantes, aún aclarando que se utiliza el concepto de manera formal –la fiscalía no sería, así, parte, en sentido material, pero sí lo sería en sentido formal–, no produce beneficio práctico alguno en la solución de los problemas concretos que son planteados frente a las reglas procesales y, por lo contrario, puede traer aparejada bastante confusión; en el mejor de los casos, se ha reducido la cuestión a un problema puramente semántico; antes bien, se ha vaciado de contenido el concepto de *parte* y el de *proceso de partes*, extraño al procedimiento penal actual, para acomodarlo a él, cumpliendo funciones mínimas o inexistentes[128]. El concepto proviene del Derecho privado, especialmente del proceso civil, y existe una aproximación mayor a él en el procedimiento *adversarial* –traducción aceptada, pero escasamente castellana– de tipo anglosajón, precisamente en un Derecho positivo en el cual resulta difícil hallar características netamente diferentes entre el procedimiento civil y el penal. Contra tales adecuaciones es preciso prevenirse, para no caer en la ingenuidad de creer que ciertas analogías externas, puramente formales, producen el efecto de semejanzas sustanciales o provienen de ellas[129].

Se puede comprender mejor la base ideológica y político-cultural del procedimiento penal de hoy si se repara, en primer lugar, en que se trata del ejercicio directo, por parte del Estado, de su poder penal, esto es, de su poder de control por intermedio del Derecho penal o, mejor dicho, mediante la coerción penal, se llame pena o medida de seguridad[130]. Para ello y como límite a su arbitrariedad, el Estado mismo

[128] HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, cit., § 24, I, B, 2, ps. 111 y siguiente.

[129] VASALLI, *La potestà punitiva*, cit., p. 300. Es, precisamente, el defecto enorme de aquellos que construyen teorías generales sobre el proceso (ver esta obra, t. I, § 3, A, ps. 147 y s., y C, ps. 166 y siguientes).

[130] Precisamente, ya VASALLI, *idem*, lo había explicado así, en varios pasajes de su obra principal, por ej., Cap. II, 4 y ss., ps. 40 y ss., Cap. III, 13, p. 99, Cap. VII, p. 302, Cap. VIII, 53, p. 369; ver, además, KAUFMANN, Hilde, *Strafanspruch-Strafklagrecht*, Ed. Otto Schwatz, Göttingen, 1968, Cap. I, A, 2, ps. 70 y siguientes. Las palabras de VOLK, Klaus, *Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht*, Ed. E. R. Gremer, Ebelsbach, 1978, p. 175, tomadas parcialmente de PAWLOWSKI, son, verdaderamente, significativas: "Empero, por lo menos en Derecho penal no tiene sentido alguno contraponer al Derecho 'objetivo' un derecho 'subjetivo-público'. Esa contraposición es, por cierto, 'artificial'". En sentido contrario, al menos idiomáticamente, VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., t. II, p. 16, y Cap. II, 5, ps. 62 y siguientes.

ha establecido un procedimiento reglado que le permite conocer si están dadas las condiciones para el ejercicio material legítimo de ese poder y para determinar la extensión (clase y medida de la pena) en la cual ese poder puede ser ejercido legítimamente en el caso concreto. De tal manera, el procedimiento penal se concibe, en principio, como una forma de persecución del Estado contra su propio súbdito.

El hecho de que, según reglas características del Estado de Derecho, el súbdito, destinatario del ejercicio de ese poder, no pueda ser considerado sólo como un objeto de esa persecución estatal, sino que, antes bien, deba ser considerado, durante el procedimiento, como un sujeto de derechos participante en él, produce, al igual que en el poder político soberano de una república o de una monarquía constitucional (Estado de Derecho), cierta división de ese poder o, mejor dicho, de su ejercicio. Se distinguen, entonces, tres funciones procesales básicas, a semejanza de lo que ocurre en el proceso de partes, la de decidir, la de requerir y la de defenderse, y se coloca cada una de esas funciones en cabeza de órganos o personas distintas: decide el tribunal, requiere la fiscalía y se defiende el imputado, los tres sujetos procesales básicos. La ley procesal penal logra así, mediante sus reglas, suavizar la persecución penal autoritaria, mediante el mecanismo de partir en dos, formalmente, la función material única derivada del poder penal del Estado (actuar el Derecho penal) y concede al individuo perseguido una serie de resguardos y facultades defensivas, tales como para que pueda ser considerado un sujeto de derechos en el procedimiento. Pero, como ya hemos advertido, ninguna de las facultades concedidas a la competencia de los órganos del Estado, ni las concedidas por la ley al imputado, alcanza, ordinariamente, al poder material del Estado, a la pena. Prueba de ello es que nadie puede disponer, por voluntad propia, por regla, de la llamada potestad punitiva[131].

Existen, sin embargo, procedimientos que se apartan, en más o en menos, de esta concepción básica. El que más se aparta, sin duda, y, a la vez, más se aproxima a la concepción de un proceso de partes, es el *juicio por delito de acción privada*. Aquí ya el Derecho material ha concedido a la víctima poderes de disposición sobre el objeto del procedimiento (omitir la persecución penal, renunciar a ella, perdonar la ejecución de la

131 Detalladamente, VASALLI, *idem*, Cap. IV, ps. 101 y siguientes.

penal[132]). Esos poderes de disposición, con ser amplios en el caso, no son concedidos en tal medida que borren totalmente la influencia de la inquisición: tampoco aquí el imputado puede disponer por sí mismo cumplir la pena, que continúa siendo una institución estatal, allanándose a la pretensión del acusador privado, por ejemplo, razón por la cual, el tribunal conserva, incluso, poderes inquisitivos a ejercer sólo en favor del imputado (ingresar al procedimiento y probar circunstancias que excluyen o aminoran la pena, en general). Por ello caracterizamos a estos procedimientos, en algún escrito de juventud, como *semiacusatorios*, desde el punto de vista material[133].

En menor medida se aparta del esquema básico en nuestro Derecho, desde el ángulo de observación del acusador, la persecución penal por delito sólo perseguible por instancia de la víctima, su representante legal o guardador (CP, 72). La ley concede aquí la facultad (dispositiva) de enervar la persecución penal oficial sólo inicialmente, pues ella no puede comenzar sin la instancia del autorizado, que releva el obstáculo para la formación de causa por el hecho eventualmente punible. Cabe aclarar, sin embargo, que en estos hechos punibles se trata siempre de la persecución penal pública (de oficio), pues, como se dijo, la única particularidad consiste en el obstáculo inicial para esa persecución, que no puede comenzar sin la instancia; efectuada la instancia, el obstáculo para la persecución penal oficial ha desaparecido y para siempre, pues la instancia no es retractable en nuestro Derecho.

Desde el punto de vista del imputado, él sólo conserva cierto poder amplio sobre su propia persecución en el Derecho penal contravencional: en muchas de las leyes locales que lo disciplinan, el allanamiento[134] produce ciertos efectos formales y materiales, y lo mismo sucede con el pago voluntario de la multa en las faltas. En el Derecho penal argentino, el pago voluntario del máximo de la multa o de parte de ella, según los casos, unido a la reparación de los daños provocados por el hecho punible, extingue también la persecución penal de los delitos amenazados sólo con esa clase de pena (CP, 64). En algún delito, incluso, el partícipe en él o el imputado, conservan cierto poder sobre la pena, pues la evitan retractándose públicamente de la ofensa, en los delitos contra el honor (CP, 117), o, en el texto originario del CP, 132, casándose con la vícti-

[132] Ver CP, 73 y ss., 59 y 60, 69.

[133] Cf. MAIER, Julio B. J., *La investigación penal preparatoria del ministerio público* [*La investigación penal*], Ed. Lerner, Buenos Aires-Córdoba, 1975, p. 15, nota 5; ver, también, BELING, *Derecho procesal penal* (trad. de Miguel FENECH), cit., §§ 31 y 33, ps. 92 y 100, sólo con diferencias terminológicas: él expresa que el enjuiciamiento por delito de acción privada es del tipo *acusatorio puro*, fijándose únicamente en la naturaleza de la pretensión represiva privada, contraponiéndolo al que se realiza por delito de acción pública que caracteriza como semiacusatorio; no obstante, si se lee atentamente su explicación, en especial su negativa a considerar al proceso penal como un proceso de partes desde el concepto de *parte material*, admitiendo sólo ese encuadramiento desde el concepto de *parte formal*, sin poder de disposición sobre el contenido del proceso, se observará nuestra concordancia fundamental con el esquema que plantea.

[134] Sobre el allanamiento en materia penal, antiguamente, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *El allanamiento en el proceso penal*, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1962.

ma, en los delitos contra la honestidad[135]. Este poder sobre la pena, como en cualquier "excusa absolutoria" –en este caso *post facto*–, significa, también, poder de inhibir la persecución penal durante su transcurso. Pero ciertas reformas modernas al CP, 76 *bis* y ss. (suspensión del juicio a prueba), conceden nuevo poder al imputado para inhibir la persecución penal de algunos hechos punibles, aunque esos mecanismos para eludir el sistema penal, ciertamente, no dependen sólo de su voluntad, sino, además, de la concesión judicial, con intervención del portador del bien jurídico atacado (víctima), y, para la inhibición final del poder penal estatal, también del transcurso del tiempo y del comportamiento del mismo imputado durante ese lapso –fijado judicialmente–, según instrucciones judiciales, cuya base consiste en la reparación del daño[136]. También las leyes procesales penales han hecho lo suyo en esa dirección: se ha extendido el llamado *juicio abreviado* –sentencia que no alude sólo a su regulación jurídica, sino, también, a su aplicación empírica: condenas fundadas en él–, como solución para la disminución de la cantidad de trabajo insatisfecho de los tribunales penales, instituto que, apreciado jurídicamente, concede al imputado cierto poder de allanarse a la imputación (conformidad con el hecho punible, la participación en él y el significado jurídico que el requerimiento de juicio le atribuye), que ha sido criticado desde muy diferentes puntos de vista y cuya aplicación depende también de una decisión judicial[137].

Curioso resulta advertir que todo procedimiento penal recupera ampliamente la característica de ser dispositivo para los intervinientes después de la sentencia: en efecto, salvo casos excepciones de algún orden jurídico (consulta obligatoria con el tribunal superior jerárquico[138]), de los recursos *dispone* cada interviniente, conforme a su vo-

[135] Este título se ha transformado de tal manera –desde su rúbrica (Delitos contra la integridad sexual), sin razón aparente y, a estar a su texto actual, inconsultamente– que ya no quedan rastros del texto originario; hoy el art. 132 se refiere a un *avenimiento* (víctima-autor), que en casos excepcionales puede aceptar el tribunal ya sea para extinguir la acción penal o para suspender el juicio a prueba.

[136] Cf. acerca de la institución, extensamente, VITALE, Gustavo L., *Suspensión del proceso penal a prueba*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996; y BOVINO, Alberto, *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001.

[137] CPP Nación, 431 *bis*, aunque los códigos procesales penales provinciales difieren de ordinario en detalles y extensión. Sobre el debate doctrinario respecto de la institución, MAIER, Julio B. J. y BOVINO, Alberto (comps.), *El procedimiento abreviado*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001. La institución ha tenido un desarrollo inusitado en un período de tiempo breve. La principal objeción gira en torno de la posibilidad del imputado de renunciar al juicio público –o a parte de él– como fundamento de la condena, o, si se quiere, ignorar el carácter legitimador de la pena que esa institución posee, por fuera de la función de garantía para quien es perseguido penalmente (obligación de acción estatal para desarrollar cierta consecuencia). Desde el punto de vista de la competencia legislativa de las provincias, la crítica también existe, en el sentido de que la admisión de una condena consensuada es función del CP y, con ello, competencia del Congreso de la Nación: DE LA RÚA, Jorge, *Un agravio federal*, en "La Ley", Buenos Aires, t. 1997/D, ps. 1198 y siguientes.

[138] Que, en nuestro caso, asume la curiosa forma de una convocatoria de oficio por parte del superior, cuando se interpone un recurso: cf. sobre su utilización autoritaria BOVINO, *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino*, cit., Cap. XII, ps. 241 y siguientes.

luntad autónoma[139] (idéntico: dispone aceptar la sentencia o atacarla y, con ello, materialmente, del resultado del procedimiento que ella produce, condena o absolución), con lo cual –se puede decir– recupera su carácter de parte, en sentido material. Sólo que, como sucede también en muchos ordenamientos, la función objetiva de la fiscalía la habilita, expresamente, para recurrir en favor del acusado[140], regla con la cual se introduce un nuevo elemento extraño al *proceso de partes*.

II. De esa manera, se ha alcanzado una posición, o un punto de partida, que permite explicar, con sentido histórico-político y desde una atalaya universal, la razón de ser de la existencia de los sujetos procesales principales y la relación entre ellos, en el procedimiento penal actual, esto es, desde la forma fundamental que él adopta en la organización social que se define por pretender ser un Estado democrático de Derecho. Esa explicación –se debe decir– tiene cierta inclinación al esquema europeo-continental, modelo del cual nosotros somos receptores. Detentador principal del poder penal del Estado es el tribunal[141]. Él determina su aplicación y la extensión según la cual debe ser aplicado o, por lo contrario, decide que no debe ser aplicado. Al mismo tiempo, autoriza cualquier tipo de coerción procesal, incluso antes de la decisión sobre la pena (coerción material). Entonces, el poder penal pertenece, en primer lugar, a los tribunales; es, dicho en idioma vulgar, cosa propia de ellos. Es por ello que, a contrario de lo que sucede en materia de Derecho privado y aun en Derecho público, el tribunal penal no resulta estrictamente vinculado a lo propuesto por un actor extraño a él y puede, en la sentencia, mirar al objeto procesal desde puntos de vista jurídicos distintos a los sostenidos durante el procedimiento[142], si observa ciertas exigencias formales para no sorprender a la defensa del imputado[143] y, aún más importante, no está, por regla, vinculado a ninguna pretensión que haya hecho valer la fiscalía, de tal manera que puede condenar aun cuando ella requiera la absolución, o medir la pena según crea que corresponde, incluso sobre el límite so-

139 CPP Nación, 445 (443).

140 CPP Nación, 433 y 481, inc. 2. La misma regla no es extraña en el Derecho comparado: OPP (), § 296, II.

141 Vasalli, *La potestà punitiva*, cit., Cap. IV, ps. 155 y siguientes.

142 CPP Nación, 401.

143 Cf. Maier y Langer, *Acusación y sentencia*, cit., § 4 y ss., ps. 629 y ss.; Proyecto CPP Nación [1986], 322, II, y OPP (), §§ 264, II, y 265, II.

licitado por el ministerio público fiscal. Las limitaciones relativas a la intangibilidad del objeto del procedimiento –que, en principio, no debe ser afirmado por el tribunal que decide–, mejor dicho aún, el vínculo férreo del tribunal en la sentencia al hecho descripto en la acusación –comprendida su ampliación, y el auto de apertura del juicio–, provienen de la necesidad de construir un procedimiento tal que le permita al imputado ejercer su derecho de resistencia a la imputación eficazmente, sin ser sorprendido por la decisión del tribunal. En verdad, ante el tribunal no se ejerce una pretensión jurídica, por definición dependiente, para su planteo y extensión, de la voluntad del portador de un interés jurídicamente reconocido, sino que, antes bien, el ejercicio del poder penal del Estado, cuando se trata de un Estado de Derecho, requiere de ciertos límites, a cuyo fin es necesario dividir las tareas formales que cada órgano estatal debe cumplir[144].

El ministerio público fiscal y la policía son los otros detentadores principales del poder penal del Estado. A ellos les pertenece el poder de perseguir penalmente, en estricto sentido, esto es, como poder procesal formal que excita la judicatura en miras a la realización del procedimiento penal. Se discute desde antaño cuáles son o deben ser las relaciones entre ambos órganos de la persecución penal; pero ésta es, en la realidad, una cuestión más de hecho que de Derecho en cada sistema penal, pues, durante la investigación preliminar, las facultades de uno y otro órgano se superponen parcialmente, según la ley, en un ámbito considerable, como si se tratara de círculos secantes cuya área común es de gran tamaño respecto del todo. Se tiene siempre a la fiscalía por el verdadero sujeto procesal y a la policía como su auxiliar, pero casi sin razón desde el punto de vista argumental, pues, en el sentido del comienzo de la persecución penal estatal (investigación penal preparatoria), la policía puede practicar casi todas las acciones funda-

[144] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., t. II, Cap. II, § I, 5, ps. 62 y ss., § III, 2 y 3, ps. 97 y ss., Cap. III, 4 y 5, ps. 122 y ss. y Cap. VII, § II, 1 y 2, ps. 293 y ss. Se ha dicho que existe un interés objetivo en actuar la ley penal, meta de los órganos del Estado que intervienen en la persecución penal, en la aplicación del poder penal estatal. Ello también significa vaciar de significado la palabra "interés", un resultado que siempre se consigue, paradójicamente, cuando uno más "estira" el significado de las palabras, aquello que ellas abarcan o contienen.

mentales para las cuales está habilitada la fiscalía. La tarea más pesada que soporta la fiscalía, en conjunto con la policía, es la de la investigación preliminar para requerir el juicio penal o clausurar la persecución penal, y, además, es la que ocupa mayor cantidad de recursos humanos y materiales. Asimismo, esa tarea es la que mejor define a la fiscalía, en relación con la policía, como "una cabeza sin manos o sin extremidades"[145], según expresamos anteriormente, en el sentido de que la última institución ejecuta y lleva a cabo, en gran medida, las decisiones de la fiscalía y le presta el auxilio de su fuerza pública. Es preciso aclarar, sin embargo, que, en algún sentido, tal aserto tampoco es correcto, pues existe entre ministerio público fiscal y policía un reparto de hecho de casos en los que predomina la actuación de una u otra institución, según diferentes clases de motivos[146]. Sin embargo, terminado el procedimiento preparatorio, el ministerio público fiscal monopoliza la persecución penal, es el único órgano de la acción penal pública. Él es quien promueve el juicio[147] y quien aparece colocado frente al imputado en el debate, o quien propone el sobreseimiento (sentencia absolutoria anticipada) o el archivo por desestimación de la denuncia o querella. Sin embargo, esto no lo coloca exactamente en el lugar de un actor penal, no sólo porque, en nuestro sistema, no puede evitar apoderar a los jueces para el conocimiento del caso o limitar ese conocimiento (*principio de legalidad*), sino, antes bien, porque sólo cumple con la misión de plantear el caso penal objeto del procedimiento, para alejar al tribunal de la afirmación inicial, pero durante el transcurso del proceso puede, incluso, bregar a favor del imputado, o, mejor dicho, pesa sobre la fiscalía el deber genérico de proceder así cuando el caso lo exija, total o parcialmente. Se observa así que nuestra fiscalía, como sujeto procesal penal, reconoce su origen en el Derecho continental europeo.

145 Cf. por todos, ROXIN, *DPP*, cit., p. 57.

146 A la policía, por ej., le corresponde en la práctica la investigación preliminar de los denominados "delitos de calle", en el sentido de aquellos hechos tradicionalmente punibles (delitos contra las personas y contra la propiedad tradicionales), mientras que la fiscalía averigua casi con exclusividad los delitos contra la economía nacional; una mezcla de tradiciones y necesidad de conocimientos determina el reparto.

147 Hasta en esta función muchas veces domina el tribunal (CPP Nación, 348, II), algo que ha sido considerado irregular: ver este libro, t. II, nota 115 de este parágrafo, p. 58.

El imputado se vale de la existencia del ministerio público fiscal para alejar el temor de parcialidad, que emerge inmediatamente cuando uno es juzgado por aquel que produjo la imputación, y también para poder fijar de antemano el tema sobre el cual debe versar su defensa, esto es, dicho de otra manera, los límites de la sentencia. A él tampoco le pertenecen, de ordinario, potestades materiales sobre el poder penal estatal, ni siquiera la facultad de colocar a ese poder en condiciones de verse realizado mediante un acto de disposición suyo de la posibilidad (derechos para la defensa) de resistirlo[148], sino que, antes bien, sólo es titular de facultades defensivas que la ley procesal le concede y que, mediante imposiciones a otros sujetos, referentes a la realización de ciertos actos procesales, son puestas en la posición de ser ejercidas con eficiencia. Frente al tribunal y a la fiscalía, él es quien sufre el ejercicio del poder penal que ambos detentan, el sujeto pasivo de su realización.

En el procedimiento penal común, los demás sujetos procesales que intervienen en él se insertan en este esquema básico. Así, la víctima, que puede querellar al imputado, colocándose al lado de la fiscalía, o demandarlo civilmente, acción accesoria a la penal –salvo en el momento de la sentencia que sigue al debate–, caso este último en el cual pone en ejercicio facultades específicas del demandado para resistir la acción civil. El tercero civilmente demandado resiste también la acción civil que se ejerce contra el imputado cuando, con fundamento directo en la ley civil, es llamado a responder por él.

III. El esquema de relaciones resulta muy distinto en los delitos de acción privada (CP, 73 y ss.), pues, según ya se advirtió, en este ámbito del Derecho penal, por cierto muy pequeño, se puede afirmar que el enjuiciamiento tiene características acusatorias desde el punto de vista material. Lo hemos definido como *semiacusatorio* por el hecho de que aun en este ámbito rigen, por excepción, algunas reglas fundadas en el principio inquisitivo. Las consecuencias del traslado de la persecución penal desde la esfera pública hacia la decisión privada (víctima o sustitutos legitimados) son importantes: el procedimiento se agota en el juicio incoado por el acusador privado y sólo por excep-

[148] Hoy este aserto podría discutirse con cierto éxito argumental, incluso empírico, pues se ha extendido en las leyes procesales penales y en la práctica, notablemente, el llamado *juicio abreviado* (CPP Nación, 431 *bis*), que parte del poder de disposición del imputado sobre sus facultades defensivas (cf. MAIER y BOVINO [comps.], *El procedimiento abreviado*, cit.). Podría agregarse también el instituto de la *suspensión del juicio a prueba* (CP, 76 *bis* y s.), siempre que se repare que conduce a la solución inversa, pues le permite al imputado influir con su voluntad para reemplazar el sistema de reacciones del Derecho penal sustantivo y adjetivo por un plan de reparación del daño y el sometimiento a ciertas instrucciones judiciales durante un plazo fijado también judicialmente (cf. VITALE, *Suspensión del proceso penal a prueba*, cit.; y BOVINO, *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino*, citado).

23

ción existe una preparación de la acusación con auxilio público, de todas maneras excepcional[149]; aquí sí acusador y acusado se hallan frente a frente con facultades prácticamente similares (igualdad de armas en sentido real y no tan sólo como derivación de mecanismos jurídicos); aunque limitadamente, rige el principio de autonomía de la voluntad (*dispositivo*), en tanto el actor puede renunciar a la persecución penal (con efecto de extinción de la facultad de perseguir[150]) y el acusado ofrecer reparación o disculpas, vinculantes en los delitos contra el honor si son ofrecidas tempestivamente[151], aspecto que genera el espacio suficiente para negocios procesales que extingan la disputa[152]; por todo ello, puede decirse que acusador y acusado son *partes* de un procedimiento judicial, esto es, afirmarse –con cierta reserva– que estamos frente a un *proceso de partes*. En este procedimiento también puede añadirse, voluntariamente, la acción civil accesoria a la penal[153].

F. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

1. Concepto y generalidades

I. La teoría de los presupuestos procesales procede de un tiempo en el cual su necesidad fincaba en la posibilidad de fundar la autonomía del Derecho procesal frente al Derecho material[154]. Hoy su estudio conserva todavía las mismas características, pues, para determinar su concepto, alcance y efectos, y, en especial, para distinguir cada uno de estos presupuestos de otras condiciones relativas a la posibilidad de ejercitar el poder penal del Estado, en sentido material, aparece como necesario trazar la línea –cuando menos posible– de frontera entre el Derecho penal material y el Derecho procesal penal; el desarrollo de su concepto constituye, así, la "historia de la separación del Derecho material y el Derecho procesal"[155]. El punto de contacto entre ambos ám-

[149] CPP Nación, 426 y 427.

[150] CP, 59, inc. 4, y 60; CPP Nación, 420 a 425.

[151] CP, 117; CPP Nación, 425, II y III.

[152] CPP Nación, 425, I.

[153] CPP Nación, 427, II, y 428, III.

[154] Nació dedicada al proceso civil, v. BÜLOW, *Die Lehre von den Prozeßeinreden und den Prozeßvoraussetzungen*, cit., como construcción que permitía juzgar acerca de la constitución válida, correcta, de una relación jurídica procesal. En el Derecho procesal penal la teoría fue introducida y desarrollada por VON KRIES, August, *Die Prozeßvoraussetzungen des Reichsstrafprozesses*, en "Zeitschrift für die gesamte deutsche Strafrechtswissenschaft", Ed. J. Guttentag, nº 5, Berlin-Leipzig, 1885, ps. 1 y ss.; modernamente, cf. KAUFMANN, *Strafanspruch-Strafklagrecht*, cit., ps. 21 y siguientes.

[155] Cf. KAUFMANN, *idem*, ps. 1 y ss.; VOLK, *Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht*, cit., ps. 1 y ss., y Cap. 4, ps. 54 y siguientes.

bitos de relaciones concebidas como tangentes, o, quizá, los puntos comunes de una zona también común, para quienes piensan en ambos ámbitos como círculos secantes, son, por un lado, las *condiciones objetivas de punibilidad*, que pertenecerían al Derecho penal material y cuya constatación produciría efectos generales similares a cualquier presupuesto material de la pena, y, por el otro, los *presupuestos del proceso penal*, que pertenecerían al estudio del Derecho procesal penal y de cuya existencia –o inexistencia– depende la constitución válida de un proceso idóneo para arribar a una decisión material –no meramente formal– sobre su objeto.

Al respecto, dos aclaraciones previas. La primera es meramente terminológica. Se habla, corrientemente, de *presupuestos procesales*, pues se trata de condiciones positivas, que deben existir para la validez del procedimiento: por ej., en nuestro Derecho, la *instancia* en aquellos delitos que sólo son perseguibles penalmente una vez que el autorizado a instar expresó su voluntad en ese sentido (CP, 72). Pero también se habla de *obstáculos* o *impedimentos*[156] *procesales*, esto es, de condiciones negativas, que no deben existir para que sea viable la persecución penal y la sentencia sobre el fondo: por ej., el transcurso de cierto tiempo, como forma de caducidad del procedimiento –en derecho procesal civil desde antaño y, modernamente, en Derecho procesal penal, aunque con efecto cancelatorio de una nueva persecución penal por el mismo hecho[157]–; quizá, de la prescripción de la acción penal, según algunos (¿condición objetiva de punibilidad?); y el hecho de que el imputado goce del privilegio de no ser perseguido mientras ocupe ciertos cargos públicos (juez, legislador, presidente, etc.)[158]. Sucede algo parecido en el Derecho penal con los conceptos de acción y omisión, que, en realidad, se implican el uno al otro, ya que la omisión consiste en la inexistencia de una acción mandada y debida. El fenómeno es aún más parecido, prácticamente idéntico, si se toma a las llamadas *condiciones objetivas de punibilidad* (positivas) y a las *excusas absolutorias* (negativas) como condicionantes de la pena (motivos de exclusión de la punibilidad)[159]. Aquí se utilizará los dos conceptos señalados al comienzo de este párrafo, frecuentemente, como sinónimos o, mejor dicho, como si uno involucrara al

[156] Con estos nombres, intercambiables, el estudio actualizado y recomendable de PASTOR, Daniel R., *Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales* [*Presupuestos e impedimentos procesales*], en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Ed. Marcos Lerner/La Lectura, Córdoba (RA), 2001, p. 93 y siguientes.

[157] Cf. la tesis doctoral de PASTOR, Daniel R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho* [*El plazo razonable*], Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, Cap. V, 3, ps. 540 y ss., en especial, 3.3.4, ps. 608 y siguientes.

[158] Más ejemplos en PASTOR, *Presupuestos e impedimentos procesales*, cit., p. 797.

[159] *Ibidem*, ps. 797 y siguiente.

cho, razón por la cual al nombrar uno el predicado se extiende al otro, y seguramente, con mayor frecuencia, utilizaremos la voz *presupuestos procesales*, más común que su antónimo en el uso jurídico.

La segunda aclaración tiende a evitar un equívoco: los presupuestos procesales, aunque son pensados como existentes desde el comienzo del procedimiento, o de un período de él, son atendibles, en verdad, como condiciones para poder dictar una decisión material sobre el objeto del procedimiento (sobre el fondo), de manera tal que deben ser examinados, sobre todo, en la sentencia. No obstante, la ley procesal permite, de ordinario, dictar decisiones intermedias (interlocutorias), que expresan la falta de un presupuesto procesal, para no seguir un procedimiento hacia adelante sin sentido alguno, porque no se podrá resolver sobre el fondo a falta de un presupuesto procesal o ante la existencia de un obstáculo de ese tipo. La aclaración desea significar por lo menos que, aunque se resuelva sobre ellos por anticipado –por ej.: por la vía de las excepciones o del archivo de oficio de la causa–, al decidir siempre se los piensa como presupuestos de una decisión material sobre el objeto del procedimiento. Esta es la opinión dominante, pues algunos creen, al menos parcialmente, que ellos sólo presupuestan la sentencia de condena[160]. Ésta es la razón de ser del título de la obra de VON BÜLOW –antes citada en nota al pie, al comienzo del punto–, iniciadora del estudio que ahora emprendemos, que señala tanto el remedio procesal para poner en evidencia estos defectos del procedimiento, como el efecto de la falta de un presupuesto procesal o la existencia de un obstáculo para la realización válida del procedimiento y, por tanto, para la decisión material válida sobre su objeto. Más adelante se regresará sobre la cuestión (IV).

Es difícil tan siquiera convenir el lugar aproximado donde trazar la frontera entre presupuestos procesales y condiciones objetivas de punibilidad, más aún cuando el hallazgo de la línea o del ámbito fronterizo depende de la concepción correcta de un límite mayor, o más conflictivo, aquel que separa el Derecho penal del Derecho procesal penal. No nos proponemos aquí una investigación exhaustiva sobre ello, que falta en nuestro país, sobre todo cuando ella es requerida por las consecuencias de la particular manera de interpretar el federalismo de nuestra CN (competencia legislativa del parlamento federal, para el Derecho penal material; competencia legislativa de los parlamentos provinciales, para el Derecho procesal penal). Nos proponemos, tan

[160] Cf. BAUMANN, *Grundbegriffe*, cit., Cap. 4, III, 1, *a*, p. 161. Algunos, por ello, los han llamado también, equivocadamente, *presupuestos sentenciales*: cf. ZIELINSKI, Diethart, *Strafantrag- Strafantragsrecht, zur Frage der Funktion des Strafantrages und seiner Wirksamkeitsvoraussetzungen [Strafantrag-Strafantragsrecht]*, en *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Ed. W. de Gruyter, Berlin-New York, 1986, p. 881, quien los llama *presupuestos de la condena*.

sólo, delinear el concepto básico y enumerar los principales presupuestos de un procedimiento válido para alcanzar su fin[161].

II. Para ello han sido propuestos varios caminos, modernamente: desde la fórmula de solución de Hilde KAUFMANN, una pregunta cuya respuesta frente al problema concreto arroja la solución, hasta la determinación por la finalidad del procedimiento penal, según la cual orienta sus soluciones particulares Klaus VOLK, para quien la meta de este procedimiento consiste, básicamente, en asegurar la paz jurídica, pasando por varias soluciones orientadas por la distinción entre el *merecimiento* y la *necesidad* de la pena estatal.

Hilde KAUFMANN propone la pregunta siguiente, para detectar si se trata de una condición material de la pena (presupuesto de la consecuencia jurídico-penal) o de una del procedimiento, como idóneo para soportar la decisión material que está llamado a producir: "*¿Debería la imposición –o la exclusión de la imposición– de la pena, en el caso de que ella fuera posible sin proceso, depender de esta circunstancia cuya naturaleza jurídica está en cuestión, o, por lo contrario, esta circunstancia sería, pues, irrelevante?*"; más concretamente: "¿Debería la imposición –o la no imposición– de la pena, en el caso de que ella fuera posible sin proceso, depender de la existencia –o bien de la inexistencia– de la prescripción de la instancia penal, de la amnistía, de la competencia del tribunal, de la existencia de una acusación, etc., o esta circunstancia no debería, pues, ser considerada, porque ha perdido sentido?"[162]. La fórmula, aunque complicada en su contenido, no es distinta a la supresión mental hipotética: lo suprimido hipotéticamente es, aquí, el procedimiento penal. Como consecuencia, si la existencia, o bien la inexistencia, de la circunstancia por la que se pregunta es importante para imponer una pena –o dejar de imponerla–, ella es condición material de la consecuencia jurídica; si no lo es, en cambio, ella es un presupuesto procesal, pertenece al campo del procedimiento. La crítica a esta posición es relativamente sencilla: la fórmula es puramente valorativa y valorativa *ex ante*, esto es, remite a otros criterios distintos a la pregunta en sí, presupuestos por ella, de modo que la pregunta formulada en presencia de la circunstancia (por ej.: la prescripción o la instancia penal) está contestada con anterioridad –lógica– a ella, por otros criterios valorativos[163] y, por tanto, es superflua o sólo representa una instrumentación formal para obligar a preguntarse por ese criterio valorativo previo.

161 Sobre ello, modernamente y con todo detalle, las habilitaciones de la Prof. Dra. Hilde KAUFMANN (*Strafanspruch-Strafklagrecht*) y del Prof. Dr. Klaus VOLK (*Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht*), arriba citadas; ambas llevan subtítulos indicativos del problema básico: *Die Abgrenzung des materiellen vom formellen Strafrecht* (La delimitación del Derecho penal material del Derecho penal formal), la primera, y *Zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozeßrecht* (sobre la relación del Derecho material y el Derecho procesal), la segunda.

162 Cf. KAUFMANN, *ibidem*, p. 134, y, más allá, el Cap. 2, ps. 133 y ss., en el cual examina los principales problemas de límite sobre la base de esta fórmula.

163 Pormenorizadamente, VOLK, *Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht*, cit., Cap. 2, ps. 11 y siguientes.

STRATENWERTH y SCHMIDHÄUSER proponen caminos similares, pues, si se los compara, difieren sólo terminológicamente. El primero adjudica a un hecho el adjetivo de ser *merecedor de una pena*, cuando se trata de un comportamiento típico penalmente, antijurídico y culpable; pero no siempre el hecho merecedor de pena *necesita la pena* o, con otras palabras, el ámbito de la punibilidad no se superpone siempre con el que conforma la materia de la prohibición o del mandato penal. Existe, entonces, una zona de *necesidad de pena*, ocupada por todas aquellas circunstancias que, la mayoría de las veces, obedecen a reflexiones políticas, cuya existencia o inexistencia condicionan la pena. Éste es, sin duda, el ámbito en el que se mueven las *condiciones objetivas de la punibilidad*, pero también los *presupuestos u obstáculos a la persecución penal*. Según STRATENWERTH, las primeras se distinguen de los segundos porque pertenecen "al hecho mismo", en el sentido de que transportan un indicio para determinar una medida de contrariedad con el orden jurídico. Más allá está la realización de la pretensión penal, con la cual el Derecho penal material no está vinculado[164]. Cuáles circunstancias pertenecen al "hecho mismo" y cuales no pertenecen a él, es algo sumamente discutible que torna al concepto *vago* en extremo (piénsese, por ej., en la instancia penal, o en la caducidad del tiempo para esa instancia, cuando, en el Derecho positivo, existe esa regulación, o en la amnistía, o en el interés público para la persecución penal, en la imperseguibilidad o perseguibilidad condicionada de ciertas personas, en la misma prescripción de la persecución penal; más allá, en los criterios de aplicación del principio de oportunidad, etcétera).

Por su parte SCHMIDHÄUSER prefiere dividir las zonas en tres: la primera es ocupada por los estadios del injusto delictual típico y de la culpabilidad; frente a ella, su contraria, conformada por las reglas que regulan la marcha del procedimiento como tal: entre ámbas zonas todavía hay lugar para ciertas circunstancias de las cuales depende la punibilidad, que no determinan la marcha del procedimiento como tal, y aquí, entonces, son instaladas las condiciones objetivas de punibilidad y los presupuestos procesales. La diferenciación es, otra vez, difícil y vaga: las primeras pertenecen al hecho conformado por el autor *directamente*, esto es, a la situación fáctica creada por el autor o a su resultado; y a los presupuestos procesales –por argumentación contraria– les faltaría esta conexión inmediata con el suceso histórico que conforma el objeto procesal penal[165]. Ciertamente, ya el "hecho", como significado central de la división, no contiene sólo las circunstancias típicas, sino, también, algunas de importancia procesal, por expresarlo de algún modo, como el tiempo y el lugar del hecho, por ejemplo. La crítica es idéntica a la ensayada para el criterio anterior, pues, apreciado de manera general, el criterio funciona, también, de modo idéntico.

En cambio, VOLK propone, en cierta manera, un camino inverso: describir los presupuestos procesales mediante el recurso a su relación de coherencia con la finalidad del procedimiento penal –para él: el aseguramiento de la paz jurídica–, consciente, por anticipado, de que el concepto no podrá distinguir los presupuestos procesales de las

[164] Cf. STRATENWERTH, Günther, *Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines StGB 1959*, en "ZStW" 71, Ed. W. de Gruyter, Berlin, 1959, ps. 565 y siguientes.

[165] Cf. SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Objektive Strafbarkeitsbedingungen*, en "ZStW" 71, cit., ps. 545 y siguientes.

figuras próximas del Derecho penal material –especialmente, de las circunstancias objetivas de punibilidad– de manera clara, absoluta y precisa, ni tampoco podrá delimitar su campo de acción de otros preceptos procesales de importancia fundamental para el procedimiento penal[166]. Presupuestos procesales serían condiciones genéricas que deben estar presentes para la posibilidad de que el procedimiento sirva, mediante la decisión final –cualquiera que ella sea–, a la finalidad de asegurar la paz jurídica; contrariamente, los obstáculos procesales son condiciones que no deben existir para que el procedimiento pueda servir a ese fin. De la misma formulación se intuye que la referencia a la finalidad del procedimiento penal, el asegurar la paz jurídica, no es más que una justificación posterior, pensada como principio de unidad de todas las condiciones, esto es, según la misma expresión, una fórmula de referencia; ello se advierte mejor de la mano de los diferentes presupuestos y obstáculos procesales que se analizan en particular[167]. La formulación del principio se torna, así, criticable, por la misma razón que funda la crítica de la pregunta decisiva de Hilde KAUFMANN: la clasificación de la condición no depende de la aplicabilidad *ex ante* del criterio, sino que, antes bien, la referencia al criterio, *ex post*, pretende justificar la clasificación de la circunstancia como presupuesto –u obstáculo– procesal, ya decidida por otro criterio (o por ninguno).

Esta visión del problema confirmaría la afirmación –prescindiendo del punto de referencia material ante el cual se mide y de pequeñas diferencias de formulación– de que los presupuestos procesales son, en verdad, presupuestos sentenciales, esto es, condiciones procesales de la posibilidad de dictar una decisión material sobre el asunto[168]. Por lo demás, detrás de todas las argumentaciones –y aún a pesar de las críticas– se presiente que aquí se trata de condiciones genéricas para *admitir la existencia jurídica* de un procedimiento judicial, en materia penal, aspecto valorativo que pretende diferenciar el concepto de presupuesto –o bien, obstáculo– procesal del de validez de un acto procesal singular del procedimiento[169].

III. Quizá sea necesario, para arribar al concepto de *presupuesto* o bien, de *obstáculo procesal*, esto es, previo a su determinación, ilustrar acerca de las consecuencias jurídicas que se pretende desprender de él,

166 Cf. VOLK, *Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht*, cit., ps. 204 y siguiente.

167 *Idem*, 3ª parte, Cap. 3, 3, ps. 219 y siguiente.

168 Cf. NIESE, Werner, *Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, ein Beitrag zur allgemeinen Prozeßrechtslehre*, Ed. Vanderhoeck u. Ruprecht, Göttingen, 1950, Cap. 2, II, 2, ps. 40 y s.; BAUMANN, *Grundbegriffe*, cit., Cap. 4, III, *a*, p. 161.

169 Cf. VOLK, *Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht*, cit., ps. 205 y siguientes.

en palabras más sencillas, decir para qué sirve la clasificación en esta categoría de un elemento o circunstancia. Más concretamente todavía: preguntarse cuál es la consecuencia que deriva de clasificar, por ejemplo, a la prescripción, como presupuesto procesal o como circunstancia que excluye la punibilidad.

Sólo nos es posible aquí indicar las posibles consecuencias de la diferenciación, al menos las más conocidas, y, ocasionalmente, afirmar, en todo caso ligeramente, el principio de solución de algún punto conflictivo.

a) Prohibición de la aplicación retroactiva

Desde el punto de vista jurídico-penal interesa sobremanera destacar a cuáles circunstancias se extiende el criterio de no admitir la aplicación de una ley penal que entre en vigor después de perpetrado el hecho punible, excepción hecha de la más benigna para el imputado[170]. No discutiremos aquí si el principio jurídico afirmado alcanza o deja de alcanzar, total o parcialmente, a las reglas del Derecho procesal penal; presupondremos, según la opinión dominante, que el principio rige, ordinariamente, sólo la aplicación de la ley penal (material), porque la ley procesal penal resulta aplicable conforme al criterio temporal del momento de realización del acto procesal de que se trata.

Lo discutible es, sin embargo, que dependa de nuestra clasificación, esto es, de nuestra inclusión como circunstancia objetiva de punibilidad o como presupuesto procesal, la legitimidad de que a una realidad dada se le pueda aplicar una ley posterior al hecho punible imputado, por cierto, desfavorable para quien soporta la persecución penal en relación a la ley del hecho, o, por lo contrario, deba ser desechada esta posibilidad por aplicación del principio estudiado. Más aún, según la letra de nuestra Constitución, art. 18, toda circunstancia que funde o que evite la pena, que la agrave o que la aminore, por la necesidad de *fundarla* en ley anterior al hecho objeto del proceso, se rige por el juego conjunto del llamado principio de la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal y el mandato de aplicar la ley más benigna para el imputado, excepción a aquella regla de la irretroactividad. No se debería dudar, entonces, al afirmar que todas las condiciones, positivas (ejercicio de la acción penal) y negativas (extinción de la acción penal),

[170] También a propósito de este último criterio.

de la persecución penal –llamadas también: *condiciones de perseguibilidad*– son asimismo, en el sentido expresado, *condiciones de la punibilidad* (objetivas, en tanto no dependen del conocimiento y de la voluntad del agente[171]), o, al menos, funcionan como ellas, y, por tanto, están gobernadas también por los mismos principios. De tal manera, rige, también para estas circunstancias, la ley penal del momento del hecho o la ley penal más benigna posterior al momento del hecho imputado en un procedimiento penal. Si, conforme a las circunstancias del hecho concreto imputado, la ley posterior, distinta a la del momento del hecho, suprime una condición que en el caso no existe –la instancia privada, por ejemplo–, o bien una negativa que opera según la ley anterior –el plazo de prescripción ya transcurrido, por ejemplo–, la nueva ley no es aplicable, precisamente porque no beneficia al imputado, sino que lo perjudica (CP, 2), y rige el caso su *ley natural*: la vigente al tiempo de realización del hecho punible imputado. Esta ley es la única que puede *perjudicar* al imputado, en el sentido objetivo, esto es, provocarle la pérdida de un interés considerado como bien por el orden jurídico; sólo es aplicable una ley posterior, cuando no se trata de que ella sea el fundamento del perjuicio, sino, por lo contrario, de que ella resulte más benigna para quien sufre la persecución penal, pues desincrimina el hecho, en el sentido general de no permitir la aplicación de la pena, o aminora su punibilidad, esto es, beneficia al imputado respecto de la naturalmente aplicable, la del momento de la perpetración del hecho punible, al menos más perjudicial aún que aquella, la ley futura. Este principio rige, según se observa, genéricamente, cuando se trata de elegir la ley aplicable al caso, más allá de los criterios que a nosotros nos parezcan razonables para incluir una circunstancia como condición de la punibilidad o de la perseguibilidad[172].

La vía que proponemos –se advierte– no consiste en determinar a qué condiciones de la punibilidad –más o menos alejadas del hecho–

[171] Teoría dominante, al menos históricamente; pero en el aserto básico que aquí se defiende no influyen criterios distintos, total o parcialmente, sobre este problema, como, por ej., BACIGALUPO, Enrique, *Delito y punibilidad*, Ed. Civitas, Madrid, 1983, Cap. V, ps. 157 y ss., criterios que aquí no me propongo cuestionar, sino tan sólo utilizar su soporte paradigmáticamente.

[172] En sentido idéntico, ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros (ALAGIA - SLOKAR), *Derecho penal. Parte general* [*DP (PG)*], Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, § 10, V, 7, ps. 116 y siguiente.

se aplican los principios estudiados, conforme a la línea fronteriza a trazar entre presupuestos procesales y verdaderas condiciones objetivas de la punibilidad, sino que, antes bien, ofrecemos un camino contrario, consistente en interpretar el principio según un criterio sano, basado en el sentido de garantía que él posee en un Estado de Derecho, y, desde allí, determinar a cuáles condiciones se extiende, por distinta que sea su "naturaleza", según alguna clasificación que, según se observó, siempre conlleva algo –o mucho– de arbitrariedad.

No es del caso aquí aclarar cada una de estas condiciones en particular. Basta decir, únicamente, que, en la zona fronteriza, existen circunstancias que, o bien condicionan la posibilidad de imponer una pena –o medida de seguridad y corrección– porque regulan su proposición (reglas referidas al ejercicio de las acciones: condiciones de la persecución penal = condiciones de perseguibilidad), o bien fulminan la posibilidad de imponer una pena que se pudo proponer, pero que ahora, debido a la existencia de esa circunstancia, no se puede proponer más (extinción de las acciones = extinción de la persecución penal). En verdad, todas son condiciones relativas a la persecución penal y del mismo rango o naturaleza, sólo que algunas, *v. gr.*, la instancia penal, señalan la imposibilidad de perseguir hasta que se produzca la condición (suspensiva) y otras, *v. gr.*, la ley de amnistía, señalan el fin de una persecución penal que pudo ser –y quizá fue– válidamente propuesta (resolutoria). Esta distinción justifica cierto tratamiento procesal diferenciado, pero, en ambos casos, se trata de condiciones que afectan la posibilidad de perseguir una pena, racionalmente, de condiciones materiales –no formales– de la punibilidad[173]. Ellas son, así, en sentido amplio, también condiciones objetivas de la punibilidad, a pesar de que, por estar referidas a la posibilidad de perseguir, deban tener un tratamiento procesal correlativo, junto a otras condiciones de la posibilidad de decidir, cuando se procede racionalmente. Como se trata, en fin, de condiciones de la pena, una correcta interpretación de la garantía aquí estudiada incluye a estas reglas en el ámbito de vigencia del principio (de la imposibilidad de aplicar retroactivamente la ley

[173] En sentido idéntico, entre nosotros, claramente, NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal argentino* [*DP arg.*] (2ª ed.), Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1965, t. II, § VIII, ps. 127 y siguientes.

penal posterior al hecho y más gravosa para el imputado), cualquiera que sea el éxito o el fracaso en la tarea de distinguirlas de otras que sólo están referidas a la posibilidad de decidir del tribunal, como, por ejemplo, las reglas de competencia. En todo caso, el éxito o el fracaso se debe referir, antes bien, a la justificación de la razón de ser por la que el mismo efecto no se extiende a otras circunstancias, pero no a la inclusión de las aquí tratadas dentro del ámbito de vigencia de la garantía.

Compleja es nuevamente, sin duda, la distinción entre aquellas condiciones de la punibilidad ya estudiadas y las condiciones generales de validez del procedimiento que están vinculadas a la intervención de los llamados *sujetos procesales*, como la competencia judicial, por ejemplo. La integración, competencia e intervención del tribunal, cuando su participación es obligatoria, la intervención y asistencia del imputado en el procedimiento y la intervención del acusador son circunstancias que, en cierta manera, funcionan procesalmente de modo idéntico a las reglas tratadas, pues su negación impide la sentencia sobre el fondo, la decisión material del asunto[174]. Sin embargo, excepción hecha del principio del juez natural, que conduce a resultados idénticos respecto de la competencia[175], pero por una razón y una regla distintas, estas normas, como otras, puramente procesales, no son alcanzadas por el principio. La explicación del fenómeno podría consistir en una argumentación similar a las teorías materiales: estas reglas, con evidencia, no están dirigidas, directamente, a condicionar la pena estatal, vía regulación del ejercicio de la actividad persecutoria, sino, con claridad, a organizar el procedimiento propiamente dicho y la actividad de los órganos necesarios para llevarlos a cabo, según principios básicos que se conforman con su observancia racional por la ley; no "son" presupuestos procesales por la vía del condicionamiento directo de la pena estatal, sino a través del condicionamiento general del *procedimiento regular previo*[176]. Tal interpretación, ciertamente arbitraria si se la mira con rigor dogmático, por el efecto y su tratamiento procesal, encontraría eco como dotada de sentido común, incluso frente a nuestra legislación positiva, que, según interpretación casi unánime, exige una separación drástica entre el Derecho penal material, común para todos, y las leyes procesales, propias de la competencia legislativa de cada provincia. Más adelante se podrá observar otras semejanzas y diferencias entre estas reglas y las que condicionan materialmente la persecución penal.

Quizás estas condiciones generales de validez del procedimiento –en tanto resultan tan importantes que condicionan uno de los, a su vez, presupuestos de la pena estatal: un procedimiento válido con observancia de sus principios básicos– deban regirse, ne-

[174] Los códigos, de ordinario, enuncian estas circunstancias de modo genérico, a pesar de declaramar su adhesión a un sistema rígido de expresión de los motivos de invalidez de los actos: CPP Nación, 167.

[175] Ver esta obra, t. I, § 7, B, 4, ps. 763 y siguientes.

[176] Ver esta obra, t. I, § 6, B, 2, ps. 488 y siguientes.

cesariamente, por el principio y la excepción estudiados *supra*. En este sentido, se dirigen las opiniones según las cuales resulta imposible, en último extremo, separar Derecho penal y Derecho procesal penal, o trazar una frontera segura y precisa entre ambos ámbitos jurídicos[177]. Mi única discrepancia con ellas deriva de advertir que, cuando se trata de condiciones de validez de un acto particular –por ej., la sentencia, en cuya definición la nueva ley suprime una condición de validez imprescindible para la ley vigente al momento del hecho punible–, rige, por vía de principio, la ley vigente al momento de realización del acto, conforme a la cual el acto debe ser llevado a cabo. Se aprecia, entonces, que no se debería ingresar a todo el Derecho procesal penal bajo el paraguas protector del *principio de irretroactividad* de la ley penal, más allá de la discusión –correcta, por supuesto– acerca de si las medidas de coerción procesales están abarcadas por el principio y su excepción[178].

b) Decisión conclusiva

La doctrina deriva también del ordenamiento de las condiciones como presupuestos procesales o condiciones de la pena, el tipo de decisión que corresponde dictar: sobreseimiento, como cancelación anticipada de la persecución penal, o sentencia, como culminación de ella y decisión material sobre el asunto[179]; más aún, la discusión se extiende al momento final de la persecución penal, aquél pensado ordinariamente para la sentencia, para determinar cuándo el tribunal que dicta sentencia debe sobreseer allí el procedimiento y cuándo debe dictar sentencia (absolutoria, si se las equipara con las condiciones objetivas de punibilidad en sentido estricto, esto es, no referidas sólo a la

[177] Cf., entre nosotros, expresamente, BINDER, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal* (2ª ed.), Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, 3ª parte, IX, ps. 133 y ss.; ZAFFARONI y otros, *DP (PG)*, cit., § 10, V, 7 y 8, ps. 116 y siguiente.

[178] De esta opinión total es ZAFFARONI y otros, *ibidem*. No sólo racionalmente parece exigirse demasiado cuando se incluye a toda ley procesal penal bajo ese paraguas, sino que, en relación a las condiciones de validez de los actos procesales, resultará muy difícil fundar que la supresión de una condición positiva o la inclusión de una negativa, en la ley posterior al hecho imputado, perjudica o beneficia al imputado: piénsese, por ej., en que la nueva ley permite que un acto se lleve a cabo en el idioma del imputado, con traducción al castellano, idioma nacional, precisamente el principio inverso al que fija la ley actual. Supuesto que tanto la ley anterior, vigente al momento del hecho imputado, como la vigente en el momento de realización del acto respeten por igual las bases constitucionales de la persecución penal, el acto, por principio, se debe llevar a cabo según la ley del momento de su realización. Algo de ello supone la articulación de BINDER, *idem*, ps. 135 y ss., escondida tras su fórmula que refiere, para permitir la aplicación de la ley futura o impedir su vigencia, a la modificación o afectación del sentido político-criminal garantizador de la ley vigente al momento del hecho punible imputado.

[179] Cf. KAUFMANN, *Strafanspruch-Strafklagrecht*, cit., ps. 1 y s.; VOLK, *Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht*, cit., ps. 89 y ss.; ZIELINSKI, *Strafantrag-Strafantragsrecht*, cit., p. 875.

persecución penal y reconocidas por todos en esa categoría). La cuestión es, a mi juicio, una de aquellas que hemos clasificado como semánticas, o equiparables a aquéllas, es decir, terminológica, nuevamente. Lo importante, como veremos en el próximo problema, no es, precisamente, cómo denominar a la resolución o qué vocabulario se emplea en ella –prejuicio procesal evitable– sino, por lo contrario, qué efectos materiales produce el reconocimiento de las distintas condiciones que son examinadas en la decisión; y estos efectos se miden por la posibilidad de repetir el juzgamiento (*bis in idem*) o la inadmisibilidad de hacerlo (*ne bis in idem*)[180].

Tan terminológica es la cuestión presentada al comienzo que, con prescindencia del nombre y del efecto, en todo caso idéntico, una misma condición o presupuesto se puede presentar de dos maneras distintas. Tomemos la prescripción o la amnistía como ejemplo. Nadie dudaría en adjudicar efecto de cosa juzgada a la decisión definitiva que reconoce alguna de estas condiciones como existente, cualquiera que sea el nombre que se le adjudique. Y, sin embargo, a ese reconocimiento se puede arribar en distintos períodos del procedimiento y de maneras distintas. Es posible que la resolución que contiene el reconocimiento sea pensada del modo siguiente: se acusa –o se persigue– a X por el hecho A, calificado jurídicamente de tal manera; aun si se reconoce, hipotéticamente, todos los elementos descriptivos del hecho y el significado jurídico atribuido, o si se califica jurídicamente ese comportamiento del modo considerado correcto, o de la manera más grave posible para X, ha transcurrido el plazo de prescripción o la ley de amnistía abarca el hecho objeto del procedimiento; por lo tanto, no tiene sentido seguir adelante, examinar estrictamente todas las condiciones que tornan punible a un hecho; reconozco la condición que hace imposible la condena y la pena, y así doy fin al procedimiento y a la persecución penal. Empero el caso puede comportarse también de este otro modo: en principio, no es evidente, ni ostensible, la existencia de un motivo que extingue la persecución penal, según el planteo; no obstante, puesto a la tarea de dictar sentencia, discrepo con la acusación: no puedo reconstruir algún elemento de la acusación, o califico jurídico-penalmente la acción de una manera distinta, por la vía del procedimiento estricto de reconstrucción y valoración al que me conduce la tarea de absolver o condenar; según este resultado, el hecho punible por el que debería dictar una sentencia condenatoria está amnistiado o ha transcurrido el plazo de prescripción; *ergo*, así lo afirmo como conclusión del procedimiento y la persecución penal. De estas dos formas diferentes de formación y desarrollo de los motivos del fallo se puede tratar, incluso en un mismo acto, *v. gr.*, en la propia sentencia. Aparentemente, de la primera manera concluye sólo la persecución penal, mientras que el segundo modo importa sentenciar (sobre el fondo: en el sentido de reconocer un hecho antijurídico, culpable y, en principio, punible) y absolver, por reconocimiento estricto de un motivo de impunidad. En verdad, esta solución es injusta y el caso sólo difiere en su planteo: en el primer caso, todas las posibilidades, aun la más extrema pensable en contra del acusado, conducen a admitir, *ex ante*, el motivo de impunidad, por tanto, también es-

[180] Ver esta obra, t. I, § 6. E, ps. 595 y ss., en especial, *id*, ps. 623 y siguientes.

tá incluida en ella la posibilidad concreta a la que arribaríamos si juzgáramos estrictamente, *ex post*, o si procediéramos como en el segundo caso. *Ergo*, no tiene sentido prolongar la llamada "pena de proceso" y la solución debe ser la misma, sin importar su nombre, sino, antes bien, sus consecuencias jurídicas. De todas maneras, el sobreseimiento no es otra cosa, en sentido material, que una sentencia de absolución anticipada, esto es, dictada sin cumplir todos los pasos de un proceso de conocimiento.

De la misma manera se puede proceder con otra circunstancia que –al menos según opinión predominante– no provoca el mismo efecto, por ej., la instancia privada o la acción privada. Más concretamente que en el ejemplo anterior: el defecto se puede reconocer desde el comienzo, casi abstractamente, por agotamiento de todas las posibilidades valorativas (violación, por tanto, necesita la instancia, que no se produjo); o se puede reconocer después de juzgar, estrictamente, el caso concreto (no sólo se privó de libertad, sino que el hecho fue motivado por miras deshonestas, por tanto, rapto, necesitado de la instancia penal de la víctima, que no se produjo; antes de la derogación del CP, 244[181], se pudo decir: no es desacato, pues el hecho no es contumelioso, por tanto, sólo se injuria, y el hecho no fue perseguido por el ofendido, ni por la vía correspondiente [juicio por delito de acción privada], sino oficialmente). Para el caso, el nombre de la resolución importa escasamente; importante resulta ser, antes bien, que el reconocimiento del obstáculo concluye sólo el procedimiento de manera formal, según la opinión ampliamente predominante, pues la persecución penal que constituye su objeto se puede repetir no bien superado el obstáculo temporal que la torna inadmisible (en los hechos citados, formulada la instancia o querellado el imputado por el ofendido y mediante el procedimiento previsto para la acción privada).

Empero, si aún queremos pensar más allá de lo necesario para el caso, observemos también que la ley procesal decide, en cada período del procedimiento o cuando permite una decisión judicial, qué argumentos (motivos) se puede utilizar –son admisibles– para fundar una conclusión anticipada del procedimiento y, por la estructuración particular del procedimiento penal común (por delito de acción publica) y el significado altamente dañino de la persecución penal oficial, desde cualquier punto de vista, jurídico o social, estas decisiones son, de ordinario, muy frecuentes en el procedimiento penal y abarcan un amplio espectro de posibilidades de fundamentación, que, incluso, consisten en motivos materiales y superan el ámbito de aquello que acostumbramos llamar *presupuestos procesales*, pero también el de las condiciones objetivas de punibilidad y el de toda causa de exclusión de la pena, para extenderse, también, al injusto y la culpabilidad. Así, el *sobreseimiento*, al menos durante la instrucción preparatoria, se puede dictar fundado en cualquier causa que elimine, con certeza, la posibilidad de dictar, al final del procedimiento, una sentencia condenatoria contra el imputado, por tanto, fundado en la exclusión del injusto, o de la culpabilidad, o de la pena. Del mismo modo, las reglas del procedimiento permiten concluirlo formalmente cuando no se puede arribar, por falta de una condición de la persecución penal o por la existencia de un obstáculo procesal, a una decisión material sobre el asunto, mejor dicho, para no confundir, a una decisión que produzca fuerza de cosa juzgada material. En ocasiones, por razones políticas, la ley limita estas posibilidades, como cuando no permite, por ejemplo, durante el debate, dictar el sobreseimiento o, mejor aún como ejemplo, cuan-

[181] Derogación de la ley n° 24.198.

do limita a escasos motivos –extinción de la acción penal, inimputabilidad, exención de pena por excusa absolutoria– la posibilidad se sobreseer durante los actos preparatorios del debate[182] y, de ese modo, obliga, para arribar a una absolución –en el último de los casos, fundada en otros motivos–, a arribar hasta la finalización del debate y a dictar la sentencia. La razón política resulta clara: arribados a este punto es mejor concluir el procedimiento en todas sus fases, para lo cual no falta demasiado, no es necesaria una tarea extraordinaria o que se extienda demasiado temporalmente, ni se evita, con la autorización de un final anticipado, demasiada tarea o demasiado tiempo; existen, por lo demás, maneras informales permitidas por la ley procesal, de abreviar el debate, cuando aparece, con evidencia, un motivo que impide toda condena posterior, la aplicación de una pena o de una medida de seguridad y corrección.

c) Valor de la decisión

Fue posible observar ya, prácticamente, cómo la pregunta acerca del valor de cosa juzgada que adquiere la decisión sobre los motivos que son encasillados como presupuestos u obstáculos procesales, tiene, en sí, importancia fundamental.

Abreviadamente se puede decir, sin temor a equivocarnos, que, cuando se trata de la extinción de la persecución penal (para el CP, de la acción penal, 59 y ss.), la decisión firme, cualquiera que sea su nombre y aunque carezca de él, produce efecto de cosa juzgada penal material, en todo caso, esto es, el efecto negativo de clausura absoluta del procedimiento en el cual se dicta y de cualquier otro, en relación al objeto procesal al cual se refiere (*ne bis in idem*). Todos los demás motivos, se trate de condiciones relativas a la proposición (= promoción) de la persecución penal o de condiciones relativas al ejercicio de la facultad procesal de decidir el (dar solución al) caso (para nosotros: *presupuestos procesales*, en sentido estricto), fundan decisiones que, si bien concluyen formalmente el procedimiento –o interrumpen su transcurso–, no impiden que el objeto procesal, al cual ellos se refieren en concreto, sea tratado en ese mismo procedimiento, continuándolo, o en otro distinto que se haya ya promovido o se promueva en el futuro (*bis in idem*). La fuerza (negativa) de clausura de estas últimas decisiones es menor: sólo impide la continuación del procedimiento o de otra persecución penal mientras se mantenga la situación que dio origen a la decisión (*rebuc sic stantibus*), esto es, mientras se mantenga el obstáculo para la persecución penal.

[182] CPP Nación, 361.

Contra esta concepción se puede argumentar que el problema continúa, aunque algún escalón más abajo, en los mismos términos de origen: ¿por dónde trazar la línea divisoria? Sin embargo, por interpretación de la propia ley se puede advertir cuándo la facultad de perseguir cesa definitivamente, para siempre (condición resolutoria negativa), porque, textualmente, se *extingue* (no puede ser más propuesta), y cuándo sólo se trata de una condición, la mayoría de las veces positiva (instancia o autorización penal, acción penal, antes de la derogación del CP, 73, inc. 1, 74 y 118[183], la sentencia de divorcio por causa de adulterio, etc.), para dejar expedita la persecución penal o para habilitar la decisión (competencia del tribunal, formalidades del juicio, etcétera). Entre nosotros nadie equivocaría el rumbo, no sólo porque estas circunstancias aparecen correctamente enumeradas, separadas y desarrolladas en el CP, 59 y ss. –con escasas excepciones que ahora no vale la pena enumerar y sobre las cuales volveremos (*cosa juzgada*, por ejemplo)–, sino, antes bien, porque el mismo motivo indica la imposibilidad de volver a perseguir penalmente o la posibilidad de hacerlo. El problema, en verdad, ya fue planteado y solucionado sin demasiada dificultad y críticas, al exponer el principio *ne bis in idem*[184]. quizá pueda formularse la regla que observa: cuando es imaginable la aparición posterior del presupuesto hoy faltante (la instancia o la acción privada, por ejemplo) o la desaparición futura del impedimento u obstáculo hoy existente (privilegio funcional para no ser perseguido sin desafuero, purga de la rebeldía del imputado, capacidad o competencia del tribunal, por ejemplo), entonces la decisión sobre la ausencia de un presupuesto o la presencia de un obstáculo no posee carácter definitivo, en el sentido de efecto de clausura de la persecución penal para siempre, sino, tan sólo, efecto provisional y el defecto puede ser subsanado o superado con posterioridad[185].

Son imaginables, sin embargo, algunas dificultades. Entre nosotros, la simplicidad del Derecho positivo respecto del punto (extinción de la persecución penal) ha planteado escasos problemas. Una de ellas, la *cosa juzgada*, es decir, la decisión penal material y la que recae sobre una causa de extinción de la persecución penal, podría represen-

[183] Derogación de la ley n° 24.453.

[184] Ver esta obra, t. I, § 6, E, 2, *d*, ps. 623 y siguientes.

[185] Cf. ROXIN, *DPP*, cit., § 22, D, ps. 170 y siguientes.

tar un problema, pues no está enumerada, ni regulada, en el CP argentino, pero, a decir verdad, tampoco hace falta que las reglas penales se ocupen de ella (de la misma manera podría desaparecer la muerte del agente); no obstante esa realidad, nunca se dudó de su efecto de agotamiento de la persecución penal (para siempre)[186]; más aún, nótese que tal efecto negativo de clausura de la decisión penal fue elevado a principio constitucional sobreentendido, pues tampoco existe texto específico que lo incluya en la CN, por lo que, en ella, se debió acudir a la cláusula de los *derechos y garantías no enumerados* (CN, 33). Hoy, en el orden federal, puede llegarse a ella a través de las convenciones internacionales, universal y regionales, sobre derechos humanos, reconocidas constitucionalmente (CN, 75, inc. 22), a más de que el Derecho público provincial y procesal penal argentinos siempre mencionaron el principio y la regla de diversas maneras[187].

En el Derecho positivo argentino sólo provocó problemas, para la determinación de su efecto, el llamado *abandono* de la querella en los delitos de acción privada. En efecto, según el CP, 59, inc. 4, y 60, sólo la renuncia a perseguir provoca el efecto de extinguir la facultad del ofendido o sus sustitutos; se pensó, por unos, que tal expresión de voluntad debía ser expresa (exteriorizada directamente), y, por otros, que podía ser, incluso, supuesta o tácita (por derivación del comportamiento del agente), indicada, precisamente, por el *abandono* de la persecución penal, instituto que, además, los diferentes códigos procesales penales regulan específicamente[188]. Esta última aclaración impediría –a propósito de no concebirse la *absolución de la instancia* en el procedimiento penal, por el imperio del aforismo *ne bis in idem*– la renovación posterior de la persecución penal[189].

Si se introdujera el principio de *oportunidad*, como excepción a la regla de la promoción obligatoria de la persecución penal (*legalidad*), algunos de los casos serían dudosos; por ej., cuando se trate de aquellos criterios que dependen de una decisión o de un resultado posteriores (extradición pasiva concedida o suspensión de la persecución por algunos delitos, ambos referidos a la pena mayor que se espera de una eventual condena en un procedimiento penal en trámite; validez y eficiencia de la colaboración

[186] La expresión *agotamiento* de la acción penal, para dar a conocer la razón por la cual no aparece la decisión penal entre las causas de extinción que enumera y regula el CP, en CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho procesal penal* [*Tratado*], Ed. Ediar, Buenos Aires, 1962, t. IV, n° 1159, *d*, p. 571. El motivo, sin embargo, aparece mencionado en el sentido del texto en muchos códigos procesales, por ej., el antiguo CPCrim. federal, 443, inc. 4; hoy en día el nuevo CPP Nación, 339, inc. 2, agrupa todos los casos de extinción de la persecución penal o en los que ella no puede ser más promovida o proseguida legítimamente.

[187] Ver esta obra, t. I, § 6, E, 1, ps. 595 y siguientes.

[188] CPP Nación, 422 y 423; CPP Córdoba, 430 y 431; CPP Pcia. de Buenos Aires, 386 y 387.

[189] Todo el debate sobre el punto en: MAIER, Julio B. J., *La renuncia a la acción penal privada y el abandono de la querella*, en "Nueva Doctrina Penal", cit., 1997/B, ps. 745 y siguientes. El CPP Guatemala (1989), cuyo proyecto escribí, incluye el abandono de la querella por un delito de acción privada entre las causas de extinción de la persecución penal: 32, inc. 7, y 26 (cabe aclarar que el CPP Guatemala, ley procesal penal única para todo el país, regula el ejercicio de la acción penal).

para la persecución penal efectiva de otra persona)[190]; algo similar ocurre con la *suspensión del procedimiento a prueba*, que, al menos por algún tiempo (plazo de prueba), permite revocar la decisión y renovar la persecución penal[191].

Actualmente existen dificultades mayores aún. La tendencia moderna incluye como presupuestos procesales penales u obstáculos para la realización del procedimiento penal, no sin chocar contra dificultades todavía no superadas, a ciertas infracciones graves contra reglas básicas de la persecución penal en un Estado de Derecho, por parte de los órganos estatales encargados de la persecución penal o del juzgamiento de los hechos punibles: así, sobre todo, el vencimiento del *plazo razonable para perseguir penalmente* a una persona (excesiva duración del procedimiento o infracción al juicio rápido una vez formulada la imputación) o afectaciones insalvables al *juicio leal* e *imparcial*[192]. En estos casos todavía está sumamente discutido que se trate de presupuestos o impedimentos procesales penales; con más razón aún se discutirá que ellos, en todo caso –y sólo nos estamos refiriendo a graves lesiones a las reglas del Estado de Derecho en la persecución penal–, funden el decaimiento definitivo (extinción) de la persecución penal estatal, sin regla alguna que especifique la consecuencia.

d) Examen de oficio

Una de las características procesales que se adjudica a los presupuestos procesales en materia penal es la posibilidad de que el tribunal los examine de oficio, sin necesidad de excitación extraña. Hasta aquí el acuerdo. Pues, si se trata de decir que el tribunal puede hacer-

[190] Cf. CPP Guatemala, 25, inc. 6. Allí los casos genéricos (criterios de oportunidad) son, en general, motivos de extinción de la persecución penal, no bien resuelta la aplicación de un criterio de oportunidad, para terminar el procedimiento; empero, en algunos casos, tal extinción está condicionada al acaecimiento de un hecho o a una decisión posterior y, eventualmente, se puede renovar la persecución penal de la cual se prescindió.

[191] CP, 76 *ter*.

[192] Cf. ROXIN, *DPP*, cit., § 21, B, III, 4, p. 170; entre nosotros, Daniel R. PASTOR, en su tesis doctoral, *El plazo razonable*, cit., Cap. V, 3.3.4., ps. 608 y siguientes, ha fundado la existencia de un impedimento procesal definitivo por el vencimiento del plazo razonable para perseguir penalmente; cf. del mismo autor, además, *Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales*, cit., V, ps. 817 y siguientes.

lo en cualquier momento del procedimiento, cerrándolo por causa de la falta de un presupuesto procesal (por ej., la competencia o la instancia penal) o de la existencia de un obstáculo procesal (por ej.: la amnistía del hecho objeto del procedimiento, si se coincide en la acepción amplia de impedimento procesal[193]), en el mismo momento en que advierta el motivo, será dificultoso coincidir, puesto que el tribunal está llamado a decidir, según la ley procesal, en oportunidades determinadas, precisamente, por la ley. Por ejemplo, no podría hacerlo durante el debate, sino a su finalización, pues la ley no permite la decisión (salvo excepciones) en su transcurso; por lo contrario, una vez instalado el debate, quiere arribar a la sentencia[194]. De tal manera, es cierto que el tribunal no necesita ser requerido para ocuparse de ciertos motivos importantes que impiden una decisión material, pero no es cierto que, como en ocasiones ha tolerado la práctica, esté autorizado a hacerlo en cada uno de los momentos del procedimiento, sino, antes bien, cuando le toca decidir[195]. El hecho de que el sobreseimiento se pueda dictar, durante la instrucción preparatoria, en cualquiera de sus momentos, no destruye el argumento anterior, sino que, antes bien, lo confirma: precisamente, durante ese período del procedimiento, el juez está llamado a decidir la causa, a favor del imputado, en cualquier momento. Por lo demás, con el aforismo "en cualquier estado y grado del proceso", sólo se quiere decir que los tribunales de instancia pueden decidir sin que el recurso se funde en la falta de un presupuesto procesal o en la existencia de un obstáculo procesal, esto es, sin queja específica, argumento que juega un papel principalísimo en la casación.

Tampoco existirá acuerdo si a la característica del rubro la transformamos en deber del tribunal, en el sentido de que, previo a la decisión

[193] Repárese, incluso, en que la misma incompetencia material no puede ser declarada más por el tribunal, ni siquiera en la sentencia, si ya se fijó la audiencia para el debate (CPP Nación, 359), no fue planteada la excepción en la oportunidad correspondiente (CPP Nación, 358) y el caso pertenece a la competencia de un tribunal "inferior" (CPP Nación, 35, III).

[194] En los códigos modernos es discutible, también, que la mayoría de estos motivos, que son enumerados bajo el rubro de presupuestos procesales, puedan ser planteados y decididos inmediatamente después de abierto el debate: CPP Nación, 361 y 376. Pero es seguro que, después de esta oportunidad, si esos motivos aparecen, de oficio o por iniciativa de alguno de los intervinientes, el tribunal debe decidir sobre ellos en la sentencia.

[195] Cf. PASTOR, *Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales*, cit., IV, p. 815.

sobre el fondo, debe, necesariamente, descartar la existencia de un obstáculo procesal para ella y afirmar la existencia de todos los presupuestos procesales; más sintéticamente, si se quiere establecer un orden general para el tratamiento de las cuestiones, en la decisión, cualquiera que fuere su sentido[196]. En cambio, puede haber acuerdo si ese deber se limita al examen necesario de esos motivos previos a una condena, porque todos ellos, de alguna manera, la evitan o suprimen (¿se trata de presupuestos de la sentencia?[197]). Y hasta se podría coincidir con el punto de vista aquí anunciado, en el caso contrario, si se limita la significación de los presupuestos procesales, en el sentido de aquellos motivos que impiden decidir, únicamente, por falta de una condición superable en el futuro (por ej.: la competencia, la instancia penal, etc.), conforme a la comprensión adelantada bajo la letra *c*. Con la limitación anticipada, el examen de oficio de los presupuestos procesales, antes de decidir materialmente el caso, es, en verdad, una consecuencia a la que ellos conducen, característica lógica de la función que cumplen. Empero, la consecuencia del examen de oficio, tal como fue expresada en el encabezamiento de este punto, no pertenece únicamente a aquellas circunstancias que podemos incluir como presupuestos procesales, sino que, antes bien, es una característica general de la aplicación de normas penales y, por tanto, del procedimiento penal[198].

No es necesario tratar otras consecuencias prácticas, que la teoría acostumbra a examinar, para delinear el concepto de presupuesto procesal y su función[199].

IV. Las consecuencias prácticas que se pretende emerjan de la determinación del concepto de presupuestos procesales han rendido, a mi juicio, un fruto satisfactorio, en todo caso mejor que el que se pu-

[196] En la práctica, esto significa que si el tribunal considera el hecho como no probado en la sentencia puede absolver por ese fundamento, sin ocuparse de la prescripción que, quizá, haya operado. Las sentencias son soluciones prácticas, no disputas teóricas, ni ejercicios académicos.

[197] Ver *supra* F, 1, II.

[198] Cf. VOLK, *Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht*, cit., Parte 1ª, Cap. 4, 2, ps. 57 y siguientes.

[199] Exposiciones más detalladas en KAUFMANN, *Strafanspruch-Strafklagrecht*, cit., ps. 1 y ss.; y VOLK, *Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht*, cit., Parte 1ª, Cap. 4, ps. 54 y siguientes.

do obtener con la demarcación especulativa de la frontera entre Derecho penal material y formal. Podemos afirmar racionalmente ahora:

a) Que la línea de frontera, divisoria de aguas, entre el Derecho penal material y el Derecho procesal penal no existe como tal, sino que se trata de una *zona* fronteriza, donde los institutos jurídicos cruzan sus planos de influencia y se aproximan en sus efectos. Así, por ej., todos los motivos de extinción de la persecución penal son, a la vez, condiciones de la punibilidad o, cuando menos, funcionan como ellas, al menos parcialmente, si se las observa desde el ángulo del procedimiento penal: al excluir para siempre la persecución penal del hecho, lo toman impune, a la manera de una excusa absolutoria sobreviniente (por ej., caso del casamiento con la ofendida en los delitos contra la honestidad, hoy transformado en "avenimiento" controlado por un juez –ley de reforma n° 25.087–, según el CP, 132, que la misma regla confronta hoy con la "suspensión del juicio a prueba", CP, 76 *bis* y *ter*[200]).

b) Que existen fenómenos jurídicos (ley penal natural, la del momento del hecho y, consecuentemente, prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal posterior) cuyas consecuencias no tienen, necesariamente, que fijar su frontera de influencia en la división estricta entre Derecho penal material-Derecho procesal penal o, si se quiere, entre condiciones objetivas de la punibilidad y presupuestos procesales. Así, todas las condiciones de ejercicio de la persecución penal, por ej., la instancia privada (CP, 72), el ejercicio por el legitimado en la acción penal privada (CP, 73 y ss.) o la sentencia de divorcio por adulterio emanada de un proceso civil (CP 74, I) –antes de la derogación del delito de adulterio por la ley n° 24.453, al que cito sólo como ejemplo–, en tanto impiden la pena estatal sólo temporalmente (sin afectar para siempre la persecución penal, pues la condición –suspensiva– puede ser cumplida y dejar expedita la persecución penal en el futuro), pueden ser incluidas, racionalmente, en el ámbito de vigencia del principio nombrado y, por su carácter condicionante del procedimiento y la

[200] Esta última: ¿excusa absolutoria *post facto* o motivo de extinción de la acción penal? Mayores exigencias personales para la categoría analítica (dogmática) de la *punibilidad* (conciencia acerca de la reacción penal), a la que sin duda pertenecen las excusas absolutorias, exigencias que podrían diferenciarlas de los motivos de extinción de la persecución penal o a ciertas condiciones objetivas de la punibilidad, extraños al autor o partícipe, en Bacigalupo, *Delito y punibilidad*, cit., Cap. V, ps. 159 y siguientes.

sentencia (más allá de impedir la pena), ser incluidas también como presupuestos procesales.

c) Que existen problemas exclusivamente semánticos, terminológicos, a los que conviene dejar de lado[201].

d) Que existe una diferencia posible entre aquellos motivos o condiciones que fulminan para siempre la posibilidad de perseguir penalmente el hecho punible objeto del procedimiento (prescripción, amnistía, etc.) –y, por ello, su reconocimiento provoca el efecto de clausura propio de la cosa juzgada, cualquiera que sea el nombre legal de la decisión– y aquellos otros que, en el futuro, resultan subsanables, remediables o recuperables, en el sentido de que pueden existir válidamente después de la decisión que reconoce la condición como inexistente, o de que son eliminables, cuando se trata de un obstáculo reconocido como existente –y, por ello, la decisión que los reconoce no

201 A propósito de la prescripción de la acción penal (CP, 59, inc. 3, y 62), durante el ejercicio del cargo de juez penal sostuve que, en el momento de la sentencia, cuando aparece el motivo de extinción de la acción penal, aun de oficio, corresponde absolver, no sobreseer el procedimiento. La razón formal para mí era clara: a contrario del Derecho procesal penal alemán, que contiene una autorización precisa para que el tribunal, al decidir el procedimiento después de todo su transcurso, dicte sentencia de sobreseimiento (OPP [RFA], 260, III), el Derecho argentino aplicable lo impedía expresamente, mandando expresar, al sentenciar, sólo dos soluciones: la absolución, libre en todos los casos, o la condena (CPCrim. nacional, vigente con anterioridad al actual, 494). Una sala del tribunal de apelación, en especial uno de sus jueces, anulaba la decisión y mandaba a proceder nuevamente, a pesar de que coincidía con la evidencia del transcurso del tiempo necesario para tornar al hecho, por prescripción, imperseguible. Al conocer la opinión, aclaré que, en definitiva, se trataba de una cuestión terminológica, pues tanto la sentencia de sobreseimiento (definitivo, en la ley aplicable), como la absolutoria, producían el efecto de clausura típico del principio *ne bis in ídem*. Aquel juez de instancia elevada no lo comprendió. Espero tener más suerte con este libro. Hoy acudiría en nuestro auxilio, ZIELINSKI, *Strafantrag-Strafantragsrecht*, cit., II, 2, ps. 881 y s., y V, 3, p. 889.

Pero, a propósito de la prescripción penal –e imaginable para otro motivo de extinción de la acción penal– y ya sin referencia al Derecho procesal penal positivo, se puede apreciar cómo ella trabaja analíticamente en una decisión de dos maneras diferentes. Si resulta con evidencia que cualquier plazo de prescripción de la persecución penal aplicable ya ha transcurrido íntegramente, una decisión judicial puede tratarla como cuestión previa, para demostrar la inutilidad de seguir adelante con el examen o con el procedimiento. En cambio, si ello no es así, pues la fijación del plazo de prescripción aplicable al caso depende de otros elementos a ser verificados en el procedimiento o en la misma decisión (por ej., la subsunción de la acción en una regla que determine el alcance de la reacción penal), la cuestión deberá trasladarse, necesariamente, y ser analizada con posterioridad al elemento a constatar. De allí deriva el error en que incurre el CPP Nación, 337, I y III, al disponer la rigidez del orden de examen de las diferentes cuestiones: olvida que la decisión judicial no es un ejercicio académico, sino, todo lo contrario, un problema práctico al que se pretende dar solución.

debe provocar el efecto de clausura y debe permitir una persecución posterior válida[202].

e) Que una característica procesal de estas condiciones consiste, casi siempre, en la facultad del tribunal de examinar su existencia de oficio, esto es, sin necesidad de haber sido excitado para ello por alguno de los otros intervinientes en el procedimiento[203]; pero se debe reparar, también, que esta característica no es exclusiva de la categoría, si-

[202] ZIELINSKI, *idem*, p. 883, nota 46, ha indicado como una condición objetiva de punibilidad la declaración de quiebra de un comerciante: según nuestra opinión dominante, esa condición, que hoy no existe, puede, sin embargo, existir en el futuro. Este resultado es, sin embargo, discutible, no bien alguien defienda la tesis de que el Estado (o el particular, cuando la persecución está cedida a él) sólo puede perseguir una vez y, por ello, quien acusa se debe munir de todos los elementos necesarios para obtener la condena; si falló, el resultado es la absolución. Sin embargo, la necesidad de iniciar la persecución penal con la noticia del delito (*legalidad*), propia del sistema continental, y la fijación de un plazo máximo para que la persecución penal obtenga sus frutos (*prescripción* o *plazo máximo de persecución penal*), unidos a la estructura fundamental del procedimiento penal actual, tornan racional y adecuado sostener que la falta de una condición temporalmente remediable o la existencia de una obstáculo temporalmente eliminable se pueda subsanar en el futuro, hasta la verificación de una circunstancia que evita, para siempre, la persecución penal y la pena.

Existe en el Derecho positivo argentino un motivo que puede ser tratado de ambas maneras, según decisión judicial discrecional: repárese que la reforma de la regla del matrimonio, como excusa absolutoria *post facto* de ciertos delitos contra la honestidad (CP, 132), por la regla del *avenimiento con el imputado* autorizado judicialmente (ley nº 25.087), posee ambas características, según su modo de aplicación, pues tanto permite la extinción definitiva de la acción penal, una vez concedida la autorización judicial, como su sometimiento a prueba durante un plazo (CP, 76 *ter*), durante cuyo transcurso o a cuya finalización puede, eventualmente, reanudarse la persecución penal o extinguirse, conforme al resultado de la prueba y según decisión judicial.

[203] Digo "casi siempre", pues la ley, en ocasiones, puede determinar lo contrario. La competencia del tribunal ha sido tenida siempre por un presupuesto procesal y, sin embargo, para la OPP (RFA), § 16, la *competencia territorial* es sólo *limitadamente* un presupuesto procesal o de la sentencia, en el sentido expresado (examen de oficio): únicamente hasta la apertura del debate el tribunal puede examinar este presupuesto de oficio; después de la apertura del debate sólo por iniciativa (excepción) del acusado; y sólo puede hacer valer el motivo (*incompetencia territorial del tribunal*), para plantear la excepción, hasta el comienzo de su declaración sobre el hecho; después de este momento caduca toda posibilidad de objetar la validez del juicio y de la sentencia por este motivo; y, más aún, caduca toda posibilidad del tribunal, aun por pedido de un interviniente, de examinar su competencia territorial, de manera que, claramente, no se trata de un *presupuesto sentencial*, según algunos opinan que deben ser clasificados estos presupuestos. Obsérvese la similitud y el contraste en el Derecho argentino, que trata de manera similar a la competencia material, cuando el tribunal posee competencia para juzgar delitos más graves (CPP Nación, 35, III), y, en cambio, enfatiza la declaración de oficio y en cualquier momento procesal de la incompetencia territorial (CPP Nación, 39).

no, antes bien, compartida con todas las condiciones para aplicar una pena, cualquiera que sea su naturaleza, y, por ello, inservible para fundar en ella distinciones como las procuradas.

V. Sobre la base de estas reflexiones y las generales que precedieron se puede decir, resumidamente, que la teoría de los presupuestos procesales es, en gran medida, innecesaria y está sobredimensionada respecto de aquello que pretende regir. La separación entre condiciones objetivas de punibilidad y presupuestos procesales es más que discutible, si se la mira desde las consecuencias jurídicas (de la misma manera que su presupuesto: una línea exacta de separación entre el Derecho penal material y el Derecho procesal penal, que no dependa de alguna decisión valorativa). Antes bien, se justifica una separación entre condiciones que excluyen definitivamente la posibilidad de perseguir una pena y condiciones que, a pesar de no existir actualmente (en el momento de la decisión), son remediables en el futuro (pueden existir) u obstáculos que, a pesar de existir hoy, pueden desaparecer en el futuro. Resulta racional englobar bajo el nombre de *presupuestos procesales* sólo a estos últimos, unidos a aquellos que, aunque no provienen directamente del condicionamiento de la persecución penal propiamente dicho, sino, antes bien, de las llamadas formas judiciales esenciales del procedimiento, producen el mismo efecto. Las demás condiciones, referidas a la extinción definitiva de la persecución penal, conviene tratarlas como condiciones objetivas de la punibilidad, pues trabajan como ellas (cosa juzgada) y, en presencia del principio de legalidad en materia procesal penal, necesitan ser reconocidas judicialmente –por ende, no pueden ser propuestas como condiciones del fallo, ya que lo implican– para provocar su efecto característico (hasta de la muerte del imputado se ha predicado esta necesidad, no sin cierta razón), de idéntica manera a aquello que sucede con cualquier otra circunstancia, de cualquier naturaleza, que descarta la existencia de un hecho punible. No es necesario, en cambio, que la falta de un presupuesto procesal o la existencia de un obstáculo procesal, en el sentido expuesto, sea siempre reconocida judicialmente; basta con que no se persiga penalmente o, con otras palabras, que el efecto adherido al presupuesto u obstáculo se cumpla por sí mismo, al no incoarse el procedimiento[204].

[204] No es necesario, por ej., que se tome una decisión sobre la falta de instancia (CP, 72), si no sucede la formación de causa.

Si se acepta también que cualquiera de estos motivos no impide la constatación de otro que conduce directamente a la absolución o al sobreseimiento material, como sentencia absolutoria anticipada, entonces el ámbito de influencia de los presupuestos procesales *propios* (aquellos cuya falta es remediable) es todavía más escaso: ya no se trata de presupuestos de una decisión material, que provoque efecto de cosa juzgada material, en general, sino de *presupuestos de la condena penal*, previos al examen de todas las condiciones positivas y negativas (materiales), que tornan punible un hecho[205]. Empero, se debe comprender que, en esta materia, las palabras del legislador reinan y pueden cambiar fácilmente el sentido de la explicación: tomemos, por ejemplo, la competencia del tribunal, que nadie dudaría en incluir en este ámbito, cuya falta, por influencia legislativa, no sólo impide la condena, sino, probablemente, también la absolución; o el mismo ejemplo, con efectos inversos, a saber: la competencia territorial, en algunos órdenes jurídicos, presupuesta el procedimiento sólo hasta cierto período de su transcurso, pues, después de un determinado momento, el tribunal no puede reconocer más su incompetencia territorial de oficio, ni a pedido de alguno de los intervinientes, consecuencia que en el Derecho argentino se reserva para la competencia material[206]. Con ello, la competencia pierde su carácter de presupuesto procesal o de la sentencia en algún período del procedimiento o para algunos casos.

La cuestión planteada es sumamente discutible y su solución depende de puntos de vista valorativos que la ley deja, normalmente, abiertos. Ella responde a la pregunta concreta: ¿se puede sobreseer o absolver –como si se tratara de la constatación de la existencia de alguna causa de exclusión del injusto (por ej.: la inexistencia absoluta del comportamiento del imputado, o su atipicidad, o el hecho de que opere una circunstancia justificante o una causa de exclusión de la culpabilidad o de la punibilidad)– si se constata un obstáculo procesal o la falta de un presupuesto procesal (por ej.: la acción o la instancia privada, la competencia del tribunal, la intervención y asistencia del imputado según lo prevé la ley)?; o ¿la constatación de la falta de un presupuesto o de la existencia de un obstáculo debe impedir la decisión material, en sí justa según el caso planteado? Si la ley no concede una clara indicación acerca de la solución, como

205 Cf. ZIELINSKI, *Strafantrag-Strafantragsrecht*, cit., p. 881.

206 Ver este libro, t. II, nota 203 de este parágrafo, p. 94; cf., también, MAIER, Julio B. J., *La Ordenanza Procesal Penal alemana*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, vol. II, § 16, p. 10, y *Advertencias* al capítulo, p. 6.

ocurre de ordinario, el dilema es, prácticamente, insuperable. Quienes, en general, conciban al procedimiento judicial antes bien como garantía para el justiciable que como método satisfactorio para la solución de un conflicto social y para la expresión del poder estatal, posiblemente contestarán afirmativamente la primera pregunta y eliminarán así la segunda. Para ellos se trata, entonces, de presupuestos de la condena penal[207]. A ellos se les podrá objetar, con argumentos de efecto, sobre la base, fundamentalmente, de aquellos presupuestos referidos al procedimiento en sí, como la incompetencia del tribunal, o su integración errónea, la falta de participación de la fiscalía o del acusador que correspondiere en el procedimiento, según las previsiones legales. Quienes, en cambio, privilegien la visión del procedimiento como un método claro y transparente para la obtención de soluciones sobre conflictos sociales, o, simplemente, para obtener la decisión estatal (judicial) sobre un acontecimiento social con posible significado jurídico, contestarán afirmativamente la segunda pregunta y rechazarán la primera. Para ellos se tratará, sin duda, de presupuestos de la decisión penal, en general (sentenciales). A ellos se les podrá objetar, también con argumentos de efecto, sobre la base de casos que demuestren la injusticia, después de un largo procedimiento, de no reconocer al imputado como inculpable o impune por el hecho de que faltó un presupuesto sentencial, no advertido durante el procedimiento, obligándolo a soportar otra persecución penal para comprobar su inocencia o la imposibilidad de aplicarle una pena, con riesgo de fracaso futuro, incluso.

A este problema se le podría agregar, para mayor confusión aún, los muy diversos efectos que producen ciertos presupuestos u obstáculos procesales, en relación a las consecuencias que otros determinan. Baste indicar que, por ejemplo, la *instancia privada* de quien está facultado por la ley a producirla (CP, 72) posee, claramente, un efecto absolutamente objetivo, impersonal, válido para cualquier partícipe en el delito, pues, cuando se carece de ella, impide la *formación de causa* (presupuesto de la persecución penal para cualquier persona), razón por la cual, si se produce, releva también para cualquiera el obstáculo para su persecución que significa su inexistencia; mientras que la *acción privada* (CP, 73 y ss.) –también presupuesto procesal de carácter muy aproximado al anterior– no posee ese efecto objetivo e impersonal, ya que tolera la decisión, del legitimado a acusar, de perseguir penalmente a unos y no someter a otros al procedimiento penal, cuando existen varios partícipes en el hecho punible perseguible por acción

[207] Cf., en relación a la instancia penal, ZIELINSKI, *Strafantrag-Strafantragsrecht*, cit., V, 3, p. 889.

privada[208]. Para una mayor aproximación a este problema, piénsese en el presupuesto procesal relativo al antejuicio o desafuero de ciertas autoridades constitucionales: cuando son sospechados de participar en el hecho punible esas autoridades y quienes no lo son, el privilegio rige para unos, mientras los otros pueden ser válidamente perseguidos e, incluso, condenados[209]; y, más allá de ello, en un hecho punible cometido en colaboración, unos partícipes pueden ser desaforados para ser sometidos a juicio penal y para los otros ser rechazado el desafuero, con lo cual el obstáculo o impedimento fue relevado para unos y mantenido para los otros.

Se puede aún observar desde otro ángulo esta diversidad de efectos o consecuencias. El último presupuesto o el obstáculo de la rebeldía del imputado –o de su incapacidad para estar en juicio– sólo imposibilita cumplir algún período del procedimiento o algunos actos del procedimiento, pero no afecta a otros períodos, en general, o a otros actos[210], mientras que otros presupuestos u obstáculos procesales imposibilitan todo el proceso judicial, cualquiera que sea su estado o momento[211]. Los distintos efectos que los presupuestos u impedimentos

[208] En el texto originario del CP, su art. 74 (hoy derogado por ley 24.453), referido al adulterio, que obliga a perseguir a ambos autores como condición de validez de la acción penal desarrollada, tornaba claro este extremo por comparación de textos.

[209] CPP Nación, 192.

[210] Leer, para constatarlo, CPP Nación, 77, III, 290, 1, y ley nacional nº 25.320. Esta última ley, que pretende regular el privilegio ostentado por *legisladores, funcionarios y magistrados*, según reza su título, y sobre cuya legitimidad o validez no es del caso discutir ahora (ver este libro, t. II, § 10, B, 4, II, ps. 223 y ss.), constituye no sólo un capítulo particular de este problema, sino, además, un extremo para él, pues, al menos textualmente, permite "seguir[á] adelante con el procedimiento judicial hasta su total conclusión" (art. 1), aun en el caso de que el "desafuero, la suspensión o remoción solicitadas" fueren "denegadas", caso en el cual "el tribunal declarará por auto que no puede proceder a la detención o mantenerla, continuando la causa según su estado" (art. 4). Con ello, parece haber desaparecido el privilegio como presupuesto de la persecución penal, del proceso de conocimiento, y tener sólo vigencia como presupuesto del procedimiento de ejecución de la pena privativa de libertad. Si se prescinde del mal castellano que hablan y escriben los legisladores argentinos, el texto es aún difícilmente comprensible y parece un despropósito respecto del texto constitucional, pues sin la presencia (prohibido el juicio penal en contumacia) del acusado resulta imposible "seguir adelante con el procedimiento hasta su conclusión final" o "continuar la causa según su estado" (?). El texto deroga el CPP Nación, 189, 190 y 191 (art. 6 de la ley cit.), con tufillo fuerte a un desatinado realismo jurídico.

[211] Cf., por ej., la *instancia privada* para los hechos punibles cuya persecución la requiere (CP, 72) o la *acción privada* para aquellos que pueden ser perseguidos sólo por esa vía (CP, 73 a 75).

procesales producen, demuestran, a mi juicio, la imposibilidad de reducirlos a todos ellos en una categoría homogénea y la necesidad de satisfacerse con unas pocas conclusiones básicas.

Arribados a este punto se observa, claramente, el fracaso de la teoría sobre los presupuestos procesales en el procedimiento penal. Si ellos sólo son *presupuestos de la condena*, u *obstáculos* para obtenerla, esto es, condiciones positivas o negativas de una sentencia condenatoria, juegan el mismo papel respecto de ella, desde el punto de vista procesal, que cualquiera de las demás condiciones materiales que fundan el injusto, la culpabilidad o la pena, o que excluyen tales elementos. No vale la pena componer una teoría para arribar a esta consecuencia. Todo fue "acrobacia de palabras" –mejor dicho "con palabras"–, según endilga ZIELINSKI a alguno de sus predecesores en el tema, incluyendo, en menor medida, sus propias afirmaciones al respecto, como él lo reconoce, prácticamente, al estudiar la instancia penal[212].

Queda en pie sólo como relevante, la diferenciación de aquellos presupuestos u obstáculos que, verificados en un momento, son susceptibles de remediar en el futuro. Pero el estudio particularizado de estas condiciones demuestra que la mayoría de ellas –por ejemplo, la competencia del tribunal, en los límites legales, la integración legal del tribunal, la participación del acusado o del imputado y su defensor en el procedimiento–, impiden, incluso, la decisión penal, en general, y no tan sólo la condena. Provocan así, el *archivo* del procedimiento, como decisión formal conclusiva de él, sin valor de cosa juzgada material, a la espera de la subsanación del obstáculo. La razón es clara: las formas básicas del procedimiento –por ejemplo, la publicidad del debate, la imparcialidad de los jueces– están impuestas no sólo para protección del imputado, sino, también, como presupuestos de la expresión de voluntad estatal por los órganos de justicia penal, para que la decisión no sea el producto de un método arbitrario, ni de un órgano estatal cualquiera, sino, por lo contrario, sea el resultado de un procedimiento legal y de un oficio autorizado por la ley para decidir el caso (piénsese, por ejemplo, en la publicidad popular, como método que concede transparencia social a las decisiones judiciales en materia penal, y en

[212] Cf. ZIELINSKI, *Strafantrag-Strafantragsrecht*, cit., p. 879.

la competencia del tribunal, como autorización o facultad concedida a un oficio estatal). De allí que las condiciones derivadas del Derecho procesal penal sean, de ordinario, *motivos absolutos de casación* de la sentencia. Se puede sostener también racionalmente, aunque por otros motivos, que las derivadas del Derecho penal material provocan el mismo efecto, pues aquí la ley penal, además de condicionar la pena –como último reflejo–, quiere impedir, primariamente, la "formación de la causa", esto es, el procedimiento y la sentencia, condicionando la misma persecución penal, como sucede con su sometimiento a una instancia privada (CP, 72), a la acción privada (CP, 73) o, antes de su derogación, con la sentencia firme de divorcio por adulterio (CP, 74, I). Sólo aquellas condiciones que responden al interés exclusivo del imputado –su asistencia jurídica, por ejemplo–, por excepción, permitirían concluir, pese a la verificación de su inexistencia, en su absolución (sobreseimiento) por otro motivo, pues allí no se puede evitar, de procederse de otro modo, la conclusión de que se utiliza en su contra una garantía personal que la ley concede en su exclusivo favor[213]. Cuando la condición, en cambio, no está establecida sólo en su favor, resulta claro que no se puede dictar la decisión material que beneficia al imputado: el instante, en los delitos cuyo presupuesto persecutorio es la instancia privada, o el acusador privado, en los delitos de acción privada, tienen derecho a colocar en el mundo esas condiciones o a omitir la acción para la cual están facultados, hasta el completo transcurso del plazo habilitado para la persecución penal (prescripción) o hasta que acaezca otro suceso que extinga la acción penal.

VI. Se puede generalizar y decir que los llamados *presupuestos procesales*, en el sentido indicado, son, en verdad, presupuestos de la decisión del tribunal penal que, por regla, él debe examinar aun de oficio, antes de dictar una resolución que tendrá fuerza de cosa juzgada material, pues, si observa la existencia de algún *obstáculo* o *impedimento*, o la falta de algún *presupuesto*, debe abstenerse de decidir y ar-

213 Ver la solución normativa del Proyecto CPP Nación (1986), 1, II, que respondía a este problema, de modo muy general. Se trata, en el caso, de no evitar una absolución clara –por ej., fundada en la absoluta inexistencia del hecho punible imputado– por la falta de un presupuesto procesal establecido en interés exclusivo del imputado: por ej., la absolución o el sobreseimiento material de un rebelde.

chivar el procedimiento. Esta última consecuencia no se debe producir, por excepción, cuando la condición está establecida por la ley únicamente en beneficio exclusivo del imputado y existe otro motivo que funda una decisión material en su favor, que pone fin, para siempre, a la persecución penal (absolución o sobreseimiento).

El sobreseimiento (material) comprende también a las decisiones sobre la extinción de la persecución penal (prescripción, amnistía, muerte del agente, cosa juzgada, renuncia a la acción privada [CP, 59]).

La regla y la excepción arriba establecidas rigen también en los recursos. El tribunal que decide el recurso debe examinar, previamente, los presupuestos de una probable decisión material a dictar o confirmar, inclusive de oficio, si el recurso no contiene la queja sobre la falta de un presupuesto o la existencia de un obstáculo procesal. Del mismo modo, si el tribunal que decide el recurso establece una causa que conduce a dictar o a confirmar la absolución o el sobreseimiento y, al mismo tiempo, verifica la inexistencia de un presupuesto procesal establecido sólo en beneficio del acusado o para su garantía exclusiva, debe sobreseer o absolver o confirmar esas decisiones.

Presupuestos procesales son siempre causas –positivas o negativas– de exclusión provisional de la posibilidad de juzgar, pues siempre es posible, por definición, poner en acto la condición positiva o excluir la negativa y, por ende, también remediar el defecto en el futuro, antes de que se extinga la potestad represiva.

Algunos de estos presupuestos –u obstáculos– procesales provienen del condicionamiento, por la ley (entre nosotros, por la ley penal material), de la persecución penal (ejercicio de las acciones penales), y, a través de ese mecanismo, también de la pena. Aquí se ubica el problema mayor de diferenciación con otras condiciones materiales que se refieren a la persecución penal, mejor dicho, a su extinción, y que, *mutatis mutandi*, pueden operar como obstáculos procesales, aunque, según ya hemos visto, carece de sentido clasificarlas bajo este rubro. Otras condiciones provienen de la idea político-cultural fundamental que una sociedad organizada tiene del procedimiento penal como legítimante de la decisión penal *(fair trial)*. Por ello, ordinariamente, estas condiciones son vicios absolutos del procedimiento –detectables de oficio e irremediables o insubsanables– o motivos absolutos de casación, y han sido observados como condicionantes de la validez del procedimiento, en general (no referidos a un acto procesal en particular)[214].

[214] CPP Nación, 167, inc. 3, y 168, II.

Desde el punto de vista teórico parece urgente, por lo demás, desmitificar el estudio de estos presupuestos, para poder comprender bien, sin prejuicio alguno, el funcionamiento de cada condición.

2. Los presupuestos procesales en particular

I. El estudio de los presupuestos procesales particulares depende, en una medida mayor a la común, de las decisiones generales del Derecho positivo y de la interpretación de la ley, según ya lo hemos observado. Por esta razón, es quizá más valioso este estudio monográfico que la tendencia contraria, antes expuesta, de fijar criterios clasificadores u ordenadores que establezcan diferencias con otras condiciones de la punibilidad y consecuencias comunes de causas muy diversas, fundadas en una pretendida armonía que proviene de un principio general.

Y, sin embargo, no es posible aquí el estudio particularizado profundo de estos presupuestos. Tres motivos se oponen a ello: sólo vale la pena, para obtener conclusiones definitivas, un estudio monográfico, aquí imposible; las condiciones directas de la persecución penal son estudiadas también en las obras generales de Derecho penal, que se tocan antes o después con las procesales penales, al estudiar el punto específico; no es menos importante la diferencia de las leyes procesales penales en nuestro país, que obligaría a efectuar continuas precisiones y aclaraciones. Seguirá, por ello, más una enumeración que una exposición particularizada, y la enumeración, en aquello que se refiere exclusivamente al Derecho procesal penal, sólo recogerá el estado del problema según una visión actual del Derecho procesal penal.

II. Con estas prevenciones, comenzaremos de la mano de aquellas posiciones que procuran observar los presupuestos procesales como condiciones de validez del procedimiento penal en general, con visión de conjunto, o, por lo menos, como condiciones de validez de una parte o de un período del procedimiento penal. Desde este punto de vista, que podríamos llamar *procesal*, porque hace hincapié en la concepción fundamental del procedimiento penal, incluida la sentencia, como condición de la realización del poder penal estatal, es correcto utilizar, como criterio ordenador de la enumeración, del cual no se debe pretender mayores consecuencias, la determinación de las condiciones básicas sin cuya presencia en la realidad no podríamos reconocer la existencia de un "procedimiento penal" como método de actuación –positiva o negativa– del poder penal estatal, según la concepción histórico-cultural actual, expresada en reglas jurídicas (*fair trial*). Pertenecen a estas condiciones básicas: a) la existencia de un objeto del procedimiento, propuesto correctamente y factible de ser resuelto en una decisión del tribunal penal; b) la correcta constitución del tribunal y su competencia para decidir el caso; c) la participación del acusador en el procedimiento, en tanto ella sea una condición de la validez del procedimiento o una condición para la imparcialidad del tribunal o la posibilidad de resistir la imputación por parte del imputado (defensa);

d) la participación y asistencia del imputado en el procedimiento; y e) las reglas formales básicas del procedimiento que habilita la decisión. Según este esquema llevaremos a cabo la enumeración de los presupuestos procesales. No resulta sobreabundante repetir la utilidad práctica limitada que representa la enumeración de los presupuestos procesales: catálogo de cuestiones que el tribunal debe examinar, aun de oficio, antes de decidir el caso con efectos materiales, esto es, de clausura final de la persecución penal (cosa juzgada), para abstenerse de decidir y archivar el procedimiento, como regla general. A esta regla general únicamente escapa aquélla condición sólo existente como garantía para el imputado, esto es, exclusivamente en su beneficio, que permite decidir materialmente a favor del imputado, de manera definitiva (absolución o sobreseimiento material), a pesar de la falta de cumplimiento de la condición.

a) Presupuestos relativos al objeto del procedimiento

Algunos de estos presupuestos (condiciones) –los tratados en primer lugar– están referidos a la posibilidad de proponer legítimamente la imputación como objeto del procedimiento, esto es, como tema de una decisión penal; se trata, así, de presupuestos materiales de la persecución penal. Otros de ellos están referidos a la manera de proponer esa imputación; se trata, así, de presupuestos formales de la persecución penal. Entre los primeros se puede aún distinguir entre los presupuestos *objetivos* o *absolutos*, que impiden proponer al hecho concreto como objeto del procedimiento y de la decisión penal, e impiden, por ello, toda decisión sobre él, pues abarcan a todos los partícipes eventuales, y los *subjetivos, relativos* sólo a la imposibilidad de perseguir a una determinada persona, que no impiden que el hecho sostenido como punible sea decidido respecto de su imputación a otras personas.

I. *La persecución penal privada*. Ésta es la excepción mayor a la regla que domina el procedimiento penal común, que, precisamente, se caracteriza por haber concluido con este presupuesto procesal, dicho de modo más sencillo, por haber suprimido esta condición. La persecución penal *oficial* (pública, estatal o de oficio) es la regla (CP, 71); la persecución penal *privada* es la excepción (CP, 73 y ss.)[215]. Entre noso-

[215] Cf. Zaffaroni y otros, *DP (PG)*, cit., § 60, nº 2, p. 855.

tros, sólo unos pocos delitos son perseguibles por esta vía y tan sólo por ella (CP, 73): los delitos contra el honor, *calumnia* o *injuria* (CP, 109 y ss.); la *violación de secreto particular* (CP, 153, 155 y 156), excluidos entonces los casos de secreto oficial (CP, 157) y postal cometido por un empleado de correos (CP, 154), en todo caso delitos especiales; la *concurrencia desleal* (CP, 159: desviación desleal de clientela); y el *incumplimiento de los deberes de asistencia familiar cuando la víctima es el cónyuge* (ley nacional nº 13.944, art. 2, *d*). Se trata, en esos casos, por tanto, de una condición sin cuya existencia la decisión estatal que pone fin, de manera definitiva, al conflicto penal (aquí sí, conflicto interindividual, según la ley), autorizando o clausurando el uso de la coacción penal, es imposible. La condición no se limita sólo al momento de la promoción de la acción penal y su cumplimiento no es instantáneo, sino que perdura en el tiempo por la necesidad de que el autorizado a cumplirla persiga penalmente al imputado hasta obtener la sentencia; ello significa que la condición tiene la característica de permanencia durante el procedimiento[216]. La razón de ser de esta condición, frente a la regla general de la persecución penal pública, consiste en la preponderancia del interés individual sobre el interés general[217].

Legitimado para resolver la condición, cumpliéndola o decidiendo que no será cumplida (renuncia: CP, 59, inc. 4), es, en principio, sólo el ofendido, esto es, la persona que pretende haber sido víctima del hecho punible sometido a la condición. Excepcionalmente se transmite esta facultad, al menos parcialmente: en la calumnia o en la injuria, el cónyuge del ofendido, sus hijos, sus nietos y sus padres, que lo sobreviven si muere el ofendido, pueden proseguir después de su muerte la persecución penal privada por él iniciada (CP, 75). En nombre del ofendido, cuando él es incapaz o cuando se trata de una persona de existencia ideal, obra su *representante legal* y en el primer caso, también, su *guardador*, representante impropio, no reconocido por la ley civil general, para quien, de esta manera, existe algo similar al traslado de la legitimación activa (CP, 76).

La austeridad de las reglas del CP crea serios problemas de concurrencia de legitimados (por ejemplo: cónyuge y padre o hijos, hijos y

216 Quizás esta característica sea la punta del ovillo para resolver el problema, en nuestra legislación positiva, del *abandono* de la querella por delito de acción privada, como causa de extinción de la persecución penal; obsérvese el problema y su desarrollo histórico en MAIER, *La renuncia a la acción penal privada y el abandono de la querella*, cit., ps. 745 y siguientes.

217 Cf. NÚÑEZ, *DP arg.*, cit., t. II, ps. 146 y siguiente.

31

nietos, etcétera). Los problemas no son tan difíciles de resolver cuando se cumple la condición, pues basta que la cumpla uno de ellos o varios sucesivamente. En cambio, los casos no son tan fáciles de resolver cuando se trata de la renuncia a la facultad de perseguir: cuando concurren varios legitimados es racional exigir que todas sus voluntades concurran (renuncia de todos ellos), para extinguir la persecución penal (CP, 60)[218]. Más difícil aún es el concurso entre el representante legal y el guardador de un ofendido incapaz, a mi juicio insolucionable según el texto de la ley, porque existen argumentos tan sólidos para sostener la preferencia de la voluntad del representante legal, como para concedérsela al guardador o exigir que, en ese caso, ambas deben coincidir, según la solución del caso anterior para la renuncia.

Se trata, en principio, de un presupuesto objetivo, en el sentido de que no se refiere a persona alguna excluida de la persecución penal, sino que importa, en general, condicionar el tratamiento procesal de la imputación a la realización de un acto por parte de la víctima del hecho punible que se pretende perseguir[219]. Empero, salvo la excepción antes prevista para el adulterio (hoy derogada junto con el delito penal por la ley n° 24.453), que obligaba a acusar a ambos autores, el acusador puede elegir, al proponer la persecución penal, querellar a unos partícipes y dejar de perseguir a otros, esto es, cumplir la condición para algunos partícipes y mantenerla inexistente para otros, mediante el simple mecanismo de acusar a alguno o algunos de los partícipes y no acusar a los demás; o, de la misma manera, en su renuncia al ejercicio de la acción penal, elegir a unos como destinatarios de esa liberación de la persecución penal y mantener el poder de perseguir penalmente respecto de los demás. Por su efectos, el presupuesto resulta gobernado por la idea *subjetiva*, aun cuando parta de la realización de un acto para su superación[220], o, si se quiere, es totalmente *disponible* para el titular de la facultad de perseguir penalmente.

218 Cf. *idem*, t. II, p. 194.

219 Señalan el deficiente uso del vocabulario, al permitir superar el obstáculo de la inexistencia del presupuesto por *denuncia* (CP, 76), NÚÑEZ, *idem*, t. II, p. 148; y ZAFFARONI y otros, *DP (PG)*, p. 858.

220 Quizás esto quiso indicar NÚÑEZ, *idem*, t. II, p. 194, al conceder a la renuncia un carácter *mixto*, objetivo-subjetivo, por la posibilidad de extenderla a todos los partícipes en el delito a merced del legitimado: era mejor, desde el punto de vista del vocabulario, sostener que tanto la facultad de liberar el obstáculo como la renuncia a esa acción era un derecho *personal y divisible* (ps. 148 y 195).

La facultad de perseguir penalmente concedida en los delitos de acción privada se extiende temporalmente tanto como la prescripción de la acción penal y puede ser ejercida durante todo el transcurso de ese período por quien está facultado por la ley para ello[221]. Pero una vez ejercida y, por ende, "formada la causa", no es posible concluir de manera idéntica, como, en resumen, pretende el autor citado[222], por dos motivos diferentes: el primero es de índole general, válido incluso para la persecución penal pública, y se refiere al reconocimiento del derecho del imputado a *ser juzgado en un plazo razonable* o a un *juicio rápido*, derecho reconocido por nuestra CSN y por las convenciones internacionales, universal y regional, sobre derechos humanos[223], conforme al cual no es posible aceptar un plazo demasiado amplio –como, en ocasiones, el de prescripción de la acción penal– una vez incoado el procedimiento penal, y mucho menos aún, la suspensión múltiple de ese procedimiento a voluntad del acusador, cada vez que él tenga un inconveniente o, por razones de oportunidad, no le convenga proseguir su trámite hacia la sentencia definitiva; el segundo motivo ya era conocido entre nosotros y debatido desde antaño en la doctrina y la jurisprudencia[224] –incluso con prescindencia del primero, que viene hoy a apoyarlo fundamentalmente–, y consiste en la imposibilidad de tratar al –genéricamente llamado– *abandono de la querella o desistimiento tácito* en los delitos de acción privada[225], más allá de cualquier regulación legal inconveniente, como un caso de *caducidad de la instancia*, a la manera del procedimiento civil, que permita al titular de la acción iniciar o reiniciar nuevamente la persecución penal dentro del plazo de prescripción y cuántas veces lo desee, conclusión que deriva del principio que destaca el aforismo *ne bis in idem*[226].

Históricamente, en el texto originario del CP, 74, uno de los delitos perseguibles únicamente por la vía de la acción privada era el delito de adulterio[227]. Frente a la re-

221 Cf. NÚÑEZ, *idem*, t. II, p. 148.

222 Unir la opinión de la nota anterior con su caracterización de la renuncia al ejercicio como motivo de extinción de la acción penal (NÚÑEZ, *idem*, t. II, p. 195).

223 Cf. PASTOR, *El plazo razonable*, cit., con toda la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional sobre este derecho.

224 Este debate y su desarrollo histórico en MAIER, *La renuncia a la acción penal privada y el abandono de la querella*, cit., ps. 745 y siguientes.

225 CPP Nación, 422 y 423, t.

226 No resulta posible, en este lugar, tratar extensamente estos dos motivos y los argumentos que los sostienen, pese a merecer esa extensión. El primer motivo pertenece a los *fundamentos* del DPP, y, por ello, debió ser desarrollado en el t. I de esta obra, que lo ignoró. En todo caso, una actualización, que no creo poder realizar personalmente, debería contener este derecho: cité, en su lugar, el libro del Dr. PASTOR (*El plazo razonable*, cit.), uno de mis primeros ayudantes, cuyo trabajo monográfico de doctorado, calificado como sobresaliente y recomendado por el jurado para obtener un premio, resulta difícil de superar. El segundo motivo se discute extensamente en el § 13 de este libro (D, 3, II, ps. 709 y ss.), al estudiar los diversos modos de intervención de la víctima en el procedimiento penal, en particular, la acción penal privada.

227 Cf., detalladamente, NÚÑEZ, *DP arg.*, cit., t. IV, ps. 240 y siguientes. Dos razones me han convencido para incluir una condición de la acción penal que ya no existe, pues tanto el delito penal de adulterio en sí mismo (CP, 118), como, consecuentemente, los presupuestos

...ulación general de la acción privada, la específica del adulterio contenía varias excepciones a la regla, excepciones a las cuales también alcanza el fenómeno de la parquedad del texto normativo, que no ha tomado a su cargo el resolver por anticipado muchas de las preguntas que ofrece el texto en los casos particulares. Tres eran las particularidades de *esa* acción privada: a) sólo el cónyuge ofendido podía perseguir penalmente; b) si él resolvía querellar, debía hacerlo contra *ambos culpables*; y c) antes de querellar, debía obtener ante el tribunal competente e incorporar al proceso penal la sentencia de divorcio por adulterio. Estimo que estos problemas son ricos en enseñanzas, sobre todo cuando se piensa que cada uno de los llamados presupuestos procesales es un mundo en sí mismo, resistente a que se lo introduzca, casi con violencia, en una única categoría jurídico-procesal. En primer lugar, esta acción privada pertenecía sólo al cónyuge ofendido, no era objeto de sucesión alguna[228] y fenecía con la muerte del ofendido (CP, 74, III, hoy derogado por ley n° 24.453), que no sólo representaba un motivo de extinción de la persecución penal sino, también, después de la condena firme, uno de extinción de la pena (extinguía el proceso de conocimiento y también el procedimiento de ejecución de la pena). Se dijo, por ello, que la acción era *personalísima*, no admitía el ejercicio por un representante legal o por el guardador de un incapaz[229], aunque la representación voluntaria en el pleito era posible[230].

La necesidad de *acusar a ambos culpables*, prevista entonces por la ley penal (CP, 74, I), representaba más un elemento de la formación de la voluntad de perseguir, que un presupuesto procesal. En principio, la querella del cónyuge ofendido no era admisible si se dirigía sólo contra uno de los autores (se trataba de un delito que precisaba, por necesidad, dos comportamientos punibles para su tentativa y consumación) y, por regla, la persecución de ambos debía durar hasta la sentencia, para posibilitar una decisión conjunta sobre ambos autores, según la opinión dominante, razón por la cual la posibilidad de decidir sobre ambos comportamientos constituía un presupuesto de la sentencia. Pero si, por razones jurídicas o meramente prácticas, la persecución de uno de los autores se tornaba imposible (muerte, rebeldía, privilegio o el simple desconocimiento de la identidad de uno de los autores), bastaba la voluntad de acusar a ambos, aunque la sentencia no pudiera ser dictada respecto de ambos[231]. La condición, sin embargo, no alcanzaba a otros partícipes. Se trataba, en todo caso necesariamente, de

---

anunciados en el título (CP, 74). Fueron derogados en el año 1995 según la ley –de reformas al CP– n° 24.453: desde el punto de vista importante para el lector, me convenció el contraste con el presupuesto general de la acción penal privada, pues, según se verá, esta acción tiene varias diferencias y su punto de vista resulta más *objetivo* que subjetivo, precisamente porque era una excepción respecto de la acción penal privada y su disponibilidad; desde mi propio punto de vista, las pocas palabras dedicadas a este presupuesto ya estaban escritas desde antaño, conforme al texto originario del CP, 74 y 118. La reforma derogatoria, sin embargo, me condujo a dejar testimonio sólo en letras pequeñas y a reconocer su mero carácter histórico.

228 Como en el caso de los delitos contra el honor: CP, 75.

229 Como las otras acciones penales privadas: CP, 76.

230 Cf. NÚÑEZ, *DP arg.*, cit., t. IV, p. 240.

231 Cf. NÚÑEZ, *DP arg.*, cit., t. IV, p. 243.

un delito que requería una doble actividad, de parte de dos autores diferentes, y tal actividad era, por principio, dolosa; pero no sólo no se trataba de un delito que exigía necesariamente *dos culpables* (pues, por ejemplo, uno de los autores podía ser incapaz para ser considerado culpable, por edad o por deficiencia psíquica), sino que, además, el dolo natural de la acción podía desaparecer no bien uno de los autores ignorara alguno de los otros elementos normativos o descriptivos del delito o cometiera un error a su respecto, como en el caso de que no conociera que su compañero/a estaba unido en matrimonio con otra persona o creyera que el matrimonio ya estaba disuelto, por divorcio o porque el cónyuge había muerto, casos que, como los anteriores citados entre paréntesis, relativos a la vida de la persecución penal, revelaban aspectos no contemplados por la regla que exigía este presupuesto. No es posible obligar a alguien a acusar a otro a quien estima inculpable –o, cuando menos, contra quien no posee los elementos suficientes para arriesgar alguna posibilidad de condena– ante los tribunales penales competentes, razón por la cual la exigencia sólo podía ser comprendida en el sentido básico de que perseguir al cónyuge habilitaba la persecución penal del otro autor para, en principio, decidir sobre el comportamiento de ambos por la vía del procedimiento penal, esto es, involucraba tornar *objetivo*, en cierta medida, el presupuesto procesal que representa la acción penal privada (antes negado para ella en general), y quitarle su carácter de enteramente *disponible* para el agente. Ello suponía, cuando se estimaba que ambos eran culpables, conforme al art. 118, querellar a ambos, pero permitía también que el cónyuge ofendido advirtiera sobre la imposibilidad de dirigir la acción penal contra el otro autor (¡importante para las costas!), a quien estimaba inocente o contra quien no podía demostrar que era culpable, cuestión que decidiría la sentencia, y suponía, además, según ya lo advertimos, que cualquier impedimento para la continuación del procedimiento relativo a uno de los autores no impedía el pronunciamiento sobre la culpabilidad o inocencia del otro. Según se observa, entonces, la exigencia representaba más un contenido necesario de la voluntad de perseguir penalmente –algo así como un *litis consorcio* pasivo necesario, para el Derecho privado–, que una exigencia subjetiva para el planteo de la acción penal, en tanto la querella contra el cónyuge contenía necesariamente al otro autor. Hubiera valido la pena regularla jurídicamente de esa manera, como sucede con la *instancia privada* para los hechos punibles que la requieren para su persecución penal. Claro es que, reglada la condición como requisito a cumplir por quien pretendía querellar, él no podía, por ejemplo, ocultar la individualización del otro autor, y debía, según el caso, tornar plausible que no lo conocía, que no lo estimaba culpable o que no poseía los elementos suficientes para demostrar esa culpabilidad, todo bajo la amenaza de vedar la apertura del procedimiento penal.

Por último, la ley penal derogada contenía otra exigencia ineludible: el cónyuge ofendido, que pretendía acusar criminalmente a su otro cónyuge, debía obtener antes la sentencia de divorcio por causa de adulterio en un pleito independiente previo (aunque esa sentencia no vinculaba para nada al contenido material de la sentencia penal)[232]: la condición provenía, posiblemente, del hecho de que el legislador quiso evi-

[232] Ver el texto del art. 74, 1, derogado por la ley nacional nº 24.453.

tar la destrucción de la comunidad familiar o matrimonial por la vía penal[233]. Según los autores argentinos, esta condición condenó a la inutilidad o a la inoperancia a la prohibición penal.

Aunque, según la redacción de la regla, el consentimiento o el perdón del adulterio por el cónyuge ofendido (CP, 74, II, texto derogado) parecían presupuestos condicionantes de la persecución penal –mejor dicho, obstáculos para su ejercicio–, ellos eran, en verdad, causas de extinción de la persecución penal: producido el consentimiento o perdonado el adulterio moría para siempre la posibilidad de reaccionar con una pena, algo similar a la renuncia a perseguir penalmente, en los delitos de acción privada.

II. *La instancia penal.* Nuestro Derecho penal no sólo conoce delitos perseguibles únicamente por acción privada de la víctima o algún sustituto, sino que, además, conoce hechos punibles cuya persecución penal válida depende de una *instancia privada* (CP, 72); no conoce, en cambio, delitos que dependan de la *autorización estatal*, esto es, de la instancia de un órgano estatal competente para producirla, que libera así la persecución penal y, con ello, posibilita el conocimiento y la decisión del caso[234]. La instancia penal, que formalmente implica dar a conocer el hecho a una de las autoridades previstas en la ley para la persecución penal (denuncia) o, allí incluida, la expresión de la voluntad de perseguir a sus partícipes (acusación particular) significa, en todo caso, la expresión clara de la voluntad en el sentido de que el hecho sea perseguido. La instancia no puede elegir, como la acción privada, el destino individual de la autorización para perseguir que representa; ese presupuesto –expresado a manera de autorización– es absolutamente *objetivo*, cualquiera que sea la voluntad expresada por la persona facultada por la ley penal para emitirla, y permite, por lo tanto, la persecución penal de todos los partícipes en el hecho objeto de la instancia[235]. De tal manera, el de producir la instancia penal es un dere-

233 Cf. NÚÑEZ, *DP arg.*, cit., t. IV, p. 241.

234 Sobre la persecución penal dependiente de una autorización estatal, cf. CPP Guatemala, 24, inc. 2, 24 *ter*, VI, y 35, I, donde se hizo uso del instituto para condicionar la persecución penal de ciertos delitos, a pesar de que la revisión legislativa, por desconocimiento de la condición, confundió las cosas de manera risible. Por lo demás, en el Derecho positivo alemán, ROXIN, *DPP*, cit., § 12, B, II, 2, p. 85; JESCHECK, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts (Allgemeiner Teil)* (4ª ed.), Ed. Duncker & Humblot, Berlin, 1988, § 85, II, p. 810; HENKEL, Heinrich, *Strafverfahrensrecht* (2ª ed.), Ed. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1968, § 42, II. 1, ps. 189 y s.; KAUFMANN, *Strafanspruch-Strafklagrecht*, cit., p. 154.

235 Cf., por todos, NÚÑEZ, *DP arg.*, cit., t. II, ps. 140 y 142: "La instancia no tiene por objeto persona determinada, sino hechos determinados", solución que emerge, claramente del texto del art. 72, II, del CP, en tanto, el efecto negativo de la falta de instancia impide "la formación de causa". Por ello, el autor citado ha podido expresar que ella es "*subjetivamente indivisible*, pero *objetivamente divisible*".

cho que, como toda facultad, resulta *disponible* para el facultado, pero sólo en cierta medida –esto es, si se quiere comparar, en una medida inferior a la de la *acción penal privada*, en los delitos que la requieren para su persecución–, pues él sólo dispone del contenido de la instancia, que, al colocar en el mundo un presupuesto antes inexistente, libera la persecución penal estatal (*principio de oficialidad*) sin distinción alguna de carácter personal –para todos quienes pudieren ser sospechados de haber participado en el hecho–, como si se tratara de un delito común, perseguible de oficio (CP, 71).

Autorizada a producir la instancia está, en principio, la víctima y, si ella es incapaz para obrar, en el sentido de la legislación civil (CC, 54 y ss.), también resulta legitimado para ello su representante legal o su guardador, salvo que el incapaz no tenga representante y se encuentre abandonado (no tenga representante ni guardador), o se sostenga que el delito ha sido cometido por ellos contra el incapaz, casos en los cuales se regresa a la regla de la persecución penal oficial (CP, 72, II) o, con el añadido de la última reforma[236], cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre alguno de esos representantes, o el guardador, y el incapaz víctima (CP, 72, III)[237]. Salvo entre representante y guardador, es improbable que se presenten problemas de concurso de autorizados a instar, pues los bienes jurídicos protegidos por los hechos punibles sometidos a instancia son de aquellos que se rubrica como *personalísimos*, por lo que los hechos concretos tienen víctimas individuales; pero ello no quiere decir que ese conflicto no pueda suceder en absoluto, pues, por ejemplo, tanto la madre como el padre ejercen la patria potestad del menor y, en relación al *impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes*, resulta posible imaginar casos de conflicto o de varios autorizados a instar[238]. La solución de estas hipótesis de conflicto y de las que pueden ser planteadas entre el representante legal y el guardador no emerge de la ley, muy parca (igual que para la acción privada), razón por la cual esa solución no difiere de lo afirmado anteriormente para el caso de la persecución penal privada: la persecución penal oficial –para "formar la

236 Ley nacional nº 25.087.

237 Nótese la incongruencia del texto, que ahora sólo se refiere al menor, propia de la ligereza con la cual los legisladores reforman, actualmente, la ley penal.

238 Ver ley nacional nº 24.270.

causa"– queda liberada, cuando cualquiera de los facultados a instar practique la instancia. Los códigos procesales penales provinciales no parecen respetar esta solución al establecer un *orden excluyente* entre los autorizados a instar, de manera de preferir al representante legal frente al guardador[239]; con ello, sin embargo, no eliminan del todo los casos de posible conflicto.

En el Derecho positivo argentino, la instancia no es *retractable*[240]; ello significa que, una vez producida, la persecución penal es pública y no depende más de la persistencia de la voluntad del facultado a instar, dicho de manera genérica, de la voluntad de la víctima, como sucede en cualquier delito perseguible de oficio.

III. *Múltiple persecución*. Para estudiar en detalle los problemas que presenta la inadmisibilidad de una persecución penal renovada contra una misma persona (*ne bis in idem*), remitimos al t. I de esta obra[241]. Aquí sólo importa advertir acerca de que un objeto procesal sólo puede ser propuesto una única vez para ser decidido en una resolución penal. Por lo tanto, una persecución penal anterior, terminada o en trámite, conforma un obstáculo absoluto para la persecución penal posterior.

Discutir acerca de si la *cosa juzgada* puede integrar la categoría de los presupuestos procesales, pues, de ser reconocida, el defecto de la persecución no es eliminable en el futuro, y, en cambio, aceptar la *litis pendentia*, pues la persecución anterior seguirá o podrá seguir vigente, no produce una consecuencia práctica apreciable. Lo cierto es que la existencia de una decisión anterior sobre el caso (cosa juzgada), que haya logrado aplicar la ley penal (absolución, condena o sobreseimiento material), no extingue, en sentido material, la nueva persecución penal, que ya fue decidida en la resolución anterior, decisión que, precisamente por ello, logró su efecto y agotó su fin. Antes bien, ella provoca el efecto de clausura y esa es la razón por la cual no parece posible una nueva decisión material sobre el caso, sino tan sólo el reconocimiento de la decisión anterior y su efecto de clausura, que imposibilita la nueva persecución por extinción de la acción penal. Por ello, cuando, a raíz del reconocimiento de la cosa juzgada, se dicta un sobreseimiento[242], ese nombre no conduce a conceder a la resolución el efecto

[239] CPP Córdoba, 6, I. El CPP Nación, 6, al parecer por ese motivo, elimina el orden excluyente.

[240] Solución opuesta contradictoria en el CPP Guatemala, 35.

[241] § 6, E, ps. 595 y siguientes.

[242] Según lo proponía el CPCrim. nacional antiguo, 443, inc. 4, y 454, I.

de resolución material. Todo parece una cuestión meramente terminológica o semántica. Lo cierto es que, tanto cuando se reconoce una persecución penal anterior en trámite (*litis pendentia*), como cuando se reconoce una persecución penal que estuvo ya en trámite y culminó con una decisión material sobre su objeto (cosa juzgada), se advierte y declara el efecto de clausura sobre la posterior.

Adviértase que se trata de un obstáculo *subjetivo*, *relativo* sólo a la persona alcanzada por la persecución penal anterior. Adviértase también que se trata de un *obstáculo* o *impedimento* a la persecución penal posterior, antes que de un *presupuesto* de ella, difícilmente clasificable en el rubro si él se define por la posibilidad de verlo superado en el futuro.

IV. *Imperseguibilidad de ciertas personas (inmunidad y extraterritorialidad)*[243]. Si se comprende por objeto del procedimiento no tan sólo al hecho punible, aislado completamente de sus protagonistas, esto es, de quienes lo producen y son –en verdad, los únicos– punibles según la ley penal (*participación criminal*), sino, antes bien, se ingresa a ese concepto la imputación penal dirigida a persona o personas determinadas, según lo hemos ya aclarado[244], entonces los obstáculos o impedimentos existentes respecto de la persecución penal de ciertas personas deben estar comprendidos dentro de aquellos que provienen de ese objeto. No es éste el lugar donde estudiaremos en detalle el origen, la razón de ser, los destinatarios y la extinción del privilegio temporal de no ser perseguido penalmente, ni tampoco discutiremos ciertos problemas relativos a la extensión, tanto objetiva como subjetiva, de ese privilegio, sobre todo aquel que plantea, en el Derecho interno, la aparición reciente de una ley del Congreso de la Nación (n° 25.320) que intenta reglamentar esa extensión para los funcionarios públicos: por razones de mera oportunidad ese estudio particularizado corres-

[243] Sobre la diferencia entre *indemnidad* (impunidad de las expresiones parlamentarias) e *inmunidad*, y, en general, sobre la separación entre derecho penal material y formal de la mano de estos criterios, cf. BOCKELMAN, Paul, *Die Unverfolgbarkeit der Abgeordneten nach deutschem Immunitätsrecht*, Ed. Vanderhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1951; KAUFMANN, *Strafanspruch-Strafklagrecht*, cit., Cap. 2, V, 5, ps. 156 y ss.; más allá de ello, este libro y tomo se ocupa, en su § 10, B, 4, ps. 219 y ss., de estos problemas y llama normalmente a la inmunidad, para evitar confusiones, privilegio funcional, que corresponde a algunos funcionarios públicos nacionales o extranjeros.

[244] Ver este parágrafo, C, 3, ps. 32 y siguientes.

33

ponde al próximo parágrafo de este libro[245]. Aquí sólo nombraremos a sus principales portadores y a su principal efecto sintéticamente, precisamente el de establecer un obstáculo para la persecución penal de ciertas personas.

Según la interpretación que estimo correcta[246], la CN, 53, 59, 60, 69, 70 y 115, II, declara que son imperseguibles penalmente, mientras dure su mandato o su cargo, el presidente y el vicepresidente de la Nación, el jefe del gabinete de ministros y los ministros del Poder ejecutivo nacional, los diputados y los senadores del Congreso de la Nación, los jueces de la Corte Suprema nacional y los jueces del Estado federal. Ellos, sin embargo, pueden ser perseguidos penalmente una vez que abandonan el cargo por cualquier motivo (finalización temporal del mandato, renuncia, desafuero o destitución, en ocasiones, suspensión del ejercicio). La misma Constitución prevé el contenido y alcance del privilegio: impedimento temporal de ser perseguido penalmente, privilegio que se pierde cuando, por cualquier razón, el funcionario cesa en el cargo o cuando la autoridad competente concede, por *desafuero*, la autorización para la persecución del funcionario. Para conceder esa autorización es competente, unas veces, el Congreso de la Nación, por intermedio de alguna de sus cámaras (Senadores o Diputados) o un jurado de enjuiciamiento para magistrados judiciales: ello supone un *antejuicio* que culmina con la expulsión del funcionario del cargo que ocupa o con su suspensión, según los casos[247]. Las constituciones provinciales tienen reglas parecidas, que importan un privilegio similar para sus autoridades principales. Esas reglas deberían regir aún frente a autoridades federales y frente a los órganos judiciales de la Constitución nacional: las constituciones provinciales son reconocidas por la CN, 5 y 123, en esa medida, y, consecuentemente, se trata de poderes no delegados (CN, 104 y 122)[248].

La ley[249] recoge el principio de derecho internacional público que concede el privilegio de no ser perseguido penalmente a los represen-

[245] T. II, § 10, B, 4, ps. 219 y siguientes.

[246] Cf., en detalle, este libro, t. II, § 10, B, 4, II, ps. 223 y siguiente.

[247] Cf. *ibidem*.

[248] Cf. *ibidem*, *in fine*.

[249] Decreto ley 1.285/58, ratificado por ley 14.467, art. 24, inc. 1, párrs. IV y V.

tantes de un país extranjero (embajadores, ministros plenipotenciarios), a los miembros de su familia y al personal de la embajada o legación de carácter diplomático, y también a los cónsules extranjeros, cuando el delito haya sido cometido en el ejercicio de su función, mientras no exista la conformidad del Estado extranjero al que representan para que esas personas sean perseguidas penalmente por las autoridades argentinas y según nuestro rito (*extraterritorialidad*); ese privilegio se extiende a los jefes de Estado y enviados extraordinarios de un Estado extranjero que nos visitan, como así también, actualmente, a ciertos funcionarios de organismos internacionales reconocidos por el Estado argentino[250].

Es claro que tanto la inmunidad temporal o privilegio funcional como la extraterritorialidad conforman *presupuestos subjetivos* del procedimiento, sólo *relativos* a personas determinadas; los demás partícipes en el hecho punible, que no gozan de este privilegio, pueden ser procesados y sentenciados válidamente. Se trata, por lo demás, como ya se ha dicho, de un privilegio temporal –mientras la persona ocupe el cargo del cual parte, según su función, el privilegio–, razón por la cual él no puede ser confundido con la verdadera *inmunidad* o *indemnidad*, parlamentaria (CN, 68) o de otro tipo (CP, 115)[251].

V. *Prejudicialidad*. En tanto alguna cuestión, importante para la decisión del caso penal, no pueda ser resuelta por la vía del procedimiento penal en trámite, sino que deba ser decidida en un procedimiento judicial autónomo e independiente de aquél, porque así lo establece rigurosamente la ley o, al menos, lo permite[252], estamos en presencia de una cuestión prejudicial (no se trata, tan sólo, de una cuestión *previa*, dentro del mismo procedimiento), que normalmente produce la con-

250 Sobre todo ello, también, este libro, t. II, § 10, B, 4, III, ps. 234 y siguientes.

251 Cf. este libro, t. II, § 10, B, 4, I, ps. 219 y siguientes.

252 Entre nosotros, siempre la ley –no el juez u otro funcionario– define la existencia de una cuestión prejudicial y su efecto característico: cf. NADDEO, Cecilia Cristina, *Cuestiones prejudiciales*, excelente trabajo –aún inédito– de una alumna del curso especial sobre "Presupuestos procesales", dictado en la Facultad de Derecho de la UBA. Pero un orden jurídico que permita decidir libremente la suspensión del procedimiento, para que una cuestión sea decidida en un procedimiento autónomo, es, desde cualquier punto de vista, posible. Cf. una regulación diferente en la OPP (RFA), § 154d: KLEINKNECHT, Theodor y MEYER, Karlheinz, *Strafprozeßordnung* (39ª ed.), Ed. C. H. Beck, München, 1989, p. 635; y MAIER, Julio B. J., *La Ordenanza Procesal Penal alemana*, cit., vol. 2, § 154*d*, p. 132.

-cuencia de suspender total o parcialmente el trámite del procedimiento[253]. La cuestión es importante cuando de su existencia o inexistencia depende la aplicación de la ley penal o, si se quiere, para expresarlo de modo más llanamente, la aplicación de una consecuencia penal: no sólo resulta de importancia la cuestión, entonces, cuando ella constituye un elemento del delito o cuando "la existencia del delito dependa de ella", como expresa la ley citada al pie, sino, más extensamente, cuando la misma pena o medida de seguridad y corrección, aplicables eventualmente, dependan de la existencia del hecho o elemento que constituye la cuestión[254].

En nuestro Derecho penal, las cuestiones prejudiciales constituyen una verdadera rareza[255]: la única cuestión prejudicial subsistente, en el Derecho penal llamado nuclear, es la relativa a la validez o nulidad del matrimonio y al estado civil o parentesco de las personas, en tanto su determinación dependa de la cuestión nombrada anteriormente.

El efecto característico de la cuestión prejudicial consiste en la suspensión del procedimiento hasta que ella sea resuelta en el litigio autónomo y ante los tribunales que la ley designa como competentes. De ordinario, ella funciona como un impedimento *objetivo* para la realización del procedimiento, pues, al suspenderlo, impide la persecución penal –temporalmente, hasta que se decida la cuestión[256]– para cualquier persona sospechada como partícipe en el hecho punible, según sucede, por ejemplo, en los matrimonios ilegales, delito para el cual la validez o nulidad del matrimonio anterior puede constituir un elemento del juicio de tipicidad del comportamiento (CP, 134 a 136). La condición es sólo pensable como *subjetiva*, o *relativa* a una persona, cuando de la decisión civil acerca de si un matrimonio es válido o, por lo contrario, es nulo, depende un elemento que sólo interesa a uno de los partícipes en el hecho (por ejemplo: una excusa absolutoria), razón

253 CPP Nación, 10.

254 Por ej., la existencia del matrimonio o del parentesco, según la excusa absolutoria del CP, 185, o los mismos extremos, según la agravante del homicidio, CP, 80, inc. 1.

255 Cf., de idéntica manera, este libro, t. II, § 10, B, 4, IV, ps. 237 y siguientes.

256 Recuérdese que el CP, 67, I, suspende el curso de la prescripción de la acción penal en este preciso caso.

por la cual la persecución penal podría proseguir contra los demás partícipes[257].

Resulta exagerada la previsión de las leyes procesales penales argentinas que facultan a la fiscalía a promover el litigio judicial –autónomo e independiente del penal– en el cual se resuelva la cuestión prejudicial[258]. Tal exageración proviene, seguramente, de pensar como única cuestión prejudicial en lo penal a la validez o nulidad del matrimonio, porque los impedimentos absolutos, esto es, el motivo de invalidez, puede ser, en esa materia, invocado y decidido por proposición de la fiscalía. Pero son imaginables otros motivos, hipotéticos o reales, actuales o futuros, que, según la ley, reclamen la promoción sólo y exclusivamente por algún interesado o por algún otro oficio estatal, con lo cual la autorización a la fiscalía para promover la cuestión resultaría ilegítima.

La suspensión del procedimiento debe ser declarada judicialmente; para ello, el tribunal penal ante el cual esa cuestión se plantea debe "apreciar si la cuestión prejudicial invocada es seria, fundada y verosímil", aspecto que significa la superación de cierto estándar o nivel de certeza respecto de su existencia o inexistencia, pues, de otra manera, si ese estándar no se alcanza, corresponderá continuar el trámite del procedimiento[259]. La decisión judicial que suspende el procedimiento de persecución penal conlleva otras accesorias, como la eliminación de las medidas cautelares que pudieron haberse decidido, en especial, de la orden de prisión; ella no implica imposibilidad alguna para los actos de investigación del hecho o de aseguramiento de su prueba durante el procedimiento preliminar[260].

Esta característica –la declaración judicial sobre la seriedad de la existencia de una cuestión prejudicial– indica cierta resistencia a la inclusión de este motivo como *presupuesto* u *obstáculo* procesal o de la sentencia, pues sólo se trata de una exigencia cuando se hace valer de modo serio como elemento importante de juicio; de otro modo, el procedimiento sigue su curso y la sentencia puede ser dictada sin inconveniente alguno. Ello sucede de ordinario cuando la existencia de un elemento del hecho punible no es cuestionada en virtud de la nulidad de un matrimonio o es cuestionada en su virtud, pero con ligereza. En ese caso, quien se perjudica injustamente con la decisión puede intentar el litigio autónomo, que no interrumpirá el transcurso del proceso penal, ni la sentencia, pero podrá fundar la *revisión* de una eventual

[257] Supóngase, como ejemplo, la excusa absolutoria del CP, 185, en un delito contra la propiedad en el cual haya participado uno de los parientes enumerados por la regla citada, que sólo establece un motivo de exclusión de la punibilidad.

[258] CPP Nación, 12.

[259] CPP Nación, 11.

[260] CPP Nación, 13.

34

condena, si triunfa su criterio y el punto es esencial para determinar esa condena.

b) Presupuestos relativos a la capacidad del tribunal

Bajo este rubro general se reúne a una serie de reglas cuyo conjunto afirma la idoneidad jurídica del tribunal para emitir el fallo.

I. *Competencia del tribunal.* Las reglas sobre la competencia son las que disciplinan, en primer lugar, la capacidad del tribunal para decidir. Ellas cumplen, dentro de la organización estatal, la misma función que las reglas sobre la capacidad (civil o penal) de las personas, al decir, en abstracto, qué asuntos está facultado para tratar y decidir un tribunal. Ellas representan, en principio, sólo reglas que tienen por finalidad dividir racionalmente el trabajo, según distintos parámetros, como, de manera principal, el territorio en el cual se juzga y la materia del juzgamiento; empero, en múltiples ocasiones, responden a motivos políticos muy profundos del Estado en el que rigen: por ejemplo, el federalismo en materia judicial y la necesidad de que la interpretación final de la ley común se detenga en los órganos de justicia locales –provinciales–, facultad no cedida por las provincias, sino por excepción, al Estado federal y fundamento de las organizaciones judiciales provinciales independientes[261]. Las reglas de competencia son, por ello, muy importantes; pero no sólo por ello, sino, antes bien, porque cumplen conjuntamente con otras la función de evitar la arbitrariedad en la elección del tribunal que juzgará el caso, que nunca puede ser "puesto" *–ad hoc–*, por autoridad o persona alguna; por esta razón, el valor de las reglas de competencia ha sido reconocido constitucionalmente y ha merecido un resguardo constitucional específico: tal resguardo, garantía para el justiciable, se vincula a que todo caso es regido, en principio, por la ley de competencia vigente en el momento de suceder el hecho punible y debe ventilarse, precisamente, ante el tribunal competente en ese momento según la ley (*principio del juez natural* y *prohibición de las comisiones especiales*); la determinación del tribunal

[261] CN, 5, 75, inc. 12, 121 y 122. Hoy, también, la Ciudad (Autónoma) de Buenos Aires (CN, 129), cuyo Poder Judicial ha comenzado a conformarse y depende de un proceso de transmisión de competencia a acordar entre la misma Ciudad y la Nación.

competente en el caso concreto, tanto en razón del territorio, como por razón de la materia, no deja de plantear, sin embargo, problemas complejos[262].

En ocasiones, sin embargo, las reglas de competencia conforman tan sólo relativamente un presupuesto procesal. En el Derecho positivo argentino, la *competencia* del tribunal es, casi siempre, un presupuesto absoluto, pues, cuando falta, el fallo es inadmisible[263]; ello sucede, claramente, con la *competencia territorial* entre nosotros[264]: se ha tenido en mira, para regularla de ese modo, antes bien el problema de las diversas jurisdicciones judiciales –que corresponden a cada una de las provincias y al Estado federal, conforme a la CN, 5 y 75, inc. 12–, que la cuestión que pudiera suscitarse entre tribunales de una misma jurisdicción judicial por razón del territorio, conflicto local sin derivaciones constitucionales. Empero, la regla que prevé que el tribunal de competencia *superior* –ello significa: para infracciones más graves– está autorizado a decidir casos de menor gravedad, que pertenecen usualmente a la competencia de otro tribunal *inferior*, es frecuente, en el ámbito de la *competencia material*, y conforma, claramente, una excepción a la regla, siempre que se trate de tribunales de la misma competencia territorial; más aún, la excepción correlativa, para hacer valer la falta de competencia material, ya no puede ser planteada, una vez fijada la audiencia para el debate[265].

Algunas veces la misma regla se formula en el sentido de que el tribunal de competencia más genérica no deba declinarla, por principio, o, al menos, cumplido el debate y para la sentencia, frente al tribunal de competencia específica, en sí competente para el caso, conforme a las comprobaciones de la sentencia[266]. La *competencia territo-*

262 CN, 18. Ver esta obra, t. I, § 7, B, 4, ps. 763 y siguientes. "Evitar la elección del tribunal" no se refiere, directamente, a las personas físicas que lo integran, sino al órgano en sí; las reglas de integración del cuerpo de decisión completan esta función; para ello y para los problemas que presenta la determinación de la competencia, ver este libro, t. II, § 12, B, 3, y C y D, ps. 483 y siguientes.

263 En este sentido, CPP Nación, 18, última oración, pues la competencia se confunde, bajo la palabra *jurisdicción*, con el fenómeno de la aplicación de la ley penal o de su ámbito de vigencia.

264 CPP Nación, 39.

265 CPP Nación, 35, III, y 36 *in fine*.

266 Se trata de una inversión del principio por el cual prevalece la excepción a la regla (*lex specialis*, por ejemplo: cf. esta obra, t. I, ps. 218, 221 y siguiente).

...l es regulada, con frecuencia, sólo limitadamente como un presupuesto procesal: en primer lugar, porque, en ocasiones, su examen de oficio está limitado (el tribunal está facultado a examinar su competencia territorial sólo por excitación extraña) y, en segundo lugar, porque la posibilidad de erigir la falta de competencia territorial en fundamento de la exclusión de la decisión material del caso está limitada a algún período del procedimiento o llega hasta algún momento determinado de él[267].

La competencia del tribunal es, regularmente, un presupuesto *objetivo* del procedimiento penal, pues se refiere al planteo del caso ante el tribunal competente y abarca, por tanto, a todos quienes deben ser juzgados por él. Sin embargo, si algún aforo especial –como el excepcional que ordena la CN, 117, segunda oración– fuera entendido en un sentido personalísimo, que implique desdoblar el juicio según la persona del partícipe y la función que él cumple (algo improbable conforme a la letra de la regla: *asuntos concernientes a embajadores...*, etc.), la conclusión debería ser, para ese caso, diferente.

II. *Integración o constitución*. Las leyes de organización de los tribunales regulan, mediante reglas precisas, el número de jueces que deben integrar el tribunal para dictar la sentencia y, en general, para pronunciar toda decisión judicial[268]. Entre nosotros estas reglas son muy simples, en razón de que la ley prevé tribunales organizados rígidamente (siempre o casi siempre por las mismas personas), de manera unipersonal (*juzgados correccionales*, para delitos leves, que integra un sólo juez profesional y permanente) o colegiada (*tribunales de juicio oral*, para los delitos graves y de mediana gravedad, integrados por tres jueces profesionales y permanentes), y el estudio del punto no ha querido contribuir a complicar la comprensión del problema, a través de

267 Por ej., en la OPP (RFA), el § 16 dispone hoy, respecto de la *competencia territorial* (*Gerichtsstand*): "[*Objeción de incompetencia*] El tribunal examina de oficio su competencia territorial hasta la apertura del procedimiento principal. Después de ello, él está facultado a declarar su incompetencia sólo por objeción del acusado. El acusado puede hacer valer la objeción sólo hasta el comienzo de su declaración sobre el hecho en el debate".

268 Tan simples son nuestras leyes que ni siquiera han previsto o se han planteado supuestos regulares en otras leyes, como, por ej., la integración del tribunal con mayor número de jueces que el dispuesto por la integración legal –titulares y suplentes–, para el caso de debates prolongados o complejos, de modo de evitar tener que volver a realizar todo el debate si resulta imposible que un juez pueda proseguir con su intervención en él antes de vencer el plazo de interrupción: cf. esta solución en *Proyecto CPP Nación* (1986), art. 297, inc. 3.

la misma explicación. El problema y la explicación pueden ser, sin embargo, bastante más complejos, no bien los tribunales se constituyan con jueces permanentes y con jueces accidentales (escabinos), y, más aún, si separan las funciones de unos y otros en relación al debate y la sentencia, como sucede en el juicio por jurados según su concepción histórica, o se exige unanimidad en la decisión, como también es del caso en el modelo anglosajón, que ha tenido en cuenta nuestra Constitución. En verdad, debería existir entre nosotros esta complicación, si se procediera conforme a nuestra CN, 24, 75, inc. 12, y 118.

La regla, simple o compleja, que determina cómo debe ser integrado un tribunal no es, según se estima en la jurisdicción federal de nuestro país, una norma formal en extremo. Ella, antes bien, prevé, como mínimo, de qué manera el tribunal debe tratar el caso, esto es, cuántos jueces deben deliberar y votar la solución del caso y, en un sistema procesal como el que requiere nuestra Constitución, cuántos deben estar presentes durante el debate, según veremos. La creencia corriente, en los tribunales de la ciudad de Buenos Aires –locales o federales, en primer lugar e incluida la Corte Suprema de la Nación–, de que basta la deliberación de la mayoría prevista por la ley para decidir, y, cuando existen opiniones divididas, para conformar válidamente la decisión (dos en un tribunal de tres miembros, tres en uno de cinco, cinco en uno de nueve), es absolutamente incorrecta y procede tanto de motivos políticos espurios, como de la pereza judicial y, en cierto grado, del sobrecargo de tareas y de la cultura burocrática sobre el procedimiento judicial[269]. La ley, en verdad, exige la deliberación de *todos* los jueces llamados a integrar el tribunal, pues uno solo de esos jueces es capaz de convencer a los demás, por la fuerza de sus argumentos, sobre la justicia de su solución, opinión que, quizá, estuvo en minoría al comienzo de las deliberaciones.

Es también una regla de integración del tribunal, como en toda ley procesal penal cuya forma básica reside en un enjuiciamiento público y oral, aquella que exige que los jueces que fallan sean las mismas personas que presenciaron el debate, exigencia que se comprende por sí misma, por autoevidente (*identidad personal de quien juzga respecto de los jueces del debate*)[270].

Las reglas de integración del tribunal conforman un presupuesto *objetivo* de la decisión, que resulta afectada en su validez si alguna de ellas no es observada.

[269] Este tipo cultural de sistema judicial fue llamado "justicia de gabinete" en Europa continental; es todavía conocido hoy por "Inquisición", en el Derecho angloamericano: cf. esta obra, t. I, § 5, D, ps. 288 y siguientes.

[270] Ver esta obra, t. I, § 6, F, 3, IV, p. 660.

39

III. *Exclusión de los jueces.* A las reglas de integración del tribunal pertenecen, también, los motivos de exclusión de los jueces para decidir un caso concreto, fundadas en la *imparcialidad* necesaria –*ex ante*– de los jueces que integran el tribunal decisor (*temor de parcialidad*)[271]. Esas reglas tienen, sin embargo, una importancia tal que merecen ser destacadas específicamente aquí. Un tribunal no debe estar integrado por un juez que ha sido excluido de ejercer la judicatura en el caso, por decisión dictada a pedido de alguno de los participantes en el procedimiento (recusación), o al cual le es aplicable, aunque no se haya dictado una resolución al respecto, una de las reglas que lo excluyen *de pleno derecho* del ejercicio de la actividad jurisdiccional en el caso y que, por ende, funda el deber de denunciar el motivo y autoexcluirse del ejercicio de la función jurisdiccional, en el caso concreto.

Se trata –como en el caso de las reglas de integración del tribunal– de un presupuesto *objetivo*, que impide, sin más, una condena; en ese sentido es también un presupuesto *absoluto*, pues la impide sin necesidad de demostración alguna acerca de la incidencia del motivo en el resultado del procedimiento, incluso en el caso de que el juez sospechado de parcialidad no haya colaborado en el fallo condenatorio (ejemplo: ha votado por la absolución). Pero, en otro sentido, el vicio correspondiente no debería operar para descalificar una sentencia absolutoria, porque, precisamente, se trata de una regla de garantía para el imputado.

c) Presupuesto relativo a la participación del acusador en el procedimiento

Pertenece a la idea fundamental del procedimiento penal la realización formal del principio acusatorio: *nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex oficio*. Aunque se pueda imaginar algún conflicto parcial y menor con esta regla, en los delitos de persecución penal oficial –en caso de colisión con otro principio[272]–, no es posible hoy concebir un pro-

271 Esas reglas tienen hoy reconocimiento universal: sobre ellas, más extensamente, este libro, t. II, § 12, D, ps. 554 y siguientes.

272 El principal problema ha surgido en la colisión con el control del *principio de legalidad procesal*, en el momento de requerir el juicio público, mediante acusación, o, de modo contrario, el sobreseimiento: cf. RUSCONI y GORANSKY, *Nuevamente sobre el art. 348 del CPP Nación*, y SUÁREZ, *Algunos problemas en torno del procedimiento de consulta del art. 348 del CPP Nación*, ambos cit., ps. 245 y ss. y 263 y ss., respectivamente; la bibliografía actualizada en nota 115 de este parágrafo, p. 58; desde un punto de vista externo al Derecho argentino, ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Por un ministerio público "dentro de la legalidad"*, en "Nueva Doctrina Penal", cit., 1998/B, ps. 435 y siguientes.

ceso penal sin participación y control del acusador, la fiscalía, en los procedimientos que tienen por objeto delitos de persecución penal oficial, o sin participación del ofendido por el hecho punible presunto, o sus sustitutos, en el procedimiento que tiene por objeto un delito de acción privada. La cuestión es tan simple como la de procurarle, a quien debe garantizársele la defensa (posibilidad de resistir la imputación en el procedimiento), un contradictor y, con ello, evitar que quien juzgue afirme antes aquello sobre lo cual versará su decisión posterior (tome partido antes de decidir, lo cual implica *parcialidad* o, *ex ante*, temor de ella). Esas son, precisamente, las dos vertientes del *principio acusatorio* y, consecuentemente, sus dos fines concretos: posibilitar la *defensa* eficaz del inculpado para resistir la imputación y lograr la *imparcialidad* del organismo judicial que decidirá el caso o, quizá mejor dicho, acceder a una necesidad primaria y fundamental para desarrollar esa actividad, cual es la de aproximarse al ideal que sugiere ese principio, según su visión cultural actual. Le corresponde a la ley procesal penal fijar, conforme al principio estudiado, la participación que le corresponde al acusador, privado o público, en el procedimiento. Tal participación, si bien se rige por la necesidad política de establecer el llamado "equilibrio de armas" (iguales oportunidades de influencia en la decisión) entre el acusador y el acusado, no sigue, necesariamente, un sentido extremo de facultades bilaterales idénticas[273], como en un enfrentamiento para un duelo judicial entre dos protagonistas con *armas iguales* (procedimiento *adversarial*): se podría decir que ese "equilibrio" es mirado por la ley, en un Estado de Derecho, desde el atalaya de quien sufre la persecución penal; y ese pensamiento rige también para los juicios por delitos de acción privada, pues ni siquiera allí la pena estatal, como institución, le pertenece a la persona privada legitimada para perseguir penalmente, en quien sólo se delega el ejercicio de esa persecución –el Estado no tiene interés en la pena y en la persecución penal en tanto el ofendido o su sustituto no la ejerza y mantenga–, aun cuando deba reconocerse que el caso genérico nos aproxima más al *duelo judicial* en el que consiste la realización del Derecho privado[274].

[273] Cf., a manera de ejemplo, esta obra, t. I, § 6, H, ps. 705 y siguientes.

[274] Como ejemplo puede tomarse el mismo de la nota anterior, el recurso del condenado contra la sentencia condenatoria, que quiebra el sistema bilateral, pues tampoco el acusador privado puede traspasar el límite de la prohibición de la múltiple persecución penal (*ne bis in idem*) o de la prohibición de someter al imputado a un doble riesgo (*double jeopardy*) de ser condenado.

En los delitos de persecución penal oficial, la *necesidad* se refiere a la intervención de la fiscalía en el procedimiento, en la forma en que la ley, de conformidad con el principio estudiado, lo establece. Si, además, es posible la participación de otro acusador (el querellante conjunto o adhesivo) en estos procedimientos, tal participación es siempre eventual, es decir, no necesaria, aun cuando el derecho de la víctima a participar en el procedimiento parta hoy de principios políticos básicos para el enjuiciamiento penal, como la facilitación de su acceso a él[275]; basta, entonces, la participación de la fiscalía y la realización, por el funcionario respectivo[276], de los actos básicos atribuidos por la ley al acusador. Las reglas de distribución de trabajo (competencia interna) del ministerio público fiscal tienen únicamente ese valor, meramente interno para el oficio: su acatamiento en el caso no constituye un presupuesto procesal, ni su violación puede constituir un peligro para la validez del procedimiento o de la decisión. De la misma manera deben ser apreciadas las reglas de desplazamiento de los funcionarios del ministerio público fiscal, por idénticas que sean a las que regulan la exclusión de los jueces (recusación y excusación). La participación de la fiscalía en el debate está sometida a reglas muy claras de sustitución de funcionarios y suspensión del procedimiento, que, aunque se refieren a su participación en el procedimiento, dudosamente integran el presupuesto procesal aquí estudiado, según las razones que señalaremos[277].

En los delitos de persecución penal privada, el querellante cumple, con exclusividad, el papel que en los de acción pública le corresponde a la fiscalía. Por tal razón, su participación, según la forma que la ley penal regula, es *necesaria* y constituye también un presupuesto procesal, en los términos indicados para la fiscalía.

La observancia, en los procedimientos concretos, de las reglas relativas a la participación del acusador, en el sentido indicado, constituye un presupuesto procesal *objetivo*: si se prescinde de ella, la decisión carece, en principio, de uno de los elementos que configura su validez. Sin embargo, la participación del acusador o el acatamiento de las reglas que la regulan es tan sólo relativamente un presupuesto procesal, no sólo porque su vicio puede ser convalidado en el procedimiento con actuaciones o por actos posteriores del acusador, sino, antes bien, por el criterio antes indicado que destaca este elemento como presupuesto de validez del procedimiento o la decisión: su aparición se debe, en gran medida, a la necesidad de posibilitar la defensa, por una parte, y la imparcialidad del tribunal, por la otra. De allí que no toda infracción a las reglas de participación de la fiscalía o del acusador privado con-

275 Cf. este libro, t. II, § 13, ps. 579 y siguientes.

276 Algunos códigos modernos, en Hispanoamérica, permiten la *conversión* de la persecución penal pública en persecución penal privada (cf., por ejemplo, CPP Guatemala, 26).

277 CPP Nación, 365, inc. 4, y 368.

duzca a la invalidez de la decisión. Si, por una parte, prescindimos de casos extremos –como sería el prescindir del todo del acusador y simular un procedimiento para decidir en favor de una persona y tornarla imperseguible en el futuro por ese hecho punible–, y, por la otra, nos centramos en el juicio y su sentencia, podemos esbozar la regla siguiente: únicamente cuando la falla se refiere a un acto del acusador imprescindible para la defensa del imputado o para evitar que el tribunal afirme por sí mismo la hipótesis sobre la cual debe decidir, queda constituido un *presupuesto de la condena*. La absolución, en cambio, no solamente no genera perjuicio alguno para esos intereses del acusado, cualquiera que haya sido su falla, sino que, además, si se pretendiera su anulación para llevar a cabo un nuevo juicio y así someter al acusado a una nueva posibilidad de condena, tal pretensión y su realización colisionaría con la prohibición de una persecución penal múltiple (*ne bis in idem*) o con la de generar un segundo riesgo de condena para el acusado (*double jeopardy*).

Básicamente, el acto importante es la *acusación* y su *ampliación* durante el debate[278], actos que condicionan la sentencia de condena del tribunal por las razones indicadas[279]. Éste es el lugar preciso en el que se debe discutir la afirmación dogmática de la CSN, en "Tarifeño", "García" y "Cattonar", acerca de que no es posible condenar en ausencia del requerimiento de condena de la fiscalía, producido en su informe final, valorativo del debate, criterio que, actualmente, fue dejado de lado por la misma CSN[280].

La regla esbozada arriba para el debate y su sentencia tiene una relación íntima con la facultad del acusador para recurrir las decisiones, en este caso, con la de impugnar la sentencia[281]. Para quienes creen que, al menos en protección de los derechos de intervención concedidos por la ley procesal penal, el acusador debería poder recurrir la sentencia absolutoria o la condenatoria que, por leve, no le satisface –que concederle la facultad de recurrir, al menos en esa medida, también es *justo* para él–, y, por ende, el recurso contra la sentencia se debe sistematizar de modo *bilateral*, en alguna medida, cualquier error de intervención del acusador, que no se deba a su propia responsabilidad, posibilitará para él la interposición del recurso de casación contra la sentencia, en busca de su anulación y de un nuevo juicio, según sucede, parcialmente, en la

278 CPP Nación, 347, II, y 381.

279 CPP Nación, 401, I. Cf. esta obra, t. I, § 6, D, 2, *e*, ps. 568 y siguientes.

280 Ver los fallos y su doctrina en MAIER y LANGER, *Acusación y sentencia*, cit., p. 617, notas 2, 3 y 4, y § 2, I, ps. 618 y siguiente; en las páginas siguientes la exposición y crítica del dogma. Ver también "Marcilese, Pedro Julio y otro s/homicidio calificado", causa n° 15.888/98, resuelta por la CSN el 15/8/2002, fallo en el cual el tribunal regresa sobre sus pasos.

281 Cf. esta obra, t. I, § 6, E, 4, ps. 632 y ss.; § 6, H, ps. 705 y ss.; y § 7, D, ps. 793 y siguientes.

34

leyes procesales penales argentinas actuales[282]. De manera contraria y opuesta contradictoria responderán quienes, por principio, rechazan la posibilidad de conceder un recurso contra la sentencia al acusador, esto es, reniegan de la necesidad de establecer de modo bilateral el recurso contra la sentencia. La pregunta clave en este punto reza: ¿lesiona un nuevo juicio, promovido por el acusador, el principio *ne bis in idem*?; o, idénticamente, ¿significa el sometimiento a un nuevo juicio, promovido por el acusador, una segunda (¿tercera, cuarta, quinta, etc.?) oportunidad de lograr la condena o, en su caso, la condena más grave pretendida, esto es, el sometimiento del imputado a un riesgo renovado de condena (*double jeopardy*)?

Un paralelismo semejante al descripto en el párrafo anterior se produce –en el procedimiento previo al juicio penal, por incidente, durante el juicio, mediante la reposición– con la forma de comprender y regular la declaración de la *nulidad* de los actos procesales. Si, como lo establecen nuestras leyes procesales, cualquiera de los participantes, que no ha contribuido a la producción del vicio y con interés en la observancia de disposiciones de la ley procesal penal, puede incoar esa declaración[283], para recuperar la actividad que le ha sido vedada, para invalidar una decisión que la desconoce o que decide en su perjuicio, sin haber reconocido la facultad de intervención, entonces también el acusador puede hacer respetar de esta manera sus derechos de intervención en el procedimiento: hasta allí no alcanzan los argumentos esgrimidos anteriormente para evitar el recurso del acusador contra la sentencia absolutoria o la condenatoria que no satisface íntegramente su pretensión: la manera de resguardar la intervención que al acusador le brindan las reglas de procedimiento constituye, tan sólo, una decisión política. Si, conforme a ello, se le agrega a la facultad de denunciar la invalidez, en el procedimiento previo al juicio, la posibilidad del recurso contra la decisión del juez que tramita el incidente, entonces el resguardo para los derechos de intervención del acusador en el procedimiento es aún mayor. Empero, durante el procedimiento previo al juicio, vuelve a aparecer el carácter *relativo* del presupuesto procesal que examinamos, pues, como desde el atalaya del acusador en el procedimiento penal, sobre todo desde la del acusador público, no es invocable "la violación de normas constitucionales"[284], la falta de intervención se *subsana* posteriormente, según lo indica la ley[285], por el transcurso del tiempo[286], por el consentimiento del interesado, o por la falta de consecuencias del acto o de la omisión generadores del vicio[287]. Otro

[282] Aun con mayor extensión conceptual: CPP Nación, 458 y 460.

[283] CPP Nación, 169.

[284] CPP Nación, 168, II.

[285] CPP Nación, 171.

[286] Ver CPP Nación, 170, inc. 1.

[287] Ésta es la razón por la que carece en absoluto de sentido, y es ilegítimo, que los tribunales de juicio anulen de oficio la acusación porque se carece del acto promotor de la investigación preliminar, que debe cumplir la fiscalía (CPP Nación, 188): cuando ya está formulada la acusación no sólo hay consentimiento del ministerio público fiscal por la actuación de oficio del juez de instrucción (CPP Nación, 194) –eventualmente, también del imputado–, sino que, además, ha vencido el plazo para oponer la nulidad (CPP Nación, 170, inc. 1) y el tribunal no la puede declarar de oficio (CPP Nación, 168 y 169). Por lo demás, si

tanto ocurre durante el procedimiento intermedio y durante el procedimiento principal, incluso durante el trámite de los recursos, pues, a salvo la falta de participación del acusador que provoca indefensión o temor de parcialidad en el tribunal, los demás fracasos del modo de su participación en el procedimiento resultan todos subsanables[288].

d) Participación y asistencia del imputado

I. *Prohibición del procedimiento en contumacia*. Si se trata de la imputación de hechos punibles según la ley penal, nuestro Derecho procesal penal no autoriza el proceso en rebeldía, esto es, en ausencia del imputado[289]. Sin perjuicio del aseguramiento de elementos de prueba para el proceso posterior, para cuando el imputado pueda ser hallado, su presencia en el procedimiento constituye un presupuesto procesal, en todo caso *subjetivo* o *personal*, pues su ausencia impide toda decisión material sobre el objeto del procedimiento que perjudique al imputado, y, por lo contrario, no impide la prosecución del procedimiento en relación a otros partícipes[290]. La rebeldía del imputado puede y debe ser declarada de oficio y suspende el procedimiento a su respecto[291].

La regla tiene una vigencia absoluta respecto del juicio penal, entendido como debate oral y público previo a la sentencia: por ello, la presencia del acusado en el juicio es un *presupuesto formal de la sentencia*: se permite que el acusado no presencie su propio juicio, para no realizarlo frente a él contra su voluntad, con la utilización visible de medios de coacción físicos[292], y para evitar la perturbación del debate, pero, en ese caso, el acusado es custodiado en una sala próxima a aquella en la cual se lleva a cabo el

la acusación permite la defensa eficiente del acusado, nadie tendrá argumento alguno para declarar de oficio o para invocar esa nulidad y, peor aún, intentar volver el procedimiento a fojas cero, según alguna práctica judicial indica o lo desea.

288 CPP Nación, 171 y 170, incs. 2, 3 y 4: la violación de estas reglas es sólo un vicio relativo, subsanable, por ende, no examinable de oficio, y, como consecuencia, no se puede hablar, en estricto sentido, de un presupuesto procesal o de la sentencia.

289 No siempre es así en países que, en general, respetan el Estado de Derecho y son regidos por leyes que son consecuencia de esa idea básica, como por ejemplo, OPP (RFA), §§ 231 y 232, esencialmente disminuidos en su significado respecto del permiso original: cf. MAIER, *La Ordenanza Procesal Penal alemana*, cit., vol II, §§ 231 y 232, ps. 202 y ss. (actualmente la autorización es aún más reducida, pues, en el supuesto del § 232, la imposición de una pena privativa de libertad en la sentencia está vedada). Cf., entre nosotros, esta obra, t. I, § 6, D, 1, *a*, p. 542, y 4, *b*, ps. 594 y siguiente.

290 CPP Nación, 290.

291 CPP Nación, 288 a 290, y 367.

292 Cf. CPP Nación, 366, I.

debate, y su defensor lo representa durante su transcurso, salvo en caso de realización de actos personalísimos –que sólo el acusado puede cumplir o que deben ser cumplidos, necesariamente, en su presencia–, caso en el cual debe ser nuevamente traído al debate[293]; la regla parece sufrir una verdadera excepción en el juicio por delito de acción privada, donde basta que un representante asista al juicio[294]. Pero el presupuesto, según fue expresado en el texto, abarca también otros períodos del procedimiento, pues no resulta posible, tampoco, otra decisión material, distinta de la sentencia, sobre el objeto del procedimiento: por ej., el procesamiento o el auto de elevación a juicio, imposibles *en rebeldía* y que, incluso, tienen por presupuesto otras apariciones del imputado durante el procedimiento preliminar[295].

II. *Asistencia del imputado.* Razones de equilibrio procesal obligan a exigir, fundamentalmente, la asistencia jurídica del imputado por un defensor profesional, sea él elegido por el imputado libremente (defensor de confianza) o proporcionado por el sistema penal (defensor de oficio), en aquellos casos en los cuales el imputado no puede o no quiere designar defensor[296]. Las leyes procesales penales argentinas obligan a la asistencia jurídica en todos los casos, cuando se trata de la imputación de un delito: para ellas la asistencia jurídica comienza a ser un presupuesto procesal antes de la primera declaración del imputado sobre el hecho[297].

Sin embargo, la asistencia técnica del imputado no se debe limitar a la materia jurídica, que conforma, sin duda, su base. Para casos en los cuales la reconstrucción del acontecimiento histórico objeto del procedimiento requiere conocimientos especiales en una ciencia, arte o técnica, se debe garantizar también al imputado la posibilidad de acceder a un consultor técnico que lo asesore[298]. Por lo demás, las convenciones internacionales sobre derechos humanos exigen un intérprete gratuito para el imputado que no puede entender o darse a entender en la lengua que preside el procedimiento[299].

[293] CPP Nación, 365, I, inc. 5, 366, II, y 370, III.

[294] CPP Nación, 430, II.

[295] CPP Nación, 290, 307.

[296] Ver esta obra, t. I, § 6, D, 1, II, *c*, ps. 542 y s., y IV, ps. 549 y siguientes.

[297] CPP Nación, 104 y 107. Otros países dejan sin esta protección a algunos casos, en tanto sólo enumeran otros que requieren, necesariamente, la asistencia jurídica obligatoria, según diferentes parámetros: OPP Alemania, § 140 (tribunal competente, gravedad del hecho punible imputado, pena o medida de seguridad posible o requerida, encierro sufrido durante el procedimiento, como prisión o internación provisional, exclusión coacta del defensor elegido).

[298] Esa solución en el Proyecto de Ley Orgánica para la justicia penal (1988), art. 153, en relación al Proyecto CPP Nación (1986), art. 109.

[299] CADH, 8, nº 2, *a*. Cfme. con esta garantía y reglamentándola, CPP Guatemala, 90.

Cuando la ley refiere a la *representación* del imputado[300], menciona situaciones especiales en las que ella está expresamente permitida o mandada, como, por ejemplo, en el *juicio por un delito de acción privada*[301], parcialmente, en el mismo *procedimiento común*[302] y, voluntaria u obligatoriamente, en el *procedimiento contra jóvenes*[303].

Sólo el procedimiento penal que culmina en un debate oral y público, previo a la sentencia y fundamento de ella, que cuenta con la presencia ininterrumpida del acusado y de su defensor y que pronuncia esa sentencia también en presencia del acusado y su defensor, puede desarrollar y controlar, en la realidad –esto es, empíricamente–, la realización de estos principios básicos del procedimiento penal actual. En cambio, procedimientos que no se atienen a esta forma básica, sólo aceptan estas reglas normativamente, sin aspirar a su realización práctica: el procedimiento que funda la sentencia transcurre sin la presencia efectiva del imputado y de su defensor, y la sentencia se pronuncia (si cabe esta palabra: en verdad, se agrega a un legajo y así se establece la ficción de que adquiere publicidad) en ausencia de ambos, a quienes, como única exigencia, se los notifica "personalmente" si se trata de una condena[304]. En el debate oral y público, en cambio, todas estas reglas de garantía para el imputado adquieren un significado especial: se puede decir que alcanzan su significado real mediante un procedimiento consecuente con el principio de inmediación: el enjuiciamiento del imputado para acceder a los únicos elementos que permiten fundar una decisión penal (sentencia), debe suceder en la presencia ininterrumpida del imputado, con posibilidad de comprender lo que allí ocurre y asistido siempre –al menos– por un defensor[305].

Resulta claro, como anticipamos, que se trata de un presupuesto con valor *subjetivo* o *personal*, solamente. Pero propio de estas reglas es, antes bien, su caracterización como reglas de garantía. Por esta razón, no pueden ser utilizadas de manera tal que perjudiquen al imputado. Entonces, cualquiera que sea la lesión a estas reglas, ella no impide decidir materialmente a favor del imputado (sobreseimiento material o absolución); se trata, así, sólo de *presupuestos formales de una condena*.

300 CPP Nación, 167, inc. 3.

301 El CPP Nación, 430, II, parece permitir la representación, incluso convencional (poder especial), para estos juicios, frente a la regla constituida por la misma ley, art. 104, II, que la prohíbe.

302 CPP Nación, 76, II, y 366, II.

303 CPP Nación, 76, III, y 413, incs. 3 (intervención obligada en el debate del asesor de menores) y 4 (intervención voluntaria de los padres, tutor o guardador).

304 Cf. *Reglamento para la Justicia nacional*, emitido y reformado por acordadas de la CSN, art. 42, 1ª oración.

305 CPP Nación, 365, incs. 4 y 5, 366, 367 y 368, 1ª oración.

37

e) Formas esenciales del procedimiento

Hemos agrupado aquí aquellas formalidades básicas que permiten, hoy, definir una manera de operar como un procedimiento judicial en materia penal y distinguirla de otros procedimientos que no cumplen esas condiciones. Son aquellas formalidades que no se refieren directamente, o sólo se refieren tangencialmente, a la participación de los diversos sujetos procesales en el procedimiento, ni están vinculadas, propiamente, a las exigencias materiales para que un acontecimiento pueda ser propuesto como objeto del procedimiento y de la decisión. Se debe advertir, desde un comienzo, que estas exigencias pueden variar al compás de la legislación positiva y del fundamento ideológico-histórico-cultural del cual ella depende, y así sucede, todavía, en alguna medida. Hoy, sin embargo, tal variación básica es menor, tanto en la esfera del Derecho interno –cuando, como en nuestro país, rigen varias leyes procesales penales según los diferentes estados locales que componen la unión federal–, como en la del Derecho comparado, por la inclusión de dos factores de corrección de la mayor importancia: posee mayor predicamento la existencia y vigencia de una convención universal sobre derechos humanos (el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de la ONU, en especial su art. 14) y, en el ámbito regional, de convenciones similares (para nosotros: *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en especial su art. 8), que contienen las garantías básicas de la persona que es perseguida penalmente y que establecen órganos de control y protección a esos derechos humanos, cada vez más eficientes, organismos que se ocupan de imponerlos y de resolver los conflictos atinentes a ellos[306]; pero es históricamente an-

[306] Todo comenzó con la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 217 A (III), del 10/12/1948. Consecuencia de ella fue el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado por la Asamblea General de la ONU en su resolución 2.200 (XXI), del 16/12/1966, que entró en vigor el 23/3/1976. Regionalmente rigen: la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, aprobada por resolución XXX de la Novena Conferencia Internacional Americana, reunida en Bogotá, desde el 30/3 al 2/5/1948, y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, suscripta en San José, Costa Rica, el 22/11/1949, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, convención que entró en vigor el 18/7/1978. En el ámbito europeo rige el *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, suscripto en Roma, el 4/11/1950, que entró en vigor el 3/9/1953; y del ámbito africano conocemos la *Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos*, denominada también *Carta de Banjul*, adoptada el 27/7/1981 durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya. Salvo la última Carta y las

terior, con comienzo en el siglo XVIII, afianzamiento en el XIX y extensión universal en el siglo XX, después de la Segunda Guerra Mundial, el movimiento del constitucionalismo, que prohijó reglas jurídicas básicas, incluso referidas al procedimiento penal, que conformaban la cúspide político-ideológica de cada uno de los estados y debían determinar la legislación común, reglamentaria de los derechos y garantías previstos en las leyes fundamentales.

En nuestro país, como se sabe, existen múltiples leyes procesales penales provenientes de distintos centros de poder político (las distintas provincias y el Estado federal, y, cuando se consolide el proceso de afirmación de su autonomía, la misma Ciudad [Autónoma] de Buenos Aires). Originariamente, esas leyes respondían, casi irónicamente, a concepciones histórico-políticas muy diferentes a la Constitución política del país, pues provenían del Derecho inquisitivo propio de la colonización hispánica. Con el tiempo, en pleno siglo XX y con comienzo en el CPP Córdoba de 1939, penetró la reforma decimonónica de Europa continental. Después de un desarrollo que supera el medio siglo, con la sanción y promulgación del CPP Pcia. Buenos Aires (ley provincial nº 11.922), y su vigencia (ley provincial nº 12.059: 1/3/1998), el proceso básico de unificación de la legislación procesal penal nacional se puede dar por cumplido, con la excepción única –deshonrosa– de la Provincia de Santa Fe, cuyo enjuiciamiento aun conserva rasgos inconfundibles de la Inquisición hispánica (proceso por registros, sin jui-

declaraciones que dieron pie a las convenciones internacional o regionales sobre derechos humanos, todas tienen varios protocolos adicionales referidos a los organismos de protección y, actualmente también, a ciertas adiciones y reformas. Se registra una tendencia a recoger los textos de estas declaraciones y convenciones en las constituciones políticas de los estados: así, la reforma constitucional de 1994, en la República Argentina, concedió jerarquía constitucional al texto de las atinentes al ámbito universal y regional en el art. 75, inc. 22, de la CN; vale la pena aclarar que todas habían sido ratificadas antes por el gobierno nacional, según autorización legislativa. Por lo demás, existen innumerables convenciones referidas a la protección de derechos humanos básicos también en el procedimiento penal, como la vida (genocidio), la integridad física y psíquica (torturas y malos tratos, o tratos degradantes), la libertad (esclavitud, trata de blancas, desaparición forzada de personas), los niños (derechos del niño), etc., muy importantes para la conformación de esa unidad ideológica básica y para las garantías que supone para el inculpado el procedimiento penal, que, incluso, han determinado parcialmente la aparición del Estatuto de Roma (Conferencia Diplomática reunida en Roma desde el 15/6 al 17/7/1998, y tratado aprobado por 120 países, 7 en contra y 20 abstenciones, abierto a la firma desde el 17/7/1998 hasta el 17/10/1998, que entró en vigor recientemente: cf. REVAGLIATI, Orlando R., *La Corte Penal Internacional*, y GUARIGLIA, Fabricio, *Creación de la Corte penal internacional. Algunos aspectos del Estatuto de Roma*, en "Revista Jurídica de Buenos Aires", Ed. Facultad de Derecho-UBA, Buenos Aires, 1998, I y II, ps. 27 y 41, respectivamente) sobre la *Corte Penal Internacional*, cuya labor, en un futuro, está determinada por su competencia en varios de los delitos que consisten no sólo en violaciones a los derechos humanos, sino también a ellos cometidos por la vía del proceso judicial o de un procedimiento que pretende suplantarlo. Cf. el interesante libro de ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales* (2ª ed.), Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998.

cio público, y organización judicial burocrática y verticalizada al extremo). Como alguna vez lo he expuesto, el desarrollo en el sentido indicado, sin embargo, no se ha cumplido del todo, pues basta observar la cláusula básica de descripción del "juicio justo" en materia penal, que contiene nuestra CN, 24, 75, inc. 12, y 118, para advertirlo[307].

La exposición que sigue se limitará a señalar las formas absolutamente necesarias de cumplir para, actualmente, reconocer un enjuiciamiento penal "justo", "debido" o "leal", según lo caracterizan, incluso, las convenciones sobre derechos humanos. Y, sin duda, estas formas básicas se refieren, principalmente, a la validez general del debate que funda la sentencia. Se debe advertir, también, que el debate puede fracasar por múltiples razones, inclusive por algunas ya estudiadas antes, como presupuestos procesales; las que en adelante se estudiarán, empero, son, al lado de aquellos vicios que señalan la falta de un presupuesto procesal o la existencia de un impedimento, criterios absolutos para la validez del debate y, por ello, la constatación de su falta constituye, de ordinario, un motivo absoluto de casación formal, a examinar de oficio por el tribunal competente, no bien interpuesto el recurso.

I. *Existencia y contenido de la acusación.* La acusación es un acto *indispensable* para enjuiciar a una persona, que debe exponer la imputación en términos claros y precisos, circunstanciadamente; sólo así se puede decir que ella se *basta a sí misma*; sólo así cumple su misión de determinar correctamente el objeto del procedimiento y de la decisión. A tal efecto es necesario que ella:

1) individualice perfectamente al imputado;

2) describa circunstanciadamente el hecho punible que pone a su cargo, con todos los elementos de interés jurídico-penal;

3) valore jurídicamente el hecho[308].

Individualizar al imputado significa determinar contra quién se dirige la acusación por señas que lo separen claramente de otras personas (nombre y apellido, signos especiales de la burocracia estatal, como el que tiene su documento de identidad, individualización de su procedencia biológica o jurídica, etcétera). *Describir* el hecho punible significa individualizarlo histórica y territorialmente, por sus circunstancias de

[307] Cf. el desarrollo histórico de la legislación procesal penal argentina en esta obra, t. I, § 5, G, ps. 391 y siguientes.

[308] Todas estas exigencias en CPP Nación, 347, II.

tiempo y lugar, de manera de expresar con palabras –lenguaje descriptivo– la acción o la omisión –en el sentido de comportamiento concreto imputado– que lo constituye, con todos los elementos descriptivos y normativos de importancia para la ley penal, incluso dar a conocer la víctima individual, real o potencial, cuando ello es posible, elemento importante de la singularización descriptiva del hecho punible. Pertenece a la descripción de la acción perpetrada u omitida la forma concreta de participación en el hecho punible que se atribuye, sin confundir esta exigencia con el concepto, sino, antes bien, con el sentido descriptivo antes indicado[309]. Más allá de ello, existen otras circunstancias que resultan o pueden resultar de importancia, como aquellas pertenecientes al ámbito del conocimiento (error) o del dolo y las referidas a la culpabilidad y a la medición de la pena, salvo el caso de que, por *cesura del debate*, ellas sean introducidas después, en el debate sobre la pena[310]. Vaguedades descriptivas pequeñas, como marcos de indeterminación relativa, que conduzcan, incluso, a cambios en la localización o temporales, que no destruyan la individuación –o identidad singular– del hecho como acontecimiento histórico, son insustanciales y, por tanto, son admisibles y no conducen a la invalidez[311]. *Valorar jurídicamente* el hecho importa fijar su significado jurídico-penal. Esta determinación puede faltar cuando se cree, a pie juntillas, en el aforismo *iura curia novit* (posibilidad abierta para el tribunal de calificar el hecho en la sentencia); de otra manera, según nosotros estimamos, forma parte importante de la concreción de la imputación, que torna posible la defensa eficaz del imputado y evita las sorpresas en el fallo[312].

El auto de apertura del juicio, con exigencias similares, que aprueba la acusación y le da curso hacia el procedimiento principal, contribuye, de ordinario, a fijar el objeto del debate y la decisión penal[313]. Ésta es la razón por la cual esa decisión se lee al comienzo del debate[314].

II. *Debate público y oral.* Esas características señalan aquello que, por regla, se entiende universalmente por un enjuiciamiento penal. Prueba de ello son los preceptos de las convenciones sobre derechos

309 Por ej.: *X* realizaba la función de "campana", apostado en la puerta del local, para avisar a quienes ingresaron en él sobre la existencia de peligro por la aproximación de personas o de la autoridad policial; *X* fue quien le proporcionó el revólver al homicida la noche anterior, con conocimiento del atentado que iba a perpetrar contra *Z* al día siguiente.

310 Cf. esta obra, t. I, § 5, F, 3, *b*, ps. 382 y siguientes.

311 Por ej., error en la cantidad de dinero sustraída, o en el nombre de la víctima o en la fecha u hora exacta del suceso, siempre que, por ello, no se trate de un hecho distinto.

312 Cf. MAIER y LANGER, *Acusación y sentencia*, citado.

313 CPP Nación, 351, 1.

314 CPP Nación, 374.

38

humanos sobre la publicidad[315]. Por lo demás, la violación de las reglas acerca de la publicidad del debate representan, de ordinario, un motivo absoluto de casación formal[316]. La incorporación por medio de la palabra hablada de los conocimientos necesarios para fundar la sentencia resulta una consecuencia directa de la publicidad (apertura) del procedimiento. Ella permite, además, la presencia en el debate, sin interrupciones, de todos los intervinientes en el procedimiento (sujetos procesales), reunidos para presenciarlo (*inmediación*[317]): las partes para influir en él y en la decisión con sus intervenciones, y los jueces para decidir con esa base de información. Por lo demás, un debate llevado a cabo de este modo conduce, naturalmente, a la *continuidad* y *concentración*[318] de los actos que lo componen, características necesarias para que el enjuiciamiento no se extienda más allá de lo conveniente y su contenido sea dominable.

El presupuesto, sin duda *objetivo*, depende ampliamente, sin embargo, del alcance que le fija el Derecho objetivo, quizás en mayor medida que lo deseable. Existen excepciones a estas reglas, siempre limitadas y para casos determinados, que no alcanzan a mellar la importancia de estas formas, excepciones que deben ser motivo de una resolución específica en cada caso, según sus particularidades[319]. Hoy, sin embargo, se presagia un cierto abandono de la importancia del papel que estas reglas juegan en el enjuiciamiento penal[320].

III. *Base de la sentencia*. La sentencia se debe obtener del contenido (legítimo) del debate. Los jueces que intervinieron en el debate deben

315 CADH, 8, especialmente n° 5; PIDCyP, 14, n° 1, y n° 3, *d*. Cf. esta obra, t. I, § 6, F, ps. 647 y siguientes.

316 Es dudoso que así lo haya pensado quien legisló: CPP Nación, 363 y 456, inc. 2; pero si la publicidad del juicio se considera, a la par de una garantía para el enjuiciado –según las convenciones regional y universal sobre derechos humanos–, una condición legitimante de la obra del Estado que significa condenar a un acusado, entonces la nulidad es de las llamadas *absolutas* y puede ser examinada por el tribunal, incluso de oficio, en la sentencia (CPP Nación, 168, II).

317 CPP Nación, 365, incs. 4 y 5, y 366, I.

318 CPP Nación, 365.

319 CPP Nación, 363, II; 365, II; y 370, II. Las excepciones ya resultan posibles a partir de los textos de las convenciones de derechos humanos citadas *supra*.

320 Cf. Jung, Heike, *Öffentlichkeit-Niedergang eines Verfahrensgrundsatzes?*, en *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Ed. W. de Gruyter, Berlin-New York, 1986, ps. 391 y siguientes.

formar su convicción por lo oído y visto durante el debate y fundar su fallo, exclusivamente, en los elementos que se incorporaron a él.

IV. *Integración del tribunal.* Por idéntica razón, sólo los jueces que presenciaron el debate están llamados a dictar sentencia, la contribución a la sentencia de un juez que no presenció el debate es inadmisible, según se afirmó ya al estudiar, en general, la capacidad del tribunal para dictar el fallo.

En general, según ya se observó, se puede señalar que estos presupuestos formales del juicio son *objetivos*, en el sentido de que su carencia vicia el procedimiento mismo y su resultado, cualquiera que sea la cantidad de acusados juzgados o condenados. Empero, el vicio puede sólo afectar, en el caso, una situación individual, como, por ejemplo, la falla de la acusación relativa a la descripción de la participación que, en el hecho punible, se le atribuye a uno de los varios acusados, o bien, pese a ser objetiva, tener alcance tan sólo parcial, al abarcar uno de los varios hechos punibles que constituyen el objeto múltiple de un único juicio. Por lo demás, como también se adelantó, se trata, de ordinario, de presupuestos de la sentencia.

f) La observancia de otros derechos humanos

Pertenece al desarrollo de la última época la necesidad de derivar presupuestos u obstáculos procesales de la inobservancia, por parte del Estado, de reglas básicas comprendidas entre las declaraciones de los derechos humanos. Los dos ámbitos parciales en los cuales la discusión es hoy ostensible son, por una parte, la *prueba*, en tanto legitimidad de la información que verifica un elemento de utilidad para la solución del caso, y el *tiempo de duración del proceso penal*, como derecho del imputado a un juicio que resuelva su situación lo más pronto posible. En ambos ámbitos parciales el debate científico no ha arrojado, todavía, una solución que se pueda llamar, cuando menos, satisfactoria, en el sentido de afirmación de reglas generales que permitan decidir armónica y convincentemente los casos futuros.

I. Las llamadas *limitaciones* o *prohibiciones probatorias*[321] sirvieron, en un principio, para designar la inadmisibilidad procesal de la

[321] Sobre el tema, ver la exposición que comenzó una explicación ordenada en nuestro país: GUARIGLIA, Fabricio, *Las prohibiciones probatorias*, en MAIER, Julio B. J. (comp.), *El nuevo CPP Nación. Análisis crítico*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993, ps. 15 y siguientes.

incorporación al procedimiento (*prohibiciones de recolección probatoria*) y, como consecuencia, a la fundamentación del fallo (*prohibiciones de valoración probatoria*), de ciertos conocimientos o información, con vulneración de reglas que vedan el objeto de conocimiento (*limitaciones absolutas* o referidas a la *prohibición del tema probatorio*) o el mecanismo de recolección de la información (*limitaciones relativas* o referidas a la *prohibición de medios de prueba*)[322]. Dentro de esta problemática, desarrollada históricamente sobre la base de los métodos de investigación tradicionales, aparece hoy agregado a ella un problema nuevo, perteneciente a la llamada "posmodernidad" y de la mayor gravedad, pues el avance veloz y, al parecer, arrollador, de las ciencias naturales y de la técnica –frente a los tiempos de las ciencias culturales (una de las cuales es la ciencia jurídica), verdaderas tortugas en comparación con aquéllas– ha concebido medios de indagación de la verdad y de información que superan geométricamente las posibilidades antiguas, desde escuchas a distancia con transmisores supersensibles, transmisiones audiovisuales o grabaciones ocultas, hasta el cruzamiento de informaciones almacenadas en bancos de datos, posible en tiempo útil sólo por ordenadores. Por lo demás, ciertos métodos que antes no eran utilizados o, al menos, no eran utilizados procesalmente, han sido revalorizados y legitimados por reglas jurídicas, a la vista de las dificultades que sufre la investigación de ciertos delitos, cuya forma de comisión también es tributaria del empuje técnico-científico actual, por ejemplo, al amparo de las posibilidades enormemente ampliadas de los métodos de agresión a distancia o de la facilidad de comunicaciones modernas: me refiero al uso del engaño para evitar la garantía del *nemo tenetur se ipsum accusare* o el correcto funcionamiento del derecho a la intimidad (informante confidencial y agente encubierto). Todo el tema es, sin duda, uno de los más complejos y polémicos de la dogmática procesal penal[323].

La cuestión, sin embargo, no es meramente actual y su discusión arranca ya, en Europa continental, a comienzos del siglo XX. Ernst BELING, en Alemania, parece haber si-

322 Ver esta obra, t. I, § 6, G. 5, ps. 695 y siguientes.

323 Sobre el tema, DENCKER, Friedrich, *Criminalidad organizada y procedimiento penal* (trad. de Laura ELBERT y Fabricio GUARIGLIA del artículo *Organisierte Kriminalität und Strafverfahren*, en *Organisierte Kriminalität und Verfasstungsstaat*, Ed. C. F. Müller, Heildelberg (RFA), 1998), en "Nueva Doctrina Penal", cit., 1998/B, ps. 479 y siguientes.

do el primero en desarrollar analíticamente el tema bajo el título de "*Las prohibiciones probatorias como límite de la investigación de la verdad en el proceso penal*"[324]. Él dividió el material para analizarlo entre las *prohibiciones de adquisición de prueba* (*Beweiserhebungsverbote*) –que dividía a su vez en tres categorías: las prohibiciones referidas a los temas de prueba (*Beweisthemaverbote*: hechos que no constituyen objeto de indagación judicial), las referidas a los medios de prueba (*Beweismittelverbote*: medios cuya utilización está vedada para adquirir conocimientos) y las referidas a ciertos métodos utilizados en la recolección de prueba (*Beweismethodenverbote*: métodos prohibidos)– y las *prohibiciones de valoración de prueba* (*Beweisverwertungsverbote*) en las decisiones judiciales. En Italia, por su parte, le correspondió a Eugène FLORIÁN el papel más destacado[325]. Él trata al tema bajo el rubro de las *limitaciones al principio de la libertad probatoria* –en principio, "todo se puede probar y por cualquier medio de prueba"–: son *limitaciones absolutas* aquellas que se refieren al tema u objeto de la prueba, pues aquí el hecho o la circunstancia no es materia de conocimiento judicial[326]; mientras que se trata de *limitaciones relativas* cuando ellas están referidas a un medio o a un método utilizado dentro de un medio de prueba admitido, pues el hecho o la circunstancia pueden ser probados, pero por otro medio o método[327]. Empero, a decir verdad, el desarrollo inicial de estas limitaciones o prohibiciones probatorias no emerge necesariamente, en el Derecho continental europeo, de la mano de los derechos o garantías relativos a la dignidad humana, ni tiene en mira, directamente, la realización del Estado de Derecho. Se trata, antes bien, de un problema de Derecho positivo común.

En cambio, en el Derecho angloamericano, la misma cuestión surge como método para reforzar la vigencia práctica de reglas constitucionales de garantía referidas a la

[324] *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß*, reimpresión de la 1ª ed. (1903), Ed. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt (RFA), s/fecha.

[325] Cf. *De las pruebas penales* (trad. de Jorge GUERRERO), Ed. Temis, Bogotá, 1982, t. I, § 9, ps. 146 y ss.; sintéticamente, *Elementos de Derecho procesal penal* (trad. de L. PRIETO CASTRO), Ed. Bosch, Barcelona, s/f., Cap. V, § 70, ps. 314 y siguientes.

[326] En el Derecho argentino, por ejemplo, el texto originario del CC, 341 (hoy derogado por ley nacional nº 23.264) prohibía la indagación de la filiación adulterina, incestuosa o sacrílega: ello significaba que esa circunstancia estaba excluida de la posibilidad de ser demostrada o verificada judicialmente por una regla de Derecho positivo que prefería un interés jurídico de valor superior, para el orden jurídico, a la utilización judicial del dato para la decisión de un conflicto social.

[327] Estas limitaciones son hoy, prácticamente, las únicas existentes: CPP, 244 y 243 (prohibición de declarar testimonialmente y facultad de abstención), pero el hecho o circunstancia puede ser verificado por otros testigos u otros medios de prueba; el estado civil de las personas (matrimonio, nacimiento, filiación) se verifica, en principio, sólo con las actas protocolizadas por los registros civiles (ley de matrimonio civil nº 2.393, arts. 96 y 113; CC, 80, 81 y 246, inc. 1); el mismo carácter poseen otras limitaciones legales referidas a las formas o métodos de realización de los medios probatorios, como las referidas al debate, que sólo permite valorar, al menos en contra del acusado, aquellas pruebas incorporadas al debate y sometidas a la contradicción que él supone (CPP Nación, 398, II), o las que impiden la coacción o el engaño durante los interrogatorios o tornan necesarias ciertas advertencias previas a ellos (CPP Nación, 298 y 299; 243, II).

39

persecución penal[328]. Por lo demás, esa cuestión tampoco significa aquí un sistema conceptual definido y rígido, sino que, por lo contrario, su principal logro, la denominada *regla de exclusión* (*exclusionary rule*), depende de un desarrollo judicial sobre la base de casos concretos, que refleja momentos de evolución y de involución. Esta diferencia, si bien no condujo a resultados totalmente diferentes, resultó de importancia para la fundamentación intelectual del principio y de sus excepciones.

Conviene marcar estas diferencias y, al mismo tiempo, dar noticia del resultado obtenido hasta ahora, resultado que, a mi juicio, todavía es provisional y escaso en decantación histórica. Si prescindimos de clasificaciones alambicadas, que no parecen conducir a un paso seguro –como aquella que distingue, en la dogmática procesal alemana, a las *prohibiciones de valoración dependientes* de las *independientes*[329]–, y nos dedicamos al estudio de las limitaciones más importantes, aquellas que emergen de principios constitucionales –las últimas nombradas, llamadas también *verfassungsrechtliche Verwertungsverbote*–, una confrontación de los argumentos utilizados para fundar la exclusión de la valoración de ciertos elementos de prueba es posible. La primera fundamentación que mereció el problema, en la dogmática alemana, no pasó de ser una aplicación menguada del aforismo *in delictis atrocissimis iura transgredi licet*[330], en tanto proponía la ponderación de los intereses en juego entre el interés indi-

[328] Su comienzo quedó establecido en la sentencia de la Corte Suprema "Weeks vs. USA", del año 1914. No es extraño que así suceda, pues el liberalismo estadounidense comprendió el orden jurídico, desde sus comienzos, como conjunto de reglas pero de distinto rango o de distinta jerarquía, en tanto unas, superiores y básicas, condicionaban a otras, inferiores en rango, pues representaban su fundamento de validez, incluso, en ocasiones, por su mismo contenido político; tal concepción, propia del constitucionalismo estadounidense, ingresa con bastante posterioridad a Europa continental, después de la Segunda Guerra Mundial, masivamente y en la forma en que ahora la conocemos. A tal punto ello es así, que la Corte Suprema de la RFA, después de años de concebir la advertencia previa sobre el "derecho al silencio" del imputado –§ 136 de la OPP (RFA)– como una "mera disposición de orden" cuya vulneración no fundaba consecuencia jurídica alguna –ni siquiera como motivo de casación de la sentencia–, aceptó sólo a partir de 1992 (*BGH*, 38, 214, sentencia del 27/2/1992) la existencia de una prohibición de valoración probatoria por lesión al § 136, cit., pero con abandono del plano del Derecho positivo común y admisión de que el derecho a guardar silencio tenía su base en "la dignidad del hombre, en el derecho a la personalidad y en el principio del debido proceso".

[329] Sobre el desenvolvimiento de la cuestión en la dogmática alemana: DENCKER, Friedrich, *Verwertungsverbote im Strafprozeß*, Ed. Carl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1977.

[330] SYDOW, Franz, *Kritik der Lehre von den Beweisverboten*, Ed. Holzner, Würzburg, 1976, ps. 59 y 108; ROGALL, Klaus, *Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten*, en "ZStW" 91, cit., 1991, p. 34. Ésta es la comprensión de la CSN de la República Argentina en Fallos, t. 313, p. 1305 y ss. (el caso se conoce por "Rivas Gruña" –el nombre del cónsul boliviano– o por "Fernández" –el nombre de otro de los imputados en la ocasión, que contribuyó al engaño para la formación de voluntad del cónsul–), con la diferencia de que toda persecución penal oficial parece quedar atrapada por el aforismo, dato que significa desconocer por completo el problema: cf., al respecto, GUARIGLIA, Fabricio, *El agente encubierto. ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal?*, en "Ciencias Penales", San José (Costa Rica), 1996, nº 12, III, ps. 29 y s.; en especial notas 87 y 92, y ERFURTH, Christina, *Verdeckte Ermittlungen - Problemlösung durch das OrgKG?*, en "Criminalia", nº 14, Ed. Peter Lang, Frankfurt a. M., 1997, tesis doctoral de la Universidad de Munich dedicada específicamente al estudio del tema.

vidual vulnerado y el estatal por la persecución penal: se debe negar la existencia de una prohibición probatoria allí donde los últimos prevalezcan sobre los primeros, básicamente, en los casos de criminalidad grave y de difícil esclarecimiento. Ello significa que, en la práctica, la "limpieza" del procedimiento penal, como procedimiento de órganos de control estatal, depende de la magnitud de la imputación deducida en él o de su dificultad para perseguir la infracción –sospechada– en la que consiste la imputación. La crítica a tal concepción acentuó el dilema ético que plantea el aprovechamiento, por parte del Estado, del producto de su actividad irregular, dilema que está más allá de la concepción que erige a las garantías de la dignidad humana sólo en un interés individual, renunciable e, incluso, medible o ponderable frente a otros intereses. Para comprender la crítica basta imaginarse el consejo, de parte de la legislación, que esta concepción imparte a los órganos encargados de la persecución y el juzgamiento penal: en casos de criminalidad grave o de difícil averiguación procuren respetar las formas del procedimiento regulado por ley, pero, si no lo hacen o no lo pueden hacer de este modo, ello constituirá sólo excepcionalmente un problema o un obstáculo para la persecución penal. Desde el punto de vista *preventivo*, ésta no constituye una estrategia demasiado aconsejable. No corre mejor suerte la fundamentación con la que pretende contestar a la crítica la Corte Suprema de la RFA: se trata de indagar el fundamento de la disposición vulnerada y el interés para el que ella ha sido creada, de modo de circunscribir el círculo de las llamadas prohibiciones –de valoración– probatorias al *"ámbito de derechos"* –de allí el nombre de la teoría: *Rechtskreistheorie*– afectado del imputado. La ácida crítica contestaría: "quien se halla en la cárcel porque el tribunal lesionó una disposición procesal, y, sin la lesión, él hubiera sido absuelto, con seguridad o, cuando menos, con probabilidad, no olvidará esta teoría y no lo tranquilizará la declaración de que la lesión procesal no afectó esencialmente su ámbito de derechos[331].

Tampoco resulta satisfactoria la evolución en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos[332]. La opinión dominante allí fundó la necesidad de una *regla de exclusión* en los *efectos preventivos* que ella producía sobre los órganos de persecución penal, pues ellos conocían que el conocimiento adquirido por una vía o un método irregular de nada serviría en la decisión penal. Sin embargo, tal razón condujo a negar esa regla en casos en los cuales esos efectos preventivos no eran necesarios o no podían alcanzarse. Ello se observa de la mano de las excepciones que comenzaron a admitirse: resulta innecesario recurrir a la exclusión de la prueba obtenida mediante una actividad irregular cuando, por ej., el oficial de policía pudo obrar en la creencia objetivamente razonable de que su comportamiento no afectaba los derechos fundamentales de quien es perseguido penalmente, aunque en verdad, objetivamente los había lesionado (*good faith exception*); en esos casos, los efectos beneficiosos provenientes de la aplicación de la regla de exclusión se ven superados por sus propios costos: imputados culpables son absueltos o sólo son condenados de manera reducida[333]. El voto de minoría de la Cor-

331 SYDOW, *Kritik der Lehre von den Beweisverboten*, cit., p. 69.

332 Cf. GUARIGLIA, *Las prohibiciones probatorias*, cit., ps. 18 y siguientes.

333 Cf. "U.S. v. Leon" (468 U.S. 897 [1984]).

Se resume la crítica correcta sobre esta opinión: la vigencia de la regla de exclusión no depende de sus efectos preventivos eventuales, sino que ella se deduce, directamente, del imperativo constitucional; resulta inaceptable la ponderación de costos como "factor de corrección" frente a la adquisición irregular de prueba por parte del Estado: "No es la regla de exclusión, sino la Enmienda misma la que ha impuesto ese costo".

Con ello, ambos polos intelectuales han confrontado cada una de sus justificaciones, pero el resultado de la confrontación argumental es, precisamente, un acercamiento, quizá no buscado ni querido, de sus resultados. Un resumen permite afirmar, por un lado, de manera general –como regla–, que la averiguación de la verdad –a cualquier costo– no es un valor absoluto del procedimiento penal[334] y, por ello, el Estado tiene prohibido utilizar en provecho de la aplicación del Derecho penal la información obtenida de manera irregular; pero, por otro lado, el recurrir a argumentos especulativos o prácticos, que revelan el temor a que algunos hechos punibles queden impunes, relativiza la vigencia de la regla y supera, en ciertos casos particulares, a la necesidad de reafirmación de la vigencia de reglas constitucionales y legales que cumplen la función de limitar el poder penal estatal. En ambos polos se dejó de lado la concepción del Estado de Derecho según la cual, a la inversa de aquello que sucede con la injerencia en los derechos individuales y como consecuencia de ellos[335], el Estado precisa de una autorización expresa de la ley –regla de competencia o facultad– para que la actividad de sus órganos pueda considerarse legítima (de otro modo: ilegítima), pues el problema consiste siempre en la *inobservancia* de una regla jurídica que confiere cierta potestad de injerencia (facultad) o en la injerencia llevada a cabo en ausencia de toda regla de autorización; se ha dejado de lado, en definitiva, que esas facultades de injerencia no operan únicamente como garantías de la persona frente al Estado, garantías en ese caso disponibles para su portador, sino que, además, representan verdaderas reglas de legitimación del ejercicio del poder estatal, si se quiere, limitaciones jurídicas a ese poder producto de la reforma en la concepción del Estado operada durante el siglo XIX[336]; pero también se ha dejado de lado el punto de vista ético, que bien señaló Eberhard SCHMIDT, al aclarar que el Estado ya no podía pararse frente al imputado exhibiendo "buena conciencia con la pretensión de superioridad moral"[337]. Así, el fundamento de las llamadas prohibiciones probatorias, en general, o de las prohibiciones de valoración probatoria, en particular, sólo se puede enunciar con carácter imperativo, la prohibición para los órganos estatales de obtener provecho alguno de su actividad contraria a la ley (*venire contra factum propium*) o, si se quiere, de lesionar sus propias autolimitaciones impuestas por reglas generales, con la metáfora precisa y bella de Ernst BRUNS[338], devenida luego universal en otro ámbito jurídico y para explicar otro fenómeno, "un fruto prohibido del cual el tribunal no debe comer".

[334] Así lo tiene dicho, desde antaño, la Corte Suprema Federal de la RFA (BGH, 14, 358, 365); cf. ROXIN, *DPP*, cit., § 5, D, II, p. 191.

[335] Piénsese, por ej., en el *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*.

[336] FEZER, Gerhard, *Grundfragen der Beweisverwertungsverbote*, Ed. C. F. Müller, Heidelberg (RFA), 1995, ps. 22 y siguiente.

[337] *Gustav Radbruch als Kriminalist*, en "ZStW" 63, Ed. W. de Gruyter, Berlin-New York, 1951, p. 160.

[338] *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß*, cit., p. 25.

Más allá de ello, se ha discutido también sobre el alcance de la prohibición: se trata de saber si ella queda circunscripta al resultado *directo* del acto irregular o se extiende también, *indirectamente*, a otros resultados de actos regulares, pero que sólo pudieron ser llevados a cabo gracias al conocimiento obtenido irregularmente. La doctrina de la Corte Suprema de los EE.UU. consiguió propagar universalmente su terminología para ubicar el problema; llamó la extensión: *doctrina del fruto del árbol venenoso* (*fruit of the poisonous tree doctrine*). La ciencia jurídica alemana conoce el fenómeno bajo el rubro de *efecto extensivo* (*Fernwirkung*), pero la jurisprudencia superior no aceptó nunca, al menos como regla, esta extensión[339], y la dogmática procesal penal lo afirmó, pero con discrepancias al momento de fijar los límites de su vigencia[340]. La doctrina jurisprudencial argentina no ha reconocido el efecto extensivo, porque tampoco parece reconocer –como regla– a las prohibiciones de valoración probatorias más allá de una ponderación burda de los intereses en juego [341]. La Corte Suprema de los EE.UU. ha debido reconocer excepciones a su regla sobre la traslación del efecto excluyente a elementos correctamente obtenidos (acto regular), pero debido al conocimiento logrado a través de un acto anterior irregular: su primera excepción, relativa a la *fuente independiente* (*independent source*[342]) de conocimiento del elemento mediato de prueba, fue insustancial, pues, en todo caso, lo prohibido no es el objeto de prueba (tema probatorio), sino el medio o método para el conocimiento de ese objeto, razón por la cual su conocimiento por otro medio permitido y sin irregularidades no necesita otro fundamento de legitimación; en cambio, la segunda excepción, debida al *descubrimiento inevitable* (*inevitable discovery*[343]), que supone la imaginación de un curso causal hipotético, es del todo discutible porque se funda en una ficción, esto es, no parte de aquello que realmente sucedió, la injerencia ilícita de quien obró por el Estado en violación a la regla, sino de la suposición de aquello que pudo haber pasado razonablemente de haberse seguido un procedimiento legítimo, resultado que mentalmente se obtiene por supresión de la actividad irregular y razonamiento que, seguido al extremo, supone la desaparición de toda exclusión probatoria[344].

339 Cf. *BGHSt* (Corte Suprema Federal en asuntos penales), 27, 355; 32, 68; 34, 362, entre otros, y sólo aceptó el *efecto extensivo* en una ocasión, con motivo de la ley que reglamenta el secreto epistolar (Ley Fundamental RFA, art. 10; *BGH*, 29, 244, según informa Claus Roxin, ver nota siguiente).

340 Cf. Roxin, *DPP*, cit., § 24, D, V, ps. 205 y siguiente.

341 Cf. Cafferata Nores, José I., *Los frutos del árbol envenenado (la prueba obtenida por quebrantamientos constitucionales)*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, ps. 491 y ss.; Guariglia, *El agente encubierto*, y decisión de la CSN, citados en este parágrafo, notas 330 y 332, ps. 137 y s., respectivamente.

342 Cf. "Silverthorne Lumber Co. v. U.S.", 251 U.S. 385 (año 1920), y "Nardone v. U.S.", 308 U.S. 338 (año 1939).

343 Cf. "Nix v. Williams", 467 U.S. 431(año 1984).

344 Ésta es la tesis que defendí, con otras palabras, en esta obra, t. I, § 6, G, 5, p. 701, al llamar al método de solución del conflicto *supresión mental hipotética*, y cuya crítica, por cierto, introduce la duda acerca de su corrección.

40

cialmente el jurídico, es campo fértil para el cálculo; al ser las reglas de comportamiento un componente insustituible de la acción del hombre, en sociedad con sus congéneres, el conocimiento de las consecuencias y del valor (también jurídico) de las acciones permite tanto decidir nuestra acción, como esperar una conducta determinada de quienes, socialmente, cruzan sus comportamientos con los nuestros[357]. En este ámbito rige, también, la aclaración final del párrafo anterior: se puede tratar de una valoración sencilla, de un comportamiento único y de escasas reglas en juego, o de procesos complejos, cuyo fin propuesto sólo puede ser alcanzado mediante varias acciones humanas combinadas.

Es racional, entonces, pensar que la actividad de someter los comportamientos humanos a reglas no sea una actividad carente de sentido, sin cálculo, por tanto, ciega, sino, muy por lo contrario, una actividad regida, también, por la proposición de ciertos fines y la elección de la manera de alcanzarlos. El "legislador", entonces, procede racionalmente cuando, para evitar comportamientos indeseables o para alentar la realización de otros deseables, los prohíbe o los manda, respectivamente, bajo la amenaza de una pena o consecuencia jurídica desagradable, o cuando, sin prohibirlos o mandarlos, premia a unos y deja sin premio a otros, para lograr alentarlos o evitarlos. También el legislador opera racionalmente cuando, según cierta concepción de la sociedad humana, procura fines, de manera algo más indirecta (por ejemplo, la distribución de la riqueza mediante la libre competencia y albedrío de los hombres), mediante la regulación del valor de ciertos comportamientos humanos que no manda ni prohíbe, sino que faculta a realizar para alcanzar ciertas consecuencias en la vida de relación (por ejemplo, adquisición del dominio sobre una cosa).

El *proceso* judicial, según hemos visto, es un concepto general, superestructural, sintético, que pretende transmitir la idea del resultado fundamental de una serie de reglas que establecen las consecuencias jurídicas de una gran cantidad de comportamientos humanos que se entrecruzan y, al mismo tiempo, pretende significar la reunión de todos esos actos en una obra común. Es racional pensar que este agrupamiento de

[357] La función de cálculo de las reglas jurídicas: ver esta obra, t. I, § 1, B, 2, *a*, II, ps. 17 y siguientes.

actividades humanas persigue un sentido, que se procura con él alcanzar algún fin o meta, que no tendrá el significado empírico pleno observado al comienzo, como manipulación de factores causales para, eventualmente, modificar el mundo natural, pero que sí poseerá el significado de un resultado social, algunas veces apreciable en el mundo de los sentidos. Este propósito, como razón de la existencia de un instituto jurídico, y a la vez social, es aquello que los juristas estudian bajo el rubro *fines* o *metas del procedimiento penal*. Y el estudio, si no se exagera, tiene un valor, pues permite encontrar el sentido de la obra humana combinada y compleja en la que consiste un procedimiento penal.

Vale la pena aclarar que toda obra humana puede fracasar, respecto de su finalidad, por una mala elección de los medios, regularmente fundada en un error de cálculo (desconocimiento de algún factor que interviene o error sobre las consecuencias de aquellos tenidos en cuenta), y estos errores o falta de conocimiento alcanzan también al mundo jurídico.

II. La génesis histórico-cultural del procedimiento penal provoca ciertos problemas a la hora de determinar sus fines o su sentido: no es posible determinar una meta única a la que se dirija, como conjunto, toda la actividad procesal y tampoco es posible evitar colisiones entre los fines propuestos, y, más aún, el que alguno de ellos dé un paso atrás frente a otro, se subordine a otro fin, ya por una ponderación general o sólo relativa al caso concreto.

En primer lugar parece claro que todo proceso judicial –la existencia de la *justicia* en sí misma– representa una forma de dar solución a conflictos sociales mediante reglas generales que tornan predecible esa solución. La idea misma de la existencia de un proceso judicial se vincula, también, con un *medio pacífico* de solución de esos conflictos, en el sentido de evitar la violencia (guerra) entre los portadores de los intereses enfrentados (también ayuda a ello el que la solución provenga de reglas previamente establecidas y, por tanto, sea predecible). Supuesto que la organización social monopoliza la fuerza (excepciones aparte), ello sólo puede suceder en la realidad si la solución es impuesta de modo *autoritario*. Traducida esta descripción social a términos jurídico-procesales, se puede decir que la meta de todo procedimiento judicial es la decisión que pone fin materialmente al conflicto, de ordinario, la *sentencia* de un tribunal. Más allá aún: la sentencia de un tribunal es un acto de ejercicio de la autoridad, para dar solución a un conflicto social concreto, y ese ejercicio de la autoridad estatal se lleva a cabo en nombre de la paz social y jurídica, para que los conflictos no

se fije un plazo legal, distinto al de prescripción, o se modifique el plazo de prescripción para las persecuciones penales ya en trámite[353]. Tampoco es sencillo determinar cuál debe ser la consecuencia de la inobservancia de este derecho del imputado, por parte de los órganos estatales: ¿eliminación de la sentencia de condena y del procedimiento previo que la habilita, absolución o sobreseimiento del proceso?[354]

III. Otras condiciones de un "juicio justo" o "leal" son discutidas hoy como impedimentos u obstáculos procesales. Entre ellas se destaca la *condena mediática previa* al debate y a la sentencia judicial, que atenta ciertamente contra la imparcialidad del tribunal que decide, condición irrenunciable de aquel juicio. Aquí también resulta difícil definir el obstáculo y la consecuencia, a pesar de que el problema es real y conocido: el principal escollo para ello no reside en la identificación del problema, el poder creciente de influencia de la prensa sobre la decisión judicial, sino, por lo contrario, parece residir en la concesión de otro poder a los medios para tornar operativo o inoperante al Poder Judicial[355].

g) ¿Otros presupuestos u obstáculos procesales?

Se podría estudiar ciertos presupuestos procesales que sólo se refieren al examen de la justicia o injusticia de una sentencia o resolución, esto es, a los recursos y al procedimiento que ellos desencadenan para el examen de la resolución recurrida; me refiero a los límites de la competencia y de la decisión del tribunal del recurso (motivo de injusticia que funda el recurso; prohibición de la *reformatio in peius*). Pero ello representaría una exageración, sin demasiada ganancia: repárese que estas condiciones son, en todo caso, disponibles o, mejor dicho, su

353 La del plazo fijado necesariamente por ley es también tesis de PASTOR, *idem*, Cap. IV, ps. 347 y ss.; el Proyecto CPP Guatemala, siguiendo una idea de Alberto BINDER (*Justicia penal y Estado de derecho*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, Cap. V, nº 2, 7 y ss., ps. 132 y ss.) reduce el plazo de prescripción a la mitad, cuando la persecución penal ha comenzado; el CPP Chubut, 180 y ss., intenta fijar, de manera harto complicada, un plazo hábil para la persecución penal.

354 Cf. SCHEFFLER, *Die überlange Dauer von Strafverfahren*, cit., 2. Teil (2ª parte), ps. 131 y ss., tesis de habilitación profesoral dedicada al estudio de estas consecuencias.

355 Cf. ROXIN, *DPP*, cit., § 9, III, p. 47, y § 21, B, III, 4, p. 170, con extensa bibliografía del problema en la RFA.

soporte necesario, el recurso, representa a la autonomía de voluntad del interesado. En todo caso, los presupuestos antes estudiados son los que condicionan una decisión penal, con alcance material, que cualquier tribunal antes de dictarla debe examinar, en principio o con las limitaciones señaladas. Una vez más aparece la ambigüedad del concepto llamado *presupuesto procesal*, que, en ocasiones, menta con claridad verdaderas condiciones del ejercicio del poder penal por parte del Estado –requisitos de la aplicación de la consecuencia penal– y, en otras, parece referirse a meras exigencias formales acerca de la validez de un acto, conceptos ambos que, por lo demás, son difícilmente escindibles, sobre todo, cuando se trata de la sentencia.

G. FINES DEL PROCESO PENAL

I. Toda actividad humana, para tener sentido, se dirige a alcanzar ciertos fines o metas, elige para ello los medios necesarios para su realización y, por último, opera consecuentemente para alcanzarlos, esto es, recorre el camino inverso que va desde los medios hacia el fin o meta, quizá, con mayor precisión, desde el más próximo al presente de los medios a realizar hasta el más apartado de él y más próximo al resultado que espera obtener; precisamente, eso caracteriza a la actividad humana frente a otros acontecimientos o actividades: la capacidad de proponerse fines y de operar según un proyecto anticipado, para alcanzar esas metas, proyecto fundado en la posibilidad de conocer, previamente, las consecuencias de la intervención humana en el mundo natural y también en el mundo normativo[356]. Y la descripción es válida tanto para actos simples –que acostumbramos a observar como si fueran acciones singulares–, como para procesos complejos, con cierta duración temporal, en los cuales, incluso, intervienen varias personas, que ponen en marcha ciertas consecuencias y cuyos papeles se entrelazan para arribar a la meta propuesta.

No sólo el mundo causal, natural, permite el cálculo, mediante las leyes naturales conocidas por el hombre. También el mundo normativo, aquél del comportamiento humano y las leyes que lo rigen, espe-

356 Cf. HARTMANN, Nicolai, *Ethik* (3ª ed.), Berlin, 1949, sección VI, ps. 170 y ss.; la descripción del proceso en p. 194; WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht* (11ª ed.), Ed. W. de Gruyter, Berlin, 1969, § 7, II, ps. 30 y s., con las diferencias frente al acontecimiento natural (no dirigido a fines concretos: ciego causalmente) o con el comportamiento animal (adecuado a ciertas finalidades pero sin conciencia de ellas: instintivo).

cialmente el jurídico, es campo fértil para el cálculo; al ser las reglas de comportamiento un componente insustituible de la acción del hombre, en sociedad con sus congéneres, el conocimiento de las consecuencias y del valor (también jurídico) de las acciones permite tanto decidir nuestra acción, como esperar una conducta determinada de quienes, socialmente, cruzan sus comportamientos con los nuestros[357]. En este ámbito rige, también, la aclaración final del párrafo anterior: se puede tratar de una valoración sencilla, de un comportamiento único y de escasas reglas en juego, o de procesos complejos, cuyo fin propuesto sólo puede ser alcanzado mediante varias acciones humanas combinadas.

Es racional, entonces, pensar que la actividad de someter los comportamientos humanos a reglas no sea una actividad carente de sentido, sin cálculo, por tanto, ciega, sino, muy por lo contrario, una actividad regida, también, por la proposición de ciertos fines y la elección de la manera de alcanzarlos. El "legislador", entonces, procede racionalmente cuando, para evitar comportamientos indeseables o para alentar la realización de otros deseables, los prohíbe o los manda, respectivamente, bajo la amenaza de una pena o consecuencia jurídica desagradable, o cuando, sin prohibirlos o mandarlos, premia a unos y deja sin premio a otros, para lograr alentarlos o evitarlos. También el legislador opera racionalmente cuando, según cierta concepción de la sociedad humana, procura fines, de manera algo más indirecta (por ejemplo, la distribución de la riqueza mediante la libre competencia y albedrío de los hombres), mediante la regulación del valor de ciertos comportamientos humanos que no manda ni prohíbe, sino que faculta a realizar para alcanzar ciertas consecuencias en la vida de relación (por ejemplo, adquisición del dominio sobre una cosa).

El *proceso* judicial, según hemos visto, es un concepto general, superestructural, sintético, que pretende transmitir la idea del resultado fundamental de una serie de reglas que establecen las consecuencias jurídicas de una gran cantidad de comportamientos humanos que se entrecruzan y, al mismo tiempo, pretende significar la reunión de todos esos actos en una obra común. Es racional pensar que este agrupamiento de

357 La función de cálculo de las reglas jurídicas: ver esta obra, t. I, § 1, B, 2, *a*, II, ps. 17 y siguientes.

actividades humanas persigue un sentido, que se procura con él alcanzar algún fin o meta, que no tendrá el significado empírico pleno observado al comienzo, como manipulación de factores causales para, eventualmente, modificar el mundo natural, pero que sí poseerá el significado de un resultado social, algunas veces apreciable en el mundo de los sentidos. Este propósito, como razón de la existencia de un instituto jurídico, y a la vez social, es aquello que los juristas estudian bajo el rubro *fines* o *metas del procedimiento penal*. Y el estudio, si no se exagera, tiene un valor, pues permite encontrar el sentido de la obra humana combinada y compleja en la que consiste un procedimiento penal.

Vale la pena aclarar que toda obra humana puede fracasar, respecto de su finalidad, por una mala elección de los medios, regularmente fundada en un error de cálculo (desconocimiento de algún factor que interviene o error sobre las consecuencias de aquellos tenidos en cuenta), y estos errores o falta de conocimiento alcanzan también al mundo jurídico.

II. La génesis histórico-cultural del procedimiento penal provoca ciertos problemas a la hora de determinar sus fines o su sentido: no es posible determinar una meta única a la que se dirija, como conjunto, toda la actividad procesal y tampoco es posible evitar colisiones entre los fines propuestos, y, más aún, el que alguno de ellos dé un paso atrás frente a otro, se subordine a otro fin, ya por una ponderación general o sólo relativa al caso concreto.

En primer lugar parece claro que todo proceso judicial –la existencia de la *justicia* en sí misma– representa una forma de dar solución a conflictos sociales mediante reglas generales que tornan predecible esa solución. La idea misma de la existencia de un proceso judicial se vincula, también, con un *medio pacífico* de solución de esos conflictos, en el sentido de evitar la violencia (guerra) entre los portadores de los intereses enfrentados (también ayuda a ello el que la solución provenga de reglas previamente establecidas y, por tanto, sea predecible). Supuesto que la organización social monopoliza la fuerza (excepciones aparte), ello sólo puede suceder en la realidad si la solución es impuesta de modo *autoritario*. Traducida esta descripción social a términos jurídico-procesales, se puede decir que la meta de todo procedimiento judicial es la decisión que pone fin materialmente al conflicto, de ordinario, la *sentencia* de un tribunal. Más allá aún: la sentencia de un tribunal es un acto de ejercicio de la autoridad, para dar solución a un conflicto social concreto, y ese ejercicio de la autoridad estatal se lleva a cabo en nombre de la paz social y jurídica, para que los conflictos no

sean solucionados por el ejercicio de la violencia arbitraria por parte de los portadores de los intereses contrapuestos o, al menos, pertinentes al caso.

Y, sin embargo, el proceso judicial no es, de ordinario, una exigencia indispensable para lograr la paz social y jurídica. En la mayoría de las áreas jurídicas, sobre todo en el Derecho privado, pero aún en las ramas jurídicas encasilladas dentro del Derecho público, se puede dar solución a los conflictos de intereses, regularmente, por métodos y mecanismos que no pasan por el procedimiento judicial y la sentencia con autoridad de un tribunal. Se puede decir que en esas áreas existe sólo una exigencia negativa: la solución puede encaminarse por cualquier método y por cualquier patrón de decisión material, mientras no implique el ejercicio de la violencia o la fuerza; si ello es necesario, porque fracasan los medios pacíficos, entonces acuden en auxilio el procedimiento judicial y la sentencia de un tribunal. El Estado, el poder político, monopoliza la fuerza, la violencia.

Pero en algunos casos, los menos, entre los cuales se halla, precisamente, a los casos penales, aquellos a los cuales es aplicable para su solución material una regla penal, el principio que se aplica es, por cierto, el contrario. Estos conflictos, para cuya solución el patrón de decisión está constituido por la ley penal, implican posible ejercicio de la violencia, por sus consecuencias jurídicas clásicas (pena o medida de seguridad y corrección) y, antes bien, posible ejercicio del poder (fuerza) estatal –en su mayor exponente–, incluso ya durante la persecución penal, razones por las cuales se exige un procedimiento oficial reglado para controlar la persecución penal y habilitar la pena. Una de las condiciones del ejercicio del poder penal estatal, no suficiente pero sí necesaria, es el propio procedimiento (reducido: *nulla poena sine processu*).

Se puede concluir, entonces, en la afirmación de que la realización (positiva) del Derecho penal, en el sentido de la imposición de una pena o de una medida de seguridad penal, sólo puede ser el resultado del procedimiento penal. *Ergo*, la meta específica a la cual se dirige el procedimiento penal, además de cualquier otra que pueda adjudicársele como proceso judicial o como procedimiento de garantía para los justiciables, está constituida por la sentencia de condena (o la que impone una medida de seguridad y corrección). La exclusión de la condena, en cambio, la absolución o el sobreseimiento material, como sentencia absolutoria anticipada, es sólo una eventualidad del procedimiento que emerge de rechazar la condena, de negar la autorización para reaccionar penalmente. Ningún proceso penal se inicia y se edifica *para*

constatar la inocencia, para absolver. La inocencia no necesita ser declarada. Ella es –forzando el sentido de las palabras– una cualidad que, frente a un hecho concreto, tenemos construida de antemano (por ejemplo: no necesitamos un proceso penal para ser considerados inocentes del homicidio que hoy se relata en el periódico, ni lo podemos exigir). El proceso penal está allí como método necesario para obtener una condena; no ha sido instituido, en cambio, para conseguir un certificado de inocencia. Cuando se expresa, entonces, que un fin del proceso penal es la realización del Derecho penal material, tal visión, en sí correcta, expresa la actuación "positiva" del Derecho penal y no indica su aplicación "negativa", en verdad sólo una manera incorrecta de expresar el resultado contrario[358]. Es correcto, entonces, expresar que una meta principal, directa, del proceso penal es la obtención de una *decisión sobre la punibilidad del imputado*[359]; en cambio, la afirmación contraria es incorrecta por innecesaria[360].

No debe confundir el hecho de que el principio de legalidad y el patrón ante el cual se mide la necesidad de conducir a una persona al procedimiento judicial torne obligatorio incorporar a él a aquellas personas que, conforme a los elementos de prueba de que se dispone, resultan sospechosas de haber participado en el hecho punible. No parece que el legislador haya querido que esas personas logren su declaración de inocencia (*in dubio pro reo*), sino que, antes bien, ha querido señalar la medida del deber de los órganos de persecución penal, respecto del principio de legalidad.

III. Se pretende que la decisión sea *materialmente correcta*. Y tal pretensión es trabajada por el legislador de manera tal que se confunde con la idea de *verdad* acerca del acontecimiento histórico que constituye el objeto del procedimiento. Por esta razón, el procedimiento penal quiere ser construido como un método eficiente para hacer esplender la verdad histórica y, sobre esa base, fundar la decisión penal. De allí los poderes que la ley concede al mismo tribunal para averiguar la ver-

358 Cf. VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., t. II, p. 124, parafraseando a MANZINI, aunque luego se exprese de otra manera.

359 Cf. ROXIN, *DPP*, cit., § 1, B, II, p. 2.

360 Por este motivo básico tiene razón SENTÍS MELENDO, Santiago (*In dubio pro reo*, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1971, n° 6, ps. 126 y ss.), cuando se queja de aquellas sentencias "absolutorias" que no se limitan a rechazar la punibilidad del acusado, la condena, sino que incluyen en sus declaraciones un juicio ético, algo dedicado a la mayor o menor inocencia material respecto del hecho.

dad y, dicho de manera general y normativa, la carencia de influencia de la voluntad de los sujetos procesales para excluir algún elemento de la averiguación[361]. Ciertas formas procesales, como la exigencia que postula el principio de inmediación, la oralidad y la publicidad del procedimiento, trabajan también para la consecución de esta meta y no deberían ser consideradas como derivadas de ella en último término, aunque puedan ser útiles a la realización de otro fin procesal[362].

Así, el proceso penal resulta también un *método para la averiguación de la verdad objetiva*, otro de sus fines, aunque referido siempre a la decisión sobre la punibilidad del imputado.

IV. Sin embargo, la verdad no puede ser conseguida a cualquier precio. Se desea, también, llegar a la decisión sobre la punibilidad sin lesionar la dignidad de las personas, por una parte, y, específicamente, concediendo a quien sufre la persecución penal posibilidades ciertas de resistir la imputación e influir sobre la decisión –en todo caso, parte de la dignidad humana a respetar–, por otra parte. Es por ello que está prohibido, en general, cualquier método coactivo para obtener información (sólo con los testigos se puede amenazar la coacción y hasta ejercerla en proporción mínima[363]: amenaza de la ley penal) o cualquier método que anule la voluntad del informante, que quien es perseguido penalmente está rodeado de protecciones especiales, en el sentido indicado, que se prohíbe el ingreso a la esfera de privacidad de las personas, de manera absoluta en algunos casos, y, en otros, se requiere una autorización especial para practicar esa injerencia.

Todas estas precauciones, transportadas a reglas que limitan la aplicación de ciertos métodos o, directamente, los declaran inadmisibles para averiguar la verdad, y hasta llegan a establecer verdaderas prohibiciones con su contenido, forman parte de una coraza de *protección* que el Derecho procesal construye, especialmente alrededor del

361 Cf. VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., t. II, Cap. III, 4, nº 2, ps. 126 y s.; BELING, Ernst, *Derecho procesal penal* (trad. de Roberto GOLDSCHMIDT y Ricardo C. NÚÑEZ), Ed. Imprenta de la Universidad, Córdoba (RA), 1943, § 23, p. 79; del mismo autor, *Derecho procesal penal*, cit., § 9, 7, *b*, p. 26; ROXIN, *DPP*, cit., § 1, B, II, p. 3 y s., § 15, A, I, p. 99, y § 24, C, I, ps. 186 y s.; VOLK, *Strafprozeßrecht*, cit., p. 3.

362 Con detalles, esta obra, t. I, § 8, D, 3, *c*, ps. 877 y siguientes.

363 Ver, por ej., CPP Nación, 247 y 248.

imputado[364]. Ésta es otra de las tareas del proceso penal, conforme a la característica del Derecho procesal que lo regula, en el sentido de *reformular* (reglamentar) las garantías fundamentales de la persona o la seguridad individual, tarea que, según se observa, le concede por mandato la misma ley, esto es, el Derecho procesal penal. Es correcto afirmar, así, que el proceso penal cumple, también, con la misión de *proteger a las personas* del uso arbitrario del poder penal estatal, en especial, a quien sufre la persecución penal. De allí la exigencia de un *legismo procesal* (procedimiento estrictamente reglado por la ley)[365] o la exigencia de un *procedimiento ajustado a formalidades judiciales básicas*[366].

V. Ya fue explicada la medida limitada en la cual estas metas coinciden unas con otras: nos referimos, sobre todo, a la necesidad de resguardar la dignidad de las personas enfrentada a aquella meta que procura la corrección material de la decisión penal y, para ello, fundar esa decisión sobre la base de la verdad histórica[367], pues gran parte de aquello que comprendemos hoy por contenido correcto de la decisión y la misma palabra "justicia" se confunden con la verdad correspondencia. Y la colisión no se produce en un único sentido, sino, antes bien, tolera varias combinaciones posibles y cambia de dirección frecuentemente, en los casos particulares. Es cierto que todas las limitaciones de la actividad probatoria –ya sea que se refieran a la admisibilidad, a la recepción o a la valoración de medios de prueba, o provengan de la necesidad de proteger la dignidad de las personas– limitan también las posibilidades que tenemos de conocer la verdad histórica; pero la afirmación inversa no es menos correcta, incluso abstractamente, pues el procurar eficiencia para la tarea de conocer ha permitido concebir como admisible muchos ataques a bienes jurídicos de

[364] BINDER, *Justicia penal y Estado de derecho*, cit., ps. 130 y 145, llama "escudo protector" o "valla protectora" de la persona a la función que cumplen todas las garantías penales.

[365] La expresión "legismo procesal" proviene de Rudolf VON IHERING, según cita de Ernst BELING en *Derecho procesal penal* (trad. de Miguel FENECH), cit., p. 23, y es comprendida en el sentido de "que el interés de la seguridad jurídica aspire hacia una reglamentación legal ciudadosa", que impere por sobre el libre arbitrio de las autoridades y las partes.

[366] Con detalle, esta obra, t. I, § 6, B, 2, ps. 488 y siguientes.

[367] Detalladamente, aunque en un único sentido, esta obra, t. I, § 8, D, 2, ps. 852 y siguientes.

primer orden, como la libertad locomotiva, la expresión libre de la voluntad de informar, el ámbito privado de vida, etcétera. Detrás de este problema se ubica la *tensión*, siempre existente en el proceso penal actual, entre dos intereses opuestos, a los que corresponden dos tareas distintas, ambas justificadas, del proceso penal actual: por un lado, la generalidad de los ciudadanos y su deseo de seguridad común en las relaciones cotidianas, que implica el reclamo de eficiencia de la persecución penal; por otro, la seguridad individual, el resguardo jurídico contra la arbitrariedad para la persona que sufre la acción del Estado, el ejercicio de su poder coactivo. A esta relación de tensión corresponden, como se dijo, los dos fines prefijados, dignos ambos de protección, conforme a la concepción actual del proceso penal: la preservación del orden jurídico-penal, mediante la realización de sus reglas, y la seguridad individual, para el respeto de la dignidad de los ciudadanos[368].

La solución a esta tensión, cuando provoca una colisión, puede ser decidida por ponderación de los intereses en juego. Pero unos procuran soluciones anticipadas y abstractas, generales, en tanto reservan el lugar de privilegio para uno de los intereses, hoy casi siempre para la seguridad individual[369]; mientras que otros, en cambio, aconsejan la ponderación real, en el caso concreto, para conceder primacía a aquel interés de mayor peso, en la situación particular que se juzga[370]. No resulta claro –o, cuando menos, no para mí– cuál debe ser la solución. Creo por el momento que, sólo en último término, cuando la ley procesal penal no soluciona el conflicto por anticipado, puede ser preciso pesar el alcance de la injerencia en el ámbito de resguardo individual y la medida en que se resigna la meta de alcanzar la justicia del caso, en la situación particular en la cual nos hallamos[371]. Siempre se recurre a diferenciaciones sutiles de casos generales o individuales, y no siempre la solución aparece libre de crítica.

368 Cf. Vélez Mariconde, *DPP*, cit., t. II, Cap. III, 5, ps. 127 y s.; Henkel, Heinrich, *Strafverfahrensrecht* (2ª ed.), Ed. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1968, § 20, III, IV y V, ps. 86 y siguientes.

369 Cf. Vélez Mariconde, *ibidem*.

370 Cf. Roxin, *DPP*, cit., ps. 4 y siguiente.

371 Así lo consideré yo mismo en un caso límite referido a la *regla de exclusión* (prohibición de valorar medios de prueba): cf. esta obra, t. I, § 6, G, 5, ps. 701 y siguientes.

La ley, en principio, no quiere utilizar al imputado como medio de información en el procedimiento penal. No admite, por ello, el ejercicio de la coacción contra el imputado y lo declara *sujeto incoercible* del proceso penal y hasta prohíbe esa coerción penalmente (CP, 144 *bis*, incs. 2 y 3, 144 tercero, cuarto y quinto); más allá, es inadmisible lograr elementos de prueba por esa vía y valorarlos, cuando ellos han sido obtenidos de esa manera. Sin embargo, es posible obtener muestras de sangre y llevar a cabo otras intervenciones corporales, con la única limitación de que no peligren su vida o su salud, inclusive obtener sus impresiones digitales, fotografías y medidas, y hasta realizar reconocimientos con él junto a otras personas, con prescindencia de su voluntad y hasta con el empleo de cierta fuerza, si resulta necesario para averiguar la verdad[372]. Se recurre, para ello, a distinciones sutiles: el ámbito de protección del imputado termina, prácticamente, en su narración; allí opera el imputado como informante, mediante la comunicación de conocimientos entre personas por medio del lenguaje, cualquiera que él fuere (signos o señales incluidos) y cualquiera que fuere su forma de manifestación (oral o por escrito), esto es, él obra como un *sujeto del procedimiento* penal, si se quiere, como un *órgano de prueba*, que decide libremente cooperar o no cooperar con la meta que ese proceso se propone. En cambio, en los demás casos, él es un *objeto de prueba*, de conocimiento, en el sentido de que guarda en su cuerpo rastros del delito (un proyectil, una herida, su rostro y figura, etc.), y, por lo tanto, no es necesario que transmita un conocimiento por las vías de comunicación con otras personas, sino que, tan sólo, se trata de investigar o utilizar su cuerpo, inexpresivo en el sentido de la comunicación humana. Creo que la diferenciación de los casos, a pesar de su sutileza, es jurídicamente posible y conforme a Derecho en este ejemplo: "Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo" expresa el principio constitucional (CN, 18) y ni siquiera la analogía ayuda para extender el ámbito de aplicación del principio *nemo tenetur* a la investigación objetiva.

La regla que excluye de la valoración probatoria aquellos elementos obtenidos por un medio ilegítimo (en verdad inadmisible) se extiende también, según algunas concepciones, a aquellos elementos de convicción, en sí inatacables, libres de objeciones si se observa sólo el medio inmediato de incorporación, elementos que, sin embargo, sólo pudieron ser incorporados al procedimiento gracias a un acto inicial inadmisible. No obstante, incluso los partidarios de la doctrina de los *fruits of the poisonous tree*, o del *efecto extensivo* de las prohibiciones probatorias, han debido aceptar excepciones, diferenciando sutilmente algunos casos en los cuales la ponderación de bienes y fines protegidos inclina la balanza hacia el lado contrario; por ejemplo: cuando el acto que transforma el medio de prueba en inadmisible es, con evidencia, irrelevante, esto es, cuando suprimido hipotéticamente no hubiera podido evitar la incorporación del elemento de prueba al procedimiento (el policía que, munido de la orden de allanamiento necesaria, inspecciona un domicilio y secuestra la cosa objeto del delito, situada sobre la mesa de luz, pero que, para apurar la pesquisa, abofeteó al habitante de la morada y lo amenazó con el ejercicio de mayor violencia)[373]. La solución,

[372] Cf. Clariá Olmedo, *Tratado*, cit., t. I, nº 190, p. 260; ver, además, esta obra, t. I, G, 2, ps. 664 y siguientes.

[373] Cf. sobre el particular, esta obra, t. I, § 8, G, 5, ps. 695 y siguientes.

sin embargo, fue criticada con un argumento aparentemente correcto: se trata de la creación de una *ficción*, por *supresión mental hipotética* de un elemento presente en la realidad juzgable[374].

Contra la corrección material de la decisión juega también un papel importante otra garantía, la que prohíbe la persecución penal múltiple (*ne bis in idem*), más aún entre nosotros que no concebimos el recurso de revisión en disfavor del acusado o del condenado[375]. En consecuencia, una sentencia, tanto de condena como de absolución (aun un sobreseimiento material), puede ser incorrecta o injusta, porque el acusado ha cometido un delito más grave o no es inocente, y, sin embargo, no se puede volver sobre el asunto desde el punto de vista penal; una persecución penal renovada es inadmisible, cualquiera que sea su contenido de justicia. El caso inverso, precisamente, se resuelve de otra manera (recurso de revisión admitido y sin plazo, incluso después de agotada la pena o muerto el acusado o condenado), a favor del imputado, indicador claro de que se trata de una regla de garantía.

Incólume queda sólo la meta primaria: alcanzar la decisión material sobre la punibilidad del imputado. Con ella se satisface el orden jurídico –desde el punto de vista penal– como solución del conflicto social que está en la base de todo caso penal[376].

VI. Se justifica, entonces, la expresión de que el fin del procedimiento penal actual no es simple, sino complejo[377]; y, según vimos, también se ajusta a la realidad la afirmación de que, en numerosos casos, tan sólo se alcanza una o dos de esas metas y aquella otra que in-

374 Ver, para detalles, este parágrafo, F, 2, *f*, 1, p. 140 (párrafo letra pequeña con notas 343 y 344).

375 Este punto de vista, en contra de la admisión del recurso de revisión en disfavor del acusado absuelto o del condenado a una pena menor por un delito más leve, fue defendido por mí frente a reglas de Derecho positivo que lo admitían para ciertos casos: MAIER, Julio B. J., *Rechtsstaatliches Denken und Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten des Angeklagten*, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Ed. Carl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, ps. 789 y ss.; ver, además, esta obra, t. I, § 6, E, 4, ps. 632 y ss., y § 6, H, ps. 705 y siguientes.

376 Es aquello que VOLK, *Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht*, cit., 3ª parte, Cap. 2, 3, ps. 183 y ss., llama *aseguramiento de la paz jurídica* (*Sicherung des Rechtsfriedens*) y fija como meta del procedimiento penal (*Strafprozeßrecht*, cit., p. 3).

377 Cf. ROXIN, *DPP*, cit., § 1, B, II, p. 4.

dica la estabilidad lábil o precaria existente entre esas metas[378], que se deja notar perfectamente cuando son ponderadas entre ellas en un caso concreto. El panorama se tornará todavía más complejo cuando, además de los fines expuestos, correspondientes al Estado liberal, ingresen al procedimiento penal ciertas ideas regulativas, relativas al llamado Estado social y democrático, que hoy resulta habitual agregar a aquella caracterización, y a la comprensión correlativa de la administración de justicia como un servicio ciudadano. A esa idea pertenece cierta transformación del Derecho penal, en general, y, por supuesto, también del procedimiento penal, en el sentido de ingresar a la víctima, definida incluso con amplitud (asociaciones intermedias en delitos que lesionan bienes jurídicos colectivos o universales, e incluso en delitos que lesionan bienes jurídicos individuales, en auxilio de las víctimas reales o imaginarias), y a la reparación integral como objeto de preocupación de las reglas penales materiales y como protagonista principal en la escena del procedimiento[379]. Deriva también de ese pensamiento una mayor preocupación por racionalizar la determinación de la pena, sobre todo en los delitos graves (cesura del debate y separación del debate sobre la pena). Consecuencia de ambas tendencias es la renuncia condicionada del Estado a perseguir penalmente (suspensión del procedimiento a prueba), para posibilitar otras soluciones al conflicto social, prescindentes de la solución penal, que privilegian, por una parte, el interés de la víctima en una pronta reparación integral (volver las cosas al *statu quo ante)* o en prestaciones sustitutivas, y, por la otra, el efecto de prevención especial que se adjudica a la pena, en casos relativos a la criminalidad media y leve. Con ello, se puede vaticinar cierta *privatización* del Derecho penal y procesal penal[380], en tanto se auxilie a la víctima para que ella persiga penalmente (se erija a la fiscalía en su asistente), o se haga depender de su voluntad la persecución penal (ampliación de los hechos punibles de acción privada o sujetos a instancia privada, incluso retractable) o in-

[378] Cf. Volk, *Strafprozeßrecht*, cit., § 3, ps. 3 y siguientes.

[379] Un panorama de esos problemas lo brinda el libro de AA.VV., incluso extranjeros, *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992; en lo demás, este libro, t. II, § 13, A, ps. 582 y ss., que reproduce uno de los artículos del libro antes citado.

[380] Eser, Albin, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, cit., p. 51.

tervenga necesariamente el ofendido en los procesos de selección de los casos que egresan del sistema penal para ser tratados según otra receta (conciliación autor-víctima).

¿Hasta qué punto la instrumentación de nuevos fines para el procedimiento penal influirá sobre los clásicos, emergentes de la reforma decimonónica? es una pregunta abierta a la discusión de la reforma del Derecho procesal penal. Adviértase, por ejemplo, que el ingreso de varios de estos institutos afectará directamente al fin reconocido sin mella para el procedimiento penal: la decisión sobre la punibilidad del imputado.

VII. Estas metas corresponden al procedimiento penal común. Según observamos, su objeto puede ser contemplado desde el atalaya del Derecho civil (privado), cuando se demanda la reparación por quien puede ejercer la acción civil en el mismo procedimiento penal. En este caso se procura la solución del conflicto social que constituye el caso penal también desde el ángulo de observación del Derecho privado, con ahorro de energía y ampliación de las metas que el procedimiento penal persigue[381]. Algunos procedimientos especiales, como los relativos a los jóvenes y a los delitos de acción privada, transforman los fines estudiados parcialmente, para satisfacer los propósitos de la legislación material respectiva.

H. PANORAMA DEL PROCEDIMIENTO PENAL COMÚN

I. Llamamos *procedimiento penal común* a aquel que se cumple para satisfacer la persecución penal pública, esto es, al también llamado *procedimiento oficial*, gobernado por el *principio de oficialidad* (CP, 71). Ordinariamente se divide al procedimiento penal común en dos partes principales: el *proceso de conocimiento* y el *procedimiento de ejecución penal*. Mirado desde el acontecimiento que desencadena la persecución penal oficial, el procedimiento de ejecución penal es meramente *eventual*: su realización depende de que el proceso de conocimiento finalice con una sentencia de condena firme que deba ejecutarse o, al menos, con una sentencia que ordene una medida de seguridad y corrección. El *proceso de conocimiento*, en cambio, es absolutamente *im-*

[381] Ver este libro, t. II, § 13, B, 4, ps. 677 y ss., y E, ps. 720 y siguientes.

prescindible para responder a la pregunta acerca de una reacción o consecuencia penal y tal pregunta emerge, normal y obligatoriamente, cuando aparece en el mundo de los hechos la afirmación de la comisión de un hecho punible frente a alguna de las autoridades encargadas de –o competentes para– la persecución penal.

Así como nuevas metas del procedimiento penal ponen en crisis su finalidad principal, dirigida a obtener una decisión acerca de la punibilidad del imputado, así también nuevas formas procesales pueden, materialmente, provocar cierta *ejecución de medidas* sin condena: en la *suspensión a prueba del procedimiento*, el imputado es sometido a instrucciones consistentes en formas de comportamiento impuestas (acciones u omisiones) que, en todo caso, restringen su libertad personal[382]. Hoy se ha extendido, también, la aplicación de penas *sin juicio*, por intermedio de aquello que se titula procedimiento abreviado[383].

II. El *proceso de conocimiento*, a su vez, se divide, ordinariamente, en tres períodos, absolutamente necesarios para obtener una condena penal[384], a los que, en ocasiones, les sigue uno meramente eventual, del cual el procedimiento puede carecer, el de los recursos contra la sentencia. Sin embargo, según se verá, existen procedimientos penales truncos, esto es, que culminan anticipadamente –sin el desarrollo de sus tres períodos esenciales y necesarios cuando se piensa en una condena–, de modo regular por *sobreseimiento*, palabra que equivale a decir sentencia de absolución anticipada[385].

[382] CP, 76 *bis* y ss. Esta situación es la que, exagerando la utilidad del principio *nulla poena sine iuditio*, coloca en problemas al instituto, pues, o bien se trata de *penas sin condena*, o bien, como requieren la aquiescencia del imputado, de *penas voluntarias*, en el sentido de que quien las sufre dispone someterse a las medidas indicadas.

[383] CPP Nación, 431 *bis*; cf., con diferentes puntos de vista sobre el particular, el volumen de MAIER y BOVINO (comps.), *El procedimiento abreviado*, citado.

[384] También debería ser así para obtener otra consecuencia penal, una medida de seguridad y corrección, a pesar de que la legislación argentina ha olvidado ordinariamente esta necesidad: cf., de distinta manera, CPP Modelo IA, cit., arts. 384 y ss., con repercusión en el Proyecto CPP Nación (1986), arts. 384 y ss., y en el CPP Chubut, art. 65.

[385] También aquí se puede tratar a la *suspensión del procedimiento a prueba* (CP, 76 *bis* y ss.) y al *juicio abreviado* (CPP Nación, 431 *bis*) como excepciones, pues el primero, a pesar de que culmina con un sobreseimiento o absolución por extinción de la acción penal, una vez cumplido con éxito el período de prueba (CP, 76 *ter*, IV), se paraliza durante el período de prueba y puede proseguir con las demás etapas en los casos que la ley designa (CP, *idem*, III y IV), siempre relativos al fracaso del período de prueba o al yerro en la decisión de suspender el procedimiento, mientras que el segundo puede finalizar en una condena sin juicio público.

a) El proceso de conocimiento comienza por una *investigación* o *procedimiento preliminar*, también llamado *instrucción preparatoria*, sobre la base de la *notitia criminis* –o para corroborarla–, cuyo fin específico consiste en procurar los elementos de prueba que den base al ejercicio concreto de la acción penal pública, por acusación para la realización del juicio público, o a la conclusión del procedimiento penal por sobreseimiento, precisamente para evitar el juicio público. Hoy en la legislación universal, este período del procedimiento es dominado por la fiscalía, que así *prepara la acción pública*, quien sólo acude a un juez para lograr autorizaciones, generalmente referidas al uso de la coacción estatal o al ingreso en la esfera privada de las personas, que la ley coloca en manos de los jueces por razones (constitucionales) de seguridad individual, o para la realización de actos procesales que, por razones de garantía para el justiciable, sólo pueden llevar a cabo los jueces (anticipo de prueba para el juicio). Nuestro país, atrasado en la materia, conserva aún, por regla que soporta cada vez más excepciones[386], este período del procedimiento en manos de un juez específico, el juez de instrucción, reminiscencia del inquisidor en las antiguas leyes inquisitivas.

Peor aún, el CPP Santa Fe todavía conserva y permite, jurídicamente, a semejanza del antiguo código federal y de los códigos provinciales que lo seguían, que se considere definitivos a los actos que realizan estos jueces, aún sin la presencia del imputado y su defensor, y del fiscal, actos registrados protocolarmente por ellos mismos; y, además, autoriza a que el mismo juez dicte la sentencia, después de un remedo de proceso contradictorio, pero escrito y por actas, forma de proceder que domina absolutamente la práctica judicial en esa provincia y contra la cual no ha podido, políticamente, proceso de transformación alguno. Con cierta sinceridad podría afirmarse que esa "cultura inquisitiva"[387] permanece en la práctica de las demás legislaciones procesales penales reformadas, mediante la copiosa lectura de actos de la instrucción, autorizada por la nueva ley mediante cláusulas abiertas[388], y así domina, también, al debate. Tal forma de proceder no es explicable modernamente: se trata, universalmente, de un proceso histórico, final del desarrollo para la Inquisición y, en España, comienzo tímido

[386] Ya porque existen algunos códigos en los cuales la regla es inversa (CPP Córdoba; CPP Tucumán), ya porque existen excepciones parciales en aquellos que privilegian la investigación por un juez (CPP Nación, 353 *bis* y 196).

[387] La expresión no me pertenece, sólo la utilizo por su poder descriptivo: BINDER, Alberto, *Política criminal: de la formulación a la praxis*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, XII, 2, ps. 202 y siguientes.

[388] CPP Nación, 391 y 392; mi experiencia indica que esta práctica no es tan sólo patrimonio de nuestros tribunales.

de su adecuación a ciertas formalidades mínimas de garantía, previas a la gran reforma liberal del enjuiciamiento penal, debido a las ideas de la Ilustración: la instrucción preliminar pierde así sus límites conceptuales, que hoy la caracterizan. Pero es menos explicable aún en nuestro país, después de que nuestra Constitución histórica, todavía vigente, y sus antecedentes, eligieron al juicio público, *por jurados*, como modelo de administración de justicia penal. Y todavía es menos explicable hoy en día, cuando las demás provincias argentinas, de las que la de Santa Fe es una hermana mayor, han reformado –parcialmente si se mira al modelo– su sistema de administración de justicia penal con intentos de acercamiento al modelo, al menos con aceptación del juicio público como fundamento de la sentencia penal.

La instrucción preparatoria o la investigación preliminar finaliza con el requerimiento de la fiscalía –eventualmente del querellante o acusador privado en un procedimiento de persecución penal pública– para el enjuiciamiento del imputado (acusación) o para la conclusión de la persecución penal (sobreseimiento = sentencia absolutoria anticipada)[389].

Existen otros modos de finalización que, sin ser anormales, no son deseables, esto es, no derivan del fin al cual se destina este período del procedimiento. La existencia de un obstáculo procesal o la falta de un presupuesto procesal (siempre subsanables) determina el *archivo* del procedimiento (ello puede suceder, incluso, en un período posterior). Una forma especial de archivo es el llamado *sobreseimiento provisional*, clausura temporaria de la persecución penal que responde al siguiente esquema mental de justificación: un presupuesto procesal de juicio –en verdad, de la acusación, un acto básico para él– es la existencia de la *probabilidad* de una condena y, en ocasiones, se carece de este nivel de conocimientos sobre todos los elementos que requiere la imputación de un hecho punible; la absolución anticipada (*sobreseimiento material*) requiere *certeza* sobre la inexistencia de alguno de los elementos que fundan la condena penal o sobre los elementos que fundan la impunidad, y tal presupuesto cognoscitivo del sobreseimiento tampoco está presente; persiste así la sospecha y la posibilidad de destruir este estado de cosas en el futuro, inclinando la balanza para uno u otro lado, y todavía no se ha agotado el plazo que la ley fija para la persecución penal (prescripción de la acción penal, CP, 59, inc. 3, 62 y concordantes)[390]. Contra este esquema se opone, fundamentalmente, la necesidad de finalizar la persecución penal una vez comenzada, esto es, el derecho del imputado a un *juicio rápido*, que ponga fin, de la manera más breve posible, a la situación de incertidumbre a que lo somete, no sólo jurídicamente, el proceso penal abierto (pena de proceso).

[389] CPP Nación, 347, inc. 2.

[390] De allí el esquema del CPP Modelo IA, cit., arts. 265, 278 y ss., repetido por el Proyecto CPP Nación (1986), *idem*.

Se archiva, en ocasiones, sin perjuicio para el imputado (persecución penal con imputado no individualizado o desconocido), o con su concurso voluntario (rebeldía) o involuntario (incapacidad), que impide la sustanciación del procedimiento[391].

b) A esta investigación preliminar le sigue un *procedimiento intermedio*, ya en manos de un tribunal, dedicado, básicamente, a examinar el mérito de los requerimientos conclusivos de la instrucción que formula la fiscalía. Se trata, entonces, de autorizar el enjuiciamiento del acusado (decisión de apertura del juicio) o de no autorizarlo y, en este caso, de sobreseer el procedimiento, material o formalmente[392]. En procedimientos penales complejos –que tienen por objeto varias persecuciones penales: por su objeto (varios hechos punibles) o por las personas perseguidas (varios imputados)– estas decisiones del tribunal que interviene en este procedimiento pueden incluir autorizaciones y rechazos parciales, esto es, que afectan de distinta manera a sus varios objetos.

En las leyes procesales penales de nuestro país, el procedimiento intermedio aparece muy desdibujado y, en ocasiones, trunco. Los llamados códigos modernos, de juicio oral y público, hoy dominantes entre nosotros, que se aproximan al esquema planteado, regulan el procedimiento intermedio de una manera escasamente ortodoxa: órgano del procedimiento es el mismo juez de instrucción, quien sólo examina la acusación de la fiscalía cuando lo requiere la defensa, instando el sobreseimiento u oponiendo excepciones al progreso de la persecución penal (se dice, por ello, que el procedimiento intermedio es *facultativo*, en los límites en que la defensa lo requiere; de otra manera, sin queja del imputado o de su defensor, la acusación provoca, automáticamente, la apertura del juicio [decreto de remisión])[393]. La decisión judicial que resuelve el incidente en el sentido de la *apertura del juicio* es, normalmente, recurrible, por apelación de quien planteó la oposición y ante un tribunal específico[394]; sin embargo, otras leyes procesales penales aclaran que esa decisión es irrecurrible[395]. En cambio, el *sobreseimiento* o el *archivo*, dictado por el juez de instrucción durante el

391 CPP Nación, 77 y 288 y ss.; ver CPP Modelo IA, art. 266.

392 CPP Nación, 346 y siguientes. A veces, el sobreseimiento formal se confunde o se llama *archivo del procedimiento*.

393 CPP Nación, 349, II, y 351; pero obsérvese que la valoración judicial sobre la validez formal de la acusación y sobre su seriedad material para provocar un juicio público corresponde, también, en los procedimientos complejos por multiplicidad de perseguidos penalmente, para aquellos imputados que no dedujeron excepciones u oposición, si tan sólo uno de los imputados dedujo la oposición (CPP Nación, 351, III).

394 CPP Córdoba, 358, IV.

395 CPP Nación, 352.

transcurso de la investigación preliminar o por la vía de la oposición defensiva a la apertura del juicio, son siempre recurribles para el acusador y, en ocasiones, también para el acusado y su defensa[396].

En casi todas las leyes procesales penales argentinas se aprovecha este período del procedimiento para efectuar un control de la legalidad del sobreseimiento pedido por la fiscalía; pero en casi todas esas leyes tal control es, en definitiva, sólo un control interno: si el juez no lo dicta, provoca el dictamen de un órgano superior en la línea jerárquica de la fiscalía, quien, si coincide con la solicitud originaria determina el sobreseimiento y, si no coincide, unas veces emite él mismo la acusación y, en otros códigos, reemplaza al funcionario inferior y ordena acusar al reemplazante, según las bases de su dictamen[397]. En cambio, el CPP Nación ha optado por una solución reñida con nuestros antecedentes históricos sobre el particular y muy discutida en nuestro medio con referencia al *principio acusatorio*, al *principio de imparcialidad* de los jueces y a la distinción necesaria entre las funciones de la fiscalía y del tribunal: es el tribunal de apelaciones quien resuelve el conflicto entre los acusadores y el juez de instrucción, cuando este último rechaza el sobreseimiento requerido por la fiscalía[398].

Normalmente, la legislación argentina incluye la *preparación del debate* (juicio público) –entre cuyas tareas se halla la composición final del cuerpo de decisión del tribunal que intervendrá en el debate (recusación y excusación de jueces), la admisión o el rechazo de los medios de prueba ofrecidos por los participantes para incorporar al debate y otras tareas accesorias de cierta importancia (instrucción suplementaria, unión y separación de juicios, eventual sobreseimiento sin debate)– en el capítulo del *juicio* y, consecuentemente, integra el cuerpo de decisión del tribunal competente para resolver aquellas cuestiones de la misma manera que el que intervendrá posteriormente en el debate o juicio público[399]. Desde el Proyecto del CPP de la República de El Salvador, Alberto BINDER, su redactor principal, decidió adjudicar toda la preparación del juicio público (debate), básicamente, a este período del procedimiento intermedio, mediante una *audiencia preliminar* contradictoria, en la cual los participantes plantearan todos sus

396 CPP Nación, *idem*, 337, II, y 345; no conviene despejar aquí el interrogante acerca de la recurribilidad del *auto de apertura del juicio* –para aquellos códigos que impiden jurídicamente el recurso (inimpugnabilidad objetiva) contra la resolución positiva– cuando ella proviene del planteo de una excepción, cuya resolución final, según se puede observar, la ley declara siempre recurrible por apelación y para todas las partes (CPP Nación, 345).

397 CPP Córdoba, 359, por la primera de las opciones.

398 CPP Nación, 348; sobre la disputa que originó esta regla, ver la bibliografía indicada en nota 115 de este parágrafo, p. 58.

399 CPP Nación, 354 y siguientes.

problemas para concluir la investigación preliminar, incluidos los medios de prueba de los cuales pretenden valerse en el debate, con el fin de que un tribunal los resuelva sobre la base de esa audiencia y, en definitiva, cite a juicio concretamente, con todas las determinaciones necesarias para su desarrollo (fijación de la audiencia, medios de prueba a realizar en él, participantes), o evite su producción (sobreseimiento o archivo)[400]. Esa reforma, respecto de la legislación tradicional, parece haber obtenido ya la patente de modelo definitivo para el futuro de la región[401]. Yo mismo, al encomendárseme el proyecto para la Provincia del Chubut –y en el actual anteproyecto para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires–, he trasladado todas las tareas relativas a la etapa preparatoria del debate o del juicio público a una audiencia preliminar que cumple un cuerpo de decisión judicial cuyo integrante o cuyos integrantes no pueden intervenir luego en el debate[402]. Resulta ya claro –incluso sin expresarlo– el motivo de esta reforma y de este traslado: acercarnos más al *principio de imparcialidad* del cuerpo de decisión que resuelve, después del debate, la absolución o la condena del acusado, mediante el mecanismo de evitar, en la mayor medida posible, decisiones anteriores que le competan y que puedan fundar prejuicios[403]. Por lo demás, si se observa bien, se potencia el proceso por audiencias y, a la vez, se instituye con claridad el juicio público –relegado a un segundo plano en los llamados códigos modernos argentinos, por varias razones, que no interesa discutir aquí y ahora[404]– como núcleo central del procedimiento penal.

400 Cf. Trejo, Miguel A.; Serrano, Armando A.; Rodríguez, Delmer E. y Campos Ventura, José D., *En defensa del nuevo proceso penal salvadoreño*, Ed. Centro de Investigación y Capacitación (Proyecto de Reforma Judicial), El Salvador, 1994, Sección B, n° 7, ps. 23 y siguientes.

401 Cf. Proyecto de Código orgánico procesal penal de Venezuela, Ed. del Congreso de la República, Caracas, 1997, arts. 330 y ss., código que, según creo, es hoy ya ley de esa República.

402 CPP Chubut, 6 y siguientes.

403 Ello resulta absolutamente claro cuando la decisión reclama el conocimiento previo del objeto del procedimiento, por ejemplo, para admitir o rechazar un medio de prueba en relación a su pertinencia y utilidad.

404 Por ej., introducción de actos registrados de la instrucción, inclusive testimonios, al debate por la lectura o reproducción, acción permitida por cláusulas abiertas; comparación del volumen de reglas referidas al procedimiento preliminar respecto de aquéllas referidas al juicio, incompatibilidades entre ambas, etcétera.

c) Un *juicio*, en el sentido universal de la palabra, como período o núcleo básico del procedimiento penal, también llamado, por ello, *procedimiento principal*, sólo existe en las leyes procesales penales que, por recepción de la reforma decimonónica en Europa continental, incorporaron el debate oral y público como base de la sentencia penal. De allí que yo prefiera llamar a este período del procedimiento penal, *juicio público*. El *procedimiento principal* o *juicio público* representa la sublimación de todos los fines del proceso penal, que en él se reflejan con todo su valor, y alcanzan su dimensión y grado de realización plenos. Este juicio público está impuesto por reglas de jerarquía constitucional[405].

Por cierto, hoy ya no tenemos que bregar por imponerlo frente al sistema procesal penal histórico, de justicia retenida (*justice retenue*[406]), ni por hacer entrar en razones a quienes se oponen a él, como sí debieron hacerlo nuestros mayores y nosotros mismos hace algunos años: para la apreciación de ese verdadero combate intelectual, en su fase final, se puede consultar la primera edición de este libro, plagada de párrafos dedicados a la defensa de la institución. Desde el punto de vista legislativo sólo conozco el caso de la Provincia de Santa Fe que, con afán digno de una empresa con mayor justificación política, se empecina en sostener un sistema procesal diametralmente opuesto, de procedencia anterior al siglo XIX, originado, entre nosotros, en la colonización y dominación cultural hispánica (a pesar de las reformas que introdujo, modernamente, España). Académicamente, en cambio, la batalla cultural fue perdida, definitivamente, por quienes se oponían a la reforma, hoy inexistentes en el ámbito universitario.

Ordinariamente, ese juicio se divide, a su vez, en tres fases: la *preparación del debate*, cuya misión específica es constituir definitivamente el tribunal sentenciador, determinar las personas que tomarán parte en el debate y convocarlas a él, conseguir los objetos necesarios para su realización, y fijar el lugar y la fecha del debate; el *debate* público, oral, continuo y contradictorio, cuya misión es colectar todos los elementos que permitirán fundar la sentencia y oír las opiniones de los participantes sobre su resultado; y la *obtención de la sentencia*, período a su vez divisible en la *deliberación y votación*, por una parte, y en el *pronunciamiento de la sentencia*, por la otra, cuya misión es dar solución al caso mediante la respuesta a todas las pretensiones ingresa-

[405] Cf. esta obra, t. I, § 6, F, ps. 647 y ss., y § 7, C, ps. 775 y siguientes.

[406] Cf. esta obra, t. I, § 5, D, ps. 288 y ss., y G, 5, ps. 405 y siguientes.

das al procedimiento. El *debate* representa el núcleo significativo del juicio: los actos anteriores sirven para prepararlo en miras a su eficiencia y desarrollo normal; de él es consecuencia la sentencia que contendrá la solución del caso, acto en el cual desemboca.

d) Los *recursos* representan una faz meramente eventual del procedimiento. Salvo alguna excepción, hoy menor y justificada[407], este período del procedimiento existe sólo cuando alguno de los intervinientes hace uso de su facultad de impugnar la sentencia. Se observa que vuelve a regir aquí el *principio dispositivo*, esto es, la autonomía de la voluntad que caracteriza al *proceso de partes*.

En los llamados códigos modernos la facultad de recurrir está muy reducida (*casación*), conforme a las características propias del juicio, que no permite que un tribunal, integrado por otros jueces que no presenciaron la audiencia oral y pública, valore la prueba que se incorporó en ella, actividad que, en la mayoría de los casos, resulta imposible ya físicamente; se dice, por ello, que estos juicios son de *instancia única* en lo relativo a la valoración de la prueba y a la fijación de los hechos[408]. En esas leyes procesales penales sólo se puede provocar, ordinariamente, un nuevo examen de la cuestión limitado a los errores jurídico-materiales de la sentencia (más ampliamente, de la decisión que pone fin a la causa o impide que ella continúe[409]) y a los errores de procedimiento –relativos a la observancia de la ley procesal– que representan motivos absolutos de invalidez del fallo o que, sin estas características, fueron denunciados (protesta) durante el debate como motivos eventuales de invalidez de la sentencia o aparecen sólo en su confección[410].

Extraordinariamente se admite, con idéntico alcance, el *recurso de revisión* contra la sentencia que, incluso, quedó ya firme (discutida su naturaleza jurídica como recurso, en virtud de su carácter extraordinario[411]), sólo a favor del condenado, recurso no sometido a plazo y, además, factible de ser interpuesto después de cumplida la condena y aun después de muerto el condenado –en reivindicación del condenado o de su memoria–, para evitar errores gruesos de la sentencia en la reconstrucción del hecho histórico punible o para la aplicación de la ley penal posterior más benigna.

Las convenciones o tratados internacionales sobre derechos humanos, universal o regionales, han erigido al *derecho al recurso del condenado* en una garantía procesal penal propia de procedimientos penales ajustados al Derecho internacional sobre la dig-

407 Por ej., ley nacional de *habeas corpus*, nº 23.098, art. 10, II, por razones de urgencia en el trámite.

408 Cf. esta obra, t. I, § 7, D, ps. 793 y siguientes.

409 CPP Nación, 457.

410 CPP Nación, 456.

411 Cf. CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, cit., t. V, nº 1437, p. 553.

nidad del ser humano[412]. Este Derecho internacional impone, a mi juicio, varias condiciones al Derecho de los recursos contra la sentencia.

Conviene aclarar que los recursos, ordinariamente, no representan tan sólo un período eventual del procedimiento, concebido como integridad (proceso), sino, antes bien, una posibilidad eventual para otras decisiones judiciales intermedias que dictan los tribunales durante el transcurso del procedimiento. No obstante, en un esquema general sobre el proceso penal –digamos, de trazo grueso–, el problema se reduce a presentar la prolongación posible del procedimiento por la interposición de un recurso contra la sentencia, actividad que origina, como lo advertimos, un período meramente eventual –no necesario– del procedimiento penal[413].

III. El *procedimiento de ejecución* de penas y medidas de seguridad y corrección[414] no tiene demasiada importancia desde el punto de vista del Derecho procesal penal, como sí lo tiene, comparativamente, desde el punto de vista criminológico o desde el ángulo de visión de la ejecución penal[415]. Sin embargo, desde la última década del siglo XX adquirieron importancia problemas estrictamente procesales penales de la ejecución penal, tales como el ejercicio del derecho de defensa durante su transcurso, en especial, el problema de la defensa técnica, la jurisdicción ejecutiva en materia penal y los recursos contra las de-

412 Esta obra, t. I, § 6, E, 4, ps. 632 y ss., § 6, H, ps. 705 y ss., y § 7, D, ps. 793 y ss., ya ha tomado a su cargo la explicación del fenómeno y la formulación de una propuesta de solución en la ley procesal penal positiva.

413 La ley procesal penal, incluso constitucional, parece satisfacerse, para la legitimación de una sentencia judicial en materia penal, sobre todo para legitimar una condena o la aplicación de una consecuencia jurídico-penal, con la realización de *un* juicio; empero, si el condenado, con su voluntad, requiere de manera idónea la verificación de esa condena mediante un nuevo examen del caso (*doble conformidad* para la aplicación de una consecuencia jurídico-penal), pone a su disposición el recurso contra la condena para demostrar sus errores eventuales.

414 CPP Nación, Libro quinto, Títulos 1 y 2, arts. 490 y siguientes.

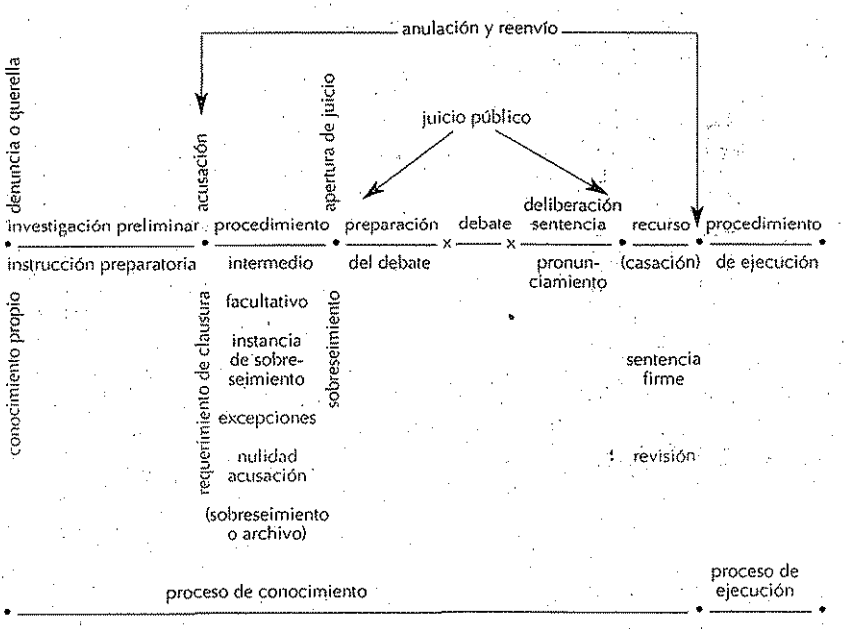
415 Para apreciar esa importancia basta con observar que la ejecución penal constituye un capítulo esencial en todo tratado de Criminología (cf., por ej.; KAUFMANN, Hilde, *Kriminologie III - Strafvollzug und Sozialtherapie*, Ed. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1977, quien dedica todo un tomo al estudio de la ejecución de penas privativas de libertad) y nuestra *ley* (nacional) *de ejecución de la pena privativa de libertad*, nº 24.660 (cf. SALT, Marcos, *Comentarios a la nueva ley de ejecución de la pena privativa de libertad*, en "Nueva Doctrina Penal", cit., 1996/B, ps. 661 y siguientes).

cisiones administrativas o judiciales adoptadas en el procedimiento de ejecución, sobre todo, las referidas a la pena privativa de libertad. No obstante, desde el punto de vista procesal, el procedimiento de ejecución de penas, que hoy prevé cierto carácter contradictorio y judicial[416], nunca alcanzará el desarrollo del proceso de conocimiento.

Las leyes procesales penales derivan la *ejecución civil* –salvo que la sentencia pueda ser ejecutada de inmediato (restitución de cosas)–, por regla, a los jueces competentes ordinariamente para ese procedimiento conforme a los CPPC y C y a las leyes orgánicas en esa materia[417].

IV. Esquemáticamente:

a) Los llamados "códigos modernos"

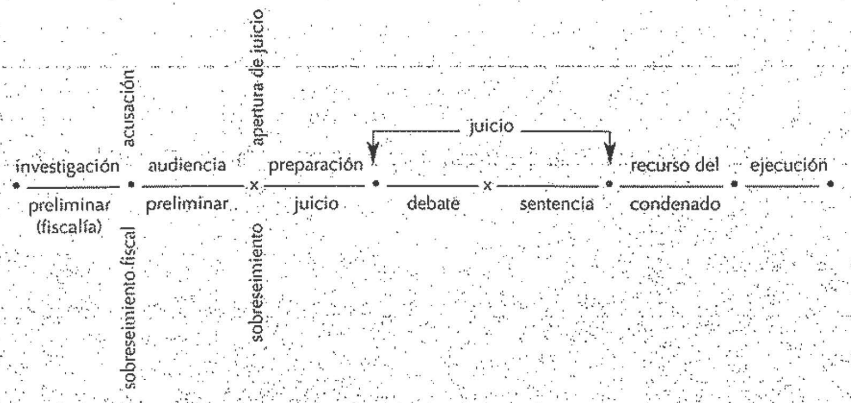


[416] CPP Nación, 491, 493, I, 508, I, y 514, por ejemplo.

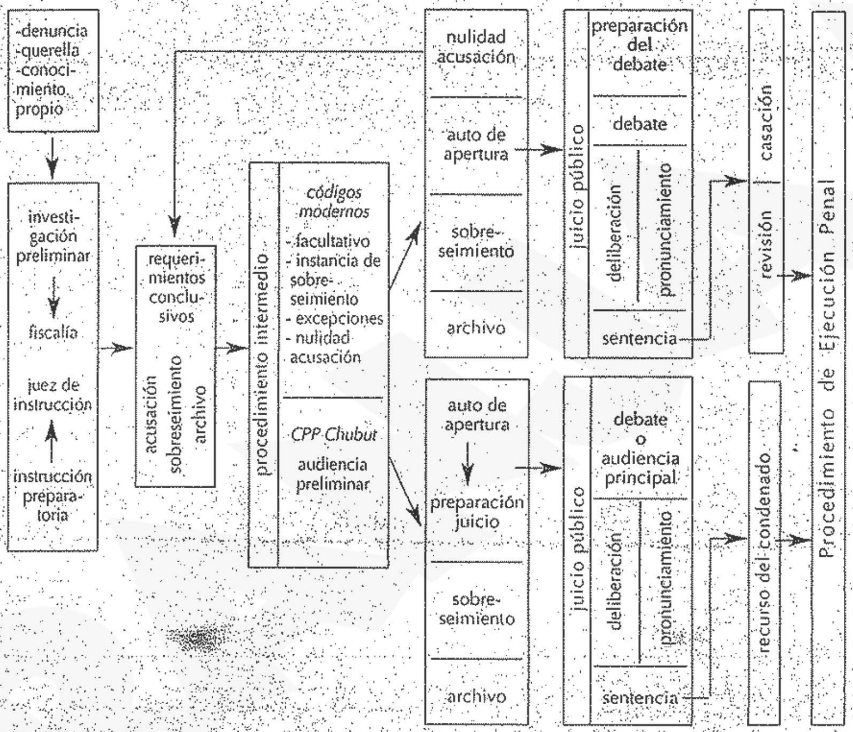
[417] CPP Nación, 516, 523, I, y 524.

94

b) CPP Chubut[418]



c) de otra manera:



[418] El Proyecto para la Provincia de Neuquén revela ciertas similitudes con la estructura de este Código y del Proyecto modelo IA.

I. LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

I. Hasta ahora el discurso se rigió por el procedimiento penal común, apenas con advertencias para otros tipos de procedimientos, llamados *especiales*, que, en todo caso, son excepcionales para el Derecho procesal penal actual. Tampoco aquí se dirá mucho sobre esos procedimientos especiales: antes bien, se los mencionará por comparación con el procedimiento penal común, escenario principal del Derecho procesal penal, y se intentará tan sólo determinar la característica que funda la separación. Finalmente, se mencionará algún procedimiento especial que debería existir en el Derecho procesal penal argentino, tanto por razones constitucionales debidas al respeto de la dignidad humana (posibilidad de *defensa* frente a medidas estatales), como por razones de necesidad política relativas al sistema de justicia penal. En verdad, según se podrá observar, no se trata, en la mayoría de los casos, de procedimientos especiales, sino que, antes bien, ellos significan, de ordinario, modificaciones relativamente pequeñas del procedimiento común o, en alguna ocasión, modificaciones algo mayores, derivadas unas veces de la característica especial de la persecución penal (privada), y otras del intento de solucionar el conflicto social que está en la base del caso penal de una manera distinta o con prescindencia del juicio público, o por un tribunal integrado por jueces accidentales.

II. El *procedimiento correccional* no es estructuralmente, un procedimiento especial. Se trata, antes bien, de un procedimiento abreviado, o, si se quiere, simplificado. En algunos códigos, las principales innovaciones –históricas– consistieron en admitir la competencia de la fiscalía para practicar la investigación preliminar –esto es, en eliminar, tan siquiera parcialmente, al juez de instrucción[419]– y, desde el punto de vista del Derecho de la organización judicial, en autorizar la integración unipersonal del tribunal que preside el juicio y dicta la senten-

[419] El CPP Nación, 353 *bis*, ha aceptado, finalmente, la llamada *instrucción sumaria*, procedimiento de investigación en manos de la fiscalía, pero no ha hecho coincidir su "capacidad" o contenido, con las reglas que fijan el procedimiento correccional; en la mayoría de los casos, sin embargo, los procedimientos correccionales serán precedidos por la instrucción sumaria.

cia[420]. Cierta abreviación de los plazos o simplificación de los actos pertenece también a la caracterización de este procedimiento[421].

III. El *procedimiento de menores* o, más modernamente, para *jóvenes*[422], no es tampoco, estructuralmente, un procedimiento especial desde el punto de vista de la persecución penal, sino tan sólo un procedimiento común con aplicación de reglas mínimas de adaptación para la ley material sobre la persecución penal de menores (leyes nacionales n° 22.278 y n° 10.903 para la justicia penal de menores). De especial importancia es la *cesura obligatoria del procedimiento principal* (ley n° 22.278, art. 4)[423]: con fundamento en el debate público o plenario del procedimiento común sólo se dicta el fallo de culpabilidad; si él culmina en una declaración positiva de culpabilidad, la cuestión de la pena se trata separadamente, una vez que el joven cumplió los dieciocho años de edad y después de por los menos un año de tratamiento y observación tutelar e, incluso, se puede prescindir de la pena, sobre la base de este conocimiento. Algunas reglas remarcan el carácter más que excepcional de la prisión preventiva para estos casos y otras admiten que sean oídos los padres o representantes legales, o que ellos intervengan como sujetos del procedimiento, sin sustituir al joven, y regulan, conforme a ello, un debate modificado (con intervención del defensor o asesor de menores, aun en caso de que el joven haya previsto su defensa particular)[424]. Seguramente otras reglas, que excluyen al joven del ejercicio de ciertos derechos concedidos a los mayores de edad, plenamente capaces para soportar una imputación penal, son criticables como lo es, en sentido material, el llamado *paradigma de la situación irregular*, que domina nuestras leyes penales para la juventud[425].

420 CPP Nación, 27 y 405.

421 El CPP Nación, 406 y 409, II, abrevia plazos de manera intrascendente, y en los arts. 407 y 409, I, simplifica trámites, también de manera insustancial, salvo el caso de la confesión en juicio, que provoca la finalización del debate por acuerdo de los participantes, sin recepción de la prueba ofrecida y admitida (CPP Nación, 408).

422 Ese nombre en el CPP Chubut, 64.

423 Cf. MAIER, *La cesura del juicio penal*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984, ps. 235 y ss., con información bibliográfica.

424 CPP Nación, 411 y 413.

425 Por ejemplo, aquella que, con fundamento en la protección del menor, elimina la *publicidad* del juicio, sin intervención alguna del joven al respecto (CPP Nación, 413, inc. 1; de distinta manera: CPP Chubut, 64, inc. 1, derecho del menor) o, por la misma razón y de la mis-

IV. Desde el punto de vista jurídico, es sensible la carencia de un *procedimiento especial para la aplicación de medidas de seguridad y corrección*, cuando sólo se persigue por esta razón, y ya no para lograr una pena. En nuestro país las *medidas* son aplicadas, prácticamente, sin procedimiento previo y, por ende, sin posibilidad de defensa –al menos, sin posibilidades amplias de defensa en un juicio contradictorio– para aquél sobre quien recae una reacción de este tipo en razón de su hecho ilícito. Tampoco se trata, en verdad, de un procedimiento especial, estructuralmente. En la única medida de seguridad y corrección característica que reconoce nuestro Derecho penal nuclear, la *internación de seguridad* de enfermos mentales que pueden dañarse a sí mismos o a terceros y que han perpetrado un ilícito penal en ausencia del presupuesto de la capacidad de culpabilidad (CP, 34, inc. 1), comprobada la incapacidad para ser declarado culpable (inimputabilidad) debería seguir, cuando fuere pretendida una medida de seguridad y corrección como la indicada, un requerimiento para su aplicación, que contenga todos los elementos necesarios para imponerla (descripción del hecho imputado al agente, razón de su ilicitud penal, peligro futuro para el propio agente o para un tercero), requerimiento que debería permitir un debate similar al que se lleva a cabo normalmente para aplicar una pena, en el cual se procedería contradictoriamente para establecer los presupuestos que condicionan la medida o para descartar a todos o a algunos de ellos e impedir la medida. Pequeñas correcciones al debate común están referidas a la posibilidad de que otras personas intervengan por el incapaz procesal (curador, incluso *ad litem*), sin necesidad de sustituirlo en todos los casos, y a la clausura, total o parcial, de la publicidad del debate, en homenaje a la salud del incapaz.

V. El *procedimiento de faltas* o el *contravencional* es, básicamente, un procedimiento abreviado. En los códigos que lo regulan racionalmente y de conformidad con la mínima expresión de un proceso judi-

---

ma manera (sin tomar en cuenta la voluntad del joven imputado), limita extraordinariamente su presencia en el debate (CPP Nación, 413, inc. 2). Sobre la crítica al llamado *paradigma de la situación irregular*, cf. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Infancia. De los derechos y de la justicia*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998, libro integrado por una colección de artículos (incluye prólogo de Mary BELOFF) cuyo contenido trata, desde diferentes ángulos y puntos de observación, el tránsito desde el *paradigma de la situación irregular* al modelo de la *protección integral*; ver este libro, t. II, § 10, B, III, ps. 209 y ss., especialmente nota 81, ps. 210 y siguiente.

cial conforme a la Constitución, él se limita a una audiencia que preside el juez correspondiente, a la cual concurren, con sus elementos de prueba, tanto el acusador (por regla, el funcionario que comprobó la falta), como el acusado. Principal modificación del debate: si el acusado confiesa la falta no hace falta la recepción de la prueba y el juez o tribunal puede dictar, inmediatamente, sentencia (admisión controlada del allanamiento en materia penal). Actualmente, sin embargo, la materia contravencional y de faltas se separa nítidamente del Derecho penal y procesal penal, y tiende a convertirse en *Derecho administrativo sancionador*[426].

La Ciudad (autónoma) de Buenos Aires ha tomado, por cierto, otro camino: sobre la base del art. 129, CN, de la limitación que le impone la ley n° 24.588, art. 8, y de un proceso gradual de asunción del poder de juzgar en todas las materias (jurisdicción judicial), como Estado local, ha comenzado por dictar su ley contravencional material (Código contravencional o de convivencia, ley n° 10 de la Legislatura de la Ciudad) y luego la Ley de Procedimiento Contravencional (ley local n° 12) a imagen y semejanza de un sistema penal. De tal manera, la primera ley nombrada constituye, prácticamente, un CP con amenazas penales menores y la segunda ley citada representa un Código de procedimiento penal abreviado, que aplica supletoriamente, para los problemas no regulados o deficientemente legislados, el sistema y articulado del CPP Nación.

A la primitiva idea del CPP Córdoba (1939), Libro tercero, Título II, Capítulo III, arts. 460 y ss., que disciplinaba el *"juicio de faltas"* entre los procedimientos o juicios especiales, le sucedió la idea de una regulación autónoma, incluso por razones institucionales (faltas municipales): el mismo CPP Córdoba no disciplina hoy, en su articulado, el llamado juicio de faltas.

VI. El *procedimiento abreviado*, casi *monitorio*, para la delincuencia leve y de mediana gravedad, que permite simplificar el procedimiento común, prescindiendo de su coronación, el debate público, o, al menos, restándole ese carácter a la intervención del tribunal del juicio penal, ha sido el gran hallazgo del Derecho procesal penal argentino de los últimos tiempos[427].

426 Cf. MAIER, Julio B. J., *Sistema penal y sistema contravencional*, en "Actualidad en el Derecho Público", Buenos Aires, mayo-agosto 2000, ps. 27 y ss. Sobre la evolución en la RFA, país en el cual estas infracciones han pasado a ser *contravenciones de orden* (*Ordnungswidrigkeiten*), que no pertenecen al sistema penal sino al Derecho administrativo, cf., resumidamente, ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* [*Strafrecht-AT*] (3ª ed.), Ed. C. H. Beck, München, § 2, II, 2, ps. 12 y siguiente.

427 CPP Nación, 431 *bis*. No se trata sólo de una tendencia argentina: cf. CPP Modelo IA, Libro cuarto, Título I, arts. 371 y ss.; *Alternativentwurf: Strafverfahren mit nichtöffentlicher Hauptverhandlung*, Ed. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen (RFA) 1980; JUNG, Heike, *Öffentlichkeit - Niedergang eines Verfahrensgrundsatzes*, en *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Ed. W. de Gruyter, Berlin-New York, 1986, ps. 891 y siguientes.

Los códigos provinciales, en ocasiones, han acogido la institución en medida mayor a la del propio código federal. Dos ejemplos: en el CPP Córdoba, art. 415, el juicio abreviado procede para cualquier delito y para cualquier tipo y extensión de la pena, por una parte, y la aceptación por el imputado de esta manera de proceder importa o requiere –según el ángulo desde el cual se mire a la institución– confesión circunstanciada, lisa y llana de la culpabilidad, en otras palabras, allanamiento incondicional a la acusación; el límite de imposición penal, según el CPP Pcia. de Buenos Aires, 365, está constituido por la barrera de los ocho años de pena privativa de libertad, no es necesaria la confesión, ni la conformidad del imputado y de su defensor implica esa valoración, y el trámite posterior puede ser también motivo del acuerdo (CPP Pcia. de Buenos Aires, 397, III). Más allá de ello, las diferentes leyes procesales penales argentinas discrepan en la aplicación del instituto a los casos complejos (varios hechos, varios imputados[428]) y, en cambio, coinciden sintomáticamente en cuanto a las consecuencias principales (límite penal según acuerdo, exclusión del juicio público –en lo que consiste la abreviación– y sentencia fundada en los elementos registrados durante la investigación preliminar).

La institución ha sido criticada desde varios ángulos de observación, todos ellos con fundamento último en reglas constitucionales o básicas. Resumidamente: unos hacen hincapié en la supresión del juicio público como modelo de enjuiciamiento penal que no sólo representa una garantía para el acusado, sino que, antes bien, constituye una forma esencial de legitimación de la coacción estatal impuesta a manera de consecuencia jurídico-penal (pena o medida de seguridad y corrección)[429]; otros ponen el acento en la competencia legislativa de la legislatura federal (CN, 75, inc. 12), por ser su disciplina Derecho penal sustantivo y no tan sólo Derecho procesal penal, de competencia legislativa local, según la opinión común[430].

Aunque sin representar un procedimiento especial, la *suspensión del juicio* o *del procedimiento a prueba*, que regula específicamente el CP, 76 *bis* y ss. –más allá de la

428 Cf., por ej., las soluciones diferentes del CPP Nación, 431, I, inc. 8, y II, y CPP Pcia. de Buenos Aires, 400, regla sumamente confusa, que sólo contempla la pluralidad de imputados, no así la pluralidad de hechos punibles atribuidos; el CPP Córdoba, 415, III, coincide con el CPP Nacional en cuanto a la solución de la complejidad por conexidad de causas, sin discriminar, pero no parece referirse directamente a la solución en caso de pluralidad de perseguidos penalmente.

429 Cf. el volumen de MAIER y BOVINO (comps.), *El procedimiento abreviado*, cit., con mayoría de opiniones contrarias a la institución, en el sentido indicado.

430 Cf. DE LA RÚA, *Un agravio federal*, cit., ps. 1198 y siguientes.

crítica concreta del texto legal y su desarrollo jurisprudencial[431]–, permitiría arribar al mismo fin procurado por una institución que provoca reparos constitucionales y resulta extraña a la tradición de nuestro orden jurídico[432], además de lograr otros fines valiosos para el sistema penal: aplicación del *principio de subsidiariedad* –relativo a marginar la solución penal del conflicto social en que todo caso penal reposa– a la práctica judicial e intento de auxilio racional para quien soporta los efectos reales de un hecho punible, el portador concreto del interés o bien jurídico protegido por la norma[433]. Se lograría así cierto descongestionamiento de la tarea judicial, en especial del procedimiento principal, excesivamente cargado de casos, por una parte, y, al mismo tiempo, una intervención menor de la coacción penal (violencia pública legitimada por el orden jurídico), deseable desde el punto de vista político-criminal (*diversion*), por la otra, al menos en el área de los hechos punibles leves y de mediana gravedad.

VII. El *procedimiento por delitos de acción privada* es aquel que conserva mayor distancia con el procedimiento común y, por ello, merece el nombre de procedimiento especial. Su nombre mismo señala la razón: la persecución penal no pertenece al Estado –entonces: ningún control social directo– sino a los particulares, casi siempre a la supuesta víctima o a algún sustituto suyo, conforme a las reglas de ejercicio de las acciones previstas en el CP, 73 y ss., a la manera de la condición básica para la actuación de la ley en el Derecho privado. Se trata, así, de una negación importante de la principal característica de la persecución penal, refrendada por el propio CP, 71: la de ser estatal (princi-

[431] Cf. VITALE, *Suspensión del proceso penal a prueba*, cit., quien, en diferentes partes de la obra, cubre la imperfección del texto legal con una interpretación adecuada a los fines del instituto; y BOVINO, *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino*, cit., Cap. XII, ps. 241 y ss., quien presenta casos concretos en los cuales el texto defectuoso ha dado oportunidad a los jueces para la interpretación arbitraria, políticamente dirigida.

[432] Sobre los problemas que genera la adopción de ciertas soluciones de un sistema extraño en el propio y distinto, LANGER, Máximo, *La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*, en MAIER y BOVINO (comps.), *El procedimiento abreviado*, cit., II, ps. 97 y siguientes.

[433] Acerca de la importancia de estos fines me he pronunciado yo mismo: MAIER, Julio B. J., *¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho?*, en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las ciencias penales*, cit., § X, ps. 777 y ss., específicamente n° 5, II y III, ps. 788 y ss.; y *¿Es la reparación una tercera vía del Derecho penal?*, conferencia aún inédita pronunciada originariamente en el ámbito de la Universidad Nacional de Córdoba (RA), con motivo de las jornadas internacionales llevadas a cabo en homenaje al Prof. Dr. Claus ROXIN, quien recibió de esa Universidad el título de *Doctor honoris causa* y luego remitida, con algunas correciones, para publicar en la República de Chile, en el libro *in memoriam* del Profesor Manuel DE RIVACOBA Y RIVACOBA, amigo mío fallecido por ese entonces.

pio de *oficialidad*[434]). De la misma manera, la *renuncia del agraviado* al ejercicio de la acción penal privada, en relación a un hecho punible concreto que la tiene por objeto, extingue la persecución penal (CP, 59, inc. 4, y 60). A tanto llega esta característica básica que el *perdón de la parte ofendida* extingue también la pena –siempre estatal– ya impuesta por sentencia de condena, más todos sus efectos (CP, 69)[435].

Ésta es la razón de la aproximación formal de este procedimiento al llamado *proceso de partes* del Derecho privado. Como en él, sólo resulta importante el juicio (plenario) que, sobre la base de la demanda del legitimado para proponerla, da pie a la sentencia. Por lo tanto, desde el punto de vista del procedimiento, la principal característica, en comparación con el procedimiento común, resulta de observar que se trata de un procedimiento penal *trunco*: la investigación preliminar o instrucción preparatoria no existe o existe sólo por excepción y para medidas particulares que el acusador (privado) no puede realizar por sí mismo, pues requieren de la fuerza estatal[436]; la acusación privada (querella) da comienzo al procedimiento, que carece también de un procedimiento intermedio para el control de legalidad, como se puede suponer[437]. La leyes procesales penales argentinas, incluso por mandato de la ley penal (CP, 59, inc. 4, y 117) disciplinan una *audiencia de conciliación* previa al debate[438].

A pesar de que la característica principal lo acerca bastante al *proceso de partes*, no se puede decir, sin más, que el proceso por delito de acción privada constituya un procedimiento acusatorio (material) puro: recuérdese que el acusado no *dispone* de la reacción penal en su contra, esto es, desde su costado procesal no es aplicable el principio de autonomía de la voluntad, ni siquiera formalmente, y, por ello, el tribunal está autorizado a proceder inquisitivamente en favor del acusado, y así rige, en general, la regla que incorpora, aun de oficio, los hechos y los elementos de prueba que benefician al acusado. Por lo demás, las leyes procesales penales argentinas han concedido valor material de renuncia a la acción penal (cosa juzgada material[439]), en las circunstancias que describen[440], al llamado *desistimiento tácito*, que opera por inactividad del

434 Cf. esta obra, t. I, § 8, B y C, ps. 813 y siguientes.

435 Más detalles en este libro, t. II, § 13, B, 3, *a*, ps. 669 y ss., y D, 3, II, ps. 709 y siguientes

436 CPP Nación, 426.

437 CPP Nación, 418 y 428.

438 CPP Nación, 424 y 425.

439 CPP Nación, 423.

440 CPP Nación, 422.

querellante en las ocasiones o plazos de actividad en los que la ley le impone, de esa manera, el deber de obrar en dirección a la sentencia, si desea mantener activa la persecución penal[441].

VIII. El *juicio por jurados*, previsto constitucionalmente[442], tampoco constituye un procedimiento *especial*, pero, sin duda, se vería necesitado de ciertas modificaciones importantes en relación al juicio o al procedimiento que, de ordinario, denominamos como común. Por de pronto, y al margen de decisiones orgánicas, la ley debería tomar a su cargo, en etapas anteriores al juicio público, la inclusión y programación de una audiencia previa a él para la integración del banco de jurados, esto es, para tratar las excusaciones de alguno o algunos de los convocados o las recusaciones de las partes –en alguna medida, hasta *sin causa*–, a juzgar por un juez o cuerpo de decisión de integración colegiada, cuyos integrantes no podrán participar en el debate público[443]. Luego, la ley debería organizar el debate de otra manera: dirección y disciplina por un juez permanente, que, sin embargo, no participará en la obtención de la sentencia; juramento o compromiso solemne de los jurados; separación clara del banco de jurados durante el debate respecto del juez permanente que lo dirige, y prohibición para los jurados de cualquier intervención en él que no sea su observación; propuestas a formular al jurado para su decisión; deliberación y votación, exigencia de unanimidad o mayorías necesarias para absolver y condenar; posibilidad de reabrir el debate público; forma y valor del veredicto; cesura del debate y debate posterior sobre la pena en caso de veredicto de culpabilidad; sentencia final[444]. Todavía debería

[441] Sobre el valor de este desistimiento se ha polemizado jurídicamente en nuestro país; a pesar de que los textos son algo excesivos, yo me he pronunciado, con ciertas excepciones, por la necesidad de conceder valor material a ciertas inactividades del querellante, conforme a la principal característica del procedimiento y al principio *ne bis in idem*. La polémica en este libro, t. II, § 13, D, 3, II, ps. 709 y ss., y en BERTONI, Eduardo A., *La constitucionalidad de los arts. 422, inc. 1, y 423 del CPP Nación*, en "Nueva Doctrina Penal", cit., 1996/A, ps. 177 y ss.; MAIER, *La renuncia a la acción penal privada y el abandono de la querella*, cit., ps. 745 y siguientes.

[442] Cf. esta obra, t. I, § 7, C, ps. 775 y siguientes.

[443] El CPP Chubut, 14, ya prevé esta audiencia, como una de las actividades a cumplir una vez decidida la apertura del juicio público, cuando él es de la competencia del tribunal de jurados.

[444] Como ej., CPP Chubut, 57 a 63.

pensarse en el sistema de recursos contra la sentencia de condena y sus variaciones respecto del previsto para la obtenida en un juicio común, esto es, con sentencia dictada por un cuerpo de decisión integrado por uno o varios jueces permanentes y profesionales o integrado por escabinos.

Hasta el momento no ha existido *juicio por jurados* en la República Argentina, a pesar de la previsión constitucional imperativa. Sólo el CPP Chubut prevé, como ley ya sancionada, ese tipo de juicio público, pero aún no se ha sancionado y promulgado la ley de organización judicial respectiva, razón por la cual aquel Código no entró en vigencia. Suponemos, sin embargo, que en algún momento el Congreso de la Nación cumplirá el imperativo constitucional (hoy CN, 75, inc. 12) y ésa es la razón por la que aparece este tipo de procedimiento aquí explicado sintéticamente y por referencia a nuestro procedimiento común.

IX. Esquemáticamente y de manera comparativa:

a) Procedimiento correccional (igual al procedimiento común)

investigación preliminar o instrucción preparatoria	procedimiento intermedio	juicio	recursos	ejecución

El procedimiento para la aplicación única de una medida de seguridad y corrección puede ser esquemáticamente idéntico.

b) Procedimiento de menores

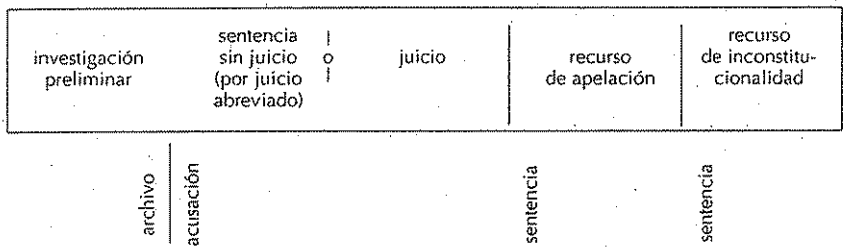
idem anterior	*idem* anterior	juicio de culpabilidad / juicio sobre pena	recursos*	ejecución

* La ley no informa acerca del momento o de los momentos para interponer recursos contra la sentencia emanada de ambas fases del juicio, razón por la cual se debe entender que, cuando la segunda –sobre la pena– no se dicta inmediatamente después de la otra –caso que parece de excepción–, ambas sentencias son impugnables con los recursos previstos en la ley procesal penal y en las oportunidades que ella señala.

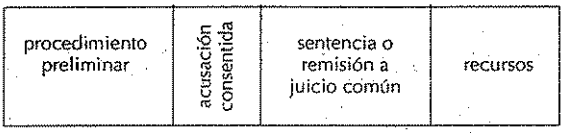
c) Procedimiento de faltas o contravencional (salvo ley específica)

juicio de faltas	recursos	ejecución

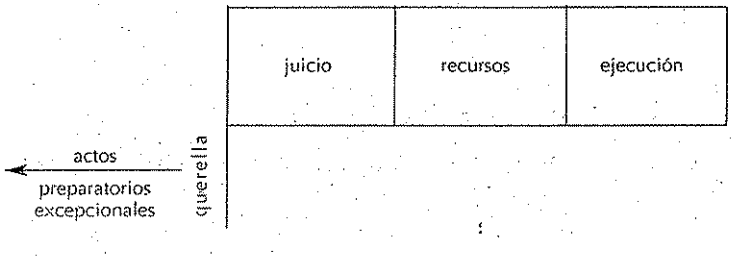
En la Ciudad (Autónoma) de Buenos Aires (juicio contravencional)



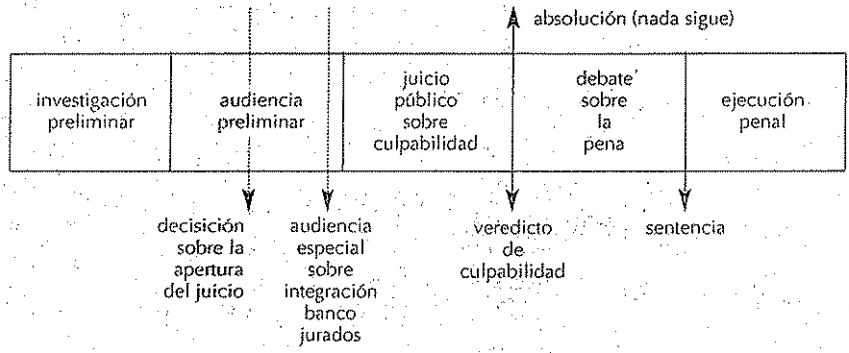
d) Procedimiento abreviado (sin juicio público)



e) Juicio por delito de acción privada



f) Juicio por jurados



IV

Capítulo Cuarto
Protagonistas del procedimiento (sujetos procesales)

Considero *partícipes* o *participantes* (*intervinientes*) en el procedimiento penal a aquellas personas que, idealmente, están interesados jurídicamente en el desenlace del procedimiento y que, con el fin de defender esos intereses, cuentan con facultades procesales autónomas, en el sentido de que ellos tienen derecho a intervenir durante todo o casi todo el curso del procedimiento penal. Se trata de aquellas personas que la doctrina estudia casi siempre bajo el rubro de *sujetos procesales*, aunque pueda existir alguna discrepancia acerca del contenido exacto del concepto.

Quedan fuera de él, en cambio, no sólo los auxiliares de estos participantes principales –que, cuando el tema merece atención, son estudiados en alguna sección interna relativa a los protagonistas principales–, cuya mejor definición queda señalada por la carencia de autonomía y la accesoriedad de su intervención, sino, sobre todo, otras personas que también intervienen en el procedimiento y que son titulares de deberes o de derechos en él –como el testigo o el perito, que serán estudiados en la sección dedicada a la prueba–, cuya intervención es episódica, circunstancial u ocasional, y meramente contingente.

Por lo demás, ya se sabe que la utilización de la palabra *parte* es, al menos, inconveniente, cuando no errónea, en el Derecho procesal penal y en el procedimiento común cuyo origen se remonta al llamado Derecho europeo continental[1]. Por ello, se utiliza a las palabras *participante* o *interviniente* en el procedimiento como sinónimos.

[1] Por todos, ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal* [*DPP*] (trad. castellana de la 25ª ed., Ed. C. H. Beck, München, 1998, de Gabriela E. CÓRDOBA y Daniel R. PASTOR), Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2000, § 17, ps. 121 y siguientes.

Parágrafo Décimo
El imputado y sus derechos §10

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. BAIGÚN, David, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cap. I. CAFFERATA NORES, José I., *El imputado*, Caps. I, II y III. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Tratado de derecho procesal penal*, t. II, Parte segunda, Libro primero, Tít. primero, Cap. Cuarto, y t. III, Tít. segundo, Cap. tercero, Sección segunda. D'ALBORA, Francisco J., *Curso de Derecho procesal penal*, t. 1, Cap. V, y *Código Procesal Penal de la Nación, anotado, comentado y concordado* (4ª ed.), Libro primero, Tít. 4, Cap. II y Cap. VII. DE LA RÚA, Fernando, *Imputado*. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Infancia. De los derechos y de la justicia*. HENKEL, Heinrich, *Strafverfahrensrecht*, §§ 45 a 51. LEGÓN, Faustino J., *Las inmunidades de funcionarios provinciales y la jurisdicción federal*. MAIER, Julio B. J., *Sobre la libertad del imputado*, § 8. MALAMUD GOTI, Jaime, *Las penalidades a sociedades y sus directivos por el hecho del agente (dos modelos del Derecho comparado: la República Federal Alemana y los Estados Unidos)*, y *Persona jurídica y penalidad*. ODERIGO, Mario A., *Derecho procesal penal*, Parte segunda, VI, 3, F y G, y 5, A. PETERS, Karl, *Strafprozeß*, §§ 28 a 31; *Der Strafprozeß in der Fortentwicklung*, § 2, II, 6, y § 3, II, 5; y *Der neue Strafprozeß*, §§ 10 y 11. ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal* (trad. de Gabriela E. CÓRDOBA y Daniel R. PASTOR), § 17, 18 y 19. SUPERTI, Héctor C., *Derecho procesal penal (Temas conflictivos)*, Caps. V y XIV. TIFFER SOTOMAYOR, Carlos; LLOVET RODRÍGUEZ, Javier y DÜNKEL, Frieder, *Derecho penal juvenil*. VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, *La defensa penal* (3ª ed.). VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, t. II, Cap. VIII, §§ I, II y III. VIVAS USSHER, Gustavo, *Manual de Derecho procesal penal*, Cap. 3, nº 6 y 7. VOLK, Klaus, *Strafprozeßrecht*, § 9 y 11. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, § 28, VIII.

A. CONCEPTO DE IMPUTADO

I. Hemos preferido utilizar la palabra *imputado* para designar genéricamente a quien sufre la persecución penal, porque tanto en nuestro Derecho positivo, como en nuestro lenguaje profesional práctico, e incluso en nuestro lenguaje vulgar, según creo, identifica al concepto referido con mayor frecuencia. Ello no niega que también sean utilizadas otras voces genéricas –inculpado, encartado, sindicado, etc.– o, en ocasiones, algunas que nosotros utilizaremos como específicas –procesado, acusado, por ejemplo– para designar sintéticamente al imputado en un momento determinado del procedimiento penal, palabras que, utilizadas de esta última manera, revelan alguna situación especial del imputado, conforme al desarrollo del procedimiento.

En este sentido, utilizaremos regularmente la palabra *procesado* para designar al imputado contra el cual ya se dictó el denominado *auto de procesamiento*, decisión preliminar durante el procedimiento de investigación que constituye el presupuesto de ciertas medidas de coerción en la legislación argentina común[2], aun cuando la decisión

[2] CPP Nación, 306 y cc., como ejemplo característico, repetido por otros códigos provinciales.

no haya quedado firme, pues contra ella están previstos recursos: ello porque la sola aparición del auto de procesamiento constituye el presupuesto básico de las medidas de coerción duraderas (*fumus boni juris*); y dejaremos la palabra *acusado* para referirnos al imputado contra el cual ya se interpuso la acusación, esto es, el llamado requerimiento fiscal de remisión a juicio o el requerimiento particular para el desarrollo de un juicio contra el imputado[3], voces que, como la anterior genérica, son utilizadas normalmente por la legislación, la doctrina y en la práctica argentinas[4]. Ciertamente, aquí no se pretende tratar una cuestión meramente semántica y las aclaraciones que preceden sólo sirven al propósito de no confundir al lector.

El concepto *imputado* puede ser definido, entonces, como sigue: es la persona contra la cual se ejerce la persecución penal[5], precisamente porque alguien indica que ella es la autora de un hecho punible o participa en él, ante una de las autoridades competentes para la persecución penal. El concepto depende, así, de dos notas principales, íntimamente ligadas entre sí: a) la individualización de la persona perseguida; y b) los actos de persecución penal contra ella. Con referencia a la primera de esas notas, no es necesario que quien es perseguido sea nombrado o sea nombrado correctamente, esto es, por su nombre y apellido verdaderos, o por señas inequívocas de su identidad, por ejemplo, por el documento que acredita esa identidad; cualquier error de este tipo puede ser corregido posteriormente[6]. Basta con indicar señas o notas personales sobre la base de las cuales se pueda inferir la identidad de una persona individual; mientras tal indicación no exista, sólo se trata de acciones de investigación objetivas, que no se dirigen contra una persona determinada o que sólo se dirigen a su individualización como autor sospechoso del hecho punible o partícipe

[3] CPP Nación, 347, 418/428 y 431 *bis*.

[4] En el Derecho comparado también se acostumbra a señalar sintéticamente, bajo nombres distintos, las diferentes situaciones en que puede hallarse un imputado durante el desarrollo del procedimiento: ver, por ej., OPP RFA, § 157, que también define en la ley un término general y dos términos específicos según el desarrollo del procedimiento, aunque ellos no coincidan exactamente con los conceptos definidos arriba para nuestra comprensión (cf. MAIER, Julio B. J., *La Ordenanza Procesal Penal alemana*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, vol. II, p. 134, y GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El proceso penal alemán*, Ed. Bosch, Barcelona, 1985, p. 337); de manera parecida, el Proyecto CPP Nación (1986), 31, y el CPP Modelo Iberoamérica, 31.

[5] Cf. PETERS, Karl, *Strafprozeß*, Ed. C. F. Müller, Karlsruhe (RFA), 1966, p. 172.

[6] CPP Nación, 75; cf. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal* [*DPP*], Ed. Lerner, Buenos Aires, 1969, t. II, ps. 357 y siguientes.

en él[7]. Cuántas notas características o qué señas bastan para individualizar a una persona es una pregunta cuya respuesta racional depende de la realidad y del contexto casuístico en el cual nos movemos: casi ninguna, por ejemplo, si el autor está detenido, se desconoce su nombre y sólo basta con señalarlo con el dedo índice; si existe duda, como, por ejemplo, si se presenta espontáneamente una persona que responde a las señas que, pretendidamente, individualizan al autor, resulta preferible siempre dejarlo ejercer los derechos del imputado[8]. La segunda nota característica de la definición depende del dato real de la persecución penal, del peligro que la persona sufre de ser tenido por autor de un hecho punible o partícipe en él y de ser tratado en consecuencia; para que esa nota exista no interesa que se proceda conforme a un error, incluso jurídico, como cuando existe un obstáculo para la persecución penal (se atribuye judicialmente un hecho punible a una persona privilegiada), o se carece de alguna exigencia para la persecución penal (instancia o acción privadas, por ejemplo); la persecución penal de un niño que no haya alcanzado la edad que el Derecho penal exige para poder ser imputado por error en relación a la fecha de nacimiento, a la edad, por ejemplo, no empece a la posibilidad de que el niño resista la imputación o se defienda, incluso para demostrar su edad verdadera[9]. Pero esa imputación que desata la persecución penal, consistente en la afirmación de que alguien puede ser autor de un hecho punible o partícipe en él, si bien puede partir de cualquier persona (testigo, perito, denunciante, querellante, acusador e, inclusive, juez en algunos ordenamientos procesales), es necesario que sea recibida o determinada por un funcionario público competente para la persecución (policía, ministerio público y hasta el juez, según los ca-

[7] Cf. PETERS, *Strafprozeß*, ob. y loc. cit. antes; paradigmáticos en este sentido son los casos que, en el idioma del foro, son denominados "NN", por dirigirse la persecución penal contra un autor hasta ese momento desconocido, modo de mencionar a alguien que sólo constituye un eufemismo, esto es, una manera de no mencionar a nadie, pero de reconocer que existe una obra humana imputable a alguien.

[8] Como en el caso de quien sostiene que es un homónimo o que debe existir un error en la denominación porque él se llama así y no ha podido cometer el hecho punible, pues ese día se hallaba lejos del lugar del hecho, por ej., en el extranjero cuando el hecho fue cometido en el país, o como aquel que reúne en sí todas las señales físicas utilizadas para individualizar y quiere demostrar que él no es el autor.

[9] Cf. PETERS, *Strafprozeß*, cit., p. 173.

sos) o para el juzgamiento penales: no es *imputado*, en el sentido con el que aquí hablamos, quien es señalado como autor de un delito ante un particular o ante un funcionario público a quien no se le ha atribuido poder para perseguir o juzgar penalmente[10]. Es, entonces, la situación objetiva –de estar indicado como sospechoso de haber participado en un hecho punible ante una autoridad competente para la persecución penal– la que define el concepto, y no lo define, por lo contrario, una decisión subjetiva y formal de alguna autoridad, como, según se verá, se creyó en algún momento en la doctrina procesal penal y en la jurisprudencia argentinas[11].

II. La pregunta por el comienzo temporal de la calidad de imputado, que a primera vista parece tener una respuesta obvia, no ha obtenido una contestación pacífica ni en la jurisprudencia de los tribunales, ni en la doctrina jurídica. Se trata de saber, en primer lugar, desde qué momento del procedimiento penal una persona debe ser considerada bajo el amparo de garantías procesales fundamentales –propias del Estado de Derecho y provenientes de la Constitución o del Derecho internacional de los derechos humanos–, que la ley procesal penal reglamenta; garantías y reglamentos que, por así decirlo, antes declamados por la ley, se ponen en acto no bien podamos afirmar que estamos en presencia de un *imputado*, para regir su situación jurídica; y se trata de conocer, en segundo lugar, hasta qué momento persiste esa posición jurídica básica o, si se quiere, cuándo ella termina para dar paso a una posición jurídica nueva, que da nacimiento a un estatus diferente (diferentes deberes, diferentes derechos o facultades). Desde luego, si para nombrar y definir las cosas o las personas adoptamos un punto de vista material, diremos que se trata de definir temporalmente, en el procedimiento, a la persona que es *perseguida penalmente*, esto es, que corre el riesgo de sufrir la situación en que la coloca un procedimiento penal dirigido en su contra, de sufrir la *persecución penal*, estatal o privada, según los casos.

10 Ver *infra* IV y los casos detallados en nota al pie.

11 Cf., en contra, VOLK, Klaus, *Strafprozeßrecht*, Ed. C. H. Beck, München, 1999, p. 29, quien, sin embargo, aclara que no es necesaria una manifestación de voluntad formal, sino, tan sólo, un acto de voluntad, y, por fin, le resulta suficiente con un tratamiento inequívoco como imputado por parte de la autoridad competente para el procedimiento (incluso la policía), con lo cual, prácticamente, se ubica próximo a nuestra tesis y lejos de aquella que será criticada por nosotros (ver *infra* III).

Consciente de esta última definición, la academia pretendió definir al imputado como aquella *persona contra la cual se ejerce una acción penal*. La definición académica, sin embargo, no resultó suficiente desde el punto de vista práctico, pues, según se observa, depende del concepto de *acción procesal*, concepto que, además de discutido académicamente –y, a mi juicio, en gran medida inútil en el procedimiento penal, por lo menos en el derivado de una persecución penal pública–, parece no coincidir con la realidad procesal penal. En efecto, cualquier concepto de *acción procesal* no puede prescindir de imaginarla, incluso abstractamente, como un reclamo –*pretensión*– postulado ante un tribunal para que decida sobre el valor jurídico –la consecuencia jurídica– de una hipótesis concreta de vida que quien reclama la decisión –*actor*– afirma; hasta, por vía de extensión, podríamos pensar en una *acción abstracta*, en el sentido de un pedido de declaración meramente jurídico sobre la validez o vigencia de una regla[12], o suplantar la palabra *tribunal* por la de funcionario judicial, para incluir, por ejemplo, al *ministerio público*, y todavía el concepto resultaría insuficiente[13]. Piénsese que en el procedimiento penal común, incluso con anticipación a la intervención de un tribunal o de un funcionario del ministerio público, resulta perfectamente imaginable y regulada por la ley la intervención de la policía, incluso de la policía de prevención, ya de oficio –esto es, por decisión propia, en ejercicio de un deber y con señalamiento del inculpado– o bien para recibir una denuncia[14]; piénsese también que, cualquiera sea el modo de iniciación del procedimiento, la policía tiene el deber de perseguir penalmente al autor o

[12] Cf. Constitución Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 113, inc. 2; VITURRO, Paula, *Sobre el origen y el fundamento de los sistemas de control de constitucionalidad*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, nº 2.2 y ss., ps. 30 y ss.; en el Derecho comparado, SCHLAICH, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht*, Ed. C. H. Beck, München, 1997, ps. 86 y ss.; *Bundesverfassungsgesetz*, Lechner(Zuck)kommentar (4ª ed.), Ed. C. H. Beck, München, 1996, ps. 363 y ss., para el control de constitucionalidad "*abstracto*" en la República Federal de Alemania, como término de comparación.

[13] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., t. II, ps. 336 y s.; en el mismo sentido, a pesar de algunas inconsecuencias incomprensibles, según el autor mismo sin trascendencia en la práctica o con trascendencia meramente académica, CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho procesal penal* [*Tratado*], Ed. Ediar, Buenos Aires, 1962, t. II, nº 575, ps. 382 y ss.; DE LA RÚA, Fernando, *Imputado*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1961, t. XV, ps. 248 y siguientes.

[14] Cf., a título de ejemplo, CPP Nación, 174, 183 y concordantes.

partícipe[15], quien, por su acción o por la de otra autoridad, y hasta por el ejercicio de una simple facultad concedida a una persona privada[16], puede perder su libertad[17], estar obligado a comparecer bajo amenaza[18], ver allanado su domicilio[19] o tener que tolerar la clausura del local en el cual desarrolla su actividad[20], deberes y atribuciones que, por lo demás, son comunes a todas nuestras leyes procesales penales y existen, de manera genérica, en el Derecho procesal penal de cuño europeo-continental.

Esta advertencia fue suficiente para que el CPP Córdoba (1939) se apartara por completo de las definiciones académicas e intentara una definición práctica[21], que luego siguieron y quizá mejoraron –por su mayor grado de abstracción– todos los códigos de esa corriente legislativa, hoy absolutamente predominante: "Los derechos que este Código acuerda al imputado podrá hacerlos valer, hasta la terminación del proceso, cualquier persona que sea detenida o indicada de cualquier forma como partícipe de un hecho delictuoso"[22].

III. La jurisprudencia y la doctrina habían anticipado el peligro que implica una definición de tipo académico, no precisamente por haber advertido el problema, sino, antes bien, por haberlo provocado. Los tribunales de la capital de la República exigieron desde siempre, para tener por "parte" a quien sufre la persecución penal, que el juez penal lo considerara sospechoso como autor de un delito o partícipe en él y, por tanto, lo llamara a prestar declaración indagatoria; así, era el juzgador quien lo constituía en parte y, desde ese momento, el sospechoso podía ejercer sus derechos en el procedimiento. Previo a

[15] CP, 274; CPP Nación, 183, I, y 284; ver esta obra, t. I, § 8, C. 2, ps. 828 y siguientes.

[16] Cf. CPP Nación, 176 y cc., y 287.

[17] CPP Nación, 184, inc. 8, 203 y concordantes.

[18] CPP Nación, 282.

[19] CPP Nación, 184, inc. 5.

[20] CPP Nación, 184, inc. 6.

[21] CPP Córdoba (1939), 68: "Los derechos que este Código acuerda al imputado podrá hacerlos valer, hasta la terminación de la causa, la persona... que en tal carácter ha sido citada, detenida, o indicada en la denuncia, en la querella, o en la requisitoria".

[22] CPP Nación, 72.

ello el perseguido, esto es, el denunciado o indicado en cualquier acto del procedimiento como autor o partícipe, no podía intervenir en el procedimiento, esto es, no tenía acceso al derecho de defensa que la Constitución establece (CN, 18) y la ley procesal reglamenta: no podía, por ejemplo, designar un defensor, que cumpliera en el procedimiento las labores admitidas para la defensa técnica, o inhibir la persecución penal mediante el planteo de excepciones (existencia de obstáculos o carencia de presupuestos para la persecución penal). Las raíces de esta construcción jurisprudencial –dado que la ley vigente en aquel entonces nada establecía sobre el punto– eran, sin duda, autoritarias, pues la calidad de *parte*, por tanto, de *interviniente* en el procedimiento con los derechos que la ley acuerda, dependían de un acto constitutivo de una autoridad estatal, acto que, en el desarrollo del procedimiento, a su vez, dependía en gran medida de la voluntad o discrecionalidad del funcionario judicial que practicaba la investigación preliminar (juez de instrucción)[23]. Desde otro ángulo de observación, el problema surge por el traslado de la teoría de la acción –generada por y para el procedimiento civil– al procedimiento penal, traslado que, como en materia penal se procede *ex officio* natural y regularmente, y el órgano estatal dispuesto para ello era entonces el propio juez de instrucción, culminaba con el juez ejerciendo una acción ante sí mismo[24]: parece natural que, si es el juez quien ejerce la *acción*, entonces tenga la capacidad de *constituir en parte* a quien él mismo persigue penalmente.

Una decisión judicial de primer orden, aunque curiosa, porque se trató de un fallo sobre un caso concreto[25], expedido por un tribunal supremo –en el sentido de última instancia de mérito: la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la capital de la República– y con la rara virtud de regir para decisiones futuras, pues su doctrina era obligatoria tanto para todos los jueces que integraran el mismo tribu-

[23] La práctica a veces señalaba que toda la investigación se practicaba sin intervención del imputado y su defensor, para, a su fin, escucharlo conforme a la formalidad prevista; incluso, como se verá, se impedía que él tomara intervención espontáneamente.

[24] Cf., por ej., PALACIO, Lino E., *La acción y la pretensión en el proceso penal*, en *Problemática actual del derecho procesal*, Ed. Platense, La Plata (RA), 1971, ps. 535 y ss., en especial, p. 544; como el autor lo indica, según cita de autores, su idea es compartida por otros.

[25] CCC, "Grosman, M.", en "Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, 1969, 2, ps. 55 y siguientes.

nal decisor, como para los jueces "inferiores" a él[26] –por tanto, realmente inferiores por su organización vertical con consecuencias en la labor judicial: algo así como instrucciones obligatorias–, marcó a la jurisprudencia de aquel entonces: no sólo persistió en que el llamado imputado –señalado por alguien como autor de un delito o partícipe en él– no pudiera plantear defensas, para el caso, excepciones relativas a la extinción por prescripción de la acción penal (CP, 59, 3°), antes de haber sido constituido en parte por el juez por medio de la declaración indagatoria, sino que, antes bien, impidió que la causa pudiera ser sobreseída a su favor aun cuando los requisitos que la ley penal contiene para ello se hubieran verificado concretamente[27].

Pero, a decir verdad, la doctrina académica no sólo no le iba en zaga, sino que, antes bien, le proporcionaba apoyo. Así, el libro hegemónico para estudiar la materia por aquella época, *Derecho procesal penal* de Mario A. ODERIGO[28], establecía: "Cualquiera puede ser imputado como autor de un delito por quien pide la formación de un proceso, lo que no bastaría, desde luego, para que adquiriera la situación de sujeto procesal, de parte pasiva en el proceso penal; esto recién ocurrirá cuando el juez lo constituya como tal, sometiéndolo al proceso, disponiendo que preste declaración indagatoria, conf. CPC, art. 236, primera parte". Incluso llegó a decirse que los derechos de la persona perseguida penalmente eran fundamentalmente distintos en este país según circunscripciones judiciales, esto es, en aquellas provincias en las que regían legislaciones modernas y en la capital de la República, donde regía otro sistema procesal[29]; posición imposible de sostener porque el derecho de defensa se posee y se construye, básicamente, desde la regla constitucional que lo impone (CN, 18). Y conforme a esa regla una persona perseguida penalmente tiene derecho a reclamar que lo ab-

[26] "Fallo plenario"; ver esta obra, t. I, ps. 132 y ss., 203 y 746, en especial, nota 11; ARCE, Enrique y DÍAZ CANTÓN, Fernando, *Obligatoriedad de los fallos plenarios. Su inconstitucionalidad*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996/A, ps. 189 y siguientes.

[27] A propósito de un fallo de la CFed. Capital, Sala Penal, que corrigió este error mayúsculo, aunque persistió en el error de no permitir el planteo de excepciones, mi artículo, *El imputado y sus derechos*, en *Sobre la libertad del imputado*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1981, ps. 155 y ss. (el fallo citado se publica en apéndice, ps. 167 y siguiente).

[28] Cito la 2ª edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 247, edición actualizada en la que, según puede verse, colaboró toda su cátedra y entre cuyos colaboradores se cuentan jueces y funcionarios judiciales de alto rango en la Capital de la República.

[29] Cf. ALMEYRA, Miguel Ángel (h.), *Situación y declaración del imputado*, en "Jurisprudencia Argentina", Reseñas, Buenos Aires, 1971, p. 10, quien transcribe uno de los votos de un juez que decidió en el "plenario" GROSMAN, antes citado.

-nelvan (que sobresean la causa a su favor: absolución anticipada), cuando ha vencido el plazo de validez de la persecución penal o cuando existe otra causa extintiva de la persecución penal, o a reclamar la paralización de esa persecución, cuando existe un obstáculo o un impedimento tal que no permite temporalmente que sea perseguido penalmente; todas ellas son defensas que impiden o evitan circunstancialmente la persecución penal y, por tanto, el juez se ve obligado a tratarlas con carácter previo, según el reglamento procesal correspondiente (excepciones), y a decidir el punto.

IV. Se observa así la razón por la cual, al menos en nuestro Derecho, fue necesario legislar el punto. Pero la discusión, aunque refleja un problema práctico nacional, fue y es todavía útil para discutir el punto de comienzo de los derechos del imputado, esto es, para dar respuesta a la pregunta acerca de ¿cuándo se ponen en acto las garantías que la Constitución y la ley que la reglamenta conceden a quien es perseguido penalmente? Hoy la discusión ha terminado, pues la pregunta ha sido contestada correctamente por la propia ley[30] en el sentido de fijar el punto inicial en aquel momento en el que una persona es indicada, *de cualquier forma*, como partícipe en un hecho punible[31]. Restaría agregar, para cerrar aún más la definición, que ese señalamiento debe acontecer *ante alguna de las autoridades encargadas por la ley de la persecución penal* (policía, ministerio público, eventualmente, juez), pues indicar que alguien cometió un hecho punible ante un particular o ante una autoridad sin competencia para perseguir penalmente no conlleva los peligros propios de la persecución penal que ponen en acto –"en pie de guerra"– las garantías establecidas[32].

[30] Prácticamente vigente en todo el país, a pesar de los diferentes códigos provinciales y federal.

[31] CPP Nación, 72.

[32] Así, por ejemplo, los casos académicos de laboratorio para ensayo o examen de los estudiantes de Derecho que se inician en el procedimiento penal: 1. *A* anuncia, en entrevista periodística, que querellará a *B* por la injuria que consistió en publicar un artículo de opinión con gruesos epítetos para su persona; el estudiante *C*, al final de la hora de clase, observa que su compañero *D*, mientras él dialogaba con el profesor, le hurta un libro de su portafolios, escribe inmediatamente una nota al Sr. Decano con el relato del hecho, nota también suscripta por los compañeros y el profesor que presenciaron el hecho. El Decano le sugiere que, además, denuncie el hecho ante la Comisaría próxima a la Facultad. En ambos casos el señalado como autor desea designar su defensor, para que asuma su defensa técnica, y expresar que es legislador –diputado o senador del Congreso de la Nación– y, por tanto, al momento no puede ser perseguido penalmente. El estudiante es el funcionario judicial ante quien se presenta la petición y debe decidir.

V. Sin embargo, es también claro, por tratarse de un procedimiento que se desarrolla y prolonga en el tiempo, que el imputado no siempre goza de la misma manera durante el procedimiento penal, del conjunto de garantías que fijan su posición o, si se quiere, mejor expresado, que él atraviesa, en el transcurso del procedimiento, por diferentes posiciones jurídicas que implican la realización de otros tantos derechos o garantías que le son concedidos. Regularmente, las leyes se ocupan de describir estos estados racionalmente, y de allí los diferentes nombres, antes mencionados, con que ella conoce al imputado, a medida que avanza el procedimiento hacia la sentencia, nombres que fijan posiciones estáticas básicas a partir de las cuales se puede examinar su situación jurídica en el procedimiento penal. En nuestro Derecho procesal penal es clásico referirse al *imputado* para dar a conocer su derecho a designar defensor (*defensa técnica*[33]) desde el primer momento de la persecución penal seguida en su contra, el comienzo de su derecho a ser oído (*presentación espontánea*[34]) y la posibilidad de inhibir la persecución penal desde su iniciación mediante excepciones[35]; también resulta clásico referirse al *procesado* para indicar el comienzo de su derecho a controvertir el fundamento de la sospecha que lo señaló como autor de un hecho punible o partícipe en él mediante recursos contra decisiones judiciales que lo colocan en riesgo de sufrir la coacción estatal antes de la sentencia[36]; y, por fin, se nombra al *acusado* cuando se desea indicar el perfeccionamiento del derecho a defenderse, esto es, el ser *oído* sobre la imputación y defendido de ella en audiencia pública que, como la palabra resaltada lo indica, transcurre en forma oral, ante los jueces que habrán de decidir y frente a su acusador[37]. Hoy se debería hablar también del *condenado* para indicar su *derecho al recurso*[38] y su derecho a defenderse también durante el procedimiento de ejecución[39]. Todas esas posiciones básicas centran ciertas imputaciones ju-

[33] Ver CPP Nación, 104 y siguientes.

[34] Ver CPP Nación, 279.

[35] Ver CPP Nación, 339 y siguientes.

[36] Ver CPP Nación, 311.

[37] Ver CPP Nación, 363 y siguientes.

[38] Ver esta obra, t. I, ps. 632 y ss., y 705 y siguientes.

[39] Ver CPP Modelo IA, 388 y cc.; CPP Nación, 491, I, y concordantes.

54

rídicas de derechos para quien es perseguido penalmente, con el afán de describir sintéticamente esa posición y ubicar al interlocutor en el momento preciso del procedimiento, sin perjuicio de derechos que son concedidos en general y, regularmente, con referencia a ciertos actos: ningún imputado puede ser obligado a declarar y tiene el derecho de guardar silencio, debe ser informado de ese derecho y de otros que posee; para ingresar a su domicilio, como al de cualquier otra persona, se necesita, por principio, una orden expedida por un juez; los actos de coerción deben estar permitidos por la ley (*nulla coactio sine lege*) y autorizados por un juez; el fundamento de las decisiones fácticas debe surgir de elementos de prueba permitidos e incorporados al procedimiento conforme a la ley (*prohibiciones probatorias*); en caso de duda, se debe decidir a favor del imputado (*in dubio pro reo*), regla de valoración probatoria que, al menos, rige para la sentencia, etcétera.

VI. En este contexto se preguntó, también, cuándo culminaba la calidad de imputado, es decir, por su finalización. La pregunta fue de más sencilla respuesta, pues la *sentencia firme* clausuraba esa calidad[40]. Empero, la sencillez de la respuesta era tan sólo aparente, pues aquel punto de inflexión merece también una definición que, de manera alguna, resulta autoevidente: varias veces se verificó que tenía su importancia para resolver diversos problemas, que aquí tan sólo son indicados. Desde antiguo se discutió acerca de ese punto para resolver el par conceptual *prescripción de la acción-prescripción de la pena*[41]. La cuestión volvió a suscitarse con motivo de la ley n° 24.390, art. 7, para conocer hasta qué momento se computaba (CP, 24) dos días de pena de prisión o uno de reclusión por cada día de encarcelamiento preventivo superior a los dos años[42]. Aunque con un interés diverso, para

[40] Cf. CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, cit., t. II, n° 575, p. 382; VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., t. II, p. 341.

[41] Cf., por ej., NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal argentino* [*DP arg.*], Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1965, t. II, ps. 540 y s. (ver nota 714); ARSLANIÁN, León Carlos, *La prescripción de la pena*, en "Doctrina Ppenal", Buenos Aires, 1981, ps. 33 y ss. (con cita de fallos sobre el particular y a raíz del fallo *plenario* "Barba", de la CCC, 23/3/1979).

[42] Cf., aunque parcial e incidentalmente, DOMÍNGUEZ HINAIN, Daniel, *Ley 24.390. Prisión preventiva. Plazo máximo. Cómputo del encarcelamiento cautelar*, Ed. Juris, Rosario (RA), 1996, ps. 57 y ss.; SOLIMINE, Marcelo A., *Limitación temporal al encarcelamiento preventivo y su cómputo a los fines del art. 24 del Código Penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996, ps. 163 y siguiente.

aplicar instituciones del Derecho penal, estos problemas plantean la necesidad de distinguir entre la posición jurídica de un imputado y de un condenado o, si se quiere, fijar el punto en el tiempo en el que finaliza la posición jurídica del primero de ellos –todavía *inocente* para el orden jurídico, característica inherente a la definición de imputado– y comienza la del segundo. Va de suyo que el punto de inflexión se refiere al momento en el cual es legítimo que el condenado –antes imputado– comience a cumplir la pena o tal cumplimiento le sea exigible.

Sólo con alcance procesal se puede decir que la calidad de imputado y la posición jurídica que le es inherente cesa con la *sentencia firme*, condenatoria o absolutoria, y comprender entre estas últimas a aquellas absoluciones anticipadas en las que consiste, según las leyes procesales argentinas, el *sobreseimiento* judicial de la causa en favor de una persona determinada, resolución que, precisamente por ello, también es llamada *sentencia de sobreseimiento* por algunos códigos[43]. Sin embargo, no resulta tan claro distinguir –sobre todo en virtud de la procedencia de recursos extraordinarios (en el sentido de excepcionales)– cuándo o a partir de qué momento una sentencia queda firme. Ella es, en principio, la sentencia que no admite recurso alguno en su contra (con excepción de la *revisión*, remedio o recurso extraordinario que ataca la misma cosa juzgada y sobre el cual luego hablaremos); también lo es aquella que, admitiéndolos, ve transcurrir y vencer los plazos para interponer todos los recursos posibles sin haber sido recurrida; y, por último, ingresa a la misma categoría la sentencia que, recurrida, arriba, en el juicio sobre la admisibilidad del recurso, al rechazo de aquellos que fueron interpuestos[44]. Con frecuencia este momento sólo puede fijarse, según se comprende fácilmente, desde un punto de observación *ex post* respecto del *dies a quo* (del punto en el tiempo que nos interesa), esto es, frente a un litigio específico y concreto, porque, por ejemplo, está firme la sentencia contra la cual se ha interpuesto un recurso que ha sido declarado inadmisible por alguna razón formal (carencia de requisitos externos o internos del acto recursivo), pero ese juicio certero dista de reunir la misma característica cuando nos referimos al momento desde el cual adquirió esa cali-

[43] CPP Nación, 335; cf. VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., p. 341 (ver nota 7 *bis*).

[44] NÚÑEZ, *DP arg.*, cit., t. II, p. 542.

dad: ¿momento del rechazo o fecha de la sentencia? Maguer la recomendación puntual, esto es, de dar solución al interrogante frente al caso concreto determinado, se puede decir, en términos generales, que ese momento coincide, naturalmente, con aquel en el cual podemos decir, con certeza, que la sentencia quedó firme (excluido el recurso de revisión): si no es más admisible recurso alguno, desde la fecha de emisión de la sentencia; si no se ha interpuesto un recurso, pese a que ellos son admisibles, desde el día en el cual venció el plazo para recurrir; si se recurrió, pero el recurso fue declarado inadmisible, desde este último momento. El caso del recurso declarado admisible y de la sentencia confirmatoria, total o parcialmente, incluida su reforma, se resuelve por sí mismo: desde este momento si esa sentencia no puede ser más recurrida; de otro modo, sigue las reglas anteriores (esto último sucede, por ejemplo, con el juicio de reenvío)[45].

Es más que dudosa la afirmación de que la apertura del *juicio de revisión* tenga la virtud de dar nueva vida –en sí: resucitar– a la calidad de imputado[46]; es claro que, después de una condena firme, esa posición jurídica no resucita por el hecho de la interposición del recurso de revisión, pero tampoco cobra nueva vida por el hecho de que ese recurso sea admitido por el tribunal[47], ni por el hecho del reenvío, mediante la disposición de un nuevo juicio[48]: el condenado sigue siendo un condenado penalmente hasta el momento en el cual su condena es revocada y él absuelto (*iudicium rescisorium*), maguer el *iudicium rescindens* ocurrido con anterioridad[49]; la facultad de "suspender la ejecución de la sentencia recurrida" –y disponer, con o sin caución, la libertad del condenado–, concedida al tribunal del recurso[50], no es más que aquello

[45] No todos los aspectos mencionados son tenidos en cuenta ni imaginados al momento de la necesidad de problematizar el punto, según se observa en los textos de la cita de la nota 42 de este parágrafo, p. 197.

[46] Así CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, cit., t. II, nº 585, p. 382; y DE LA RÚA, *Imputado*, cit., p. 252.

[47] CPP Nación, 483 (remisión incorrecta al procedimiento del recurso de casación), mediante la disposición de indagaciones y diligencias, incluso delegadas a algún miembro del tribunal.

[48] CPP Nación, 485 y 486.

[49] Claro es que el *iudicium rescindens* y el *iudicium rescisorium* a veces coinciden en una única resolución: CPP Nación, 485, último supuesto.

[50] CPP Nación, 484.

que sugiere la expresión, precisamente porque la condena está, aún, pendiente y vigente. El hecho de que se disponga un nuevo juicio (reenvío), porque el motivo que funda la revisión es admitido como serio (*iudicium rescindens*), y el de que en ese juicio alguien ejerza –incluso el propio condenado– las facultades previstas por la ley para el imputado (esto es, asuma la defensa del condenado), no varía su posición jurídica frente a la pena como consecuencia jurídico penal; más que indicativo es el hecho de la revisión y del reenvío a favor de una persona ya fallecida, quien no puede reasumir la calidad de imputado[51].

En relación con el sobreseimiento sólo es dable recordar que, para culminar la persecución penal y, por tanto, hacer cesar la calidad de imputado, él debe referirse a una persona determinada, como lo proponen los llamados "códigos modernos" –se dicta sólo en favor de un imputado individualizado[52]–, caso en el cual se trata, según antes dijimos, de una sentencia absolutoria anticipada. Una especie de *sobreseimiento absoluto*, es decir, dictado genéricamente, sin relación con un imputado individualizado –esto es, sin referencia a persona alguna a quien se reputa autor o partícipe–, y con valor *erga omnes*, debería ser desconocido por nuestro orden jurídico penal como decisión judicial[53].

Resta todavía averiguar si, en los casos de archivo del procedimiento por imposibilidad de proceder –por ej., en los casos de carencia de instancia o de acción privada, para los hechos punibles cuya persecución depende de ellas, o de personas privilegiadas a quienes no se puede perseguir penalmente sin desafuero o autorización anterior– cesa la calidad de imputado. Los casos genéricos en que ello sucede son muy variados y responden a diversas razones y a distintos orígenes jurídicos, razón por la cual cabe examinarlos singularmente. Resulta así necesario tratar alguno de estos casos para corroborar esta afirmación, más aún ante la posibilidad de que la legislación presente casos genéricos futuros, hoy inexistentes. La necesidad de una *instancia privada*

51 Cf. DE LA RÚA, *Imputado*, cit., p. 252.

52 CPP Nación, 335: sólo así provoca el efecto de *ne bis in idem* (cf. esta obra, t. I, ps. 626 y siguientes).

53 Estas decisiones llamadas *absolutas* con significado *erga omnes* son sostenidas por OBERTO, Mario A., *Derecho procesal penal* (2ª ed.), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1973, ps. 405 y s., de conformidad con la jurisprudencia reinante en aquel entonces, relativa al CPCrim. (1882, ley nº 2.372), derogado por el CPP Nación actual, y criticadas en esta obra, t. I, ps. 626 y siguientes.

para perseguir penalmente algunos hechos punibles (CP, 72) presenta un caso paradigmático, pues, según la letra misma de la ley (CP, 72, II), sin ella *no se puede proceder a la formación de causa*. Ello determina que la decisión judicial que declara la inexistencia de la instancia aclare, precisamente, la invalidez de la persecución penal transurrida, a la manera de la *nulidad absoluta* de un acto según los arts. 1046, 1047 y cc. del CC. Si ello es así, la declaración no haría cesar la calidad de imputado, sino que aclararía, *ex post*, que ella nunca debió existir o no existió válidamente. Empero, nadie podría negar que, mientras se mantuvo la persecución penal errónea –sin instancia que la habilite–, la persona perseguida penalmente tuvo y pudo ejercer todos los derechos de resistencia a la imputación que la ley, por imperio constitucional, le habilita, entre ellos, el derecho a advertir acerca de la carencia de instancia y a promover la resolución que así lo declare. El caso de la *acción privada* es semejante y promueve una solución idéntica, cuando la persecución penal es ilegítima porque se lleva a cabo por quien no resulta habilitado por la ley a perseguir penalmente (CP, 73). El *desafuero* de algunos funcionarios públicos o la *autorización para perseguir penalmente* a algunos funcionarios públicos que ostentan el privilegio de no ser perseguidos penalmente sin que medie una decisión estatal expresa, por parte de la autoridad competente para ello (ver, por ejemplo, CN, 53, 59, 60, 114, inc. 5, y 115), representa, también, un caso genérico similar, ya que el archivo del procedimiento por esta causa –carencia de la decisión estatal por parte de la autoridad competente– sólo declara la improcedencia de la persecución penal contra una persona determinada; sin embargo, nada impide que esa persona resista una imputación real que no advierta la circunstancia impeditiva y, si nadie observa de oficio esa carencia, impulse una decisión sobre el particular por la vía correspondiente[54]. Es parecido, pero no idéntico, el caso de la existencia de una *cuestión prejudicial*, pues la suspensión de la acción penal (CPP Nación, 10) provoca la inmediata libertad del imputado detenido, aunque no evita la tramitación del procedimiento en lo referente a los actos probatorios urgentes[55], para cuya realización y cuyo control el imputado sigue poseyendo las facul-

[54] CPP Nación, 8 y 339, inc. 2.

[55] CPP Nación, 13.

tades de intervención que le son inherentes. De todos modos, estos casos se parecen por su efecto, pues la declaración que evita la persecución o aquella que la suspende tienen sólo vigencia *provisional*, mientras el obstáculo que la impide no sea removido, esto es, corregida o suplida la carencia de algún requisito que, según la ley, impide perseguir o imputar penalmente. En la *suspensión del juicio* o *del procedimiento a prueba* (CP, 76 *bis* y ss.), el imputado no pierde su calidad de imputado –y hasta de *procesado* o *acusado*–, razón por la cual no sólo conserva su capacidad de realizar actos internos del procedimiento, con las limitaciones propias del instituto, sino que, además, si esa calidad fuera –externamente– importante para definir su posición jurídica[56], ella debe ser considerada existente. La conservación de la calidad de imputado, en el sentido indicado, es aún más notoria para el *rebelde*[57] y para el *incapaz* (CPP Nación, 77), a pesar de la paralización limitada del procedimiento en su contra[58].

B. CAPACIDAD

La *capacidad para estar en juicio*, esto es, la capacidad para ser imputado en un procedimiento penal, representa, universalmente, un presupuesto procesal[59]. Con independencia de aquello que signifique integrar la categoría referida a los *presupuestos procesales* o de la importancia que se conceda a la teoría sobre esos presupuestos[60], se estudia la *capacidad procesal* desde dos sentidos o significados muy diferentes: ella puede ser entendida como *capacidad general* para ser colocado en la condición de imputado (perseguido penalmente) en un procedimiento penal o ser comprendida como *capacidad específica* respecto de los actos singulares que contiene un procedimiento pe-

56 Por ejemplo, para conceder un permiso o una autorización, o para imponer ciertos deberes (ver CPP Nación, 310).

57 CPP Nación, 288 y siguientes.

58 CPP Nación, 77 y 290.

59 Cf. VOLK, Klaus, *Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht*, Ebelsbach (RFA), 1978, ps. 230; en idéntico sentido, entendida como *"aptitud para asumir la condición de tal"* (imputado), VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., t. II, p. 341.

60 Ver este libro, t. II, § 9, F, ps. 73 y ss.; cf. PASTOR, Daniel R., *Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales* [*Presupuestos e impedimentos procesales*], en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Ed. Marcos Lerner/La Lectura, Córdoba (RA), 2001, ps. 793 y siguientes.

I. Desde el primer punto de vista (capacidad general), la exigencia extraña al Derecho procesal penal propiamente dicho, deriva del hecho punible atribuido y de su autor o partícipe, y es regulada por el Derecho penal. Un autor que no reúne el presupuesto indispensable –de personalidad, madurez y aptitud intelectual suficientes– para poder adjudicarle capacidad de acción (e, incluso, para poder ser considerado culpable) en el momento del hecho punible, tampoco reúne la condición necesaria para poder ser perseguido penalmente (imputado). Esta condición falta, por ejemplo, cuando no se trata de una persona física o de existencia visible, o cuando, tratándose de ese caso, el imputado no alcanza la edad límite para ser perseguido penalmente en el momento en el que sucede el hecho punible –¡y no en el momento en el que transcurre el procedimiento!– o cuando, en ese momento, no posee la aptitud psíquica mínima necesaria que permite imputarle un comportamiento como suyo. Todos estos problemas serán estudiados a continuación limitadamente, en sus aristas esenciales y discutibles, pues su estudio particularizado corresponde al Derecho penal[62].

Sin embargo, como se trata, básicamente, de un Derecho penal de doble vía[63], es preciso aclarar que, analógicamente a la situación del imputado, se halla aquel a quien se pretende aplicar una *medida de seguridad y corrección* por su hecho –si bien no punible, sí ilegítimo–, aun cuando él no responda penalmente por carencia de la capacidad para ser considerado culpable (posibilidad de comprender y valorar su comportamiento y de obrar conforme a esa comprensión)[64]. Con ello quiero decir que aquel a quien se pretende imponer sólo una medida de ese tipo (penal), debe tener posibilidades de defensa similares a las del imputado, en un procedimiento regulado legalmen-

[61] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., t. II, p. 341.

[62] Cf. por todos, ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros (ALAGIA - SLOKAR), *Derecho penal. Parte general [DP (PG)]*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, ps. 393 y ss., en especial § 28, ps. 394 y siguientes.

[63] Hoy procura una *tercera vía*: la reparación por el autor del daño provocado por el hecho punible, concepto definido con amplitud, comprensivo tanto de la *reparación natural* (regreso de las cosas al *status quo ante*), como de la reparación simbólica; cf. ROXIN, Claus, *Strafrecht, Algemeiner Teil [Strafrecht AT]* (3ª ed.), Ed. C. H. Beck, München, 1997, § 3, III, ps. 67 y ss.; *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1992, ps. 129 y ss.; MAIER, Julio B. J., *La víctima y el sistema penal*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, cit., ps. 195 y siguientes.

[64] En la doctrina penal se discute la ubicación sistemática del examen de la aptitud psíquica para delinquir, que se reparte entre la *capacidad de acción* y la *capacidad de culpabilidad*; cf., por todos, ZAFFARONI y otros, *DP (PG)*, cit., ps. 403 y 659.

te. La aplicación de una medida de seguridad y corrección, en nuestro Derecho penal, constituye, sin duda, una excepción (CP, 34, inc. 1).

Por lo demás, es necesario aclarar que el hecho de carecer de capacidad general para soportar una imputación penal no dice nada acerca de la realidad, esto es, acerca de la posibilidad de que un incapaz sea perseguido penalmente, es decir, acerca de que él sea sometido al procedimiento penal en la realidad, incluso por error sobre sus condiciones o sobre el hecho atribuido: de allí la debilidad de la teoría de los presupuestos procesales. Empero, si ello sucede, resulta claro que quien soporta el procedimiento ejerce los derechos previstos para el imputado –esto es, posee facultades procesales y puede ejercitarlas mediante actos procesales, a la par de que los demás sujetos procesales tienen deberes para con él–, incluso para demostrar que carece de las condiciones para poder ser perseguido penalmente.

Desde el segundo punto de vista (*capacidad específica*), la cuestión es más ardua, porque representa –expresado de modo general– la aptitud para realizar actos jurídicos[65], los actos del procedimiento. Necesariamente, esa aptitud está referida, en principio, a la comprensión del acto a realizar y a la posibilidad del imputado, según esa comprensión, de tomar decisiones acerca de su comportamiento en el acto (voluntad o discernimiento) y ejecutar esa decisión, aspecto que, en términos breves, se confunde con la capacidad de resistir la imputación. Más allá de esa condición, para una cantidad grande de actos procesales, especialmente para la realización del juicio y en el debate, se exige la presencia física del imputado en el procedimiento. El juicio sobre esta capacidad específica ya no depende de las determinaciones del Derecho penal y menos aún de la capacidad de culpabilidad o de su presupuesto; ese juicio comparece sólo ante las reglas del Derecho procesal penal.

1. Presupuesto o capacidad general

I. En principio, sólo los seres humanos, esto es, las "personas de existencia visible", según la terminología de nuestro Código Civil (personas físicas, por contraposición con personas jurídicas o de existencia ideal, CC, 31 y ss.), pueden ser imputados en un procedimiento penal. Ello porque, por regla, los deberes de acción o de omisión que atribuye el Derecho penal mediante sus prohibiciones o sus mandatos, amenazados con una pena para el caso de su violación, sólo están re-

[65] Ver CC, 944: hechos humanos voluntarios y lícitos que establezcan relaciones jurídicas entre las personas, esto es, relaciones de las cuales se desprenda una consecuencia jurídica.

56

feridos a conductas humanas[66]. Desconocemos hoy formas antiguas de imputación referidas a animales, cosas o sucesos, y sólo atribuimos a personas físicas vivas comportamientos lesivos de las prohibiciones o mandatos; en este sentido, sólo imponemos penas a las personas físicas, pues las consecuencias impuestas por el orden jurídico a las personas jurídicas, en su caso, sólo impropiamente pueden ser denominadas *penas*, si nos atenemos al significado tradicional de ellas y a los fundamentos exigidos para aplicarlas[67]. Conforme a ello, también, sólo las personas vivas (CC, 70 y ss.) pueden sufrir penas y ser imputados, y por ello, asimismo, la muerte es un motivo de extinción de la acción penal (CP, 59, inc. 1)[68] y de la misma pena. Empero, no todo aquello que provoca una persona humana se puede atribuir sin más a su hecho –acción u omisión–: en este sentido son motivos clásicos de exclusión de la referencia de un hecho a un ser humano concreto, los estados de *inconsciencia* provocados, por ejemplo, por el sueño, la anestesia o la hipnosis privativa de la voluntad personal, y la llamada *fuerza física irresistible*, esto es, la que provoca por impulso natural o por acción de otra persona la intervención de un ser humano como cosa, esto es, sin voluntad[69].

66 Cf. BACIGALUPO, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, caps. I y II, ps. 39 y siguientes.

67 Cf. ZAFFARONI y otros, *DP (PG)*, ps. 407 y ss.; ROXIN, *Strafrecht AT*, cit., § 8, III, en especial nº 5, ps. 208 y ss.; OTTO, H., *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden*, Schriftenreihe der Juristischen Wissenschaft zu Berlin, Berlin/New York, 1993, p. 26 y ss., cit. según Silvina BACIGALUPO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., p. 159, con otras citas de autores que piensan en idéntico sentido (VOLK, HEINE).

68 Y, sin embargo, la ley procesal penal reconoce en algún caso la posibilidad de un recurso a favor de un muerto, del condenado muerto, en homenaje a su memoria e interpuesto por otros (CPP Nación, 481, inc. 1).

69 Cf. ZAFFARONI y otros, *DP(PG)*, 402 y ss.; SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino* [*DP arg.*] (4ª ed.), Ed. Tea, Buenos Aires, 1978, t. 1, ps. 255 y ss., equipara la "obediencia debida" (CP, 34, inc. 5) a estos estados, como motivo de exclusión de la acción, pues considera que existen casos en que el principio de obediencia jerárquica funciona ciegamente, esto es, sin posibilidad alguna de disenso por parte del ejecutor de la orden: quien ordena sería el autor; no es así ni puede admitirse tal determinación como teoría: de manera similar a como ocurre en la *coacción* o en el *estado de necesidad disculpante*, el principio de obediencia jerárquica no priva de la voluntad al autor del hecho, sino que, cuando opera realmente, reduce considerablemente su marco, sus opciones, por reducción de su capacidad de control o de examen sobre la orden que, en principio, debe obedecer; sin embargo, la capacidad de examinar la competencia del autor de la orden y su legitimidad material siempre existen, aun cuando disminuidas según el contexto.

En este sentido se puede decir que la posibilidad de imputar una conducta a una persona humana (física) viva es un *presupuesto procesal*, esto es, una condición o exigencia sin la cual el procedimiento carece de sentido y resulta inválido. No se puede fundar la formación de una causa en el hecho de que a alguien "lo partió un rayo" (lo mató un rayo), salvo que se atribuya a alguien la producción del fenómeno o la ubicación de la víctima para que el fenómeno la alcance[70]. Sin embargo, es absolutamente cierto, en cualquier sentido, que esa exigencia significa un *presupuesto de la sentencia*, pues para que ella sea válida es absolutamente imprescindible la correcta *individualización del imputado* (ej.: CPP Nación, 404, inc. 1), que logra la sentencia por la vía de mencionar los *datos que sirvan para identificarlo* y sus *condiciones personales* (ej.: CPP Nación, 399, I). Otro tanto se puede predicar de otras resoluciones interlocutorias como, por ej., el *auto de procesamiento* (ej.: CPP Nación, 308) y el *auto de elevación a juicio* (ej.: CPP Nación, 351, I).

II. El Derecho penal excluye normalmente a las personas jurídicas o de existencia ideal (sociedades, corporaciones) de las imputaciones fundadas en su aplicación. Algunas veces, sin embargo, la ley, también la penal, genera consecuencias para las personas jurídicas, consecuencias fundadas en hechos punibles –es decir, atribuibles a personas humanas, normalmente directores, administradores, gerentes o dependientes de entes ideales–, y que, en algún sentido, son parecidas a las penas, pues no se trata de consecuencias reparatorias (regreso al *status quo ante*)[71]. Sin embargo, sólo artificialmente se puede atribuir una conducta a una persona jurídica, a un ente ideal, a partir del hecho de vincular un comportamiento humano (o un hecho de la naturaleza), objetivamente, con una consecuencia jurídica que la alcance, realidad que ocurrió en la historia de la cultura humana y que ocurre

[70] Los llamados "juicios de la verdad", rubro que pretende referir a aquellas averiguaciones sin relación a imputado alguno, más por haber sido amnistiados los hechos –suerte de amnistía procurada por las llamadas leyes de "obediencia debida" y de "punto final"– que por imposibilidad de individualizar a autores o partícipes, emprendidas en todo caso por la justicia penal y por la vía de su propio procedimiento, parece desmentir esta afirmación. De todos modos, tanto ellos como las averiguaciones referidas a autores desconocidos (procesos llamados "NN"), no desconocen la realidad de que se trata de acciones u omisiones imputables a personas humanas.

[71] Cf. Malamud Goti, Jaime, *Las penalidades a sociedades y sus directivos por el hecho del agente (dos modelos del Derecho comparado: la República Federal Alemana y los Estados Unidos*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, ps. 554 y ss.; del mismo autor, *Persona jurídica y penalidad*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981.

actualmente sólo por excepción en materia penal[72]; y también tan sólo analógicamente, esto es, artificialmente, esas consecuencias son comparables a las penas: por ejemplo, la revocación o cancelación de la autorización para funcionar como tal (disolución) a la pena de muerte, la suspensión temporal de esa autorización a la pena privativa de libertad; ni siquiera las penas pecuniarias, a pesar de su similitud, significan lo mismo aplicadas a las personas humanas (no tan sólo un hecho económico) que aplicadas a las personas jurídicas (tan sólo un hecho económico)[73]. Resulta necesario reiterar, en esta ocasión, que esta atribución a una persona jurídica de una consecuencia jurídica, emanada de un hecho punible del agente, sólo sucede por excepción[74] y que la conexión entre el comportamiento de una persona física y la consecuencia para la persona jurídica es absolutamente objetiva, pues las corporaciones son insusceptibles de ser culpables, esto es, de ser objeto de un reproche ético-social fundado en la contrariedad de su comportamiento –siempre individual o personal, en el sentido de personas de existencia real– con el orden jurídico[75]. Precisamente por esta razón principal se rechaza la posibilidad constitucional de "punir" a las personas jurídicas[76]: *societas delinquere non potest - universitas*

[72] Cf. Soler, *DP arg.*, cit., ps. 248 y ss., en especial ps. 250 y s.; ver el texto original del CC, 43, antes de su reforma por la ley 17.711, y la nota respectiva; Malamud Goti, *Las penalidades a sociedades y sus directivos por el hecho del agente*, cit.; sobre el hecho de que las sanciones aplicables a las personas jurídicas revisten, esencialmente, un carácter económico, cf. Baigún, David, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 256.

[73] Cf. Malamud Goti, *Las penalidades a sociedades y sus directivos por el hecho del agente*, cit., ps. 562 y ss. y 580; también nota 1, p. 555.

[74] Cf. Malamud Goti, *Persona jurídica y penalidad*, cit., caps. III, IV y Apéndice, con ejemplos exhaustivos de esas excepciones.

[75] Cf. Baigún, David, *Naturaleza de la acción institucional en el sistema de doble imputación. Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en *De las penas*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, ps. 25 y ss., y, del mismo autor, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., quien, por ello, propone un sistema distinto de imputación para las personas jurídicas.

[76] Cf., en nuestro Derecho penal, Soler, *DP arg.*, cit., t. I, ps. 250 y siguiente; Zaffaroni y otros, *DP(PG)*, cit., n° 2, p. 408. No creo que algún precepto de Derecho positivo prohíba imponer "sanciones" a las personas jurídicas, consecuencias jurídicas que, llámense como se llamen (penas, medidas, etc.), deben ser adecuadas a la "naturaleza" especial de esos entes o al límite que tiene el reconocimiento de su personalidad por el Derecho (por ej., la multa es particularmente aceptable): esas consecuencias son impuestas por el Derecho privado,

delinquere nequit; según mi juicio, expresado ahora en forma harto sintética, esas consecuencias sólo representan una forma de control social estatal sobre la existencia y patrimonio de una persona jurídica, quizá la expresión de un *principio distributivo*, a semejanza del papel que ordinariamente juega este principio en el Derecho privado o en el Derecho administrativo[77]. El hecho de que las consecuencias estén previstas en la ley penal y, más allá de ello, de que la ley disponga la competencia de un tribunal penal para imponerlas, nada dice acerca de su papel jurídico y fines; por lo contrario, esas previsiones resultan naturales y hasta racionales si se tiene en cuenta el fundamento último de la consecuencia y la razón eminentemente práctica de la distribución de la competencia judicial[78].

---

en el Derecho de las obligaciones y de daños; no veo la razón por la cual no pueda hacerlo la ley penal. Empero, creo también que atribuirle *capacidad de acción* y *capacidad de culpabilidad*, en el sentido profundo con el que la cultura humana ha desarrollado estos conceptos para permitir imputar y reprochar a alguien su conducta, es un imposible, cualquiera que sea el nombre al que se acuda para ello y la explicación que exista tras el nombre; en nuestro idioma Silvina BACIGALUPO, consciente de los tres problemas básicos que residen en esta decisión política (acción, culpabilidad, pena), se ha tomado la molestia de exponer todos los criterios que pretenden superar esos obstáculos (cf. BACIGALUPO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., específicamente Cap. III, ps. 143 y ss., con citas bibliográficas precisas); más allá de la creación de nombres propios –más o menos imaginativos–, esos criterios y sus fundamentos (TIEDEMANN, STRATENWERTH, SCHÖNEMANN, HIRSCH, ROXIN, JAKOBS) no logran disipar los problemas que emergen cuando, para fundar la aplicación de una "pena" a una persona jurídica, se parte de los criterios o categorías analíticos que, históricamente, han sido construidos para explicar o limitar la responsabilidad o la punibilidad individual, esto es, de la persona humana (de ello se da cuenta la autora citada, ps. 217 y ss.; sólo JAKOBS y su teoría funcional de la imputación penal, fundada en la prevención general positiva, permite avizorar una salida del laberinto: un nuevo sujeto del Derecho penal y nuevas nociones de acción y culpabilidad); esos criterios son, sin embargo, útiles y discutibles sólo en tanto fijan condiciones para que la persona jurídica responda con una consecuencia jurídica. Precisamente por ello, resultan más seguros, incluso para debatir, aquellos autores y aquellas teorías que no pretenden fundar las sanciones a las personas colectivas en criterios similares a los tradicionales para la persona humana, sino que aceptan la "sancionabilidad" de la persona jurídica como centro de imputación establecido por el Derecho positivo (KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, Ed. Franz Deuticke, Wien, 1976, ps. 178 y ss.), conforme a la realidad social, y se dedican más a crear un sistema de imputación diferente al tradicional, aunque racional, para decidir la aplicabilidad de una sanción a un ente colectivo (BAIGÚN, *Naturaleza de la acción institucional en el sistema de la doble imputación*, cit., y *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, citado). Pero, por otra parte, como "la responsabilidad penal de las personas jurídicas" comparece ante un obstáculo poco menos que insuperable, el *principio de culpabilidad*, convendría pensar si la garantía o el límite impuesto por el *nullum poena sine culpa* rige exclusivamente en beneficio de la punición de personas físicas.

[77] Cf. BAIGÚN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., p. 258.

57

Se trata de un caso que no es idéntico, pero que, en el sentido de la distribución de la competencia, es similar a la decisión política de tramitar la acción civil *ex delito* ante el tribunal penal y por la vía del procedimiento penal; se incorpora así al *actor civil*, al *demandado civil* y al *tercero civilmente demandado* al procedimiento penal como participantes (*sujetos*) en él, y a la *cuestión civil* como objeto del procedimiento y de la decisión (ver CPP Nación, 14 y ss., 87 y ss. y 403, II, y reglas concordantes). Ésta es, sin duda, una cuestión política cuya decisión por quien legisla responde a un fundamento meramente práctico: la reunión en un solo juicio de las dos cuestiones que jurídicamente genera la comisión de un hecho punible, la cuestión penal y la cuestión civil sobre la restitución o la reparación, ahorra esfuerzos judiciales; otros sostienen, por las mismas razones prácticas, que la tramitación conjunta, a pesar del carácter accesorio de la acción civil, perjudica sobremanera al procedimiento sobre la cuestión penal, en el sentido de que lo complica y retarda necesariamente, y, más allá de ello, porque la anexión coloca a la cuestión civil en manos de jueces inexpertos en el Derecho de daños[79]. Sería también racional, a mi juicio, la decisión político-jurídica que dispusiera que las bancarrotas, fraudulentas o meramente culposas, en sus aspectos penales, fueran tramitadas coetáneamente en el mismo tribunal competente para el concurso civil o comercial (sucede ya así con la responsabilidad por la calificación de la conducta de directores, administradores y gerentes, que no coincide con la responsabilidad penal, en el Derecho argentino); la tramitación separada de la cuestión penal ante los tribunales penales, casi siempre por comunicación del juez del concurso una vez valorada la conducta de los administradores, ha conducido, prácticamente, a la impunidad de las quiebras o insolvencias fraudulentas o culposas.

III. Sin embargo, para el Derecho penal no suele bastar el calificativo de persona humana para indicar a los *imputables*. Normalmente, el Derecho penal prevé un límite de edad a partir del cual tolera la imputación penal. Ese límite, en el Derecho penal argentino, está fijado en los *dieciséis años* (ley n° 22.278, art. 1, I), de manera absoluta. En cambio, *entre los dieciséis y los dieciocho años* el joven es capaz de delinquir (*imputable*), aunque relativamente a algunos hechos punibles: delitos de acción pública amenazados con pena privativa de libertad superior a los dos años (ley n° 22.278, art. 1, I). Se trata, según se observa, de la cuantificación de una cualidad, la de la inmadurez psíquica, procedimiento al que acude siempre el orden jurídico en busca de seguridad jurídica: en verdad, existen menores de dieciséis años con mayores aptitudes psíquicas (conocimiento y voluntad) que otros que superaron ya esa edad y no existe una diferencia sustancial, para una misma persona, el día antes y el día posterior a aquel que marca los

[78] Cf. Zaffaroni y otros, *DP (PG)*, cit., n° 3, p. 408.

dieciséis o los dieciocho años[80]. Pero la ley, según ya se observó, deja fuera del Derecho penal y, por tanto, fuera de la posibilidad de imputar penalmente, a los menores de dieciséis años de edad y a los mayores de esa edad, que, al momento del hecho, aún no hayan cumplido los dieciocho años de vida, en el caso de los delitos de acción privada o de los hechos punibles amenazados con pena de multa, inhabilitación y pena privativa de libertad que no supere los dos años. El límite se traduce, en términos de Derecho procesal penal, en una *incapacidad* para ser imputado.

Esto último no significa que, en la vida real, un menor de esa edad no pueda sufrir una imputación penal en un procedimiento de la misma índole, incluso por error, fáctico (ignorancia de la edad o equívoco en ella) o jurídico (imputación de un delito de acción privada como si se tratara de uno de acción pública a un menor entre los 16 y 18 años), sino, tan sólo, que no debe sufrirla, esto es, que el orden jurídico nacional lo excluye de esa posibilidad. Sin embargo, quien por error o por una deficiente interpretación jurídica sufre una persecución penal que no debe soportar tiene todos los derechos del imputado mayor de esa edad, incluso para demostrar el error o la falsa interpretación de la ley, pues el ejercicio de esos derechos o facultades se define por el hecho real de la imputación y no depende, sino abstractamente, de las reglas jurídicas, según antes lo habíamos anticipado.

Se acostumbra a llamar *Derecho penal juvenil* a la especialidad, legislativa y académica, que se ocupa de los menores *imputables*, esto es, entre nosotros, de aquellos plenamente imputables, entre los dieciocho y los veintiún años (después de esta última edad: *adultos*), y de aquellos a quienes, entre los dieciséis y dieciocho años, le son imputables ciertos hechos punibles (según el modo de la persecución penal –pública– y la pena amenazada –privativa de libertad superior a dos años–)[81]. Desde el punto de vista del procedimiento penal, las le-

[79] Ver este libro, t. II, § 13, E, 1, II, ps. 722 y s., y VII, ps. 734 y siguientes.

[80] El mismo mecanismo utiliza el CC, 54, inc. 2, 55 y 126: en efecto, nada asegura que una persona de 20 años y 11 meses sea más inmadura que otra que ha cumplido los 21 años, o que la misma persona un día antes y un día después de cumplir los 21 años revele una madurez psíquica esencialmente distinta respecto de los actos de la vida civil.

[81] Cf., por ejemplo, García Méndez, Emilio, *Infancia. De los derechos y de la* justicia, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998, con un panorama crítico latinoamericano; Tiffer Sotomayor, Carlos, Llobet Rodríguez, Javier y Dünkel, Frieder, *Derecho penal juvenil*, Ed. Ilanud/DAAD, San José (Costa Rica), 2002, quienes presentan, en colaboración, un estudio sobre la realidad jurídica aplicable al Derecho penal de los países latinoamericanos, unido a una exposición comparada del Derecho europeo-continental; sobre el Derecho argentino y su críti-

...s procesales penales prevén algunas reglas especiales para la persecución penal de jóvenes, tales como la intervención necesaria o voluntaria de los padres o del tutor en su defensa, sin anular su propio derecho a resistir la imputación y aquello que ese derecho significa[82], prescripciones específicas para la detención o prisión preventiva y su ejecución[83], y ciertas modificaciones del debate respecto del regulado para el juicio común[84], aunque en nuestro Derecho procesal penal estas previsiones especiales rigen, en general, sólo para los menores de dieciocho años[85], en abierta discrepancia con nuestro Derecho penal, que pretende proteger a los jóvenes hasta la mayoría de edad civil (veintiún años). Se debe mencionar aquí, también, cierto tinte autoritario o *paternalista* del control penal ejercido sobre jóvenes, existente también en las reglas procesales penales, como, por ejemplo, en aquella que, sin consideración a la voluntad del joven imputado o contra ella, tramita el debate "a puertas cerradas", esto es, con exclusión del principio de *publicidad*, considerado útil y legitimante tanto

---

...cf. BELOFF, Mary, *Niños y jóvenes: los olvidados de siempre*, en MAIER, Julio B. J. (comp.), *El nuevo CPP Nación. Análisis crítico*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993, ps. 243 y siguientes. Por lo demás, es claro que en esta rama jurídica se involucra, bajo el epígrafe "Derecho penal juvenil" o según las leyes de "justicia penal juvenil", tanto el Derecho penal material como el sistema de justicia penal aplicado a los jóvenes; hoy se menciona a los menores imputables penalmente como *jóvenes*, pues parece que la palabra menor carga con cierto sentido peyorativo y discriminante, proveniente del llamado "paradigma de la situación irregular", en el sentido de que ellos no poseen ni pueden ejercer los mismos derechos que los mayores o adultos (cf. GARCÍA MÉNDEZ, *idem*, ps. 7 y ss., 57 y ss., 141 y ss. y 155 y ss., con la propuesta de un sistema de responsabilidad juvenil [192 y ss.]): así CPP Chubut, 64. Para un análisis crítico del modelo previo a la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, conocido como "modelo de la situación irregular", ver BELOFF, Mary, *Protección integral vs. situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar*, en "Justicia y Derechos del Niño", nº 1, Ed. UNICEF, Santiago de Chile, 1999, ps. 9-21; en particular sobre la historia del control socio-penal de la infancia, ver GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Para una historia del control penal de la infancia. La informalidad de los mecanismos formales de control social*, en "Lecciones y Ensayos", nº 53, Ed. Facultad de Derecho-UBA, Buenos Aires, 1989, ps. 43-72. Sobre los derechos de todo niño en un proceso, ver MAIER, Julio B. J., *Los niños como titulares del derecho al debido proceso*, en "Justicia y Derechos del Niño", nº 2, Ed. UNICEF, Buenos Aires, 1999, ps. 9-18.

82 CPP Nación, 76, III.

83 CPP Nación 411 y 412.

84 CPP Nación, 413.

para el imputado como para el Estado de Derecho en el juicio contra adultos[86].

IV. En el mismo sentido antes indicado, pero cada vez con mayor imprecisión y, por tanto, con mayor necesidad de verificación, son *inimputables* quienes, en el momento de la realización del hecho punible, no han podido comprender la criminalidad de su comportamiento o no han podido dirigir su comportamiento conforme a esa comprensión[87]. Ingresar a la discusión que sugiere la nota al pie que antecede, distinguiendo entre la capacidad psíquica mínima requerida para imputar una acción a una persona y la capacidad de culpabilidad (presupuesto de la imputabilidad), carece de sentido para el Derecho procesal penal: de todos modos ello hace a la capacidad requerida por el Derecho penal para perseguir penalmente a una persona con la pretensión de aplicar una pena.

A pesar de que, como se dijo, la doctrina procesal considera a la capacidad general para ser imputado un presupuesto procesal, con diversos alcances[88], la ley procesal penal no ha sido muy prolija para indicar cuál es la capacidad procesal general que se requiere de aquel a quien se considera imputado y cuál la consecuencia que se deriva de la falta de esa capacidad: nuestra ley, después de requerir la capacidad aquí estudiada, explica que sus derechos de parte, en caso de falta de capacidad, son ejercidos por el curador, si lo tuviere, o por un defensor oficial[89]; por otro lado, es claro que cualquiera de las incapacidades aquí estudiadas determina el sobreseimiento de la causa a fa-

[85] CPP Nación, 410.

[86] Cf. La nueva consideración del joven, niño o adolescente, como un sujeto de derechos, por el llamado "Derecho penal juvenil", pretende, precisamente, un cambio fundamental en la consideración del problema, que se identifica con la modificación del paradigma básico operado desde la histórica "doctrina de la situación irregular" (todavía presente con fuerza en nuestras leyes de menores) hacia la "doctrina de la protección integral", proceso de reforma iniciado a partir de la suscripción de la *Convención sobre los derechos del niño*, en 1989: el dato básico del cambio, aceptado por todos, consiste en la consideración del joven como un sujeto de derechos, con las mismas garantías penales y procesales que los adultos, más un estatuto propio (cf. la bibliografía citada en la nota 81 de este parágrafo, ps. 210 y siguiente). En nuestro ejemplo del texto, el CPP Chubut, 64, inc. 1, ya incluye el derecho del joven a decidir con su voluntad la manera de realización del juicio: público o a puertas cerradas.

[87] Frías Caballero, Jorge, *Imputabilidad penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1981; Zaffaroni y otros, *DP (PG)*, cit., ps. 402 y ss., y 653 y ss.; ambos con extensa bibliografía. Particularmente importante resulta la discusión acerca de la *imputabilidad penal* como mínimo psíquico acerca de la *capacidad de acción o de comportamiento* que imputa el Derecho penal o como *presupuesto de la culpabilidad* (posibilidad de otro comportamiento).

[88] Cf. Volk, Klaus, *Strafprozeßrecht*, cit., § 14, nº 4 y ss., ps. 114 y siguientes.

59

vor del imputado[90], sin importar demasiado la exacta distribución de los motivos. La inconsecuencia de las leyes argentinas es aún mayor si se tiene en cuenta que ellas no prevén juicio alguno para aplicar –sin pena– sólo una medida de seguridad y corrección, procedimiento en el cual tendría importancia la representación adjudicada por el art. 76, citado. Según mi opinión, sin perjuicio de la representación que prevé el art. 76 –e, incluso, de aquella que prevén reglas más genéricas–, tampoco se puede privar a quien es sometido a un procedimiento penal, a pesar de su falta de capacidad general para soportar la persecución penal, de la posibilidad de defenderse por sí mismo, de modo tal que el estudio de este tipo de capacidad interesa, como hemos dicho, básicamente al Derecho penal. La razón por la cual alguno de los motivos de incapacidad son tenidos por presupuestos procesales –por ej., la edad mínima del imputado– y otros, en cambio, no son admitidos como tales –por ej., la capacidad para comprender la ilicitud o de conducirse conforme a esa comprensión–, parece residir solamente en la facilidad de su verificación inmediata. Obsérvese que nuestro Derecho positivo no concede un trato privilegiado, ni uno distinto a otro motivo de exclusión del injusto o de la culpabilidad, a los motivos que excluyen la capacidad para ser imputado, detallada en el CPP Nación, 76, como podría ser la vía de las excepciones con carácter previo[91].

Vuelve a tener importancia aquí el caso de quien, sin tener que soportar una imputación penal según sus circunstancias personales, corre el riesgo de tener que tolerar una medida de seguridad y corrección prevista por la ley penal, caso de excepción del CP, 34, inc. 1. Y el caso se resuelve por analogía con las reglas aplicables al imputado.

2. Capacidad procesal específica

I. Una vez supuesta la aptitud general para ser perseguido penalmente, la cuestión versa ahora acerca de las condiciones a reunir por el imputado para la práctica de actos procesales válidos. Y esa cuestión ha sido resuelta, en principio, de la misma manera con la que el Derecho civil, supuesto que la persona posee capacidad de hecho –esto es, aptitud genérica para gobernar y discernir sobre sus intereses (en general y sintéticamente, mayoría de edad civil sin interdicción alguna)–, resuelve la aptitud concreta para llevar a cabo actos jurídicos válidos (por ejemplo, un testamento, un contrato de compraventa o de mutuo, etc.): por referencia a la *capacidad mental* del imputado[92] para *coniprender* aquello que hace y para *obrar* conforme a esa comprensión. Se ha dicho, por ello, desde este punto de vista y con referencia al procedimiento penal, que el imputado debe tener capacidad "para representar racionalmente sus intereses, ejercer sus derechos y conducir su defensa

[89] CPP Nación, 76, I y II.

[90] CPP Nación, 336, incs. 2, 4 y 5.

[91] CPP Nación, 339.

en forma inteligente e inteligible"[93] o, según autores de habla castellana, "*aptitud de entender, querer y obrar válidamente en el proceso* seguido en su contra"[94]. De ello resulta que es capaz para intervenir en los actos del procedimiento toda persona que posea suficiente aptitud psíquica para comprender el acto que él mismo realiza o que está siendo realizado con su intervención (capacidad intelectiva), para tomar decisiones acerca de su propia intervención en el acto (capacidad de discernimiento) y para llevarlas a cabo (capacidad de obrar o de voluntad).

Esta capacidad se le reconoce también, sin más, a los menores imputables según el Derecho penal, pues el art. 76, III, CPP Nación, no traslada a sus padres o tutor el ejercicio de los derechos del menor que emergen de una imputación penal, sino que agrega a ese ejercicio, *también*, a los padres y al tutor que deseen intervenir en favor del menor[95].

De tal modo, resulta claro que la ley procesal penal no requiere una aptitud psíquica especial para tomar parte en actos procesales, como lo requiere, por ejemplo, la ley civil para muchas relaciones de Derecho privado, sino, por lo contrario, una madurez y capacidad mental de menor nivel, que sólo se pierde por insuficiencia evidente para comprender la imputación, y discernir y obrar en consecuencia. Ello se comprende si se repara en que la misma ley complementa la capacidad del imputado con la exigencia –para nosotros en todos los casos– de que el imputado sea asistido por un defensor, esto es, por un letrado con título de abogado y autorización para el ejercicio de esa profesión[96]. En cierta manera, según ya lo tenemos dicho, el defensor debe ser considerado como un *complemento de la capacidad del imputado*, en el sentido de que sin su auxilio y, a veces, sin su presencia en el acto, resultan in-

[92] CPP Nación, 77, I.

[93] Cf. HENKEL, Heinrich, *Strafverfahrensrecht*, Ed. Kohlhammer, Stuttgart-Köln (RFA), 1953, ps. 284 y s.; ROXIN, *DPP*, cit., p. 168; VOLK, Klaus, *Strafprozeßrecht*, cit., p. 115.

[94] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., p. 343.

[95] El CC, 286, reconoce a los menores adultos (mayores de 14 años), capacidad para estar en juicio criminal. De la misma manera procede el Derecho civil cuando se trata del testamento, del reconocimiento de hijos o de contratos usuales y de menor entidad, que no requieren representación (por ej., compras en kioskos y supermercados): ver CC, 55, 286 y 1160.

[96] CPP Nación, 104 y ss. En los hechos, la permisión de defenderse por sí mismo siempre se ha interpretado en el sentido de que el imputado reúne también la calidad de aboga-

válidos los actos desarrollados por el imputado en el procedimiento. Incluso, en algunas ocasiones –contadas, por cierto–, se distingue entre distintos actos procesales, pues, por ejemplo, para la interposición de un recurso, sobre todo respecto del recurso de casación, es necesario su control por un letrado, de donde deriva la exigencia formal, para su admisión, de que el escrito de interposición contenga la "firma de [un] letrado"[97]: la razón de ser de esta exigencia mayor de comprensión y de obrar se vincula, en el caso, a la naturaleza puramente jurídica del agravio que contiene el recurso, que, por regla general, debe ser elaborado y defendido por un abogado en favor del imputado, esto es, delegado por el imputado a la labor del jurista que lo asesora y defiende[98]. Algo similar se puede decir acerca de la asistencia del defensor al debate y, sobre todo, de su informe personal a su finalización (alegato)[99].

De manera negativa se puede decir que es incapaz para la realización de un acto procesal (declaración del imputado, asistencia al debate, etc.) quien carece de aptitud psíquica suficiente para comprender aquello que sucede, para decidir su intervención eventual en él y obrar conforme a esa decisión, pero siempre teniendo en cuenta que, en el acto, interviene un defensor a su favor y, muy especialmente, la tarea que al defensor le toca cumplir en el acto. Nuestras leyes procesales acostumbran a tratar el punto desde esta atalaya y en forma genérica; ellas denominan a esta carencia de aptitud psíquica, *incapacidad sobreviniente*[100], para fijar una diferencia con aquella aptitud para delinquir que se mide en el momento del hecho: se trata, en verdad, de una incapacidad que existe durante el procedimiento de persecución penal para la realización de actos que él requiere, según la regla citada lo reconoce, cualesquiera que sea su origen.

do; ver esta obra, t. I, p. 549 y siguientes.

97 CPP Nación, 463.

98 Es complejo el problema que se presenta cuando el imputado no acepta la decisión recurrible en casación –por ej., la sentencia emanada de un tribunal de juicio– y el agravio que explicita no queda incluido entre los motivos limitados de injusticia que admite el recurso de casación (CPP Nación, 456). El defensor, a mi juicio, está obligado, en primer lugar, a intentar introducir el motivo de injusticia que aqueja al imputado de la mejor manera, para que el recurso sea admitido; sólo en última instancia se debe limitar a explicar lisa y llanamente el motivo que reconoce como inhábil para provocar la apertura del recurso.

99 CPP Nación, 368 y 393, I.

100 CPP Nación, 77, I.

Un concepto erróneo emergente de la interpretación de este precepto ha posibilitado que, en el caso de *inimputables*, por carencia de aptitud psíquica para delinquir (falta de capacidad para ser culpable), que, en caso de no ser transitoria, persiste, por cierto, durante el procedimiento penal, la aplicación de una *medida de seguridad y corrección* (CP, 34, inc. 1, con alguna razón calificada como más rigurosa que la pena, por su duración indeterminada) se obtenga *sin juicio previo*, esto es, como resultado del sobreseimiento en el período de investigación del procedimiento y, en la práctica, sin mayores averiguaciones ni –por supuesto– debates acerca de los elementos que requiere la norma penal para aplicar una medida de ese tipo, internación manicomial por tiempo indeterminado: para la aplicación de la medida se debe tratar de un hecho antijurídico, esto es, adecuado a la infracción de una prohibición o mandato previsto en la ley penal y contrario al orden jurídico (que no esté amparado por justificación alguna), llevado a cabo por quien es perseguido, quien, a su vez, no ha podido comprenderlo, valorarlo u obrar conforme a esa comprensión debido a una enfermedad mental morbosa (enajenación), enfermedad que implica un peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás, cuya existencia debe ser certificada, al menos, por un dictamen de peritos. Conforme a esa interpretación equivocada, los códigos argentinos carecen de un juicio para la mera aplicación de una medida de seguridad y corrección, como lo poseen otras legislaciones[101].

II. A contrario de aquello que sucede en el procedimiento de Derecho privado, en el proceso penal se exige, en determinadas ocasiones, que el imputado esté presente en el procedimiento, esto es, que asista a sus actos. El juicio público (*debate*) es para el imputado una garantía; pero, al mismo tiempo, se trata también de una forma de legitimación de la decisión estatal sobre la pena o medida de seguridad aplicada a una persona (sentencia judicial) y, por ello, él le impone al imputado ciertas obligaciones, que, en principio, no son evitables o, al menos, no lo son si no se concibe la posibilidad de renunciar a la garantía[102]: la principal de ellas consiste en la asistencia del imputado a la audiencia del debate, esto es, en su presencia física en ella, con la aclaración de que si él manifiesta su voluntad de no estar presente en el debate o de no continuar asistiendo a la audiencia, ello no elimina su presencia física en el tribunal, pues será custodiado en una sala pró-

[101] Ver OPP (RFA), §§ 413 y ss.; CPP Modelo IA, 384 y siguientes.

[102] Una manera de evitar sentarse en el "banquillo de los acusados" consiste en la –hoy posible según el Derecho positivo– renuncia a la garantía mediante la aquiescencia para proceder abreviadamente: CPP Nación, 431 *bis*. Ello no parece evitar del todo alguna presencia del imputado frente al tribunal sentenciador (CPP Nación, 431 *bis*, inc. 3; cf. CP, 41, inc. 2 *in fine*).

59

xima a la de la audiencia y será compelido a comparecer cuando se trate de un acto que sólo él puede cumplir o en el que su presencia sea imprescindible[103]. Pero no sólo en la audiencia del debate rige la obligación de presencia en el acto o en el tribunal: el imputado debe comparecer cuando es citado judicialmente[104] y los actos personalísimos, como su declaración, exigen también su presencia[105]. Es por ello que su ausencia, en el sentido de su incomparecencia, su fuga del lugar de detención o del asignado por el tribunal para su residencia, significa *rebeldía* o *contumacia*[106] y tiene como efecto inmediato la orden de su detención[107] o la revocación de la excarcelación[108].

La razón de ser de la diferencia de exigencias entre el proceso civil y el penal, destacada arriba, se bifurca: por una parte, según ya lo hemos advertido[109], el principio de defensa no se satisface, en el proceso penal, con una "razonable oportunidad de audiencia" para ejercer la defensa material, sino que reclama –literalmente– el "ser oído", en el sentido de una audiencia real ante el tribunal, todos de cuerpo presente (*inmediación*), y ello es así por la importancia mayor de los bienes jurídicos en juego al definir las consecuencias jurídicas del procedimiento penal; en segundo lugar, precisamente, tiene una importancia mayúscula el hecho de que el Derecho penal gire, aun hoy, alrededor de la pena privativa de libertad, como consecuencia jurídica principal, razón por la cual, entre otras, resulta imprescindible contar con la persona del imputado para ejecutar una eventual sentencia de condena y ello conduce a seguridades específicas (detención preventiva, en cualquiera de sus formas, presencia en el juicio, etc.), desconocidas, en principio, para el Derecho privado y su procedimiento. Por último, para la pena citada poco agrega una sentencia condenatoria de un ausente, a quien luego de su comparecencia debe concedérsele, al menos, un recurso amplio para discutir en juicio público aquella conclusión del juicio en contumacia.

En la República Argentina las leyes procesales penales no aceptan la persecución penal ni el juicio *en rebeldía* o *en contumacia*, precisamente porque consideran que juzgar

[103] CPP Nación, 366. Existen excepciones a esta regla: en el juicio para jóvenes, normalmente el joven está exceptuado de esta obligación que sólo constituye para él una facultad y, excepcionalmente, un deber (CPP Nación, 413, inc. 2); en el juicio por delito de acción privada, el querellado puede asistir por intermedio de un representante legal o voluntario (CPP Nación, 430, II), precepto que, por tratarse de una excepción, rige en lugar de la regla –*lex specialis*– (CPP Nación, 104, II).

[104] CPP Nación, 288.

[105] CPP Nación, 294, 282, II, y 283.

[106] CPP Nación, 288.

[107] CPP Nación, 289.

[108] CPP Nación, 291.

[109] Ver esta obra, t. I, ps. 541 y siguiente.

en contumacia equivale a decidir (dictar sentencia) *sin haber oído al imputado o acusado*, principio sin excepciones, derivado de una regla de garantía procesal: reglamentación de la "inviolabilidad de la defensa en juicio" (CN, 18) en materia penal[110]. El Derecho procesal penal argentino ha reputado siempre que para constituir en *inviolable la defensa en juicio* (CN, 18) es preciso conceder oportunidad real al acusado para pronunciarse sobre la acusación (*ser oído*) y suficientes oportunidades para resistirla (*contradicción*)[111]. No se trata, sin embargo, de un principio que sea admitido universalmente: en el Derecho comparado son varios los países que toleran el juicio en rebeldía o en ausencia del imputado, siempre, cuando ha sido correctamente citado a él (CPP Francia, 627 y ss., aparte del juzgamiento contumacial, con otras severidades extremas; CPP Italia, 420 *quater* y s., 487 y ss., y 513), o limitadamente (OPP [RFA], § 232)[112].

Debido a ello, todo se puede resumir con la indicación de que el Derecho procesal penal reclama del imputado mayor sujeción al tribunal y al procedimiento –obligaciones de comparecencia y asistencia a los actos– que todo otro tipo de procedimiento judicial a quien es demandado en él. Lo hace también porque lo necesita, por ejemplo, para cumplir con eficacia ciertos actos probatorios (reconocimiento judicial, entre otros), pero ello es, abstractamente, común para todos los procedimientos judiciales, a pesar de que, en la práctica, sucede con mayor frecuencia en el procedimiento penal.

3. Consecuencias de la falta de capacidad

Mientras la carencia de aptitud general para soportar una imputación penal conduce regularmente al sobreseimiento o a la absolución, en este último caso, de ser sólo detectada en la sentencia definitiva, la falta de aptitud específica para la realización de los actos necesarios en el curso del procedimiento conduce a su paralización, hasta que, eventualmente, el imputado recobre su aptitud de comprender y obrar o hasta que se logre su presencia, bien porque él *purgue su rebeldía* (voluntariamente comparezca ante el tribunal y se someta al procedimiento), bien porque la orden de detención se cumpla con éxito. Claro es que este último efecto supone que el Derecho procesal penal prohíbe el juzgamiento en ausencia o contra una persona que no puede comprender los actos del procedimiento, ni obrar en consecuencia. La

110 Ver esta obra, t. I, p. 542.

111 *Ibidem*, ps. 552 y siguientes.

112 *Ibidem*, nota 153, p. 542.

diferencia de efecto entre una y otra incapacidad deriva, en principio, del doble carácter de la aptitud general, que como capacidad de acción o de ser culpable conduce, de ser negada, a la inexistencia de uno de los fundamentos de la pena estatal, y como reflejo, a la incapacidad –verificada– del imputado para soportar una imputación y un procedimiento penal en su contra; tal incapacidad se mide, por lo demás, según ya lo advertimos, en el "momento del hecho" imputado. En cambio, la incapacidad específica de realizar actos procesales válidos, regulada por el Derecho procesal penal, no sólo se mide en el momento de realización del acto procesal de que se trata, sino que, además, no se vincula a las condiciones de aplicación de una pena –se trata tan sólo de una exigencia procesal– ni al fallo de culpabilidad y puede ser, eventualmente, subsanada, caso en el cual el acto y el procedimiento posterior podrán ser cumplidos válidamente. Nuestro Derecho positivo prevé en este último caso, por regla general, el archivo del procedimiento hasta la subsanación de la incapacidad e incluso, casi siempre, la paralización de sólo parte del procedimiento, pues, por ejemplo, la investigación inicial puede ser cumplida hasta la decisión sobre la acusación o sobre la iniciación del juicio penal propiamente dicho (debate, vista o audiencia principal, plenario)[113].

El hecho de que en algún caso excepcional pueda predicarse que la incapacidad es irremediable y permanente ha conducido también, en casos más que excepcionales (enfermedad terminal, demencia irreversible), a concluir la persecución penal por anticipado (sobreseimiento). Esto es, por ej., lo que sucedió en el caso "Honecker", aunque allí la cuestión, en realidad, no parece haber estado referida directamente a la incapacidad de comprensión o de obrar, sino, antes bien, a la enfermedad terminal del imputado, que, con certeza, le impediría vivir hasta la sentencia y la terminación del procedimiento. No obstante ello, y precisamente por las razones antes explicadas, el impedimento procesal fue rechazado mayoritariamente, casi unívocamente por toda la doctrina especializada[114]. Para el observador imparcial, se trata de un caso eminentemente político, porque, de ordinario, la persecución penal sólo se extingue con la muerte del imputado.

4. Otros obstáculos para la persecución penal

I. Existen otros motivos por los cuales una persona no puede ser perseguida penalmente, en forma transitoria, debido a la representación que ostenta o a la función que cumple.

[113] Cf., por ej., CPP Nación, 77 y 290, verdadero efecto o consecuencia procesal de las incapacidades tratadas en este punto.

[114] Cf. ROXIN, *DPP*, cit., p. 169.

Ha sido incluida en este rubro, ocasionalmente, la llamada *inmunidad parlamentaria* (o *indemnidad*) que ostentan los miembros del Congreso de la Nación "por las opiniones o discursos que emita(n) desempeñando su mandato de legislador" (CN, 68)[115]. Desde el punto de vista del Derecho penal, a pesar de que la fórmula que utiliza el texto constitucional citado –"Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por..."– contiene vocabulario netamente procesal, se trata de un motivo personal que excluye la punibilidad de un eventual hecho antijurídico y culpable, que la fórmula supone; se trata, así, de una de las vulgarmente llamadas, en idioma castellano, *excusas absolutorias*[116], en este caso, concomitante con el hecho: ello determina que sólo el legislador sea impune por sus opiniones y discursos efectuados en cumplimiento de su función legislativa (en los debates plenarios, en comisión), orales o escritos, y sus reproducciones por cualquier vía, pero también que el hecho mantenga, eventualmente, su carácter antijurídico, razón por la cual es punible la participación culpable, cuando procede de una persona no aforada[117]; sin embargo, a pesar de concederle este alcance, la doctrina penal argentina tradicional trata al punto como un límite de la validez de la ley penal en relación con la persona (o con la función que cumple la persona), quizá por el origen constitucional de la regla[118], ubicación que me parece inconveniente según el principio de *igualdad ante la ley*, que involucra la *inexistencia de fueros personales* (CN, 16), problema que los autores advierten y sortean correctamente. De distinta manera se resolvería el caso, si se opinara, como ZAFFARONI[119], que el *juicio de tipicidad* es más amplio –contiene más elementos– que el desarrollado tradicionalmente[120] y se ingresara a él el resultado gravoso de una actividad fomentada jurídicamente –en este caso, la actividad legislativa–, algo que, con otras palabras, ya había reconocido nuestra doctrina tradicional como finalidad de la excención[121]: en este caso, la atipicidad objetiva del comportamiento juega a favor del partícipe (accesoriedad); lo mismo sucedería si se incluyera el motivo como justificación, pues no estaríamos en presencia de un ilícito, posición que, sin embargo, comparecería con desventaja ante la letra de la ley, que sólo exime al legislador y es de interpretación restrictiva, conforme al principio de igualdad ante la ley (CN, 16), y ante el juicio valorativo de un intérprete objetivo. Sin embargo, se ha discutido recientemen-

115 Cf. VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., ps. 348 y s., con observaciones.

116 Cf. sobre esos motivos, ZAFFARONI y otros, *DP (PG)*, ps. 841 y siguientes.

117 Piénsese, por ej., en el auxiliar del legislador que compone para él sus intervenciones o lo auxilia en ello, o en el instigador.

118 Cf. SOLER, *DP arg.*, cit., t. 1, ps. 201 y ss.; NÚÑEZ, *DP arg.*, cit., t. I, ps. 184 y ss., sin otro efecto que la variación en la denominación.

119 Cf. ZAFFARONI y otros, *DP (PG)*, ps. 461 y ss., en especial, ps. 480 y siguientes.

120 El enriquecimiento del juicio de tipicidad a costa del juicio de antijuridicidad, con el transcurso del tiempo, fue el tema central de mi exposición para el concurso de renovación de cátedra (profesor titular de Derecho penal y procesal penal) en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

121 Cf. SOLER, *DP arg.*, cit., t. 1, p. 205: "ha sido preferible correr el riesgo excepcional de un abuso, y soportarlo, que el establecer un control de los que tienen que aplicar la ley sobre los que tienen que hacerla...".

te el caso de un ministro del Poder Ejecutivo nacional, interpelado por la Cámara de Diputados de la Nación, quien habría ofendido a un diputado (delito contra el honor, CP, 109/110) durante su intervención parlamentaria, a propósito de la facultad de cada una de las Cámaras del Congreso de la Nación de citar a sus deliberaciones a los ministros del Poder Ejecutivo (CN, 71) o de la facultad propia de los ministros y del jefe de gabinete para concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates, aunque sin voto (CN, 100, inc. 9, desprendimiento de la participación del P.E. en la formación de las leyes)[122]. De todos modos, todos estos problemas son solucionables por el Derecho penal –y también por el Derecho civil, conforme a la letra de la regla– y no constituyen problemas del Derecho procesal penal más que por el hecho común de que la ley penal se aplica por intermedio del procedimiento penal: las palabras del texto que, en efecto, refieren antes bien al procedimiento que a la punibilidad sólo significan un reforzamiento para la inmunidad, en el sentido de una aplicación inmediata –lo más inmediata posible, si se ha abierto por error el procedimiento contra un legislador– de la exención. La exclusión no opera de manera *transitoria*, según lo reclama la introducción al rubro, sino que, por lo contrario, es perenne, en el sentido de la impunibilidad del legislador por sus opiniones y discursos en ejercicio de su función como tal: debido a ello el legislador no puede ser "acusado, interrogado judicialmente, ni molestado" por esas opiniones o discursos una vez finalizado el desempeño de su mandato por cualquier causa, incluso si fuera desaforado de la manera prevista en la ley y con motivo de esos mismos excesos[123]. Esta es la razón principal según la cual no se trata de un simple obstáculo procesal a la persecución penal, sino, antes bien, de un problema relativo al Derecho penal material.

Resulta cuestionable, también, la respuesta a la pregunta acerca de la vigencia de estas inmunidades dispuestas por las constituciones locales[124]. Al respecto, es cierto

[122] *Fallos CSN*, t. 321/2, ps. 2617 y ss.: el debate al más alto nivel judicial se frustró porque la mayoría de los jueces de la CSN consideró que la decisión acerca de las excepciones de falta de acción y de incompetencia planteadas por el ministro querellado, sobre la base de su inmunidad –similar a la de los legisladores– cuando concurría a las deliberaciones de una de las cámaras del Congreso, no constituía sentencia definitiva a los fines del recurso extraordinario; pero la disidencia del juez Carlos S. FAYT trata extensamente el punto para concluir en una interpretación extensiva y amplia del instituto, favorable a la tesis del ministro querellado. Los tribunales de mérito y de casación, que habían tratado el caso, no concedieron razón al ministro. A mi juicio, según lo que decimos acerca de los términos procesales que emplea la misma CN, 68, para definir la inmunidad, el recurso extraordinario era procedente y el punto debió ser tratado; sobre su solución material invoco mis dudas.

[123] Cf. SOLER, *DP arg.*, cit., t. 1, p. 202; NÚÑEZ, *DP arg.*, cit., t. I, p. 188.

[124] Ellas disponen también este motivo de impunidad para sus legisladores. Pero un caso paradigmático resultó ser la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: en primer lugar, confundió los problemas resultantes de la función de legislar y de ello resultó que el párrafo I, del art. 78, que pretende conceder y, en definitiva, *concede con razón igual inmunidad que el art. 60 de la CN*, expone un texto casi risible, en parte redundante y también extensivo sin razón de la inmunidad (¡oh! las añoranzas de muy antiguos convencionales constituyentes y juristas que forjaron nuestra ciencia); pero lo más curioso y problemático, aunque comprensible en el esquema de poder político de la Constitución, consiste en la extensión de la inmunidad a otros funcionarios: el Defensor del Pueblo (CCBA, 137, VI).

El texto del art. 78, párr. I, CCBA, es redundante cuando prevé la inmunidad parlamen-

que sólo la legislación nacional puede disponer causas de exclusión de la punibilidad, en razón del carácter nacional y único de la ley penal (delegada al Congreso de la Nación como competencia legislativa por las provincias: CN, 75, inc. 12), afirmación de la que se desprendería la carencia de competencia legislativa de los parlamentos o convenciones constituyentes locales, sobre todo cuando se trata de hechos punibles de competencia federal; pero más cierto es aún que la CN, 5, 121 a 123 y 129 reconoce y ampara a las autonomías locales, comenzando por las constituciones locales, precisamente competentes para la distribución del poder político según la forma republicana y federal; la inmunidad parlamentaria es, detalladamente, una de las reglas de distribución del poder de la manera indicada, según la misma Constitución federal[125]. De todos modos, aquí no es necesaria la discusión extensa del tema, pues, según dijimos, él es, antes bien, una cuestión a resolver por el Derecho penal material.

Con agudeza advirtió SOLER que la inmunidad estudiada deja de funcionar cuando se trata del voto de los legisladores que concede al Ejecutivo nacional o a un Gobernador de provincia facultades extraordinarias, la suma del poder público o sumisiones y supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de un gobierno o de alguna persona (CN, 29, y CP, 227)[126]; por la misma razón –*lex specialis* dentro del Derecho constitucional–, aunque no se trate de un delito especial, constituye también una excepción a la inmunidad el delito de traición, consistente en tomar las armas contra la Nación o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro, previsto constitucionalmente (CN, 119, y CP, 214), y aquel que pueden cometer los legisladores que, de alguna manera, participan en delitos que representen la interrupción de la observancia de la Constitución nacional por acto de fuerza contra el orden institucional o el gobierno democrático o quienes, como consecuencia de esos actos, usurpen funciones previstas para las autoridades de la Constitución nacional o las de las provincias (CN, 36)[127].

---

taría por las opiniones, discursos o votos que emiten los legisladores *"en el ejercicio de su función"*, para luego aclarar que ello sucede, temporalmente, desde la iniciación hasta la finalización de su mandato. Pero es excesivo, sin razón alguna, al describir cuándo *comienza* el ejercicio de la función de legislar, esto es, el ejercicio del mandato legislativo que reciben los diputados: *"desde el día de su elección"*. Aquí se observa con claridad la confusión del autor o autores del texto entre el privilegio –temporal– de no ser perseguido penalmente, que estudiaremos más adelante, y el motivo de exclusión de la punibilidad –inmunidad permanente– que estudiamos ahora.

La extensión al Defensor del Pueblo de la inmunidad y el privilegio parlamentario, en cambio, se justifica con sólo pensar en el ejercicio eficiente de su función.

[125] Cf. NÚÑEZ, *DP arg.*, cit., t. I, p. 184, nota 231, con otra indicación. Sin embargo, el hecho de la invocación de la inmunidad dispuesta por la CCBA, 137, VI, para el Defensor del Pueblo ante un tribunal federal basta para conceder importancia al tema y tornarlo complejo (actualmente en discusión judicial: Juzgado en lo crim. y corr. federal n° 8, secretaría n° 15, causa n° 13.723/99).

[126] *DP arg.*, cit., t. 1, ps. 205 y siguiente.

[127] Es difícil, pero imaginable, el caso de un legislador que, mediante su discurso u opinión, orales o escritos, en cumplimiento de su función específica, pueda cometer este delito de traición o de interrupción del sistema institucional y democrático constitucional: piénsese, por ejemplo, en la instigación.

Del mismo tipo, aunque sólo previsto por la ley y, por consiguiente, más sencillo para reformar o derogar, es el motivo de exclusión de la punibilidad de un hecho –genéricamente punible– que contiene el CP, 115: en él son las partes litigantes, los apoderados y los defensores (abogados de las partes) quienes resultan favorecidos por las *injurias proferidas en juicio*, esto es, en los escritos, discursos o informes ante los tribunales, siempre que no fueren dados a otra publicidad que la del propio juicio[128].

Con razón, en cambio, se ubica en este rubro el privilegio que, para los embajadores, ministros plenipotenciarios y cónsules extranjeros (abarca otras categorías de funcionarios: ver III), la CN, 117 (originariamente: 101), sólo alcanza a diseñar como privilegio de competencia (juez de mérito: la Corte Suprema nacional, originariamente). Tal impedimento para la persecución penal se examina, según se anticipó, bajo el n° III.

II. Constituye un obstáculo procesal el privilegio, anexo a ciertos cargos públicos, consistente en evitar la persecución penal de una persona hasta tanto ella no cese en el cargo[129]. Según reglas de Derecho constitucional ese privilegio corresponde: al presidente, al vicepresidente de la Nación, al jefe de gabinete de ministros y a los ministros del Poder Ejecutivo, a los diputados y a los senadores del Congreso de la Nación, a los jueces de la Corte Suprema nacional y a los jueces del Estado federal (CN, 53, 59, 60, 69, 70 y 115, II)[130], conforme a la interpretación que, según se verá, considero racional. El privilegio consiste en el impedimento de ser perseguido penalmente sin autorización previa, esto es, en un obstáculo procesal que no permite la formación de causa o, al menos, el enjuiciamiento del aforado, sin un acto del

[128] Cf. ZAFFARONI y otros, *DP (PG)*, n° 2, p. 842; si se siguiera su texto habría que incluir aquí también a las injurias recíprocas, cuando no se trata de la defensa legítima y el juez decide excluir a los dos autores o sólo a uno de ellos de la punibilidad a la que conduce su acción (CP, 116), y a la impunidad de la tentativa de aborto de la mujer embarazada o a su consentimiento para que otro provoque la interrupción de su embarazo (CP, 88). Existen más motivos personales de exclusión de la pena en nuestro CP (por ej., art. 185), pero éste no es un libro que deba tratar sobre ellos.

[129] Conviene aclarar desde el comienzo que el transcurso del plazo de prescripción de la acción penal se suspende –no sólo para estos funcionarios cuando el delito ha sido cometido en ejercicio de la función– en estos casos: ver CP, 67, I y II.

[130] Cf. GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina 1853/1860*, Ed. Ángel Estrada, Buenos Aires, 1983 (reedición de 1897), ps. 315, 360 y ss., 500 y ss., y 580 y s.; VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., ps. 350 y ss.; BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de Derecho constitucional argentino*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995, ps. 504 y siguientes, sobre la reforma de 1994 en relación a los jueces de la Nación, el Consejo de la Magistratura y el Jurado de enjuiciamiento para la remoción de jueces nacionales. Ver también las leyes n° 24.937 y 25.320, que, aunque parcialmente, modifican o suprimen reglas del CPP Nación, incluso específicamente.

Congreso de la Nación, de una de sus cámaras o del Jurado de enjuiciamiento de magistrados judiciales, que libere la instancia judicial.

Aun cuando, por representar un obstáculo procesal, estos privilegios son tratados en común, el texto constitucional particulariza los casos en varios sentidos. Los miembros del Congreso de la Nación, diputados o senadores, pueden ser *suspendidos en sus funciones y puestos a disposición del tribunal penal competente* por cada una de las Cámaras (de Diputados, de Senadores) a las que respectivamente pertenecen, para lo cual sus colegas *deben examinar el mérito de los elementos de prueba* que acompaña a la querella o a la denuncia *en juicio público* (CN, 70). Por lo demás, los diputados y senadores del Congreso de la Nación no pueden ser arrestados por orden escrita del juez competente (CN, 18), salvo el caso de la aprehensión en flagrante por un crimen grave ("que merezca pena de muerte, infamante, u otra aflictiva"; CN, 69). En cambio, el presidente de la Nación, el vicepresidente, el jefe de gabinete de ministros, los ministros del Poder ejecutivo y los jueces de la Corte Suprema (CN, 53) deben ser *destituidos*, condenados en juicio político –cuyo acusador es la Cámara de Diputados y su tribunal de jurados la Cámara de Senadores (CN, 59)– por el Senado de la Nación a causa del *mal desempeño de sus funciones o por crímenes comunes* (CN, 53), para quedar *sujetos a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios* (CN, 60). Por lo demás, los otros jueces nacionales –que no integran la Corte Suprema– deben ser *removidos* de su cargo por las mismas causas antes mencionadas, pero es competente para su persecución el Consejo de la Magistratura (CN, 114, inc. 5) y para su juzgamiento un *jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal* (CN, 115, I), que la ley establece junto al procedimiento a seguir en ese caso (ley n° 24.937, arts. 15, 21 y ss.). El fallo condenatorio de este tribunal también destituye al acusado y libera eventualmente su persecución penal ante los tribunales comunes competentes (CN, 115, II).

De tal manera los casos son similares, desde el punto de vista del efecto procesal penal que fundan (obstáculo para la persecución penal), y la ley nacional n° 25.320 también pretende regularlos conjuntamente, incluso con derogación de las reglas pertinentes del CPP Nación, arts. 189 y siguientes. Dicha ley, si bien no innova procesalmente, sí modifica, en cambio, la comprensión tradicional del privilegio, pues, al tornarlo renunciable por quien lo ostenta, pasa de ser un resguardo de la función ejecutiva, legislativa o judicial, a constituir un privilegio personal. Aunque la ley no lo diga, el hecho de que la persona que ostenta el privilegio por su función pueda someterse voluntariamente a la autoridad de los tribunales competentes y estos tribunales concluir totalmente el juicio penal sin suspensión, desafuero o destitución por los órganos competentes (art. 1) –salvo el caso de la ejecución de medidas privativas de libertad–, significa claramente que el privilegio pertenece al funcionario, quien lo dispone, y no depende necesariamente de la función que él cumple, ni del órgano que juzga la ejecución de esa función. La ley establece un procedimiento según el cual los tribunales pueden citar a declarar al imputado sujeto a un privilegio, lo mismo que él puede comparecer espontáneamente, y el tribunal de juicio está habilitado a dictar sentencia, si él avala posteriormente su propia persecución penal con su presencia –por ej., en el debate– e, incluso, pueden tramitarse los recursos interpuestos. En verdad, sólo la rebeldía del imputado, por falta de comparecencia a los actos necesitados de su presencia, impide el procedimiento y determina la solicitud de desafuero o antejuicio (art. 2), pues, salvo el caso de flagrancia en delitos graves (art. 3), la ley no autoriza el arresto judicial del aforado (como consecuencia, según creo, tampoco pueden ejecutarse penas privativas de

libertad impuestas por condena, sin suspensión o remoción anterior, caso –sin duda– más académico que real). Tales determinaciones no son compatibles con el texto constitucional, que establece un privilegio real, a disposición del Congreso de la Nación, de una de sus Cámaras o del Jurado de enjuiciamiento de jueces, y no admite prerrogativas o fueros personales. Para apreciar la resonancia de esta regulación conviene imaginar casos extremos: por ej., el presidente de la Nación querellado por las ofensas que, según su acusador, profirió en un discurso político.

Históricamente, tanto la *indemnidad penal* o la *inmunidad parlamentaria*, como el *privilegio de no ser perseguido penalmente* o de *no ser arrestado*, antes referidos, registran antecedentes en la legislación fundamental de la República Argentina, desde sus comienzos, sobre todo si nos referimos a los diputados y senadores, integrantes del parlamento nacional. Así, *el Reglamento de la división de poderes sancionado por la Junta Conservadora* (1811) ya consagraba el privilegio en su Sección primera, art. 7°: "Las personas de los diputados son inviolables, y en caso de delito serán juzgados por una comisión interior, que nombrará la Junta Conservadora cada vez que ocurra". La Asamblea del año 1813 dedicó un capítulo específico a la "Inviolabilidad de los diputados" ("El Redactor", n° 3, del 13/3/1813), donde, en once artículos, se halla a todos los orígenes jurídicos de nuestra CN. También el *Proyecto de Constitución de carácter federal para las Provincias Unidas de América del Sud*, atribuido a la representación de la Banda Oriental (artiguista), que no llegó a incorporarse a la Asamblea del año 1813, contiene reglas que constituyen precedentes de la CN (arts. 17 y 23*): desafuero y privilegio de no ser arrestado*. El Capítulo XVI (arts. 119 y ss.) *del Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica para las Provincias Unidas del Río de la Plata en la América del Sud* (1813), realizado por encargo del gobierno convocante de la Asamblea del Año XIII, contiene nuevamente bases completas que verifican el origen de la *inmunidad penal* y de los *privilegios parlamentarios*, pero, además, contiene también reglas que constituyen el origen del privilegio de los demás funcionarios públicos (presidente y vicepresidente y otros funcionarios constitucionales) y el juicio sobre su remoción por el Senado (ver arts. 114 a 116, y 155). El *Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata* (1813), que redactó una comisión especial designada por el segundo triunvirato, contiene reglas incluso más próximas al texto constitucional de 1853 (Cap. IX, art. 2; Cap. X, arts. 1, 2 y 3; Cap. XIII, arts. 1 y 2; Cap. XVIII, arts. 15, 16 y 17). También *la Constitución de las Provincias Unidas en Sud América* (1819) contiene reglas relativas al privilegio y a la indemnidad, fuentes expresas de la CN (XXVI, XXVII y XXVIII), normas que, según se verá, anticipan la interpretación que creo correcta. La Constitución de 1826 vuelve sobre el particular con textos casi idénticos (arts. 35, 36 y 37) referidos al privilegio y a la indemnidad parlamentarios. La conformación final del texto de la Constitución de 1853 procede del *Proyecto de Constitución de Alberdi* (1852) –ver arts. 41, 42, 58, 59, 66, 86, 92, 95 y 96–, a través de las correcciones impuestas por la Comisión de Negocios Constitucionales del Congreso General Constituyente de 1853 (arts. 41, 47, 48, 57, 58 y 59).

Según ya puede observarse, el obstáculo procesal tiene su raíz en las funciones que cumplen los funcionarios que ostentan el privilegio, y sirve al resguardo del buen cumplimiento de esas funciones, que no deben ser interrumpidas o verse tan sólo parcialmente impedidas por imputaciones continuas o que no alcanzan el grado de verosimilitud y gravedad necesarios para autorizar su persecución penal. No se trata, por lo tanto, de privilegios personales, prohibidos por la CN, 16. Ésa

es la razón por la cual el obstáculo dura desde el comienzo del ejercicio de la función (para diputados y senadores, *desde el día de su elección* [CN, 69]) hasta que ese ejercicio cesa, por cualquier causa, incluso por un motivo que no se vincule a la destitución o remoción (por ej., la renuncia al cargo o el cumplimiento del período, en los cargos sujetos a un límite temporal) o vinculado a la remoción, destitución o suspensión, pero por una causa distinta a la que genera su enjuiciamiento penal[131].

El efecto natural de un obstáculo procesal para la persecución penal estaba bien descripto en el art. 191 del CPP Nación, hoy derogado por el art. 6 de la ley n° 25.320 y reemplazado por su art. 4, que, por una parte, se ocupa parcialmente del problema, y, por la otra, dice más de aquello que debió decir. Tal efecto natural se ponía de relieve cuando la suspensión, el desafuero o la destitución no procedían, caso en el cual correspondía declarar que no se podía proceder y archivar provisionalmente la causa en relación a la persona aforada (CPP Nación, 191), sin perjuicio de la investigación básica del hecho (CPP Nación, 189 y 190, también derogados) y de la prosecución de la persecución penal contra otros imputados no aforados (CPP Nación, 192). En el caso contrario, decretados la suspensión, el desafuero o la destitución, la persecución penal continuaba. Por supuesto, la cesación en el cargo, por cualquier motivo, producía el efecto de permitir la persecución penal posterior, esto es, también de abrir la posibilidad de perseguir en aquellos casos de archivo provisional. En efecto, no se trata de un motivo de exclusión de la pena, sino, tan sólo, de un obstáculo transitorio para ser perseguido penalmente.

La ley 25.320, 4, sólo se ocupa del caso negativo (rechazo de la suspensión, desafuero o remoción solicitados) y de él tan sólo para aclarar lo obvio, que no es posible detener o mantener la detención; más allá de ello, contiene un deber incomprensible para los funcionarios judiciales, en el caso tratado, el de continuar la persecución según su estado, y no se ocupa del caso positivo (suspensión, remoción o desafuero).

Planteado así el problema, existirían hoy dos interpretaciones discordantes y extremas: la primera, que llamaremos *tradicional*, expues-

131 El privilegio de los legisladores de no ser *arrestados* (privados de libertad, salvo el caso de flagrancia en un crimen grave) comienza ya el día en el que son electos (CN, 69).

ra antes como propia, fundaba un verdadero obstáculo para la persecución penal de personas aforadas; la segunda y *actual*, surgida como reacción frente a casos en los cuales el mecanismo legislativo no funcionó correctamente o, derechamente, no funcionó, expuesta en la ley nacional n° 25.320 y ya criticada desde el atalaya básico, es, a mi juicio, extremamente confusa y, frente a la letra de la Constitución, ininteligible; ella, sin razón aparente, trata todos los casos como si fueran idénticos y, por ende, los somete a una regulación única, que sólo es posible para la otra posición antagónica bajo el texto de las reglas derogadas del CPP Nación, esto es, con una interpretación amplia acerca de la consistencia del privilegio para la totalidad de los funcionarios aforados. Conviene, para no ser parcial al tomar posición, examinar los textos constitucionales sin prejuicio alguno y aisladamente. Según la CN, 53, 59 y 60, parece claro que existe una categoría de funcionarios que *no queda sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios* sin ser juzgados previamente en juicio público *por el Senado* de la Nación, *declarados culpables* y *destituidos a mayoría de los dos tercios de los miembros presentes*, sentencia que sólo tiene ese efecto (destitución) y el accesorio de *declararlos incapaces de ocupar algún empleo de honor, de confianza o a sueldo de la Nación* (pena de inhabilitación semejante a la absoluta del CP, 19, incs. 1 y 3)[132]. Para posibilitar ese juicio, *la Cámara de Diputados* de la Nación es la que ostenta la facultad de *acusar ante el Senado* a los reos de *mal desempeño en el ejercicio de sus funciones*, o *de delito cometido en ese ejercicio* o *de crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por la mayoría de las dos terceras partes de los miembros presentes*. Pueden ser reos tratados de esta manera: el *presidente* de la Nación, el *vicepresidente*, el *jefe del gabinete de ministros* y *los ministros*, y los *miembros de la Corte Suprema*[133]. No parece haber duda alguna acerca de que la regla constitucional establece un verdadero obstáculo para la persecución penal, consistente, para estos funcionarios, en el *fallo* del Senado de la Nación que los des-

[132] Única diferencia para este caso genérico, para esta categoría de funcionarios: *Cuando el acusado sea el presidente de la Nación, el Senado será presidido por el presidente de la Corte Suprema* (CN, 59, 2ª oración).

[133] En la Constitución nacional originaria (1853/1860) todos los jueces nacionales eran tratados de esta manera.

tituye y los somete a la posibilidad de acusación, juicio y castigo ante los tribunales ordinarios. Para estos funcionarios, por lo tanto, las reglas derogadas del CPP Nación, 190 y 191, eran absolutamente válidas y aún los son –a pesar de estar derogadas–, por su racionalidad frente a las reglas constitucionales citadas en relación a la categoría de funcionarios aquí estudiada. Sólo resta discutir si el obstáculo se refiere al enjuiciamiento criminal público –juicio público– ante el tribunal de mérito o atrapa incluso períodos anteriores del procedimiento penal; pero como nunca se discutió la facultad de los órganos estatales de persecución penal[134] –llámense jueces de instrucción o fiscales del ministerio público– de investigar el caso[135] y como para acusar, según nuestro procedimiento penal, es imprescindible haber dado oportunidad al acusado de ser oído antes de formular la acusación[136], resulta que toda la discusión es insustancial y, por así decirlo, "de menor cuantía": habrá que contar, antes de someter a juicio al funcionario, con la autorización del Senado en forma de fallo de destitución y, entonces, anoticiar a la autoridad competente (Cámara de Diputados) para comenzar el procedimiento y decidir la formación de causa, con copia de las actuaciones y con expresión de las razones que justifican esa posibilidad, cuando ya existe mérito para afirmar la autoría del funcionario en la comisión de un delito o su participación en él, con la probabilidad requerida para acusar, exigencia que, lejos de ser contraria a la letra de la Constitución, como lo sostienen en sus discursos algunos de los legisladores que debatieron la ley n° 25.320, es totalmente racional como

[134] Ver CPP Nación, 190 en su remisión al artículo anterior.

[135] Cf. *Fallos CSN*, t. 319/3, opinión en disidencia del juez Enrique Santiago PETRACCHI, considerando 6° y sus citas, p. 3032.

[136] CPP Nación, 307, en relación al art. 347. No existe problema alguno en admitir, conforme parece regularlo parcialmente la ley nacional n° 25.320, art. 1, que el aforado pueda, voluntariamente, efectuar un descargo escrito de la imputación que le es dirigida, incluso desde el comienzo del procedimiento, y proporcionar allí informaciones necesarias para el éxito de la investigación que se practica; incluso podría autorizarse una comparecencia personal que, por su duración y su extremo carácter voluntario, no imposibilite o torne ineficaz el ejercicio de su función, ni signifique sometimiento al poder de un tribunal; pero parece imposible, como se verá, concluir en un sometimiento voluntario al tribunal de mérito para la prosecución del juicio hasta la condena, sin renuncia al cargo, esto es, según se verá, tornar *disponible* el privilegio concedido únicamente en homenaje a la función, según lo dispone la misma regla de la misma ley citada.

62

reglamentación de su texto[137]. Irracional es, en cambio, que estos funcionarios *dispongan* a su gusto y antojo de estos privilegios concedidos para que puedan dedicarse con eficiencia a la función con la que fueron honrados, como se demuestra con el ejemplo extremo del *presidente de la Nación* dedicado voluntariamente, y con perjuicio de la ejecución de sus funciones, a responder de cuerpo presente ante variados tribunales, y sometido a la autoridad de ellos, las múltiples acusaciones de las que puede, eventualmente, ser objeto. En todo caso, si el funcionario prefiere defender su honra, en lugar de cumplir con el cargo para el cual fue designado, puede resignarlo por renuncia, con lo cual cesará el privilegio y el obstáculo para la persecución penal que examinamos. Ahora se puede examinar con toda razón la inadecuación de la ley nacional n° 25.320 a este caso o a esta categoría de funcionarios y, por tanto, su contrariedad con las reglas citadas de la Constitución, según fue expuesto *supra*.

Existe otra categoría de funcionarios, *los jueces de los tribunales inferiores de la Nación*, que constituye hoy un caso genérico cuyo tratamiento sigue estos mismos parámetros (CN, 115)[138]. Las únicas distinciones posibles, según el texto constitucional, carecen de importancia para el objeto aquí estudiado, la existencia de un obstáculo para la persecución penal: ellas consisten en el tribunal que juzga, *un jurado de enjuiciamiento compuesto por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal*[139], y cierta confusión que introduce el texto entre *destitución* (efecto del fallo según el párr. I) *y suspensión* (según el párr. II, al regular la falta de decisión del jurado en un plazo que la regla concede para dictar sentencia sobre el caso). Pero tal improlijidad no es importante para aquello que aquí se discute y se resuelve en la ley de

[137] A pesar de referirse a otra categoría de funcionarios, los legisladores, que estudiaremos enseguida, y de tener por objeto el examen de un auto de prisión preventiva –que la misma decisión en crisis considera jurídicamente imposible de ejecutar y por ello veda su ejecución– frente al privilegio de no ser arrestado (equívoco), esto es, realmente, lo que expresa el fallo de mayoría de la CSN, t. 319/3, ps. 3026 y ss., considerando n° 10 (p. 3030).

[138] Cf. *Fallos CSN*, t. 320/2, ps. 1227 y siguientes.

[139] Ver ley nacional n° 24.937 (con las correcciones que le introdujo la ley n° 24.939), Título II, en especial para la integración del jurado de enjuiciamiento, art. 22: nueve miembros (tres jueces –entre ellos un juez de la Corte Suprema, que preside el jurado, y dos camaristas–, tres legisladores –dos senadores, uno por la mayoría y otro por la minoría– y tres abogados de la matrícula federal –dos elegidos por la Federación Argentina de Colegios de Abogados y uno por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal–).

procedimientos reglamentaria que el mismo texto constitucional supone y manda[140].

Queda para el final el caso genérico más conflictivo, el de los legisladores pertenecientes a ambas cámaras del Congreso de la Nación. Es correcto afirmar que existe una *inmunidad* (privilegio) *de arresto* para los *senadores* y *diputados*, salvo el caso de que alguno de ellos sea *sorprendido in fraganti en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante, u otra aflictiva*, caso en el cual la aprehensión es posible, pero con comunicación inmediata a la Cámara respectiva competente para autorizar el sometimiento a juicio del imputado, con suspensión en su cargo, y, eventualmente, la continuación del arresto, si correspondiere: esa inmunidad surge del mismo texto constitucional (CN, 69)[141]. Pero tal determinación no es importante –más allá del *dies a quo* que señala su comienzo (*desde el día de su elección*) y una distinción con las otras categorías–, pues, implícitamente, rige también para las otras categorías antes estudiadas, autoridades ejecutivas y jueces. En efecto, salvo el caso de un *delito grave*, reprimido con *pena de muerte, aflictiva u otra infamante* y *hallazgo in fraganti* del autor, a nadie se le ocurrirá que el *presidente* de la Nación, el *vicepresidente*, el *jefe del gabinete de ministros*, los *ministros*, los *jueces de la Corte Suprema* de la Nación o los *jueces nacionales* pueden ser aprehendidos o detenidos, o prolongada su detención en flagrante, sin la autorización respectiva de quien es competente para relevar el privilegio funcional de la manera que corresponda; más aún, antes bien deberíamos preguntarnos si es posible el arresto en el caso de excepción, ya que el texto constitucional nada dice al respecto. Por lo contrario, el texto importante está contenido íntegramente en el artículo siguiente, que consagra un verdadero *privilegio funcional*: un *obstáculo* real *para la persecución penal*, que no puede ser llevada a cabo si *la Cámara* a la que pertenece *el senador* o *diputado* no lo *suspende en sus funciones* y lo *pone a disposición del tribunal competente para su juzgamiento*, una vez *examinado el mérito de la acusación en juicio público* y por *dos tercios de votos* (CN, 70[142]). Una vez más la pre-

[140] Ley nacional n° 24.937, arts.7, inc. 7, y 25, 2ª oración.

[141] *Fallos CSN*, t. 319/3, ps. 3026 y ss. (ver considerandos 10 y 11, ps. 3030 y siguiente).

[142] Constituye una diferencia notoria la facultad de sólo *suspender*, para *poner a disposición del tribunal competente*, que no alcanza a la de *destituir*, válida para los otros funcionarios, y que, también, por cierto, exige una reglamentación distinta, sobre todo en relación al efecto del fallo absolutorio de la justicia ordinaria.

...nta, aquí, consiste en saber si resulta necesaria la decisión de la Cámara legislativa a la que pertenece el aforado para llevar a cabo su enjuiciamiento penal público: y esta pregunta se contesta sola con la lectura del texto constitucional citado. Por lo demás, resulta escasamente importante, según ya aclaramos antes, preguntarse acerca de si es necesaria la suspensión para tramitar períodos anteriores del procedimiento[143]. Se puede extraer dos consecuencias de las determinaciones anteriores: la primera consiste en la inadecuación del texto de la llamada *ley de fueros* (n° 25.320) a las reglas constitucionales, según las mismas razones examinadas anteriormente para las otras categorías de funcionarios; la segunda consiste en afirmar que, básicamente, el privilegio funcional y el obstáculo para la persecución penal son idénticos para todos los funcionarios aforados, como lo suponían los artículos derogados -por esa misma ley, art. 6- del CPP Nación (189, 190 y 191) y sólo diferencias de detalle, que no se refieren al impedimento por sí mismo, separan a cada una de las categorías de funcionarios.

Ahora bien, más allá de críticas globales al procedimiento penal regulado por el CPP Nación, como aquella referida a la distribución del poder de investigación del caso penal y, en cierta manera, de la promoción de un juicio penal contra un acusado, entre dos funcionarios, el juez de instrucción y los fiscales del ministerio público, la regulación contenida en sus arts. 189, 190 y 191, examinada genéricamente, contenía tres determinaciones básicas que, según creo, siguen siendo hoy racionales para todas las disposiciones constitucionales estudiadas y para todas las categorías de funcionarios aforados: la primera de ellas obligaba al órgano de la persecución penal a requerir de la autoridad competente la destitución, el desafuero o la suspensión cuando hubiera mérito para enjuiciar penalmente al funcionario aforado (gran probabilidad de condena, grado de conocimiento necesario sobre el hecho punible para acusar = procesar, como paso jurisdiccional previo para requerir el juicio público, salvo el caso de los delitos de acción privada); en segundo lugar, si la autoridad competente concedía el desafuero, la suspensión o la destitución y ponía al reo a disposición de los tribunales competentes, ordenaba la formación de causa y permitía, por tanto, el enjuiciamiento público del aforado; en tercer lugar, esas reglas dispo-

[143] No es discutible la facultad de los órganos estatales de persecución penal para investigar un hecho punible; sólo se trata de la sujeción de un funcionario a la autoridad de otro, según establecimos ya en el caso de las otras categorías de funcionarios.

nían el archivo de la causa, porque no se podía proceder contra el aforado –al menos, temporalmente– (obstáculo para la persecución penal), mientras no se producía la destitución, el desafuero o la suspensión.

La ley podría instituir privilegios similares para los miembros del ministerio público (CN, 120, III), a quienes la Corte Suprema nacional parece haberles reconocido privilegios análogos a los de los jueces ya antes de la reforma constitucional de 1994 (*Fallos CSN*, t. 311, p. 2202, considerando 9°), con fundamento en la función judicial que ejecutan y que también les reconoce (*Fallos CSN*, t. 278, p. 246; t. 300, p. 75 y ss.; t. 308, ps. 251 y ss., ps. 2540 y ss.)[144]. Sin embargo, la ley que regula su organización y actividad no contiene disposiciones semejantes: sólo concede, literalmente, el mismo privilegio que la CN, 69, otorga a los legisladores, que no pueden ser arrestados salvo el caso de ser sorprendidos en flagrante (ley n° 24.946, 14, I) y, luego, el que la ley común concede de ordinario a los jueces, de no comparecer a las citaciones judiciales para declarar como testigo y reemplazar esa comparecencia por respuestas escritas (ley n° 24.946, 14, III y, como término de comparación, CPP Nación, 250, II).

Las constituciones locales han establecido privilegios similares, que fundan también obstáculos procesales para la persecución penal. Ha sido respondida afirmativamente la pregunta acerca de la vigencia, en todo el territorio nacional, de los privilegios establecidos por la Constitución nacional; pero también los privilegios establecidos por las constituciones locales merecen validez universal en nuestro país, a pesar de cierta crítica de la doctrina[145].

[144] El Procurador General de la Nación había también dictaminado acerca de la aplicabilidad de los privilegios judiciales a los funcionarios del ministerio público ya antes de la reforma constitucional de 1994 (*Fallos CSN*, t. 308, ps. 2540 y ss.), pero la Corte Suprema no necesitó pronunciarse sobre el punto, porque el fiscal afectado cesó en su cargo antes de la decisión (sólo se refirió al motivo de exclusión de la punibilidad del art. 115, CP: inmunidad permanente). Posteriormente, en mayo del 2000, el Sr. Procurador General de la Nación repitió su dictamen, que dio lugar al fallo de la CSN del 11/10/2001, en la causa "Romero Victorica, Juan Martín s/casación" (R. 78. XXXV.), que, lamentablemente, volvió a rechazar el recurso formalmente, ahora por una insuficiencia argumental que no se advierte en el caso, no sin antes dejar entrever que, al menos en su actual composición, daría razón a los argumentos del Sr. Procurador General en favor de sus subordinados. Un comentario adicional a estos dictámenes y fallos reposa en la advertencia de una severa confusión entre impunidad del hecho y privilegio procesal.

[145] Cf. Legón, Faustino J., *Las inmunidades de funcionarios provinciales y la jurisdicción federal*, en "Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, t. 43, ps. 403 y ss.; parcialmente disidente, Vélez Mariconde, *DPP*, cit., t. II, p. 351.

63

Es cierto, como lo afirma VÉLEZ MARICONDE en la obra citada antes, que, si se extiende a los privilegios de los funcionarios provinciales por fuera de la Provincia cuya Constitución los establece, se está condicionando el poder de juzgar de otro Estado autónomo, esto es, "Se desconocería así la autonomía de cada provincia, y especialmente el poder de juzgar los hechos cometidos en su territorio (CN, 102 [hoy, 118])": quedaría pues condicionada la persecución penal en una provincia, competente para ello en virtud de reglas de la misma CN, y referida a la decisión de un órgano –por regla, político (parlamento)– de otra provincia, competente para decidir acerca de la suspensión en el cargo, el desafuero o la destitución del funcionario. Pero tan cierto como ello es el hecho de que estas reglas que, desde un punto de vista procesal, establecen obstáculos para la persecución penal, constituyen también mecanismos relativos a la distribución del poder político conforme al sistema republicano, cuando se las concibe como propias de la función y en cabeza del órgano constitucional que dispara el mecanismo para examinar su aplicación al caso y para decidir esa aplicación o, según la misma Corte Suprema lo ha dicho[146], tuitivas de la independencia, del control mutuo de los poderes divididos que la conforman y, en definitiva, componentes del sistema de pesos y contrapesos que gobierna, en una república, la distribución de poderes. De allí a la experiencia jurídica que confirma la necesidad de que las constituciones provinciales distribuyan el poder político conforme al sistema republicano, condición para que el Estado federal garantice su autonomía (CN, 5 y 6), existe un trecho breve, por lo tanto, una distancia mínima para afirmar que son reglas propias del sistema republicano, según lo recibe nuestra CN, y que, por ende, deben ser respetadas por las demás autonomías provinciales. Ello tiene relación con las reformas introducidas a la Constitución nacional de 1853 por la reforma de 1860, que posibilitó el ingreso de la provincia de Buenos Aires a la entonces Confederación argentina, pues, como se sabe, esa reforma suprimió el juicio político por el Congreso nacional de los gobernadores de las provincias y eliminó la posibilidad de que las constituciones locales sean revisadas y aprobadas por el Congreso de la Nación, claro índice de la validez nacional de sus instituciones, en tanto respondan al sistema republicano[147]. No sólo el primer argumento, de peso para negar efectividad a los privilegios fuera de la provincia cuya Constitución los establece, cede ante el último expuesto, sino que, además, según ya lo hemos expuesto, la misma Corte Suprema ha tolerado que una decisión de otro Estado soberano, que no concede autorización para juzgar a sus representantes diplomáticos en el país, inhiba la jurisdicción del Estado argentino, en cuyo territorio se cometió el delito imputado.

Según creo, entonces, los privilegios –traducidos en obstáculos procesales– que establece la Constitución nacional son válidos ante cualquier jurisdicción local, cuyos tribunales y órganos de persecución penal deben cumplir el rito que manda la ley fundamental federal, si desean evitar el obstáculo que representa el aforo de ciertos funcionarios federales; y viceversa, los privilegios establecidos por las constituciones provinciales para ciertas autoridades de las provincias son válidos no sólo ante la jurisdicción federal, sino, también, ante los tribunales de otra provincia distinta, cuyas au-

146 *Fallos CSN*, t. 169, ps. 76 y ss., considerando 4°.

147 LEGÓN, *Las inmunidades de funcionarios provinciales y la jurisdicción federal*, cit., p. 404. Sobre la reforma de 1860, cf. *Diario de sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la Constitución federal*. Ed. Imprenta del Comercio del Plata, Buenos Aires, 1860.

toridades judiciales deben intentar el desafuero si pretenden perseguir penalmente a una persona aforada, a condición de que los privilegios establecidos resulten racionales para establecer un sistema representativo y republicano de gobierno. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por ej., su Constitución, 137, VI, y 78, extiende a la Defensora del Pueblo de la Ciudad las inmunidades y prerrogativas de que gozan los legisladores: la pregunta reside, entonces, en saber si esa extensión responde al sistema republicano, en la forma particular que adopta en la Ciudad de Buenos Aires la distribución constitucional del poder político[148]. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema no ha llegado tan lejos: según lo ha establecido en el último fallo conocido referente a la materia[149], "la jurisprudencia de esta Corte tiene establecido que la inmunidad contra proceso o arresto no es un privilegio que contemple las personas sino las instituciones y el libre ejercicio de los poderes, privilegio que las provincias pueden consagrar respecto de sus gobernadores, legisladores y jueces, y que debe ser respetado, *dentro de sus respectivos territorios* [resaltado nuestro], aun por los jueces federales que en ellos tienen jurisdicción" (se citan *Fallos CSN*, t. 169, p. 76, y t. 248, ps. 462 y 473). Conforme a ello pueden suceder los casos siguientes: la autoridad judicial federal o local debe respetar el privilegio establecido por la CN para ciertos funcionarios federales y, en su caso, remover el obstáculo procesal en la forma prevista[150]; la autoridad judicial, federal con asiento en una provincia, o local, debe respetar los privilegios establecidos por la Constitución local, conforme al sistema republicano, dentro del territorio de la provincia regida por la Constitución que establece el privilegio (según fallos antes citados); la autoridad judicial, federal o local, debe respetar los privilegios establecidos por una Constitución local y remover el obstáculo procesal que ellos establecen para la persecución penal, aunque el aforado se halle y sea perseguido penalmente fuera del territorio de la provincia cuya Constitución reconoce ese privilegio. La diferencia consiste en que la Corte Suprema de la Nación ha afirmado las primeras dos conclusiones y yo doy respuesta afirmativa expresa para los tres casos presentados.

III. Según ya lo expresamos incidentalmente (ver I), el obstáculo procesal arriba estudiado es similar al aplicado por nuestra Corte Suprema de Justicia nacional desde antiguo para los representantes diplomáticos de países extranjeros, conforme al Derecho internacional (de gentes): ellos no sólo son aforados en relación a la *competencia originaria* de la misma Corte Suprema, según una regla constitucional (CN, 117), sino que, además, se precisa la autorización del país que representan para someterlos a la persecución penal en nuestro país, por hechos punibles que funden la aplicación de nuestra ley penal y, por

[148] Hoy discutido prácticamente en la causa n° 13.723/99, del Juzgado en lo Criminal y Correccional federal n° 8, secretaría n° 15, según consta en nota al pie anterior relativa al punto n° 3, I.

[149] *Fallos CSN*, t. 252, ps. 184 y siguientes.

[150] Cf. también, *obiter dictum*, *Fallos CSN*, t. 307, 2, ps. 2254 y ss., considerando 4°.

consiguiente, la competencia penal nacional[151]. El privilegio abarca, asimismo, a los jefes de Estado y enviados extraordinarios extranjeros que nos visitan, según reconocimiento expreso del CP, 221, que, por lo demás, no hace sino traducir reglas del Derecho internacional público[152]. La ley (nº 48, art. 1, originariamente, hoy dec.-ley 1285/58, art. 24, inc. 1, anteúltimo párrafo) extendió también este privilegio a todos quienes componen la legación extranjera y a sus familiares, inclusive al personal de la embajada o legación con carácter diplomático. El Derecho internacional público es, todavía, más amplio e incluye, por ejemplo, al personal de servicio de la misión[153]. Por lo tanto, el Derecho internacional (de gentes) ha terminado por ingresar como obstáculo para la persecución penal a la autorización del Estado al cual pertenece cierta categoría de funcionarios y empleados y a esa categoría de funcionarios les ha concedido, por ende, un privilegio de imperseguibilidad[154]. La *extraterritorialidad* que se le reconoce a aquellas personas, dada la función que cumplen o su cercanía a ella, motiva la regla de que no sean perseguibles fuera del Estado que representan –o, al menos, dentro del territorio del Estado en el que ejercen su representación– sino con la autorización del Estado representado[155]. Por lo tanto, resulta claro que la autorización del Estado al cual pertenece el funcionario o empleado aforado releva el obstáculo para la persecución penal nacional, a la manera del desafuero, suspensión o destitu-

151 Ver *Fallos CSN*, t. 107, ps. 395 y ss.; t. 139, ps. 255 y ss. (en ambos casos bastó la autorización expresada por el ministro diplomático respectivo); t. 148, ps. 208 y ss.; t. 220, ps. 1353 y ss.; t. 222, ps. 410 y ss. (requiere expresión de voluntad del Estado extranjero); t. 223, p. 10; t. 224, p. 549; J. 17. XXXIV; "Jiménez Boada, Pablo s/causa: N.N. s/contrabando".

152 *Convención sobre las misiones especiales*, 21 y 31, incs. 1 y 5, ONU, 8/12/1969.

153 *Convención sobre relaciones diplomáticas*, Viena, 18/4/1961, art. 37.

154 VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., t. II, ps. 349 y s.; SOLER, *DP arg.*, cit., t. I, ps. 200 y siguiente.

155 El privilegio no parece quedar eliminado cuando el aforado cesa en el cargo, en relación a imputaciones por hechos punibles cometidos cuando ostentaba ese cargo, pero es claro que si el Estado representado lo destituye y consiente su juzgamiento en país extranjero, existe la autorización requerida. La *Convención sobre las misiones especiales*, cit., art. 43, se adhiere en general a este criterio pues, para las misiones especiales, el privilegio rige hasta la finalización de la misión (expiración del plazo acordado o razonable para salir del país), pero subsiste en relación a imputaciones de hechos punibles sucedidos en ejercicio de la función.

ción de funcionarios aforados nacionales[156]. El privilegio procesal, sin embargo, no es equiparable totalmente a los obstáculos para la persecución penal de una persona, pues, en primer lugar, el aforado es normalmente perseguible por el hecho en el país que representa, sin impedimento alguno[157], Estado que, en segundo lugar, no suele conceder la autorización en la práctica y, en tercer lugar, ese privilegio personal no se pierde con la cesación en el cargo –según lo dijimos en la nota al pie que antecede–, aspectos que, en conjunto, conducen a cierta negación del carácter temporal de estos privilegios y de los obstáculos procesales que ellos determinan, característica esencial de ellos.

En cambio, los estados extranjeros, en sí mismos, no gozan de este privilegio, pero tampoco son perseguibles penalmente. Rige su sometimiento a la jurisdicción argentina la ley nacional n° 24.488.

La evolución de las relaciones internacionales ha traído consigo el debate acerca de una nueva categoría de personas aforadas: los funcionarios de organismos internacionales reconocidos o con sede en nuestro país. Dichos organismos son creados multilateralmente por los estados partes, por intermedio de convenciones o tratados multilaterales o por tratados bilaterales con el Estado que permite la sede (llamados acuerdos de sede). La CSN ha reconocido, en principio, la *inmunidad de jurisdicción* del organismo internacional, según la letra del tratado o acuerdo, a condición de que la organización internacional cuente con procedimientos apropiados para dirimir los conflictos[158]. En cambio, la CSN ha reconocido expresamente, por analogía,

156 Dec.-ley 1285/58, art. 24, inc. 1, último párrafo (*conformidad* del gobierno extranjero); *Convención sobre las misiones especiales*, cit., art. 41 (*renuncia a la inmunidad*); *Convención sobre las relaciones diplomáticas*, cit., art. 32 (*idem*); *Convención sobre relaciones consulares*, Viena, 24/4/1963, art. 45 (*renuncia a privilegios e inmunidades*).

157 *Convención sobre relaciones diplomáticas*, cit., art. 31, inc. 4; *Convención sobre las misiones especiales*, cit., art. 31, inc. 5.

158 Fundada en el derecho de *acceder a la justicia* (en palabras del tribunal: privación de justicia y negación del derecho a la jurisdicción). *Fallos CSN*, t. 305, ps. 2150 y ss., y t. 316, ps. 1669 y ss., que se refieren tan sólo a la *inmunidad de jurisdicción* del ente o de la organización y no tratan la situación de sus funcionarios. El caso parece similar al de los estados soberanos, pero sus diferencias, en especial con lo resuelto acerca de ellos en el caso "Manauta" (*Fallos CSN*, t. 317, ps. 1880 y ss.), son marcadas en *Fallos CSN*, t. 322/2, ps. 1905 y siguientes.

64

su competencia originaria para juzgar las causas concernientes a los funcionarios de una organización internacional[159].

IV. Los obstáculos procesales antes estudiados tienen en común el hecho de tornar imposible la persecución penal de una persona individualizada, en razón de la función que cumple y, la mayoría de ellos, su alcance limitado temporalmente al ejercicio efectivo de esa función[160]. De tal modo, no sólo otros partícipes en el hecho punible, que no ejerzan la función que determina el privilegio, son sin más perseguibles[161], sino que, además, quienes hoy no son perseguibles por el comportamiento que se les atribuye, en razón del privilegio, serán, por regla general, perseguibles en el futuro[162].

Pero existen obstáculos objetivos a la persecución penal, que, por lo tanto, no rigen individualmente, para personas determinadas, sino que impiden la persecución penal hasta tanto no se cumpla el hecho previsto por la ley para que el obstáculo quede superado. Unos –los más característicos– se refieren a las condiciones de ejercicio de la persecución penal, según la ley penal material (CP, 72 y 73 a 75): la *instancia privada*, en los hechos punibles que la requieren para su persecución penal oficial, y la *acción penal privada*, para aquellos delitos que no pueden ser perseguidos oficialmente y que requieren de un actor penal legitimado especialmente para perseguir por la ley penal. Ciertamente, ambos casos son excepciones para la persecución penal estatal, una más vigorosa porque requiere la voluntad de perseguir de una persona específica hasta la condena firme (delitos de acción privada), otra más débil, pues su superación se conforma con la afirmación de la voluntad de que el hecho sea perseguido penalmente (delitos dependientes de la instancia privada), afirmación que, según nuestra ley penal, es de imposible retractación posterior.

[159] *Fallos CSN*, t. 316, ps. 965 y ss., y 318, 1823 y ss.: en lenguaje de la CSN, *interpretación histórica* del art. 117, CN.

[160] No parece que se pierda el privilegio detallado bajo el número III, por el hecho de que cese la representación del país extranjero, por cualquier razón, siempre que el hecho haya acaecido en vigencia del obstáculo para la persecución penal.

[161] Según lo indica, correctamente, la ley procesal penal: cf., por ej., CPP Nación, 192; *idem* CPP Pcia. Buenos Aires, 302.

[162] Como dato accesorio, téngase en cuenta para ello la suspensión del plazo de prescripción de la persecución penal (CP, 67, I y II).

Resulta una rareza, entre nosotros, el caso de que un elemento del delito dependa de una cuestión que deba ser resuelta en un proceso judicial absolutamente independiente del proceso penal en el cual se dirime la imputación penal formulada (*cuestión prejudicial*[163]). Se trata, como la misma ley lo indica, de una excepción, porque la regla establece que el tribunal penal es competente para resolver *todas* las cuestiones que implica su propia competencia[164]. En nuestro sistema, por lo demás, las cuestiones prejudiciales sólo pueden ser establecidas por la ley[165]. En el llamado Derecho penal *nuclear*, sólo se puede indicar una cuestión prejudicial civil en lo penal: la validez o nulidad del matrimonio que, cuando interesa a la solución de la imputación penal, debe ser resuelta en un proceso civil independiente del penal y como cuestión principal (CC, 239, II y VI[166]). Por ello, la necesidad de suspender el procedimiento en alguno de sus estadios y temporalmente, hasta tanto quede resuelta la *cuestión prejudicial*, funda un obstáculo procesal auténtico y objetivo.

Es objetivo el obstáculo procesal que impide la persecución penal hasta su finalización para cualquiera de los partícipes del delito, esto es, que no rige individualmente para alguno o algunos de ellos –según

[163] Ver CPP Nación, 10.

[164] Ver, por todos, CPP Nación, 9.

[165] Por ello no es una cuestión prejudicial, por ej., la decisión acerca del carácter delictual de un comportamiento idóneo para interrumpir la prescripción (CP, 67, IV), como lo indica erróneamente el fallo plenario CCC, "Prinzo, E. F.", del 7/6/1949 (cf. *Fallos plenarios*, Ministerio de Educación y Justicia, Buenos Aires, 1984, II, ps. 352 y ss.) para los casos en los cuales la competencia del tribunal que debe decidir acerca de la interrupción de la prescripción difiere de la del tribunal competente para juzgar el hecho punible presuntamente interruptivo: el tribunal ante el cual se invoca la prescripción no sólo puede, sino que, antes bien, *debe* decidir en el mismo procedimiento la virtud interruptiva del hecho punible invocado como interruptor de la prescripción, esto es, decidir en el procedimiento y en la oportunidad prevista por la ley procesal si él constituye *otro delito posterior al juzgado* que incide sobre el plazo de prescripción, con lo cual sólo fija el plazo de prescripción.

[166] La ley nº 23.515 ordenó nuevamente el texto del Código Civil y, con ello, varió la redacción histórica que establecía con claridad la cuestión prejudicial. El nuevo texto, sin embargo, a pesar de que puede interpretarse en el sentido de admitir como defensa o excepción la invocación de la nulidad del matrimonio (párrafo II), no deja lugar a dudas acerca de la prelación de juzgamiento de esta cuestión en un procedimiento independiente, antes de decidir aquella cuestión (por ej., la penal) en la cual pretende influencia. Por lo demás, no caracteriza principalmente a la *cuestión prejudicial* la competencia del tribunal –que, eventualmente, puede ser el mismo que debe decidir la cuestión sobre la cual aquella influye–, sino, por lo contrario, la prelación del juzgamiento en una decisión autónoma.

su función, por ejemplo–, sino que representa un impedimento general para decidir el caso. Por supuesto, la ley indica cómo se remueve el obstáculo; en los ejemplos citados, al formularse la *instancia* requerida para proceder a la formación de causa, cuando la persona legitimada para perseguir penalmente cumple esta actividad y logra la sentencia firme sin abandonar la acción penal o cuando en el proceso civil correspondiente el juez competente pronuncia la sentencia firme sobre la nulidad del matrimonio.

V. Recientemente se ha sostenido que el transcurso excesivo del tiempo durante el procedimiento con el cual se instrumenta la persecución penal, constituye un obstáculo procesal[167]. Se trata de la interpretación de reglas internacionales –universales o regionales–, que consagran garantías llamadas de *segunda generación*, tales como las que establecen un *plazo de duración razonable del procedimiento penal* o el derecho a *ser juzgado sin dilaciones indebidas* (CEDH, art. 6, n° 1; PIDC y P, art. 14, n° 3, c; y CADH, art. 8, n° 1), por lo tanto, de un plazo independiente, distinto del de prescripción general o particular de las acciones penales[168].

Claro es que este impedimento para la persecución penal es, a la vez, parecido y distinto a los examinados anteriormente. Él comulga con los obstáculos personales o individuales en el hecho de que el transcurso razonable o excesivo de la persecución penal se mide separadamente para cada uno de aquellos que es perseguido en un procedimiento penal. Así, si yo soy perseguido efectivamente y mi cómplice no puede ser perseguido, porque ha eludido la persecución penal con su fuga o rebeldía, el plazo citado comenzará y vencerá en distintos momentos para mí y para él[169]. Pero este obstáculo comul-

[167] Así, PASTOR, Daniel R., *El tiempo y la persecución penal. El plazo razonable de duración del proceso penal*, tesis doctoral presentada ante la Universidad de Buenos Aires y ya juzgada como sobresaliente, hoy publicada (*El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho [El plazo razonable]*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002), Caps. V, III, C y siguientes (hoy: Cap. V, 3.3, ps. 595 y siguientes).

[168] El hecho de que una cosa es la extinción de la acción penal por carencia de ejercicio debida a múltiples factores y otra bien distinta el ejercicio moroso o perezoso de esa acción ha sido puesto de manifiesto por BINDER, Alberto M., *Prescripción de la acción penal: la secuela del juicio*, en *Justicia penal y Estado de derecho*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, n° 2.7 y ss., ps. 132 y ss. (publicado antes en "Doctrina Penal", cit., 1990, ps. 75 y siguientes).

[169] *Ibidem*, n° 9, p. 133.

ga también con los llamados objetivos, en tanto no se deduce –lo razonable del plazo– de circunstancias puramente personales, como el ejercicio de la función que cumple el imputado, sino que debe ser idéntico o común para todos los ciudadanos en una situación dada. Por lo demás, se debe observar que el impedimento es *final* –es decir, funciona en sentido inverso a los ya estudiados, todos los cuales son iniciales–, descripción que se nota en la consecuencia jurídica del acaecimiento de su hecho productor, que no puede ser otra que impedir definitivamente la persecución penal[170]; de tal manera, queda negada la temporalidad o provisionalidad que caracterizaba a los obstáculos procesales.

C. FACULTADES Y DEBERES: SOBRE SU POSICIÓN EN EL PROCEDIMIENTO

I. Según ya lo observamos múltiplemente, un procedimiento penal –y un procedimiento judicial en general– no constituye algo estático, fijo en algún punto del tiempo, tal como el perfeccionamiento de un contrato, por ejemplo, de modo de tornar posible la descripción –también estática– de los derechos y deberes de las partes que intervienen en esa particular relación jurídica. Precisamente, como se trata de un proceso dinámico por excelencia, que dura y se extiende en el tiempo, los derechos (en el sentido de facultades) fundamentales que el imputado posee[171], y también sus deberes u obligaciones, son desarrollados por la ley reglamentaria, la ley procesal penal, para tornar efectivos aquellos derechos fundamentales y posible la persecución penal de infractores a la ley penal, conforme a las máximas de principio, en cada uno de los momentos que supone un procedimiento penal tramitado íntegramente, hasta la sentencia que lo concluye. Por supuesto, el examen y la descripción de cada una de esas facultades concretas y de cada uno de esos deberes concretos es tarea que, normalmente, corresponde a quien describe el desarrollo del procedimiento en todas sus fa-

170 PASTOR, ob. y loc. cits.; en el mismo sentido, el Tribunal estadual de Frankfurt, "JZ" (*Juristenzeitung*), 1971, p. 234 (ver PETERS, Karl, *Der neue Strafprozeß*; Ed. C. F. Müller, Karlsruhe [RFA], 1975, ps. 117 y s., con la opinión contraria del BGH [*Bundesgerichtshof* – Corte Suprema Federal de la RFA], 21, 81 y 24, 239, que sólo reconoce, por el tiempo de demora, un abono para la pena).

171 Ver esta obra, t. I, § 6 y ss., ps. 469 y siguientes.

65

ses o períodos[172]. Pero un pequeño resumen, ordenado por referencia a los derechos fundamentales que le corresponden al imputado, antes que por períodos o momentos del desarrollo del procedimiento, puede ser intentado como sigue.

II. Antes de intentarlo, sin embargo, conviene describir, en general, las diferentes posiciones según las cuales se mira jurídicamente al imputado en el procedimiento penal.

a) Cierto es que, con el triunfo de las ideas del Iluminismo, y, más tarde, con el nacimiento del Estado de Derecho, el reconocimiento de la dignidad humana, incluso de la persona a quien se le imputa un hecho punible, obligó a considerar a quien sufría la persecución penal, en primer término, como un *sujeto del procedimiento*, si se quiere, como un interviniente en él, con sus correspondientes facultades y con sus deberes a cumplir durante su transcurso; en este sentido, el cambio operado fue radical, pues anteriormente, durante la Inquisición, el imputado no era más que un *objeto de la investigación*, en la que consistía el procedimiento penal: sintética y gráficamente, el imputado pasó de ser un *inquirido* a ocupar y desarrollar el papel de un *partícipe*, con poder para conformar el procedimiento junto a los demás sujetos procesales (básicamente: el acusador y el tribunal) y dentro del margen que la ley prevé[173].

b) Pero esta realidad jurídica, relativa a todos los derechos que le son concedidos al imputado para resistir la imputación, no impide advertir que él, de dos maneras distintas, resulta considerado *objeto del procedimiento*. Es la persona que sufre la persecución penal y, con ella, resulta considerado, por una parte, objeto de la investigación y, por la otra, centro de medidas de coerción que, en todo caso, menosprecian en más o en menos las libertades y derechos fundamentales concedidos a todo habitante en un Estado de Derecho.

Bajo el primer aspecto, el imputado es *objeto de prueba* al menos en dos sentidos diferentes: su cuerpo o su persona puede portar, por una parte, rastros o señales físicas importantes para la investigación del

[172] Si alcanzo a terminar esta obra, esa descripción está planeada como su tercera parte.

[173] HENKEL, Heinrich, *Strafverfahrensrecht*, Ed. F. W. Kohlhammer, Stuttgart-Köln (RFA), 1953, p. 220; PETERS, *Strafprozeß*, cit., p. 174; esta obra, t. I, ps. 334 y siguientes.

hecho imputado; y también es posible el rastreo de su personalidad y de su historia para decidir aspectos tales como la capacidad de culpabilidad y la medida de ella, en tanto influya sobre la individualización de la pena.

Ejemplos de la primera de las formas son: la investigación de alcohol en la sangre, para determinar el grado de ebriedad al conducir; la extracción de un proyectil de su cuerpo, para verificar o descartar una agresión; la determinación de una lesión o de su gravedad, con el mismo u otro objeto; la biopsia sobre tejido cutáneo, para determinar las características de una lesión (paso de electricidad en el tormento); el examen de la superficie de la mano, para verificar la deflagración de pólvora de un arma de fuego; el mismo reconocimiento en rueda de personas por su fisonomía y características corpóreas; su escritura con fines de cotejo por peritos calígrafos; y la muy moderna determinación del origen biológico según la prueba de ADN. Entre nosotros se ha discutido si estos rastros pueden ser hallados o conocidos coercitivamente, esto es, contra la voluntad expresa del imputado, que rechaza el examen o la prueba que lo habilita. El fundamento para rechazar la coerción que posibilite la medida de investigación ha sido siempre la suposición de que, en mérito a la regla que impide utilizar la coerción para *obligar a declarar contra sí mismo* (CN, 18), el imputado es –en relación a la prueba– un sujeto incoercible en el procedimiento[174]. Ello no es, en principio, cierto. El imputado puede portar –en o sobre su cuerpo o próximo a él–, como cualquier otra persona u objeto, rastros importantes para la averiguación del hecho imputado, argumento básico para la aplicación de la ley penal, pese a las limitaciones que importa un Estado de Derecho: *veritas, non auctoritas facit iudicium*; precisamente, la investigación objetiva de la verdad no sólo es la fuente de enormes sacrificios históricos de la dignidad humana en su homenaje, sino también, y antes bien, una garantía para quien es perseguido penalmente, en tanto se obligue al tribunal a condenar sólo ante la certeza acerca de los diferentes elementos que fundan la punibilidad de un hecho; tal objetividad es también una garantía para la *independencia judicial*, al lado del sometimiento a la ley[175]. Por lo demás, la regla constitucional, según internacionalmente es comprendida, sólo se refiere, como su texto lo indica, a la *libertad de informar* del imputado en un procedimiento, a su posibilidad de callar total o parcialmente acerca de la imputación que se le dirige, esto es, de no informar él –como "testigo en causa propia"– mediante su declaración oral o escrita[176]. Precisamente por ello la ley se ocupa de reglamentar estric-

[174] Ver la opinión ya anticipada sobre el *nemo tenetur* y este problema en esta obra, t. I, p. 675.

[175] FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1998, p. 44; NINO, Carlos, *Fundamentos de Derecho constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, ps. 449 y siguiente.

[176] La OPP (RFA), a pesar de contener una regla prohibitiva expresa acerca de la utilización de la fuerza, del fraude o de otros métodos en los interrogatorios del imputado (§ 136a; cf. VOLK, Klaus, *Strafprozeßrecht*, Ed. C. H. Beck, München, 1999, § 9, I, 6 a 8, y II, ps. 31 y ss.), permite, como es natural, tanto la investigación corporal, como el examen corporal y psíquico del imputado: cf. HENKEL, Heinrich, *Strafverfahrensrecht*, cit., § 49, III, 2 y 3, p. 221, y § 68, IV y ss., ps. 275 y ss.; PETERS, *Strafprozeß*, cit., § 28, III y IV, ps. 174 y siguiente.

mente la declaración del imputado: información fáctica y jurídica a proporcionar previo a ella, asistente durante su transcurso, prohibición de ciertos métodos de interrogatorio. La extensión de la interpretación de esta regla excluye también, ciertamente, la colaboración personal del imputado para cubrir la meta del hallazgo de la verdad histórica, pero no evita que otros la consigan con su propia actividad. Precisamente, la imposibilidad de obligarlo a colaborar funda la necesidad del empleo racional de la fuerza, con límites precisos (vida, integridad física, salud) y, en ocasiones, torna imposible o dificultoso el examen (ej.: cuerpo de escritura con fines de cotejo caligráfico, acto personalísimo que no puede obtenerse forzadamente y obliga a rastrear papeles que contengan su escritura histórica o actual). Finalmente, resulta imposible cambiar el destino político de las instituciones bajo el argumento de no obligar a alguien a proporcionar elementos de prueba de los cuales es portador: ello sucede cuando, fundado en un falso paternalismo, se pretende proteger la voluntad de quien porta el rastro y se establece para su negación una especie de "sanción procesal" consistente en la creación de una presunción o en la inversión de la llamada "carga de la prueba"[177]. Por supuesto, aun en estos casos, en los cuales es posible, por regla general, utilizar la coerción –ello nada dice sobre los resguardos para su uso: por ej., la orden judicial emergente de un juicio de necesidad fundado y sobre la base de cierto nivel de información–, todo tiene su límite: y la limitación precisa se vincula al riesgo para la vida o la salud física o psíquica de quien debe soportar la medida a realizar; pero esa limitación rige genéricamente, incluso para personas a quienes nada se les imputa (víctimas o testigos, por ejemplo). Por lo demás, quienes conceden al imputado el derecho de impedir con su voluntad la búsqueda de rastros o de elementos de prueba en su cuerpo, deberían fijar estrictamente el alcance o los límites de aquello que quieren proteger, pues no se entiende por qué se puede buscar rastros en la proximidad inmediata, por ej., a milímetros del cuerpo, en la cama, que el imputado ha rozado con su cuerpo, en su silla, en sus vestimentas, etcétera.

Desde este punto vista, más compleja es, a mi juicio, la investigación de la personalidad del imputado, esto es, sobre su salud psíquica o estado mental, pues ella, de ordinario, requiere revelaciones y pruebas que sólo puede realizar el propio imputado o que ya ha realizado el propio imputado bajo la protección del deber de guardar reserva –por ej.: ante un profesional–: aquí el imputado es también *objeto de prueba*, para determinar su capacidad para delinquir o ser culpable, o para medir la pena conforme a la extensión de su culpabilidad, pero los actos que de él son requeridos son, naturalmente,

177. Así ha sucedido con la solución civil de los casos en los cuales se discute la paternidad y maternidad biológica de una persona, mediante el artificio de afirmar la ficción de un origen biológico determinado que importa la negación a proporcionar una pequeña muestra de sangre o tejido, con el fin de no emplear la coacción (CNA en lo Civil Capital Federal, Sala D, "C., A. G. c/ L, R. L. s/filiación", sentencia del 18/4/1996; *idem*, Sala J, "G., R. A. c/K., R. J. s/filiación art. 255 del Cód. Civil", sentencia del 15/7/1992; *idem*, Sala D, "A. V. P. y otro c/H. C. R. s/filiación", sentencia del 8/4/1992; Tribunal Superior de Justicia Córdoba, Sala Civil y Comercial, "Moyano, Rubén Andrés c/Elvio Rafael Tessino s/filiación, recurso de casación", sentencia del 25/8/1994; entre otras). Con esta reacción se ha variado el fundamento político del parentesco consanguíneo, antes biológico, hoy reemplazado por una ficción o presunción judicial.

revelaciones mediante la palabra, oral o escrita, o, de tratarse de una investigación histórica, revelaciones anteriores protegidas, incluso penalmente (CP, 156), por la obligación de guardar reserva.

c) Otro aspecto que muestra cómo el imputado conserva parcialmente, desde algún punto de vista, su calidad de objeto del procedimiento está representado por la expresión que lo coloca como *objeto* (central) *de la coerción procesal*, esto es, de la utilización de la fuerza pública aplicada a la realización del procedimiento penal[178]. Ciertamente, él no es el único destinatario de la fuerza pública aplicada con el fin indicado (también se utiliza la coerción, *v. gr.*, contra testigos y peritos remisos), pero es, sin duda, el destinatario principal de su uso: una gran cantidad y variedad de reglas referidas a este ámbito tienen como centro de referencia u objeto natural a quien soporta la persecución penal.

Las medidas de coerción permitidas constituyen una categoría de actos procesales y sus reglas serán estudiadas en la parte de este libro destinada a ellos. Basta ahora conocer que las dos características principales que establecen una diferencia entre las reglas de la Inquisición y las actuales son, por una parte, el hecho de que frente al empleo de estas medidas casi irrestrictamente para provocar una declaración cierta del imputado sobre el hecho, en épocas del proceso inquisitivo, hoy cualquier medida de coerción establecida con ese fin resulta prohibida y, por la otra, el hecho de que las medidas de coerción no son hoy la regla, como en el procedimiento de la Inquisición, sino la excepción, pues resultan sólo aplicables por expresa autorización legal (*nulla coactio sine lege*) –que contiene todos los presupuestos de la facultad– y dentro de los límites absolutamente indispensables (necesidad) para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley[179]. Recuérdese que la coerción también es utilizada con propósitos probatorios (ver *supra* letra b), según reza el texto de la misma regla antes mencionada.

III. Según se verá, la posición del imputado en cuanto a sus derechos y obligaciones o, si se quiere, en el sentido de la *equiparación de armas* para la defensa de su interés con el acusador estatal, el ministerio público, es considerablemente más débil durante la investigación preliminar que, sobre todo, durante el juicio público o en comparación con él[180]. Si no se parte de este elemento diferenciador, los derechos o

178 Cf. HENKEL, Heinrich, *Strafverfahrensrecht*, cit., ps. 220 y siguiente.

179 CPP Nación, 280. I. Ver esta obra, t. I, § 6, C, 2, *c*, ps. 510 y siguientes.

180 VOLK, Klaus, *Strafverfahrensrecht*, cit., § 9, III, p. 39.

facultades del imputado, activos y pasivos, pueden clasificarse someramente para su enumeración sintética, como sigue:

a) *Presencia en actos y lectura de actas*. La facultad de asistir a los actos desarrollados durante la investigación preliminar es débil, pues depende del permiso de quien realiza la investigación, juez de instrucción o funcionario del ministerio público, en el caso concreto[181], porque no resulta obligación del instructor notificar al interesado y menos aún formalmente[182], y, finalmente, porque, sin que resulte prohibida la presencia del imputado[183], él es reemplazado siempre, como titular de la facultad, por su defensor[184]. Durante ese período procesal sólo existe un verdadero derecho de asistir a aquellos actos denominados *definitivos e irreproducibles*, en los cuales resulta necesaria la notificación de su realización –entre otros sujetos procesales– al defensor[185]; la comunicación correcta al defensor es imprescindible para que el registro del acto –que de ello se trata– pueda, eventualmente, ingresar al debate y ser valorado en la sentencia. Durante el juicio penal, en cambio, existe una facultad cierta, vigorosa y reconocible del imputado para presenciar sus actos, tanto durante la preparación del debate[186], como durante el debate mismo[187], del que sólo puede ser excluido por voluntad propia[188] o por resolución del tribunal que ejerce el poder de policía de la audiencia[189], casos en los cuales es representado en él por su defensor[190], y hasta en la sentencia, durante su lectura[191]. Tan vigorosa es esta facultad de presenciar su propio juicio, que,

181 CPP Nación, 202, I.

182 CPP Nación, 202, II.

183 El imputado, en verdad, carece de un derecho de asistencia que sea exigible, pues quien lleva a cabo el acto puede permitir o rechazar su asistencia, caso en el cual asiste el defensor en su representación: CPP Nación, 200, II. La disposición rige, específicamente, para los actos *definitivos e irreproducibles*; entonces, con mayor razón, aún, para los que carecen de esa característica.

184 Ver CPP Nación, 200 a 203.

185 CPP Nación, 200 y 201.

186 CPP Nación, 357, I.

187 CPP Nación, 366, I.

188 CPP Nación, 366, II.

189 CPP Nación, 370, II y III.

190 Ver las disposiciones citadas en las dos notas anteriores.

191 CPP Nación, 400.

como veremos al estudiar los deberes del acusado, su ausencia constituye una infracción o, mejor expresado, un impedimento procesal para la realización del debate[192]. La facultad de asistir tiene, asimismo, su representación durante los recursos, cuya regulación prevé una audiencia de debate con ese fin[193].

Existen excepciones a la aplicación de estas reglas: en el juicio de menores, el menor carece de la facultad de asistencia, según la ley, pues se debe evitar, en lo posible, su presencia en los actos de investigación[194] y, además, sólo asiste al debate cuando resulta imprescindible (actos personalísimos) y es alejado de él una vez cumplido el objeto de su presencia[195]; por lo demás, en el juicio por delito de acción privada, la ley permite que la facultad de asistir a actos, incluso al debate, sea ejercida por un representante (mandatario legal o convencional)[196]. La ley procesal penal, por error, no regula un juicio para los inimputables penalmente (CP, 34, inc. 1) para la aplicación exclusiva de una medida de seguridad y corrección, pero es de suponer que, si lo reglara, él contendría las mismas reglas que citamos para los menores, esto es, excluiría a los inimputables de la facultad de asistencia, que colocaría en manos de su representante (curador o curador *ad litem*)[197]. La discriminación del menor y del inimputable es, en principio, contraria al aseguramiento del derecho de defensa, previsto constitucionalmente (CN, 18), razón de ser de la facultad de asistencia a los actos; al menos durante el juicio, tal exclusión resulta irrazonable y claramente contraria a la previsión constitucional, pues tanto uno como otro, menor e incapaz de culpabilidad en el momento del hecho, deben poder defenderse de la reacción penal del Estado, cuanto más si consiste en la privación de la libertad, todo ello sin perjuicio de permitir la intervención de los padres, del tutor o del curador; si a ellos se los considera capaces para sufrir una pena o una medida de seguridad es irracional, en principio, que se los excluya de los derechos que son estimados imprescindibles para quien es perseguido penalmente, por regla[198]: sólo se debería tolerar que ellos sean excluidos de la audiencia por analogía con la situación del imputado que la torna imposible o dificultosa, pero ya no a manera de sanción por su comportamiento.

El imputado y su defensor tienen también la facultad de leer las actas en las que constan ciertos actos procesales, derecho importante sobre todo durante la instrucción y hasta la iniciación del debate; durante

192 CPP Nación, 366, IV, y 367.

193 CPP Nación, 454 y 468 (y reglas de remisión: 475 y 483).

194 CPP Nación, 412, I.

195 CPP Nación, 413, inc. 2.

196 CPP Nación, 430, II.

197 CPP Nación, 76, II.

198 Cf. MAIER, *Los niños como titulares del derecho al debido proceso*, cit., ps. 9 y siguientes.

la investigación preliminar, tal derecho sólo puede ser limitado por excepción y por disposición judicial *fundada*, que establece el secreto[199].

b) *Hacerse escuchar*. Se trata de la facultad de tomar posición frente a la imputación, de una manera formal, esto es, de poder exigir que el tribunal que decide su situación durante el procedimiento, con inclusión de aquel que dicta la sentencia, lo escuche personalmente (*ser oído* o derecho de audiencia en la más real de sus acepciones). A tal fin, las leyes disponen que, durante la instrucción, el imputado sea escuchado cada vez que él lo requiera, siempre que no se trate de un mecanismo para dilatar o entorpecer el procedimiento[200] y, para tornar efectivo ese derecho, le conceden, incluso, el derecho de *presentarse espontáneamente* a declarar, derecho que significa el poder de imputarse a sí mismo de manera eventual y dar comienzo a su persecución penal en previsión de los males que puede tener que sufrir de ser perseguido sin su intervención o sin su explicación sobre los hechos[201]. La ley, por lo demás, regula minuciosamente tanto el itinerario formal de su primera declaración, como el tiempo en el que quien investiga debe proceder a escucharlo[202], en prevención de la utilización de alguna medida de coerción personal[203]. Conviene aclarar que éste es un derecho personalísimo del imputado, que no le corresponde al defensor, cuya presencia en el acto no puede significar representación y responde a otros fines.

La ley rodea al acto de la *declaración del imputado* de un sinnúmero de garantías para evitar su utilización como medio de obtener la confesión, significado de origen histórico (Inquisición) que determinó su nombre inicial (*indagatoria*[204]): concede al

[199] CPP Nación, 204.

[200] CPP Nación, 303, 1.

[201] CPP Nación, 279.

[202] CPP Nación, 294 y siguientes.

[203] CPP Nación, 300; todas esas medidas tienen como presupuesto material cierto grado de conocimiento (probabilidad) sobre la imputación, y las duraderas en el tiempo y privativas de libertad tienen como presupuesto formal la posibilidad efectiva de haber declarado sobre el hecho –ejercido su defensa: de allí la obligación de *evacuar citas*, que recae sobre el funcionario a cargo de la investigación (CPP Nación, 304)– previamente.

[204] El texto del art. 294, CPP Nación, y otros diseminados por el Código, todavía conservan ese origen en las palabras que utilizan para describir la facultad; pero el texto de los arts. 236 y ss. del antiguo CPCriminal, ley nacional n° 2.372, en especial el del art. 241 y la rúbrica del Título, hoy derogado, pero vigente hasta 1993, indicaban claramente ese origen.

imputado los derechos básicos de omitir toda declaración e impide toda forma de coacción o amenaza para torcer su voluntad o lograr su confesión (incluso prohíbe el juramento o la promesa de decir verdad, los cargos o las reconvenciones)[205]; establece el deber del funcionario ante el cual se cumple el acto de informarlo convenientemente acerca de su derecho de abstenerse de declarar y sobre el hecho y los elementos de prueba que fundan la imputación, antes de su primera declaración sobre el hecho, para evitar toda sorpresa y posibilitar su defensa[206]; garantiza la asistencia del defensor al acto e impide, accesoriamente, durante la investigación preliminar, la asistencia al acto de la víctima[207]; le garantiza al imputado –en caso de disponerse a declarar– ser autor del primer relato sobre el hecho[208] y evita todo intento de engaño o fraude en el interrogatorio posterior[209]; le garantiza al imputado un estado de serenidad al declarar[210] y la autenticidad del texto, cuando la declaración consta por escrito[211].

En el procedimiento intermedio, que comienza con el *requerimiento de remisión a juicio* (la acusación)[212], y en el juicio, durante la preparación del debate, rige la regla, citada antes, que le posibilita al imputado declarar en cualquier momento del procedimiento, pero aquí se trata, antes bien, de momentos procesales técnicos, para oponerse al enjuiciamiento penal o para examinar la integración del tribunal de juicio y ofrecer prueba para el debate, de modo que en estas actuaciones, regularmente, el tribunal se entiende con el defensor[213], sin perjuicio del derecho del imputado de intervenir personalmente. El debate representa el ejercicio pleno de las facultades defensivas, entre ellas, fundamentalmente, del derecho a ser oído por el tribunal que dictará la sentencia, y, también, con plena *igualdad de armas* respecto de los demás intervinientes en el proceso, especialmente respecto del acusador. El imputado es escuchado obligatoriamente al comienzo del debate[214], después de su apertura, esto es, previa lectura de la acusa-

205 CPP Nación, 296.

206 CPP Nación, 298.

207 CPP Nación, 295.

208 CPP Nación, 299, I.

209 CPP Nación, 299, II.

210 CPP Nación, 299, III, y 302 (ver también art. 295, en orden al impedimento para la asistencia al acto de la víctima-querellante).

211 CPP Nación, 299, I, y 301.

212 CPP Nación, 347 y siguientes.

213 CPP Nación, 349, 350, 354 y 355.

214 CPP Nación, 378.

ción[215] y después de ser informado por el presidente del tribunal sobre sus derechos y sobre la causa[216]; para esa declaración rigen las mismas reglas de garantía anticipadas. Por lo demás, el acusado debe ser escuchado obligatoriamente en caso de ampliación de la acusación, bajo las mismas prevenciones[217], y durante todo el curso del debate puede efectuar las declaraciones que estime oportunas para su defensa[218]. Finalmente, a él le corresponde la última palabra en el debate[219].

En los recursos rige también el derecho del imputado a ser oído por el tribunal, si lo estima oportuno. De la misma manera, esta facultad rige en los incidentes o durante su tramitación. Más allá de ello, es claro que, cuando la ley procesal penal da oportunidad para pronunciarse por escrito –por ejemplo: en los traslados y vistas o en los planteos incidentales–, el imputado goza del mismo derecho que, en ocasiones, por tratarse de momentos técnicos, es concedido regularmente al defensor.

c) *Prueba*. La advertencia de la introducción a este punto, relativa a la posición frágil del imputado durante la investigación preliminar, cobra un vigor especial respecto de las facultades relacionadas con el *derecho de probar* aquello que él afirma, en respuesta a la imputación que se le formula. Durante este período y, en verdad, hasta el juicio penal, si bien el imputado y su defensor pueden proponer diligencias de prueba, es el instructor –juez de instrucción o funcionario del ministerio público– quien domina la producción de elementos de prueba, sin control práctico alguno[220]. Según se observa, el precepto citado remite a la mera consideración del instructor los parámetros que sirven para decidir la práctica de las diligencias propuestas –*pertinencia* y *utilidad*– o su rechazo, decisión esta última que no admite recurso alguno. Conforme a ello, la decisión del instructor puede pecar de arbitraria, incluso por error o dolosamente, y no generará consecuencia procesal alguna, salvo un caso de excepción que aclararemos *in-*

215 CPP Nación, 374.
216 CPP Nación, 378, I.
217 CPP Nación, 381, II.
218 CPP Nación, 380.
219 CPP Nación, 393, VII.
220 CPP Nación, 199.

fra[221]. En cambio, ya en el juicio penal, la situación cambia por completo, pues el derecho a la prueba resulta establecido vigorosamente. Varias reglas básicas fundan el acierto de esta afirmación. En principio, sólo es posible rechazar el ofrecimiento de prueba *manifiestamente impertinente o superabundante*[222]. Con ello han variado por completo los parámetros según los cuales, como se verá, se debe fundar el *auto* de rechazo o la inadmisibilidad del pedido, no sólo por la existencia de un adverbio –*evidentemente*–, que torna esa decisión excepcional, sino, antes bien, porque ya no se trata de la consideración de la *utilidad* de la diligencia ofrecida, sino, antes bien, de la *superabundancia* de prueba para demostrar algún elemento del hecho[223]. Por lo demás, la resolución de rechazo debe ser deliberada y votada por todo el tribunal, esto es, por la integración completa del tribunal de juicio en caso de pluralidad de jueces –mientras que la de admisión es resuelta sólo por el presidente del tribunal–, y *debe* necesariamente ser fundada, pues, expresamente, se trata de un *auto* del tribunal[224], con lo cual los parámetros antes citados deben ser verificados con precisión. En segundo lugar, contra esa decisión funciona el recurso de reposición[225], medio de convencer al tribunal acerca de su error al rechazar la proposición, pero, antes bien, idóneo como protesta de recurrir en casación por la omisión de recibir el medio de prueba e incorporarlo al debate y, por ello, como fundante del recurso contra la condena, cuando la omisión se produce y la circunstancia que pretendía probarse con el medio ofrecido hubiera incidido en la solución del caso, de haber sido verificada[226]. Por último, resulta

221 Sólo nos referimos a las consecuencias procesales: de lado quedan las consecuencias funcionales, en el sentido de que la arbitrariedad o las arbitrariedades repetidas pueden fundar el mal ejercicio de la función, suficiente para sancionar administrativamente e, incluso, para separar del cargo al funcionario. En este caso también tiene influencia el aspecto subjetivo, esto es, el error, la conducta dolosa o culposa.

222 CPP Nación, 356, II.

223 Por ej., el caso siguiente: diez testigos para verificar que llovía el día y a la hora del hecho.

224 CPP Nación 356 y 123.

225 CPP Nación, 440.

226 Caso paradigmático: un testigo con cuya declaración se pretendía demostrar la agresión ilegítima que hubiera fundado la legítima defensa o el exceso en la justificación (CP, 34, incs. 6 y 7, y 35), rechazado por superabundante en una lista de seis testigos de los cuales, según el ofrecimiento, no se podía asegurar que todos conocieran esta circunstancia, en el caso de que los cinco testigos que concurrieron al debate hubieran manifestado allí que no presenciaron el hecho.

claro, según lo explicado, que todo error o arbitrariedad en el rechazo de la diligencia ofrecida se traduce, si media la protesta, en una oportunidad eventual para recurrir en casación, si la sentencia que emana del debate es desfavorable al imputado[227].

Engarza con esta realidad jurídica la aclaración relativa a la excepción a la regla que concede poder casi omnímodo al instructor sobre la prueba, durante el procedimiento de investigación. Esa excepción está constituida por los llamados *actos definitivos e irreproducibles* y del siguiente modo: si la defensa ha requerido la práctica de uno de estos actos de prueba, invocando su calidad de cierta o probablemente irreproducible en el debate –razón por la cual se debe practicar anticipadamente y registrar, para ser incorporado por su lectura al debate– y solicitando su realización conforme a las reglas especiales que rigen para ellos[228], y el juez ha rechazado esta pretensión, pues existe un motivo de casación de la sentencia condenatoria para el caso de que, por la razón apuntada, el elemento de prueba no pueda ser incorporado al debate, bajo condición de que la circunstancia que con su realización pretendía probarse hubiera servido como descargo, total o parcial, en la sentencia desfavorable para el imputado[229].

No es necesario explicar detalladamente aquí que, sobre la prueba, existe tanto el derecho del imputado a probar, como el de controlar la prueba de los eventuales adversarios[230]. Al respecto, rigen las mismas reglas aclaradas anteriormente para el derecho de probar ciertas circunstancias: el derecho de oponerse a la prueba del adversario –por impertinente, por inútil, por superabundante, por ilegítima– es más débil durante el procedimiento preliminar, en el cual la decisión del instructor resulta incontrolable, que durante el juicio, donde rigen los mecanismos de control que antes observáramos.

[227] CPP Nación, 456, inc. 2.

[228] CPP Nación, 200 y siguientes.

[229] Caso de laboratorio como ejemplo: el defensor solicita, durante la investigación preliminar, que un juez practique una declaración testimonial según el reglamento de los actos definitivos e irreproducibles, pues el testigo presencial puede echar luz sobre una agresión ilegítima de la víctima hacia el autor de lesiones u homicidio; funda esta pretensión en el hecho de que el testigo es extranjero, ocasionalmente en nuestro país, y regresará a su país de residencia casi inmediatamente, razón por la cual no se puede asegurar su comparecencia al debate, cuando sea citado; efectivamente, el testigo, citado al debate, no es hallado y no comparece a deponer en él; la sentencia condena al imputado como autor de las lesiones o del homicidio simple y rechaza la existencia de una agresión ilegítima hacia el autor por parte de la víctima, que funde la defensa legítima del autor, sostenida por él o por su defensor como solución del caso.

[230] Ver esta obra, t. I, p. 577.

d) *Impugnación de resoluciones*. Una de las garantías defensivas más evidentes está constituida por el derecho a interponer recursos contra las decisiones judiciales desfavorables para el imputado. Con el ejercicio de esta facultad el imputado logra un nuevo examen sobre el objeto de la resolución que lo perjudica. La ley le permite la interposición de recursos diferentes, según el tipo de resolución que es objeto eventual de la impugnación. No es éste el momento de estudiar los recursos, pero entre estos remedios se cuentan los siguientes: reposición, apelación, casación, inconstitucionalidad, inaplicabilidad de ley y revisión[231]. Hasta la apertura del juicio rigen los dos primeros recursos: reposición y apelación, el primero de ellos admisible sólo contra resoluciones emitidas sin sustanciación, esto es, sin escuchar previamente a los intervinientes, y factible de unir con una apelación eventual, para el caso de que el tribunal interviniente no revoque su propia decisión[232], el segundo de ellos deducible sólo contra decisiones expresamente declaradas apelables[233] o que provoquen un gravamen irreparable[234]. Durante el juicio penal rige el recurso de reposición contra las decisiones del tribunal competente para él[235], mecanismo que, por lo demás, funciona siempre como protesta de recurrir contra la sentencia, en caso de que ella resulte desfavorable para el recurrente y el motivo del recurso influya sobre ella o constituya un motivo absoluto de invalidez de ella. Los demás recursos se dirigen todos contra la sentencia dictada por los tribunales de juicio o contra las decisiones que pongan fin a la acción o a la pena, o tornen imposible que ellas continúen o rechacen la extinción, conmutación o suspensión de la pena (equiparables a la sentencia definitiva en lenguaje de nuestra Corte Suprema nacional) –casación, inconstitucionalidad, inaplicabilidad de

[231] Las reglas principales referidas a los recursos, que estudiaremos sistemáticamente en el libro referido al procedimiento, pueden ser observadas, en el ejemplo del CPP Nación, en el Libro cuarto, arts. 432 y ss.; el recurso de inaplicabilidad de ley fue introducido por la ley de organización n° 24.050, art. 11.

[232] CPP Nación, 446 a 448.

[233] Como el auto de procesamiento (CPP Nación, 311) o el auto que rechaza la exención de prisión o la excarcelación (CPP Nación, 332), por ejemplo.

[234] CPP Nación, 449, cláusula general difícil de interpretar: perjuicio de reparación ulterior imposible.

[235] CPP Nación, 440.

ley–[236]. Por último, la revisión, en ocasiones titulada como acción independiente de revocación, se dirige también contra la sentencia, pero contra la sentencia firme –no necesariamente emitida por un tribunal de juicio–[237].

Sin duda, ésta es una descripción mínima y acrítica de la garantía en la que deberían consistir los recursos. Una gran cantidad de reglas importantes elabora y define el sistema. En primer lugar, el sistema depende de la voluntad de quien estima que ha resultado perjudicado por una decisión judicial, esto es, de la voluntad de quien recurre, a la manera de un sistema de Derecho privado clásico, a contrario de aquello que de ordinario sucede en el Derecho penal, pues las decisiones quedan firmes si no son recurridas y, cuando lo son, sólo ingresan en crisis en aquellos puntos y por aquellos motivos que el recurrente indica, y, cuando no son recurridas por el acusador, no pueden perjudicar más al imputado recurrente que la misma decisión recurrida, cualquiera que fuere el error del cual padecen[238]. Completan el sistema aquellas reglas que deciden que el derecho a recurrir sólo tiene por objeto las decisiones declaradas impugnables por la ley –lamentablemente de muy diversas maneras– y por la vía (recurso) que ella indica, y que sólo le corresponde a quien la ley expresamente faculta o, cuando nada dice, a cualquier interviniente en el procedimiento[239]; más allá de ello, la ley regula siempre el modo, tiempo y lugar de la interposición de los recursos.

Una visión crítica de los recursos debería marcar que ellos no responden históricamente al fin de garantía que se les adjudica, sino, antes bien –incluso en la actualidad–, a la consolidación de una organización judicial verticalizada y burocratizada, esto es, a la necesidad del control burocrático de poderes sólo delegados y reasumidos con esa finalidad[240]. No he elaborado un sistema de recursos que sirva al sólo fin de consoli-

236 CPP Nación, 457 y 474.

237 CPP Nación, 479: recurso no sujeto a plazo, sólo admisible a favor del condenado (ver la prohibición del *ne bis in idem*, t. I, ps. 595 y ss.), incluso del condenado que ya ha fallecido.

238 CPP Nación, 445, regla con escasas excepciones, que no viene al caso discutir aquí. Cf. KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre* (2ª ed.), Ed. Franz Deuticke, Viena, Reimpresión 1976, ps. 139 y ss. (ya desde la primera edición, con claridad, ver trad. de Moisés NILVE, *Teoría pura del Derecho*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1971, en especial, ps. 120 y ss.), para un estudio de este mecanismo jurídico en la teoría general del Derecho. Un ejemplo de este acierto lo brinda DE LA RÚA, Fernando, *El recurso de casación en el Derecho positivo argentino*, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1968, ps. 531 y s., cuando advierte que, en definitiva, el único medio de "sancionar" procesalmente el incumplimiento de algún tribunal al que obliga según la ley la llamada "jurisprudencia plenaria" es la interposición del recurso de inaplicabilidad de ley por parte del interesado. Un ejemplo contrario de aquello que sucede cuando no se tiene en cuenta esta regla por un sentido absolutamente autoritario de aquello que significa "administración de justicia", en BOVINO, Alberto, *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001, Cap. XII, ps. 241 y siguientes.

239 CPP Nación, 432.

240 Cf. esta visión crítica, histórica y actual, en esta obra, t. I, § 6, E, 4, ps. 632 y ss., y H, 1 y 2, ps. 705 y siguientes.

dar una garantía para quien sufre la persecución penal, pero, según lo he sospechado desde antaño, un buen régimen de recursos debería tender a su desaparición durante el procedimiento, reemplazado por la determinación concreta de la cantidad de jueces que debe integrar un tribunal para decidir acerca de un problema determinado, con lo cual ganaríamos en celeridad, y conservar sólo el recurso del imputado contra la sentencia condenatoria de los tribunales de juicio, en forma de recurso unilateral, según sucede en el Derecho anglosajón por regla[241].

Las convenciones internacionales sobre derechos humanos, regionales o universales, han venido, a mi juicio, a enfatizar el significado de garantía que debe tener el sistema de recursos. Ellas conceden especialmente al imputado un recurso contra la condena penal, ante un tribunal idóneo para eliminarla o revocarla, de modo tal que, si quien sufre la condena lo desea y expone motivos de injusticia –formales o materiales– serios y plausibles, que condujeron a su condena, alcanza la posibilidad de un nuevo examen del caso con relación al motivo de injusticia denunciado (garantía de la *doble conformidad* judicial)[242].

e) *Otras facultades defensivas*. El derecho de defenderse de una imputación penal contiene, a lo largo del procedimiento, un sinnúmero de facultades que sirven a ese fin, reglamentarias del derecho de resistir la imputación, que sólo son advertidas al desplegar el procedimiento en actos y, antes bien, al desplegar en actos un procedimiento concreto, pues los procedimientos penales que son llevados a cabo en la realidad no contienen todos el mismo número de actos, ni actos idénticos, ni las personas que participan en actos idénticos según su regulación abstracta observan en ellos los mismos comportamientos. Se me ocurre importante para citar un grupo relevante de esas facultades, sin agotarlas, pues resulta imposible imaginar todas esas posibilidades en abstracto y a un mismo tiempo. De primer orden resultan ciertas facultades relativas a la vida de la persecución penal, pues ellas permiten finiquitar la persecución penal, al menos temporalmente, con anticipación al transcurso de todo el procedimiento penal, esto es, con anterioridad a la sentencia que constituye el modo normal de su culminación. Se trata de la facultad de interponer las llamadas *excepciones de previo y especial pronunciamiento*, mediante las cuales es posible lograr un pronunciamiento definitivo sobre la inhabilidad absoluta de la persecución penal (casos de extinción de ella) para arribar a la

[241] *Ibidem*, ps. 715 y siguiente.

[242] *Ibidem*, § 6. H. 3, ps. 717 y siguientes.

condena del imputado –esto es: una absolución anticipada a favor del imputado (*sobreseimiento*) con vigencia de la máxima básica *ne bis in idem*[243]– o, cuando menos, evitar temporalmente la persecución penal de una manera más (casos de inaplicabilidad de la ley penal argentina y, por tanto, de falta de capacidad para perseguir penalmente en el país) o menos firme (incompetencia u obstáculos para el ejercicio de la acción penal)[244]. De esta misma calificación gozan las facultades que la ley concede al imputado en ciertas oportunidades para lograr un sobreseimiento material de la causa a su favor, esto es, a su pedido, un examen previo de algún elemento de la imputación, obligatorio para el tribunal cognoscente, y una declaración eventual acerca de la falta de verosimilitud de alguno de los extremos de la imputación de un hecho para ser punible[245].

Resulta importante insistir en el derecho del imputado a callar sobre la imputación que se le dirige, sin que su silencio determine tipo alguno de presunción que lo perjudique[246]. En cierta manera, se trata aquí de una facultad negativa, en el sentido de que consiste en una omisión; empero, no existen estas facultades negativas como tales en el orden jurídico y con ese nombre sólo se expresa la veda para un juez de extraer alguna conclusión del silencio del imputado[247]: las decisiones judiciales, por lo tanto, no pueden valorar el ejercicio del derecho de no responder –total o parcialmente– del imputado, es decir, su silencio ante un interrogante o en las oportunidades que la ley prevé para que declare, para alcanzar la certeza o la probabilidad sobre un elemento de la imputación.

Son importantes también los derechos enunciados como *pasivos*, entre ellos, los de *información*, que, regularmente, permiten o tornan accesible el ejercicio de otras facultades. Tampoco aquí se trata, como indica el nombre, de facultades del imputado, sino, antes bien, de deberes de órganos del Estado, cuyo cumplimiento condiciona la validez de ciertos actos cumplidos durante el procedimiento o el nacimiento o extinción de ciertas facultades. Nuestro Derecho positivo ha sido algo mezquino al establecer estos deberes, pero un ejemplo de ellos existe en el condicionamiento de la validez de la declaración y del interrogatorio del imputado por la información que, necesariamente, debe brindarle el juez o el presidente del tribunal durante el debate y con anterioridad a su declaración sobre el hecho[248].

[243] CPP Nación, 343 y 335; cf. esta obra, t. I, § 6, E. 1, ps. 595 y siguientes.

[244] CPP Nación, 339, 349, inc. 1, y 358 (ver también art. 376).

[245] CPP Nación, 349, II, y 361.

[246] CPP Nación, 296, 298 y 378.

[247] Cf., en el mismo sentido, CC, 919 (valor del silencio).

[248] CPP Nación, 296, II, 298 y 378, I; la OPP (RFA), § 44, por ejemplo, torna necesaria la información sobre los recursos que pueden interponerse contra ciertas resoluciones judiciales, para que la notificación de esas decisiones cumpla sus fines, entre otros, el dar nacimiento al plazo para recurrirlas.

No carecen de importancia las facultades relativas al interrogatorio de órganos de prueba o de coimputados, especialmente durante el debate[249], pues este derecho se halla seriamente limitado durante la investigación preliminar, en cuyo transcurso, y a salvo los actos definitivos e irreproducibles, el instructor puede vedar la misma asistencia al acto y, en caso de permitir la asistencia de los defensores, ellos sólo pueden formular preguntas con su venia[250]. El *careo*, cuando se trata de una confrontación entre el imputado y un testigo o entre dos coimputados, implica naturalmente la facultad de interrogar a aquel con quien se confronta[251].

Ciertamente, se trata de una facultad del imputado, que sólo a él le pertenece –no así a su defensor–, el prestar su consentimiento con el requerimiento fiscal para la tramitación del *juicio abreviado*[252], pero esta facultad no constituye el ejercicio de un derecho defensivo, sino todo lo contrario –se podría decir, en la práctica, su renuncia a defenderse–, pues habilita una condena *sin juicio previo*[253], característica que le ha valido a este procedimiento críticas enormes[254].

La defensa del imputado, en tanto con ella nos referimos a la asistencia técnica para resistir la imputación, merece un párrafo aparte en la exposición, pues ella encierra, actualmente, problemas específicos con influencia en todo el procedimiento.

D. LA DEFENSA Y EL DEFENSOR

1. Los distintos significados y sus contenidos

Hasta aquí hemos colocado el acento, principalmente, en la respuesta del propio imputado a la imputación que se le dirige en un procedimiento penal y en las facultades que la ley procesal le concede para ello al reglamentar la cláusula constitucional relativa a su defensa (CN, 18: derecho de audiencia e incoercibilidad de su declaración). A esta respuesta y, sobre todo, a su respuesta verbal, para cuyo ejercicio el imputado cuenta, como hemos visto, con un buen número de facultades y garantías jurídicas, se la suele llamar *defensa material*[255]. Pre-

[249] CPP Nación, 389, I.

[250] CPP Nación, 202 y 203.

[251] CPP Nación, 278, II.

[252] CPP Nación, 431 *bis*, inc. 2.

[253] CPP Nación, 431 *bis*, inc. 3.

[254] Cf. el volumen sobre *El procedimiento abreviado*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001, del que soy, junto a Alberto Bovino, compilador, con una mayoría de artículos nacionales críticos del instituto e, inclusive, exposiciones y críticas extranjeras en el Derecho comparado.

[255] Cf., por todos, Vélez Mariconde, *DPP*, cit., t. II, ps. 378 y siguientes.

69

cisamente por ello se afirma que la declaración del imputado es antes un *medio de defensa material* que un *medio de prueba*; nadie ignora que puede contener indicaciones sobre la prueba e, incluso, contener ella misma la verificación de algún extremo importante para la imputación (en caso de confesión, por ejemplo), pero las facultades y garantías que la rodean, rigurosas y múltiples, intentan conceder la posibilidad de resistir la imputación que le es dirigida, que el imputado utiliza a voluntad (incluso cuando decide callar: *nemo tenetur*).

Bajo este rubro, sin embargo, no volveremos a ocuparnos de ese concepto detallado antes, sino que, en cambio, nos dedicaremos a estudiar la llamada *defensa técnica*, esto es, básicamente, la actividad que despliega un asesor jurídico en el procedimiento, las facultades que la ley le concede para ello y los deberes de quien ejerce esa función[256]. Bueno es comenzar por aclarar que, aun cuando bajo este rubro sólo se trata de explicar la actividad de un *defensor*, y se entiende por él a quien asesora jurídicamente al imputado o a quien, en ocasiones, obra por él en sentido defensivo, la *defensa técnica* presupone algo más que el asesoramiento meramente jurídico, pues abarca también los conocimientos de otras ciencias, artes o técnicas, diferentes de las jurídicas, que pudieren resultar necesarias en el caso concreto[257]. Ello no desmerece la afirmación de que el defensor jurídico es, también para la ley, el principal asesor del imputado, cuyo comportamiento procesal y cuya posición merecen una regulación específica.

2. La necesidad de la defensa técnica

Así como hubo épocas en las cuales se prohibió que un profesional asesorara al imputado y obrara por él, otras en las cuales sólo se permitió que un *bozero*[258] hablara por el imputado y se prohibió que fuera representado, así también, en la época actual, una gran parte de la garantía de la defensa consiste no sólo en permitir la actuación de un defensor, sino, antes bien, en asegurar su existencia, al lado del impu-

256 Para un somero examen histórico de la función y su ejecutor, *ibidem*, ps. 373 y siguientes.

257 En ocasiones resultan de suma importancia para el caso los conocimientos provenientes de otras ciencias, como sucede, por ejemplo, cuando se debe interrogar a un perito durante el debate, que domina una ciencia, arte o técnica cuyos conocimientos no poseen ni el imputado, ni el defensor tradicional.

258 Escrito según el Fuero Juzgo (hoy: vocero): VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., t. 2, p. 374.

tado, durante el procedimiento[259]. Conforme con ello, la ley procesal penal fija un punto en el procedimiento después del cual él no puede existir, legítimamente, sin que un defensor o asistente jurídico acompañe al imputado en la labor de resistir la imputación: ese punto es la primera declaración del imputado sobre el hecho[260], luego del cual los actos a los cuales el defensor tiene el derecho de asistir carecen de validez, en caso de infracción a la regla, al menos para ser incorporados válidamente al debate y utilizados como fundamento de una decisión desfavorable para el imputado. Pero se debe aclarar que la ley procura una designación del defensor anterior a ese momento final, "en la primera oportunidad"[261], y que, si se trata de prueba a incorporar al debate –actos definitivos e irreproducibles, que generan un derecho de asistencia para el defensor y la necesidad de notificarlo para ello, bajo riesgo de invalidez–, el defensor debe estar designado con anterioridad al momento indicado. El defensor es imprescindible durante todo el procedimiento y, durante el debate, debe acompañar al imputado con su presencia en todos sus momentos y cualquiera que fuere la situación en la cual aquél enfrenta el debate (en libertad o privado de ella)[262]: la persona física que ejerce la defensa técnica puede variar, pero siempre es necesaria la presencia en el procedimiento de, al menos, un defensor[263]. Más aún, aunque sin el rigor antes observado, la ley procesal penal prevé también, de ordinario, la asistencia de un defensor durante la ejecución penal, cuando se discuta algún punto de importancia para el cumplimiento de la pena, que origine la tramitación de un *incidente de ejecución*[264]. El hecho de que la defensa técnica sea considerada imprescindible –en todos los casos entre nosotros[265]– conduce a la distinción entre el defensor elegido por el imputado libre-

259 Ver, para una visión histórica breve, *idem*, ps. 373 y siguientes.

260 CPP Nación, 107, I y II.

261 CPP Nación, 107, I.

262 CPP Nación, 368, 365, IV, y 366, II.

263 CPP Nación, 108 y 365, IV.

264 CPP Nación, 491.

265 No siempre ello es así, sino que, para otros órdenes jurídicos, la defensa técnica sólo es necesaria en algunos casos, caracterizados por la gravedad del hecho o por su complejidad jurídica o fáctica: ver, por ej., para Alemania, ROXIN, *DPP*, cit., § 19, B, I, ps. 138 y siguientes.

mente y el defensor designado –de oficio– por el tribunal o por el órgano judicial competente para el procedimiento, ante la falta de designación por el imputado, sobre lo cual informaremos al explicar la función del defensor; sumado a ello, el hecho de la gran cantidad de casos en los cuales el imputado no quiere o no puede elegir un defensor particular ha conducido a la organización de la llamada *defensa pública*.

Esa necesidad rige también en los procedimientos especiales: para los delitos leves, en el *juicio correccional*, porque ninguna de sus modificaciones menores a la reglamentación del juicio común se vincula a esta regla; rige también para los delitos de *acción privada*, en el juicio respectivo, por la misma razón, aunque el punto final para la designación del defensor coincide con el de la audiencia de conciliación, cuando el imputado concurre a ella[266]; rige asimismo en el *juicio de menores*, a pesar de la intervención obligada del asesor de menores o incapaces[267], por la misma razón antes apuntada para el juicio correccional y porque se menciona al defensor reiteradamente al regular ese procedimiento[268]; también es imprescindible en el *juicio abreviado*, pues sin su asistencia la conformidad del imputado con la petición fiscal no es válida y porque debe asistir a la audiencia anterior a la decisión[269]. A tal punto llega la exigencia entre nosotros que, cuando la Ciudad de Buenos Aires legisló, por imperio de su nueva situación jurídica como Estado autónomo local (CN, 129), tornó obligatoria la defensa en el juzgamiento de contravenciones y desde un primer momento del procedimiento contravencional, a semejanza de la ley procesal penal, exigencia que, al menos de la manera según la cual está legislada, parece una exageración[270].

La ley procesal penal, por regla, prohíbe la representación del imputado en materia penal[271]. Ello quiere significar, tan sólo, que no considera al defensor, completamente, un representante regular del imputado en el procedimiento, un apoderado, que ejerza sus derechos y cumpla por él sus deberes, sino que, antes bien, únicamente lo repre-

266 CPP Nación, 424.

267 CPP Nación, 411, III, y 413, inc. 3.

268 CPP Nación, 410 y 413, incs. 1 y 3.

269 CPP Nación, 431 *bis*, incs. 2 y 3. La ley debería haber tornado obligatorio escuchar en esa audiencia la opinión del defensor acerca de la conveniencia o inconveniencia del juicio abreviado para el imputado; no obstante la falta de previsión, la ley no prohíbe al juez que le conceda al defensor la palabra sobre este extremo, acción aconsejable no bien se observa que la ley califica también a la opinión del defensor como una *conformidad* con ese tipo de procedimiento (CPP Nación, 431 *bis*, inc. 4, I).

270 Cf. LPC [Ley de procedimiento contravencional n° 12] BA, 37.

271 CPP Nación, 104, II; a pesar de ello, en la cuestión civil, que se debate en el procedimiento penal, considera al nombramiento de defensor como la concesión de un mandato de representación judicial para esa cuestión.

senta cuando la ley expresamente lo indica, como lo hace en múltiples ocasiones, especialmente durante la investigación preliminar y antes del juicio penal[272]. Para interpretar correctamente la ley procesal penal se debe partir del principio que concede al imputado el derecho de obrar personalmente en el procedimiento –así como, veremos, ella concede también poderes autónomos al defensor–, sin desconocer que, por excepción, el imputado es representado por su defensor. En el juicio común, el ejemplo más característico de representación lo proporciona el alejamiento del imputado de la sala en la cual se desarrolla la audiencia del debate, por su propia voluntad o como sanción disciplinaria del tribunal que lo preside[273].

Existen excepciones de mayor repercusión procesal en algunos procedimientos especiales: *juicio de menores*[274]; durante el debate en el *juicio por delito de acción privada* (confuso)[275].

3. El defensor

1. La persona que cumple el papel de asistente técnico del imputado en materia jurídica se llama *defensor*. El nombre no tiene ese significado sólo en el procedimiento penal, ni es excluyente para otras competencias judiciales, pero es característico del proceso penal[276]. Por lo demás, ese nombre se usa comúnmente casi con exclusividad para designar al jurista que asiste al imputado desde el punto de vista del orden jurídico aplicable al caso, lo representa y lo defiende, aun cuando existen motivos para que el concepto no deba ser concebido de modo excluyente: aunque de manera limitada, para ciertos actos del procedimiento y sin extenderse a todo su transcurso, es imaginable la necesidad del imputado, para su defensa, de contar con un asistente en una ciencia, arte o técnica distintos del quehacer jurídico, según ya antes lo observamos[277].

272 Ejemplos: CPP Nación, 200, I, 201, I, 202, 203, 258, II, y 349, I.

273 CPP Nación, 366, II, y 370, III, no obstante lo cual esa representación no es completa.

274 CPP Nación, 413, incs. 1 y 2.

275 CPP Nación, 430, II.

276 Sobre ello, en nuestra práctica jurídica, CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, cit., t. III, n° 717 y s., ps. 135 y siguientes.

277 El CPP Modelo IA, 109, llama a estos asistentes, *consultores técnicos*. Ellos no sólo cumplen la misión de controlar las operaciones de una peritación o interpretación, sino que, además, pueden interrogar en el debate a los peritos, traductores o intérpretes e, incluso, concluir sobre la peritación, traducción o interpretación, y su resultado, al final del debate.

70

Según ya se puede advertir, el *defensor* debe reunir calidades especiales. Las leyes argentinas exigen dos requisitos esenciales: el primero se refiere a sus estudios universitarios, pues condiciona la función al hecho de la obtención de un título de *abogado*, reconocido como tal en el país; el segundo requisito resulta ser meramente burocrático y consiste en la *habilitación para el ejercicio profesional* (matriculación), concedida a los abogados por la autoridad de aplicación de reglas referidas a esa profesión y al control de la profesión en cada Estado federado, en ocasiones una dependencia estatal (normalmente un tribunal de justicia) y en otras una institución semipública, el colegio de abogados de la jurisdicción, pues el control profesional no ha sido delegado por las provincias en el Estado Federal[278]. Los *consultores técnicos*, cuando su intervención y actividad están regulados como tales, siguen las reglas de idoneidad relativas a los peritos[279].

II. Si observa estas condiciones, la facultad de indicar al defensor que lo asistirá jurídicamente –quien, por esa razón, es mencionado como *de confianza*– le corresponde, en primer lugar, al imputado[280]; el tribunal o funcionario judicial que conoce en el caso sólo tiene una facultad de control que recae sobre los requisitos exigidos por la ley. Incluso, el imputado puede optar por asumir él mismo su defensa técnica y el tribunal, en ese caso, controla la idoneidad de la proposición conforme a los requisitos establecidos, por una parte, y a la situación real y concreta del imputado en el caso, por la otra[281].

[278] CPP Nación, 104, I. Sin embargo, ésta no es una ley universal: para la OPP, § 138, ése es el caso común, pero ella permite que profesores de academias de Derecho, sin matriculación alguna, puedan ser elegidos como defensores e, incluso, que otras personas sin título habilitante puedan brindar la asistencia jurídica, con el permiso del tribunal cognoscente; en el caso de la defensa obligatoria, ellos sólo pueden defender junto a un jurista.

[279] Cf. CPP Modelo IA, 109, I.

[280] CPP Nación, 104, I.

[281] La ley (CPP Nación, 104, I) se refiere a la *eficacia de la defensa* y a los *obstáculos* que, para la *sustanciación del proceso*, pueden originarse en la defensa personal por el propio imputado: se trata, por ej., de la pretensión de un abogado, privado de libertad (hecho que, sin duda, resta alguna eficacia a la defensa y la obstaculiza de modo evidente), de defenderse por sí mismo. Son discutibles las extensiones del concepto, por ej., la de no autorizar a abogados que carecen de la especialidad relativa al Derecho penal, pues la ley sólo requiere el título de abogado y la autorización para el ejercicio de esa profesión.

Pero si él no ejerce ese derecho u opta por ejercer él mismo su defensa técnica en perjuicio de su eficacia, la necesidad de dotarlo de un defensor, antes explicada, justifica el nombramiento del defensor por el mismo tribunal –*de oficio*, en las oportunidades prefijadas por la ley– y la organización de la llamada *defensa pública* para responder a esa necesidad en un número considerable de casos[282]. El ejercicio de esta autoridad por el tribunal no perjudica, de manera alguna, a la facultad del imputado para designar defensor de confianza y reemplazar al designado de oficio, en cualquier momento del procedimiento[283].

Se ha discutido mucho acerca del mejor sistema para organizar la *defensa pública*, atento al hecho de que, como se observó anteriormente, el número de casos en los que el imputado debe recurrir al defensor designado de oficio es considerable, sobre todo entre nosotros y en los países de América Latina, dada la considerable proporción de la población que vive en estado de pobreza y su crecimiento exponencial actual[284]. Existen tres sistemas básicos, incluso combinables entre sí (cuestión que, de hecho, ha sucedido en varios países)[285]. El primer sistema podría ser denominado *honorífico* y es también, probablemente, el primero históricamente: consiste en la obligación de los abogados de defender, sin remuneración alguna –de allí el nombre por el cual se lo menciona–, a quien, por su condición socio-económica o su voluntad, no puede o no quiere nombrar defensor, obligación proveniente de un deber de solidaridad existente en toda cartilla sobre ética del ejercicio de la abogacía; su práctica consiste en la elección por el órgano de designación de un abogado de la matrícula que, entonces, se ocupa del caso gratuitamente. El sistema parece haber fracasado de la mano de dos realidades: en primer lugar, la superprofesionalización de éstos y otros servicios que, a la vez, generan costos necesitados de ser cubiertos, razón por la cual los abogados dedican a estos casos sus horas peores y sobrantes, en relación a los casos de servicio arancelado; en segundo lugar, la incomprensión –a mi juicio– del deber de solidaridad, en el sentido de un deber meramente individual, casi sin necesidad de organización y control, en lugar de su comprensión como deber que, en principio, incumbe a los abogados a través de sus organizaciones profesionales, los colegios de abogados, consistente en su papel de administrar y controlar un buen servicio[286]. A ese sistema le siguió

282 CPP Nación, 104, I, y 107.

283 CPP Nación, 108.

284 Existe un trabajo jurídico-empírico sobre este tema y el procedimiento penal, provocado por una reunión de nivel regional en el continente: GARITA VILCHEZ, Ana Isabel y SABORÍO, José, *La defensa pública en América Latina desde la perspectiva del Derecho procesal penal moderno* [*La defensa pública en América Latina*], Ed. Ilanud, San José (Costa Rica), 1992.

285 Cf. GUARIGLIA, Fabricio O., *El nuevo sistema de defensa de oficio en el procedimiento penal*, "J. A.", 1992, II, ps. 776 y siguientes.

286 Asistí a una reunión de los defensores públicos de la provincia de Buenos Aires, en Mar del Plata, en la cual se puso de manifiesto la forma absolutamente diferente de proveer a la defensa de oficio por parte de los distintos colegios de abogados de la provincia.

aquel que podríamos titular de *burocrático* –más conocido entre nosotros–, en el sentido de que, como lo supone la ley procesal, es desarrollado por una oficina estatal, con cargos estatales y costos adicionales a cargo del Estado, la mayoría de las veces con abogados asimilados a funcionarios judiciales, al ministerio público, pues las tituladas defensorías oficiales integran una de sus ramas; Argentina, Costa Rica, muchos países americanos y, entre ellos, los Estados Unidos de América, utilizan, básicamente, este sistema. Él tiene el inconveniente de la desconfianza de los imputados hacia un defensor que ellos no designan y que pertenece al mismo ente que, por regla, los somete al procedimiento penal y los persigue penalmente, el Estado, observación que se entiende cuando se repara en que la *confianza* es uno de los elementos principales de un buen ejercicio de la defensa técnica; de hecho, incluso, las defensorías oficiales operan y tienen su sede en los edificios judiciales y sus miembros, entre nosotros, cumplen peldaños de una carrera judicial única, aspectos que contribuyen a su mimetización con quienes persiguen y juzgan penalmente, y que se traduce en desconfianza de quien necesita el servicio. El tercer sistema es el que hoy parece extenderse (originado en Inglaterra, es utilizado también en Alemania y España, países que constituyen dos ejemplos de importancia para nosotros) y consiste en la organización por parte de las asociaciones (colegios) de abogados o de una administración autónoma de un servicio remunerado con abogados matriculados; el Estado no se desprende de su deber de brindar asistencia, pues provee todos o gran parte de los medios económicos para que el servicio funcione. Tal sistema parece tener la ventaja de contar con abogados que pueden ser asimilados a los *de confianza* –en el sentido de que no son funcionarios estatales–, organizados, controlados y apoyados en su labor por una oficina central, que cobran honorarios por sus servicios, como cualquier otro trabajador o servidor público. Este último sistema, con características propias, pero derivado básicamente del español (contribución económica del Estado y organización por los colegios de abogados), fue el que propuso el Proyecto 1986[287].

La cantidad de defensores que puede designar un imputado ha sido, en ocasiones, motivo de disputa en relación a la garantía de la libertad de defensa que prevén las leyes fundamentales de los estados de Derecho[288]. La legislación argentina siempre ha limitado el número de defensores que puede designar un imputado: simultáneamente sólo puede ser defendido por dos defensores, pero, en ese caso, se sustituyen entre sí y las notificaciones a uno de ellos son consideradas váli-

287 Cf. el *Proyecto de ley orgánica para la justicia penal y el ministerio público*, Ed. Secretaría de Justicia, Buenos Aires, s/f, Libro Cuarto, *Servicio oficial de defensa*, arts. 136 y siguientes.

288 Cf. GOSSEL, Karl-Heinz, *La defensa en el Estado de derecho y las limitaciones relativas al defensor en el procedimiento contra terroristas* [*La defensa en el Estado de derecho*], en "Doctrina penal", cit., 1980, 2ª parte, C, ps. 235 y s., a raíz de la reforma de la legislación procesal penal según el texto actual de la OPP (RFA), § 137, I.

das para el otro[289]. Aquí nunca se ha cuestionado esa limitación constitucionalmente y ello habla a favor de lo razonable de la decisión legislativa, más aún cuando esa limitación se debe integrar con la regla de sustitución para comprender que el número de dos defensores como máximo representa sólo un obstáculo para la intervención simultánea en un acto[290]. Se trata, como siempre, del defensor como asistente jurídico, pues éste es el único sentido que le confiere al defensor la ley procesal penal argentina. La limitación, por tanto, no se refiere ni es válida para un asistente en otra ciencia, arte o técnica, que sea necesario según las particularidades del caso, pero es indicativa, por analogía, para el exceso.

Según se desprende del párrafo anterior, el defensor puede ser sustituido por otro defensor. Ello puede suceder por reemplazo imprevisto, tanto del defensor nombrado de oficio como del designado voluntariamente por el imputado, caso en el cual el anterior defensor nunca regresará a ejercer su oficio en el caso[291], o por sustitución prevista, caso en el cual, si desaparece el impedimento, el defensor titular asume nuevamente su misión[292]. Pero la sustitución sólo se perfecciona una vez que el nuevo defensor acepta el cargo, salvo el caso de que lo haya aceptado antes en carácter de sustituto[293]. La sustitución de defensor es posible incluso durante el debate[294], afirmación que implica que el principio de inmediación, una de sus reglas básicas[295], si bien rige también en relación al defensor, no se impone con el mismo rigor que, por ejemplo, existe en la ley para los jueces que deben dictar la sentencia. Resulta excesiva, a mi juicio, la prohibición de conceder al defensor sustituto una prórroga menor de algún plazo o la suspensión de la audiencia del debate por un tiempo breve, en caso de abandono de la defensa imprevisto del defensor anterior, prohibición que parece fundarse, únicamente y en desmedro de la defensa técnica, en evitar obstáculos a la prosecución del procedimiento (celeridad)[296].

289 CPP Nación, 105. La OPP de la RFA, modificó su § 137, I, para limitar a tres el número de defensores simultáneos que puede designar un imputado, cantidad estimada como razonable por una sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (cf. GÖSSEL, *ibidem*, nota anterior; PETERS, *Der neue Strafprozeß*, § 11, III, 1, p. 130).

290 CPP Nación, 111, I: la regla le permite a cada defensor designado por el imputado, designar a su vez él, con el consentimiento de su cliente, otro defensor sustituto, para casos de ausencia justificada o impedimento.

291 CPP Nación, 112.

292 CPP Nación, 111, I.

293 CPP Nación, 108, 2ª oración, y 111, I.

294 CPP Nación, 365, inc. 4.

295 Ver esta obra, t. I, p. 657.

296 CPP Nación, 111, II: la ley permite la suspensión del debate sólo por única vez y por un máximo de tres días, cuando el abandono se produce poco antes de esa audiencia o du-

71

III. ¿Cuál es el papel que cumple el defensor en el procedimiento? y ¿cuál la posición que el orden jurídico le confiere para cumplir con eficiencia esa misión? No se trata aquí, con estas preguntas, de averiguar el vínculo jurídico que une al defensor elegido con el imputado (*locación de servicios*), sino, antes bien, de conocer la razón fundante de su intervención en el procedimiento. La respuesta a la primera pregunta es más sencilla que aquello que ha sido imaginado[297]: el imputado, al menos cuando la defensa técnica es obligatoria, es considerado por la ley un *incapaz relativo*, en el sentido de que puede, normalmente, obrar por sí, pero, para completar su personalidad en el procedimiento, *necesita* del auxilio y participación en él de un defensor. Sucede que una de las máximas básicas del procedimiento penal actual es lograr la *paridad de armas*, el equilibrio de poder entre el acusador y el imputado[298]. Si se advierte que el acusador o perseguidor penal es, por regla casi sin excepciones, el Estado por intermedio de órganos predispuestos (la fiscalía y hasta los jueces) cuyo requisito de idoneidad esencial resulta ser su formación jurídica, entonces también se advierte la razón fundamental de la necesidad de prever la defensa técnica del imputado con el fin de completar su personalidad para estar en el procedimiento penal[299]. A tal punto es así que, aunque de modo supletorio al derecho del imputado de designar su defensor de confianza, sobre el mismo Estado recae, en principio, el deber de brindar un servicio de

---

rante ella (CPP Nación, 112, II); un nuevo abandono no justifica una nueva suspensión; piénsese el caso de muerte o incapacidad del defensor anterior y un recurso que vence al día siguiente o el debate que continúa con el informe final. En ciertos casos, esta previsión resultará irrazonable frente a la necesidad de la defensa técnica y, por tanto, contraria a la ley fundamental; la previsión debería dejar en manos del juez la estimación del caso en el cual se justifica una prórroga de un plazo o la suspensión de una audiencia. El problema resulta similar en otros países: cf. ROXIN, *DPP*, cit., § 19, C, 6, ps. 145 y s. (*defensor de resguardo*).

297 Cf. síntesis en VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., t. II, ps. 391 y ss., CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, cit., nº 722, ps. 137 y ss.; ROXIN, *DPP*, cit., § 19, A, II, ps. 133 y siguientes.

298 Ver esta obra, t. I, § 6, D, 3, ps. 577 y siguientes; cf., además, PETERS, *Strafprozeß*, cit., p. 182; VOLK, *Strafprozeßrecht*, cit., ps. 39 y 74; CORDÓN MORENO, Faustino, *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Ed. Aranzadi, Elcano (España), 1999, Cap. 4º, III, 5, ps. 151 y siguientes. VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., p. 394, concluye con acierto indicando que el defensor *integra la personalidad jurídica del imputado*.

299 Francamente, no comprendemos la razón por la cual CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, cit., t. III, p. 137 (nota 28), caracteriza a esta "idea" como "un tanto peligrosa en su manejo".

defensa para aquellos casos en los cuales el imputado no pueda designarlo o no exprese su voluntad de hacerlo[300].

Si se quiere buscar un ejemplo extrajurídico, no existe uno mejor que el *servicio de salud*. También aquí el Estado acude supletoriamente con sus hospitales, clínicas y médicos a brindar soluciones a quienes, de otro modo, no accederían al servicio con sus problemas de salud, necesitados de acudir a él. Esta expresión de *solidaridad* pretende, en definitiva, lograr mayor *igualdad de oportunidades* para todos quienes habitan en el territorio de quien brinda el servicio, esto es, no sólo una *igualdad* (falta de discriminación) abstracta ante la ley, sino, antes bien, una mayor *igualdad* (falta de discriminación o exclusión) real entre los hombres. Parece que el ideal de la Ilustración se refería a este último concepto cuando requería *igualdad y fraternidad*.

La segunda pregunta tampoco es difícil de contestar si nos atenemos a la nota principal que la caracteriza. Es correcto señalar que el defensor jurista cumple varias funciones sustantivas distintas en relación a quien es perseguido penalmente: algunas veces brinda su asistencia en temas propios de su conocimiento especial, como sucede, por ejemplo, cuando *asesora* al imputado sobre su derecho de abstenerse de declarar al ser llamado a indagatoria, o cuando le da forma de recurso a la queja del imputado contra una sentencia por el motivo de injusticia que él expresa o cuando en el debate contesta preguntas del imputado sobre sus facultades; otras veces *representa* al imputado, sobre todo durante la instrucción, pues el funcionario que investiga el hecho se entiende con él, por regla, antes de que con el imputado[301]; y en otras ocasiones, por fin, *ejerce facultades exclusivas*, propias de él, que no le corresponden al imputado, como al pedir la suspensión del debate cuando el acusador amplía la acusación[302], al concluir en el debate según el requerimiento del acusador o acusadores para la sentencia[303] o al recurrir en favor del imputado[304]. Lo característico de la po-

300 En España, cf. este deber del Estado en CORDÓN MORENO, *Las garantías constitucionales del proceso penal*, cit., ps. 152 y siguiente.

301 Por ej., CPP Nación, 146, 200, 201, 202, 203, 349, 350, pero la *representación* nunca es total (apoderamiento general para el pleito; ver CPP Nación, 104, II) y casi nunca excluye la facultad propia del imputado de realizar o estar presente en el acto (ejercer su derecho), razones por las cuales se asemeja a la categoría siguiente cuando se trata del ejercicio autónomo de una facultad.

302 CPP Nación, 381, II.

303 CPP Nación, 393, I.

304 CPP Nación, 434, II.

sición del defensor es, en verdad, un calificativo de cualquiera de aquellas funciones: la mayor o menor *autonomía* respecto de la voluntad del imputado, según la cual el defensor ejerce sus labores en el procedimiento. Entre nosotros, esa autonomía es casi total, en el sentido de que el defensor ejerce sus facultades conforme a su propia voluntad y estrategia, incluso en discrepancia con el imputado, siempre que respete su primer mandamiento, el de abogar en su beneficio. En la legislación nacional es conocida, normalmente, una única excepción a esa regla: el imputado puede desistir de los recursos interpuestos por su defensor, excepción que, por lo demás, es propia de todas las partes respecto de sus abogados, aun cuando exista representación[305].

Me parece un exceso la afirmación, común a varios autores[306], relativa a que el defensor es "órgano de la administración de justicia", con la aclaración de que opera en una sola dirección –ello quiere significar: parcialmente, sin objetividad–, esto es, únicamente en sentido favorable al imputado. Resulta evidente que la afirmación no tiene fundamento alguno en el caso de la defensa técnica a elección del imputado (defensor designado por él), que recae en alguien que ejerce libremente su profesión. Pero esa afirmación también es errónea, y producto de una exageración mayúscula, en el caso de la defensa necesaria. El Estado carga en el procedimiento penal con el deber de proveer a un sistema de defensa pública, para dotar de un defensor a quien, perseguido penalmente, no está en condiciones de elegirlo y designarlo, o simplemente a quien, en la misma situación, de modo voluntario prescinde de ese servicio, aun cuando, conforme a su posición socio-económica, puede procurárselo, de la misma manera en que, por razones inherentes a la protección de la salud, provee asistencia médica y medicamentos a quien está enfermo y no puede costearse esos servicios o esas cosas necesarias para conservar su salud. El hecho de que estos servicios sean obligatorios en el proceso penal, en el sentido de que afecten la validez de los actos del procedimiento si se carece de ellos, y quizá no sean brindados con esa intensidad en otras ramas jurídicas, no es más que una de las aplicaciones de la *proporcionalidad*, en el sentido de que se considera más grave la persecución penal que la relativa a otra competencia jurídica, más grave la amenaza de perder la libertad física o, en ocasiones, la vida, que el patrimonio o parte de él. De idéntica manera puede ocurrir con la salud, en tanto, por ejemplo, el Estado proporciona gratuitamente remedios prescriptos para una enfermedad grave o de mediana gravedad, que pone en peligro real la vida o la salud si se carece de asisten-

305 CPP Nación, 443, I. La posición del defensor, en el sentido de la autonomía y en la excepción es similar en la OPP de la RFA: cf. MAIER, *La Ordenanza Procesal Penal alemana*, cit., vol. II, ps. 110 y ss. y OPP, § 297 (cf. PETERS, *Strafprozeß*, cit., ps. 183 y siguiente).

306 PETERS, *Strafprozeß*, cit., ps. 182 y s., y del mismo autor, *Der neue Strafprozeß*, Ed. C. F. Müller, Karlsruhe (RFA), 1975, ps. 126 y s.; ROXIN, *DPP*, cit., § 19, A, II, 1 y 4, ps. 133 y ss.; VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., t. II, p. 399.

cia y medicamentos, y no los proporciona para un catarro simple que, según experiencia, se curará sin más en el futuro, aun sin medicamentos, aunque en un tiempo más prolongado. Empero, por lo demás y según dijimos, el Estado reconoce que asume él mismo la persecución penal por regla y por intermedio de especialistas, e intenta equiparar el poder de quien resiste esa persecución con ciertos mecanismos procesales, uno de los cuales habla de la necesidad de la defensa técnica. Esta afirmación exagerada no hubiera provocado daño alguno, si tan sólo se hubiera traducido en la inclusión del servicio de defensa pública dentro de aquello que, por extensión, se denomina Poder Judicial, pues, incluso, existen razones de tradición y eficiencia para sostener su inclusión en ese Poder, a través de su ingreso al ministerio público, incluido entre nosotros en el Poder Judicial o concebido como órgano extrapoder. Pero la exageración ha superado todo límite admisible y racional, con la reforma de la Constitución nacional de 1994, art. 120, cuando esa regla le confirió a los miembros del sistema de defensa pública *status* constitucional (entre otras cosas: independencia, autonomía funcional, autarquía financiera, inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones); aunque parezca mentira, exactamente lo mismo hizo el constituyente porteño al dictar la primera Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, arts. 124 a 126. ¿Qué nos deparará el futuro si los juristas –la mayoría absoluta de los convencionales constituyentes lo fueron y también lo son siempre sus asesores– tienen una idea tan escasa sobre las proporciones? ¿Cuál será la diferencia entre un director de un hospital o un médico que presta su servicio allí y los defensores oficiales de cualquier jerarquía? Yo creo que existen diferencias, todas a favor de la salud, la medicina y los médicos, a pesar de que, quizá, no aparezcan en el salario, al menos en el sentido en el que yo lo expreso. Nada de ello quiere significar que la dignidad de los defensores no sea comparable con la de jueces y funcionarios judiciales, aspecto del que se desprende la igualdad de trato que ellos merecen y está establecida por la ley respectiva[307]. Otras profesiones no han necesitado declarar enfáticamente en la ley la dignidad de quienes las practican y ello no ha menguado en un ápice la dignidad que merecen los médicos, los físicos, los químicos, los matemáticos; es que esa dignidad no es otra que aquella que merece el ser humano, por el hecho de ser tal.

4. Facultades del defensor

Aclarada ya la posición que le concede el orden jurídico al defensor del imputado y las tareas de asistencia, representación y defensa que a él le competen, incluso mediante actividades extrajudiciales, sólo resul-

[307] CPCC Nación, 58; ley nº 22.192 (*ejercicio de la abogacía*), 12; ley nº 23.187 (*ejercicio de la abogacía en la capital federal*), 5, I; también en la ley alemana (*Bundesrechtsanwaltsordnung* (BRAO), § 1, cf. PETERS, *Strafprozeß*, cit., p.126. Sospecho que, al menos en la República Argentina y en la organización judicial federal, las vicisitudes que ha sufrido en los últimos tiempos la dignidad de los funcionarios judiciales –llamada hoy "credibilidad" por encuestadores y prensa– no tornarán demasiado apetecibles para los abogados estas declaraciones enfáticas, hecho que verifica que esas reglas sólo representan una "verbosidad apologética" (cf. VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., t. II, p. 394).

ta necesario remarcar unas pocas facultades particularmente importantes para ejercer la tarea señalada; es claro, por lo demás, que sus derechos en el procedimiento derivan casi siempre de aquellos concedidos al imputado, a quien a veces representa necesariamente en el ejercicio de sus facultades, según ya se ha explicado. Las leyes procesales penales argentinas son precarias, sumamente escuetas a la hora de establecer los principales derechos del defensor. Básicamente son tres los derechos que nos interesa destacar: el derecho de comunicación con su defendido, el derecho de asistir a los actos instructorios y el derecho de leer las actas que documentan ciertos actos, sobre todo durante la instrucción. Descontamos que, en el juicio penal y durante el debate, no sólo asiste a él (¡obligatorio!), sino que, además, obra en un pie de igualdad con el acusador, respecto de las facultades procesales.

a) *Comunicación entre defensor e imputado*. Aunque en la ley no exista una afirmación positiva del derecho –esencial para la defensa– de comunicación entre el imputado y su defensor[308], ese derecho de ambos se desprende, precisamente, de su interdicción excepcional, esto es, de los escasos momentos en los cuales, según la ley, se puede impedir esta comunicación. Nosotros conocemos como *incomunicación* a la descripción de la facultad de los órganos del Estado que ejercen la persecución penal (policía, fiscal, juez de instrucción) para impedir el contacto y comunicación de un detenido con otra persona, incluido su defensor[309]. Empero, esa facultad tiene dos límites: uno totalmente temporal, plazo cuya finalización se establece en horas –cuarenta y ocho horas prorrogables por otras veinticuatro horas o setenta y dos horas para aquella incomunicación que comenzó por decisión policial, contadas a partir de la decisión que impone la incomunicación[310]– y está referido no sólo a la comunicación con el defensor, sino también con cualquier otra persona; y otro cuya finalización está fijada con relación a actos procesales –el acto de la declaración del imputado o cualquier otro que, según la ley o la naturaleza del acto, requiera la intervención personal del imputado, acto antes de cuyo comienzo debe restablecerse la comunicación entre defensor e imputa-

308 Como existe, por ej., en la ley alemana: OPP (RFA), § 148.

309 CPP Nación, 205, II.

310 CPP Nación, 184, inc. 8.

do– y cuya previsión está específicamente dirigida a la comunicación entre defensor e imputado[311].

La regulación legal de la comunicación entre defensor e imputado también es deficiente y escasa en reglas, incluso desde otros puntos de vista. La ley impide el secuestro de correspondencia entregada o dirigida al defensor, con lo cual pretende proteger la comunicación escrita entre el imputado y su defensor[312]. Pero ella olvida, en principio, la comunicación oral, también digna de protección, en el sentido de que su intimidad debe ser respetada o al menos, si se permite en algún caso su control y vigilancia, olvida disponer que la información obtenida no pueda ser incorporada válidamente al procedimiento; también olvida la ley que el tráfico de comunicaciones, aun por escrito, puede ser inverso: del defensor hacia el imputado[313]. Ello resulta de particular importancia, por supuesto, en el caso de que el imputado esté detenido preventivamente, pero es claro que se debería extender a toda interceptación de comunicaciones, oral o escrita, entre el defensor y el imputado o viceversa, aun cuando este último se halle en libertad durante el procedimiento.

Frente a la ausencia de regulación legal y en presencia del principio que garantiza la defensa, se debe entender que la única excepción a la comunicación libre entre el imputado y su defensor reside en las reglas que, excepcionalmente, permiten la *incomunicación*. Por lo demás, es posible fundar la existencia de una *prohibición probatoria* si se preten-

311 CPP Nación, 205: otros límites derivan de la relación del imputado con cosas y de la necesidad de llevar a cabo actos de la vida civil impostergables; esta última limitación puede –no necesariamente debe– implicar un contacto y comunicación necesarios entre el imputado y su defensor (piénsese, por ej., en la necesidad de contestar u ofrecer prueba en una demanda civil).

312 CPP Nación, 237.

313 El Proyecto CPP Nación 1986 tampoco previó exhaustivamente el tópico (arts. 165, III, y 161, incs. 1 y 2), aunque regula más detalladamente el punto. Tampoco el Código de la Provincia del Chubut, que contiene una regla dedicada a examinar las facultades de defensor e imputado desde el punto de vista ahora propuesto (art. 97), ha reparado en la complejidad de esa regulación. El problema es muy complejo, porque la ley (nacional) de ejecución de la pena privativa de libertad (n° 24.660), art. 161, por ej., permite al director del establecimiento suspender las comunicaciones orales o escritas sin mencionar motivo alguno, a pesar de que lo obliga a dictar una "resolución fundada" (la ley resulta aplicable a los encarcelados preventivamente: arts. 11, 178 y 179; cf. SALT, Marcos G., *Comentarios a la nueva ley de ejecución de la pena privativa de libertad*, en "Nueva Doctrina Penal", cit., 1996/B, ps. 673 y siguientes). La ley alemana (OPP [RFA], § 148 y 148a) prevé, en primer lugar, el derecho de comunicación entre imputado y defensor, luego establece el caso genérico de excepción para la comunicación escrita y, por último, la competencia judicial para la orden de vigilancia y los deberes especiales del juez que emite la orden (no intervenir en el procedimiento y reserva sobre la información que adquiere); la doctrina y jurisprudencia alemanas, por fin, han extendido a las comunicaciones orales la aplicación de estas reglas (cf. su complejidad y problemática en ROXIN, *DPP*, cit., § 19, E, V, ps. 156 y s., y § 34, IV, 4, ps. 308 y siguientes).

de incorporar al procedimiento comunicaciones entre el defensor y el imputado, orales o escritas, obtenidas por algún medio; o de una *prohibición de valoración probatoria* si se pretende que una decisión judicial merite una interceptación semejante[314].

b) *Asistencia a actos*. Como un debate sin la presencia continua del defensor durante todos los actos que lo integran no habilita una sentencia válida, invalidez "absoluta" porque interesa a la "asistencia del imputado" prevista en la ley[315], de modo tal que no es preciso denunciarla previamente (protesta o reposición de alguna decisión), todos los problemas que genera el derecho de asistir a actos particulares queda centrado en los actos previos que conforman la investigación preliminar para decidir la realización de un juicio penal o su exclusión (archivo o sobreseimiento). Existe un derecho "fuerte" de asistencia para el defensor en aquellos actos titulados "definitivos e irreproducibles"[316], para cuyo ejercicio se prevé expresamente la notificación al defensor de la oportunidad en la cual ellos serán practicados, por supuesto, con anterioridad a esa práctica: sólo se puede prescindir de la notificación en los *registros domiciliarios* y en los casos excepcionales de *suma urgencia*, con explicación de los motivos que fundan la prescindencia del aviso sobre la realización del acto, pero sólo se excluye la información previa, pues el derecho de asistir del defensor subiste aun en estos casos[317]. De más está decir que, tanto en éstos como en los demás casos, basta un aviso fehaciente sobre la realización del acto, incluso telefónico, pues, aunque la ley procesal no autoriza de ordinario estos medios[318], la presencia del defensor en el acto –esto es, el ejercicio efectivo del derecho para el cual se prevé la información– es la mejor manera de probar que él recibió la información oportunamente, por alguna vía. La ley, a decir verdad, no sólo prevé en estos casos un derecho pa-

314 Por ej., no podría incorporarse ese conocimiento por el testimonio de quien escuchó la conversación o por la cinta grabada de una interceptación telefónica ordenada, que, entre otras conversaciones, contenga una conversación entre defensor e imputado, que debería suprimirse antes de su incorporación al procedimiento (cf. ROXIN, *ibidem*).

315 CPP Nación, 365, inc. 4, y 368; sobre la invalidez de los actos, 365, II, y 167, inc. 3.

316 CPP Nación, 200, I.

317 CPP Nación, 201 y 200, III.

318 Ver, por ej., CPP Nación, 147, 149, 152 y 153 (inválido para resoluciones que afecten a la defensa técnica), de todos modos el acto habría cumplido sus fines respecto del interesado, a pesar de su forma, eventualmente no autorizada por la ley (CPP Nación, 171, inc. 3).

ra el defensor, sino que impone la representación necesaria del imputado por él, en la mayoría de los casos: el imputado, de ordinario, no concurre a ellos y sólo a su pedido y por decisión discrecional para el juez, él puede permitir su presencia[319]. La razón de ser del vigor de esta facultad consiste en el hecho de que estos actos, una vez documentados, pueden ser incorporados al debate por su lectura[320].

En cambio, sólo existe una facultad "débil" de asistencia a los demás actos de la investigación preliminar, no sólo porque el instructor puede no concederla, casi discrecionalmente, y la resolución es, en ese momento, irrecurrible[321], sino, además, porque el aviso previo sobre la realización del acto no parece estar amenazado con la fulminación del acto por invalidez probatoria ("si fuere posible") y está previsto sólo de manera informal (verbalmente con constancia de la comunicación)[322]. Claro es que el acto no podría ser incorporado al debate público por la lectura del acta o por la reproducción de cualquier otro modo de registro, ni valorado para condenar –al menos en perjuicio del imputado, dato que, si el acto es incorporado por ese medio pese a la protesta del defensor, sólo se podría obtener de los fundamentos de una sentencia definitiva de condena, eventualmente recurrible por casación–, si no se ha permitido su asistencia a él al defensor o si no se ha practicado el "aviso", o bien no se lo ha practicado oportunamente, para habilitar el ejercicio del derecho de asistencia, salvo el caso de aquiescencia posterior de todos los intervinientes[323], pues se infringiría, principalmente, el derecho a controlar la prueba por parte de la defensa y, eventualmente, la necesidad de fundar la sentencia en actos transcurridos bajo la vigencia del principio de publicidad. La autorización para disponer la reserva –no significa otra cosa el permitir al instructor prohibir la asistencia–, sin embargo, no invalida al acto para ser valorado en decisiones tomadas durante la investigación preliminar, en cuyo transcurso rige esa facultad discrecional del instructor.

c) *Lectura de* actas. Tan importante como el derecho de asistencia a los actos de la investigación es el derecho del defensor a *"examinar el su-*

[319] CPP Nación, 200, II.
[320] CPP Nación, 392, II.
[321] CPP Nación, 202, I.
[322] CPP Nación, 202, II.
[323] CPP Nación, 391, inc. 1.

73

mario"[324], que no significa otra cosa que su derecho a leer las actas que contienen la descripción de elementos de prueba o a reproducir los registros de otra índole en los que esos actos han quedado registrados. En el caso de los actos definitivos e irreproducibles, también se trata aquí con un derecho absoluto, imposible de prohibir en concreto por resolución alguna[325]. Empero, en los demás casos, resulta posible la reserva de las actuaciones (*secreto*) por el plazo máximo de diez días corridos, por resolución judicial, que sólo puede ordenarse una única vez, salvo que la gravedad del hecho o la dificultad de la investigación *exijan* una nueva prórroga, que agota toda esta facultad judicial de interdicción; una segunda excepción legal rige para el caso de que sean incorporados al procedimiento otros imputados, caso en el cual el secreto puede ser ordenado nuevamente, bajo las mismas condiciones y posibilidades de prórroga[326]. Vencido el plazo de reserva vuelve a regir, sin limitaciones, la facultad de examinar el legajo en el que consta la investigación practicada: cualquier ocultación viola el *deber de lealtad* del instructor para con la defensa[327] y puede, eventualmente, acarrear consecuencias procesales por interdicción prohibida del derecho de defensa (CN, 18. y CPP Nación, 169, inc. 3, que lo reglamenta genéricamente).

5. Deberes u obligaciones

a) El defensor del imputado –elegido por él o designado de oficio– también está ligado al imputado por un deber de *lealtad* hacia él. Tal deber consiste, básicamente, en evitar perjudicar a quien le ha confiado su caso o al imputado cuyo caso le fue confiado. Cuando *delibera-*

[324] CPP Nación, 204, I.

[325] CPP Nación, 204, I, última oración relativa.

[326] CPP Nación, 204, II: la autorización legal, sin duda, resulta demasiado amplia a primera vista, pero no parece irracional para ciertos casos muy complicados (llamados *procedimientos penales monstruos* o *de extrema complejidad*, tanto objetiva como subjetiva). Me parece que el secreto de una aplicación racional de estas autorizaciones excepcionales reside en una aplicación estricta de las condiciones de *proporcionalidad* que rigen, también sin duda, la facultad judicial. Tal racionalidad puede conseguirse, incluso, por disminución del plazo de la reserva, que la ley permite por tratarse de un plazo máximo, pasible de reducción judicial fundada en la proporcionalidad con relación al caso.

[327] Ver una regulación legal de este deber en CPP Chubut, 200, II, y concordantes; la violación de este deber, sin duda, constituye una falta funcional grave, corregible por sanciones disciplinarias o, incluso, mediante el enjuiciamiento del funcionario para su cesantía o destitución, aun en el caso de que no conduzca a consecuencias procesales, por la oportunidad o la forma de su comisión.

damente (dolo directo o de propósito), por acción o por omisión, el defensor perjudica la causa que le fue confiada, comete él mismo un hecho punible (CP, 271). Un defensor puede, sin embargo, violar su deber de lealtad por imprudencia o por error inevitable o evitable con el cuidado debido, también con dolo meramente eventual, casos en los cuales, si bien el hecho no es punible (falta de tipicidad subjetiva), constituye en sí, objetivamente, una falta de lealtad en la función que le es confiada que, en algún caso, puede acarrear consecuencias procesales[328]. Se puede decir que el defensor, a contrario de lo prescrito para el fiscal y, más aún, para los jueces del tribunal, está *obligado a la parcialidad*[329]. Ello significa que debe omitir toda acción que pueda perjudicar a su defendido[330], pero también incluye la obligación de llevar a cabo acciones que, conforme a una estrategia defensiva predeterminada, contribuyan a excluir o aminorar la imputación y su repro-

328 Supóngase el caso siguiente: el defensor, por error o por imprudencia, deja vencer el plazo para recurrir la sentencia condenatoria que sólo a él le es notificada (apoderamiento en caso de delito de acción privada) y contra la cual existen motivos suficientes para interponer el recurso previsto por la ley. Tal como sucede con los recursos *in pauperis*, sería posible, por ej., habilitar el plazo para recurrir después de una notificación personal (*Fallos CSN*, t. 310, ps. 1934 y ss.; t. 313, ps. 1031 y ss.; t. 314, ps. 1909 y ss.; t. 320, ps. 854 y ss.; ver también un caso similar en *Fallos CSN*, t. 5, ps. 459 y ss.; t. 308, ps. 1386 y ss.; acerca de los recursos *in forma pauperis* se puede leer, también, *Fallos CSN*, t. 310, ps. 492 y ss.; t. 311, ps. 2502 y ss.; t. 314, ps. 110 y ss. y p. 1163; t. 315, ps. 2984 y ss.; t. 318, ps. 674 y ss.; t. 320, ps. 1824 y ss.; t. 321, ps. 2489 y ss.; y t. 323, ps. 1440 y ss.; todos ellos representan ejemplos de prescindencia de otros rigorismos formales del recurso extraordinario federal, a raíz de la conducta observada por el defensor; ver, también, SAGÜÉS, Nestor Pedro, *Derecho procesal constitucional* (2ª ed.), Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989, t. 2 [*Recurso extraordinario*], ps. 424 y ss., y 3ª ed., 1991, t. 2, ps. 458 y ss., con cita de bibliografía). La jurisprudencia ha examinado casos de falta de lealtad como casos de falta de idoneidad profesional por parte del defensor y, en ocasiones, ha inhabilitado decisiones y procedimientos por considerar que el imputado, con derecho a la asistencia técnica, no ha sido defendido correctamente por el defensor, en relación al caso planteado.

329 Cf. ROXIN, *DPP*, cit., § 19, A, II, 4, p. 134.

330 Por ej., ofrecer medios de prueba contrarios al interés del imputado, que, de alguna manera, contribuyan a fundar una condena sin representar beneficio alguno para él: no es posible ofrecer el testimonio de un testigo que presenció el hecho punible y que, por ello, incrimina al acusado (autor de lesiones u homicidio), salvo que, en el caso, contribuya a verificar una agresión ilegítima por parte de la víctima que, o bien indique que el hecho es lícito (defensa legítima, CP, 34, inc. 6), o bien permita su subsunción como caso de exceso (CP, 35), aminorando de manera relevante la escala penal aplicable, o verifique el error del acusado sobre la existencia de las condiciones objetivas que habilitan la defensa legítima (que excluya la culpabilidad o aminore su medida considerablemente).

che[331]. Empero, ello no significa, de manera alguna, legitimar toda intervención beneficiosa para el imputado, pues ese deber de lealtad reconoce, también, límites que, como tales, no implican su violación.

Por de pronto, representa un claro *abuso* en el ejercicio de la función cualquier hecho punible, aunque pueda representar un favorecimiento de la posición concreta del imputado en el procedimiento. Así, por ej., la instigación a la evasión con violencia o fuerza en las cosas, o cualquier participación en el delito de evasión o quebrantamiento de una inhabilitación dispuesta judicialmente, *v. gr.*, CPP Nación, 310, I, y 311 *bis* (CP, 45 y 280 y ss.), o el encubrimiento del hecho imputado, tanto como favorecimiento personal o real (CP, 277 y 278; repárese en que el defensor no integra la excusa absolutoria del CP, 279), razón por la cual el defensor, si bien no debe indicar prueba contraria a los intereses de su defendido, tampoco debe destruir o borrar rastros del delito o participar en acciones tendentes a ocultarlos a la búsqueda (arrojar al mar el arma con la cual operó el imputado); la participación en el falseamiento doloso de medios de prueba (testimonios, peritaciones, documental) ingresa también en esta categoría, conforme a las respectivas prohibiciones punibles (CP, 275, 292 y siguientes). Pero, sin ingresar en la categoría de hechos punibles cometidos por el defensor en beneficio de su defendido, significa también un *abuso* toda obstaculización del procedimiento que persigue el único fin de demorarlo u obstruirlo, a pesar de hacer valer, aparentemente, facultades procesales, tales como las recusaciones sin fundamento, o la interposición de recursos manifiestamente improcedentes para agotar las etapas que conducen a la inadmisibilidad o los ofrecimientos de prueba que el defensor conoce inútil o impertinente; la instigación del defensor sobre el imputado para que deserte del procedimiento (fuga) o no comparezca en él cuando fue debidamente citado, a pesar de que no representa un hecho punible, ingresa también en esta categoría de asistencia abusiva[332] (en cambio, no es abusiva la explicación acerca de los efectos jurídicos de la rebeldía, que realiza el defensor a pedido del imputado o porque conviene al caso que le es planteado). Se discute siempre acerca de dos posibilidades del defensor: una está representada por la que podría llamarse *facultad de mentir* y su correlato opuesto contradictorio en la *obligación de decir verdad*[333] y la otra por la calificación de su acción cuando implica la inducción a mentir dirigida hacia el imputado. El primer problema tiene comienzo de solución en el propio *deber de lealtad*, que impone a los defensores, en principio, la obligación de abstenerse de declarar sobre hechos que hubieren llegado a su

[331] Por ej., interponer los recursos o protestas necesarios durante el debate, para dejar intacto el derecho de recurrir en casación, o interponer correctamente los recursos necesarios frente a motivos concretos de agravio en resoluciones judiciales cuyo consentimiento perjudique al imputado. El hecho de la falta de recurso de reposición o de protesta de recurrir en casación durante el debate, por inadvertencia, falta de conocimientos jurídicos o yerro del defensor, puede, eventualmente, fundar la prescindencia de esta exigencia para el recurso de casación, a semejanza de la disminución de exigencias en los recursos *in forma pauperis* (ver *supra*, nota al pie).

[332] Cf. ROXIN, *DPP*, cit., § 19, A, II, 5, a, ps. 135 y siguiente.

[333] Cf. ROXIN, *ibidem*, b, p. 136.

conocimiento en razón del ejercicio profesional y sobre los cuales pesa el deber de guardar secreto[334]. No debe aceptar el cargo de defensor quien es testigo del hecho o, por alguna razón, puede prestar testimonio en la causa: la contravención dolosa a este deber genera una grave falta ética; no obstante, si aceptó el cargo, incluso por error (el defensor desconoce su calidad de testigo) o imprudencia, la calidad de testigo representa un motivo de exclusión del cargo de defensor[335], pues, de otra manera, se permitiría todo lo contrario: que el imputado designe un defensor para excluir a un testigo de cargo y evitar de ese modo el conocimiento de la verdad por un medio artificioso. Si sucede el caso de exclusión resulta claro que el entonces defensor está obligado a declarar testimonialmente la verdad acerca de aquello que conoce previamente a su designación como tal o sin vínculo alguno con esa designación; pero debe callar –¡deber de guardar secreto!– respecto de aquello que ha conocido por su ejercicio profesional y que puede perjudicar a su defendido. No existe, entonces, un *derecho a mentir* por parte del defensor; sólo existe una obligación de reserva y otra obligación que emana de su deber de lealtad, consistente esta última en hacer valer todas aquellas circunstancias que puedan favorecer a su defendido y, por lo contrario, en omitir aquellas que pueden perjudicarlo. No miente, por ej., el defensor que concluye, al final del debate, requiriendo la absolución de su defendido porque la prueba incorporada no verifica la autoría del hecho que se le atribuye, a pesar de que él sabe, por confesión de su cliente, que él es el autor; además, en el mismo caso, el defensor está obligado a callar sobre la confesión prestada en confianza por su cliente. Tampoco es correcto –éticamente reprobable!, al menos– inducir al defendido para que mienta –incluso por la vía de aconsejarle el contenido de la mentira, conforme al caso–, pues el hecho de que esa mentira del imputado no tenga consecuencias jurídicas reside en el principio *nemo tenetur*, esto es, desde el punto de vista del Derecho penal, en la falta de punibilidad del encubrimiento propio o del favorecimiento de sí mismo[336]. No significa inducir a mentir el asesoramiento jurídico al imputado acerca de la falta de consecuencias jurídicas o de la carencia de punibilidad de las declaraciones falsas del imputado; en cambio, el hecho de ayudar al imputado a "preparar" una declaración mendaz representa esa inducción.

b) Una derivación del deber de lealtad es, como ya se tuvo oportunidad de observar, el *deber de reserva* sobre las informaciones que el imputado le proporciona a su defensor –elegido o designado de oficio[337]–, cuando esas informaciones pueden ser utilizadas en perjuicio

[334] CPP Nación, 244, y CP, 156.

[335] Acerca de la *exclusión del defensor*, ver *infra* VI; cf. también Proyecto CPP Nación (1986), 54.

[336] La definición del encubrimiento (CP, 277, encabezamiento) ya supone que el autor de ese delito no puede ser un partícipe en el delito encubierto; ver, respecto de la extensión de la excusa a otras personas por parentesco, amistad o gratitud, CP, 277, inc. 3.

[337] Me parece innecesaria esta aclaración y esta división aquí, así como me parece innecesario discutir y aclarar la razón por la cual el defensor oficial, pese a ser en nuestro país un funcionario público en la generalidad de los casos, no está obligado a denunciar a su po

del imputado. El deber de reserva no abarca sólo aquello que el imputado le reveló al defensor voluntariamente, mediante la palabra oral o escrita, sino que se extiende, también, a aquello que el defensor conoció, aun sin presencia de la voluntad o de la palabra del imputado, a raíz del ejercicio profesional. El incumplimiento del deber de reserva genera, eventualmente, responsabilidad penal (CP, 156). La *justa causa* que autoriza a revelar el secreto no parece ser otra cosa que la existencia de un contexto justificante del hecho: la legítima defensa, un estado de necesidad justificante o, en su caso, una colisión de deberes que impone otra norma jurídica[338].

Al respecto, valdría la pena discutir si un estado de necesidad disculpante, con equivalencia de bienes jurídicos –interés afectado e interés salvado– en la ponderación a la que conduce el análisis del punto, puede ser la *justa causa* que menciona el CP, 156 *in fine*, para dejar de reaccionar penalmente contra la revelación de un hecho o circunstancia que, en principio, debe permanecer en secreto. Yo, sin una reflexión demasiado profunda y fundada, contestaría afirmativamente esta pregunta, pues de otra manera no se justifica el texto expreso del art. 156, CP, al indicar exactamente lo mismo que los textos más comprensivos de los incs. 3, 4 y 6, del art. 34, CP. De la mano de un ejemplo podría plantearse la discusión: frente al riesgo de ser sometido él mismo a un proceso penal, el abogado revela un secreto para no ser perseguido penalmente por el hecho, y coloca de ese modo al cliente en ese mismo riesgo. Se trataría, así, de una causa de justificación, ampliada respecto de las regladas genéricamente, para el caso especial de la revelación de secretos, algo similar a aquello que ocurre con numerosas justificantes diseminadas por el orden jurídico (riesgo para la salud o la vida de la mujer en el aborto consentido por ella y practicado por un médico [CP, 86, II]; derecho de retención [CC, 3939 y ss.]). Por lo demás, generalmente, el deber de reserva cesa cuando el portador del bien jurídico protegido por la prohibición –el interesado en el secreto– lo revela de un modo que pierde ese carácter (por ej., de un modo público o a un número indeterminado de personas) o cuando consiente expresamente la revelación del secre-

---

pilo, y menos aún bajo amenaza penal (encubrimiento: CP, 277, inc. 1, antes de la reforma de la ley nº 25.246; con ella, bajo la letra *d*, han sido introducidos factores de confusión, según es común en las reformas actuales), pero en el desempeño de un cargo judicial tuve, hace ya muchos años, un caso en el cual un defensor público se consideró obligado a transmitirme la confesión de su pupilo, situación que provocó la aclaración que consta en el texto.

338 Cf. SOLER, *DP arg.*, cit., t. IV, ps. 124 y ss.; NÚÑEZ, *DP arg.*, cit., t. IV, ps. 125 y ss.; en verdad, las discrepancias que pueden advertirse con el texto son meramente semánticas, relativas al uso de diferentes sistemas dogmáticos o analíticos para estudiar jurídicamente al hecho punible, pues el hecho de que un error inevitable de quien revela un secreto sobre la existencia de la justa causa conduzca a la impunidad de un comportamiento que, en general, está prohibido bajo amenaza de pena, es algo que, en principio, nadie discute; sólo sobre errores evitables, si se obra imprudentemente, podría existir cierta discrepancia en el tratamiento jurídico-penal.

to por el obligado a la reserva ("cuando –las personas obligadas– sean liberadas del deber de guardar secreto por el interesado", según expresión de la ley[339]); este último punto no está, sin embargo, fuera de discusión y la ley procesal penal parece obligar a los sacerdotes a guardar el secreto de confesión, a pesar de la autorización para revelarlo del confesante, según se puede indagar en la nota anterior.

Como lo aclaramos en el punto anterior, el hecho de que sólo *algunas* violaciones del deber de guardar secreto estén prohibidas penalmente y, por ende, conduzcan eventualmente a la aplicación de una pena –y otras, por lo tanto no estén prohibidas penalmente: por ejemplo, las que suceden por imprudencia, ya que se trata de un delito doloso–, no significa que, al mismo tiempo, sólo aquellas conduzcan a una consecuencia procesal. Por lo contrario, la infracción al deber de reserva previsto en las leyes procesales penales[340] conduce, de ordinario, a una prohibición probatoria o de valoración probatoria[341].

c) Representa también una derivación de la obligación de lealtad la prohibición del llamado *defensor común* de varios imputados en caso de incompatibilidad, según lo expresa nuestro Derecho positivo[342]. En contra de la aplicación práctica de esta regla entre nosotros, que tolera siempre al *defensor común*, salvo que se verifique en concreto la incompatibilidad –antes de expresar contrariedad con la formulación idiomática de esa regla en el Derecho positivo, de todos modos inconveniente–, debería decirse que la incompatibilidad, por posibilidad abstracta de defensa de intereses contrapuestos, es siempre el caso

339 CPP Nación, 244, II; salvo el caso de los sacerdotes de un culto admitido, al parecer extraído de la reserva de SOLER, *DP arg.*, cit., ps. 125 y s., exclusión sobre la cual nadie agrega fundamentos.

340 CPP Nación, 244, I.

341 Nótese, por ej., que la ley penal (CP, 156) no contiene el deber absoluto de reserva –en el sentido de la afirmación relativa a que el consentimiento del portador del bien jurídico no excluye la prohibición o su antijuridicidad– que, para los ministros de un culto admitido, sí parece contener la ley procesal penal (CPP Nación, 244, II). Ante una denuncia –o la declaración testimonial– de un sacerdote basada en una confesión, autorizada por el confesante, que lo acompaña ante la autoridad receptora, incluso por temor o vergüenza para denunciarse a sí mismo, el intérprete de la ley penal, fundado en el consentimiento, podría considerar que el hecho no constituye un injusto penal, mientras que el mismo intérprete, pero ahora de la ley procesal, debería concluir en la existencia de una prohibición probatoria, conforme al párr. II, del art. 244, CPP Nación. La revelación imprudente o por error, incluso inevitable, es otro buen ejemplo de prohibición probatoria subsistente, a pesar de que la imputación penal resulta infundada.

342 CPP Nación, 109 (CPP Pcia. Buenos Aires, 94).

normal o el punto de partida y no es, por lo contrario, el punto de arribo o la excepción; por ello, precisamente, el Proyecto CPP Nación 1986 formuló la regla de otra manera: la defensa técnica común de varios imputados en una misma causa está prohibida, salvo que el juez, a pedido, la autorice expresamente previo verificar la imposibilidad absoluta de una incompatibilidad[343]. En el próximo número, dedicado a estudiar la posibilidad de *exclusión del defensor* del cargo que ejerce, examinaremos la exclusión relativa a la incompatibilidad del defensor común de varios imputados[344].

d) En el Derecho argentino el cargo de defensor, una vez aceptado, es de ejercicio obligatorio, salvo excusación atendible[345]. Se llama *abandono*, precisamente, al incumplimiento de esta obligación[346] y ese incumplimiento genera no sólo sanciones, sino, también, consecuencias procesales. Pero el incumplimiento se produce cuando el defensor no continúa en el desempeño de su cargo hasta ser reemplazado realmente por el sustituto o el defensor oficial[347].

Las *sanciones* que pueden aplicar los órganos judiciales –incluso *de plano*, esto es, sin intimación ni posibilidad de defensa previos[348]– no sólo están referidas al abandono, sino, además, al incumplimiento de cualquier deber inherente al cargo de defensor penal y abarcan también, desordenadamente, situaciones similares, tales como los deberes relativos a otros ejercicios de la profesión de abogado, el patrocinio letrado y los mandatos judiciales[349]; pese a que la ley se refiere a *las sanciones* por el incumplimiento de obligaciones, en plural, según aquí fue mencionado, en verdad ella amenaza una única sanción: la multa; la *separación de la causa* se vincula al problema que trataremos en el próximo número, relativo a la *exclusión del defensor* del cargo que ejer-

[343] Proyecto CPP Nación 1986, 58, que reconoce su antecedentente en el § 146, OPP (RFA).

[344] CPP Nación, 109, última oración (CPP Pcia. Buenos Aires, 94).

[345] Texto literal del CPP Pcia. Buenos Aires, 91, I; pero el texto del CPP Nación, 106, I, es, prácticamente, idéntico, si es interpretado correctamente.

[346] CPP Nación, 112 (CPP Pcia. Buenos Aires, 97).

[347] CPP Nación, 112, I, última oración (CPP Pcia. Buenos Aires, 97, I).

[348] El CPP Nación, 113 (CPP Pcia. Buenos Aires, 98, II), parece prever el derecho del sancionado a recurrir por apelación y, con ello, la posibilidad de defensa posterior a su imposición por un juez unipersonal o, en el caso de la Pcia. de Buenos Aires, por un órgano judicial.

[349] CPP Nación, *ibidem* (CPP Pcia. Buenos Aires, 98, I).

ce, y la condena en costas por la sustitución, en caso de abandono, no representa una sanción por un comportamiento contrario al deber, sino, antes bien, constituye una regla relativa, precisamente, a los costos económicos del procedimiento y a la definición de la persona a quien, en definitiva, esos gastos le serán imputados. Tanto el abandono como la sanción impuesta eventualmente por él no implican la clausura del juzgamiento ético-profesional por el órgano competente para el control de las faltas en el ejercicio de la profesión de abogado; tanto es así, que la leyes procesales penales suelen contener ciertas obligaciones de comunicar el abandono y su eventual sanción a quien resulta competente, según la ley, para ejercer el poder disciplinario sobre la profesión jurídica[350].

La *consecuencia procesal* del abandono consiste en la sustitución inmediata del defensor por el defensor oficial o público[351], o por el abogado sustituto, cuando este último existe[352]. Una consecuencia accesoria consiste, para el defensor sustituido por abandono de la defensa, en la imposibilidad de volver a asumir la defensa técnica en la misma causa[353]. Se trata también de una consecuencia procesal, aunque de otro tipo, la imposición de las costas del reemplazo al abogado que abandona la defensa, conforme a lo explicado inmediatamente antes. Por último, cuando el abandono sucede poco antes de comenzar el debate o durante el debate, el nuevo defensor tiene derecho a que la audiencia se suspenda por un plazo breve, pero ese derecho sólo funciona de manera vinculante para el tribunal una sola vez[354]; si vuelve a suceder un reemplazo del defensor oficial por uno elegido por el acusado, el debate no se puede volver a suspender y el defensor oficial continuará su defensa, sin exclusión alguna, al lado del defensor elegido por el acusado que tomó intervención en la causa[355].

350 CPP Nación, 113, última oración (CPP Pcia. Buenos Aires, 98, III).

351 CPP Nación, 112, I (CPP Pcia. Buenos Aires, 97, I).

352 CPP Nación, 111, II (CPP Pcia. Buenos Aires, 96, II).

353 CPP Nación, 112, I, última oración (CPP Pcia. Buenos Aires, 97, I).

354 Tres días en el CPP Nación, 112, II (CPP Pcia. Buenos Aires, 97, II).

355 *Ibidem*, última oración.

6. Exclusión

Los códigos procesales penales argentinos apenas se han ocupado de este problema, todo un tema político del Derecho procesal penal. En efecto, de manera general ellos sólo mencionan la facultad de "separar de la causa" al defensor (*exclusión del cargo*) que haya incurrido en un incumplimiento de las obligaciones del cargo[356] o "en caso de falta grave", cuyo concepto no definen[357]. Repárese, sin embargo, en que la ley contiene esta previsión como "sanción" para el incumplimiento de obligaciones del cargo y que ella también rige para el resto de los abogados que intervienen en la causa como mandatarios o patrocinantes. Por lo demás, un caso legal de exclusión resulta del abandono, ya sea por el reemplazo por intermedio del defensor sustituto[358] o del defensor oficial[359]; en el mismo sentido, otro caso previsto legalmente es aquél referido al llamado *defensor común* de varios imputados, cuando se advierte que se halla en una situación de incompatibilidad para ejercer la defensa técnica de ellos conjuntamente[360]. La exclusión de la sala en la que transcurre la audiencia del debate, decidida por el tribunal en virtud de su poder de policía y disciplina de la audiencia[361], si bien no se corresponde jurídicamente con la exclusión del cargo de defensor, provoca, de hecho, un efecto similar, al menos hasta la terminación del juicio, pues obliga a la sustitución del defensor durante el resto del debate, de conformidad con el principio de inmediación[362]. Existen, sin embargo, una serie de motivos racionales en los que resulta intolerable la asunción de la defensa técnica en ciertas situaciones de hecho que intentaremos precisar a continuación. Con ello quiero decir, desde un comienzo, que la problemática que genera la exclusión del defensor –y, más aún, la de otros abogados intervinientes por las partes civiles o por el querellante, que excluiremos de este análisis, porque no pueden ser examinadas con los mismos crite-

356 CPP Nación, 113, primera oración *in fine*.

357 CPP Nación, 98, I.

358 CPP Nación, 111, II (CPP Pcia. Buenos Aires, 96, II).

359 CPP Nación, 112, I (CPP Pcia. Buenos Aires, 97, I).

360 CPP Nación, 109, última oración (CPP Pcia. Buenos Aires, 94).

361 CPP Nación, 370, I y II.

362 Análogamente, CPP Nación, 365, inc. 4; cf. también, CPP Nación, 167, III.

rios– es varias veces más rica y más compleja que aquello que sugieren de manera simple las leyes argentinas. Empero, la regulación de los criterios que autorizan a excluir a un defensor representa un asunto políticamente delicado, precisamente por la importancia que la defensa técnica tiene para la corrección del procedimiento penal en un Estado de Derecho[363]. Las reglas que se refieren a este problema tan delicado resuelven, básicamente, dos aspectos materiales y dos procesales: los primeros están vinculados con los criterios en sí mismos y con el grado de conocimiento que debe tener el órgano que ejerce este poder sobre los elementos que conforman el criterio, para poder decidir la exclusión; los problemas formales, no por ello menos importantes, residen en la determinación del órgano competente para decidir la exclusión y en el procedimiento a seguir para habilitar la decisión[364].

a) Un primer criterio, a mi juicio indiscutible, excluye de la posibilidad de desempeñar el cargo de defensor en un procedimiento a quien es testigo en ese mismo procedimiento. La ley se ocupa del caso contrario, aunque absolutamente distinto: excluye del papel de testigo a quien es defensor, en el sentido de impedirle aportar al procedimiento datos conocidos bajo el deber de reserva, en perjuicio de su cliente[365], prohibición que también constituye una limitación (para la valoración) probatoria. Pero no siempre resulta sencillo definir qué "testigos" están excluidos del ejercicio de la defensa técnica, cuando reúnen las calidades para aceptar el cargo y son designados –por el imputado o de oficio– para ejercerlo.

363 En Alemania el § 138*a* de la OPP (ver, además, §§ 138*b*, 138*c* y 138*d*), que se refiere al caso, fue instituido en 1974 y luego fueron ampliadas las posibilidades de intervención en ese sentido por la ley antiterrorismo de 1978 (cf. Roxin, *DPP*, cit., § 19, D, I, ps. 147 y ss., y sus citas), determinación que contribuyó a provocar enormes discusiones político-jurídicas relativas a la racionalidad constitucional de esas reglas, en relación a lo tolerable para un Estado de Derecho. Antes de la regulación de 1974 los jueces, originariamente, habían utilizado la facultad de exclusión en relación a los abusos cometidos por aprovechamiento de las facultades que la ley concede a los defensores o por incumplimiento de sus obligaciones, práctica que la Corte Constitucional alemana, en el caso "Schily" (1973), eliminó por falta de base legal y contrariedad con el art. 12, I, de la Ley Fundamenta de la RFA (sobre la situación en Alemania puede también leerse en castellano, Gossel, *La defensa en el Estado de derecho*, cit., ps. 219 y ss., en especial, ps. 229 y siguientes).

364 Un intento de regulación jurídica que contemple estos problemas, en el Proyecto CPP Nación 1986, 54 y siguientes.

365 CPP Nación, 244.

Testigo es, en principio, aquel que puede aportar datos directos o indirectos sobre un objeto de conocimiento del procedimiento. Los datos y los elementos que ellos tienden a verificar pueden ser de muy distinta naturaleza: se puede tratar de circunstancias fácticas percibibles por los sentidos, como quien haya presenciado el hecho u oído algún sonido que conduzca a la verificación de cierta circunstancia; se puede tratar, también, de elementos intelectuales o normativos, como, por ejemplo, la determinación acerca de una cosa como *ajena* (dato que, en ocasiones, también puede aprehenderse por los sentidos: posesión inveterada de una cosa mueble) o acerca de la *honestidad* de una mujer; se puede tratar, asimismo, de cuestiones no referidas al hecho punible en sí mismo, sino personales del imputado, como algunas referidas a la medición de la pena según el grado de culpabilidad o a criterios preventivo-generales o especiales (piénsese, por ej., en el conocimiento de un compañero de escuela acerca de la limitación de la aptitud de valoración de otro compañero, desde niño). Bastaría el ofrecimiento como testigo de un hecho o circunstancia que quien ha sido elegido como defensor conoce por motivos totalmente ajenos a la defensa técnica y en una ocasión que no está vinculada al ejercicio del cargo, pero el motivo de exclusión funciona ya antes del ofrecimiento y de la comparecencia como testigo en el procedimiento, cuando se sabe a ciencia cierta que quien es elegido o ha sido elegido para ejercer el cargo de defensor en una causa puede atestiguar sobre una circunstancia importante para el procedimiento, más allá de que él, en la realidad, sea citado o deje de ser citado a informar en el procedimiento. Es más sencillo conocer estos datos cuando el testigo conoce circunstancias relativas al propio hecho punible que se debate en el procedimiento, que cuando se trata del conocimiento de circunstancias personales del imputado, caso en el cual el ofrecimiento del testimonio por alguno de los intervinientes revela, prácticamente, la relación con el caso. Por supuesto, no se trata aquí del caso inverso (ver nota anterior al pie), esto es, de los conocimientos adquiridos por revelaciones conocidas en el ejercicio de la profesión de abogado o con ocasión de ese ejercicio, caso en el cual rige el deber de reserva. Testigo es, entonces, en el sentido indicado, quien conoce "naturalmente" algún dato de importancia para la causa, y no lo es, en cambio, quien conoce el dato, pero provocado por el ejercicio de su profesión. Como consecuencia de ello, tampoco el defensor puede ser perito en la causa, pues en la definición del "perito" –en relación con el testigo– el elemento de provocación al conocimiento establece la diferencia.

La razón por la cual un abogado queda excluido de practicar la defensa técnica en un caso es sencilla y ya fue anticipada: sería extremamente fácil –para el imputado, pero también para otras partes del procedimiento– impedir la averiguación de la verdad en la medida de lo posible mediante el mecanismo de designar al abogado-testigo del hecho punible como defensor; y este último, si aceptara el cargo, se liberaría automáticamente de su deber de comparecer, declarar como testigo e informar sobre aquello que conoce sin vinculación con el ejercicio concreto de su profesión, en un caso determinado. Como el ejercicio de la defensa técnica es, en principio, "fungible", en el sentido de que basta elegir a otro abogado o sustituir al impedido por otro abogado, salvo algún caso particular, comúnmente no parece haber colisión entre la finalidad procesal de conocer la verdad y la necesidad de la defensa técnica. Se entiende que la exclusión no comprende la

defensa técnica propia, esto es, la que un letrado imputado en el procedimiento ejerce para sí mismo (allí tampoco existe colisión posible por el funcionamiento del *nemo tenetur*). Empero, aunque en los procedimientos complejos (varios hechos o varios imputados) podrían efectuarse distinciones, para permitir en algún caso que el abogado-testigo, en el sentido antes indicado, ejerza la defensa técnica de algún imputado o en un hecho punible sobre el cual nada tiene que informar (no es testigo), vale la pena no arriesgar y formular la regla de manera comprensiva de todos los imputados de un mismo proceso –salvo él mismo– y de todos los hechos punibles que son ventilados en un único procedimiento[366].

b) Creo que tampoco se puede autorizar a ejercer la defensa técnica de otro imputado a quien ha participado de cualquier modo (autor, coautor, instigador, cómplice) con aquél en el hecho punible atribuido en el procedimiento. La razón de ser de este motivo de exclusión es similar a aquella que establecía como inconveniente, por regla, permitir la defensa común de varios imputados: el riesgo de que el defensor perjudique la defensa técnica de su defendido o bien la propia, si es altruista, resulta magnificado en relación al caso de la defensa común de varios imputados; de allí que el riesgo de desfiguración de la verdad y de un mal ejercicio de la defensa técnica funden este motivo de exclusión[367].

c) Del mismo modo, ese riesgo me parece indiscutible en casos de *encubrimiento*, por favorecimiento real o personal. El hecho de que, para el Derecho penal, el encubrimiento signifique una imputación independiente del delito encubierto, incluso ya por definición típica, no impide que, desde el punto de vista aquí estudiado, representen idéntico riesgo[368].

d) Se extrema el peligro político, en cambio, por concesión de un poder discrecional a quien decide el artículo, cuando el motivo de ex-

366 En el mismo sentido, Proyecto CPP Nación 1986, 54, II. En todo caso, es posible y está permitido separar los juicios (CPP Nación, 360, II).

367 Cf. ROXIN, *DPP*, cit., p. 148.

368 *Ibidem*. Téngase también en cuenta que, en ocasiones, la imputación por encubrimiento deriva de una defectuosa averiguación sobre la participación en el hecho punible principal o de referencia, tal que no es posible enjuiciar a quien ha colaborado sino, tan sólo, por el favorecimiento real o personal.

clusión se refiere a abusos en la utilización de facultades correspondientes al cargo de defensor o a hechos punibles futuros, tal como quedó claro en un comienzo del punto, ante la orfandad de determinaciones que posee generalmente el texto de las leyes argentinas. Me parece que es posible incluir el auxilio del defensor para continuar la actividad delictiva (sobre todo cuando el imputado sufre prisión preventiva y el defensor es el vehículo para transmitir las órdenes o los conocimientos del imputado) y la colaboración para preparar la fuga del imputado o un grave atentado contra la vida o la salud de alguna persona, pero siempre que se exija un alto grado de conocimiento sobre ese motivo y se garantice una apreciación de las circunstancias que fundan el motivo en un procedimiento público, con posibilidad de resistir adecuadamente la imputación por parte del defensor elegido y del imputado.

Salvo el caso del testimonio a brindar por quien es elegido como defensor o ya ejerce esa función en el procedimiento, para cuya afirmación basta el conocimiento del caso, regularmente se exige del órgano decisor un conocimiento tal sobre el motivo de exclusión que le sea posible tener como muy probable su existencia: en los casos *b* y *c*, que consisten en un hecho punible, tal probabilidad se confunde con aquella requerida para provocar un juicio público (admitir la acusación) sobre la conducta del defensor o de quien es propuesto para que desempeñe el cargo, aunque tal decisión no haya podido aún ser dictada por motivos fácticos o jurídicos[369]. En el último caso (*d*), cuando él no consiste en la autoría de un delito o en su participación en él, se debe requerir la equivalencia cognoscitiva. El caso del testimonio (*a*), siendo comúnmente el más sencillo, presenta, en alguna ocasión, ciertas complejidades: resulta correcto afirmar que, en el caso normal, él se revelará en el ofrecimiento de prueba para el debate o en el mismo testimonio del letrado, cuando ya ha sido prestado en el procedimiento; pero durante el procedimiento preliminar de investigación, sobre todo, es preciso que el órgano decisor aprecie el motivo según el conocimiento íntegro del caso, aun cuando el letrado no haya, todavía, declarado.

[369] Cf. Proyecto CPP Nación, 54, II; supóngase, para la excepción, un obstáculo para el ejercicio de la acción penal.

Producida la exclusión, la desaparición futura de las circunstancias que condujeron a ella, determina la revocación de la decisión, a pedido del imputado o del defensor excluido. En el caso del testimonio, el hecho de que él no haya sido ofrecido como prueba para el debate y el tribunal no lo juzgue imprescindible, conforme a las facultades autónomas para incorporar prueba durante su transcurso, o se aclare de manera fehaciente –incluso por el propio testimonio del defensor– que él nada de utilidad conoce sobre el caso, produce el mismo efecto[370].

Para un correcto funcionamiento de estas reglas, que torne razonable su utilización en casos extremos y minimice los riesgos políticos que su introducción ha suscitado, las aristas formales del problema son, según se adelantó, de suma importancia. Resulta recomendable que el tribunal que decide acerca de la exclusión no esté integrado por los jueces que intervienen o van a intervenir en el caso. Como, según puede preverse, casos de exclusión sólo se presentarán ocasionalmente, es viable también, en organizaciones judiciales de sentido vertical, comprometer en la decisión a tribunales superiores[371]. Examinar una petición para la exclusión en audiencia pública, en la cual quien la ha solicitado deba exhibir los elementos que tornen muy probable la existencia del motivo aducido, parece ser un recaudo imprescindible en el sentido expuesto; la notificación del caso a las autoridades del Colegio de Abogados correspondiente a la matrícula del letrado, la facultad de ese cuerpo de intervenir y ser oído en la audiencia y hasta la posibilidad de que quien juzgue la solicitud de exclusión sea el tribunal de ética profesional correspondiente, son también recomendaciones importantes[372]. El procedimiento penal en el cual se suscita la cuestión no debe ser interrumpido y, a lo sumo, es posible aplazar o suspender brevemente el debate, hasta que se decida el artículo; en su caso, se puede sustituir al defensor temporalmente, según las formas reguladas en la propia ley, hasta que se dicte la decisión final sobre el artículo.

370 Cf. Proyecto, cit., 55.

371 Así lo resolvió el Proyecto múltiplemente citado, 56, que fundó la competencia del Tribunal de casación. Similar: OPP (RFA), 138*c*.

372 Cf. sobre el procedimiento por audiencia pública y la intervención del Colegio de Abogados, OPP (RFA), 138*c*, II, y 138*d*.

Parágrafo Undécimo
Los órganos estatales de la persecución penal



BIBLIOGRAFÍA

ABREGÚ, Martín; TISCORNIA, Sofía y MAIER, Julio B. J., *El papel de la policía en la Argentina y su situación actual*. ÁLVAREZ, Alejandro E., *El control jurisdiccional de los requerimientos acusatorios o conclusivos del ministerio público*. ARAGONESES ALONSO, Pedro, *Instituciones de Derecho procesal penal*, 8. AA.VV., *El ministerio público en el proceso penal*. AA.VV. *Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörde im ausländischen Recht*. AA.VV., *Polizei und Strafprozeß im demokratischen Rechtsstaat*. AYARRAGARAY, Carlos A., *El ministerio público*. BALLBÉ MALLOL, Manuel, *Modelos policiales comparados: el horizonte europeo*. BARATTA, Alessandro, *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal*. BAUMANN, Jürgen, *Derecho procesal penal*, Cap. 3, III y IV. BERTOLINO, Pedro J., *El juez de garantías en el Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires*, Cap. 1. BERTONI, Eduardo A., *La organización del ministerio público*. BOVINO, Alberto, *La persecución penal pública en el derecho anglosajón*, *La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos*, e *Ingeniería de la verdad. Procedimiento penal comparado*. CARRIÓ, Alejandro D., *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los EE.UU.*, Cap. II, 4, Cap. III, 2.2, y 4, y Cap. IV, 1.3 y 2.1 y 2 CARSTEN, Ernst, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland*. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho procesal penal*, t. II, Capítulo tercero, Sección primera y segunda, y t. III, Título segundo, Sección segunda, II. D'ÁLBORA, Francisco J., *Código Procesal Penal de la Nación, anotado, comentado y concordado)*, art. 5 y Libro I, Tít. IV, Cap. I, y b, Libro II, Tít. I, Cap. II. DÖHRING, Erich, *Die deutsche Staatsanwaltschaft in ihrer geschichtlichen Entwicklung*. DOMÍNGUEZ VIAL, Andrés, *Policía y Derechos Humanos*. DUCE J., Mauricio y RIEGO R., Cristián, *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, Cap. III, I, 2, Cap. III, III, Cap. IV, IV, Caps V y VI. ESMEIN, A., *Histoire de la procédure criminelle en France*, Tercera parte, Tít. primero, Cap. III, I, y Tít. segundo, Cap. III, 1 y 2, y Cap. IV, III. FENTANES, Enrique, *La policía judicial. Teoría y realidad*. FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas* (3ª reimp.), Tercera Conferencia. GARITA VÍLCHEZ, Ana Isabel, *El ministerio público en América Latina*. GEISLER, Werner, *Stellung und Funktion der Staatsanwaltschaft im heutigen deutschen Strafverfahren*. GÖSSEL, Karl-Heinz, *Reflexiones sobre la situación del ministerio público en el procedimiento penal de un Estado de Derecho y sobre sus relaciones con la policía*. GOLDSCHMIDT, James, *Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei in Frankreich*. GONZÁLEZ, Daniel A., *La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense*. GÖRCKE, Hans-Helmuth, *Weisungsgebundenheit und Grundgesetz*. GREBING, Gerhardt, *Staatsanwaltschaft und Strafverfolgungspraxis in Frankreich*. GUARIGLIA, Fabricio O., *La investigación preliminar en el nuevo CPP Nación: instrucción jurisdiccional vs. investigación fiscal preparatoria*. GÜNTHER, Hans, *Staatsanwaltschaft, Kind der Revolution*. HÉLIE, Faustin M., *Traité de l'instruction criminelle* (2ª ed.), t. 1, Libro segundo, Caps. cuarto y quinto. HENDLER, Edmundo, *Derecho penal y procesal penal de los EE.UU.*, Cap. 11, I. HENKEL, Heinrich, *Strafverfahrensrecht*, §§ 39 a 44. HUBER, Barbara, *Funktion und Tätigkeit des Anklägers in England und Wales*. JOFRÉ, Tomás, *Manual de procedimientos (civil y penal)* (5ª ed.), t. I, VIII, 2 y 3. KINDLER, Waldemar, *Organización de la Policía Bávara*. LUDOVICI, Mauricio, *La organización de la policía en Italia*. MAIER, Julio B. J., *La investigación penal preparatoria del ministerio público*. MARCHISIO, Adrián, *Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina*.

MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, *Policía judicial: modelo y perspectiva de futuro*. MONET, J. C., *La policía en Francia*. MÜLLER, Jorge, *Estructura y funciones del ministerio fiscal (algunas observaciones sobre su dependencia y naturaleza jurídica)*. ODERSKY, Walter, *Staatsanwaltschaft, Rechtspflege und Politik*. PETERS, Karl, *Strafprozeß* (2ª ed.), §§ 23. 24 y 25, y *Der neue Strafprozeß*, §§ 7 y 8. PRIETO CASTRO, Leonardo y DE CABIEDES, Eduardo, *Derecho procesal penal*, Libro cuarto, Tít. primero, Cap. primero, secciones 1ª y 2ª. RODRÍGUEZ, Adolfo Enrique, *Evolución policial (síntesis histórica)*, y *Cuatrocientos años de policía en Buenos Aires*. ROIG BUSTOS, Ladislao, *Por un fiscal del Estado de designación parlamentaria*. ROMAY, Francisco L. y RODRÍGUEZ, Enrique Adolfo, *Historia de la Policía Federal Argentina*. ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal* (trad. de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor), § 10, y *Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft* (existe trad. castellana; *Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público*). RUSCONI, Maximiliano A., *Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del ministerio público*, y *División de poderes en el procedimiento penal e investigación a cargo del ministerio público*. SCHMIDT, Eberhard, *Fiskalat und Strafprozeß*, y *Zur Rechtsstellung der Staatsanwälte im Staatsanwaltschaft als Justizbehörde*, y *Die Rechtsstellung der Staatsanwälte im Rahmen der rechtsprechende Gewalt und ihre Einbeziehung in das Richtergesetz*. SENDRA, Gimeno; MORENO CATENA, Víctor; ALMAGRO NOSETE, José y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho procesal*, t. II, vol I (*El proceso penal [1]*), tema 9, nº 61 y 62. STIPPEL, Jörg y Adrián MARCHISIO (coords.), *Principio de oportunidad*. TISCORNIA, Sofía, *La violencia policial en la Capital Federal y el Gran Buenos Aires*, y *Violencia institucional, seguridad ciudadana y derechos humanos*. TUPMAN, W. A., *La estructura del servicio británico de policía*. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, t. I, Segunda parte, Cap. III, y t. II, Tercera parte, Cap. VII, §§ I y II. VIVAS USSHER, Gustavo, *Manual de Derecho procesal penal*, t. 1, Cap. 3, 5. VOLK, Klaus, *Strafprozeßrecht*, §§ 6 y 7. WAGNER, Walter, *Der objektive Staatsanwalt-Idee und Wirklichkeit*. WALDMANN, Peter, *El nacimiento de la policía moderna en la Alemania del siglo XIX y algunas conclusiones relacionadas con la América Latina de hoy*. WEIGEND, Thomas, *Funktion und Tätigkeit der Staatsanwaltschaft in den U.S.A.*

INTRODUCCIÓN

El presupuesto lógico de la existencia de órganos estatales encargados de la persecución penal es, precisamente, el nacimiento de aquello que concebimos, culturalmente, como *Derecho penal* y sus institutos característicos, la *pena estatal* y la *persecución penal pública*.

De *pena estatal*, antes que de *Derecho penal*, en el sentido propio con el que en la actualidad lo concebimos, sólo se puede hablar a partir de la irrupción en el mundo de una forma de organización social característica, creadora de un poder político centralizado, que aleja a los habitantes bajo su dominio del ejercicio efectivo, cotidiano y local de su decisión política, para convertirlos en súbditos de ese poder –de la organización: del *Estado*–, obligados a respetar mandatos y prohibiciones heterónomos a ellos, acuñados con menor o mayor precisión por

la instancia política centralizada, esto es, a partir del nacimiento y desarrollo del Estado central moderno[1].

Se trata, precisamente, de la creación del *Estado-nación* como organización social y, con su nacimiento, de la abolición paulatina de un Derecho local, fundado en las costumbres de quienes compartían la vida en común, para ser reemplazado por un Derecho extraño a ellos (claramente heterónomo), impuesto desde la instancia política central, con vocación universal, regularmente escrito y con pretensión científica[2]; se trata, también, de la aparición de un nuevo método para dar solución a los conflictos sociales[3], algunos de los cuales intere-

[1] Realmente, la primera institución que aparece es la *pena* y, sólo después, el *Derecho penal*: "La historia de las *penas* precede a la historia de los *delitos* y sigue desarrollándose en buena parte independientemente de ésta. Por ello, los dos términos que dan contenido a la célebre formulación de Beccaria deberían haberse formulado en orden inverso si quisiéramos poner el acento sobre el desarrollo histórico y sobre una relación lógica entre ambos conceptos. La intervención del Derecho representa, en la historia del poder de castigar, una transformación cualitativa muy importante..." (BARATTA, Alessandro, *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal*, en "Poder y Control", Ed. PPU, Barcelona, 1986, nº 0, p. 79). Cf., además, desde el ángulo de observación opuesto contradictorio (la víctima), este libro, t. II, § 13, A, 1, I; MAIER, Julio B. J., *Entre la inquisición y la composición*, en "No Hay Derecho", Buenos Aires, 1992, año 2, nº 6, 2, p. 28; para el estudio del momento histórico, desde el punto de vista del procedimiento penal, esta obra, t. I, § 5, B, D y E, y ps. 264 y ss., 288 y ss. y 334 y siguientes.

[2] Es el regreso del Derecho romano imperial, conservado en la Iglesia y en las universidades, por vía del movimiento que significó la *Recepción del derecho romano-canónico* en Europa continental; ver t. I, § 5, D, 3, ps. 293 y siguientes.

[3] El conflicto social base del caso penal es extraído de la voluntad y potestad de sus protagonistas reales, ofensor y ofendido, para convertirlo en un interés estatal, antes bien, en un poder estatal. La lucha entre dos intereses particulares y concretos que, o bien arriban por "consenso" a un acuerdo sobre la solución del caso (*composición = verdad consensual*), obligándose y concediéndose derechos mutuamente por vía de un *contrato de pacificación entre ambos*, o bien uno de ellos triunfa sobre el otro (*combate judicial*), bases ideales de la administración de justicia antigua, abre paso al ejercicio del poder penal estatal, como método directo y riguroso de control social, que prescinde, por regla, de toda voluntad particular que lo condicione, sobre la base ideal de la averiguación de la verdad histórica (la llamada *verdad correspondencia*), fundamento de la nueva justicia. Cf. FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas* (3ª reimp.), Ed. Gedisa, México, 1988, Tercera conferencia, ps. 63 y ss.; sobre el Derecho germano antiguo, su desarrollo y su reemplazo, también esta obra, t. I, § 5, B, ps. 264 y ss., y D, ps. 288 y siguientes.

Esta visión fundamental está muy apartada de aquello que significa la *verdad* (correspondencia) como *garantía*, pues, supuesto el poder penal del Estado, es claro que ella y las reglas anexadas a ella por el liberalismo penal, funcionan regularmente, cuando se respeta la idea fundamental del Estado de Derecho, a favor del imputado (*in dubio pro reo*): cf. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, ps. 45 y ss., ps. 542 y ss., y 603 y siguientes.

san sobremanera al Estado (por atentar contra las bases de la misma organización social o por poner en peligro la paz entre sus súbditos), que, conforme a ese nuevo interés, legitimado por el Derecho penal[4], comienza a perseguir por sí mismo al autor del conflicto, contradictor de su ley, por intermedio de órganos que crea y a los cuales faculta para ello –en expresión jurídica–, esto es, para proceder o perseguir *de oficio* (*per inquisitionem*), en busca de la pena estatal.

Es por ello que *Estado-nación, pena estatal, Derecho penal* y *persecución penal pública*, si bien no son conceptos sinónimos, son conceptos que se implican entre sí, al menos en el sentido de la sucesión indicada. Es por ello, también, que todas esas realidades político-culturales son contingentes, dependientes de una forma característica de asociación política, precisamente por ser producto de la cultura humana, de sus ideas y prácticas acerca de la convivencia humana y de la organización social que ella supone: no existieron siempre, al menos como sistema principal de organización de la sociedad humana y de solución de los conflictos sociales, y puede ser que, en un futuro –quizás

[4] La teoría de los *bienes jurídicos* cierra el círculo: cumple la misión de abstraer y *objetivar* los intereses concretos de aquellas personas alcanzadas por el daño real que supone la conducta desviada del autor; reemplaza así al *ofendido* o a la *víctima*, quien pierde sus poderes (facultades) de decisión sobre el caso, en consonancia con la pérdida de poder político que supone su centralización en el Estado (cf. CHRISTIE, Nils, *Los conflictos como pertenencia*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, ps. 157 y ss.; BOVINO, Alberto, *Contra la legalidad*, en "No Hay Derecho", s/ed., Buenos Aires, 1992, año III, nº 8, IV, p. 23). Ahora lo importante no es la vida *de* Juan o la mano *de* Juan, sino, en abstracto, "la vida", "la integridad física", etcétera.

Extrema contradicción plantea esta sustitución en el ámbito de aquellos bienes jurídicos que son considerados *disponibles* para su portador concreto, hoy una gran cantidad en el Derecho penal, o, cuando menos, en aquellas figuras delictivas para las cuales el consentimiento o acuerdo de quien sufre la acción suprime todo rasgo o indicio de ilicitud (la adecuación típica): como ejemplo práctico de esta situación compárese el valor del *consentimiento del ofendido* en la teoría del delito (cf. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general [DP (PG)]* (2ª ed.), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1987, § 27, 3, ps. 237 y ss.; *Consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal españoles*, en "Derecho Penal", Ed. Juris, Rosario, 1992, nº 1, ps. 49 y ss.; RUSCONI, Maximiliano, *El problema del lugar sistemático del consentimiento del ofendido*, en "Justicia Penal y Sociedad", Guatemala, 1991, año 1, nº 1, ps. 49 y ss.; ROXIN, Claus, *Strafrecht. Algemeiner Teil [Strafrecht AT]* (3ª ed.), Ed. C. H. Beck, München, 1997, t. I, § 13, ps. 454 y ss., con extensa bibliografía en idioma alemán, que toma lícita una conducta con apariencia de ilícita, en ciertos casos, aun a pesar de ser desconocido para el autor (doctrina predominante), voluntad que, sin embargo, expresada inmediatamente después de concluida la acción u omisión ilícitas, carece de importancia para el sistema, por regla general; la razón de ser, según argumentación claramente semántica: significa entonces *perdón*, concepto distinto al del consentimiento (BACIGALUPO, *DP (PG)*, cit., p. 240).

aún remoto–, sean sustituidas por otra forma de asociación política y, consecuentemente, por otra manera de dar solución a los mismos problemas sociales, de recomponer las relaciones sociales o de restituir la paz en el seno social[5].

Históricamente, el desarrollo del Estado-Nación, sobre la base de la creación de instancias políticas centrales, dominantes en un territorio vasto y en confrontación de poder con las asociaciones locales comprendidas en él, comienza en el siglo XIII de la era cristiana, anticipada por el mismo fenómeno en el seno de la Iglesia católica romana y presidido por su vocación de universalidad. La *Inquisición*, precisamente, traduce, en el ámbito del Derecho penal, el movimiento de reemplazo del método de la composición de los conflictos por sus protagonistas, bajo la forma de un *juicio*, sustituyéndolo por la *persecución penal pública* y la *encuesta escrita y secreta*, desarrollada por el *inquisidor*, funcionario del soberano (el Papa, el Rey), en busca de la *verdad histórica*, como forma básica de la administración de justicia penal[6].

Pena estatal y sus conceptos implicados, *persecución penal pública*, *averiguación de la verdad* incluida, son, así, verdaderos presupuestos de la creación de órganos estatales predispuestos para cumplir esa función atribuida a la instancia política central, el Estado, cualquiera que sea el nombre con el que se los mencione: *ministerio público*[7], *po-*

[5] El *abolicionismo penal* pregona, como su nombre lo indica, la supresión radical del sistema penal como método de solución de conflictos sociales. Cf. HULSMAN, Louk y BERNAT DE CÉLIS, Jaqueline, *Sistema penal y seguridad ciudadadana: hacia una alternativa [Sistema penal]* (trad. castellana de Sergio POLITOFF de *Peines Perdues. Le Système pénal en question*), Ed. Ariel, Barcelona, 1984; CHRISTIE, Nils, *Los límites del dolor* (trad. de Mariluz CASO, de *Limits to pain*, Ed. Universiteitsforlaget, Oslo, 1981), Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1984. Sintéticamente, CARRANZA, Elena, *Alternativen zur Freiheits- und Geldstrafe unter besonderer Berücksichtigung der Wiedergutmachung*, Ed. E. Shaker, München, 1995, Cap. 1, 3, ps. 12 y ss.

Para observar cómo el sistema penal es una realidad contingente, dependiente de una concepción cultural acerca de la asociación política, el momento en el cual este sistema suplanta al llamado *Derecho común* y conforma una nueva realidad acerca del poder, su origen y razones, y las posibilidades futuras, conviene leer el pequeño artículo de BIANCHI, Herman, *Hacia un Derecho penal privado*, en "Concilium" (revista internacional de teología), n° 107, 1975, citado por la Separata, ps. 82 y siguientes.

[6] Cf. sintéticamente, con alusiones al Derecho de la antigüedad y, en especial, a la concepción bíblica de *la justicia*, BIANCHI, *Hacia un Derecho penal privado*, cit. en nota anterior.

[7] Por el momento comprendemos el nombre *ministerio público* en el sentido universal que, en materia penal, designa al persecutor penal estatal, advertencia que se vincula a la omnicomprensión que la descripción de la competencia del oficio en la República Argentina postula, según las leyes, para el oficio: en él se incluye a la *fiscalía* (ministerio público fiscal), pero también a la organización de la defensa pública (defensor oficial) y hasta a los asesores de incapaces. Ver este parágrafo, p. 309, en especial notas 42 y 43.

licia, incluso *jueces*, en ocasiones cumpliendo todas esas tareas (claramente: el *juez de instrucción*), o *funcionarios de la ejecución penal*. En la teoría jurídica, pero sólo en la teoría[8], los órganos públicos establecidos para perseguir penalmente son el *ministerio público penal* y la *policía* –órganos de cuya institucionalización y funciones nos ocuparemos a continuación–, esta última, también teóricamente, sólo auxiliar nato del primero.

A. EL MINISTERIO PÚBLICO PENAL

1. Historia de su génesis

I. Sin embargo, a pesar de que la persecución penal pública es un presupuesto de la creación de esos órganos, pasarán varios siglos, después de instaurada la Inquisición, para que ella dé a luz al *ministerio público*, hoy concebido como acusador estatal distinto de los jueces y encargado de ejercer ante ellos la llamada acción penal pública. A tal punto es así, que la evolución aún no se ha cumplido totalmente y subsisten ámbitos de fricción, en los cuales los tribunales conservan tareas propias de la persecución penal (y el ministerio público tareas que le son ajenas[9]).

Tal realidad se puede observar con nitidez entre nosotros, atados a la tradición inquisitiva hispano-francesa, conservada por esos países aún a fines del siglo XX, según la cual, todavía hoy, el ministerio público tiene un papel reducido en el sistema jurídico de realización penal, cuyos protagonistas principales son los tribunales de justicia, los jueces, que conservan facultades fuertemente inquisitivas (investigar e incorporar

[8] En realidad, no sólo existen varios funcionarios estatales que, por su ámbito de competencia, cumplen el papel regularmente concedido a la policía (en el nuevo CPP Nación, Libro II, Título I, Cap. II, mencionados bajo el nombre común –algo antipático– de *fuerzas de seguridad*) y al ministerio público (Fiscal nacional de investigaciones administrativas y distintas autorizaciones para querellar a órganos públicos administrativos, diferentes del ministerio fiscal), sino que, además, la ley atribuye y manda funciones persecutorias, relacionadas con la necesidad de averiguar la verdad, a funcionarios y hasta a personas privadas (piénsese en la obligación de denunciar) y a los mismos jueces: no sólo el juez de instrucción es un persecutor oficial, encargado de averiguar la verdad *de oficio* (prescíndase del tecnicismo que importa el reclamo de su actuación instructoria por el ministerio público: CPP Nación, 194 y 195), sino que, además, hasta los tribunales de juicio detentan esa potestad (ver, como ejemplo: CPP Nación, 356, II, 2ª oración, 357, 371, 388 y 397).

[9] Por ej., la de representar los intereses privados (patrimoniales) del Estado. Incluso en el sistema penal, una cierta confusión con la tarea que corresponde a los jueces, dada la base inquisitiva del sistema, es ineludible, sobre todo en casos límite, según veremos.

al procedimiento-prueba de oficio: piénsese, sobre todo, en el juez de instrucción, aún subsistente, con cierto vigor –algo mitigado últimamente–, entre nosotros).

En efecto, con la organización de los Estados nacionales, durante el *absolutismo* y su régimen de realización penal, la *Inquisición*[10], no hizo falta un acusador estatal específico, separado, más o menos estrictamente, por su función procesal, de quienes juzgaban o decidían la aplicación del poder penal del Estado. La concepción del procedimiento como una encuesta escrita y secreta, encaminada a indagar sobre una realidad material y conducida por el inquisidor, delegado de quien ejercía el poder estatal y en cuya cabeza residía totalmente la soberanía del Estado, y del autor sospechoso como un *objeto* de esa investigación, sin defensa posible –pues, si era inocente, el buen inquisidor así lo determinaría y si era culpable, no merecía defensa alguna–, tornaba inútil e ilusoria cualquier organización descentralizada para el ejercicio del poder estatal en materia penal: donde no existe la necesidad de la defensa, ni quien pueda defenderse, y la decisión se adopta sin debate previo, tampoco se precisa un acusador[11]. El inquisidor reunía todo el poder para la realización de la ley penal y lo hacía *de oficio*, sin necesidad alguna de excitación extraña, poder que emanaba de una objetivación abstracta, *a priori*, del daño concreto eventualmente provocado por la acción u omisión contraria a Derecho –objetivación luego racionalizada bajo el concepto de *bien jurídico*–, antes que de un interés real y concreto[12].

Bastaba, entonces, el *inquisidor*, para la realización completa del Derecho penal.

II. Pero, ya en la Edad Moderna, se puede hallar los primeros vestigios de un actor público; sin embargo, este actor estatal, de quien todos los libros de la materia dan noticia como antecedente del ministerio público[13], no representa la idea del oficio que hoy le corresponde: él era, según su origen y en concordancia con el nombre correcto con el que lo bautizaron (fiscal), que en idioma castellano todavía persiste, un abogado de la corona, esto es, antes bien un encargado de perseguir los intereses del monarca como persona, quien no podía comparecer por sí mismo en juicio y estaba por ello obligado a tener personero (mandatario), que un funcionario llamado a perseguir los crímenes y delitos, tarea para la que bastaba la competencia del juez inquisidor.

[10] Cf. Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal* [*DPP*], Ed. Lerner, Buenos Aires, 1969, t. I, ps. 241 y ss.; ver esta obra, t. I, § 5, D, ps. 288 y siguientes.

[11] Es conveniente siempre leer ejemplos concretos en la historia o en la literatura universales: no he encontrado mejor ejemplo, en la literatura, que la obra de teatro de Lope de Vega, *Fuente Ovejuna*, clásica en la literatura española.

[12] Cf. Bovino, *Contra la legalidad*, cit., ps. 21 y ss.; y en este libro, t. II, § 13, A, 1, I.

[13] Ver esta obra, t. I, ps. 301, 307, 311, 314 y s.; Clariá Olmedo, Jorge A., *Tratado de Derecho procesal penal* [*Tratado*], Ed. Ediar, Buenos Aires, 1962, t. II, nº 525, ps. 277 y ss.; Vélez Mariconde, *DPP*, cit., t. I, ps. 241 y siguientes.

Probablemente se deba marcar como antecedente de las fiscalías que aparecieron en la última parte de la Edad Media, y se desarrollaron en la Moderna, a los *procuratores caesaris* y a los *advocati fisci* romanos, verdaderos funcionarios fiscales encargados de los intereses del emperador, fundamentalmente de los impuestos y de las gabelas. El puente se establece a través de los *actori regiae domus* y de los *actori fisci*, encargados del cuidado de los derechos feudales del medioevo, de las capitulaciones, hasta llegar, en Francia, a los *procureurs du roi* y a los *advocats du roi*. Hasta la reforma de los siglos XIII y XIV, ellos, sin embargo, eran representantes del rey, fundamentalmente en asuntos privados; por tanto, no ejercían una función pública, ni eran, en principio, funcionarios. Cuando entraban en conflicto los intereses privados del rey y los de sus vasallos, al rey, que ostentaba el doble carácter de persona privada (propietario privado) y señor (soberano), no le estaba permitido comparecer en persona ante los funcionarios de su dominio, razón por la cual debía ser representado. Los *procureurs du roi* eran sus verdaderos *mandatarios* (los "*hombres de la pluma*"), mientras que los *advocats du roi* eran quienes abogaban por él oralmente, frente al tribunal (los *hombres de la palabra*), sus *defensores*[14].

Con la transformación de la organización social, en camino hacia el *absolutismo* (los comienzos del *Estado* moderno, el Estado-nación), con el cambio en la situación político-jurídica del rey, de señor feudal a soberano absoluto, dueño y señor del ejercicio del poder del Estado así formado (central), y con la confusión entre los intereses privados del monarca y los intereses públicos, consecuencia del desarrollo apuntado, los procuradores pasaron a ser funcionarios públicos (*gens du roi* –por ej.: Ordenanza del 25/3/1302 de Felipe el Hermoso–), que prestaban juramento oficial y que no podían ocuparse de la defensa de otros intereses privados; incluso, comenzaron a recibir un sueldo de la corona, como contraprestación por sus servicios (1303). Su función varió también: ahora resguardaban el orden público, especialmente los intereses fiscales de la corona.

De esa época proceden, asimismo, sus primeras actividades en el procedimiento penal. La introducción del procedimiento inquisitivo, en un comienzo al lado de la iniciativa (acción) popular y de la privada, dio pie para que los *procureurs du roi* se convirtieran, principalmente, en los *denunciantes* de la corona, denuncia que abría la *inquisición general* y a la que seguía, incluso por promoción de ellos, la *inquisición especial*. Se debe computar –y no en último término– el interés fiscal de la corona por las multas, al lado del ejercicio del poder estatal, ahora en manos del monarca, como una de las causas de esta modificación sustancial. Aquí se une el desarrollo medieval con su origen romano, nuevamente, mediante la recepción del Derecho romano imperial por los estados nacionales, a través del Derecho canónico, con desplazamiento del Derecho feudal o foral[15]. Con todo ello, sin embargo, no se puede hablar aún de una intervención principal de los procuradores en el procedimiento penal: no sólo la "parte civil" (ofendido)

[14] Cf. ESMEIN, A., *Histoire de la procédure criminelle en France*, Ed. Larose et Porcel, Paris, 1882, ps. 100 y ss.; FAUSTIN-HÉLIE, M., *Traité de l'instruction criminelle* (2ª ed.), Ed. Plon, Paris, 1886, t. 1, nº 238, ps. 294 y ss.; GOLDSCHMIDT, James, *Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei in Frankreich*, en "Goldammer's Archiv für Strafrecht und Strafprozeß", Ed. Deck, Berlin, 1919, t. 67, ps. 180 y siguientes.

[15] Ver esta obra, t. I, § 5, D, ps. 288 y siguientes.

ocupaba un lugar importante como promotor del procedimiento –algo inherente al procedimiento penal francés, aun al actual–, sino que, además, con claridad, el juez (instructor) era quien dominaba la inquisición; el procurador sólo podía adherirse al procedimiento y tan sólo en casos excepcionales, por necesidad (hasta le estaba, en ocasiones, prohibido intervenir durante la *inquisición general*, secreta, y sólo podía intervenir por mandato expreso del juez-inquisidor), y lo promovía por denuncia.

No obstante, aparece como característica del llamado proceso fiscal, en toda la Europa continental del medioevo tardío, después de la transformación de la organización social, la obligatoriedad de escuchar al procurador (fiscal), una vez terminada la *inquisición general*, para que él formule sus conclusiones y peticiones, en los casos correspondientes[16]. El proceso por denuncia y por inquisición abrió paso a un *procedimiento extraordinario*, en el que sólo se podía condenar a una pena *extraordinaria*, en especial a una *enmienda* o *pena pecuniaria*, para cuya valoración era imprescindible la intervención del fiscal. Importante es advertir que la *inquisición general* develaba la pregunta acerca de si correspondía aplicar tormentos; razón por la cual los requerimientos del fiscal versaban, precisamente, sobre la aplicación del tormento; de allí la maledicencia y odio contra la función y contra quienes la ejercían, que, aunque parcialmente, perdura hasta nuestros días. También es importante reconocer que, en oposición a la que hoy es teoría dominante sobre la actividad del ministerio público, no era, de ordinario, el fiscal quien provocaba la actividad del juez, sino todo lo contrario: el juez (inquisidor) tenía por obligación provocar la actividad del fiscal[17].

Ése es el desarrollo inicial en Francia, ejemplo que, por su difusión literaria y su importancia expansiva, es más conocido. Su evolución en España depende de la ya explicada en el Derecho francés, como el mismo nombre (*ministerio fiscal*, trasladado a los países hispanoamericanos) que recibe normalmente en ese ámbito lo indica[18]. Similar es la evolución en Alemania. *Das Fiskalat*[19] (de *fiskal = procurator*, en latín)

[16] Ya la Ordenanza criminal francesa de 1539, art. 145, previó este supuesto genérico como obligatorio.

[17] La música suena conocida; aunque desde un ángulo parcial, se puede observar aquí, por comparación entre la actividad que le correspondió y corresponde al ministerio público y a los jueces –sobre todo a los jueces instructores–, en nuestras leyes procesales penales antiguas, pero también en las llamadas "modernas", y la teoría jurídico-política universalmente dominante sobre el tema, de cuál época histórica procede nuestra concepción originaria –pero también actual– del ministerio público penal y del procedimiento penal.

[18] Cf. Aragoneses Alonso, Pedro, *Instituciones de Derecho procesal penal*, 5ed., Madrid, 1981, p. 121; Prieto Castro, Leonardo y de Cabiedes, Eduardo G., *Derecho procesal penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1982, p. 114.

[19] Para una historia de los orígenes de esta institución en Alemania: Otto, *Die preußische Staatsanwaltschaft*, Ed. Guttentag, Berlin, 1899; Schmidt, Eberhard, *Fiskalat und Strafprozeß*, München-Berlin, 1921; Carsten, Ernst, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland* [*Die Geschichte*], Ed. Scientia, Aalen (RFA), 1971 (Neudruck der Ausgabe Bres-

fue la institución que, dicho de manera general, ocupó el lugar de los *procureurs du roi* en el derecho franco, con el mismo origen y función. Sin embargo, no resulta posible, en ese período histórico, hablar del *fiscal* o de la *fiscalía* alemanes, en el sentido de aquello que hoy se conoce como nación alemana, pues, en realidad, *das Fiskalat* fue una creación de los principados particulares que integraron posteriormente la nación alemana o, más modernamente, la República Federal de Alemania, en especial, una creación de los principados de Brandenburgo-Prusia y Hessen[20].

El *fiscal* prusiano aparece recién en la segunda mitad del siglo XV. En el año 1468 fue nombrado un *Fiskal* ante el Tribunal de Cámara del principado, un tribunal que se ocupaba, únicamente, de cuestiones de Derecho civil, característica que ya orienta sobre el origen de la institución, apartada de la realización del Derecho penal. Su función inicial se reduce a representar y defender los intereses financieros del príncipe, controlar la observancia en el ingreso de los derechos soberanos, cuidar y representar los intereses patrimoniales del señor feudal y demandar cualquier inobservancia del derecho de regalías: una función similar a la de los *advocatus fisci* romanos, pero no idéntica, pues también demandaba por sí mismo, en representación del príncipe o monarca, los derechos feudales y de regalías, obligación de los vasallos (*procurator*). Se observa, claramente, la inexistencia de función penal alguna. Sólo las penas pecuniarias, por desobediencia del vasallo en ingresar regalías y derechos feudales, que interesaban al patrimonio señorial, y las penas procesales, que interesaban al fisco, en definitiva, al patrimonio señorial que, según ya se observó, se confundía con el patrimonio personal del príncipe soberano, ingresaron dentro de la competencia del fiscal así concebido: en todo caso, las infracciones –con alguna característica penal y mayor aproximación administrativa– leves.

Únicamente se puede hablar de una función penal del fiscal prusiano a partir de la finalización del siglo XVI. Antes de ello el juez inquisidor era, al mismo tiempo, acusador y conductor de la instrucción, procedía también de oficio, sin necesidad de una excitación extraña a él. A partir de esa época, también el fiscal, en el marco del proceso inquisitivo, llevaba a cabo una suerte de inquisición general para averiguar lo sucedido, pero no como juez, sino tan solo como representante ejecutivo del señor. De allí también las continuas disputas con los jueces por esta función y la objeción, hoy persistente en algunos países respecto de la dupla fiscal-juez de instrucción, acerca de la tarea instructoria del fiscal, preocupado unilateralmente por los intereses del príncipe (diríamos hoy: de la persecución penal oficial). Los inquisidores no toleraban que alguien se inmiscuyera en el caso.

---

lau, 1932); DOHRING, Erich, *Die deutsche Staatsanwaltschaft in ihrer geschichtlichen Entwicklung*, en "Deutsche Richterzeitung" ["DRiZ"], Ed. Carl Heymann, Köln-Berlin, 1958 (36. Jahrgang), ps. 282 y siguientes.

20 CARSTEN, *Die Geschichte*, cit., ps. 1 y ss.; la historia del ministerio público penal en Prusia, con cita de documentos de la época (siglo XIX) y transripción del célebre voto de von Savigny (p. 36), en OTTO, *Die preußische Staatsanwaltschaft*, citado.

Con la lucha entre la monarquía y el poder feudal y, después, con el triunfo definitivo de la monarquía y, con él, del absolutismo estatal (siglos XVII y XVIII), la fiscalía amplió su radio de acción en el procedimiento penal, cada vez más ocupada en defender los intereses generales del Estado o del rey. El fiscal significó, primero, un apoyo para el monarca en su lucha con los señores feudales: se transformó en órgano de la monarquía; después, como antes, pero en un sentido más referido al procedimiento penal, tuvo intervención, en representación del fisco, en los procesos penales leves, que conducían a la pena de multa, ejecutada por ellos, y en asuntos penales administrativos. Poco a poco, él llevó a cabo las investigaciones de la inquisición general, pero sólo por encargo del juez y bajo su dependencia[21], y hasta, con la misma restricción, condujo la inquisición especial, hasta que en 1725 esa función le fue prohibida. Él tuvo, también, funciones de vigilancia de los funcionarios estatales, incluidos los judiciales, funciones que condujeron, al lado de la dependencia de los jueces en el procedimiento, a confusiones evidentes sobre la naturaleza de su tarea y a disputas interminables con los tribunales. En el siglo XVIII comienza su función denominada con el aforismo "custodio –guardián– de las leyes" (*Wächter der Gesetze*[22]), en el Estado-policial, como órgano del Derecho de policía del Estado y como control para súbditos y funcionarios; formó parte, incluso, de una rama de la policía estatal, encargada del control de las infracciones en mercados y moneda. Su planta y organización, consecuente con esta evolución, se amplió sobremanera, tanto en número como territorialmente; de allí parte su organización jerárquica.

Es sintomática la evolución de la fiscalía de Berlín, la principal de Prusia: en el año 1704 el *advocatus fisci* de Berlín se transforma en Fiscal General, la cúspide de la función fiscal en la monarquía, de la cual dependían todos los fiscales prusianos. Empero, la escasa claridad de su ubicación en la burocracia estatal (dependiente del gobierno, del rey y su ministro de justicia, y, por fin, de los tribunales, al mismo tiempo) y de sus funciones (confundidas entre las disciplinarias y administrativas, las de control, las judiciales, civiles y penales, y las de ejecución), lo condujo hacia su práctica desaparición, a comienzos del siglo XIX (1810). De ella resurgió, transformado en ministerio público penal, en acusador penal, pocos años después, como "hijo de la Revolución" (1848)[23].

Quizás el oficio más parecido a la función actual del ministerio público en materia penal se desarrolló en el *Land* de Hessen. También allí se distinguió entre el *advocatus fisci* y el *procurator fisci* o *Fiskal*, pero, en contraposición con su denominación y tarea histórica, el primero cumplía la función de representar al fisco y era "el hombre de la pluma", porque sólo operaba por escrito, mientras que el *Fiskal* o *procurator* operaba

21 Cf. la identidad con el actual CPP Nación, 196.

22 Cf. voto de VON SAVIGNY, en OTTO, *Die preußische Staatsanwaltschaft*, cit., p. 36.

23 GÜNTHER, Hans, *Staatsanwaltschaft, Kind der Revolution*, Ed. Ulstein, Frankfurt/Main-Berlin-Wien, 1973. El primer Fiscal General de Berlín, reestablecido el cargo, fue Julius VON KIRCHMANN, célebre jurista alemán. En esta refundación del ministerio público, conforme a nuevas reglas y ya dedicado, básicamente, a la persecución penal, fueron pioneros los ministros prusianos VON MÜHLER, VON SAVIGNY y UHDEN, con sus dictámenes, según se indica posteriormente: cf. OTTO, *Die preußische Staatsanwaltschaft*, cit., ps. 8 y siguientes.

en las audiencias orales y por mandato del primero. De allí, quizá, que el fiscal cumpliera, en materia penal, una función más aproximada a la conocida, al consolidarse el sistema, después de la revolución liberal-burguesa, en el siglo XIX. No le correspondía la investigación del hecho (inquisición general), a cargo de otros funcionarios estatales (inquisidores); sí, en cambio, tomaba a su cargo el papel de acusador, por encargo de los tribunales, en la fase procesal siguiente, de tipo acusatoria, durante el debate oral, por defensa de su propia acusación. Incluso, de manera distinta a aquello que hemos visto, muy temprano desarrolló estas funciones penales (1535, Philippina, Art. 10), las cuales, tiempo después, lo constituyeron en acusador estatal, precisamente en el proceso penal ordinario y no sólo en casos leves, sino, antes bien, en los delitos graves, cuya consecuencia eran las penas de muerte o corporales (*Peinliche Gerichtsordnung* de Hessisch-Darmstadt de 1726 y de Hessen-Kassel de 1748)[24].

A pesar de que la fiscalía fue, en Alemania, creación de los estados particulares, el *Reich* (reino o imperio) también desarrolló un oficio con ese nombre, que respondía a la evolución histórica romano-franca. El *advocatus fisci* asistía y representaba oralmente al *procurator fisci* o *Fiskal*; y las funciones de éste último se correspondían con las tradicionales: perseguía en los procesos vinculados a la recaudación del reino y, en materia criminal, estaba encargado de la persecución penal de hechos punibles leves, cuya consecuencia era la enmienda patrimonial a favor del fisco. El ejercía también el oficio de censor y, por ello, tenía atribuciones relativas a la persecución penal en los procedimientos por difusión de publicaciones heréticas. Algo similar sucedía en los procesos por delitos contra la seguridad del reino, delitos cuyas penas él, también, estaba encargado de ejecutar[25].

III. Sin embargo, el ministerio público, con su moderna función acusatoria o, mejor aún, de persecución penal en los delitos llamados "de acción pública", es, en realidad, un desarrollo contemporáneo, un oficio público posterior a la transformación de la inquisición histórica e, incluso, a las propias ideas del Iluminismo. No puede haber duda en afirmar que tiene carta de ciudadanía francesa[26]; empero, la fecha de su nacimiento no se corresponde exactamente con el orden republicano inmediato, surgido de la Revolución Francesa, sino, antes bien, con la reacción política a ese orden y el advenimiento del orden imperial napoleónico, inmediatamente posterior. De allí que resulte exagerado, y hasta parcialmente falso, acuñar la bella metáfora que señala al fiscal moderno como "hijo de la Revolución"[27].

[24] CARSTEN, *Die Geschichte*, cit., p. 6.

[25] *Ibidem*, p. 7.

[26] Cf. GOLDSCHMIDT, *Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei in Frankreich*, cit., t. 67, ps. 180 y siguientes.

[27] Así, desde el subtítulo, el libro de GÜNTHER, *Staatsanwaltschaft, Kind der Revolution*, citado.

Con todo, la bella metáfora posee su cuota de verdad, tan pronto esa calidad sea referida, aun con reservas, ya no a la Revolución en sí misma, sino, antes bien, a la construcción del Estado de Derecho que se desarrolló luego en Europa continental, con punto de partida en ella. Como bien señala ROXIN[28], la reforma del procedimiento penal no sólo se llamó *oralidad, publicidad* y *participación ciudadana en los tribunales* que administran justicia penal, sino, también, *creación del ministerio público*: a) el ministerio público está ligado a la abolición del proceso inquisitivo histórico, que reunía en una sola mano, la del inquisidor, la actividad persecutoria y de decisión; su introducción permitió el comienzo de separación de ambas funciones y que, en la aplicación del poder penal del Estado, dos funcionarios, independientes el uno del otro, se controlaran mutuamente al hacer uso de esa herramienta estatal; por lo demás, aseguró –aun con reservas– la objetividad e imparcialidad del tribunal, al menos la de los jueces del tribunal del juicio público; b) en este modelo, contrapuesto al anglosajón, el ministerio público fue construido –también con ciertas reservas, pero, por principio– más que como *parte* en el procedimiento, como órgano de persecución *objetivo* e *imparcial*, a semejanza de los jueces, con una tarea presidida por la misma meta, colaborar en la averiguación de la verdad y actuar el Derecho penal material, con la obligación de proceder tanto en contra como a favor del imputado, según el caso mismo lo aconsejara, característica que le valió al oficio el mote descriptivo de "custodio de la ley" y, más modernamente, de "órgano de la administración de justicia"[29]; ninguna protección superior, como cambio ideológico, a la del propio acusador, obligado a cumplir esa función: c) un ministerio público así construido debe cumplir la misión esencial de *controlar a la policía para que sus procedimientos se ajusten a las reglas del Estado de Derecho*, de

[28] *Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft* [*Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben*], en "DRiZ", cit., 1969, 47. Jahrgang, ps. 385 y ss. (conferencia en razón del festejo de los 100 años de existencia del ministerio público hamburgués).

[29] Se recuerda, en el nacimiento del moderno ministerio público de Berlín, las palabras del ministro de justicia prusiano, VON MÜHLER, al describir su función como "custodio –guardián– de las leyes" (*Wächter der Gesetze*), perseguir a los contraventores de la ley, pero, también, proteger a los oprimidos. Años más tarde (1845), el más famoso jurista alemán, Carl Friedrich VON SAVIGNY, también ministro berlinés, en compañía de su colega UHDEN, reemplazante de VON MÜHLER, terminó de acuñar este tipo de ministerio público en el famoso dictamen que escribieron (1846): un ministerio público presidido por la ley y la verdad, con la obligación de descubrir la verdad objetiva, inclusive a favor del imputado, de recurrir decisiones en su favor, control de la legalidad de las acciones policiales e intermediario entre policía y tribunales, esto es, un ministerio público como sujeto objetivo e imparcial del procedimiento penal (*Promemoria de los ministros de Estado y de Justicia sobre la introducción del ministerio público en el proceso criminal*: cf. OTTO, *Die preußische Staatsanwaltschaft*, cit., ps. 40 y siguientes).

Por ello PETERS, Karl, *Strafprozeß*, Ed. C. F. Müller, Karlsruhe, 1952, p. 128, pudo decir, al comparar la función del ministerio público con la función administrativa, que "*El Derecho para el ministerio público no el marco sino la meta de su actividad*"; mejor aún: "no sólo el marco, sino también la meta...".

modo tal que, como VON SAVIGNY lo había expresado[30], los funcionarios de la policía criminal, los más inclinados a violaciones jurídicas contra el imputado durante su tarea de investigación, queden bajo su supervisión y cumplan sus órdenes.

La transformación de la Inquisición histórica en una inquisición suavizada, que permitió el regreso de formas acusatorias al culminar el procedimiento, movimiento cuyo primer exponente y principal medio expansivo fue el *Code d'instruction criminelle* francés de 1808, trajo aparejada, en Europa continental, el nacimiento del ministerio público (*ministère public*) penal moderno, quizás en embrión en los tiempos inmediatamente anteriores, relativos a la conformación del sistema penal del nuevo orden. En efecto, decidida la subsistencia del sistema penal y, con él, las bases de la Inquisición –persecución penal pública y justicia medida desde el parámetro del acercamiento a la verdad histórica, meta del procedimiento penal–, la necesidad de superar el esquema de la inquisición tradicional, que concluía estableciendo un mismo funcionario para averiguar la verdad y para decidir (el juez inquisidor), que desconocía, en general, la defensa del imputado, y que asimilaba el procedimiento a una encuesta escrita, cuyo único fin era conocer la verdad, condujo a la búsqueda de otro funcionario estatal, distinto y separado de los jueces, para cumplir la misión de perseguir penalmente, representar a la acusación en los debates, restablecidos como método para legitimar las decisiones judiciales, y, de esa manera, a crear un *contradictor* para el imputado y su defensor, ahora admitidos plenamente en el debate, con el objetivo de practicar la defensa del caso e influir en la sentencia; ello también significó apartar a los jueces que integraban el cuerpo de decisión de la afirmación que debían juzgar. Ese funcionario fue y es el fiscal, cuyo nombre subsistió en la lengua castellana, bajo la organización del oficio del ministerio público penal, que se ocupa de acusar y representar a la "parte acusadora" en los debates penales. La reforma del sistema penal del siglo XIX fue la creadora verdadera de nuestro actual ministerio público.

30 OTTO, *Die preußische Staatsanwaltschaft*, cit., *Votum*, ps. 37 y s.; *Promemoria*, ps. 40 y siguiente.

La influencia de los códigos napoleónicos en toda Europa continental, promediando el siglo XIX, fue indudable. El movimiento conocido como la *reforma del siglo XIX* es hijo de esa tendencia, nacida al amparo de la dominación militar y cultural francesa en ese siglo. En Alemania, por ejemplo, nadie discute acerca de que la introducción del ministerio público comenzó con la recepción de la totalidad de la legislación napoleónica en Rheinland (1810) y luego se confundió con la lucha por la introducción del proceso penal reformado en todos los territorios alemanes[31].

Sin embargo, tampoco es posible exagerar la nota: desde el punto de vista estrictamente procesal, el ministerio público nació como un híbrido, con escaso poder sobre el procedimiento. A pesar de que se lo concibió como un representante de la acción pública, sin cuya actividad, por principio (*nemo iudex sine actore*), los jueces no podían conocer los casos, él no dominaba tan siquiera su función específica, la de perseguir: se creó a su lado un *juez de instrucción*, que, por disposición de la ley, investigaba el caso *de oficio*[32] o, prácticamente, procedía de la misma manera, bajo la simple base de una denuncia o de la prevención policial[33], funcionario bajo cuyo nombre se ocultó, y aún se ocul-

[31] Cf. CARSTEN, *Die Geschichte*, cit., ps. 14 y ss.; OTTO, *Die preußische Staatsanwaltschaft*, cit., p. 154.

[32] Cf. Ley de Enjuiciamiento criminal española, texto actual, 259, 286, 303, 306, 307 y 308.

[33] Cf. todavía hoy: *Code de procédure pénale* francés, 79 y ss. y 86, aunque con modificaciones que, por una parte, reducen la obligatoriedad de la intervención del juez de instrucción a los crímenes y requerimientos de la fiscalía, y, por la otra, tornan necesario –como entre nosotros– el requerimiento fiscal de instrucción (cf. *CPP 1998-1999*, anotado (11ª ed., texto al día 1/9/1998), Ed. Litec, Paris, 1998; CPP Nación, 195. I. Ver incluso las discusiones actuales en nuestro sistema de la mano del caso "Avila, Blanca Noemí s/recurso de casación e inconstitucionalidad", CNCP, Sala II, 2/7/1993; cf. BOVINO, Alberto, *El control del pedido de desestimación del fiscal*, trabajo presentado en el Seminario de Derecho penal del Departamento de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 1994 (inédito), con la polémica suscitada. Con posterioridad, cf. GIL LAVEDRA, Ricardo, *Legalidad vs. acusatorio*, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, año III, nº 7, ps. 829 y ss.; PALACIO, Lino Enrique, *Acerca de la declarada inconstitucionalidad del art. 348 del Código procesal Penal de la Nación*, en La Ley", Buenos Aires, t. 1997/E, ps. 910 y ss.; RUSCONI, Maximiliano y GORANSKY, Mirna, *Nuevamente sobre el art. 348 del CPP Nación*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1999/A, ps. 245 y ss.; SUIZ, Gustavo, *Algunos problemas en torno del procedimiento de consulta del art. 348 del CPP Nación*, en "Nueva Doctrina Penal", *idem*, ps. 263 y ss.; VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo, *Potestad del fiscal vs. potestad jurisdiccional. A propósito de la consulta prevista en el art. 348 del CPP Nación*, en "La Ley", Suplemento de Jurisprudencia Penal, Buenos Aires, 30/6/1999; BELLOFIORE, Daniel C. y ALFANO, Sebastián N., *Artículo 348 CPP Nación. El ocaso de una polémica norma*, en "La Ley", Buenos Aires, t. 2000/E, ps. 1184 y ss.; FILIPPINI, Leonardo G., *La inconstitucionalidad del artículo 348, segundo párrafo, del CPP Nación*, en "La Ley", Suplemento de Jurisprudencia Penal, Buenos Aires, 29/7/2002; VEGEZZI, Santiago, *Algunas consideraciones acerca de la constitucionalidad del artículo 348, CPP, y su derogación tácita*, en "Nueva Doctrina Penal", cit.,

ta, al inquisidor del régimen antiguo, a cuyo cargo estaba el esclarecimiento del caso, y cuyas investigaciones, que debía hacer constar por escrito, ingresaba de una u otra manera al debate, formalmente regido por las reglas del sistema acusatorio. Más allá de ello, el *principio de legalidad* en la persecución penal (*obligatoriedad* del ejercicio de la acción penal) no sólo estableció el deber del fiscal de perseguir todos los casos penales que llegaran a su conocimiento, sino que, en su repercusión negativa, impidió que las decisiones (dictámenes) de este actor *sui generis* tuvieran alguna influencia, jurídicamente reconocida, en el procedimiento: es así que, bajo este principio, el desistimiento del fiscal o, más aún, su dictamen o alegato absolutorio, carece de influencia decisiva en el caso, que, ordinariamente, proseguirá su rumbo hacia la sentencia y no será óbice para que el tribunal condene, o condene por un título delictivo distinto del utilizado o a una pena más grave que la reclamada por el acusador[34]. Incluso durante el procedimiento

---

2001/A, ps. 265 y siguientes. Al momento de terminar este libro, el 10/4/2003, aparece la discusión ya ante la CSN (B. 320.XXXVII. "Banco Nación Argentina s/sumario averiguación defraudación"): a pesar de que ella, por mayoría, declaró improcedente el recurso extraordinario interpuesto por la fiscalía, ya el Procurador General de la Nación se hace eco de la doctrina dominante y considera inconstitucional la regla del art. 348, CPP Nación (su aplicación analógica a la desestimación de la denuncia); lo acompaña incluso, por remisión, el voto de uno de los jueces de la CSN.

[34] Cf. CPP Nación, 401, I; CPP Córdoba, 410; CPP Costa Rica, 365, II. Sin embargo, las sentencias actuales de nuestra Corte Suprema, en los casos "Tarifeño, Francisco s/encubrimiento en concurso real con abuso de autoridad. Recurso de hecho" (T-209-XXII, resuelta el 29/12/1989) y "García, José Armando s/estelionato y uso de documento falso en concurso ideal s/casación. Recurso de hecho" (G-91-XXVII, resuelta el 22/12/1994), la última reiterativa del criterio adoptado en la primera, ambas contrarias al criterio que, por mayoría, aplicó la Cámara Nacional de Casación, Sala I, en "Ferreyra, Julio s/casación" (causa 101, resuelta el 14/4/1994), en tanto casan condenas obtenidas después de un debate en cuya conclusión el acusador (ministerio público) informó requiriendo la absolución, fundadas, precisamente, en la negación del principio de defensa (lo mismo había opinado el voto en minoría del tribunal de casación: *ne procedat iudex ex officio-nemo iudex sine actore*), ponen en crisis los postulados del texto, hasta ahora naturales entre nosotros. Ver todos estos fallos en Suplemento de Jurisprudencia Penal (a cargo de D'Albora, Francisco J.), en "La Ley", nº 92.981 [García, José A.], p. 10, nº 92.982 [Tarifeño, Francisco], p. 11, y nº 92.984 [Ferreyra, Julio], p. 14. La Corte insistió en esa doctrina en "Cattonar, Julio P." el 13/6/1995 (ver Suplemento de Jurisprudencia Penal, 13/6/1995); cf., además, Maier, Julio B. J. y Langer, Máximo, *Acusación y sentencia*, en "Nueva Doctrina Penal", cit., 1996/B, ps. 617 y siguientes. Los fallos de la CSN, según creo, podrían haber tenido repercusiones fundamentales "hacia atrás" en el procedimiento, esto es, para su iniciación (falta de promoción por el ministerio público: requerimiento de instrucción) y para su elevación a juicio (pedido de sobreseimiento en el procedimiento intermedio), si el criterio se hubiera aplicado coherentemente. Sin embargo, no sucedió así, ni sucederá en el futuro, pues la CSN –como de costumbre, aun cuando en este caso con alguna razón– volvió sobre sus pasos más rápidamente que lo imaginado: M. 88, XXXVI Recurso de hecho, "Marcilese, Pedro Julio y otro s/homicidio calificado", causa nº 15.888/98", resuelta el 15/8/2002.

su relieve es escaso: en sistemas procesales todavía existentes (España y Francia, y entre nosotros, por ejemplo) y, parcialmente o hasta hace pocos años, en otros países europeo-continentales, que, a la fecha, variaron su legislación (Alemania, Portugal e Italia, también como ejemplos), subsiste, al menos para los delitos graves o de mediana gravedad, la necesidad de que un juez de instrucción prepare el caso para el ministerio público, esto es, para que la fiscalía acuse o requiera el sobreseimiento; ello implica, para quienes todavía viven este sistema, que el juez de instrucción es el dueño de la instrucción preparatoria[35] (antigua inquisición general); la fiscalía adquiere mayor protagonismo en el debate público, y allí tan sólo a medias, por aquello que inmediatamente antes aclaramos: según el sistema de procedimiento continental, los protagonistas casi excluyentes del debate, quienes incorporan la prueba, interrogan a testigos y peritos, conceden o quitan la palabra, ejecutan sus decisiones, etc., son, por regla o según la práctica, los jueces del tribunal o el juez que preside la audiencia.

Por lo demás, a mitad de camino entre funcionario judicial imparcial, ligado a los principios de *objetividad* e *imparcialidad*, y representante de la administración pública para la persecución de los crímenes, en homenaje a la seguridad común o ciudadana, nunca se supo bien, y se discute aún hoy en día, a qué rama del poder de un Estado pertenece el ministerio público, dada ya la división del poder soberano en competencias particulares y, conforme a ello, qué cuota real de independencia en su tarea y en sus decisiones poseen o deben poseer los funcionarios del ministerio público[36].

35 Según ha sido observado por ojos de un jurista extranjero el CPP Nación actual: cf. WOISCHNIK, Jan, *Untersuchungsrichter und Beschuldigtenrechte in Argentinien*, Ed. Iuscrim, Max-Planck-Inst. für Ausländisches und Internat. Strafrecht, Freiburg i. Br. (RFA), 2001, en especial § 14, ps. 134 y ss. (actualmente en prensa la traducción al castellano de Gabriel PÉREZ BARBERÁ).

36 Sobre ello nos pronunciamos en nuestra juventud (*La investigación preparatoria del ministerio público*, nota 4, p. 15 y § 4, ps. 99 y ss.) y volveremos sobre el punto aquí, más adelante. Por el momento, cf. en la literatura nacional, y en sentido crítico a nuestro proyecto de 1986/88, MÜLLER, Jorge, *Estructura y funciones del ministerio fiscal*, en "Doctrina Judicial", Ed. La Ley, Buenos Aires, 1989, ps. 417 y ss.; en la literatura jurídica alemana, con una problemática similar a la nuestra, ROXIN, *Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben*, cit., II y ss., ps. 386 y ss.; SCHMIDT, Eberhard, *Zur Rechtsstellung und Funktion der Staatsanwaltschaft als Justizbehörde* [*Staatsanwaltschaft als Justizbehörde*], en "Monatsschrift für deutsches Recht" ["MDR"], Ed. Gesellschaft, Hamburg, 1964, 18. Jahrgang, ps. 629 y ss. y 713 y ss.; y, del mismo SCHMIDT, *Die Rechtsstellung der Staatsanwälte im Rahmen der rechtsprechenden Gewalt*

IV. No es sencillo escapar de este híbrido[37]. En verdad, la transformación del sistema inquisitivo, al dejar subsistentes las bases de la Inquisición histórica –sintéticamente: el poder penal del Estado, representado por la persecución penal pública y por la sinonimia entre justicia y verdad histórica como principio de solución del caso, de modo básico–, y pretender, al mismo tiempo, un regreso al método acusatorio de legitimar decisiones, incluso para garantizar derechos al imputado y erigirlo en una "parte" del procedimiento, conduce en sí misma a contradicciones evidentes en el sistema, necesitadas de soluciones específicas cada vez que se presenta el caso jurídico (general) límite, soluciones que privilegian uno u otro interés (la persecución penal o la defensa del imputado), según el acuerdo político que se constituya en cada caso. El ministerio público, sus características, su organización, su posición institucional y su tarea en el procedimiento, son parte de

und ihre Einbeziehung in das Richtergesetz [*Rechtsstellung der Staatsanwälte*], en "DRiZ", cit., 1957, 37. Jahrgang, ps. 273 y ss.; GEISLER, Werner, *Stellung und Funktion der Staatsanwaltschaft im heutigen deutschen Strafverfahren*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" ["ZStW"], Ed. W. de Gruyter, Berlin-New York, 1981, t. 93, ps. 1109 y ss.; GÖRCKE, Hans-Helmuth, *Weisungsgebundenheit und Grundgesetz*, en "ZStW", cit., Berlin, 1961, t. 73, ps. 561 y ss.; OBERSKY, Walter, *Staatsanwaltschaft, Rechtspflege und Politik*, en "Festschrift für Karl Bengl", Ed. C. H. Beck, München, 1984, ps. 57 y ss.; WAGNER, Walter, *Der objektive Staatsanwalt-Idee und Wirklichkeit*, en "Juristenzeitung" ["JZ"], Ed. J. C. B. Mohr (P. Siebeck), Tübingen, 1974, 29. Jahrgang, ps. 212 y siguientes.

[37] Sólo conozco, parcialmente, en el sistema estadounidense, una suerte de ensayo que acepta la institución y la desarrolla como un protagonista real del procedimiento penal, cuya tarea y cuyas expresiones de voluntad tienen decisiva influencia material y formal en el procedimiento (ver los fallos citados en este parágrafo, nota 34, p. 304, para su repercusión entre nosotros). Sin duda, la influencia del Derecho anglosajón, que no conoce la institución del ministerio público, o, cuando menos, la de un acusador público centralizado, tal como aparece entre nosotros proveniente de Europa continental, y cuyo procedimiento conserva aún rastros bastante marcados del antiguo procedimiento acusatorio popular de cuño greco-romano, ha sido de importancia para que así suceda. Así, a pesar de que, en general, el Derecho de los EE.UU. ha admitido la persecución penal pública o estatal, base de la inquisición, la influencia anglosajona le ha permitido erigir a los fiscales en una verdadera "parte" del procedimiento, representantes genuinos de un interés estatal distinto al que representan los jueces, *v. gr.*, la seguridad ciudadana general frente a la imparcialidad judicial, esta última responsable por el estricto cumplimiento de la otra clase de seguridad, la de los ciudadanos particulares cuando son perseguidos, esto es, la de ellos frente a los derechos fundamentales. Cf. BOVINO, Alberto, *La persecución penal pública en el derecho anglosajón*, en "Pena y Estado", nº 2, *Ministerio Público*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, ps. 35 y ss., y del mismo autor, *Ingeniería de la verdad. Procedimiento penal comparado*, en *Problemas del Derecho procesal penal contemporáneo*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998, ps. 211 y siguientes.

esa contradicción intrasistemática que pervive y domina el régimen formal de realización del Derecho penal, pero son, de manera alguna, las únicas[38].

Por lo tanto, la función del ministerio público penal –en verdad, según veremos, de *la fiscalía*, uno de los oficios reales que integran el ministerio público genérico–, su posición institucional, su organización y su tarea en el procedimiento seguirán siendo conflictivas y motivo de debates ásperos, en materia penal, debates que, a mi juicio, sin resolver el problema primario –su papel y poder real en el procedimiento de persecución penal, y ese poder en relación al de otros protagonistas del caso–, sólo posibilitarán, por el momento, soluciones coyunturales, según la preferencia política del legislador o del jurista teórico o práctico en el caso general que se le presenta a examen, esto es, soluciones de compromiso dentro de un sistema que, en sí, es caótico y reniega de su reducción a ciertos principios analíticos más generales, que ordenen todo el sistema[39]. En este libro, precisamente, saldrán a la luz muchos de esos problemas.

Hoy sólo se puede señalar, como tendencia general, que un regreso más profundo a las formas acusatorias y la influencia del sistema operativo penal de cuño anglosajón, conducen, poco a poco, a un mayor protagonismo del ministerio público en la realización del Derecho penal y en la solución de los casos penales[40]. Pero la institución no pare-

[38] Para el mismo problema, pero en torno a la meta del procedimiento, la averiguación de la verdad histórica, ver esta obra, t. I, § 6, C, ps. 663 y ss., y § 8, D, ps. 841 y siguientes.

[39] Un ensayo nuestro de organización del ministerio público y de ordenamiento de su tarea en el procedimiento, siguiendo principios hoy aceptados en el ámbito de la legislación y de la teoría jurídica de cuño europeo-continental, que no reniega de su carácter híbrido, pero que avanza sobre su organización y tarea actual, en *Anteproyecto de ley para la justicia penal y el ministerio público*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, ps. 368 y ss., y en *Proyecto de Código Procesal Penal para la Nación*, en "Doctrina Penal", cit., 1986, ps. 649 y siguientes. Para el Derecho europeo-continental es sintomática la propuesta de Roxin, *Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben*, cit., III, ps. 387 y ss., ciertamente antigua en edad (1969), pero aún fresca y lozana para nosotros.

[40] Ejemplos de ello son la instrucción preparatoria en manos del ministerio público, en los códigos procesales penales más avanzados (cf. texto actual OPP de la República Federal de Alemania; nuevo CPP Portugal, 1987; nuevo CPP Italia, 1988; CPP Modelo para Iberoamérica, 1988; CPP Córdoba y Tucumán, 301 y ss.; CPP Costa Rica, 62); los modos abreviados del procedimiento, generalmente por consenso entre el ministerio público y el imputado (CPP Italia, 438 y ss.; CPP Nación, 431 *bis*; CPP Córdoba, 415; CPP Costa Rica, 373 y ss.); la quiebra del principio de legalidad (CPP Costa Rica [1996], 22 y ss.), en combinación con la susti-

ce haber alcanzado su mayoría de edad, menos aún entre nosotros: por ello me permito calificar su historia como la que corresponde a un joven o a un adolescente.

V. En síntesis: aquella institución que nació en Francia con el Estado de Derecho y con predominio de su función de control del gobierno sobre los tribunales de justicia –de allí su pertenencia institucional a la administración–, cuyo mecanismo de control más poderoso eran los recursos contra las decisiones de los tribunales (institución que, de manera alguna, limitaba su intervención únicamente al sistema penal –tan sólo una de sus áreas de influencia–, sino que abarcaba todas las materias justiciables), parece orientarse hoy hacia el ejercicio de la acción pública –incluso en los pocos casos en los que por razones de Derecho positivo, generalmente vinculadas al llamado *orden público*, corresponde su intervención en otras materias distintas del Derecho penal–, o sea, hacia su función de acusador público o estatal, que constituye no sólo el núcleo de su tarea, sino que, además, abarca una parte más que dominante de su labor práctica, a la cual destina el porcentaje más grande de sus recursos materiales y personales. Sin olvidar que en el Derecho continental y entre nosotros el ministerio público –la fiscalía– cumple una función de control en otras áreas de la administración de justicia, el desarrollo del oficio de acusador en materia penal –delitos de acción pública–, de manera cada vez más pronunciada, contribuye a la realización más perfecta de dos principios caros al sistema acusatorio de procedimiento: la posibilidad de resistencia a la imputación (la *defensa* del imputado), por una parte, y la *imparcialidad* del tribunal, por la otra. La primera contribución emerge de una serie de principios –ser oído, contradicción, *in dubio pro reo*, correspondencia entre la acusación y la sentencia, prohibición de la *reformatio in peius*, entre otros– cuya realización depende de la estructuración de un contradictor para el imputado, del cual parta la imputación penal. La segunda contribución, que representa algo parecido a la otra cara de la misma moneda, consiste en evitar que hipóte-

---

tución de la realización del Derecho penal por otras soluciones (*diversion*: ver, como ejemplo, CP, 76 *bis* y ss.; CPP Costa Rica [1996], 25); en ese marco, también el protagonismo moderno de la víctima y de la reparación integral en el Derecho penal (ver, como ejemplo, ley 23.771, 14 (hoy ley nº 24.769, art. 16, con modificaciones), y CP, 76 *bis* y ss.; CPP Costa Rica [1996], 36) contribuyen a imaginar una función más adulta para el ministerio público penal.

sis y tesis pertenezcan a las mismas personas o sean elaboradas por personas idénticas, como sucede cuando no imperan los principios *nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*, y el tribunal conoce por determinación e impulso propios. Por lo tanto, no es exagerada la apostilla con la que uno de los autores aquí citados comienza uno de sus artículos referidos al tema[41]: "El fiscal es la figura central del sistema de justicia penal, y las cuestiones vinculadas a la manera de cómo toma sus decisiones constituyen un problema complejo que tiene importantes implicaciones en el funcionamiento de todo el sistema".

En nuestro Derecho público la institución "ministerio público" ha seguido el derrotero arriba indicado para el Derecho continental, aunque con cierto atraso, que hoy todavía persiste en alguna medida. Pero el déficit más profundo consiste en su organización y desarrollo, que, básicamente, constituyen un remedo de la organización de los tribunales, sin razón atendible para ello[42]. Todavía hoy persiste, además, la confusión sobre su verdadera función, confusión de la cual deriva el hecho de que, en su seno, resulte abarcada también la *defensa pública* u *oficial* y que ha logrado, incluso, la sinrazón de que un servicio social del Estado, en favor de quienes no acceden a determinado nivel de acceso a la jurisdicción, sea cumplido por funcionarios con jerarquía constitucional, por imperio de la propia Constitución, según su reforma en 1994 (CN, 120, II y III)[43].

En nuestro Derecho público provincial –las constituciones provinciales, como lo aclararemos– dominó siempre la idea de un fiscal absolutamente independiente, como si fuera un juez, y organizado también a imagen y semejanza de los diferentes oficios judiciales. La tendencia a la afirmación de su *objetividad* en la persecución penal y el temor a la manipulación política de un ministerio público que, sin embargo, no ostentaba demasiado poder real, condujo a esta situación[44], ciertamente paradójica pues, se-

[41] BOVINO, *La persecución penal pública en el Derecho anglosajón*, cit., p. 35, apostilla adjudicada a Norman ABRAMS, *Prosecutorial Discretion*.

[42] En el ámbito nacional o federal existe algún progreso en este aspecto, a raíz de la sanción de la ley nº 24.946 (*Ley Orgánica del Ministerio Público*). Cf., para su estudio, el informe sobre *Argentina* de MARCHISIO, Adrián, en Jörg STIPPEL y Adrián MARCHISIO (coords.), *Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina* [*Principio de oportunidad*], Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, ps. 31 y siguientes.

[43] Hasta se le llegó a adjudicar como función la defensa del Estado federal que, sobre todo, cumplían las fiscalías federales situadas en el interior del país respecto de los pleitos en los cuales el Estado federal era parte, función hoy negada por la *Ley Orgánica del Ministerio Público* (nacional nº 24.946), art. 27. En la Ciudad de Buenos Aires, su nueva Constitución, 124 a 126, ha incluido en esa categoría no sólo a esos funcionarios sino, también, a los asesores de incapaces, que integran otra rama del ministerio público. Si se piensa en los médicos y directores de hospitales públicos, y en la función que ellos cumplen o en la razón de ser de sus cargos, se tendrá la exacta medida del desacierto.

[44] Cf. el mejor estudio sobre el particular en VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., t. I, Segunda parte, Cap. III, ps. 241 y siguientes.

gún alguien en idioma vulgar lo definió históricamente, por las escasas facultades que la ley le concedió y su deficiente organización, resultaba ser un instrumento meramente formal del procedimiento penal: "la quinta rueda del carro", "el convidado de piedra" o el "partícipe secundario del procedimiento"[45]. Las mismas razones y su organización histórica en el ámbito de la administración de justicia federal parecen haber decidido su ingreso en la CN, 120, según la reforma de 1994, como "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".

2. La posición institucional y los principios que gobiernan la organización del ministerio público

a) El problema

I. No por puro afán académico, sino por razones suficientes, aun desde el punto de vista práctico[46], la doctrina jurídica se ha ocupado,

[45] Bovino, Alberto, *Ingeniería de la verdad. Procedimiento penal comparado*, en *Problemas del Derecho procesal penal contemporáneo*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998, III, p. 218 (existe una versión anterior y menos extensa de este trabajo, en ocasiones citada en este libro, publicada en "No Hay Derecho", Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1995, nº 12, ps. 13 y siguientes).

[46] En la República Argentina, el momento en el cual comenzaron a ser escritas originariamente estas líneas es, para nosotros, uno de los mejores ejemplos de la importancia de este problema, desde el punto de vista práctico: triunfante en las esferas oficiales la tesis académica que coloca al ministerio público –del Estado– federal como dependiente del Poder Ejecutivo, desde cualquier punto de vista –nombramiento y destitución, disciplina del servicio, facultad del Ejecutivo de impartirle órdenes–, no existe día del año en el que la actuación de los fiscales no se vea comprometida, en ciertos casos de interés público o, incluso, de interés subjetivo para el gobierno central, por instrucciones recibidas desde el Ministerio de Justicia y decididas por el presidente de la República en reunión de gabinete. En el momento en el cual escribí originariamente estas líneas se discutía, precisamente, el problema de las instrucciones dadas directamente al fiscal del tribunal de primera instancia federal de la capital de la República para provocar una decisión que impidiera a las autoridades judiciales italianas instruir ciertos casos de asesinato, torturas, secuestro extorsivo, supresión o suposición de estado civil con infantes y privación de libertad agravada, sucedidos en territorio argentino, pero respecto de víctimas de nacionalidad italiana, delitos atribuidos a personal de las fuerzas militares y policiales argentinas durante el gobierno *de facto* establecido entre 1976 y 1983 (la llamada *dictadura militar*). Se trataba del auxilio judicial reclamado previamente por carta rogatoria internacional de las autoridades judiciales italianas, fundada en el convenio de cooperación judicial argentino-italiano, que acordó favorablemente la autoridad judicial argentina, y de la instrucción suplementaria de recurrir el fallo contrario a esa pretensión que dictó el juez federal. Para apreciar cómo la discusión ha llegado a la vida cotidiana y al periodismo común, ver periódico "Página/12", del domingo 19/2/1994, ps. 1-3.

Por otra parte, una reforma constitucional (1994) acordada por el mismo gobierno al que hice referencia, estableció, según se verá, un ministerio público con independencia de gestión, autonomía funcional y autarquía financiera (CN, 120, I), cuya ley de organización todavía no había alcanzado el estado de proyecto en el momento en el cual se escribieron originariamente estas líneas; hoy, en cambio, rige la ley nº 24.946, *Orgánica del Ministerio Público*, publicada el 23/3/1998, algo confusa, que parece responder a otros criterios.

preferentemente, de intentar descifrar la pregunta –fundamentalmente política– acerca de la dependencia o independencia funcional del ministerio público y, al mismo tiempo, aunque con mayor confusión, de responder a la pregunta acerca de los principios que deben gobernar la organización del oficio, sobre todo en materia penal[47].

El nombre "ministerio público" no significa siempre el mismo objeto de estudio: es raro, sobre todo, en los países de tradición hispánica, hallar un ministerio público que cumpla sólo la tarea relativa a la persecución penal pública, según ya lo advertimos para nuestro país[48]. Bajo ese nombre se designa, incluso por tradición histórica, un organismo estatal encargado de cumplir funciones diversas: sintéticamente, ellas pueden ser enunciadas como la defensa de los intereses del Estado en juicio, la defensa de la vigencia práctica de las reglas de orden público y, derivada históricamente de esta función, la persecución penal pública, tarea que, cada vez en mayor proporción, ha adquirido independencia respecto de las antes mencionadas, que constituyen, como se dijo, su carga histórica; pero ese esquema sintético no agota, incluso, toda la tarea que los derechos positivos nacionales suelen encomendar al órgano del Estado que se conoce bajo ese nombre[49].

Ordinariamente, el ministerio público no sólo cumple tareas en materia penal. Su función se extiende a ciertas tareas que le son conferidas por la ley que regula los procedimientos judiciales en otras materias jurídicas, inclusive en el área del Derecho privado[50] y hasta se incluye en su seno la organización de la defensa pública u oficial[51]; pero no existe duda acerca de que su labor en la realización del Derecho penal resulta la más importante, desde cualquier punto de vista que se la mire: concentra la mayor cantidad de recursos humanos y materiales dedicados a ella en proporción con los de-

[47] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., t. I, ps. 241 y ss., y t. II, ps. 293 y ss.; actualmente, una explicación universal, de gran sentido crítico, en RUSCONI, Maximiliano A., *Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del ministerio público*, en AA.VV., *El ministerio público en el proceso penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, III, ps. 61 y siguientes.

[48] Costa Rica representa una excepción, después de la sanción del CPP 1973: organizó su ministerio público penal como órgano del Poder Judicial del Estado, aislándolo de las otras funciones que se le suele adjudicar al oficio, en general.

[49] Ver, por ej., La Constitución de la República de El Salvador, arts. 191 y siguientes.

[50] Cf. SATTA, Salvatore, *Manual de Derecho procesal civil* [*Manual*], Ed. Ejea, Buenos Aires, 1972, t. I, nº 43 y ss., ps. 71 y ss.; ALSINA, Hugo, *Tratado teórico-práctico de Derecho procesal civil y comercial* [*Tratado*], Ed. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941, t. I, ps. 497 y siguientes.

[51] Cf. GARITA VILCHEZ, Ana Isabel y SABORÍO, José, *El ministerio público en América Latina desde la perspectiva del Derecho procesal penal moderno* [*El ministerio público en América Latina*], Ed. Ilanud, San José (Costa Rica), 1991, sec. III, ps. 112 y ss.; GARITA VILCHEZ, Ana Isabel y SABORÍO, José, *La defensa pública en América Latina desde la perspectiva del Derecho procesal penal moderno* [*La defensa pública en América Latina*], Ed. Ilanud, San José (Costa Rica), 1992, cap. III, ps. 95 y ss.; la reforma de la Constitución argentina (1994) incluyó al servicio oficial de defensa dentro del ministerio público (CN, 120, II).

dicados a otras áreas jurídicas, absorbe la mayor proporción del presupuesto total del ministerio público, conforme a la mayor cantidad y calidad de la tarea que le corresponde desarrollar durante el procedimiento[52]. En este libro, por esa razón y por el hecho de que ese oficio se ocupa, básicamente, del sistema judicial para la aplicación del Derecho penal, sólo estudiaremos al ministerio público desde el ángulo de observación del sistema penal. Por ello, y para evitar confusiones, muchas veces hemos utilizado la palabra *"fiscalía"* para aludir al ministerio público penal.

La literatura jurídica, no sin razón, distingue nítidamente, en el punto, dos cuestiones distintas a resolver:

– uno de los problemas consiste en saber –jurídicamente– o en decidir –políticamente– cuál es o debe ser la ubicación del ministerio público en el ámbito institucional, su pertenencia a uno u otro poder político del Estado –ejecutivo, legislativo o judicial–, en su caso, el grado y forma de vinculación con el poder respectivo, determinado por el origen del nombramiento de sus funcionarios, por la facultad de destituirlos, por la competencia para la disciplina del servicio, por la facultad de dar instrucciones a sus funcionarios para la actuación judicial y por el deber correlativo de acatar esas órdenes; o, de otra manera, su desvinculación de los tres poderes tradicionales del orden republicano, con la aparente creación de un nuevo poder de control, todas cuestiones que son examinadas bajo el rubro al que responde la primera parte del título de esta sección (*posición institucional*);

– el otro problema consiste en conocer o decidir el fundamento o la base regulativa de la organización interna del ministerio público, la independencia y autonomía para obrar de las personas que componen el organismo, en ese caso sin organización jerárquica alguna, a la manera de los jueces, o, por lo contrario, su organización *monocrática* y *jerárquica*, dependiente, a su vez, del grado que alcance la facultad del funcionario superior en el orden jerárquico de ordenar acciones u omisiones y el deber del funcionario inferior de obedecer esos mandatos, y de las facultades del superior de *sustituir* al inferior por otro miembro del ministerio público o de exigirle la *devolución* del asunto, para ser trabajado directamente por el superior jerárquico[53]; a este se-

[52] Cf. Alsina, *Tratado*, cit., t. I, nº 12, ps. 512 y ss.; Palacio, Lino E., *Manual de Derecho procesal civil [Manual]*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 188.

[53] Cf. Schmidt, *Staatsanwaltschaft als Justizbehörde*, cit., IV, 2, c, ps. 714 y siguientes. Ver también, por ej., Baumann, Jürgen, *Derecho procesal penal [DPP]*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, Cap. 3, III, 1, ps. 166 y siguientes.

gundo problema puede pertenecer también la disciplina interna del servicio cuando, desde el punto de vista de sus relaciones externas, se ha decidido su independencia funcional.

II. Sin embargo, la diferencia entre los problemas, apreciable a simple vista, pues el primero se refiere a las *relaciones externas* del ministerio público y el segundo de ellos a su *organización interna*, no determina diferencia alguna en el tratamiento teórico de ellos, para su análisis y comprensión, con independencia de la solución que se adopte o haya sido ya adoptada por el Derecho positivo respecto de cada uno de esos problemas. Incluso, si se adopta una solución para la relación externa de la fiscalía con los demás órganos del Estado y su opuesta contradictoria para su organización interna, es posible, desde el punto de vista teórico, analizar de manera conjunta los principios regulativos del sistema, sus implicaciones una vez determinada la solución, la coherencia o incoherencia del sistema dado, sus ventajas e inconvenientes. Con ello quiero decir que la solución que se adopte para cada uno de los problemas, separables formalmente, no empece a la unidad del problema en sí mismo, a la identidad material de la cuestión y de los principios que gobiernan las distintas soluciones posibles[54].

III. Falta aún explicar que, en ocasiones, la cúspide del orden jurídico no emite mensaje alguno o no emite un mensaje inequívoco acerca de la solución de alguno de los dos problemas formales identificados, ni de los principios reguladores de la solución. Es el caso de la Constitución argentina anterior a la reforma de 1994, pues ella, según su texto posterior a la reforma de 1860, no mencionaba al organismo, ni, específicamente, a alguno de sus órganos. El hecho de la falta de mención no carecía de importancia, a mi juicio, para resolver jurídica-

[54] Boyino, especialmente en *La persecución penal pública en el Derecho anglosajón*, cit., sobre todo en VI, ps. 71 y ss. (pero también en su *Ingeniería de la verdad*, cit.), ha demostrado cómo órdenes jurídico-penales que llegaron a ser dominados por un mismo principio –el hallazgo de la llamada *verdad histórica* o *verdad correspondencia* como sinónimo de justicia penal– combinan de muy distinta manera esos componentes (persecución penal pública, verdad, fiscalía, discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal [oportunidad] y consenso, o bien persecución penal estatal, verdad, fiscalía, legalidad), en virtud de ciertas circunstancias histórico-temporales determinantes de la adquisición del principio madre, y que, precisamente por ello, debieron estructurar jurídicamente de distinto modo la persecución penal pública, el órgano que la cumplía, su función y sus máximas regulativas básicas.

mente la cuestión: no era, por así decirlo, inocuo; ello significaba, por lo menos, que la ley fundamental, que había distribuido el poder estatal y designado sus autoridades, no le había concedido al organismo algún poder que pudiera haber sido designado como independiente y caracterizado por su ejercicio autónomo, desde el punto de vista constitucional[55]. En el orden federal argentino, la designación por la Constitución (1853/1860) de las autoridades que ejercían cada poder del Estado y, especialmente, la descripción exhaustiva de las que presidían y conformaban el Poder Judicial (Corte Suprema y tribunales inferiores, CN, 100, texto 1860) y el Poder Legislativo (senadores y diputados de las dos Cámaras que componen ese poder), conducía a pensar, de la mano de una forma de interpretación tanto histórica, como literal y sistemática, que este órgano oficial, sobre el cual ella no se pronunciaba y hasta lo desconocía –pues tampoco se pronunciaba sobre la manera de perseguir penalmente o sobre quién debía hacerlo, esto es, sobre el sistema penal a utilizar–, sólo podía estar situado en la órbita del Poder administrador –Ejecutivo–, único descripto sólo por la cúpula de sus funcionarios con omisión de los funcionarios inferiores en los cuales se delegaba parte del poder, funcionarios que –se supone– existían, según la tarea que la propia Constitución le encomendaba a ese Poder del Estado.

Precisamente, el hecho omisivo de la falta de mención y el positivo de la conformación del poder estatal en tres poderes separados, cuyos órganos determinaba la Constitución nacional (1853/1860), más el refuerzo que proporcionaba la antigua mención del Procurador General ante la Corte Suprema por el texto constitucional originario de 1853, cuya desaparición decidió la reforma constitucional de 1860[56], dieron fundamento a la idea que defiende la dependencia funcional del ministerio público de otro poder del Estado distinto del Judicial, específicamente, del Poder Ejecutivo, y el principio monocrático y jerárquico que rige su relación externa con el Ejecutivo y su organización interna[57]. En realidad, la facultad del Ejecutivo de ejecutar las leyes de la Na-

[55] Cf. Rusconi, *Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del ministerio público*, cit., ps. 70 y siguientes.

[56] Cf. *Diario de sesiones de la convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la Constitución federal*, Ed. Imprenta del Comercio del Plata, Buenos Aires, *Constitución de la Confederación argentina sancionada el 1° de mayo de 1853, anotada con las reformas hechas por la convención del Estado de Buenos Aires*, art. 91, p. 12.

[57] Cf. Müller, Jorge, *Estructura y funciones del Ministerio fiscal (Algunas observaciones sobre su dependencia y naturaleza jurídica)*, en "Doctrina Judicial", año 5, n° 37, Buenos Aires, 1989, II, ps. 417 y siguientes.

ción, daba fundamento a esa tesis (cf., para una Constitución similar, como la de EE.UU., la decisión de su Corte Suprema: "Morrison vs. Olson", 487 U.S. 654, 691, [1988]). Ésta era, también, una interpretación ajustada a la tradición histórica del ministerio público y, como se ha visto, sobre todo a la de aquellos países de Europa continental que lo gestaron y constituyeron, por ende, adecuada a su memoria histórica institucional. Pero, además, tal interpretación se adecuaba también a nuestra raíz constitucional, según quedó expresado en el caso citado, en el cual la Corte Suprema de los EE.UU., por interpretación de la Constitución federal que fue base de la nuestra, había afirmado: "No se discute que las funciones ejercidas por el fiscal independiente son funciones 'ejecutivas' en el sentido de que ellas son funciones de aplicación de las leyes penales que *típicamente* [bastardilla nuestra] han sido llevadas a cabo por oficiales pertenecientes al poder ejecutivo"[58].

Sin embargo, la carencia de reglas acerca del ministerio público en la Constitución argentina anterior a la reforma de 1994, muy parca en sus previsiones, no es en la República Argentina, ni internacionalmente, un modelo ordinario, incluso si se habla de constituciones con alguna antigüedad. Internacionalmente, sobre todo en el ámbito iberoamericano, existen constituciones que adjudican el ministerio público al Poder Judicial o admiten, al ménos, una interpretación que así lo imponga. También las hay de aquellas que erigen al ministerio público como un "órgano extrapoder" del Estado, independiente de los poderes tradicionales en un Estado de Derecho, e incluso existen algunas constituciones que dan pautas para su organización.

Ejemplo del primer caso es la Constitución de la República de Honduras, 312 y 316, que incluye a los funcionarios del ministerio público dentro del capítulo relativo al Poder Judicial. La República de Costa Rica es un ejemplo similar, pues, a pesar de que su Constitución, literalmente, nada expresa sobre el ministerio público, ha permitido, sin discusión, que se atribuya el ministerio público penal al Poder Judicial y que se lo separe totalmente del Poder Ejecutivo; una interpretación de su art. 153, favorable a esta posición, en el sentido de que la tarea que cumple el ministerio público durante el procedimiento penal es, por su naturaleza, *judicial*, según entre nosotros lo ha sostenido Alfredo VÉLEZ MARICONDE, da apoyo a esta tesis[59].

[58] Sobre el punto, BOVINO, *La persecución penal pública en el derecho anglosajón*, cit., V, 1, ps. 54 y siguientes.

[59] VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., t. II, Cap. VII, § II, ps. 293 y siguientes. Ver en Asamblea Legislativa, *Constitución de la República de Costa Rica, anotada y concordada* [*Constitución Costa Rica*], Ed. Juricentro, San José, 1985, p. 466, párrafo III, la doctrina judicial emanada de la Corte Suprema de Justicia de la República, en pleno, acerca de que, en todo caso, la tarea de investigación del delito y la identificación de autores y cómplices representa una actividad judicial por imperio de la regla constitucional citada en el texto.

En la República Argentina fueron en principio las provincias autónomas que la componen, esto es, que componen el Estado federal, las que eligieron este camino. Con diferencias de estilo y, también, de respuesta normativa frente a problemas específicos (nombramiento y destitución de sus funcionarios, tarea, dependencia presupuestaria, disciplinaria o administrativa de la Corte Suprema o de los tribunales), el Derecho público provincial argentino, por intermedio de las constituciones de las provincias, ubica al ministerio público dentro del Poder Judicial y considera a sus integrantes funcionarios judiciales, sobre quienes, en principio, pesan los mismos deberes establecidos para los jueces (sujeción al principio de legalidad y objetividad o verdad) y quienes gozan de las mismas prerrogativas que rigen para los jueces (estabilidad, inamovilidad, retribución): Buenos Aires, 149, nº 5, 165 y, en especial, 180; Catamarca, 200; Córdoba [1883], 126 [ver 116, inc. 8º], [1987], 171 y ss.; Corrientes, 142 y 143; Chaco, 160, 162 y 165; Chubut, 165, 168, 169 y cc.; Entre Ríos, 162 y cc.; Formosa, 117 y ss.; Jujuy, 111 y cc.; La Pampa, 81 y cc.; Mendoza, 150 y ss.; Misiones, 142; Neuquén, 150 y 151; Río Negro, 124, III; Salta, 162, 163 y cc.; San Juan, 109, II, y ss.; Santa Cruz, 137; San Luis, 94, II, y cc.; Santa Fe, 88; Santiago del Estero [1939], 111, I, y cc., [1986], 161, or. final, y cc.; Tucumán, 114 y ss., 126.

Existen otras constituciones para las cuales el ministerio público conforma un organismo autónomo del Estado, independiente de los poderes clásicos de la República o de la monarquía democrática. Ejemplo de ellas, en nuestro continente, son la Constitución del Perú, 250 y ss., y de El Salvador, 191 y siguientes[60]. Éste parece ser el caso de la Constitución nacional argentina posterior a la reforma de 1994, art. 120, que luego examinaremos en particular y que no sólo contradice la tradición constitucional nacional, antes bien omisiva que reformante, sino, sobre todo, la tradición proveniente del Derecho público provincial[61].

Alguna Constitución establece, también, la organización monocrática y jerárquica del ministerio público (Perú, 250). Las constituciones que, explícitamente, se ocupan de este oficio en su articulado, generalmente contienen reglas relativas a los requisitos de nombramiento, inclusive en los diferentes cargos de la plantilla, y a la autoridad o autoridades competentes para nombrar y remover a sus funcionarios.

b) Las bases regulativas del problema

I. La función que se adjudica al ministerio público en el sistema de realización del Derecho penal y, previo a ello, la idea que gobierna el

[60] Cf. Bertrand Galindo, Francisco; Tinetti, José Albino; Kuri de Mendoza, Silvia Lizette y Orellana, María Elena, *Manual de Derecho constitucional*, Ed. Centro de Investigación y Capacitación, San Salvador (El Salvador), 1992, t. II, ps. 1171 y siguientes.

[61] Como ejemplo último, la Constitución de la Ciudad –autónoma– de Buenos Aires, arts. 124 y ss., que incluye no sólo a la fiscalía como capítulo específico del título dedicado a su Poder Judicial, sino que, además, incluye dentro de ese *ministerio público* no sólo a funcionarios fiscales con función en otras áreas jurídicas distintas de la penal –que no son acusadores públicos y, por tanto, no resultan amparados por el argumento que pretende sostener su independencia–, a la defensa pública y a la asesoría para incapaces.

sistema penal positivo, son las que determinan los principios que rigen su actuación en el procedimiento y dominan su organización, al menos en materia penal[62].

Abandonada la idea de la Inquisición histórica, en el sentido de un proceso penal gobernado sólo por la representación de una encuesta de un órgano estatal y, por tanto, sin las garantías que proporciona en él un Estado de derecho, resta todavía una elección: o bien nos pronunciamos por un procedimiento acusatorio en sentido propio, esto es, en sentido material, por un *proceso acusatorio privado*, dominado por la actividad de los particulares, el ofendido (*acusación privada*) o los ciudadanos en general (*acusación popular*), con eliminación del *acusador* o *actor estatal* de la base de nuestras preocupaciones, según sucede, en principio, en Inglaterra[63], donde, básicamente, se conserva el sistema de acusación popular y privada[64]; o bien nos pronunciamos, básicamente, por un *procedimiento oficial*, conservador de la máxima inquisitiva fundamental, la persecución penal en manos del Estado, y, por ende, dominado por la idea de un *acusador público* o *estatal*, representado por la organización del ministerio público penal, la fiscalía, que asume, frente a los jueces –también funcionarios estatales–, el papel formal de *actor penal*. Esta idea, que consiste en separar funciones estatales para posibilitar una resistencia eficiente a la imputación penal por parte del imputado –tornar posible la defensa del imputado de frente a una acusación formal de un acusador visible, también representante del Estado, como los jueces, pero distinto de quienes lo juz-

62 El vínculo entre tarea o función encomendada, ubicación institucional y principios que rigen la organización es acentuado por BERTONI, Eduardo A., *La organización del ministerio público*, en *El ministerio público en el proceso penal*, cit., IX, p. 221; el trabajo no enfatiza, en cambio, la relación ministerio público-Derecho penal material, que, desde el ángulo de la regulación de la persecución penal, preside el sistema; el trabajo es un buen ejemplo de exposición de los principios que rigen la organización desde el punto de vista de la ley (de organización) positiva.

63 ALSINA, *Tratado*, cit., t. I, p. 503, quien da cuenta de la falta de esta organización en el Reino Unido; HUBER, Barbara, *Funktion und Tätigkeit des Anklägers in England und Wales*, en AA.VV., *Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörde im ausländischen Recht*, coord. por Hans-Heinrich JESCHECK y Rudolf LEIBINGER (Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg i. Br [RFA]), Ed. Nomos, Baden Baden (RFA), 1979, ps. 545 y ss.; BOVINO, *La persecución penal pública en el Derecho anglosajón*, cit., II, ps. 36 y ss., y III, ps. 45 y siguientes.

64 Ver esta obra, t. I, p. 445; HUBER, *idem* nota anterior, I, ps. 548 y ss.; BOVINO, *ibidem*.

garán–, tiene por fin principal, por lo demás, preservar la nota de *imparcialidad* de los jueces del caso en ese tipo de procedimiento oficial, quienes, de ese modo, no necesitan afirmar la hipótesis que luego juzgarán como cierta o incierta. Por ello, dentro de ese sistema mientras mayor sea la separación, mayores serán también las posibilidades defensivas y la aproximación al ideal de la imparcialidad del juzgador.

Éste último es el sistema que impera en los países de Europa continental y, por extensión, en los países de Iberoamérica, en especial cuando ellos se adaptaron a las modificaciones incorporadas en el siglo XIX (modelo de proceso *inquisitivo reformado*), como, por ej., en Argentina y Costa Rica, y no persistieron en conservar, en gran medida, la legislación colonial, según sucedió, lamentablemente, incluso durante la mayor parte del siglo XX, en la mayoría de los países iberoamericanos (un extremo fue, en este sentido, Chile, país que suprimió prácticamente el ministerio público penal ya en 1927, institución que ha vuelto a incorporar sobre el filo del nuevo milenio a sus prácticas judiciales en la administración de justicia penal[65]).

Pero es también, en parte, el modelo de los EE.UU., modelo que ha optado por quedarse a mitad de camino entre su antecedente histórico anglosajón y el proporcionado por la cultura europeo-continental, y que, por ello, postula reglas básicas diversas para la función del órgano público que persigue penalmente de aquellas que utilizan los dos anteriores para la organización del ministerio público[66]. En EE.UU. se trata, sin duda, de la función ejecutiva del Estado de hacer cumplir las leyes –de allí la ubicación de la fiscalía de distrito como órgano del Ejecutivo–, de representar, entonces, un interés estatal, y de allí también el ejercicio discrecional de la persecución penal (principio de oportunidad como base del sistema) y, por ende, de la política criminal referida a la persecución penal; por ello, la *objetividad* del fiscal requerida por el Derecho continental, inexistente como tal en el sistema estadounidense, se transforma allí en el deber de

[65] Cf. Riego, Cristian, *Aproximación a una evaluación del proceso penal chileno*, en *Reformas procesales en América Latina*, Ed. Corporación de Promoción Universitaria, Santiago de Chile, 1993, p. 263. En verdad, se trata de un ejemplo de falta de hipocresía, pues en los demás países conservadores del procedimiento penal colonial, en los cuales imperó el procedimiento registrado, el juez unipersonal, idéntico para la instrucción y el juzgamiento, con facultades omnímodas para proceder de oficio, el papel del ministerio público, oficio existente, representa tan sólo una formalidad sin contenido material alguno, que persigue el fin exclusivo de crear una imagen necesaria en el sistema judicial actual, en materia penal, para evitar un juicio de censura abierto sobre su sistema de realización del Derecho penal: modernamente, la falta de ministerio público, la carencia de una fiscalía, y la atribución directa de su tarea a un juez –que, además, juzga– torna extremamente visible para el observador la raíz ideológica del procedimiento penal vigente y la falta de garantías que el procedimiento penal –se supone– debe tener en un Estado de Derecho.

[66] Sobre ello, Weigend, Thomas, *Funktion und Tätigkeit der Staatsanwaltschaft in den U.S.A.*, en AA.VV., *Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörde im ausländischen Recht*, cit., ps. 587 y ss.; entre nosotros la monografía de Bovino, *La persecución penal pública en el derecho anglosajón*, cit., en especial, IV y V, ps. 50 y siguientes.

fair play (lealtad) del fiscal respecto de la defensa, por ej., de informar a la defensa sobre los elementos de prueba que podrían favorecer su posición, pero nunca ofreciéndola de oficio por sustitución de la actividad defensiva[67].

Entre ambos modelos aquí observados, derivados de la Inquisición, el modelo inquisitivo reformado, desarrollado en el continente europeo, y el anglosajón transformado de los EE.UU., existen diferencias notables, relativas a la posición institucional del ministerio público y a los fundamentos de su organización, ancladas básicamente en el par conceptual que para el derecho europeo-continental se enuncia bajo los principios de *legalidad* y su opuesto contradictorio, el de *oportunidad*[68].

II. Cuando se concibe a la fiscalía gobernada por los mismos principios que gobiernan la actividad de los jueces –hallazgo de la verdad histórica (correspondencia) y realización de la ley penal como sinónimo de justicia, valores que, parcialmente, representan el residuo del procedimiento inquisitivo y, en parte, reglas de igualdad y garantía reformuladas por el Estado de Derecho–, dicho sintéticamente, cuando se la concibe como *custodio* o *guardián de la ley*, resulta difícil sostener alguna diferencia con la actividad que cumplen los jueces, desde el punto de vista material, tanto en la posición institucional que debe tener el ministerio público, como en su organización interna. Quien así concibe al ministerio público sólo puede hallar distinciones formales entre la función que cumplen los funcionarios de la fiscalía y los jueces, en el sentido de que, por razones vinculadas a asegurar la defensa en juicio y la imparcialidad de los jueces que juzgan (CN, 18), y, por ende, a acercar el procedimiento estatal para aplicar una pena –sólo formalmente– al procedimiento de características acusatorias, resulta ne-

[67] BOVINO, *Ingeniería de la verdad*, cit., ps. 13 y siguientes.

[68] Aunque no siempre ése es el caso, pues algunos países europeo-continentales –no centrales, con la excepción parcial de Francia y Holanda– reconocen el dominio del principio de oportunidad: ni ésa es la única diferencia, ni el par conceptual citado esquematiza, sin duda, tendencias distintas en la manera de concebir al ministerio público. Un trabajo descriptivo y comparativo entre países europeos, incluido el Reino Unido y EE.UU. se puede ver en AA.VV., *Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörde im ausländischen Recht*, cit.; allí también, resumidamente, sobre legalidad y oportunidad, en LEIBINGER, Rudolf, *Rechtsvergleichende Zusammenfassung*, 6, ps. 693 y ss.; en el mismo libro, sobre la excepción francesa, más práctica que jurídica y contradictoria con su origen histórico, GREBING, Gerhardt, *Staatsanwaltschaft und Strafverfolgungspraxis in Frankreich*, VI, 2, ps. 43 y ss.; sobre Holanda, IV, ps. 113 y ss., en especial, 2, *c*, ps. 122 y ss., y 3, *d*, ps. 136 y siguientes.

En Hispanoamérica, una obra reciente, STIPPEL y MARCHISIO (coords.), *Principio de oportunidad*, cit., describe al ministerio público (básicamente en materia penal) con informes de Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay y Venezuela.

cesario separar las funciones de *decidir* y de *perseguir*, acordando para ello distinto valor procesal a los dictámenes sobre el caso de los jueces (resoluciones o decisiones jurisdiccionales) y de los funcionarios del ministerio público (requisitorias a los jueces)[69].

Mientras, en materia distinta a la penal, el Estado no puede ni debe "apropiarse" del conflicto social generado en la inobservancia de una regla de Derecho, salvo excepciones previstas por la misma ley, planteándolo *de oficio* ante sus jueces para que ellos lo decidan y le den solución –por ej.: demandar por el incumplimiento de una obligación contractual entre particulares o entre el mismo Estado y los particulares–, y, para que ello suceda, es imprescindible la actividad particular o privada –o del mismo Estado, operando como persona jurídica con interés subjetivo en la solución del problema– que reclama la solución del conflicto por parte de los jueces, sujeta a criterios políticos de libre decisión, en Derecho penal, por lo contrario, la regla está constituida por la facultad, y, antes bien, por el deber del Estado, de perseguir –*de oficio*– la supuesta infracción a la ley penal (CP, 71 y 274), hasta conseguir la decisión de sus jueces, y la excepción consiste en la necesidad de una actividad privada o particular –del ofendido, por ej.: delitos de acción privada o de instancia privada– para habilitar la solución del conflicto social por parte de los jueces (CP, 72 a 75). La comparación muestra claramente dos sistemas jurídicos que parten de reglas perfectamente inversas, opuestas contradictoriamente.

Aún más: en materias distintas al Derecho penal los intereses particulares no sólo gobiernan el planteamiento del conflicto ante los jueces estatales, regularmente, sino que, antes bien, gobiernan el conflicto en sí mismo, materialmente, pues pueden proceder a resolverlo según reglas distintas a aquellas que utilizaría la justicia estatal para dar solución al caso, de conformidad entre los protagonistas o por la actividad individual de cada uno de ellos, particularmente, según los casos. Incluso, puede suceder así ya dentro de un procedimiento judicial, caso en el cual las partes procesales, o únicamente una de ellas, "desapoderan" al juez de la facultad de dar solución al conflicto. Piénsese, por ej., en el demandado que, pese a la injusticia del reclamo –cumplir nuevamente una obligación que ya ha satisfecho–, decide, por cualquier motivo, allanarse a la demanda y cumplir la exigencia solicitada; o en la finalización de un litigio judicial por transacción, que, incluso, puede ser extraña al objeto mismo del litigio: en lugar de desalojar el inmueble, objetivo de la demanda, arribamos a una compraventa entre actor y demandado. En Derecho penal, en cambio, salvo excepciones, son los jueces los únicos autorizados a aplicar la ley penal para responder al conflicto social generado en la inobservancia de alguna de sus normas, los únicos facultados a discernir una pena (CN, 18) y, de ordinario, una vez planteada ante ellos la inobservancia de la ley penal, el camino hacia su decisión es irreversible.

[69] Así funda, coherentemente, VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, su tesis: cf. *DPP*, cit., t. II, ps. 293 y ss.; en el mismo sentido, SCHMIDT, *Staatsanwaltschaft als Justizbehörde*, cit., Heft 8, 1964, ps. 629 y ss., y Heft 9, 1964, ps. 713 y ss.; ver también, *Die Rechtsstellung der Staatsanwälte im Rahmen der rechtsprechenden Gewalt und ihre Einbeziehung in das Richtergesetz*, cit., en "DRiZ", cit., 1957, Heft 12, ps. 273 y siguientes.

Ello no significa otra cosa que afirmar, por regla –con escasas excepciones–, el llamado *principio de legalidad*[70], que dispone la *obligatoriedad* de la persecución penal para los órganos predispuestos por la ley para cumplir esa actividad, con el fin de conseguir, en todo caso, una decisión de los jueces, única que puede dar solución al conflicto social fundado en la posibilidad de aplicar una pena, razón por la cual el ejercicio de esa persecución, hasta conseguir esa decisión, es *irretractable*[71]. En este esquema, la explicación del sistema penal reside en la realización pública y obligatoria de la ley penal, esto es, en la indisponibilidad de la actuación de precepto y sanción no bien afirmada la infracción en el mundo de los hechos.

El sello que distingue los enjuiciamientos acusatorios de los inquisitivos no se observa tanto en las puras formas del proceder de los últimos, que han logrado, por su crueldad, fama universal, sino, antes bien, en la sustancia que inspira esas formas: la descentralización o centralización de los poderes que mueven el procedimiento judicial. La base del procedimiento inquisitivo fue y es la regla que prescribe actuar *de oficio* el Derecho penal, restar ese ámbito de la libertad individual, excluyendo así la posibilidad de un derecho subjetivo –aun del Estado–, al no conceder la condición de la actuación del Derecho material a la decisión y voluntad privada[72] y, por supuesto, como mero permiso o facultad, sin ejercicio obligatorio. El proceso penal acusatorio, por lo contrario, tiene por rasgo distintivo, su dependencia de la expresión de voluntad persecutoria libre de quien es portador de un derecho subjetivo, consistente en colocar una condición para la actuación por los jueces de la voluntad de la ley.

Desde este punto de vista, el procedimiento penal europeo-continental, generado básicamente en el Estado posterior a la Revolución Francesa, está sustancialmente gobernado por el principio inquisitivo. La pretensión penal –si así puede llamarse a este método de realización directa de la ley ante su inobservancia– es, por regla, *indisponible* o, con otras palabras, es indisponible la actuación de la sanción ante la infracción al precepto normativo. El Estado, para ello, tiene a su cargo no sólo la tarea de juzgar el conflicto y darle solución, sino, además, la persecución inmediata de ese juicio por intermedio de órganos públicos predispuestos que, aunque modernamente dividan su tarea de aquellas que les corresponden a los jueces, desde el punto de vista formal, no

[70] Cf. Vélez Mariconde, *DPP*, cit., t. II, ps. 180 y ss.; ver esta obra, t. I, § 8, C, ps. 825 y siguientes.

[71] Cf. al respecto González, Daniel A., *La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense*. Ed. Colegio de Abogados, San José (Costa Rica), 1986, un estudio completo sobre la base de este punto de vista político, objetivado en el Derecho positivo.

[72] Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1963, Cap. VIII, 3, b, p. 122 (se trata de la primera edición de la "Teoría pura", traducida por Moisés Nilve desde la edición francesa, cuyo texto traducido, que he citado, es sintomático para la explicación).

ocultan su verdadera función de detentadores del poder penal estatal. Ambas tareas, sustancialmente, apuntan hacia una misma labor: la aplicación de la ley penal fundada en el conocimiento de la verdad (correspondencia) sobre lo sucedido concretamente en el mundo de los hechos[73].

Precisamente, la manera distinta según la cual se realiza por regla la ley penal ante la afirmación de su inobservancia y los valores que dominan esa realización –verdad y dominio de la ley del Estado, por sobre la voluntad particular– generan, a su vez, el principio formal básico que, según dijimos, preside la actuación de los funcionarios del Estado en la persecución penal: el llamado *principio de legalidad*. Él significa que, ante la afirmación hipotética de un conflicto social generado por la inobservancia a una norma penal, el acontecimiento real sucedido y la ley penal sean los únicos parámetros posibles de solución para el caso, razón por la cual es preciso inquirir la verdad de aquello que ha sucedido, limitadamente a los elementos importantes para la solución del caso, según la ley penal, y decidir el problema únicamente por aplicación de la ley penal, de la pena estatal, en su caso, o por la declaración de que no resulta aplicable la ley penal, en el caso inverso. Ello implica que la tarea de todos los órganos estatales que intervienen en el procedimiento esté presidida por las mismas reglas y que, cuando se separa formalmente a aquellos funcionarios públicos cuya tarea fundamental es perseguir penalmente (los fiscales), de aquellos cuya tarea básica es decidir (los jueces), la persecución penal (*acción penal*, si se conserva el vocabulario del Derecho de acciones) se exprese gobernada por la necesidad (*obligatoriedad*) de su ejercicio frente a la hipótesis de la comisión de un delito de acción pública, que no puede hacerse cesar por voluntad del funcionario persecutor (*irretractabilidad*) hasta conseguir la decisión judicial[74].

El principio de legalidad, seguido a estos extremos, también conduce a la necesidad de fundar los dictámenes y la actividad de la fiscalía en criterios objetivos respecto de la construcción de la verdad acerca del objeto procesal (el hecho punible concreto que se intenta

[73] MAIER, Julio B. J., *La investigación penal preparatoria del ministerio público* [*La investigación penal*], Ed. Lerner, Buenos Aires-Córdoba, 1975, ps. 14 y siguiente.

[74] CPP Nación, 5; CPP Córdoba, 5; CPP Costa Rica [1996], 22, I.

conocer en el procedimiento). Se trata del llamado *principio de objetividad*, que rige no sólo la actividad de los jueces, sino, también, la tarea del ministerio público, entre nosotros. Tal afirmación implica, necesariamente, el rechazo de toda idea relativa al desarrollo de un interés subjetivo o de utilidad política –no contenido en la ley– como meta de la actividad desarrollada por la fiscalía en el cumplimiento de su misión; y tal implicación desemboca, precisamente, en la advertencia de que la construcción de la verdad por los jueces, para fundar sus decisiones, es gobernada por las mismas reglas que rigen para la fiscalía. De allí a sostener, por esta misma razón, que la fiscalía no cumple la función material de una parte del procedimiento, sino que, antes bien, sólo formalmente está puesto en esa condición, para facilitar la defensa del imputado, que, por ello, el proceso penal *no es un proceso de partes*, a semejanza de otros procedimientos judiciales, y, por fin, que la fiscalía no cumple el papel material de un *acusador*[75], no hay ni siquiera un trecho: tales afirmaciones representan sólo un desarrollo del principio[76].

Quizá se debería decir, a contrario de la opinión dominante que revela el texto anterior, que el principio de legalidad es consecuencia, más o menos cercana, de la idea política que apoya la justicia de la solución, del fallo, en la base de la verdad (correspondencia) histórica, concebida como ideal del procedimiento penal o de la actuación de la ley penal[77]. Justicia y verdad son, de esta manera, para nuestra cultura jurídica, conceptos implicados mutuamente, aunque no coincidan en su contenido. De allí que la referencia a la ley –*legalidad*–, como principio rector valorativo del acontecimiento que se pretende conocer, sea un concepto complementario de la idea actual de justicia, en nuestro sistema.

Sin embargo, la idea tan difundida, según lo hemos visto en el texto, acerca de que la actividad del ministerio público resulta regida por la máxima de la *objetividad* –la meta es la verdad histórica y, para ello, el ministerio público debe obrar, en todo caso,

[75] Cf., dicho de una o de otra manera, NÚÑEZ, Ricardo C., *CPP Córdoba anotado*, Ed. Lerner, Córdoba-Buenos Aires, 1978, art. 4, nº 4, p. 16; VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., t. I, Cap. III, 6, ps. 250 y ss.; CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, cit., t. II, nº 531, ps. 290 y s.: tal sistema constituye sólo un legado de cuño europeo-continental: cf. ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal* [*DPP*] (trad. castellana de la 25ª ed., Ed. C. H. Beck, München, 1998, de Gabriela E. CÓRDOBA y Daniel R. PASTOR), Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2000, § 17, en especial, C, p. 123.

[76] Esto es, precisamente, aquello que advierte BOVINO al comparar sistemas, en *La persecución penal pública en el Derecho anglosajón*, cit., V, ps. 72 y ss., y en *Ingeniería de la verdad*, cit., ps. 211 y ss., fundado en circunstancias históricas de desarrollo del sistema.

[77] Ver esta obra, t. I, § 8, D, ps. 841 y siguientes.

en el sentido de su hallazgo, tanto si perjudica como si favorece al imputado– no resulta compartida por todos[78], ni es prístina en nuestro Derecho. Nuestro Derecho positivo sólo en un caso, el de los recursos[79], contiene una regla directa acerca de la facultad del fiscal de recurrir, incluso a favor del imputado; empero, aun en este caso es dudoso que la regla imponga un deber. Fuera de esa regla no existe, al menos en el orden federal, alguna otra que represente un deber semejante al estudiado: se trata, tan sólo, de una máxima orientadora de la actividad del oficio, que puede conducir, eventualmente, tan sólo al ejercicio del poder disciplinario. Salvo que se tratare de una falsa denuncia (CP, 245), en cuyo caso el cargo de fiscal nada representa para la prohibición, o que, con aplicación analógica, prohibida en materia penal, pero posible en el caso para la interpretación de la ley procesal, que llena la ley penal en blanco, se complemente el incumplimiento de la función pública (CP, 248 y 249) con la afirmación de la literatura jurídico-procesal acerca de la naturaleza de la función del ministerio público en el procedimiento penal, o que, con idéntico tipo de aplicación, se estime comprendido en el prevaricato (CP, 271 y 272) que al fiscal, a través del principio de objetividad, se le confía también la defensa del imputado, mecanismos y resultados intolerables según las razones expuestas, la conducta del fiscal que se aparta de la máxima no es punible

[78] Acerca de ello se puede leer el dictamen del Fiscal de la Cámara Nacional de Casación Penal en el recurso extraordinario federal interpuesto por el fiscal de Cámara Gustavo A. Brizzone, en los autos "Vicco, Juan y otro s/contrabando" (causa n° 5, Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 3), Sala I, proceso n° 74/94, reg. n° 117, que, con fundamentos algo confusos y voluntaristas, expresa su desaveniencia con el principio, al menos con todas las implicaciones que la literatura jurídica, de ordinario, le asigna. Resumen de varias implicaciones del principio y su respuesta en el ámbito del ministerio público, en Blanco, Verónica, *In dubio pro reo, favor rei y ministerio público fiscal*, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, n° 10/B, ps. 147 y siguientes.

Un punto de vista distinto, que respeta básicamente el principio, pero pretende su expresión legal y, por ende, su realización de un modo absolutamente distinto a la comprensión actual de la máxima, se puede leer en Bovino, *Ingeniería de la verdad*, cit., ps. 13 y siguientes. Aquí se considera excesivamente "paternalista" a nuestro sistema, característica que puede, eventualmente, hasta perjudicar al imputado y que produce una confusión inadmisible entre el papel que desempeña la fiscalía en el procedimiento penal y el que desempeña la defensa, situación que, en definitiva, atenta contra la eficiencia de su tarea y contra la claridad de la actividad defensiva. En el Derecho de los EE.UU., término de comparación utilizado por el autor, la situación es diferente: el mismo principio desemboca en el deber del fiscal de dar noticia al defensor sobre aquellos elementos de prueba conocidos por él que pueden favorecer al imputado; la actividad defensiva valorará si esos elementos favorecen la tesis que pretende probar y en qué medida lo hacen, y, como consecuencia de ese juicio, si resulta conveniente o inconveniente ofrecerlos para ser incorporados al procedimiento; el incumplimiento de este *deber de lealtad* –ya no de un deber del fiscal de obrar directamente a favor del imputado– genera un defecto grave del procedimiento que, utilizado por el defensor, conduce a la descalificación del fallo condenatorio.

[79] CPP Nación, 433; CPP Mendoza, 485; CPP Salta, 478; CPP La Rioja, 477; CPP La Pampa, 406; CPP Catamarca, 393; CPP Sgo. del Estero, 390; CPP Jujuy, 432; CPP Entre Ríos, 455; CPP Corrientes, 470; CPP Chaco, 412; CPP Córdoba, 444; CPP Tucumán, 444.

y sólo es corregible por la vía disciplinaria, en su caso: no existe en nuestro Derecho penal, actualmente, un delito de persecución injusta de inocentes[80].

III. Coherente con este sistema es la visión que presenta al ministerio público penal, básicamente, como un oficio judicial y, consecuentemente, a los integrantes de la fiscalía como funcionarios del Poder Judicial, tesis defendida tanto por la doctrina como por la política jurídicas, y hasta positivizada por la misma ley, incluso por la ley constitucional[81]. Es la teoría aceptada por el Derecho público (constitucional) provincial argentino, que, en todo caso, considera a los fiscales como funcionarios judiciales, que integran el Poder Judicial provincial, con atributos o seguridades, formas de nombramiento y destitución similares a las de los jueces[82]. Esa posición institucional no permite, al menos jurídicamente, la injerencia de la administración en la persecución penal y, por tanto, no permite que órgano alguno del Poder Ejecutivo (su ministro de justicia, por ejemplo) dé instrucciones a los fiscales o al ministerio público como organismo bajo su dependencia institucional[83].

De la misma manera, es coherente con aquellos principios y fundamentos regulativos, la idea de una independencia interna de los funcionarios del ministerio público y, consecuentemente, la imagen de un oficio sin contenido jerárquico. También aquí el Derecho argentino ha sido pionero, pues los fiscales, aun cuando se carecía de ley que disciplinara su tarea y organización, o con leyes defectuosas que omiten disciplinar la mayoría de los problemas inherentes a ellas, trabajan de modo individual y con tareas propias en el procedimiento, sin injeren-

80 La conducta opuesta, dejar de perseguir a culpables, en cambio, constituye un delito (CP, 274).

81 Cf. entre nosotros el mejor trabajo sobre el particular en VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., t. II, ps. 180 y ss.; para Alemania, SCHMIDT, *Staatsanwaltschaft als Justizbehörde*, quien cita opiniones más extremas, al punto de que no distinguen entre jueces y fiscales, y tratan a los últimos según el estatuto de los primeros.

82 Ver *supra* A, 2, *a*, III.

83 RUSCONI, *Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del ministerio público*, cit., detalla con precisión ventajas aparentes e inconvenientes políticos de esta posición: "máxima independencia funcional", "condiciones más favorables de imparcialidad", "resguardo sólido de legalidad y control de los demás poderes", entre las ventajas; "verdadero obstáculo, no sólo para la formulación y ejecución de una política de persecución coherente, eficiente, confiable y *permeable a criterios sociales*, sino para la agilidad y falta de formalismo en el ejercicio de la función de perseguir y, también, de averiguar la verdad material", entre los inconvenientes.

cia o instrucciones de otros fiscales, aun de los de categoría superior, por regla general[84].

Ordinariamente, los fiscales tienen *turnos* de distribución de trabajo, de la misma manera o de manera similar a los jueces, incluso, en ocasiones, están adscriptos a un juzgado particular o a un tribunal colegiado particular, conforme al principio "feudal" que gobierna nuestra organización judicial. Por lo demás, rigen para los fiscales motivos de apartamiento idénticos o similares a aquellos que rigen para los jueces[85].

El eslabonamiento jerárquico de los fiscales resulta aparente y es más un producto de las tareas distintas en el procedimiento y de su valoración o de la importancia presupuestaria o de remuneración[86], en el mismo sentido del tribunal ante el cual actúan. Así, existen: fiscales o agentes fiscales que ejercen su tarea, fundamentalmente, durante la instrucción o ante los jueces de instrucción[87]; fiscales de Cámara que, o bien son aquellos que actúan ante tribunales de juicio, con esa tarea, la del acusador público durante el juicio, o bien actúan ante tribunales de apelación, con la función de mantener el recurso interpuesto por el agente fiscal ante los jueces unipersonales[88]; por último, existen también fiscales superiores que actúan ante tribunales que examinan recursos extraordinarios (fiscales de casación, el Procurador General de la Nación ante la Corte Suprema o los fiscales ante las cortes supremas o los tribunales superiores de las provincias). No representa una excepción jurídica a este criterio, o si se quiere, representa una excepción muy débil, la facultad del fiscal del tribunal de juicio de llamar al agente fiscal que cumplió la función de la fiscalía durante la instrucción, para sustituirlo en la defensa de la acusación o colaborar con él durante el debate, pues, aun en ese caso, no se prevé la facultad de dar instrucciones jerárquicas obligatorias para el infe-

[84] A pesar de que la –hoy existente– Ley Orgánica del Ministerio Público (nº 24.946, publicada el 23/3/1998) declama –con cierto temor– la organización jerárquica (art. 1, IV) y de que ella misma establece jerarquías diferentes de funcionarios fiscales, todo ello no parece traducirse posteriormente –salvo en el caso del Procurador General y sus instrucciones generales, art. 33, *d*, o de su poder limitado de delegar y, más que devolver o sustituir, anexar, art. 33, incs. *f* y *g*– en un sistema verdaderamente jerárquico, de instrucciones generales y particulares, poder de delegación, de devolución y de sustitución. La ley citada no sólo es timorata –entre nosotros, se reemplaza la previsión concreta por declamaciones grandilocuentes, que luego se desmoronan por ausencia de poder quizá real, pero, especialmente, normativo–, sino que, según ella misma denuncia, parece más inclinada a crear una corporación privilegiada, sin demasiado cambio de su estado tradicional.

[85] Ley nacional nº 24.946 (Orgánica del Ministerio Público), 10; CPP Nación, 71; CPP Córdoba, 78, I; CPP Costa Rica [1996], 66, I.

[86] Ley nacional nº 24.946 (Orgánica del Ministerio Público), 12.

[87] *Idem*, 39 y ss., con confusión, en razón de los procedimientos de administración de justicia absolutamente diferentes en materia penal y en las demás materias, llama a estos funcionarios, lisa y llanamente, "fiscales" y a sus colaboradores según plantilla, "fiscales auxiliares" (art. 42).

[88] *Idem*, 37, llama a estos funcionarios, y también a quienes están destacados ante la Cámara de casación en el orden federal, "Fiscales Generales", con quienes colaboran "fiscales generales adjuntos" (art. 38).

rior; por lo contrario, uno de los casos –llamado para mantener la acusación en el debate– que habilita la facultad supone la idea contraria: el desacuerdo con la acusación del agente fiscal o fiscal inferior, razón por la cual este último, sin instrucciones, debe mantener la acusación por sí mismo[89]. Tampoco representa una excepción el caso llamado "sobreseimiento por acuerdo de fiscales", esto es, aquel en el cual el juez, en desacuerdo con el sobreseimiento requerido por el agente fiscal, traslada la solución al fiscal superior inmediato, quien, de pronunciarse en favor de la tesis de su inferior, provoca, sin más, que el juez deba dictar el sobreseimiento[90]. Éste es un caso que, por lo contrario, de manera atípica, muestra la supremacía de la opinión de la fiscalía por sobre la del tribunal, a la manera según la cual se concibe, ortodoxamente, el *principio de oportunidad*. La hipótesis inversa –aquella en la cual la intervención del fiscal superior, provocada por el juez, genera desacuerdo con su inferior en el sentido de la prosecución del procedimiento y de acusar al imputado–, en cambio, se podría citar como un supuesto similar al de las instrucciones jerárquicas internas o de ejercicio del poder de devolución cuando el superior formula la acusación[91]. La regla, en todo caso, sólo quiere resolver un dilema procesal que se presenta entre las condiciones de ejercicio de la defensa –necesidad de la acusación– y la decisión del juez, custodio final del *principio de legalidad*, de no sobreseer, problema cuya solución es siempre deficiente pues privilegia uno u otro principio enfrentado: obliga al juez a sobreseer –cuando el fiscal inferior en rango y el superior jerárquico coinciden en esa solución– o determina la acusación, conforme a la opinión y fundamentos del superior jerárquico de la fiscalía, en el caso inverso[92].

La cuestión ha variado algo en el ámbito de la competencia del Estado federal, pues los últimos gobiernos, validos de la ausencia de reglas constitucionales y legales[93], han sostenido la tesis de la pertenencia del ministerio público a la administración del Estado (Poder Ejecutivo), representada ante los tribunales por los fiscales, y, también, la facultad de dar instrucciones, tanto externas (Ministerio de Justicia) como internas (jerarquía) a los funcionarios del ministerio público. Sin embargo, vale la pena aclarar,

89 CPP Nación, 67; CPP Córdoba, 73.

90 CPP Córdoba, 359; CPP Tucumán, 359; CPP Costa Rica [1996], 302.

91 CPP Córdoba, Tucumán y Costa Rica, *ibidem*.

92 Según se observa, se ha preferido aquí salvaguardar el *principio de defensa* antes que el control judicial de la aplicación del *principio de legalidad*. Todo lo contrario ocurre en el texto del CPP Nación, 348, II, múltiplemente criticado según ya hemos advertido con cita de los juristas que lo denostan, que privilegia el control judicial de legalidad.

93 Sólo se ha invocado, a partir del año 1985, la reforma del art. 116, inc. 3°, del antiguo Código de Procedimientos en materia penal para la justicia nacional y tribunales federales (hoy derogado para el futuro), que refiere como una de las funciones de la cúspide del ministerio público federal (Procurador General de la Nación): "Cuidar de que los encargados de ejercer el Ministerio Fiscal en estos juzgados, promuevan las gestiones que les correspondan y desempeñen fielmente los demás deberes de su cargo, atendiendo a la *unidad y coherencia* en su accionar. A tal efecto podrá impartir *instrucciones de carácter general*", regla impropia de un Código de procedimientos y propia de la organización del oficio. Hoy ya, para casos reglados por el nuevo sistema procesal, esta regla es inaplicable como fundamento directo de la instrucción.

en este sentido práctico, que el derecho de instruir al inferior –sin regulación jurídica– no es moneda corriente del Ministro de Justicia hacia los funcionarios del ministerio público, ni funcionó regularmente entre estos entre sí, aunque se ha utilizado en casos de interés político evidente para el Estado federal[94].

En la administración de justicia penal del Estado federal la cuestión varió aún más bruscamente después de que el art. 120 de la CN, reformada en 1994, estableciera un ministerio público como "órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera", disposición a la cual se le agregó, en el año 1998, la *Ley Orgánica del Ministerio Público* aquí múltiplemente citada. La valoración de esta variación será materia de las secciones posteriores.

Por supuesto, esta tesis judicialista extrema contradice bases originarias de la creación del ministerio público, sin las cuales él es difícilmente concebible culturalmente: los principios de *unidad* e *indivisibilidad* del oficio, y su *organización monocrática*[95]. Según ellas, el oficio es único e indivisible: todo funcionario que actúa en un procedimiento lo representa totalmente y tanto sus acciones como sus omisiones en el procedimiento son imputables a la fiscalía según su valor procesal, con independencia de la competencia interna y, en su caso, de las decisiones o instrucciones generales o particulares que hayan sido emitidas o de su cumplimiento por parte de los funcionarios que, internamente, están obligados a observarlas; por otra parte, para lograr esta unidad de acción externa, las reglas de distribución del trabajo entre sus diversos integrantes no responden, como entre los jueces, a un ideal de distribución de competencia legal (facultad jurídica concedida), sino, antes bien, a una forma burocrática necesaria (rutina) para atender los numerosos asuntos que debe tratar el oficio: de allí que el derecho de dar instrucciones para la tarea, base de la organización monocrática y jerárquica, pueda consistir, además de, en la *facultad genérica de dar instrucciones generales* (válidas para varios asuntos, inclusive relativas a la distribución del trabajo) o *particulares* (relativas a un asunto o acto a cumplir u omitir), también, en la facultad del su-

[94] Cf. BERTONI, *La organización del ministerio público*, cit., ps. 220 y ss., con ejemplos de las instrucciones habidas en los últimos 15 años. También, SANCINETTI, Marcelo A., *Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial* [*Derecho humanos*], Ed. Lerner, Buenos Aires, 1988, "Apéndice Documental", XIII, ps. 249 y siguientes.

[95] A ello se refiere el texto caótico del art. 1, II y III, de la ley nº 24.946 (*Orgánica del Ministerio Público*) bajo el rótulo de "unidad de actuación".

perior de *reemplazar* al funcionario inferior por otro (*facultad de sustitución*) o de *atraer hacia sí* el asunto (*facultad de devolución*)[96].

La tesis judicialista extrema, al brindar autonomía de gestión e independencia a cada funcionario del ministerio público, a similitud de los jueces, postula tantos "ministerios públicos" como fiscales existen y un reglamento de competencia para ellos, incluso con valor externo. La organización horizontal y no la jerárquica es, en este sistema, por lo tanto, la regla que preside el oficio.

Se argumenta políticamente que esta organización horizontal produce ineficiencia en la persecución penal[97]. Ella impide, por ej.: destinar al mejor elemento de la fiscalía al caso, según su materia específica; desplazar al fiscal que por selección de rutina fue destinado al caso, por otro más idóneo, según la naturaleza y complejidad del asunto; destinar varios fiscales a un único procedimiento cuando, por su complejidad objetiva o subjetiva, o por su naturaleza, resulte conveniente para la persecución penal, sea en el sentido de colaborar con el fiscal originariamente apoderado por un procedimiento rutinario o en el sentido de formar equipos especiales para ciertos casos o delitos[98]. El mero hecho, observable a diario en los tribunales, de que un fiscal compita con varios colegas, abogados de primer nivel, en un procedimiento que incluye a varios imputados, concede razón, en principio, a este argumento[99].

IV. Ni teórica ni legislativamente se ha sostenido la tesis anterior, con todas sus consecuencias. Acaso la práctica ha mostrado, en la rutina cotidiana, una organización burocrática de este tipo, no traducida a reglas jurídicas claras, según se ha anticipado. Pero tanto teóricos como prácticos sostienen, básicamente, los principios antes mencionados: organización monocrática y jerárquica, unidad e indivisibilidad del ministerio público[100]; precisamente estas características del oficio

96 La ley nacional nº 24.946 (*Orgánica del Ministerio Público*), 34 a 36, comprende estos principios, pero con aplicación limitada a la oficina del Procurador General de la Nación.

97 Riusconi, *Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del ministerio público*, cit., ps. 64 y 66; del mismo autor, *División de poderes en el procedimiento penal e investigación a cargo del ministerio público*, en AA.VV., *El ministerio público en el proceso penal*, cit., 2, ps. 100 y siguientes.

98 Tales posibilidades han sido imaginadas por la ley nº 24.946 (Orgánica del Ministerio Público), 33, g, y 36, como facultad del Procurador General de la Nación, jefe del ministerio público federal.

99 Ésta fue la razón de la regla contenida en el art. 111, I, del *Proyecto de Ley Orgánica para la justicia penal y el ministerio público*, Ed. Secretaría de Justicia, Subsecretaría de Asuntos Legislativos, Buenos Aires, s/f., que acompañó al Proyecto CPP Nación 1986.

100 Ver *Proyecto de Ley Orgánica para la justicia penal y el ministerio público* antes cit., arts. 104 y 105.

son las que tornan difícil su asimilación a aquel que conforman los jueces y la necesidad, para explicarlo, de la creación de una nueva categoría, la de funcionario judicial, como género de, al menos, dos especies: la rama jurisdiccional o de los jueces y la de la fiscalía o los fiscales[101].

Sin embargo, cuando esta organización jerárquica y las reglas que son su consecuencia (facultad de instruir, de sustituir y de devolución) quieren compatibilizarse con los principios que caracterizan la función de la fiscalía en el Derecho europeo-continental y, por recepción, entre nosotros, básicamente, con el *principio de legalidad*, que incluye el deber de ajustarse a la verdad histórica que revela el caso, los problemas emergen por doquier. Existe cierta resistencia natural en el par conceptual *legalidad-organización jerárquica* (que implica la facultad de dar instrucciones), de la misma manera que existe cierta afinidad en el par conceptual *legalidad-organización horizontal* (con independencia funcional para quien es titular del poder en el caso). Tal resistencia, o tal afinidad, no es, sin embargo, una consecuencia necesaria –menos aún un consecuente lógico– del principio rector –legalidad–[102], sino, en todo caso, una consecuencia cultural o política de la construcción habitual, que nos reconduce siempre a pensar en la independencia judicial, tanto externa (como poder del Estado) como interna (entre los tribunales, cualquiera que sea su función), como sinónimo de garantía para el caso en el Estado liberal.

Es más sencillo pensar en una organización jerárquica, cuando ella resulta gobernada en gran medida por el *principio de oportunidad*. Sin duda es recomendable que, en una organización en la cual dominen criterios políticos utilitarios (por ej.: como sucede con la administración y la legislación, en general, pero, también, con la persecución penal pública en los EE.UU., en tanto ella es considerada una función de la administración, según se ha visto[103]), o, al menos, en la cual ellos tengan una aplicación práctica parcial (criterios reglados de oportunidad[104]), no todos los funcionarios de una fiscalía posean idéntico poder, sino, por lo contrario, respondan a las órdenes de

[101] Cf. Schmidt, *Staatsanwaltschaft als Justizbehörde*, cit., p. 632.

[102] Cf. Rusconi, *Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del ministerio público*, cit., p. 65.

[103] Cf. Bovino, *La persecución penal pública en el Derecho anglosajón*, cit., V, 1, ps. 54 y siguientes.

[104] Cf. Roxin, Claus, *Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público*, en AA. VV., *El ministerio público en el proceso penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, IV, ps. 48 y siguientes.

quien carga con la responsabilidad política por el funcionamiento del oficio. En ocasiones, tal responsabilidad emerge –para el funcionario superior, a quien se juzga por la eficiencia del servicio– del mandato popular (elecciones) o político[105]; así, esa función, básicamente política, cierra el círculo consecuentemente.

Ciertamente, no es recomendable extraviar el par conceptual *independencia de los jueces-legalidad en la aplicación de la ley*, en homenaje, por ejemplo, a la eficiencia de sus funciones o a otra razón de entidad menor a la garantía de imparcialidad que se quiere resguardar. Aquel par es, sin duda, un punto básico del Estado de Derecho. Pero cuando se trata de resolver adecuadamente no ya la *solución penal*, sino, precisamente, el requerimiento de esa solución que, por definición política *ex ante*, queda en manos de funcionarios estatales –y se sabe de antemano qué existen jueces independientes, encargados de juzgar el caso–, es posible –aun cuando no es necesario– pensar en organizar la persecución penal estatal jerárquicamente, con la mira puesta en su eficiencia y en el resguardo de la legalidad del ejercicio de sus funciones por parte de sus funcionarios[106]. La dificultad consiste, principalmente, en limitar el contenido material de las instrucciones, que no pueden lesionar el mandato legal de aplicar la ley penal sobre la base de la averiguación de la verdad histórica, como parámetro básico de justicia, y, luego, en crear controles idóneos para evitar la desviación del poder de perseguir penalmente.

Sea que se mantenga el origen histórico del ministerio público, que nació dentro de la administración (Poder Ejecutivo), o que se conciba su ingreso al Poder Judicial, como fórmula de resguardo de su independencia externa, no parece posible imaginar el ejercicio de la persecución penal por parte de la fiscalía sin pensar en que su actividad o su inactividad representan totalmente al Estado en esa función, frente a la organización judicial. Y ello es, precisamente, aquello que se quiere significar cuando se menta a los principios de *unidad* e *indivisibilidad* del oficio: el funcionario que obra por el ministerio público vincula a la organización con sus acciones o sus omisiones, cualquiera que sea la organización interna y la infracción que a esas reglas de organi-

[105] Por ej., en este último sentido, Constitución de Córdoba, 171 y siguientes. Cf., además, para el orden jurídico de los EE.UU., la absoluta primacía de la elección popular de los fiscales estaduales: Bovino, *La persecución penal pública en el Derecho anglosajón*, cit., IV, 1, p. 50.

[106] Así lo intenta la nueva Constitución de la Provincia de Córdoba, 171.

zación haya podido cometer ese funcionario[107]. Para el contradictor, esto es, para el imputado y su defensor, ésta es una regla básica que garantiza sus posibilidades de resistir la imputación (defensa) en el procedimiento penal.

Por ejemplo, si el funcionario que representa al ministerio público en el procedimiento omite interponer algún recurso contra una decisión, de su parte la decisión ha quedado firme; si no existe otro acusador o no se admite conjuntamente la acusación privada, o quien la representa, en caso de que la ley procesal lo admita, no ha recurrido, sólo al imputado y a su defensor les compete la facultad de recurrir; si ellos no recurrieron la decisión, ella queda firme, en general, y surte todos sus efectos particulares; si el imputado y su defensor recurren, rige el principio de la prohibición de la *reformatio in peius*[108].

Tales principios, de *unidad* e *indivisibilidad*, condujeron históricamente a la creación del ministerio público como un órgano monocrático del Estado, gobernado por el principio jerárquico entre sus funcionarios y organizado en forma de pirámide, desde su funcionario superior hasta su base extendida, con funcionarios intermedios que dependían de su cúspide y gobiernan ciertos sectores del ministerio público[109]. Incluso, según se dijo, el oficio dependía del poder administrador por su origen histórico, poder del Estado a quien el ministe-

[107] Ley nacional nº 24.946 (Orgánica del Ministerio Público), I, II y III.

[108] Ver, al respecto, esta obra, t. I, § 6, D, 4, *a*, ps. 590 y siguientes. Claro es que, para que este principio adquiera valor material –y no simplemente formal– debería rechazarse la posibilidad de la fiscalía de recurrir en disfavor del acusado; por ello es, también, que se genera discusión en torno de la facultad de *adherirse* al recurso del imputado, que parece autorizar el CPP Nación, 439, genéricamente, también para la fiscalía.

[109] La ley nacional nº 24.946 (*Orgánica del Ministerio Público*) es dubitativa en este aspecto, pues de su articulado se desprende que ha organizado la fiscalía federal piramidalmente sólo desde el punto de vista presupuestario o económico; el mismo poder, aunque con dudas y más que limitaciones, ha atribuido al Procurador General de la Nación, jefe del ministerio público federal, dentro del ámbito de su propia oficina, ampliamente, y de manera muy limitada fuera de ese ámbito; por último, los fiscales generales adjuntos y los fiscales auxiliares (arts. 38 y 42) están organizados verticalmente pero sólo respecto de los funcionarios a los cuales auxilian. Como ya se expresó, algunas cláusulas de los códigos de procedimientos permiten al fiscal del juicio, distinto del fiscal que interviene en la investigación previa del caso, según nuestra organización judicial, ordenar a este último colaborar en el juicio para la defensa de la acusación o mantener él mismo la acusación con la que está en desacuerdo el –"relativo"– fiscal superior jerárquico (cf. CPP Nación, 67). En la ley nacional nº 24.946 la atribución disciplinaria corresponde por completo al Procurador General de la Nación, jefe del ministerio público, y al órgano especial que crea para la remoción de los fiscales de sus cargos (arts. 18 y siguientes).

rio público representaba ante la administración de justicia; específicamente, el ministerio público dependía del ministro de justicia, a quien el funcionario superior del servicio representaba y de quien recibía instrucciones.

El hecho, ya comentado anteriormente, de que la Constitución nacional argentina anterior a la reforma de 1994, por omisión de reglas al respecto –resultante de una exclusión expresa del oficio en la reforma de 1860–, no amparaba la tesis judicial sobre el ministerio público y, por lo contrario, prestaba auxilio a la tesis que ubica al ministerio público como sección del poder administrador, conforme a su origen histórico, determinó la solución del *Proyecto de Ley Orgánica para la justicia penal y el ministerio público* que el Poder Ejecutivo elevó al Congreso de la Nación en 1988, como accesorio a la reforma de la administración de justicia penal. Esa solución, sin embargo, preveía cierta autonomía del ministerio público y cierta garantía de imparcialidad u objetividad en el ejercicio de la función. En principio, el Procurador General, jefe del ministerio público federal, era designado por el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado (art. 81), esto es, de la misma manera que un juez de la Nación, y él intervenía en la designación de los funcionarios inferiores (arts. 85, 87 y 89), previo concurso público (art. 114). El Procurador General podía ser sólo removido de su cargo por el mismo procedimiento constitucional establecido para los jueces, y los demás fiscales perdían su cargo previo procedimiento disciplinario ante un tribunal de disciplina independiente (arts. 122 y siguientes). Empero, la nota más característica del Proyecto citado era, sin duda, la forma original de prever la influencia del Poder Ejecutivo sobre el ministerio público, por instrucciones del Ministro de Justicia, y, en general, sus relaciones con los poderes constitucionales: el Proyecto prohibía las instrucciones del Ministro a cualquiera de los funcionarios inferiores del ministerio público; el Ministro sólo se entendía con el jefe del servicio, el Procurador General de la Nación; este último funcionario, no obstante, podía rechazar, fundadamente, una instrucción del Ministro, general o particular, y, en ese caso, el Poder Ejecutivo, si insistía en el cumplimiento de la instrucción, debía solicitar la aprobación parlamentaria, caso en el cual la instrucción era obligatoria para el Procurador General, quien debía instruir, a su vez, a los funcionarios inferiores encargados de llevarla a cabo (art. 113). Este procedimiento concedía una autonomía relativa al ministerio público, evitaba instrucciones directas del Ministro a funcionarios inferiores de la fiscalía y establecía, para casos de gran importancia pública –únicos en los cuales se esperaba una discrepancia formal– un procedimiento democrático para solucionarla, cuya decisión –parlamentaria–, si resultaba contraria a la opinión del jefe del ministerio público, abría la puerta a su reemplazo político, previa renuncia o desafuero[110].

V. Cuando se concibe al ministerio público como oficio judicial, distinto de los jueces, se persigue evitar, precisamente, su dependencia

110 Riscosi, *Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del ministerio público* cit., ps. 75 y siguientes.

externa del Poder Ejecutivo, y, con ello, excluirlo de las decisiones políticas cotidianas, para asirlo al Poder Judicial, teóricamente más inclinado al respeto por la ley como único parámetro de valoración de su actividad; con ello, no obstante, nada se dice de su organización interna, que, de ordinario, sigue el principio jerárquico[111].

Sin embargo, su inclusión en el Poder Judicial, provoca, a su vez, problemas diversos al peligro de arbitrariedad por desconocimiento del principio de legalidad, pero similares en sus efectos. Si se concede a los jueces el predominio sobre el ministerio público, como sucede, por ej., en Costa Rica, a través de su Corte Suprema (nombra al jefe del ministerio público penal y a su reemplazante natural, los destituye y ejerce la vigilancia y disciplina del servicio[112]), se corre el riesgo de las "instrucciones judiciales", aun encubiertas en forma de parámetros valorativos para juzgar su actuación o su eficiencia. Se suele, por ej., atar la interpretación de la ley por el ministerio público a la jurisprudencia de los tribunales, algo por completo extraño a la función del ministerio público, que tiene también por misión procurar un cambio de sentido respecto de esas decisiones[113].

En la República Argentina, la tesis dominante, incluso por decisión constitucional del Derecho público provincial, que incluye al ministerio público en la función judicial, ha favorecido –según ya observamos– la llamada por nosotros "tesis extrema". Ella organiza a los funcionarios del ministerio público conforme al principio "feudal", que rige también erróneamente para los tribunales, inclusive como oficios adheridos a tribunales específicos, esto es, a los diversos cuerpos jurisdiccionales de decisión dentro de una misma organización judicial. Esta forma de organización favorece, a su vez, la concepción "horizontal" del ministerio público en oficios prácticamente autónomos, cuya distinta jerarquía no se traduce en la unidad y verticalidad del servicio, sino que obedece, antes bien, a una forma puramente burocrática de ordenación de los cargos. Tal forma de organización resulta contraria a la eficiencia general del servicio y a la mejor distribución, conforme a la tarea a cumplir, de los recursos humanos y materiales de que dispone el oficio.

Los inconvenientes de la tesis "judicial", por una parte, y el temor por su dependencia de un Poder Ejecutivo estructurado de modo vigoroso –unipersonal y "fuerte"– en la Constitución política, por la otra, han conducido a otras soluciones. La primera consiste en ubicar institucionalmente al ministerio público como órgano dependiente del Poder Legislativo: tal ubicación, sin embargo, sólo puede afirmarse *de lege ferenda*, pues no conozco legislación alguna que dé pie firme a la te-

[111] Cf. Constitución de Córdoba, 171.

[112] Ley Orgánica del Ministerio Público (n° 7442, actualizada a 1997), arts. 23 y siguientes.

[113] Cf. Roxin, *Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben*, cit., III, p. 387.

sis[114], y, además, no tiene representación genuina en la doctrina jurídica[115]. Sin embargo, cuando se piensa al ministerio público amarrado férreamente al principio de legalidad, la tesis que lo ubica como brazo ejecutor del Poder Legislativo para hacer cumplir la ley penal del Estado no carece de razones y argumentos políticos de peso y, verdaderamente, asombra observar que no genere más adherentes[116].

La segunda solución sitúa al ministerio público penal como un organismo independiente o como un órgano extrapoder del Estado[117]: esto es, al parecer, aquello que ha pretendido la reforma constitucional de 1994, art. 120, de texto bastante confuso (párrafo I), por cierto[118]. Esta solución, en verdad, pretende reemplazar a aquella que sitúa al ministerio público dentro del Poder Judicial del Estado, para eliminar sus posibles desventajas (*dependencia* de otro Poder del Estado, de los jueces o de la Corte Suprema, tendencia a la *horizontalidad* en la organización) y potenciar sus ventajas (*independencia funcional* y *autonomía* del órgano).

Sin embargo, las ventajas citadas son sólo relativas, pues en un Estado de Derecho (República o Monarquía constitucional) resulta difícil, por no decir imposible, imaginar una estructura del poder que no

[114] De manera muy débil puede decirse que la Constitución de El Salvador, art. 192, adopta esta tesis, pues, desde el punto de vista del nombramiento y de la remoción del funcionario superior del ministerio público (Fiscal General de la República) concede esta facultad a la Asamblea Legislativa por una mayoría calificada de los dos tercios de los Diputados electos. Sin embargo, la autonomía funcional que le procura la misma Constitución permite incluir al ministerio público penal salvadoreño en la tesis que procura ubicarlo como un órgano independiente o extrapoder.

[115] Cf. Rusconi, *Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del ministerio público*, cit., ps. 69 y siguiente.

[116] Cf. Roig Bustos, Ladislao, *Por un fiscal del Estado de designación parlamentaria*, en "Jueces para la Democracia", Madrid, 1/1993, ps. 23 y siguientes.

[117] Cf. Rusconi, *Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del ministerio público*, cit., ps. 70 y siguientes.

[118] La misma confusión impera en la Constitución o Estatuto organizativo de la ciudad de Buenos Aires (¿cuál será el nombre correcto?), especialmente en la descripción de sus funciones en el art. 125, pero también en la ubicación institucional procurada por el art. 124. Esta Constitución o Estatuto ubica al ministerio público dentro del Poder Judicial de la Ciudad, pero le concede autonomía funcional y autarquía financiera y avanza, también, sobre cuestiones polémicas: integra a la defensa pública y a la asesoría para incapaces en el ministerio público de la Ciudad, de manera tal que esos oficios son órganos estatales y equivalen a una fiscalía, le concede al ministerio público la dirección de la "policía judicial" y prevé la designación y remoción de sus funcionarios como la de los jueces, según jerarquía, aun cuando limita la inamovilidad del cargo de sus jefes superiores jerárquicos a siete años, con posibilidad de reelección.

torne dependiente, al menos por nombramiento y por facultad de remoción, a un órgano ejecutor del poder estatal, como el ministerio público[119]. Precisamente, cuando se confronta la creación de uno de los llamados *órganos extrapoder* con la teoría de la división de poderes, como lo hace RUSCONI[120], se advierte que esa teoría no sólo consiste en la *división* del poder estatal, sino también, y antes bien, en el sistema de *frenos y contrapesos* entre los poderes establecidos. Tal sistema resulta poco menos que imposible de pensar para incluir en él al ministerio público, como órgano político que detenta un verdadero poder estatal, emanado de la soberanía, dado que él es, básicamente, sólo un ejecutor de ese poder. En todo caso, cuando se observa una estructuración del poder estatal, clásica para la forma republicana de gobierno, como aquella que preside la división de poderes en la Constitución nacional argentina originaria, resulta incluso peligroso políticamente ingresar al ministerio público, sin más, al sistema de *pesos y contrapesos* entre los poderes estatales tradicionales[121].

Precisamente por ello cobra valor la opinión, esbozada al comienzo, de que la Constitución nacional argentina anterior a la reforma de 1994 no permite, por su texto y por la historia de ese texto, en cuanto conforma los poderes del Estado, proclamar la independencia y la autonomía del ministerio público; en todo caso, sin proporcionar argumentos definitivos, ese texto y esa historia incluyen al ministerio público dentro de la administración del Estado federal, del Poder Ejecutivo.

VI. Todo ello sirve para comprender que la solución al caso "ministerio público" no debe ser buscada por el lado de su *ubicación institucional*, en el sentido de adjudicar el órgano a un Poder del Estado, ni depende, en demasía, de esta ubicación, sino que, antes bien, se halla cuando se establece, con precisión, sus relaciones con los poderes del Estado que la Constitución política instituye. Regularmente, sus relaciones con el Poder Judicial –o con los jueces, si se prefiere– son regladas por el CPP mediante las reglas de control sobre la actividad del mi-

[119] Sólo la elección popular de los funcionarios del ministerio público, de su cúspide o de los funcionarios superiores legitimaría el sistema. Cf., para observar la advertencia del texto, la Constitución de la República de El Salvador, 192, que pretende fundar un órgano extrapoder y según la cual la cabeza del ministerio público, su Fiscal General, es designado y removido por la Asamblea Legislativa con una mayoría de dos tercios de sus diputados electos.

[120] *Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del ministerio público*, cit., ps. 70 y siguientes.

[121] RUSCONI, *ibidem*, quien advierte sobre el particular.

nisterio público que él instituye y el poder de decisión de los jueces: un ejemplo de ellas, cuando se concede la investigación preparatoria de la acusación al ministerio público, resultan ser las normas de control que determinan la intervención y autorización de los jueces para toda actividad que tenga directa injerencia sobre las seguridades individuales que la Constitución garantiza a las personas[122]; pero, aunque no se conceda al ministerio público esta tarea inicial, fundamental para el desarrollo del oficio, siempre los tribunales penales operan como autoridades de control del acusador, en tanto, en sus decisiones, admiten o rechazan las peticiones del acusador (la sentencia, condenatoria o absolutoria, es, por ej., la decisión de control sobre la acusación, en tanto autoriza o desautoriza la aplicación de una pena y su ejecución).

Regladas así las relaciones con el Poder Judicial del Estado, mediante la función de control de la tarea específica del ministerio público penal, concedida a los jueces, resta operar, directamente, sobre las relaciones con los poderes eminentemente políticos de la República, el Ejecutivo y el Legislativo. Quien considere que el Ejecutivo debe poder conducir la política de persecución penal del Estado, conforme a los recursos concedidos presupuestariamente, y, en este sentido, influir sobre el ministerio público, a través de la relación ministro de Justicia-jefe o autoridad superior del ministerio público, debe conceder en este esquema, sin embargo, la necesidad de respetar el principio de legalidad, condición que presupone la facultad del jefe del servicio para rechazar fundadamente instrucciones del Ejecutivo. El Poder Legislativo, como autoridad básica de una República, además de reglar mediante la ley penal y la procesal penal la actividad que cumple el ministerio público y los criterios para cumplirla, debe poder laudar aquellos casos de desinteligencia político-jurídica grave entre el Ejecutivo y el ministerio público, cuando el Ejecutivo, por la importancia política de la instrucción, insiste en el planteo: le correspondería al Legislativo acordar razón al ministro o al jefe del servicio.

Ver en *supra* IV la descripción sintética sobre el punto –art. 113: *Relaciones con los otros poderes constitucionales*– del Proyecto de organización del ministerio público que nos tocó desarrollar (1988), proyecto que sigue ese planteo[123].

122 Cf. Bertolino, Pedro J., *El juez de garantías*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000.

123 Una mejor descripción de su regla base en Rusconi, *ibidem* nota 120, p. 336; una crítica del Proyecto sin demasiada imaginación, en Muller, Jorge, *Estructura y funciones del ministerio fiscal*, antes citado.

VII. La compatibilización del principio jerárquico con la exigencia de *legalidad* en la acción del ministerio público constituye una pequeña obra de arquitectura jurídica. El problema básico resulta de enfrentar el deber de obediencia jerárquico, que supone la facultad de instruir al inferior, con la posibilidad de la instrucción ilegítima, cuestión no sólo discutida en materia procesal penal[124]. Aquí, si bien se trata de resolver esta colisión, el problema no consiste tan sólo en decidir un caso individual, sino, por lo contrario, en aclarar, genéricamente, cuál es el ámbito de obligatoriedad de las instrucciones del superior, cuál aquél en el que las instrucciones son ilegítimas y cuáles los mecanismos aptos para decidir internamente sobre la legitimidad de la orden del superior, cuando es reputada ilegítima por el inferior jerárquico. Tales preguntas rigen, en principio, para la facultad de instrucción interna, dentro del ministerio público, como para la misma facultad (externa) ejercitada por el ministro de justicia, cuando se supone que el ministerio público depende jerárquicamente del Poder Ejecutivo.

En principio, la regla básica reza: la facultad de instruir tiene su límite en el principio de legalidad[125]. Conforme a esa sentencia sería tan ilegítima, por ej., una instrucción que procurara la persecución de un inocente, como aquella que instara a dejar de perseguir a un culpable (CP, 71 y 274).

El Proyecto que citamos como ejemplo reconocía el principio de *legalidad*, art. 103, como regla básica que gobierna la tarea del ministerio público, si bien ingresaba también la reglamentación del principio contrario (*oportunidad*: funcionario jerárquico

[124] La cuestión de la "obediencia jerárquica" o del cumplimiento de un deber contenido en una orden vinculante, que resulta ilegítima, ha sido discutida en el Derecho penal de nuestro país: cf., a raíz de los ilícitos habidos en la última dictadura militar, SANCINETTI, *Derechos humanos*, cit., Cap. III, ps. 91 y ss., con bibliografía nacional y extranjera sobre el tema; del mismo autor, *Obediencia debida y Constitución nacional*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1987, ps. 463 y siguientes. No corresponde aquí discutir con el autor, pero me parece al menos revisable el criterio de la justificación del inferior sin relacionarlo, desde un punto de vista general, con la *necesidad*, esto es, con la ponderación de los bienes jurídicos en juego (consecuencia de la desobediencia a la orden y daño a infligir con su cumplimiento). Cf., también, en general, de RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel, *La obediencia jerárquica en el Derecho penal*, Ed. Edeval, Valparaíso (Chile), 1969; del mismo autor, *Incongruencia e inconstitucionalidad de la llamada ley argentina de obediencia debida*, en "Doctrina Penal", cit., 1987, ps. 525 y ss.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros (ALAGIA - SLOKAR), *Derecho penal. Parte general [DP (PG)]*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, § 50, IX, ps. 725 y siguientes.

[125] Cf. ROXIN, *Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben*, cit., II, p. 386; ver también esta obra, t. I, § 8, C, 2, ps. 828 y siguientes.

que decide su aplicación) para aquellos casos en los cuales la reforma proyectada de la ley penal (CP, 71) permitía la aplicación de criterios selectivos, según lo hace hoy el CPP Costa Rica [1996], 22. El reconocimiento de la regla de *legalidad* no impidió, en el Proyecto, el ingreso de los principios universalmente reconocidos para la caracterización y organización del ministerio público. El Proyecto decidía la *subordinación jerárquica* de los funcionarios del oficio y el deber de obediencia (arts. 105 y 107), y establecía la forma mediante la cual los distintos funcionarios se vinculaban jerárquicamente (*instrucciones generales* o *particulares*: arts. 106 y siguientes). Él previó, también, la *facultad de sustitución* y la *de devolución* (art. 111). Más allá de ello, el Proyecto precisaba la regla: "El ministerio público es *único e indivisible*: cada uno de sus funcionarios, cuando actúa en un procedimiento, lo representa íntegramente" (art. 104).

A la regla que limita la posibilidad de instruir al funcionario inferior sobre la base del principio de legalidad, cabe agregar aquella que se desprende del aforismo francés: *"si la plume est serve, la parole est libre"*, consecuencia del principio de inmediación, según el cual sólo quienes intervinieron realmente en el debate oral y público pueden concluir a su finalización en los requerimientos para la sentencia –en los llamados "informes finales"–, sobre la base del material incorporado a él[126]. Conforme a esa regla, el superior jerárquico no podría dar instrucciones al inferior, si no estuvo presente en el debate; el fiscal que asiste al debate es el único autorizado a concluir.

A pesar de que *el Anteproyecto de Ley Orgánica para la justicia penal y el ministerio público* ("Doctrina Penal", Cuadernos, nº 2, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988) partió de esta base (art. 113, II) y, conforme a ella, negó el *deber de obediencia* y las propias instrucciones de un fiscal extraño al debate ("... el fiscal que asista a ellos actuará y concluirá según su criterio..."), permitió la vigencia de las "instrucciones generales relativas a la interpretación de la ley" y el deber de observancia correlativo; para la regla es claro que "si algún superior jerárquico desea conducir el debate según su propio criterio, asistirá a él". La regla, así redactada, se mantuvo en el *Proyecto de Ley Orgánica para la justicia penal y el ministerio público* (Secretaría de Justicia, Subsecretaría de Asuntos Legislativos, Buenos Aires, s/año), presentado ante el Congreso de la Nación para su sanción –que nunca se obtuvo–, art. 107, II. Recuerdo que la vigencia de las instrucciones generales relativas a la interpretación de la ley fue el resultado de un compromiso entre los redactores y las autoridades políticas, pues no existía en el texto originario, sujeto a revisión. Algunos entendieron, incluso, que sólo era correcto privar del deber de obediencia a las instrucciones que, sobre la valoración de la prueba según el método de la libre convicción, daba un fiscal superior, ausente en el debate total o parcialmente, pero que, sin embargo, cualquier instrucción, general o particular, sobre la interpretación de reglas jurídicas era posible. De frente a la dificultad de separar, en el

126 Ver esta obra, t. I, § 6, F, 3, I, p. 657, y IV, p. 660.

caso concreto, las instrucciones relativas a la interpretación de la ley, de aquellas que están referidas sólo a la valoración de la prueba por el método de la sana crítica, sin contar con que existen reglas legales de prueba y que hasta aquello que significa sana crítica puede ser definido legalmente, resulta preferible conservar como regla la inadmisibilidad de las instrucciones en el caso: el funcionario superior que desea conducir el debate a su modo, debe asistir a él (ejercicio de la *facultad de devolución*).

Con las reglas anteriores, no obstante, no finalizan los problemas. Se ha afirmado que las *instrucciones tácticas* o aquellas que parten de un *ámbito de poder discrecional*, generales o particulares, son siempre vinculantes para el funcionario inferior[127]. Ello sucede, básicamente, cuando la ley acepta, precisamente, el principio opuesto contradictorio a aquél del cual partimos, total o parcialmente: la *oportunidad* de la persecución penal. Si, como se ha propuesto entre nosotros, debe todavía imperar el *principio de legalidad* y aceptarse sólo por excepción ciertos criterios (casos genéricos) reglados de *oportunidad*, el ámbito propio de las instrucciones y del deber de obediencia del inferior jerárquico, según una facultad de ejercicio discrecional, está representado, paradigmáticamente, por este ejemplo.

Sin embargo, no resulta sencillo diferenciar, en ciertos casos, aquello que sólo significa una instrucción táctica u ordenada dentro del ámbito de un poder discrecional, de aquellas que pueden incidir en la observancia o inobservancia del principio de legalidad. La instrucción general que, por ejemplo, ordena ciertos parámetros para determinar la pena a requerir, puede, si no observa como fundamento las reglas que el CP contiene para medir la pena, resultar contraria al principio de legalidad. La instrucción táctica, general o particular, que resuelve prescindir de ciertos medios de prueba durante la instrucción o durante el debate, incluso bajo el amparo de un argumento plausible –evitar dilaciones en el procedimiento–, puede, en ocasiones, lesionar el deber de averiguar la verdad, tanto a favor de la imputación como en contra de ella[128]. Los mismos criterios de *oportunidad* pueden ser discutidos desde el punto de vista de su alcance jurídico: si, por ejemplo, un caso concreto ingresa dentro de uno de los criterios generales de oportunidad, tal que la ley permita prescindir de la persecución penal por decisión valorativa, o, por lo contrario, es extraño a él y, por lo tanto, el funcionario no posee esa facultad.

127 ROXIN, *Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben*, cit., p. 386; SCHMIDT, *Rechtsstellung der Staatsanwälte*, cit., ps. 282 y siguiente.

128 Recuérdese el deber de *objetividad*: CPP Nación, 193, 1°; CPP Córdoba, 302 y 303, 1°; CPP Costa Rica [1996], 63, 180 y 274.

Es por ello que, antes de clasificar las instrucciones según un sistema analítico dudoso, conviene prever, en la ley de organización, una forma aceptable y trasparente de resolver el conflicto que se presenta frente a una instrucción superior cuestionada por el inferior por ser contraria al principio de legalidad: el debate argumental interno y cierta apertura del conflicto resulta recomendable.

Así resolvía el problema el Proyecto varias veces citado (art. 108): el inferior podía oponerse a cumplir una instrucción sólo por razones de legalidad, por informe fundado (*objeción*); si el superior insistía en su cumplimiento, la instrucción y la objeción eran giradas al superior jerárquico inmediato en el servicio, quien decidía; para ello, tenía la atribución de citar a una reunión o junta de fiscales bajo su dirección y hasta de pedir un dictamen sobre el problema a una oficina técnica del servicio (cuya atribución principal, no era, sin embargo, la realización de estos dictámenes, sino, antes bien, el asesoramiento jurídico en casos complejos); el Procurador General decidía previo dictamen del Consejo Fiscal. Cuando una instrucción se refería a la realización de un acto urgente, sujeto a plazo, que no posibilitaba el procedimiento de revisión, el funcionario que la objetaba la cumplía sólo como gestor de su superior, sin perjuicio de instar posteriormente el procedimiento de revisión; cuando la instrucción consistía en la omisión de un acto, quien la objetaba obraba bajo su exclusiva responsabilidad, sin perjuicio del desistimiento posterior (art. 109). Quedaba todavía, para el superior que insistía en la instrucción, la posibilidad de operar la *facultad de sustitución* o la *facultad de devolución* (art. 111), para que otro fiscal cumpliera la instrucción o para obrar él mismo, conforme a su propia determinación. Esta forma de resolver el conflicto no es la única posible. Existen, por supuesto, formas más horizontales de resolverlo. Sólo se pensó en una fórmula que equilibrara la necesidad de debate interno con el principio jerárquico. Por lo demás, ya se hizo alusión a la discrepancia –no sólo por razones de legalidad– entre la instrucción del ministro de Justicia y la opinión del jefe del servicio.

Más sencillo es resolver la cuestión planteada, cuando la ley general –de procedimiento o de organización– apodera a un funcionario del servicio, en el caso, para efectuar la decisión vinculante y traduce el efecto obligatorio de su decisión.

Así sucedía, por ej., en el antiguo CPCrim. Nación, 460, II, y 461 –y todavía en algunos códigos provinciales–, cuando el fiscal superior inmediato de aquel que había requerido el sobreseimiento, en lugar de acusar, era requerido por el juez, disconforme con esa decisión, y ordenaba interponer la acusación; para el fiscal que reemplazaba al inferior, por razones de eficiencia del servicio, la acusación, con los fundamentos del fiscal superior, era obligatoria.

También la aplicación de criterios de oportunidad tenía, en el *Proyecto de organización de la justicia nacional y del ministerio público*, 103, III, la misma solución, pues, en principio, sólo el Procurador General o el Fiscal General del área podían autorizar la aplicación de uno de esos criterios para evitar la persecución penal, por instrucción general o particular.

VIII. Sin embargo, una regulación correcta y efectiva de la operatividad del principio de legalidad para el ministerio público consiste, y

no en última instancia, en el control judicial que los tribunales llevan a cabo sobre sus requerimientos. Ese control obliga a los funcionarios del ministerio público, en casi todos los casos, a provocar requerimientos legítimos, fundados en argumentos jurídicos y no tan sólo en explicaciones utilitarias –o en ninguna explicación–, para aspirar al éxito que, sin duda, procuran sus dictámenes e intervenciones en el procedimiento. Esta afirmación, que, al menos en principio, suena como tautológica, si se observa en general la tarea y función de jueces y fiscales, no lo es en esa medida cuando expresamos soluciones concretas de la ley para casos particulares del procedimiento.

La aplicación de criterios de oportunidad o instituciones afines (prescindencia de la persecución penal pública para ciertos delitos, por no existir un interés público comprometido, si no existe instancia de la víctima o de sus sustitutos, CP, 72, 2°; suspensión de la persecución penal a prueba o condicionalmente, CP, 76 *bis* y *ter*; prescindencia de la pena en casos en que ella, aun merecida, no resulta necesaria, ley 22.278, 4, III, y CP, 44, IV; y otras realidades jurídicas que no existen hoy en nuestra ley penal pero que, sin duda, sobrevendrán en el futuro) puede depender solamente de la opinión del ministerio público o puede, según mejor criterio, necesitarse no sólo la opinión favorable del ministerio público, sino, también, la aquiescencia del tribunal competente, esto es, la opinión favorable a la aplicación de esa solución de dos autoridades públicas, aquella que requiere y aquella que controla esos requerimientos; una de esas autoridades, los tribunales, resulta indiscutiblemente gobernada por criterios de imparcialidad –exclusión de elementos utilitarios coyunturales, que no provengan de la propia ley, aplicada al caso– y por su posición de independencia absoluta frente a los poderes del Estado, al decidir el caso.

Así procede, ordinariamente, la ley argentina, casi sin habérselo propuesto, por influencia decisiva del destinatario natural de las soluciones que acepta la ley penal: desde la histórica condenación condicional (CP, 26 y 27) y la prescindencia de pena, en las escasas oportunidades en que nuestra ley penal admite esta solución (CP, 44, IV [ver, además, ley 23.771, 14; hoy reformada ley 24.769, art. 16], y ley 22.278, 4, III), hasta la moderna suspensión del procedimiento (CP, 76 *bis* y *ter*, y CPP Nación, 293), siempre decide el tribunal, inclusive sin necesidad de un requerimiento específico del ministerio público. Tanto es así que, cuando la ley penal se refiere a la falta del interés público, como modo de autorizar que no se persiga penalmente de oficio (sólo por instancia privada, CP, 72, 2°), nadie ha tolerado que sea sólo el ministerio público, con sus criterios propios, quien exprese este interés, con su voluntad de perseguir o de no perseguir (criterio correcto a mi juicio), sino que los tribunales se han inmiscuido en la definición del "interés público", al admitir o rechazar el archivo del procedimiento por esta causa, propuesto por el ministerio público (solución incorrecta, a mi juicio): se trata de un criterio de oportunidad puro, sometido a la condición de que la víctima o su sustituto no inste la persecución penal, que sólo puede definirse en términos políticos actuales (por ej.: si las reglas de tránsito, por falta de persecución de las infracciones, son violadas sistemáticamente por todos o por ciertos conductores, es racional perseguir hechos punibles culposos para lograr efectos preventivos generales) y, en consecuencia, sólo por el titular de la acción penal pública (CPP Nación, 5).

Empero, existen casos límite, sobre todo al regular el comienzo de la acción penal pública, cuando se enfrentan la máxima que impide al tribunal proceder de oficio (*nemo iudex sine actore* o *ne procedat iudex ex officio*) y el control judicial de los requerimientos del ministerio público. La solución tradicional, entre nosotros, disponía que la opinión del ministerio público prevalecía por sobre la del tribunal[129], cuando se trataba de resolver el dilema acerca de acusar, para requerir el juicio público, o sobreseer: la opinión contraria del juez, que no aceptaba sobreseer, según el requerimiento, provocaba el control por la línea jerárquica del ministerio público; si el superior jerárquico de quien había dictaminado coincidía con la opinión que expresaba el dictamen de su inferior, en el sentido de sobreseer al imputado, esa solución era impuesta al tribunal, que sólo estaba facultado para sobreseer; en caso contrario, cuando el fiscal superior, como el juez, opinaba a favor de la apertura del juicio público, se procedía a acusar conforme a la opinión y a los fundamentos del superior jerárquico. De manera análoga se resolvía el conflicto en el momento de la apertura de la instrucción jurisdiccional obligatoria[130]. Hoy la solución del caso varió radicalmente su sentido, en el nuevo CPP Nación, 348, II: los tribunales imponen su criterio, a favor de la acusación y de la realización del juicio, al ministerio público.

Como consecuencia de esta decisión legislativa, el tribunal de Casación federal ha resuelto, por analogía, el mismo conflicto en el momento de la apertura de la instrucción jurisdiccional, entre el pedido de *desestimación* de la *notitia criminis*, solicitado por la fiscalía, que, como es obvio, no requiere la apertura de una instrucción jurisdiccional[131], y la opinión contraria del juez de instrucción que considera al caso idóneo para provocarla[132]. La solución no es indiscutible. En primer lugar, ella depende de

[129] CPCrim. Nación [1889], 460, 461 y 577; CPP Córdoba [1970], 364; CPP Mendoza, 371; CPP Salta, 367; CPP La Rioja, 382; CPP Catamarca, 316; CPP Santiago del Estero, 249; CPP Chaco, 336; CPP Entre Ríos, 357; CPP Corrientes, 363; CPP Córdoba [1991], 359; CPP Tucumán, 359; CPP Costa Rica [1996], 302.

[130] CPP Córdoba, 319, II; CPP Mendoza, 186; CPP Salta, 185; CPP Catamarca, 157; CPP Chaco, 174; CPP Entre Ríos, 183; CPP Corrientes, 183 y 184; CPP Tucumán, 319, II; CPP Costa Rica [1996], 302.

[131] CPP Nación, 180 y ss., y 188.

[132] Cf. CNCP, Sala II, "Avila, Blanca Noemí s/recurso de casación e inconstitucionalidad", causa nº 7, resuelta el 2/7/1993; en contra, D'Albora, *CPP Nación anotado, comentado, concordado [CPP Nación anotado]* (4ª ed.), Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, ver art. 180, p. 183; Introducción Cap. II, p. 185; art. 188, p. 194; art. 194, p. 199, y art. 195, p. 200;

afirmar una *laguna legislativa*, pues la ley no indica solución alguna para el caso, razón por la cual se propone la vigencia de la solución que apela a la analogía de situaciones con aquella que es propia de la conclusión de la instrucción. En segundo lugar, con el mismo fundamento y la misma capacidad de generar convicción mediante el argumento, se sostiene que la decisión debió ser la opuesta contradictoria: sin requerimiento fiscal no existe la posibilidad de intervención jurisdiccional válida, criterio que respeta en forma absoluta la regla de que los jueces no proceden de oficio, sino a requerimiento del acusador, para asegurar su *imparcialidad*, solución que sólo traduce debilidad en el hecho, citado por la opinión anterior, de que la ley, en un caso similar, se pronuncia, precisamente, en el sentido contrario. En verdad, si fuera cierto que existe una laguna legislativa, ambas soluciones son posibles y no es posible encontrar un argumento definitorio que permita afirmar que una es verdadera y la otra falsa. La nueva ley procesal, según yo lo observo, adolece –lamentablemente no sólo en este sitio– de contradicciones y falta de claridad: ha sumado nuevas soluciones a la copia de una legislación hoy discutible políticamente, pero muy bien pensada sistemáticamente por juristas idóneos en la materia. El modelo general fue el CPP Córdoba (1939), cuyas regla al respecto conducía a otra solución: el fiscal de grado superior decidía los desacuerdos entre la fiscalía y el juzgado de instrucción durante el procedimiento preliminar[133]. Con esta solución legislativa dicho modelo, cuyo sistema general de investigación preliminar no permitía la investigación realizada por el ministerio público, sino por excepción –casi idéntico al CPP Nación y sistema aún más general de su Proyecto–, pretendía impedir que los jueces procedieran *ex officio*. El CPP Nación toma el modelo general, pero lo transforma irracionalmente[134], pues no sólo parece pronunciarse por la necesidad de que los jueces de instrucción procedan de oficio, sino que, además, pone en manos de un tribunal, en definitiva, la decisión acerca de si el caso provoca la acusación y el juicio público respectivo, decisión vinculante para la fiscalía[135] y, por tanto, opuesta contradictoria a la de su modelo que, por lo demás, seguía la tradición argentina, incluso anterior a él. Es por ello que, en tercer lugar, también se puede sostener, con argumentos aún más vigorosos desde el punto de vista sistemático[136], que no existe laguna ni conflicto algunos, pues, según la ley, el juez de instrucción resuelve la petición de desestimación del fiscal en sentido opuesto, dando curso a la instrucción, toda vez que puede y debe, en ese caso, proceder de oficio: él es, en verdad, quien controla la legalidad del requerimiento del ministerio público. Empero, a través de esa actividad que le confía la ley, se transforma en el verdadero titular inicial de la acción penal pública

y Bovino, Alberto, *El control del pedido de desestimación del fiscal*, inédito. Sobre el punto, también, Álvarez, Alejandro E., *El principio acusatorio: garantía de imparcialidad*, en "Nueva Doctrina Penal", cit., 1996/B, ps. 422 y siguiente. El punto, con centro en el art. 348 del CPP Nación, ha dado lugar a un intenso debate académico que se ve reflejado en la bibliografía citada en nota 33 de este parágrafo, p. 303 y siguiente.

133 Arts. 186 y 187 –remisión al art. 307, relativo al momento de la conclusión del procedimiento preparatorio–.

134 Como puede observarse en la simple lectura de los arts. 194, 195 y 180.

135 CPP Nación, 348.

136 Ver, también, CPP Nación, 196 y 188.

(como también se puede predicar del tribunal de apelaciones, en el caso del sobreseimiento y la acusación), talón de Aquiles de este razonamiento por la contradicción evidente con la regla que confiere el ejercicio de la acción penal a la fiscalía[137]. El resultado de la mixtura de fuentes legales y opiniones propias no puede ser más desolador: se debió pensar en que cada solución no compartida del modelo copiado, necesariamente comprometía a la ley en su conjunto, de manera tal que era imprescindible armarla de nuevo para que expresara un sistema –al menos– sin demasiadas contradicciones.

Frente al caso resulta necesario, para resolverlo legislativamente, tomar conciencia del conflicto entre la regla que impone el control jurisdiccional de la aplicación del principio de legalidad por parte de la fiscalía y la máxima que impide a los tribunales obrar de oficio, en homenaje a su imparcialidad. Sólo si se puede afirmar que alguna de ellas tiene jerarquía superior a la otra, por tanto, si deriva de alguna regla constitucional, es posible resolver el conflicto *de lege lata*. Si ello no es así, porque ambos principios de actuación mantienen, al menos en este momento inicial, una vinculación muy lejana con garantías individuales o disposiciones de la Constitución, cualquier solución política es viable –lícita– para el legislador común: sólo se traduce en una cuestión de preferencia. En este último sentido, hoy parece preferirse el respeto por la intervención provocada de los jueces –esto es, el resguardo de la *imparcialidad* judicial– al control de legalidad judicial, llevado a un extremo[138]. Empero, para la legislación, la doctrina y la jurisprudencia comparadas, la prohibición para los jueces de obrar de oficio sólo resulta de gran importancia en el momento de provocar el juicio penal, esto es, en el momento de lograr la acusación, y basta para respetarla el hecho de que ninguno de los integrantes del tribunal que juzgará se haya pronunciado sobre la imputación antes de la sentencia, en el desarrollo de cualquier labor: sólo así, con el cumplimiento de esta exigencia, se predica que esos jueces están en condiciones óptimas de cumplir su función de juzgar de manera *imparcial*[139].

[137] Establecida en el CPP Nación, 5.

[138] Así lo indica la bibliografía citada en la nota 33 de este parágrafo, p. 303 y siguiente.

[139] Cf. ÁLVAREZ, *El principio acusatorio: garantía de imparcialidad*, cit., ps. 413 y ss. Ha preocupado fundamentalmente a la doctrina y a la jurisprudencia la necesidad de garantizar la integración del tribunal de juicio con uno o varios *jueces imparciales*. Se ha derivado de esa garantía, incluso sin regla expresa, según sucede en la Constitución española, el derecho del imputado de excluir a los jueces sobre los cuales pesa el *temor de parcialidad*. Este último concepto no se confunde con la exigencia personal sobre la *honorabilidad* (rectitud personal) del juez, que se supone siempre existente tanto para adquirir como para conservar el cargo, según acostumbran a reaccionar los jueces argentinos a quienes, a menudo, el ejercicio de este derecho por recusación los exaspera, pues ellos mismos se colocan, injustamente, en calidad de imputados, y terminan, en consecuencia y absurdamente, por rechazar el derecho del justiciable, de historia bicentenaria en la época moderna. Por lo contrario, uno de los mayores logros de la jurisprudencia europea ha sido aclarar el equívoco: tan probo puede ser un juez afectado por una causa de recusación como aquel que no está afectado por ella, y viceversa; el problema no es, precisamente, ése, sino evitar que, a los ojos del justiciable y del público en general, que no conocen a sus jueces personalmente o no tienen razones para confiar en ellos, los juzgadores no aparezcan teñidos de una pátina de parcialidad eventual, según sus relaciones personales con los protagonistas del caso u objetivas con el caso

IX. Pero el control judicial sobre la legalidad de la persecución penal y los dictámenes del ministerio público no puede llegar tan lejos que pretenda operar *ex ante*. Ello sucederá si se pretende imponer al ministerio público los criterios jurisprudenciales utilizados por la judicatura, por vía directa o indirecta. He allí otra de las influencias perniciosas posibles, de suponerse al ministerio público incluido en el poder judicial y bajo la supervisión directa de los jueces. Fundamentalmente, me refiero –entre nosotros, en el orden federal– al caso de la llamada "jurisprudencia obligatoria", emanada de los "fallos plenarios", encarados de oficio o a través del llamado "recurso de inaplicabilidad de ley", instrumento lamentablemente conservado al ser modificada la legislación vigente en materia procesal penal (ley nº 24.050, 10, *b* y *c*, y 11), que, aun por vía indirecta, a través de la obligación de los jueces de acatar la doctrina de esas decisiones, se impone a los fiscales. Entran también en consideración otros mecanismos, igualmente autoritarios, propios de una organización judicial verticalizada, comunes en países hispanoamericanos, como, por ejemplo, la llamada *consulta*, que implica la necesidad de que los tribunales superiores re-

mismo. Dentro de los motivos que provocan el temor de parcialidad ha cobrado importancia desde antaño, como regla propia del Estado de Derecho, la necesidad de que los jueces que oirán el debate y juzgarán, conforme a los elementos de prueba a él incorporados, no se hayan ocupado antes del caso, en papel alguno posible (investigador, fiscal, defensor o, incluso, juez), pues se trata de evitar, al menos, los prejuicios inconscientes surgidos del tratamiento o conocimiento del caso mismo. Cf. la sentencia del Tribunal Constitucional de España, nº 145, del 12/7/1988 y las sentencias precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en los casos "Piersack" del 1/10/1982, "de Cubber" del 26/10/1984, con confirmación posterior en "Hauschildt" del 24/5/1989 y "Jón Kristinsson" del 1/3/1990; de ellos, quizás el más extremo es "Piersack", en el cual se descalifica la decisión del juzgamiento porque el presidente del tribunal de juicio había pertenecido a la fiscalía territorial que cumplió la actividad preparatoria, aunque sin intervenir nunca en ella. Ver, además, esta obra, t. I, § 7, B, ps. 739 y ss.; cf., además, Bovino, Alberto, *Imparcialidad de los jueces y causales de recusación no escritas en el nuevo CPP Nación*, en "La Ley", Buenos Aires, 22/12/1993, ps. 3 y ss.; Fernández Entralgo (uno de los dos jueces que promovió, por propia iniciativa, la cuestión constitucional), *La posible inconstitucionalidad de la acumulación de las funciones de instrucción y fallo en un mismo órgano jurisdiccional*, en "Jueces para la Democracia", Madrid, 2/1987, ps. 19 y siguientes. Un derecho tan sencillo, acotado e histórico, tan difícil de comprender por la magistratura argentina (nosotros mismos, en nuestra actividad profesional, hemos fracasado en dos recusaciones por esta causa, frente a decisiones judiciales sin fundamento y reñidas con la historia) y por alguno de sus teóricos, es moneda corriente en nuestro mismo ámbito cultural de referencia. Todo ello magistralmente tratado actualmente por Sancinetti, Marcelo A., *La violación a la garantía de imparcialidad del tribunal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, con cita de toda la bibliografía nacional al respecto.

visen los fallos de los tribunales inferiores, aun sin recurso del interesado (*exequatur* sobre decisiones judiciales nacionales). Precisamente, una de las funciones principales del ministerio público consiste en el intento de hacer prevalecer sus propios criterios de aplicación de la ley, cuando considera inaceptables aquellos empleados por los jueces, cualquiera que sea la categoría de los tribunales que decidieron[140].

X. Desde luego que todo lo expuesto acerca de la ubicación institucional y de las bases reguladoras de la organización del ministerio público penal –la fiscalía– tiene sólo su razón de ser, según ya lo advertimos, supuesta la vigencia del *principio de legalidad* y la regla de *objetividad*, que rigen su función en nuestro sistema. Suprimidas estas máximas, según sucede, aun parcialmente, en la organización anglosajona del acusador público, la visión de conjunto es otra[141]. La ausencia del principio de legalidad abre paso a la *oportunidad*, como principio rector, de manera que la máxima *ne procedat iudex ex officio* o *nemo iudex sine actore* se comprende naturalmente, por sí misma: ningún juez puede cumplir la función que le es propia sin excitación de un acusador privado o estatal. Por lo demás, el procedimiento penal, a pesar de la existencia de un órgano estatal persecutor, incluyendo a la policía, tiene más semejanza con el modelo acusatorio y los tribunales pierden protagonismo en ciertas tareas impropias, que le son concedidas por nuestras reglas procesales, ajenas a la decisión del caso en sí misma. El debate público y oral, ante un jurado de jueces accidentales –no profesionales–, es, por principio regulador –aun cuando se pueda evitar por diversos compromisos entre acusador y acusa-

[140] Cf. ROXIN, *Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben*, cit., III, p. 387. Sobre el problema de la llamada "jurisprudencia obligatoria" en nuestro país, cf. ARCE, Enrique y DÍAZ CANTÓN, Fernando, *Obligatoriedad de los Fallos plenarios. Su inconstitucionalidad*, en "Nueva Doctrina Penal", cit., 1996/A, ps. 189 y siguientes.

[141] Una visión simplificada del procedimiento y de la posición que en él ocupan el tribunal, el ministerio público y la defensa, a la vez comparada con nuestro sistema y crítica, puede leerse en CARRIÓ, Alejandro, *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1990, cap. III, ps. 43 y ss.; BOVINO, Alberto, *La persecución penal pública en el Derecho anglosajón*, cit., ps. 35 y ss.; del mismo autor, *Ingeniería de la verdad*, cit., ps. 13 y ss.; HENDLER, Edmundo S., *Derecho penal y procesal penal de los EE.UU.*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, Cap. 11, I, ps. 159 y siguientes. También se puede extraer conclusiones del excelente estudio, dirigido por Edmundo S. HENDLER, sobre *Sistemas procesales penales comparados*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, en especial, ps. 447 y siguientes.

do sobre el rito o sobre la decisión–, la base del procedimiento penal; por lo demás, el mismo procedimiento, si existe necesidad de anticipar ciertas decisiones, se desarrolla por audiencias, después de las cuales la integración requerida del cuerpo de decisión dicta la resolución respectiva; la preparación de la acusación es responsabilidad y tarea que le corresponde al acusador, y a sus agentes, en el caso de la persecución penal pública. Verdaderas instituciones –entre nosotros– como el juez de instrucción y su tarea, documentar minuciosamente en actas el resultado de la investigación que él, o eventualmente la fiscalía, cumplen, el avocamiento de oficio de los jueces a la instrucción del caso o la producción de oficio de prueba por parte de los jueces que intervienen, incluidos en esta afirmación los jueces del debate, las actas y su valor, y su incorporación al debate por lectura, y hasta la misma diferencia entre pares conceptuales tales como *legalidad-oportunidad*, son desconocidas para ese sistema[142]. De allí a la afirmación de que la persecución penal pública representa una función adjudicada a la administración o al Poder Ejecutivo, según ya lo hemos visto al comienzo de este punto, no existe espacio alguno[143].

Tampoco el deber de *objetividad* en el cumplimiento de la tarea que le es propia a la fiscalía se traduce en obligaciones de la misma naturaleza y carácter para quien persigue penalmente. El fiscal estadounidense sólo está obligado a observar reglas de lealtad para con la defensa, por ejemplo: llevar a conocimiento de la defensa aquellos elementos de prueba que él no utilizará en la defensa de su acusación, pero que han aparecido en el curso de la investigación y pueden representar alguna utilidad para resistir la imputación. La defensa es la encargada de valorar si esos medios de prueba resultan verdaderamente útiles a la estrategia defensiva y, en ese caso, de incorporarlos al debate. El incumplimiento de este deber –que no implica una facultad (¿o deber?) de obrar directamente, ni de recurrir las decisiones judiciales a favor del imputado, como sucede en nuestro sistema, sino, antes bien,

[142] Visión de conjunto más ideológica en CARRIÓ, *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los EE.UU.*, cit., y más descriptiva en HENDLER, Edmundo S., *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*, Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires, 1996, ps. 159 y siguientes.

[143] Visión comparativa con todas las consecuencias aquí citadas, en BOVINO, *La persecución penal pública en el Derecho anglosajón*, cit., ps. 50 y siguientes, en especial, VI, ps. 71 y siguientes.

un deber de lealtad y buena fe con el adversario en el litigio (*fair play*)–, puede generar, si es denunciado en un recurso, la descalificación de la sentencia condenatoria, defecto grave, pues puede producir la anulación de la condena y del juicio, y provocar, eventualmente –si la defensa lo requiere mediante un recurso (*appeal*)–, un nuevo juicio ante un nuevo jurado[144].

Todavía más ajeno a estos principios resulta un sistema como el inglés, que parte, tradicionalmente, de supuestos tales como radicar el derecho de acusar, por principio, en el ciudadano o la propia víctima, y que no posee, por lo tanto, una organización de fiscalías, esto es, un ministerio público estatal –en el sentido de pertenencia al Estado central–, organizado de manera monocrática, para un territorio vasto –el territorio del Estado o de un Estado federado, en el caso de las federaciones o confederaciones–, según, en principio, lo concebimos nosotros[145].

XI. El discurso libre acerca de los modelos de ministerio público como persecutor penal estatal y de las máximas que guían su organización y función, en el sistema federal argentino, ha sufrido un abrupto cambio de sentido con la reforma constitucional de 1994. El art. 120, CN, introducido por esa reforma, ha creado, según toda apariencia, un *órgano extrapoder*, que la regla define como *independiente* –se sobreentiende: en relación a los poderes del Estado establecidos primariamente por la propia Constitución–, *con autonomía funcional y autarquía financiera*. Sus funcionarios se aproximan a aquellos que cumplen tareas directamente encomendadas por la Constitución, especialmente a los jueces, pues "gozan de *inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones*" (no aparece, claramente, la estabilidad y permanen-

144 BOVINO, *Ingeniería de la verdad*, cit., p. 14, con cita de jurisprudencia estadounidense.

145 Cf. HUBER, Bárbara, *England und Wales*, en AA.VV., *Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörde im ausländischen Recht*, cit., ps. 545 y siguientes. Sin embargo, la información de BOVINO, *La persecución penal pública en el Derecho anglosajón*, cit., II, 3, p. 45 (cf. esta monografía, puntos II, 2 y 3, ps. 39 y ss. para un resumen del sistema inglés de persecución penal, histórico y actual, con bibliografía especial), revela que la *Prosecution of Offences Act*, de 1985, es la primera decisión clara, en Inglaterra, a favor de un procedimiento penal *ex officio* y, por tanto, hacia la creación de un oficio de alguna manera comparable al ministerio público o a la fiscalía (Servicio de persecución penal de la Corona, a cargo del *Director of public prosecutions*).

cia en el cargo, mientras dure su buena conducta, ni un procedimiento especial de remoción). Por lo demás, resultan incluidos en su seno no solamente los fiscales en materia penal y en las demás zonas jurídicas, sino, también, el sistema de defensa pública (párrafo II[146]), salvo que bajo el nombre de *defensor general de la Nación* se comprenda únicamente la defensa y procuración de los intereses del Estado demandados en juicio[147], algo que, por cierto, no ha ocurrido.

La ley nº 24.946, de *Organización e integración del Ministerio Público*, interpreta estos principios. *Hacia afuera*, esto es, externamente, fija el principio de *unidad de actuación* (art. 1, II y III), que no es otro que aquel que, universalmente, proclama la *unidad e indivisibilidad* del oficio, en el sentido de que el funcionario que obra por él en un procedimiento lo representa íntegramente a todos sus efectos, cualquiera que sea su acción u omisión, su acierto o su yerro. Caso: si un fiscal omite recurrir una sentencia, ella queda firme a su respecto y resulta aplicable, sin duda alguna, la prohibición de la *reformatio in peius*, regla propia de los recursos (CPP Nación, 445, III).

Si bien la ley reafirma su *independencia externa* (art. 1, II), ella es muy confusa respecto del alcance de su *dependencia* o *independencia interna*. En el aspecto que se refiere a la independencia externa se debe contabilizar a la *estabilidad* en el cargo y a las *inmunidades* o *privilegios*, relativamente similares a aquellos de los que gozan los jueces (arts. 13 y 14, I). En lo referente a la independencia interna, se trata de una *organización jerárquica* (art. 1, IV), pero ese principio sólo parece fundar el poder disciplinario de control sobre funcionarios inferiores, y tan sólo de algunos miembros del ministerio público (arts. 33, II, *m*, y 37, *j*). Por lo demás, las facultades de *delegación*, de *sustitución* y de *devolución*, más la de dirigir *instrucciones generales*, se concentran en el Procurador General de la Nación (arts. 33, II, *d*, *f*, *g*, *ll*; 35, *b* y *c*; y 36, I, en especial). Son escasas las reglas de las cuales se puede inferir una de estas facultades en cabeza de funcionarios inferiores a él: por ejemplo, arts. 37, *i* –instrucciones generales sujetas, en todo caso, a la reglamentación que dicta el Procurador o el Defensor General de la Nación– o 38, *a* –delegación y sustitución–, para el caso de los fiscales generales

[146] El párrafo estatuye, como cúspide del ministerio público, al *procurador general de la Nación* y al *defensor general de la Nación*. No parece que la inclusión del defensor signifique haber optado, para siempre, por un sistema de defensa oficial exclusivamente organizado sobre la base de funcionarios públicos, pero la mención auxiliará a la conservación del sistema vigente, cuyo funcionamiento depende, exclusivamente, de la actividad de empleados estatales.

[147] Hasta hoy, básicamente, competencia específica del Procurador del Tesoro en el orden federal –Fiscal de Estado en las provincias–, órgano de la administración dependiente del Poder Ejecutivo nacional –provincial– (asesor jurídico del presidente de la Nación o del gobernador de una provincia), aun cuando, en ocasiones, los fiscales federales con asiento en provincia constituyan sus auxiliares naturales en los territorios provinciales, lejanos a su sede, en la Ciudad de Buenos Aires. La ley nº 24.934 (*Orgánica del Ministerio Público*), art. 27, parece prohibir hoy este tipo de representación del Estado y la delegación que ella implica.

sobre sus adjuntos; o art. 42, *a* –delegación y sustitución–, para el caso de los fiscales ante los jueces de primera instancia (quiere decir: ante tribunales de integración unipersonal) sobre los fiscales auxiliares. Una apreciación crítica de la ley, efectuada rápidamente, muestra cierto grado de desprolijidad y confusión, desde el punto de vista de la claridad de la recepción o del rechazo de los principios y de las facultades estudiadas.

La descripción constitucional genérica de la función del "nuevo ministerio público" parece, sin embargo, haber tenido en cuenta su integración sólo como ministerio público fiscal –"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"–, sin consideración al servicio oficial de defensa, que, al menos en una enorme medida, sólo se preocupa por brindar apoyo y asesoramiento a intereses de particulares.

La regla de la Constitución, única referida al punto, no permite definir positivamente las características del "nuevo ministerio público", pues, por su generalidad y por cierta ambigüedad de sus términos, la ley reglamentaria, dictada por el parlamento federal, debería completar el diseño final. Antes bien, según el texto constitucional sólo se puede ensayar su caracterización por el lado negativo, esto es, por vía de describir aquello que no debería ser el ministerio público. La *independencia*, la *autonomía funcional* y la *autarquía financiera* no deberían ser empañadas por la vinculación de la fiscalía a decisiones de otro poder del Estado, criterio que sigue la ley reglamentaria[148]. Empero, la necesaria *"coordinación con las demás autoridades de la República"* en el cumplimiento de su función sugiere límites para esa autonomía de gestión, límites que incluyen a la gestión económico-financiera[149]. Por de pronto, dependerá de la ley de presupuesto –Poder Ejecutivo y Poder Legislativo– para cumplir sus tareas eficientemente y, según es clásico entre nosotros, ésa será la llave principal para provocar su ineficiencia, para explicarla y para tornar ilusoria la declamación constitu-

[148] Ley nº 24.946 (*Orgánica del Ministerio Público*), art. 1, II.

[149] La ley reglamentaria citada se ocupa de esa gestión, arts. 21 y ss., y coloca en manos de sus autoridades máximas, el Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación, la confección del presupuesto anual de cada una de sus áreas y su remisión al Poder Ejecutivo (arts. 33, II, *ñ*; y 51, *ñ*)

cional[150]. Por lo demás, la ley reglamentaria debería ocuparse de la forma de *coordinación* concreta con los demás poderes del Estado y así su regulación brindaría la medida del mayor o menor acercamiento al ideal de su *independencia y autonomía de gestión*.

Pero la ley reglamentaria, dictada por el Congreso de la Nación (nº 24.946, *Orgánica del Ministerio Público*), cuando no ha repetido los textos constitucionales (art. 1, I) ha sido extremamente parca o, cuando ha hablado, confusa y redundante: léase el art. 25 (descripción general de las funciones del ministerio público), cuyo texto o bien repite las mismas ambigüedades constitucionales o bien remite a aquello que otras leyes disciplinan, le imponen o expresan, y la extensa enumeración de atribuciones y deberes del Procurador General de la Nación (art. 33, II) y otros fiscales (arts. 37 y ss.), que mezcla competencias y obligaciones disciplinarias y de servicio, con descripción de funciones reales. De todos modos, tales textos no han podido ignorar la función que, en materia penal, le corresponde a la fiscalía ya por otras leyes: *ejercer de oficio la acción penal* en los delitos de acción pública y luego de la instancia penal en aquellos que la requieren, con sujeción al *principio de legalidad* (arts. 25, *c*, 29, 33, II, *b* y *v*, 37, *a*, 40 y 41). Además, resulta de importancia señalar la atribución procesal de los fiscales generales relativa a la posibilidad de "requerir la revisión de la jurisprudencia plenaria" (art. 37, *e*).

Con el Poder Judicial y con el tribunal del caso, la medida del valor de su autonomía depende, básicamente, de la ley procesal. Aparecerán allí problemas ineludibles, como, por ejemplo, el de la validez constitucional del mecanismo previsto por el CPP Nación, 348, II, que obliga al ministerio público a requerir la elevación a juicio (acusar) por decisión de un tribunal[151]. Incluso la existencia, según la ley procesal, de un magistrado instructor que se impone al ministerio público en la tarea de preparar la acción pública –acusación para enjuiciar a una persona[152]– y lo desplaza de esa tarea –que se la delega sólo a voluntad[153]–, puede ser puesta ahora en tela de juicio a raíz de la nueva re-

150 No sucedería lo mismo si, en lugar de tanta declaración grandilocuente, pero de conformidad con la idea del texto, se le hubiera concedido un porcentaje, por mínimo que él sea, del presupuesto nacional de gastos, en la misma Constitución.

151 Cf. jurisprudencia y bibliografía citada en la nota 33 de este parágrafo, p. 303 y s. Se agregará a este problema, conforme a la decisión de la CNCP, Sala II, "Ávila, Blanca Noemí s/recurso de casación e inconstitucionalidad", causa nº 7, resuelta el 2/7/1993, el problema referido al requerimiento de desestimación de la denuncia, querella o prevención policial (ver este parágrafo, A, 2, *b*, VIII, ps. 341 y siguientes).

152 CPP Nación, 26 y concordantes.

153 CPP Nación, 196.

gla constitucional. Por otra parte, frente al deber de los jueces de seguir la jurisprudencia plenaria de la Cámara Nacional de Casación Penal[154], debería preverse un mecanismo idóneo para impugnar esos criterios decisivos, en busca de su modificación, para no imponer al ministerio público el criterio de los jueces sobre un tema jurídico por vía indirecta[155].

Conforme al texto constitucional, ni el Poder Ejecutivo ni el Poder Legislativo deberían poder imponer sus criterios de aplicación de la ley penal o procesal penal al ministerio público[156]. Las leyes penal y procesal penal, sancionadas por el Poder Legislativo y promulgadas por el Ejecutivo, son, sin duda, los únicos criterios de sujeción del oficio a las decisiones de esos poderes estatales, máxime cuando impera el *principio de legalidad*. Pero la ley reglamentaria pudo prever mecanismos por los cuales tanto uno como otro poder del Estado requieran del ministerio público, en especial del procurador general, cierta coor-

[154] Ley nº 24.050 (Organización y competencia penal), art. 10, II.

[155] La Ley Orgánica del Ministerio Público (nº 24.946), art. 37, *e*, prevé, como ya advertimos, el poder de los fiscales generales para *"requerir* –de la Cámara de Casación penal nacional– *la revisión de la jurisprudencia plenaria"*, pero no menciona el procedimiento necesario para ejercer esa facultad. La vía expuesta en la primera parte de la misma regla –*"peticionar la reunión de la cámara en pleno"*– resulta ser una mera solicitud de que el tribunal realice aquella actividad que su propia ley orgánica le permite ejercer de oficio (ley 24.050, art. 10, *c*), pero ello no parece fijar un *derecho o facultad procesal fuerte*, en el sentido de crear un deber para el tribunal de habilitar el procedimiento, en tanto estén reunidos los requisitos para la concesión de la vía, ni dispara un procedimiento específico, sino que, antes bien, se asemeja, aun cuando dicho por la ley, al poder de cualquier litigante de pedir que el juez ejercite las facultades que, según la ley, está facultado a ejercer de oficio (por ej., *instrucción suplementaria*, CPP Nación, 357, I). En verdad, la resistencia a hallarle un significado práctico a la *independencia* o a la *autonomía funcional* de la actuación de la fiscalía en un proceso concreto, de frente a la *unificación de la jurisprudencia*, se vincula al mecanismo autoritario para verticalizar la administración de justicia que consiste en imponer a los jueces, mediante sentencias, criterios interpretativos de la ley que rigen genéricamente la actividad judicial y son, por ello, contrarios al principio de *independencia* –exclusión de todo sometimiento que no provenga de la ley que rige el caso– de los jueces que intervienen en el caso concreto y lo resuelven (cf. ARCE, Enrique y DÍAZ CANTÓN, Fernando, *Obligatoriedad de los fallos plenarios. Su inconstitucionalidad*, cit., ps. 189 y siguientes).

[156] La solución a esta relación, prevista por nosotros en el *Proyecto de Ley Orgánica para la justicia penal y el ministerio público*, 113, no resulta posible, si se interpreta el texto constitucional a favor del sentido de sus expresiones. Sin embargo, resulta también claro que el Congreso de la Nación, por interpretación auténtica de la ley penal o procesal penal, dentro de los límites de contenido y vigencia que le impone la misma Constitución, podría determinar el comportamiento del ministerio público según su criterio jurídico-político.

dinación con las políticas estatales, que permitan influir en sus acciones por vía de la persuasión, sobre todo mediante los fundamentos de la petición, de la información sobre la actividad que desempeña y de sus resultados. Ello, sin embargo, no está prohibido y resulta tarea que le corresponde al Procurador General de la Nación (art. 33, II, *l*).

El texto legal (art. 23) señala que las relaciones con el Poder Ejecutivo se traban a través del Ministro de Justicia y que una comisión bicameral del Congreso de la Nación, cuya integración y funciones deben fijar ambas cámaras parlamentarias, se ocupará de la relación del ministerio público con el Poder Legislativo nacional; aunque el texto está ubicado entre las reglas que regulan la actividad económico-financiera del ministerio público, no parece que las relaciones resulten limitadas tan sólo a ese aspecto (ver, en la misma ley, los arts. 1, II; 33, II, *s*, y concordantes).

Del modo cómo se resuelva el nombramiento y la remoción de los funcionarios del ministerio público depende, también, gran parte de la independencia y autonomía real del oficio, esto es, la independencia y la autonomía practicadas. La nueva regla constitucional nada expresa al respecto. Nuestra práctica constitucional no ha mostrado rutina alguna que permita ser optimista respecto de la ley reglamentaria que, sobre la organización del ministerio público, dictó el Congreso de la Nación; por lo contrario, esa rutina ha sido, regularmente, desfavorable: en lugar de partir de una interpretación constitucional, que persiga tornar realidad el principio que informa la ley fundamental y perfeccionar su reglamentación con el propósito de permanencia, la acción política se informa en necesidades de coyuntura, que sienten a la Constitución como un corset asfixiante, cuando menos molesto, y fuerzan su letra para resolver el problema político que tienen frente a sí en ese momento[157].

La *Ley Orgánica del Ministerio Público* (nº 24.946) regula estos aspectos en los artículos 5 y 6 (nombramiento), 18, 19 y 20 (remoción). El Procurador General de la Na-

[157] Acerca de la escasa costumbre constitucional que, entre nosotros, necesita ser construida o reconstruida, cf. NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, §§ 25 a 27, ps. 106 y ss., §§ 77 a 79, ps. 708 y ss.; ver, por ej., p. 476: "Uno de los síntomas de la tendencia a la ajuridicidad y de la dificultad para constituir en la Argentina una práctica constitucional continua, que constituya el marco estructural que otorga eficacia a las decisiones democráticas, es la ligereza con que ha sido tomada esta prescripción de la Constitución nacional..." (se refiere al establecimiento del juicio por jurados).

ción (jefe del ministerio público fiscal federal) –como el Defensor General– son nombrados según el mismo procedimiento previsto para los jueces de la Corte Suprema de la Nación: por el Poder Ejecutivo nacional (presidente de la Nación) con acuerdo del Senado de la Nación, que se obtiene con los dos tercios de los votos de los miembros presentes en la sesión. A los demás funcionarios (procuradores fiscales ante la Corte Suprema, fiscales generales, fiscales generales adjuntos, fiscales y fiscales auxiliares) los nombra el Poder ejecutivo nacional (presidente de la Nación) de una terna de candidatos que le presenta el Procurador General de la Nación y que éste, a su vez, ha obtenido previo concurso por antecedentes y por oposición, sustanciado por un tribunal electo por el mismo Procurador General –Defensor General– e integrado por funcionarios del ministerio público, de jerarquía superior o idéntica al cargo concursado; en algunos cargos de jerarquía superior preside el tribunal de concurso el mismo Procurador –o Defensor– General.

Los funcionarios del ministerio público gozan de *estabilidad* en sus cargos hasta los setenta y cinco años de edad y mientras dure su buena conducta (ley nº 24.946, art. 13); pero ellos pueden ser removidos por mal desempeño en sus funciones, grave negligencia en el ejercicio del cargo o por la comisión de delitos dolosos (art. 18). El procedimiento para remover al Procurador –o Defensor– General es el mismo que corresponde para los miembros de la Corte Suprema de la Nación: la Cámara de Diputados de la Nación (representación popular en el parlamento nacional) decide y defiende la acusación ante el Senado de la Nación (representación de los estados federados –provincias– en el mismo parlamento), cuerpo este último que escucha como jurado el juicio respectivo, presidido por quien ejerza la función de presidente del Senado en la ocasión, y decide sobre la acusación (art. 18, I). Para los demás funcionarios se conforma un Tribunal de Enjuiciamiento de siete miembros: tres de ellos son ex jueces de la CSN, ex procuradores generales de la Nación o ex defensores generales de la Nación, designados, respectivamente, por el presidente de la Nación, el Senado nacional y la CSN; dos son abogados con matrícula para el ejercicio de la profesión ante tribunales federales y más de veinte años de ejercicio profesional, designados por la Federación Argentina de Colegios de Abogados y por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal; los últimos dos miembros son electos por sorteo entre fiscales o defensores que ocupan los cargos de mayor jerarquía (art. 18, II, y 19). Los integrantes del Tribunal de Enjuiciamiento duran tres años en sus funciones, desde la fecha de nombramiento y, según entiendo (art. 19, VIII), prestan servicio gratuitamente. Cada vez que el Tribunal es convocado por el Procurador General o por su presidente, elegido por los mismos miembros, para juzgar un caso, opera ante él un fiscal –o defensor– de cierta jerarquía en defensa de la imputación. El procedimiento (art. 20) depende de la reglamentación que, en forma conjunta, dictan el Procurador General y el Defensor General, pero sus bases no difieren del procedimiento penal común, tienen centro en un debate público, oral, continuo y contradictorio que escucha el Tribunal de Enjuiciamiento para dictar sentencia, decisión que, extrañamente, es recurrible sin limitación de motivos, tanto por el acusador como por el acusado, ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

Recientemente, la *Constitución de la ciudad de Buenos Aires* ha vuelto a incluir al ministerio público en el el Poder Judicial de ese estado autónomo, siguiendo la tradición del Derecho público provincial argentino, pero concediéndole "autonomía funcional y autarquía dentro del Poder Judicial" e integrándolo, en su cúspide, con "un o una Fiscal General, un Defensor o Defensora General y un Asesor o Asesora General de Incapaces" (art. 124), nombrados y removidos de la misma manera que los jueces del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, aun cuando, a diferencia de aquellos, duran

en sus funciones sólo siete años, con posible reelección después de un período completo (art. 126). En cambio, todos los funcionarios de planta (fiscales) son designados en la misma forma prevista para los jueces (a proposición del Consejo de la Magistratura por mayoría absoluta de la Legislatura y previa sesión pública de la Comisión competente para examinar sus antecedentes, en presencia del candidato) y, en principio, son inamovibles mientras dure su buena conducta (art. 110): sólo pierden sus empleos por decisión de un jurado de enjuiciamiento. Quizá sea éste un buen lugar para expresar mi perplejidad por la necesidad de regular en una Constitución el oficio del ministerio público: su creación, posición institucional y organización. Esa perplejidad aumenta de tono cuando, al mismo tiempo, se integra el ministerio público con fiscalías –penales y de otras materias–, pero, además, con la organización de la defensa pública y, por si aún resultara poco, con las asesorías para incapaces, todos cuyos funcionarios (fiscales, defensores públicos, asesores) resultan ser autoridades constitucionales con *inmunidades y privilegios*, formas de nombramiento y de remoción idénticos a los de los jueces (art. 126).

c) Conclusión

I. En la República Argentina existe una tendencia clara de la literatura jurídica hacia la judicialización de la *fiscalía*, en tanto cumple funciones relativas a la realización del Derecho penal[158], cuyos funcionarios apenas son distinguibles de un juez según sus formas de nombramiento y remoción, sus inmunidades y privilegios, y también en razón de la función que cumplen y de cómo la cumplen. Esa identidad judicial alcanza por extensión –sin que sea aplicable el mismo fundamento que determina la inclusión– al ministerio público en general, esto es, a las fiscalías que no cumplen una función penal, a la defensa pública y, en ocasiones, a las asesorías de incapaces y a los funcionarios que integran esos cuerpos. La tendencia recibe un apoyo legal masivo a través del Derecho público provincial y en un primer nivel: las constituciones provinciales e incluso la nueva Constitución o el Esta-

158 Los principales autores así lo expusieron con razones políticas y jurídicas de peso: VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., t. I, Cap. III, ps. 241 y ss.; AYARRAGARAY, Carlos A., *El ministerio público*, Ed. Lajouane, Buenos Aires, 1928; CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, cit., nº 529, ps. 284 y siguientes. Históricamente, ha sido JOFRÉ, Tomás, *Manual de procedimientos (civil y penal)* (5ª ed.), Ed. La Ley, Buenos Aires, 1941, t. I, VIII, 2 y 3, ps. 217 y ss., quien se opuso a esta posición y defendió la dependencia del ministerio público de la administración, subordinado al ministro de Justicia, incluso en razón de una tradición que por lo menos hoy, a nuestro juicio, no avala la tesis; tal opinión ha vuelto a resurgir, en minoría, aunque sólo referida al ministerio público del Estado federal: MÜLLER, *Estructura y funciones del Ministerio Fiscal*.

tuto de la Ciudad (autónoma) de Buenos Aires colocan al ministerio público dentro del Poder Judicial, separándolo nítidamente del Ejecutivo. Con ciertas variaciones, hoy también la CN sigue una tendencia similar o equiparable. Y, por ello, la denominada *carrera judicial*, en el sentido del recorrido habitual de un funcionario judicial hacia cargos jerárquicos superiores, en oficios conformados jerárquicamente, comprende a todas estas *funciones judiciales*.

En el Derecho comparado la cuestión varía, pero se nota también la tendencia a garantizarle al oficio su independencia de criterio respecto de decisiones políticas de la administración y, por ende, a separarlo del Poder Ejecutivo. En Costa Rica, según lo advertimos, el ministerio público que desarrolla su tarea en el ámbito del Derecho penal está organizado dentro del Poder Judicial y, aunque careció históricamente de una ley clara que regule su organización, la tendencia judicialista se ha impuesto con la sanción del CPP que rige la administración de justicia penal en esa República desde 1975. La Constitución de la República de El Salvador, según también lo advertimos, confiere al ministerio público, en todas sus ramas, un estatus especial, absolutamente separado del Poder Ejecutivo. Esta tendencia triunfa hoy en la legislación fundamental de la República Argentina (*órgano extrapoder*). La teoría europeo-continental de mayor predicamento y con mayor proximidad actual a nuestra literatura jurídico-penal, aunque reconoce su origen y la tradición, que lo ubica como órgano de la administración pública (Poder Ejecutivo), también procura su independencia frente a los poderes políticos del Estado y la concesión de un estatus jurídico similar al que ya poseen los jueces, aunque de ella no resulte clara la ubicación institucional definitiva del ministerio público penal[159].

A pesar de que, tanto teórica como prácticamente, la posición más inexplorada resulta ser aquella que ubica al ministerio público penal con una dependencia relativa del parlamento (Poder Legislativo), no me parece a mí descabellada esta orientación, conforme a su función de realizar directamente la ley penal y perseguir de oficio la realización de la ley penal en los delitos de acción pública. Seguramente otras ramas del ministerio público pueden seguir el mismo camino, en especial, según las funciones asignadas por el Derecho privado, algunas de ellas casi idénticas a las mencionadas para el Derecho penal, pues consisten en la realización oficial de la ley civil (validez y nulidad del matrimonio según clases de impedimentos, representación de incapaces: insania y minoridad). Sin embargo, sucede que, quien así piense, no está lejos de pensar que todas las *funciones ejecutivas* son una emanación del poder parlamentario, esto es, de la potestad soberana de "dictar la ley", en el Estado democrático moderno: aunque no sea totalmente consciente de ello, esta persona es partidaria de un sistema parlamentario de distribución del poder político, en el cual el Ejecutivo es una emanación del parlamento.

[159] ROXIN, *Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben*, cit., IV, 1, ps. 387 y s.; ROIG BUSTOS, *Por un fiscal con designación parlamentaria*, cit., ps. 23 y siguientes.

Nuestra Constitución federal actual, después de la reforma de 1994, art. 120, ha decidido, según parece, conceder al ministerio público, como institución, la calidad de *órgano extrapoder*. Tal solución no se ubica lejos de la que le concede carácter parlamentario y hubiera sido recomendable una disciplina orgánica conforme a ella, a la hora de dictar la ley reglamentaria. En principio, el parlamento federal sanciona la ley de organización del oficio dentro de la competencia penal del Estado nacional y en ella debió dar solución –porque no los resuelve la regla constitucional– a problemas políticamente importantes para la independencia y autonomía del ministerio público federal, como la forma de la designación de sus miembros, la duración del mandato y la estabilidad del cargo, y el modo de remoción de sus funcionarios[160]. Si, por ejemplo, la autoridad que designa, al menos al Procurador general, es el Congreso de la Nación, sin o con propuesta del Ejecutivo, y, además, el cargo es temporario[161], la solución se acercará notablemente a aquella que ubica al ministerio público como una dependencia legislativa con ciertas características que provienen de su diseño constitucional específico. Para develar ésta y otras incógnitas que presenta la nueva regla constitucional es necesario acudir a la reglamentación de la ley común, hoy la llamada *Ley Orgánica del Ministerio Público*, vigente desde 1998. Pero, a nuestro juicio, es recomendable enfocar un diseño marcadamente legislativo, pues es el parlamento, según la letra de nuestra Constitución y la génesis del movimiento republicano que adoptamos para nuestro gobierno (CN, 1), el poder que prevalece sobre los demás en una República democrática, la máxima representación del pluralismo político, a pesar de que nuestra práctica constitucional no lo demuestre suficientemente.

Sin embargo, resulta de la mayor importancia, siempre, regular claramente las vinculaciones concretas del ministerio público fiscal o de las fiscalías penales con todos los poderes del Estado, ciertamente más complejas "que la dependencia institucional o subordinación total a uno de los clásicos poderes"[162]. El grado de dependencia institu-

160 Para observar la importancia de estas determinaciones basta pensar en la posibilidad de que alguno o algunos de los cargos del ministerio público se obtengan por elección directa, según sucede en varios estados federados de los EE.UU. (según CARRIÓ, *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los EE.UU.*, cit., p. 52, en 46 de los 50 estados que conforman el Estado federal).

161 Constitución Provincia de Córdoba, 173 y cc.; Constitución Ciudad de Buenos Aires, 126.

162 RUSCONI, *Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del ministerio público*, cit., p. 76.

cional del poder en el cual se lo ubica –y lo mismo sucede cuando se lo ubica como *órgano extrapoder*– resulta, sobre todo, del alcance de su autonomía de gestión administrativa, financiera, disciplinaria y de nombramiento, promoción y remoción de sus funcionarios, y de la clase y límites de las relaciones o instrucciones que pueda recibir del poder del cual depende o de otro poder del Estado, a través de alguno o algunos de sus funcionarios[163]. Por supuesto, dentro de este esquema adquieren singular importancia sus relaciones con la judicatura, regladas, en lo principal, por los códigos de procedimiento penal. Esas relaciones son estudiadas a través de todo el procedimiento, pero se enunciarán, esquemáticamente, en el próximo número.

Por su parte, cuando ya no hablamos del ministerio público como institución general, sino, antes bien, de las fiscalías penales en particular, el grado de sujeción depende del principio básico de organización –jerárquico o su contrario– y de la manera según la cual se instrumenta: la facultad del órgano superior para expedir instrucciones generales o particulares y sus límites, y la mayor o menor posibilidad de utilización de las facultades de delegación, sustitución y devolución gobiernan la estimación del grado de independencia en la organización interna.

II. En torno a la organización interna, no se conoce un ministerio público fiscal organizado, fundamentalmente, de modo *horizontal*, a semejanza de las reglas que gobiernan, por principio, a los jueces, ni posiciones jurídico-políticas que, de manera clara, aboguen por una organización semejante del ministerio público fiscal[164].

Sin embargo, el resultado práctico de organizaciones del ministerio público fiscal, que atribuyen el oficio al Poder Judicial, como sucede regularmente en la República Argentina, según lo visto, ha sido ése: funcionarios prácticamente independientes por rutina –la independencia de criterio se extiende a la organización interna–, con conexión nula o escasa entre ellos, que, en verdad, no constituyen *un* único ministerio público fiscal, sino tantos como funcionarios existen, a la manera y con remedo de la organización de los tribunales, según sucede entre nosotros, y con excepciones más que escasas de esa concepción organizativa. Nuestra *Ley Orgánica del Ministerio Público* (nº 24.946), en el orden federal, no ha podido vencer la rutina extendida relativa a cierta horizontalidad de organización del oficio y, por ello, disciplina de modo tan escaso las facultades antes mencionadas, relativas a la organización jerárquica interna, de ins-

163 Rusconi, *ibidem*, p. 77.

164 Por lo demás, según la integración que se le reconoce al ministerio público en este país, por regla –inclusión de la defensa pública y hasta de las asesorías de incapaces–, resulta claro que, desde ahora, sólo nos referimos al ministerio público fiscal, en materia penal, o a las fiscalías penales, palabras que intentaremos utilizar con mayor frecuencia en el futuro, pues algunas reglas de organización resultan incompatibles cuando se las refiere a los demás oficios agregados, como sucede con la organización vertical y sus consecuencias en los casos particulares (instrucciones), imposibles de pensar para la defensa oficial o para la asesoría de incapaces.

truir a los funcionarios inferiores, o de sustituirlos o de requerirles la devolución de los asuntos que, en principio, les fueron encomendados. A pesar de que esa ley declama el principio jerárquico (art. 1, IV), su texto le concede, en verdad, escasa importancia (poder de control y disciplinario limitados), y contiene reservas o limitaciones que evitan el ejercicio natural de ese poder en todas las jerarquías o en cierto modo (ver, por ej., arts. 15, 33, II, *d*, *f*, y *g*, 38, *a*, y 42, *a*).

Por lo contrario, abundan los ejemplos de organizaciones monocráticas, *verticales*, conforme al esquema tradicional en la administración, tanto en la literatura jurídica, que no conoce otro tipo de organización, como en las leyes vigentes de diferentes países, que, sin embargo, a pesar de partir de este esquema, han sido excesivamente parcas o no han logrado imponerse y desarrollarse[165]. En estas organizaciones adquieren especial importancia las reglas relativas a las *instrucciones* jerárquicas y al deber correlativo de *obediencia* a esas instrucciones, incluidas allí las facultades de *sustitución* y *devolución*.

Con el objetivo de lograr cierta eficiencia en el funcionamiento de las fiscalías penales, resulta imprescindible, a mi juicio, someter a reglas jurídicas la organización jerárquica del ministerio público fiscal y las facultades de instruir, de sustituir y de devolución, en fin, dictar el estatuto del ministerio público. Tales reglas deberían contemplar ciertas formas democráticas de solución de los conflictos internos, más aún si se adopta un esquema general respetuoso del principio de legalidad. Ese estatuto legal, con sus características de complejidad y compleción, si bien ya no representa más una deuda legislativa del orden jurídico federal argentino –característica compartida, según parece, también en el Derecho comparado, por la dificultad para hallar soluciones a principios reguladores que funcionan prácticamente como opuestos contradictorios–, todavía puede ser afirmada, en general, en el orden provincial. El estatuto legal debe contener, también, la organización básica del ministerio público fiscal y las reglas relativas al nombramiento, promoción y remoción de los funcionarios que lo integran (ley nacional nº 24.946 [*Organización del Ministerio Público* nacional], Cap. 1, arts.2 y 3, y Cap. 2, arts. 5 y ss.), y a la disciplina del servicio (*idem*, arts. 1, IV, y 16 y cc.), que aseguren o garanticen la independencia natural de los criterios de solución de los casos que utiliza el ministerio público fiscal frente a los demás poderes del Estado y sus decisiones coyunturales, así como la manera de solución de los conflictos que eventualmente se susciten con las políticas desarrolladas por el Poder Ejecutivo y por el Poder Legislativo (*idem*, 1, II: independencia total de los demás poderes).

165 Cf. SCHMIDT, *Rechtsstellung der Staatsanwälte*, cit., ps. 273 y ss., y *Staatsanwaltschaft als Justizbehörde*, cit., ps. 629 y ss.; ROXIN, *Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben*, cit., II, p. 386, y IV, ps. 387 y ss.; el problema político de la ubicación institucional, ligado a la regla de objetividad, y la tensión entre el principio de legalidad y la organización vertical han sido las razones de esta omisión. Ésta es, por lo demás, la tendencia legislativa hoy imperante en la República Argentina: Constitución Ciudad de Buenos Aires, 124 y 125.

Por supuesto, cualquiera de las conclusiones anteriores se minimiza si el Derecho penal del país, a contrario de aquello que hoy sucede, no parte de la base de la persecución penal pública, como tarea del Estado, sino, antes bien, de la reacción de los propios ciudadanos frente a la infracción, sean víctimas o actores populares (ciudadanos o asociaciones intermedias). En ese caso, la existencia de funcionarios públicos que se ocupan de la persecución penal, casi siempre dependientes de la comunidad de vecinos –y no del Estado central– y organizados por ella, sólo representa, como la existencia de un servicio jurídico comunitario, el auxilio necesario para aquellos que no poseen la capacidad socio-económica de acudir ante los estrados judiciales a defender su interés, esto es, un servicio de apoyo para lograr acercarnos a la igualdad de oportunidades frente a la ley, según sucede con los diversos sistemas de asistencia jurídica y técnica (defensa técnica) obligatoria para el imputado, a fin de lograr cierto equilibrio de fuerzas entre la acusación y la defensa en el procedimiento penal[166].

3. Función y tarea del ministerio público fiscal en el procedimiento penal

a) La función y la tarea actuales

Hemos discutido los principios que rigen la posición institucional y la organización del ministerio público fiscal, pero, al encarar el próximo tema, esa discusión aparece, de alguna manera, como excesiva y con falta de sentido real: aquello que discutimos con un esfuerzo singular de fundamentación y de elementos históricos no se corresponde con el papel desteñido y, en cierta manera, minúsculo, que nuestro ordenamiento jurídico positivo le reserva al protagonista principal de este parágrafo, *la fiscalía*, en el procedimiento penal. Nuestra tradición hispánica, influida sin duda por la legislación francesa del siglo XIX, no sitúa al fiscal como un protagonista de primer orden del procedimiento penal, en su papel de actor (*acusador*). Todo lo contrario: la legislación procesal penal, todavía bajo fuerte influencia inquisitiva, en gran medida, no confía en él, desplazándolo a un papel secundario.

166 Bovino, Alberto, *La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos*, en "Lecciones y Ensayos", Ed. Facultad de Derecho-UBA, Buenos Aires, 1994, nº 59, ps. 19 y ss., presenta un esquema que parte de esta estrategia política.

Son los jueces quienes, tanto durante el procedimiento preliminar de investigación, como durante el juicio, *dominan* el procedimiento. La influencia inquisitiva perdura a través de un tribunal inquisidor, el *juez de instrucción*, amo y señor de ese período procesal –y, lamentablemente, a través de sus actas, también de los períodos siguientes, sobre todo del juicio público, aun sin intervenir en él, al menos de cuerpo presente–, y de una manera de juzgar tan sólo lejanamente comparable a una disputa entre contradictores, de frente a quienes deben juzgar sus hipótesis: de esa imagen se aparta considerablemente mediante la concesión de poderes a los jueces del tribunal investigador y del tribunal juzgador, revelados en la encuesta inquisitiva que precede al juicio y, ya en él, no sólo en la dirección del debate[167], tarea que es propia de los jueces, sino, además, en la concesión de variadas facultades de investigación directa, tarea sin duda excepcional para el concepto de "juez", facultades –y hasta deberes– que se expresan mediante la posibilidad que tienen de incorporar prueba *de oficio* al debate[168] o de incorporar a él una serie casi ilimitada de actas de la instrucción[169], incluso reabriendo el debate ya concluido, cuando lo juzgan necesario[170], por una parte, y en la incorporación de los medios de prueba regulares, ofrecidos por acusador y acusado[171], o en los interrogatorios necesarios para ello, que dominan los jueces, por la otra[172]. Más allá aún, hasta la propia acusación, base del enjuiciamiento, puede provenir, materialmente, de la decisión de los jueces, según lo dispone hoy el CPP Nación, 348, II.

La tarea y función de *la fiscalía*, imposible de ignorar como interviniente en el procedimiento penal en la época actual, si se acepta la persecución penal estatal, ha quedado reducida, a contrario de aquello que supone la partición de tareas entre él y la judicatura, al control de la actividad de los jueces mediante los mecanismos del procedimiento (sobre todo los recursos y, consecuentemente, los dictámenes obliga-

167 CPP Nación, 370 y concordantes.

168 CPP Nación, 357 y 388.

169 CPP Nación, 391 y 392.

170 CPP Nación, 397.

171 CPP Nación, 356.

172 CPP Nación, 375, 378, I, 383, 384 y 389: cf., críticamente, Bovino, Alberto, *El debate*, en Maier, Julio B. J. (comp.), *El nuevo CPP de la Nación. Análisis crítico*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993, ps. 167 y ss., en especial V, ps. 189 y siguientes.

torios anteriores a las decisiones). Es por ello que rige la afirmación acerca de que, en este sistema –y nunca más apropiadamente que en él–, fiscales y jueces sólo se distinguen formalmente, según el valor que la ley procesal atribuye a sus actos, pues ambos cumplen una misión material idéntica, cada uno desde su particular punto de vista.

En cierta manera, a nosotros también nos ha traicionado la necesidad histórica, hipócrita hasta cierto punto, de dar explicaciones altisonantes y complejas sobre el oficio, para justificar una tarea pobre y sin demasiados matices, en fin, un papel procesal escasamente protagónico y secundario. Ni tan siquiera los códigos más modernos, que aportan para la fiscalía, de ordinario, todo el papel de investigación del caso, en conjunto con la policía, según sucede en las provincias de Córdoba y Tucumán, han podido desprenderse del todo de ideas y mecanismos que proceden de aquella concepción política.

I. *La investigación preliminar.* A contrario de lo que sucede en las legislaciones modernas, la tarea de preparar la acción pública, entendida antes bien como preparación de la acusación, como preparación de la demanda de justicia penal o del enjuiciamiento del autor probable de un delito o de quien de otra manera participó probablemente en él, no es cumplida en nuestro Derecho procesal penal, por regla general, por aquél a quien se rotula como titular de la acción penal pública[173], sino que la ley reputa competente para ello, básicamente, a un funcionario judicial, denominado *juez de instrucción*. A lo sumo, el fiscal tiene el poder o la facultad de abrir la investigación ante un juez, de requerirla[174], pero no le compete, de ordinario, realizarla[175]. Por excepción, algunos códigos permitieron desde antaño la llamada *instrucción sumaria* o *citación directa* a juicio para la investigación del caso y la preparación por la fiscalía de la decisión de sobreseer al imputado o llevarlo a juicio[176], y, más modernamente, los nuevos Códigos de Córdoba y de Tucumán para los cuales la investigación penal

[173] CPP Nación, 5 y 65; CPP Mendoza, 6 y 62; CPP Salta, 6 y 61; CPP Catamarca, 5 y 43; CPP Sgo. del Estero, 7; CPP La Rioja, 9 y 69; CPP La Pampa, 6 y 57; CPP Corrientes, 5 y 64; CPP Entre Ríos, 6 y 63; CPP Chaco, 6 y 59.

[174] CPP Nación, 188; CPP Mendoza, 197; CPP Salta, 196; CPP La Pampa, 180, I; CPP Corrientes, 194; CPP Entre Ríos, 194; CPP Chaco, 182, I.

[175] CPP Nación, 26 y 27.

[176] Originaron esta corriente legislativa, que no fue aceptada inmediatamente: CPP Córdoba (1939), 62, 311 y ss.; CPP Mendoza (1950), 62, 371 y ss.; CPP Costa Rica (1973), 39, 169 y 401. Hoy nuestro CPP Nación, arts. 196, I, y 353 *bis*, dominado por la coyuntura política y desordenadamente, comienza a alinearse en esta corriente.

preparatoria, en manos del fiscal, constituye la regla[177] y la jurisdiccional, realizada por un juez de instrucción, la excepción[178]. En tal sentido, nuestro Derecho procesal penal positivo se adapta mayoritariamente al esquema decimonónico instituido por la legislación napoleónica en Francia, verdadero compromiso político entre el régimen antiguo (*ancien régime*) y el regreso al enjuiciamiento acusatorio y público –vía Derecho anglosajón– que pretendía el Iluminismo en la materia[179], acuerdo según el cual el antiguo inquisidor sobrevive, fundamentalmente, en la institución del juez instructor.

Sólo por excepción, según advertimos, esa investigación preliminar le fue confiada por nuestro Derecho positivo a los funcionarios del ministerio público fiscal, con el auxilio natural de la Policía, decisión que todavía en época reciente provocó escozor en algunos de nuestros publicistas en la materia[180]. En ese sentido, nuestro Derecho positivo marcha, en más o en menos, a contrapelo de la evolución universal en el siglo XX, acentuada en las últimas décadas, y de su intención de aproximar el procedimiento penal, con mayor vigor, a los requerimientos del Estado de Derecho, en especial a la realización del principio acusatorio, para preservar la *imparcialidad* de quienes deciden, los jueces que integran los tribunales[181].

Pero aún en los casos de leyes procesales penales argentinas de mayor trascendencia conforme a la concepción universal (las de las provincias de Córdoba y de Tucu-

[177] En ambos, art. 301, II. El CPP Costa Rica, 62, I, y 274 y ss. encomienda a la fiscalía toda la preparación de la acción pública, sin excepciones.

[178] CPP Córdoba, 340; CPP Tucumán, 340.

[179] Ver esta obra, t. I, § 5, ps. 353 y ss.; FEUERBACH, Paul Johann Anselm, *Betrachtungen über das Geschwornen Gericht*, Ed. Philipp Krüll (Universitätsbuchhändler), Landshut (RFA), 1813; FEUERBACH, Anselm Ritter von (mismo autor), *Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege*, Ed. Georg Friedrich Heyer, Gießen (RFA), 1821; y *Ueber die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren Frankreichs, insbesondere Beziehung auf die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege*, Ed. Georg Friedrich Heyer, Giessen (RFA), 1825.

[180] Cf. en AA.VV., *Estudios sobre el Proyecto de CPP Nación 1986*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, las opiniones de CASANOVAS, Jorge, *El procedimiento preparatorio en el Proyecto. La cuestión constitucional y el propósito unificador*, ps. 29 y ss.; HORTEL, Eduardo C., *Acerca de la investigación preliminar en manos del ministerio público fiscal*, ps. 79 y ss.; LEVENE (h.), Ricardo, *El Proyecto de CPP Nación frente a las necesidades de la gran reforma procesal penal que anhelamos*, p. 115.

[181] Cf. los nuevos CPP de Portugal (1988) e Italia (1989), que ya no conocen al *juez de instrucción*. Cf. FEZER, Gerhard, *Strafprozeßrecht* (2ª ed.), Ed. C. H. Beck, München, 1995, 2, ps. 16 y ss.; GUARIGLIA, Fabricio O., *La investigación preliminar en el nuevo CPP Nación: instrucción jurisdiccional vs. investigación fiscal preparatoria*, en AA.VV., *El ministerio público en el proceso penal*, 2, ps. 209 y siguientes; también, ÁLVAREZ, *El principio acusatorio: garantía de imparcialidad*, cit., ps. 413 y siguientes.

mán, según vimos), esa modificación no ha trascendido más allá de lo formal, pues la fuerza de la cultura inquisitiva, de la justicia de gabinete, con sus actos registrados, representa una valla considerablemente vigorosa para un cambio real que vaya bastante más allá del cambio de denominación, esto es, de un problema semántico acerca de cómo denominamos al instructor. Recientemente, la Provincia de Buenos Aires[182], con alguna desprolijidad, ha conferido a la fiscalía la facultad de investigar el caso y preparar su requerimiento, pero, precisamente a raíz de ello, y de lo brusco que resultó el cambio para sus costumbres judiciales, trascendieron al ámbito público poco menos que reyertas de poder entre la judicatura y las fiscalías.

La historia del procedimiento preparatorio en manos de la fiscalía comienza entre nosotros, como es sabido, con el primer Código que transformó realmente el enjuiciamiento penal, el CPP Córdoba (1939). Él deriva del estado de la legislación procesal penal europeo-continental tal como, en las postrimerías del siglo XIX, emergió de la legislación napoleónica, receptora, en buena parte, de las ideas revolucionarias y también de aquellas que la revolución pretendió, en principio, transformar; la legislación francesa fue, por tanto, la creadora del compromiso político entre la inquisición y la reforma. Tal recepción se produce a través de la fuente jurídica principal, la legislación cordobesa. Sus proyectistas tomaron estructuralmente los códigos italianos de 1913 y 1930, este último con modificaciones sustanciales debido al Estado fascista, pero de indudable versación jurídica; ambos códigos representaron cabalmente el final del siglo XIX en la materia, con las primeras modificaciones introducidas en nuestro siglo. Según sus fuentes, el Código para la Provincia de Córdoba instituyó a la llamada instrucción formal (también llamada, en doctrina, *instrucción jurisdiccional*), a cargo de un juez de instrucción, como una regla para la preparación de la acusación. Pero también permitió, por excepción, para los delitos leves o los graves de investigación sencilla, la llamada *instrucción sumaria* (también llamada, en doctrina, *citación directa y procedimiento fiscal preparatorio o a cargo del ministerio público*), realizado por los funcionarios de la fiscalía, con una serie de reglas correctoras del sistema, referidas sobre todo a la extensión temporal de la investigación y a la situación real del imputado en el procedimiento (detención prolongada). Esa estructura principal fue seguida por los Códigos de Mendoza (1950) –proyectado por uno de los autores del Proyecto para Córdoba– y de Salta, aunque este último, con el correr del tiempo y a raíz de un episodio político coyuntural, fue modificado por un gobierno *de facto*, que colocó a la instrucción sumaria, sin modificar sus reglas, bajo la competencia del mismo juez de instrucción, a cuyo cargo estaba la instrucción jurisdiccional, con lo cual destruía la característica principal del procedimiento especial: la preparación de la acusación por el mismo acusador. El CPP Córdoba (1939) todavía influyó en la misma provincia que regía, cuando decidió corregir algunos defectos prácticos después de treinta años de vigencia de la legislación procesal penal originaria, y, para ello, sancionó un nuevo Código (1970) que propuso para la citación directa la tarea de preparación de la acusación en los juicios correccionales (delitos leves juzgados por un juez correccional, unipersonal). De allí que los códigos de Corrientes y Entre Ríos siguieron el mismo camino, aunque, por una razón de organización del ministerio público fiscal, la institución no fue puesta en funciones desde el comienzo de la vigencia del Código de Entre Ríos, que encomendó

[182] CPP Pcia. de Buenos Aires, 56, I, y 256 y siguientes.

en un comienzo esta tarea a sus jueces. Pero ese mismo Código tuvo repercusión internacional y, por esta razón, el sistema costarricense de 1973 coincide con él y acepta la citación directa como método de preparación de la acción pública en los delitos leves (correccionales); el nuevo CPP Costa Rica, ya en vigor (1998), ha trasladado todo el peso de la investigación cumplida durante el período preliminar, para preparar la acción pública, al ministerio público fiscal, con el control de los jueces para aquellos actos que representan una injerencia en los derechos fundamentales de los ciudadanos o un anticipo de prueba para el debate, fundado en la urgencia provocada por la eventual pérdida del elemento probatorio.

Los demás códigos provinciales, receptores del sistema procesal penal que inauguró entre nosotros la Provincia de Córdoba, no aceptaron la institución de la llamada *citación directa*: pusieron la preparación de la acusación en manos del juez de instrucción, con un procedimiento formalizado y por registros, sin excepciones, a semejanza de la legislación que derogaban.

Por fin, las Provincias de Córdoba y de Tucumán (1991) extendieron la citación directa y le dieron el carácter de regla general –con alguna excepción, sin sentido–, según lo había propuesto antes el Proyecto de CPP Nación (1986) y como lo proponen hoy varios códigos procesales penales de la misma cantera, influenciados por el proyecto CPP Modelo para Iberoamérica. Con diferencia de matices, el procedimiento preparatorio en manos del ministerio público fiscal pasó a ser en ellos la regla, pues abandonó su carácter excepcional.

El nuevo CPP Nación (sancionado en 1991 y con vigencia desde 1993) constituye, en el capítulo, una muestra de ambas tendencias: en principio, dominó el proyecto, que luego se convirtió en ley, la idea decimonónica de encomendar a un juez de instrucción la tarea de preparar la acusación, concediéndole la investigación previa. A la hora de su discusión parlamentaria se le agregó, incluso por iniciativa del Ministerio de Justicia, una cláusula que permitía a ese juez, libremente, por la mera expresión de su voluntad y en cualquier caso, delegar la investigación en los funcionarios del ministerio público fiscal[183], y una sección que regula esa delegación[184], autorización que, por supuesto, el juez puede revocar en cualquier momento[185]. La iniciativa ha permitido conservar el poder del juez de instrucción y tornar posible en ciertos casos, dejados a la absoluta discreción de ese juez, un procedimiento presuntamente más ágil de colección de rastros para fundar la acusación o determinar el sobreseimiento. Por último, una reforma a este mismo código admitió la *instrucción sumaria* –o citación directa–, en manos de la fiscalía, *cuando una persona haya sido sorprendida en flagrancia de un delito de acción pública y el juez considerare prima facie que no procederá la prisión preventiva del imputado*[186], esto es, para los casos penales cuya imputación resulta de investigación sencilla y se calcula por anticipado una pena que, por alguna razón, se presume leve o, al menos, desproporcionada para fundar el encarcelamiento preventivo.

183 CPP Nación, 196.

184 CPP Nación, 209 y siguientes.

185 CPP Nación, 214, I.

186 CPP Nación, 353 *bis*, reforma de la ley nacional nº 24.826 (publicada el 19/6/1997).

Por último, el CPP de la Provincia de Buenos Aires reformó su vetusto procedimiento judicial en materia penal y, al hacerlo, siguió los pasos de las provincias de Córdoba y de Tucumán (y del Proyecto nacional 1986) y, aunque con ciertas incoherencias, puso en manos de la fiscalía la investigación penal preparatoria[187].

Según lo explicado, se puede concluir que, entre nosotros, la herencia inquisitiva española –todavía hoy vigente en España– persiste: nuestra regla general concede la investigación preparatoria a un inquisidor judicial, el juez de instrucción, por intermedio de un procedimiento estrictamente formalizado, y admite sólo por excepción la preparación de la acción pública por su titular específico, declamado por la ley, el ministerio público, excepción que debe ser comprendida en dos sentidos diferentes: son escasas las leyes procesales que conceden esta investigación al ministerio público fiscal y, entre ellas, algunas, a su vez, sólo por excepción (delitos leves o de investigación sencilla) o cuando, según una cláusula legal estrictamente discrecional, el juez de instrucción decide delegar en el fiscal la investigación preliminar del caso.

Esa regla se completa, jurídica y políticamente, con otra perteneciente al debate público, que, valida del prestigio indudable de un inquisidor judicial, declamado imparcial a pesar de la experiencia y de su propia tarea, permite incorporar al debate, con una cláusula abierta, casi sin límites, las actas de la instrucción preliminar, obtenidas sin control alguno de la defensa, por un método no contradictorio y, en ocasiones, con vigencia del secreto instructorio[188]. Ésta –la incorporación de actas de la instrucción durante al debate–, precisamente, es la verdadera razón de ser política del mantenimiento de un inquisidor judicial: con ello se pretende incorporar al fundamento de la sentencia actos que no han pasado por el tamiz contradictorio de la defensa, ni por la posibilidad de que la información se produzca en presencia del imputado, para concederles la oportunidad de que ellos conozcan e interroguen a quienes incorporan esa información[189].

[187] Nuevo CPP Pcia. de Buenos Aires, que reemplazó al texto de la ley provincial nº 3.589, que databa de 1915, por ley provincial nº 11.922 y sus modificatorias: cf., para aquello que aquí interesa, Libro 1, Título 4, Capítulo 1, y Libro 2.

[188] CPP Nación, 391 y 392.

[189] El TEDH (Tribunal Europeo sobre Derechos Humanos) ha aclarado en sus sentencias suficientemente la irregularidad de esta información como fundamento de la sentencia, conforme al estatuto fundamental de un Estado de Derecho: "Unterpentingen vs. Austria", serie A, nº 110, 1986; "Kostovsky vs. Países Bajos", Serie A, nº 166, 1989; "Windisch vs. Austria", nº 186, 1990; "Ludi vs. Suiza", Serie A, nº 238, 1992.

Con ello, nuestra legislación procesal penal se coloca en una posición de atraso respecto de la legislación universal en el ámbito de influencia históricamente correspondiente, sin incorporar razones de peso para provocar el cambio del sistema hacia un enjuiciamiento más acusatorio, por ende, más adaptado al Estado de Derecho, y más eficiente, argumentos que examinaremos más adelante, en el punto *b*. La principal y más pesada tarea del ministerio público fiscal, la preparación de su propia demanda de justicia –la acusación que requiere el juicio público o el pedido de sobreseimiento–, resulta así, por regla, algo menos que desconocida para nuestras leyes procesales penales.

II. *El procedimiento intermedio*. Aun dentro de este esquema, la *acusación* o el *requerimiento de citación a juicio* es un acto que, en principio, corresponde a la competencia del ministerio público fiscal o, mejor dicho, del acusador[190]. Se trata, sin duda, de una atribución importante, pues, mediante ese dictamen, el acusador limita el contenido material del juicio y de la sentencia[191]. Éste es también el caso, incluso, cuando se produce una ampliación de la acusación en el debate, pues ese acto representa una facultad exclusiva del ministerio público fiscal[192]. Con ello se logra la base de sustentación del principio superior que postula la exigencia de un *tribunal imparcial* –esto es, en términos negativos, no sospechado de parcialidad– encargado de presenciar el debate y dictar la sentencia[193]. Pero tal base de sustentación, sin

[190] CPP Nación, 346 y 347; CPP Córdoba, 354 y 355; CPP Tucumán, 354 y 355; CPP Mendoza, 362; CPP Salta, 358; CPP Catamarca, 309; CPP La Rioja, 373; CPP Sgo. del Estero, 240; CPP La Pampa, 316; CPP Jujuy, 322 y 323; CPP Corrientes, 355 y 357; CPP Entre Ríos, 351; CPP Chaco, 329; CPP Costa Rica, 303.

[191] CPP Nación, 401 y 381, IV; CPP Córdoba, 410 y 388, V; CPP Tucumán, *idem*; CPP Mendoza, 434 y 413; CPP Salta, 430 y 409; CPP Catamarca, 359; CPP Sgo. del Estero, 347; CPP La Pampa, 370 y 350; CPP Jujuy 395 y ; CPP Corrientes, 427 y 406; CPP Entre Ríos, 408 y 387; CPP Chaco, 384 y 364; CPP Costa Rica, 365, I.

[192] Ver los artículos citados en segundo término en la nota anterior (191), salvo el CPP Costa Rica, 347, que permite que el querellante particular, que obra al lado de la fiscalía, amplíe también su acusación.

[193] Cf. MAIER, Julio B. J., *¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho?*, en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Ed. Marcos Lerner/La Lectura, Córdoba (RA), 2001, p. 790; y además, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional de España, en la nota 139 de este parágrafo, ps. 345 y s. (también esta obra, t. I, § 7, B, 3, III, ps. 755 y siguientes).

duda necesaria, no es suficiente y registra además, en la ley positiva, ciertas excepciones que, en principio, son, al menos, cuestionables.

En primer lugar, no es sólo la acusación fiscal o el requerimiento de elevación a juicio el acto que fija el objeto intangible del debate, que, precisamente, tiene por fin específico conocer, discutir y decidir acerca de la hipótesis de hecho *concreta, precisa* y *circunstanciada* que le expone la acusación, sino que, además, los códigos argentinos colocan también en ese lugar y con los mismos efectos al *auto de elevación a juicio*, cuando existe, esto es, a la decisión del juez del procedimiento intermedio –regularmente el juez de instrucción o el tribunal de apelaciones de ese período procesal– que resuelve la oposición de la defensa a la acusación, con el objeto de que no se celebre el juicio, por vía de una excepción o de la instancia de sobreseimiento[194]. Con ello, la acusación ha perdido su carácter de exclusividad en el gobierno del objeto del juicio, a manos de la decisión de un tribunal que puede modificarla y agregar ciertas circunstancias no contenidas en el requerimiento fiscal, que agravan el mismo hecho punible (la relación parental en el homicidio, por ejemplo) o lo transforman en su significado jurídico (dolo en lugar de imprudencia, por ejemplo). La excepción está constituida por los nuevos CPP de Córdoba y de Tucumán, que sólo mencionan como referente a la acusación fiscal y sólo leen, en la apertura del debate, la acusación[195].

En segundo lugar, el CPP Nación, 348, II, ha introducido un nuevo método para solucionar la disputa entre el ministerio público fiscal, que opina que el imputado no debe ser llevado a juicio y, por ende, requiere el sobreseimiento, y el juez, que estima que no es el caso de sobreseer, sino, precisamente, de decidir la solución opuesta, abrir el juicio. Cualquiera que sea la opinión del otro acusador eventual, en los delitos de acción pública, esto es, la opinión del querellante particular, la ley involucra en la disputa al tribunal de apelaciones instructorias, quien decide el conflicto entre el fiscal y el juez de instrucción y, en su caso, si "entiende que corresponde elevar la causa a juicio", así lo decide, aparta al fiscal interviniente e instruye al fiscal que continuará el procedimiento. Aunque la ley nada expresa, parece conveniente interpretarla en el sentido de que, formalmente, el fiscal reemplazante produce la acusación, conforme a las instrucciones del tribunal de apelación. Con ello, empero, sea por vía indirecta, según la solución arriba adoptada, o sea por vía directa, si el tribunal de apelaciones dicta el auto de elevación a juicio, lo cierto es que la ley ha colocado la función de acusar, *in extremis*,

---

Un caso extremo y extraño está representado por la República de Chile y su antiguo código de procedimientos penales, hoy reemplazado parcialmente (por regiones): según su ley procesal investiga el juez penal (supresión de la fiscalía) quien, al final del denominado *sumario*, formula la acusación e, inclusive, trata esa acusación, en el denominado *plenario*, supuestamente contradictorio, pero al cual se incorpora la encuesta escrita y reservada del sumario, y dicta sentencia a continuación.

194 CPP Nación, 401, I; CPP Mendoza, 434, I; CPP Salta, 430, I; CPP Catamarca, 359, I; CPP Sgo. del Estero, 347; CPP La Pampa, 370, I; CPP Jujuy, 395, I; CPP Corrientes, 427, I; CPP Entre Ríos, 408, I; CPP Chaco, 384, I.

195 CPP Córdoba, 410 y 382; CPP Tucumán, *idem*; del mismo modo, CPP Costa Rica, 365, I, no menciona al *auto de apertura del juicio* (arts. 321 y 322), que tampoco lee en la *apertura* del juicio (art. 341).

en las manos de un tribunal de justicia. Tal solución es hoy no sólo cuestionable políticamente, sino, incluso, desde el punto de vista del Derecho positivo, dada la definición constitucional del ministerio público y, por ende, de la fiscalía, cómo organismo de decisión autónomo, no dependiente de las autoridades del Poder Judicial (CN, 120)[196]. Adviértase que la misma solución corresponde, según la regla referida, cuando el querellante particular estima que la causa debe ser remitida a juicio, cualquiera que sea la opinión del juez de instrucción.

Esta solución introduce una modificación sustancial a la tradicional en los códigos argentinos, consistente en resolver el conflicto por la vía interna del ministerio público fiscal (superior jerárquico), obligado a pronunciarse sobre el rechazo del juez de instrucción al pedido de sobreseimiento formulado por el agente fiscal: el superior jerárquico, que prefiere acusar y remitir la causa a juicio, provoca la sustitución del fiscal del caso, por quien logra la acusación según el fundamento proporcionado por el dictamen de su superior; caso contrario, la anomalía consiste en que la decisión de sobreseer el procedimiento en favor del imputado corresponde a la fiscalía, que, por opinión coincidente de dos fiscales –o de uno solo, en el juicio correccional– obliga al juez a dictar, de manera puramente formal, el sobreseimiento[197]. El Proyecto de CPP Nación, que inclusive sancionó en primer término la Cámara de Senadores de la Nación, fiel a su antecedente inmediato, el CPP La Pampa, no solucionaba este problema y contenía una auténtica *laguna*, frente a la cual cualquier solución era posible, inclusive aquella de proceder a la elevación a juicio sin acusación de la fiscalía, hipótesis que no resultaba ser la más descabellada frente a las reglas que ese proyecto contenía.

Sin duda, no resulta sencillo resolver mediante reglas este caso general del procedimiento, pues, para los países que aceptan el valor del *principio de legalidad*, aplicado a la persecución penal, el dilema se presenta en forma de: "el control de la legalidad de los actos de la fiscalía por los tribunales de justicia vs. la máxima que impone que no hay juicio sin acusación –de la fiscalía y extraña al tribunal– que lo determine y encause"[198]. Dado el momento procesal en el que nos hallamos, el caso general a resolver se

[196] Ver este parágrafo, A, 2, *b*, XI, ps. 349 y ss.; y cf. también la literatura jurídica citada en la nota 33 de este parágrafo, ps. 303 y siguiente.

[197] CPP Córdoba [1970], 364; CPP Mendoza, 371; CPP Salta, 367; CPP La Rioja, 382; CPP Catamarca, 316; CPP Sgo. del Estero, 249; CPP Corrientes, 363; CPP Entre Ríos, 357; CPP Chaco, 336; CPP Costa Rica (1973), 347; regla conservada en los nuevos CPP Córdoba, 359, CPP Tucumán, 359 y CPP Costa Rica, 302, II y III, con un procedimiento algo más complejo y para cuando la víctima no ha hecho uso de su derecho de querellar. Sin embargo, si la víctima o sus sustitutos, constituidos en querellante particular, acusan y requieren la remisión a juicio, y el juicio se abre con sustento único en la querella particular, la solución del CPP Costa Rica, 319, II, y 321, II, es otra: transformación práctica en acción de ejercicio privado, al parecer otro caso distinto a los regulados por el art. 20, pues no respeta sus condiciones y opera automáticamente frente a una situación procesal dada, que detalla la regla citada.

[198] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., t. II, § IV, nº 3 y ss., ps. 211 y ss., en cuanto a este último principio, derivado de las prohibiciones que, en forma de máxima, rezan: *ne procedat iudex ex officio* o *nemo iudex sine actore*; más allá de ello, sobre el problema en sí mismo, cf. ÁLVAREZ, Alejandro E., *El control jurisdiccional de los requerimientos acusatorios o conclusivos del ministerio público*, en MAIER (comp.), *El nuevo CPP de la Nación. Análisis crítico*, cit., ps. 153 y siguientes.

presenta en forma dilemática, de modo que no existe forma pura de resolver normativamente el conflicto sin sacrificar, al menos parcialmente, alguna de las máximas en juego: o se prefiere que los jueces, en caso de conflicto, impongan a la fiscalía su opinión sobre el caso, en el sentido de que corresponde acusar y abrir el juicio, o, por lo contrario, se prefiere que la fiscalía, también en el caso conflictivo, imponga al tribunal del procedimiento intermedio su opinión acerca de sobreseer la imputación. En ambos casos, la decisión material de abrir el juicio o sobreseer le corresponde al oficio estatal que, según la ley, impone su opinión, pues el hecho de conservar los papeles en el procedimiento, obligando a la fiscalía a acusar, por decisión del tribunal, o a este último a sobreseer, por decisión de la fiscalía, sólo importa una formalidad que nada oculta. La decisión que favorece al principio *ne procedat iudex ex officio* importa, en verdad, debilitar el principio de legalidad por intermedio de la destrucción de su control jurisdiccional previo, de modo tal que implica el más amplio reconocimiento político posible del principio de oportunidad para la fiscalía, en cuya órbita interna se desarrolla, únicamente, ese control, con valor decisivo en el procedimiento. Así lo prevé, por ejemplo, de manera absoluta, sólo para el juicio correccional, el nuevo CPP Córdoba (1991), 414, III, que veda al juez la condena, si el fiscal no la requiere, e, inclusive, el condenar a una pena más grave que la requerida por la fiscalía en su informe al final del debate. La decisión contraria, en cambio, importa, a la par de un estricto control de legalidad de las decisiones de la fiscalía por parte de los tribunales, un cierto menosprecio para la defensa del imputado, que termina por resistir una hipótesis conformada e imputada sólo por los tribunales de justicia, sin la intervención persecutoria de acusador alguno o, mejor dicho, con su intervención meramente formal, aspecto que genera gran confusión acerca de los papeles que juegan en el procedimiento penal los diferentes oficios estatales[199]. Se puede evitar parcialmente, sin embargo, esta visión que se expresa sólo "en blanco y negro" y admitir diversas tonalidades de grises. Por de pronto, no es totalmente cierto que, si se decide la cuestión en el ámbito de la fiscalía, con valor para el procedimiento, desaparezca el control judicial de legalidad, pues tanto por el sistema sancionatorio disciplinario del ministerio público, como a través del hecho punible que supone cierto apartamiento del principio del art. 71 del CP (cf. CP, 274), tal control, aunque externo al procedimiento en sí mismo, se supone existente: sólo se debe aclarar que, agotada la vía para obtener la decisión en la fiscalía, la solución procesal parece incuestionable. Del otro lado, tampoco es del todo cierto que el control jurisdiccional de los tribunales de justicia durante el procedimiento provoque una ruptura atroz de la *imparcialidad*, pues esta solución supone que los jueces que decidieron la necesidad de imputar penalmente están excluidos para integrar el cuerpo de decisión que juzgará esa imputación. Pero esta solución, a juzgar por la recepción que ha tenido en la literatura jurídica –aquí múltiplemente citada–, parece hoy impracticable para nosotros de frente al nuevo art. 120 de la CN (reforma 1994). Existen, por supuesto, posibilidades intermedias, si se acepta el papel protagónico de la víctima en el procedimiento penal por delito de acción pública. Así, el CPP Costa Rica, por ejemplo, per-

199 Este sería el argumento casi oculto de las decisiones de nuestra Corte Suprema en los casos "Tarifeño", "García" y otros, llamados a modificar los criterios que utiliza el CPP Nación para resolver estos conflictos o aquellos que había impuesto la jurisprudencia de la CNCP, criterio hoy vacilante (ver nota 34 de este parágrafo, p. 304).

mite, en este caso, que la víctima requiera y prosiga el juicio (arts. 319, II, y 321) y, para ello, ella es informada convenientemente (art. 300). El CPP Chubut, 203, permite que la fiscalía sobresea el procedimiento, con noticia al ofendido (art. 186, inc. 1)[200], quien está facultado por la ley para obtener el control jerárquico interno de la decisión (arts. 186, inc. 5, 187, I, y 207) e, incluso, para impugnar judicialmente ante la corte de casación –Tribunal Superior provincial– la decisión del superior jerárquico en el servicio (art. 187, II).

Según se observa, el papel de la fiscalía durante este momento del procedimiento también resulta, de una u otra manera, empobrecido, pese a su importancia capital para el desarrollo de un procedimiento que desea una asimilación formal más vigorosa al proceso penal de corte acusatorio. Ese papel resulta aún más desmejorado con soluciones como las del CPP Nación, 348, II, que colocan, en caso de conflicto, la decisión final sobre la apertura del juicio público en manos de los tribunales de justicia. Por lo demás, el procedimiento intermedio, por sí mismo, carece de una importancia general para la ley argentina, pues sólo se abre, facultativamente, por decisión de la defensa, cuando resuelve objetar la acusación e intentar impedir, de ese modo, el juicio público, y su decisión final –apertura del juicio o clausura de la persecución penal (sobreseimiento)–; además, la decisión de ese período del procedimiento sólo se funda en los registros labrados por el juez de instrucción, sin posibilidad alguna de ofrecer prueba, de manera vinculante para el instructor, dentro de él y, como si ello fuera poco, tal período procesal es, regularmente, presidido y decidido por el juez instructor, que impuso el procesamiento. En cambio, cuando la actividad defensiva desiste de ejercer la facultad, la acusación determina, directamente, la promoción del juicio público, situación procesal que la práctica reproduce de ordinario, pues, estratégicamente, no parece convenir a la defensa, de ordinario, la afirmación judicial renovada, cercana al juicio, de la imputación penal, casi segura si, como regulan la mayoría de los códigos procesales penales, el artículo es decidido por el mismo juez que dictó el procesamiento. Aún más, en el procedimiento por citación directa, para los códigos que lo autorizan, el procedimiento intermedio, prácticamente, desaparece.

Cualquiera que sea la solución que se adopte para el dilema expuesto en el texto, un *procedimiento intermedio* obligatorio, que consista en un debate, en forma de *audiencia preliminar*, en el cual todos los intervinientes discutan, inclusive de la mano de medios de prueba que pue-

[200] Cf. su definición en CPP Chubut, 185.

den incorporarse en la audiencia, acerca de la corrección, necesidad y conveniencia de llevar a cabo el juicio público o, por lo contrario, de clausurar la persecución penal, introduciría cambios de importancia en el procedimiento penal y podría lograr cierto protagonismo esencial en el órgano que, por declamación de la propia ley, cumple la función de acusador.

III. *El juicio.* Evitemos pensar en la hipótesis –más que descabellada– de un juicio sin acusación; pero aún más, evitemos pensar en la hipótesis de una acusación formal, obtenida por la vía de la obediencia a los tribunales de justicia, cuando ellos son los que obligan a la fiscalía a acusar. Pensemos, entonces, en un fiscal dispuesto a defender su acusación en el debate y a realizar esfuerzos para lograr una condena. También en este caso toda la estructura de realización del juicio público, en nuestro Derecho positivo, decolora la actuación de la fiscalía, en homenaje a los poderes del tribunal, y la relega, junto a la defensa, a un papel secundario. Según nuestras leyes, son los jueces que integran el tribunal de juicio quienes dominan –dejando de lado las facultades de dirección y disciplina, propias de ellos–, también, este período del procedimiento penal, conforme a la distribución de las facultades para obrar en él.

Nuestro juicio público no es, originaria e históricamente, ni siquiera desde el punto de vista formal, un período claramente acusatorio del procedimiento, en el cual el acusador o los acusadores y la tarea defensiva dominen la presentación del caso ante los jueces, a semejanza de aquello que se titula *proceso de partes* (en el Derecho anglosajón: *adversarial*). Por lo contrario, su reglamentación se aleja considerablemente de ese modelo. El peso de la tarea de realizar el juicio público recae sobre el cuerpo de decisión judicial, unipersonal o colegiado, que va a decidir por sentencia sobre la acusación; acusador y defensor están colocados allí antes bien para controlar la legitimidad de la actividad que cumplen los jueces, que como protagonistas principales del juicio. Por de pronto, ellos no dominan la presentación del caso y, por ello, tampoco la estrategia a seguir para lograr una decisión favorable al interés concreto que defienden en él[201]. Si bien a la acusación y a la

201 El CPP Buenos Aires, 354, II, intenta corregir este defecto de partida, de una manera que no me convence: suprime la lectura de la acusación, requerimiento aprobado judicialmente para la promoción del juicio público –esto es, en verdad, aquello que no me convence–, y lo suplanta por la exposición sintética y oral de los planteos del acusador y al [illegible]

defensa les corresponde, en principio, la facultad de ofrecer prueba para el juicio[202], aun con ciertas limitaciones, las facultades del tribunal de incorporar prueba de oficio, incluso como forma de suplir la omisión de la fiscalía, son amplísimas, antes del debate, al prepararlo, durante el curso del debate y, también, durante la deliberación de la sentencia, con reapertura del debate[203]. De esta manera, la estrategia final respecto de la influencia sobre la decisión (táctica procesal) y la presentación del caso ante los jueces no pertenece al acusador, ni tampoco a quien se defiende, sino que, antes bien, queda, por principio, en manos de los propios jueces del caso –al proceder de oficio sin limitarse a escuchar y decidir–, quienes, más que moderadores (poder de dirección y disciplina de la audiencia) de una disputa y árbitros (jueces) de una decisión, resultan convertidos, a través de estas facultades *extra-decisorias*, en protagonistas principales del conflicto y de su solución. He allí, en la pura forma y estructura de una institución base del procedimiento acusatorio, el juicio público, la supervivencia de los postulados básicos de la inquisición y la razón principal del título que prefiero dar a este tipo de enjuiciamiento: procedimiento *inquisitivo reformado*. De esta tendencia se apartan los nuevos CPP Córdoba, CPP Tucumán y CPP Buenos Aires[204], que, según dijimos, procuran, ostensiblemente, acercarse, aun cuando sólo formalmente, al modelo del proceso de partes.

Aquí, sin embargo, no finaliza esta caracterización del juicio y de los papeles que en él cumplen los intervinientes, en especial, la fiscalía. Sin agotar el catálogo de facultades que acreditan esa caracterización, se puede observar también que el interrogatorio de los órganos

202 CPP Nación, 355; CPP Mendoza, 387; CPP Salta, 383; CPP, La Rioja, 386; CPP Sgo. del Estero, 306; CPP Catamarca, 318; CPP La Pampa, 324; CPP Corrientes, 381; CPP Entre Ríos, 361; CPP Chaco, 339; CPP Córdoba y Tucumán, 363; CPP Costa Rica, 304.

203 CPP Nación, 356, II, 357, I, 387, 388 y 397; CPP Mendoza, 388, 389, 419 y 430; CPP Salta, 384, 385, 415 y 426; CPP La Rioja, 387, 388, 418 y 431; CPP Catamarca, 319, 321, 346 y 355; CPP Sgo. del Estero, 307, 308, 335 –no admite la reapertura del debate–; CPP La Pampa, 325, 326, 357 y 366; CPP Jujuy, 382 y 392; CPP Corrientes, 382, 383, 417 y 423; CPP Entre Ríos, 362, 363, 393 y 404; CPP Chaco, 340, 341, 371 y 380; CPP Costa Rica, 320, 327, 355, 362.

204 CPP Córdoba, 362, 363, 365 y 400; CPP Tucumán, *idem*; CPP Pcia. de Buenos Aires, por inexistencia de reglas que permitan al tribunal decidir de oficio una instrucción suplementaria (art. 338), la incorporación de nuevos medios de prueba al debate (art. 363) o reabrir el debate una vez concluido para ello (art. 371).

de prueba (testigos y peritos) y la incorporación de otros medios de prueba en el debate depende, en un grado elevado, de los jueces que integran el tribunal sentenciador: ellos interrogan al imputado y a los órganos de prueba durante el debate, según la ley[205], e incorporan la prueba restante[206]. Según se observa, quien representa a la fiscalía en la audiencia del debate –la misma afirmación es válida para el imputado y su defensor–, lejos de ser un protagonista principal de la incorporación del material que los jueces utilizarán en la sentencia para decidir, sólo desempeña un papel secundario. Ese papel, básicamente, consiste en un control de la actividad de los jueces, bien por ampliación de las preguntas dirigidas al imputado o a los órganos de prueba durante el interrogatorio respectivo, con la venia del presidente del tribunal, bien por solicitud para que quien preside la audiencia o el tribunal (cuerpo de decisión) ejerza las facultades que le concede la ley para incorporar prueba al debate. El control de las partes se acentúa, en casos que signifiquen apartamiento de reglas que legitiman el debate como tal, mediante el poder de protesta (recurso de reposición) y la posibilidad de recurrir en casación la sentencia desfavorable. Basta presenciar un debate realizado según estas reglas, para advertir de qué modo se decolora el papel que cumple el acusador –también el del imputado y su defensor– y cómo se agiganta la tarea y el poder que incumbe a los jueces en el procedimiento. En este aspecto representan también una excepción las nuevas leyes procesales penales de las provincias de Córdoba, Tucumán y Buenos Aires. Han desaparecido de su texto las facultades excepcionales concedidas a los jueces del debate y la sentencia y, en su lugar, han adquirido un papel más protagónico el representante de la fiscalía, por una parte, y el defensor, por la otra[207].

[205] CPP Nación, 378, 384, I, y 389; CPP Mendoza, 410, 416 y 418; CPP Salta, 406, 412 y 418; CPP La Rioja, 409, 415 y 421; CPP Catamarca, 338, 344 y 347; CPP Sgo. del Estero, 326, 332 y 338; CPP Jujuy, 374, 379 y 385; CPP La Pampa, 347, 353 y 358; CPP Corrientes, 403, 410 y 413; CPP Entre Ríos, 384, 390 y 396; CPP Chaco, 361, 367 y 372.

[206] CPP Nación, 382 y 385; CPP Mendoza, 413 y 414; CPP Salta, 410 y 413; CPP La Rioja, 413 y 416; CPP Catamarca, 342 y 345; CPP Sgo. del Estero, 330 y 333; CPP Jujuy, 377 y 380; CPP La Pampa, 351 y 354; CPP Corrientes, 407 y 412; CPP Entre Ríos, 388 y 392; CPP Chaco, 365 y 368.

[207] Respecto del interrogatorio de órganos de prueba: CPP Córdoba, 393 y 396; CPP Tucumán, *idem*; CPP Pcia. de Buenos Aires, 360 y 364. El CPP Costa Rica, 351 y 352, también varía las características de los interrogatorios durante el debate de manera de tornarlos más parecidos al procedimiento de partes.

El verdadero papel de acusador de la fiscalía –y también el que cumplen los demás intervinientes en el procedimiento– asoma en todos los códigos, como no podía ser racionalmente de otra manera, en la discusión final, durante los informes previos a la clausura del debate[208]: allí, casi como auténticas partes de un procedimiento, los intervinientes en el debate revelan su interés verdadero en el caso e intentan fundar su requerimiento en el contenido concreto de los actos del debate y en la ley penal, para influir sobre la decisión de los jueces. Pero es absolutamente cierto, también, que la solución jurídica exigida allí por esas partes, tampoco limita, por regla general, las facultades del tribunal[209].

IV. *Los recursos*. En las impugnaciones de decisiones jurisdiccionales recobra valor, con todo su alcance, el *principio dispositivo*, emanado, sin duda, del respeto por la *autonomía de decisión* o *de voluntad* de las personas interesadas o, mejor dicho, afectadas por la solución del caso contenida en esas decisiones[210]. Específicamente, la sentencia de-

[208] CPP Nación, 402; CPP Córdoba, 402; CPP Mendoza, 426; CPP Salta, 422; CPP La Rioja, 425; CPP Catamarca, 350; CPP Sgo. del Estero, 352; CPP Jujuy, 390; CPP La Pampa, 362; CPP Corrientes, 419; CPP Entre Ríos, 400; CPP Chaco, 376; CPP Tucumán y Córdoba, 402; CPP Costa Rica, 356 y 357.

[209] CPP Nación, 401, I; CPP Córdoba, 410; CPP Mendoza, 434; CPP Catamarca, 351; CPP Sgo. del Estero, 347; CPP La Pampa, 370; CPP Jujuy, 395; CPP Corrientes, 427; CPP Entre Ríos, 408; CPP Chaco, 384; CPP Tucumán y Córdoba, 410; CPP Costa Rica, 365 (ver, sin embargo, en este último Código, art. 346). Hasta qué punto la limitación es importante ya lo advierte NÚÑEZ, *CPP Córdoba anotado*, art. 414, nº 2, p. 393. Cf., sin embargo, las sentencias de la CSN ya mencionadas *supra* (nota 34 de este parágrafo, p. 304) y también MAIER, y LANGER, *Acusación y sentencia*, cit., ps. 617 y ss. –comentario a esas sentencias–. La CSN nunca decidió este punto por unanimidad de todos sus miembros; últimamente ha puesto en tela de juicio e, incluso, revertido la línea jurisprudencial que, sintéticamente, impedía condenar sin el requerimiento respectivo de la fiscalía en los informes finales del debate: en "Cáceres, Martín H.", *Fallos*, t. 320, p. 1891, y, luego, en "Fiscal c/Fernández, Pedro" (F.18.XXXV), *Fallos*, t. 324, p. 425, no obtuvo mayoría el criterio contrario al resumido antes hasta que, en "Marcilese, Pedro Julio y otro s/homicidio calificado" –causa nº 15.888/98, resuelta el 15/08/2002–, el juez FAYT cambia su criterio por el de la entonces minoría y la CSN consigue así regresar enteramente sobre sus pasos. Contamos con un comentario de este último fallo, de PEREYRA, Pablo E., *Modelo acusatorio y persecución estatal. Sobre los aciertos y desaciertos en la disputa por la relevancia de las conclusiones del ministerio público fiscal*, en "Nueva Doctrina Penal", cit., 2002/A, ps. 189-207.

[210] CPP Nación, 432, II, 443 y 445; CPP Córdoba, 443, II, 454 y 456; CPP Mendoza, 485, 491 y 493; CPP Salta, 478, 484 y 486; CPP La Rioja, 477, 482 y 484; CPP Catamarca, 393, 397 y 399; CPP Sgo. del Estero, 390, 391 y 395; CPP Jujuy, 432 y 433; CPP La Pampa, 405, 415 y 417; CPP Corrientes, 469, 479 y 481; CPP Entre Ríos, 454, 464 y 466; CPP Chaco, 411, 421 y 423; CPP Tucumán y Córdoba, 443, II, 454 y 456; CPP Costa Rica, 422, II, 424, 430 y 431.

finitiva sólo es revisable –por la vía de la casación (comprendida en ella todos los demás recursos que denominamos extraordinarios, por los límites a su objeto) y, en su caso, de la revisión– cuando alguno de los afectados por ella la recurre y en la medida del recurso interpuesto. De allí que los interesados –entre ellos la fiscalía que manifiesta el interés del Estado en la persecución penal– gobiernen este período eventual del procedimiento penal. La razón de que así esté previsto, en contra de la regla que gobierna, según hemos visto, los períodos anteriores del procedimiento, parece residir en la satisfacción plena del ordenamiento jurídico con la realización del proceso de conocimiento, hasta arribar a la sentencia de mérito, como exponente del *juicio previo*, exigido por el Estado de Derecho para fundar formalmente una decisión penal sobre el caso; el resto –las impugnaciones contra la decisión– pertenece a los afectados, pues nuestro Derecho positivo no conoce, por regla general, la impugnación *ministerio legis*, en ninguna de sus formas[211]. En el capítulo de los recursos, por lo tanto, el procedimiento penal alcanza el punto máximo de semejanza con el *proceso de partes*.

Puede ser observado como cuerpo extraño a este principio, la facultad de recurrir sin interés real u objetivo, conforme al contenido de la sentencia. El *principio de objetividad*, que gobierna entre nosotros la tarea de la fiscalía, tiene su resonancia o correlato, en materia de recursos, cuando se permite que ella se sienta afectada por la decisión, si esa decisión perjudica al imputado, esto es, que la fiscalía se vea afectada por un interés ajeno o, simplemente, establecido por la ley, razón por la cual la ley le concede la facultad de "recurrir inclusive a favor del imputado"[212]. La referencia a la posibilidad de recurrir el capítulo civil de la sentencia penal, que en algunos códigos provinciales acompaña a la facultad de recurrir a favor del imputado, no sólo es incorrecta, sino, además, extremamente confusa.

211 La reunión de oficio del tribunal de casación en pleno (ley nacional nº 24.050, art. 10) constituye –incluido allí el particular recurso de casación que le sigue (art. 11)– un cuerpo extraño dentro de la reforma aprobada, autoritario sin duda y conservador del régimen introducido desde antiguo en la justicia federal: cf. DE LA RÚA, Fernando, *El recurso de casación en el Derecho positivo argentino* [*El recurso de casación*], 2ª parte, sección tercera, ps. 517 y ss.; del mismo autor, *La casación penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, V, ps. 289 y ss.; D'ÁLBORA, *CPP Nación anotado*, cit., ps. 496 y s.; PALACIO, Lino E., *Los recursos en el proceso penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, Cap. X, nº 55, p. 180; similar, en razón de las necesarias características del procedimiento, su brevedad y su rapidez, el art. 10, II, de la ley nacional nº 23.098 (*habeas corpus*).

212 CPP Nación, 433; CPP Córdoba, 444; CPP Tucumán, 444; CPP Mendoza, 485; CPP Salta, 478; CPP La Rioja, 477; CPP Catamarca, 393; CPP Sgo. del Estero, 390; CPP Jujuy, 432; CPP La Pampa, 406; CPP Corrientes, 470; CPP Entre Ríos, 455; CPP Chaco, 412.

Complejo es resolver el enigma acerca de si esta facultad, derivada de la ley procesal penal y ligada al deber de objetividad, preside la actuación de la fiscalía, en el sentido de transformarse en un *deber funcional* de sus agentes; más conflictiva aún es la relación de esta solución con la descripción de conductas típicas que penalizan el proceder de los fiscales: CP, 249, 271 y 272. Aunque para dilucidar el tema sería conveniente un estudio monográfico, la regla observa la redacción típica de un texto que consigna una facultad y, por lo contrario, no refiere, textualmente, a la concreción de un deber. Son imaginables, sin embargo, multitud de casos que demuestran, por una parte, lo inconveniente que resulta, en variadas ocasiones, afirmar este deber de objetividad general en cabeza de la fiscalía, sin pasar por el tamiz del examen de la verdadera parte a la que se pretende auxiliar, el imputado y, especialmente, su defensor (por ejemplo: ofrecimiento de prueba cuyo resultado exacto se desconoce o cuya valoración no se puede anticipar [¿circunstancias para la medición de la pena?][213]), y, por la otra, casos en los cuales la afirmación de un *deber de lealtad*, consistente en no ocultar información al imputado y su defensa, representa el primer deber a cumplir, al menos antes de, en casos excepcionales –defensa ligera o, al menos, lábil–, ejercitar la facultad de recurrir en favor del imputado. Por lo demás, se ha señalado la *esquizofrenia funcional* a la que conduce la atribución a un mismo órgano de la función de perseguir penalmente al imputado y, al mismo tiempo, la de defenderlo o favorecerlo[214].

V. *La ejecución penal.* La ejecución del dispositivo de la sentencia, en especial, de las penas, no representa, entre nosotros, una tarea de la fiscalía, sino, antes bien, de los tribunales que la dictan o del *juez de*

[213] Supóngase, por ejemplo, que, a contrario de aquello que sucede en el Derecho positivo actual (CP, 24 y leyes modificatorias), el encarcelamiento preventivo sea desvalorado en relación a la pena privativa de libertad –1/2 día de prisión preventiva por 1 día de pena de prisión–, caso en el cual el recurso del fiscal "en favor del imputado" detenido, al evitar que la sentencia quede firme, que el condenado comience a cumplir la pena y así prolongar su encarcelamiento procesal, redundaría, de hecho, si no triunfa el recurso, en un perjuicio para el condenado.

[214] Cf. Bovino, *Ingeniería de la verdad*, cit.; y del mismo autor, *La persecución penal pública en el Derecho anglosajón*, cit., p. 78, quien une la aspiración a la *neutralidad* u *objetividad* en la tarea de la fiscalía, considerada por él como una ficción peligrosa –al punto de señalar que una ficción idéntica fundó la aparición de la Inquisición–, con la cuestión de la ubicación institucional del ministerio público, un error político histórico de nuestros sistemas penales, en tanto apartan esta función –la de *seguridad común*, que contiene la política de *persecución penal*– de quien debe procurarla inmediatamente, el Poder Ejecutivo o la administración de un Estado, o mediatamente, el Poder Legislativo mediante el control presupuestario de todas las actividades de la administración pública, para conceder esa atribución al Poder Judicial, dentro del cual se ubica al ministerio público fiscal antes bien por conveniencia de sus agentes, pero en desmedro de la función que ellos cumplen, o desembocar en la creación de un *órgano extrapoder*, con la pretensión de lograr así autonomía funcional, que arriesga un "*autismo institucional* de consecuencias imprevisibles" (destacado nuestro).

ejecución[215], a contrario de lo que se prevé en otros derechos positivos, según los cuales el ejecutor natural es el ministerio público fiscal, sin perjuicio de las decisiones –importantes– que pertenecen a los tribunales[216]. Pero la fiscalía interviene necesariamente en los llamados *incidentes de ejecución*, forma según la cual se dirime a las cuestiones principales de la ejecución penal, planteadas por él, por el condenado o por su defensor ante el juez competente para darles solución[217].

VI. *Auxilio a la víctima: la acción civil.* Algunos códigos argentinos, siguiendo el ejemplo del CPP Córdoba (1939), le encomiendan a la fiscalía ejercer, al mismo tiempo que la acción penal, la acción civil en representación de la víctima, ya cuando ella se la delegue, o bien cuando se trate de un incapaz sin representación[218]. Además, algunos códigos le conceden también a la fiscalía la representación del Estado, cuando él resulta titular del derecho reparatorio[219]. Sin perjuicio de la discusión, de *lege ferenda*, acerca del papel de la fiscalía para la conservación y representación de los derechos de las víctimas[220], no parece una solución posible, ni inteligente en nuestro Derecho positivo, conforme a las características estudiadas que gobiernan la persecución penal pública, concederle a la fiscalía la representación de esos intere-

215 CPP Nación, 490; CPP Córdoba, 500; CPP Tucumán, 500; CPP Mendoza, 534 y 540; CPP Salta, 530 y 531; CPP La Rioja, 524 y 525; CPP Catamarca, 461; CPP Sgo. del Estero, 445 y 447; CPP Jujuy, 478, 479 y 480; CPP La Pampa, 461; CPP Corrientes, 525; CPP Entre Ríos, 508; CPP Chaco, 467; CPP Costa Rica, 453.

216 Ver OPP (RFA), § 451; cf. ROXIN, *DPP*, cit., § 56, B, I, ps. 502 y siguiente.

217 CPP Nación, 491; CPP Córdoba, 502; CPP Tucumán, 502; CPP Mendoza, 541; CPP Salta, 532; CPP La Rioja, 526; CPP Catamarca, 444; CPP Sgo. del Estero, 448; CPP Jujuy, 481; CPP, La Pampa, 462; CPP Corrientes, 527; CPP Entre Ríos, 509; CPP Chaco, 468; CPP Costa Rica, 454, 457 y 458, *II, c.*

218 CPP Córdoba [1939], 15; CPP Mendoza, 15; CPP Sgo. del Estero, 11; CPP La Pampa, 16, 2°; CPP Chaco, 18; CPP Costa Rica, 39 (pero con la importante diferencia que no encomienda el ejercicio a la fiscalía penal, sino a un abogado de una oficina de defensa civil de las víctimas, adscripta al ministerio público general).

219 CPP Mendoza, 15, 1°; CPP La Pampa, 16, 1°; CPP Sgo. del Estero, 11, 3°. Hoy, en el orden nacional, esa delegación legal está, por principio, prohibida (ley nacional n° 24.946 [*Orgánica del Ministerio Público*], art. 27; en Costa Rica interviene la Procuraduría General de la República (oficio similar a la Procuración del Tesoro en el Estado federal argentino o las fiscalías de Estado en las provincias), incluso cuando se trata de delitos que afectan intereses colectivos o difusos.

220 Cf. BOVINO, *La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos*, cit., plantea una reorganización interesante de los órganos de persecución penal estatales desde el punto de vista de un papel predominante en auxilio de las víctimas.

ses en caso alguno. El principio de *objetividad*, que gobierna la actividad del ministerio público fiscal, y aun el principio de *legalidad*, conspirarán contra la correcta defensa de los intereses de las víctimas y, más aún, plantearán problemas de deslealtad profesional (prevaricato profesional) y una colisión de deberes indudable para el funcionario de la fiscalía que, al mismo tiempo, deba procurar la verdad histórica objetiva del caso y la correcta aplicación de la ley penal, por una parte, y defender el derecho restitutorio o reparatorio de la víctima de un delito, mediante la acción civil *ex delito*, por la otra. Por ello es preferible, entre nosotros, cuando se organiza y concibe al ministerio público fiscal como acusador penal en los delitos de acción pública, conforme a aquellos principios, delegar la acción civil en otro funcionario que no esté vinculado al desarrollo de la persecución penal[221].

b) La jerarquización de la tarea de la fiscalía

I. Según ya lo advertimos, la segunda mitad del siglo XX, en nuestra materia, en nuestro orden cultural y en los llamados delitos de acción pública, se caracteriza, en gran medida, por rescatar el papel de actor que le corresponde al ministerio público por intermedio de *la fiscalía*: un sinnúmero de facultades que antes correspondían a los jueces, o no existían, son hoy, en la mayoría de los países, aun sin variaciones de principio sustanciales para la persecución penal, patrimonio de la actividad de la fiscalía en el procedimiento penal. Pioneros de esta transferencia fueron, entre nosotros, el Proyecto CPP Nación (1986), que, bajo la notoria influencia de la transformación habida en la OPP de la RFA, culminada en 1975 con la supresión total de la *instrucción jurisdiccional*[222], precede, inclusive, a los nuevos códigos de

[221] CPP Salta, 15, para la defensa del Estado; CPP Catamarca, 12; CPP Entre Ríos, 16; CPP Chaco, 17, para la defensa del Estado; CPP Córdoba (1991), 25 (para la defensa de la víctima). Conforme a los principios estudiados, que gobiernan entre nosotros la actuación de la fiscalía, un mismo oficio –y, conforme a nuestra organización tradicional, un mismo funcionario– debería, en principio, bregar en algunos casos por el sobreseimiento o la absolución y, al mismo tiempo, por la condena civil, situación que, si bien jurídicamente no es imposible de ser pensada, plantea problemas evidentes de defensa de intereses contrapuestos; de la misma manera, un buen acuerdo reparatorio para la víctima, para el cual sea condición la renuncia al ejercicio de la acción penal, es impensable para la fiscalía.

[222] Se trata de la Primera Ley para la reforma del Derecho procesal penal (*1. StVRG*), pero la transformación comienza ya en la época del nacional-socialismo (cf. PETERS, *Strafprozeß*, cit., § 12, I, 2, p. 62).

Italia y Portugal, ubicados en esa línea política: en la legislación positiva argentina, tributarios de esa tendencia, son, nuevamente, el CPP Córdoba [1991], cuyo proyecto sirvió de modelo al CPP Tucumán, sancionado el mismo año y algo más tenue en sus postulados reformistas, y el mismo CPP Nación que, aunque desordenadamente, mediante retazos, se inclina sin prisa pero sin pausa hacia esa realidad jurídica moderna.

La reforma principal se ubica en el período preliminar del procedimiento penal, en la llamada instrucción preparatoria. Hoy la responsabilidad por la investigación del hecho punible y la tarea de preparación de la acusación –o, inversamente, del requerimiento que clausura la persecución penal– corresponde a la fiscalía. Se ha dicho, por ello, que el ministerio público fiscal (la fiscalía) es el *amo* o el *señor* de la investigación o del procedimiento preliminar y que su tarea en el procedimiento reconoce allí su *centro de gravedad*[223]; aquí se centra, sin duda, modernamente, su tarea más pesada y, también, la más importante, pues ella es la que más le permitirá influir sobre el procedimiento[224]. Ello significa también la desaparición del juez de instrucción, antiguo inquisidor cuya conservación postuló la reforma del siglo XIX[225]. En ese sentido evolucionó, a lo largo del siglo XX, cada vez con mayor vigor, la legislación alemana, hasta arribar a la tesis antes citada. En el mismo sentido se pronuncian hoy la legislación procesal penal italiana y portuguesa, en sus nuevos códigos procesales penales. Entre nosotros, según ya se advirtió, así lo postulan los nuevos códigos de las provincias de Córdoba y de Tucumán (1991), que extendieron la *citación directa* –procedimiento preparatorio de la fiscalía– a todos los casos, con una sola excepción (privilegio constitucional del imputado) y, según se puede observar, no tardarán en pronunciarse las leyes por venir (ver Proyecto Santa Fe [1993]): uno de los indicios que conduce a esa conclusión está representado por la cláusula abierta del CPP Nación, 196, modo que halló el legislador nacional (Cámara de Diputados) para atemperar los efectos nocivos de la posición político-procesal del Proyecto que se convirtió en código federal[226]. El nuevo CPP Costa Rica ha partido de la transformación apuntada, siguiendo al CPP Modelo para Iberoamérica.

Uno de los efectos que se procura mediante esta solución es dotar de una *base jurídica*, desde el comienzo de la persecución penal, a los actos de investigación que cumple la policía, a la par de constituir a la fiscalía en el garante inmediato, por su actividad de control, de que los procedimientos policiales se ajusten a las reglas básicas del

223 ROXIN, *DPP*, cit., ps. 53 y 58; BEULKE, Werner, *Strafprozeßrecht*, Ed. C. F. Müller, Heildelberg, 1994, § 5, I, 1, ps. 31 y siguiente.

224 Cf. ROXIN, *DPP*, cit., § 37, p. 326.

225 Para apreciar esta verdad, cf. su ubicación y funciones históricas en FENTANES, Enrique, *La policía judicial. Teoría y realidad*, Ed. Biblioteca Policial (PFA), Buenos Aires, 1968, nº 6, ps. 38 y siguientes.

226 Ver *Informe del Dictamen de mayoría* e *Informe del Dictamen de minoría* de la H. Cámara de Diputados, al sancionar el código vigente, e *Informe del Ministro de Justicia*, proponiendo reformas al Proyecto en el Senado de la Nación.

Estado de Derecho[227], todo ello sin perjuicio del control mediato que corresponde a los jueces en el procedimiento, sobre todo cuando se trata de injerencias estatales en el ámbito de derechos básicos (libertades) de los individuos. A pesar de que la tarea preliminar de investigación cambió de manos, se conoce que, en una gran medida, el éxito de una investigación penal está confiada, al menos en los delitos tradicionales (*convencionales*, según se los denomina), a la labor de los funcionarios policiales, sobre quienes recae el grueso de la tarea investigativa o la ejecución de medidas con ese fin. Por ello, se ha caracterizado al ministerio público fiscal, también, como una *cabeza sin (que carece de) manos*[228]. Los funcionarios policiales son o deben ser, efectivamente, los principales *auxiliares* de la fiscalía, sometidos a sus mandatos e instrucciones, al menos en la tarea procesal que les toca llevar a cabo. A ellos les corresponderá el grueso de las investigaciones criminales, sobre todo en los delitos *"de calle"*, esto es, cumplidos en la vía pública o en lugares de acceso público, y en aquellos que representan el ejercicio de la violencia física. Es por ello que las relaciones entre fiscalía y policía son hoy objeto de estudio monográfico[229]. Es posible e imaginable que todo lo contrario suceda en los delitos no tradicionales (llamados *no convencionales*) o, cuando menos, en algunos de ellos, por ej., en el ámbito de la criminalidad económica[230], en cuya investigación el ministerio público, por intermedio de sus fiscales, es quien lleva a cabo, principalmente, la tarea de investigarlos (instruirlos) directamente.

II. En orden de importancia, respecto de la modificación de la función que se espera desarrolle el ministerio público fiscal, cabe aglutinar una serie de posibilidades, antes inexistentes durante la vigencia extrema del principio de legalidad, facultades que se refieren, de manera genérica, a las relaciones de la fiscalía con las demás personas protagonistas del procedimiento penal y a la expresión de su voluntad como determinante de la ausencia o transformación de la persecución penal. En apretada síntesis, ellas son las siguientes:

1. Aplicación del principio de oportunidad, para prescindir de la persecución penal o tan sólo de la persecución penal pública en ciertos casos que determina la ley, que le concede facultades específicas para ello.

227 ROXIN, *Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben*, cit., ps. 385 y 388.

228 Expresión que corresponde a Eduard KERN: cf. ROXIN, *DPP*, cit., § 10, B, I, p. 57.

229 GÖSSEL, Karl-Heinz, *Reflexiones sobre la situación del ministerio público en el procedimiento penal de un Estado de Derecho y sobre sus relaciones con la policía [Reflexiones]*, en "Doctrina Penal", cit., 1981, ps. 621 y ss.; AMBOS, Kai, *Control de la policía por el fiscal versus dominio policial de la instrucción*, en "Tribunales de Justicia", nº 3, Madrid, marzo 2002, ps. 15 y siguientes.

230 Cf. ROXIN, *Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben*, cit., p. 388 y ss.; MAIER, Julio B. J., *Delincuencia socio-económica y reforma procesal penal*, en "Doctrina Penal", cit., 1989, ps. 514 y ss.; PASTOR, Daniel R., *¿Es conveniente la aplicación del proceso penal "convencional" a los delitos "no convencionales"?*, en MAIER, Julio B. J. (comp.), *Delitos no convencionales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1994, ps. 269 y siguientes.

2. Acuerdos con el imputado y su defensa para transformar la persecución penal materialmente, cuando se procura una solución distinta a la penal para el caso (suspensión del procedimiento a prueba: CP, 76 *bis* y ss.) o tan sólo un consenso sobre la pena a cumplir[231], o bien formalmente, para llevar a cabo un *procedimiento simplificado*[232].

3. Auxilio a la víctima del delito, mediante las posibilidades de transformar la persecución penal, hasta prescindir de ella, en favor de la adopción de un sistema distinto que repose sobre la reparación del daño (hoy llamado tercera vía del Derecho penal)[233]. Desde el punto de vista del Derecho procesal penal ello se traduce en el ingreso de la tentativa de *conciliación autor–víctima* al procedimiento penal[234].

III. Una configuración formal distinta de la estructura del juicio, especialmente del debate, que reduzca el protagonismo y señorío de los jueces sobre el contenido material del procedimiento, para aislar sus facultades de decidir en la sentencia, con el objetivo de remarcar su *imparcialidad*, se traduce, inmediatamente, en la adquisición por parte de la fiscalía de un papel protagónico y principal en él, en conjunto con otros participantes en el procedimiento[235]. La fiscalía se deberá ocupar de la presentación de *su* caso y no sólo mediante la interposición de la acusación, sino, además, a través del ofrecimiento de prue-

231 *Patteggiamento sulla pena*, CPP Italia, 444 y siguientes. Cf. Corso, Piermaria, *El nuevo Codice di Procedura Penale* (4ª ed.), Ed. La Tribuna, Piacenza, 1995, con jurisprudencia, ps. 1134 y siguientes. Entre nosotros ya ha tomado carta de ciudadanía el *procedimiento o juicio abreviado* (CPP Nación, 431 *bis*; CPP Pcia. de Buenos Aires, 395 y ss.; CPP Córdoba, 415), que no sólo implica un acuerdo sobre el rito, sino, también, sobre la pena, y que posee diferente alcance según la ley procesal penal en la cual se inserte (al respecto, sobre la competencia legislativa federal o local, De la Rúa, Jorge, *Un agravio federal*, en "La Ley", Buenos Aires, t. 1997/D, ps. 1198 y siguientes). Para un estudio del instituto –que ha suscitado enormes críticas– en el Derecho argentino y comparado, cf. Maier, Julio B. J. y Bovino, Alberto (comps.), *El procedimiento abreviado*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001.

232 Cf. Maier, Julio B. J., *Mecanismos de simplificación del procedimiento penal*, Consiglio Nazionale delle Ricerche, Roma, 1991, v. 3, ps. 325 y ss.; CPP Italia, 438 y ss. (*Patteggiamento sul rito*). Cf. Corso, *Il nuovo Codice di Procedura Penale*, cit., ps. 1107 y siguientes.

233 Cf. Roxin, *Strafrecht AT*, cit., t. I, § 3, III, ps. 67 y ss.; Maier, Julio B. J., *El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal argentino*, en Binder, Alberto M. y Maier, Julio B. J. (comps.), *El Derecho penal hoy. Homenaje al Prof. David Baigún*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, § 1, ps. 27 y siguientes.

234 Cf., por ej., CPP Costa Rica, 30, *j* y *k*, y 36.

235 Bovino, Alberto, *El juicio y la CN*, en Maier (comp.), *El nuevo CPP Nación. Análisis crítico*, cit., II y ss., ps. 172 y siguientes.

ba que verifique su hipótesis o la verdad acerca de los elementos que ella contiene y de la incorporación de esa prueba en el debate; a ella le corresponderá, también, un acentuado papel de contradictor de la defensa, en la exposición e incorporación de los medios de prueba propios y ajenos.

IV. La participación protagónica de la fiscalía en los recursos, particularmente en aquellos interpuestos contra la sentencia, ya ha sido estudiada bajo el cristal de las garantías del imputado en un Estado de Derecho[236]. A contrario de la idea que domina el nuevo procedimiento penal, consistente en conceder mayores facultades y responsabilidades a la fiscalía, la única reforma posible en materia de recursos consiste en una disminución de sus facultades en este período: si los recursos son considerados, por vía de principio, una garantía para el imputado en un procedimiento penal, según establecen las convenciones sobre derechos humanos (*Pacto de Derechos Civiles y Políticos* de la ONU, 14, nº 5; *Convención Americana de Derechos Humanos*, 8, nº 2, *h*), se sigue de ello que la ley debería negar a la fiscalía la facultad de recurrir la sentencia absolutoria o la condenatoria benigna, y, de esta manera, sólo poseerá una instancia, el procedimiento común, para lograr la condena pretendida del acusado (inadmisibilidad del recurso del acusador contra la sentencia de absolución o de condena, cuando se procura una decisión más desfavorable para el acusado [*reformatio in peius*]). La tesis se corresponde con una noción estricta del *ne bis in idem*, de difícil realización, por lo discutida, en la reforma actual del procedimiento, que resulta más natural para el sistema que emplea el *juicio por jurados*. Una extensión a todo el procedimiento penal de esta concepción no resulta difícil y redundará en cierta abreviación de su duración y en cierta simplificación de su complejidad.

V. Según sucede ya en la investigación preliminar, y de la misma manera a como sucede en el Derecho privado, conviene que el ejecutor natural de las sentencias de los jueces sea la fiscalía. De tal manera, a semejanza de aquello que ocurre con la policía en el proceso de conocimiento, el servicio de prisiones o penitenciario será auxiliar directo de la fiscalía para llevar a cabo la ejecución penal y él controlará

[236] Ver esta obra, t. I, § 6, E, 4, ps. 632 y ss., y II, ps. 705 y siguientes.

jurídicamente, de modo inmediato, ese servicio. Los tribunales cumplirán, así, un papel más imparcial respecto de la ejecución penal, dedicados a decidir aquellos casos de conflicto entre el condenado y el ejecutor de la condena, comprometido sólo con la observancia de las reglas de un Estado de Derecho durante el cumplimiento de la condena, y no comprometido, en cambio, con la eficacia o eficiencia de la ejecución de la pena según sus fines.

c) Conclusión

La función que hoy, en nuestro Derecho positivo, le corresponde a la fiscalía en el procedimiento penal no la sitúa como una protagonista de primera importancia en él, ni la responsabiliza por la eficiencia del procedimiento en cuanto realizador de las normas penales, a pesar de la altisonante proclamación legal acerca de la titularidad de la acción penal pública[237] y de los esfuerzos político-doctrinarios por definir su posición externa como independiente de los demás poderes del Estado (CN, 120), incluso mediante una organización del oficio presuntamente compatible con ese paradigma (ley nacional nº 24.946 [*Organización del Ministerio Público* federal]). Ella cumple, conforme a sus facultades, más una función de control posterior sobre la actividad de los jueces, que, según se predica, una tarea propiamente activa, provocante de esa actividad; y, consecuentemente, los tribunales cumplen, en grado menor, una actividad caracterizada no sólo por el control de la acción de la fiscalía, para ajustarla a la ley y, fundamentalmente, a la particular óptica política del Estado de Derecho, como de ordinario se describe abstractamente su función, sino que, en grado mayor, su función consiste en una tarea activa y creadora respecto del caso planteado, conforme a las facultades reales que les concede la ley procesal penal.

La existencia de un juez inquisidor, que reúne el material para requerir el juicio público del imputado (acusación) o el sobreseimiento de la persecución penal contra él, las facultades del tribunal (cuerpo de decisión) para incorporar prueba de oficio a ese juicio y hasta la de obligar al fiscal a provocarlo, y, por último, el encargo de ejecutar sus propias sentencias, constituyen las pruebas principales de ese modo de ser del procedimiento penal actual. Tanto es así, que la jurisprudencia, casi invariablemente, en

237 CPP Nación, 5.

presencia de un caso conflictivo que define este panorama, ha optado casi siempre, con diversos fundamentos, por seguir el camino que nosotros hemos descripto, según sucedió ya en los primeros fallos del tribunal de casación[238].

Los recursos, al parecer apartados de esta regla descriptiva de la función de tribunales y fiscalía, en realidad la confirman, no sólo porque se trataría de una excepción, sino, antes bien, porque constituyen, en verdad, el mecanismo jurídico mediante el cual se lleva a cabo el control de los jueces superiores sobre la actividad de los inferiores (justicia de gabinete, organizada jerárquicamente), mediante los buenos oficios de la fiscalía que así logra, también, ejercer ese control sobre la actividad de los jueces inferiores, caracterizante de su tarea procesal penal actual.

La reforma del procedimiento y de la administración de justicia penal, hoy preocupación principal de estadistas y juristas, se debe preguntar primero por esta realidad jurídica y por la necesidad o conveniencia de transformarla –si, como parece indudable, subsiste la persecución penal pública como base indiscutida del sistema–, antes de preocuparse por la reubicación institucional del oficio y por su organización.

B. LA POLICÍA

1. Sobre su historia

I. A contrario de aquello que sucede con el ministerio público penal, el concepto "policía" es muy antiguo. La palabra misma proviene del griego antiguo (en caracteres latinos = *polis*), cuyo significado equivale a la organización social ática, el *Estado-ciudad*, y, más directamente, de la palabra *politeia*, que designa la cualidad de una persona de ser gregaria y convivir con otros bajo una organización social, en ese entonces, ser ciudadano de un Estado-ciudad[239]. En este sentido, algo más adelante, PLATÓN equiparó el término a la misma organización social o constitución estatal de su época[240] y ARISTÓTELES introdujo el calificativo que definía ese orden social como digno de ser respetado (buen orden) y, con ello, el concepto que representaría la base ma-

238 Ver este parágrafo, notas 33, p. 303 y s., y 132, ps. 343 y s., la bibliografía y la jurisprudencia citadas en ellas.

239 Cf. VON TUREGG, Kurt Egon y KRAUS, Erwin, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht* (4ª ed.), Ed. W. de Gruyter, Berlin, 1962, Cap. 31, 2, *a*, p. 440.

240 PLATÓN, *Republica* (trad. de Antonio CAMARERO), Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1963 (6ª ed., 1972), Libro II, 369, XI, Libro V, 449, I, Libro VIII, 543, I, ps. 160, 283 y 423.

terial de la definición moderna del concepto "policía" en el Estado nacional y su primera conformación política, el absolutismo monárquico: *orden público* y *bien común*[241].

El desarrollo posterior del concepto de policía[242], sobre todo al final de la Edad Media y hasta el siglo XVIII, tiene como notas principales no sólo la confusión o sobreposición con el concepto de administración o, mejor dicho, con la actividad estatal en sentido amplio –una vez conocida y avanzada la centralización del poder político–, de manera tal que todas las ramas de la administración pública estuvieron comprendidas en él (finanzas, seguridad interna y externa –defensa o ejército–, justicia, asuntos exteriores), sino, antes bien, la idea material del *bien común* y de *buen orden* de la vida comunitaria, tal como ARISTÓTELES lo había propuesto[243]. Pero el concepto "bien común" y, más aún, el de "buen orden social" representan antes bien una fórmula abierta, a llenar con contenidos políticos dependientes de los fines propuestos para una organización social determinada o de los fines y tareas emprendidos y realizados por esa organización, que una determinación material precisa del contenido del concepto "policía" o de la tarea a realizar por los funcionarios que ejercen ese poder y sus límites[244]. Sólo para mencionar un buen ejemplo, que nos interesa, el concepto de policía en el Estado absoluto, del cual deriva su identificación como *Estado de policía*, no sólo comprendía prácticamente todas las

[241] Cf. ARISTÓTELES, *Política* (trad. de ANTONIO GÓMEZ ROBLEDO), Ed. Porrúa, México, 1967, Libro Primero, I, Libro Tercero, V y VII, ps. 157, 204, 210. Una contraposición sintética entre la ciudad platónica (de la *República*), por boca de SÓCRATES, y la aristotélica, que incluye su constitución para lograr el *bien común*, en el Libro Cuarto, III (p. 224). Por este sentido de la organización social y política del Estado-ciudad, ARISTÓTELES acuñó el significado de la palabra griega *politeia*, con conocimiento de su alcance general para designar cualquier forma de organización común o social, como representativo de su forma ideal de mancomunarse para lograr el orden y bien comunes, sinónimo de felicidad y virtud para los convivientes, esto es, con claro sentido ideológico o de contenido político material: para la forma de gobierno que llamó *República* o *gobierno constitucional*, régimen mixto entre *oligarquía* y *democracia* (Libro Cuarto, V, p. 228, y Libro VII, ps. 278 y siguientes).

[242] Para la historia del concepto, con especial referencia al desarrollo alemán, MAIER, Hans, *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre*, Ed. Dtv, München, 1986.

[243] Cf. DENNINGER, Erhard, *Polizei in der freiheitlichen Demokratie*, en AA.VV., *Polizei und Strafprozeß im demokratischen Rechtsstaat*, Ed. Suhrkamp (tb Wissenschaft), Frankfurt, 1978, p. 104.

[244] Cf. DENNINGER, *idem*, p. 104 y ss.; TUREG y KRAUS, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, cit., p. 441.

ramas de la administración pública, tal como fue descripto y es concebido por el Derecho público –administrativo–, sino que, además, se confundía con la teoría del Estado y llenaba los conceptos generales descriptos, que presidían la tarea policial, con la capacidad para intervenir coactiva y regulativamente en la existencia individual, en razón del "bien común" y del "buen orden comunitario", por esa época en cualquier ámbito de esa existencia personal, supeditada siempre a la razón de Estado o al bienestar general, definido por esta razón de Estado, conformada por quien lo presidía.

El Estado de Derecho, el Estado liberal-burgués, según sus bases regulativas, no pudo llenar estos conceptos con aquellos contenidos materiales, que implican la supremacía de la soberanía estatal sobre la persona humana individual en todo momento, la confusión entre el poder estatal y el Derecho o, quizá mejor dicho, el Derecho definido por el poder y la necesidad estatal. A la Ilustración le debemos el renacimiento de la dignidad, desarrollo y felicidad individual como fin del –o razón de– Estado y, con ello, la necesidad de hallar un nuevo punto de equilibrio en la tensión entre poder estatal y Derecho. Ese nuevo punto de equilibrio consistió en desprender del concepto "policía" su necesaria referencia, en el Estado absoluto, al bienestar general como su definidor material. La referencia a la *defensa contra los peligros* emanados de las relaciones de convivencia, concepto emergente de aquellos que gobernaban la definición de la tarea policial durante la monarquía ilustrada, dejó de lado, después de la Ilustración, las injerencias estatales en los ámbitos privados, económicos o financieros y culturales, esto es, la búsqueda individual del desarrollo o de la felicidad, para dedicarse preferentemente al control de aquellas conductas que lesionaban gravemente la paz y el orden públicos en la organización social, esto es, para concentrar sus fuerzas en la zona que hoy, genéricamente, designamos como Derecho penal, incluidas allí las contravenciones al orden ciudadano[245]. La búsqueda de la felicidad individual pasó a ser una cuestión que competía a cada ciudadano, gobernada por su propia voluntad, que desplazaba a la decisión esta-

[245] WALDMANN, Peter, *El nacimiento de la policía moderna en la Alemania del siglo XIX y algunas conclusiones relacionadas con la América Latina de hoy* [*El nacimiento de la policía moderna*], en *Justicia en la calle*, Ed. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín (Colombia), 1996, 2, p. 35; TUREGO y KRAUS, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, cit., Cap. 31, 2, *d*, p. 441; DENNINGER, *Polizei in der freiheitlichen Demokratie*, cit., ps. 108 y siguiente.

tal; sólo el "espacio público" correspondía a la decisión estatal, y de él tan sólo aquél concerniente a evitar la violencia y la reacción individual en la vida de relación –conservar la paz social mediante el monopolio estatal de la fuerza o coacción– y a mantener la organización social. Con ello, con la desaparición de ciertos ámbitos del concepto de policía, limitación consecuente del poder en el Estado liberal, y su definición positiva a través del núcleo significativo relativo a la tarea de *evitar los peligros*, se coloca la piedra fundamental para la aparición de la *organización policial*, de la *Policía* como *institución*, aquel cuerpo de funcionarios cuya función y tarea nos interesa estudiar en el ámbito del procedimiento penal. Del concepto material de policía, regularmente denominado entre nosotros *poder de policía* por el Derecho administrativo, pasamos a su concepto formal, que circunscribe el ámbito de funcionarios conocido bajo esa denominación y las tareas que ellos desarrollan (competencia); es sencillo verificar que estos conceptos –material y formal– no sólo no se superponen, sino que, además, los hoy llamados funcionarios policiales son regularmente competentes para la realización de funciones o tareas estatales que superan el concepto material de policía –entre ellas la propia persecución penal de hechos punibles–, por una parte, y que funciones policiales típicas, conforme al concepto material de policía, son encomendadas a órganos y funcionarios estatales que carecen de esa denominación o no son ubicados comúnmente según ella[246]. A nosotros nos interesa más, en este punto, una vez aclarado el comienzo histórico de la función estatal de policía (concepto material), la *Policía* como institución (concepto formal), por las tareas importantísimas que ella cumple en un sistema penal que parte, como regla de principio, de la persecución penal pública.

II. Al igual que el ministerio público penal –la fiscalía– y el Derecho penal, en general, la policía no es, en su forma institucional actual, una organización que hunde sus raíces en la historia antigua. El Estado absoluto, a pesar de su desmesurada expansión conceptual del poder estatal y, con ello, del concepto material de policía (poder de policía), no logró crear una organización de funcionarios estatales eficiente y efec-

[246] Cf. Vogel y Martens, *Gefahrenabwehr*, cit., § 3, pág. 33 y siguientes.

tiva: "la capacidad [práctica] de control y de penetración del monarca y de sus agentes burocráticos [en la vida de los súbditos] –de enorme alcance conceptual– era muy limitada"[247].

Contrasta el sistema de sanciones de la Inquisición, repleto de amenazas penales gravísimas y crueles al extremo, con la posibilidad real del Estado de arribar a su aplicación en un número de casos significativo, precisamente por el desarrollo rudimentario del aparato estatal encargado de la aplicación de esas leyes; antes bien, se trataba de un sistema cruel de sanciones abstractas utilizadas arbitrariamente, en casos aislados, de un poder que no pretendía transformarse en deber del Estado, ni siquiera en relación a la seguridad de los ciudadanos, sino, tan sólo, manifestarse como aquello que era, poder del Estado o del monarca que constituía su personificación, para su propia conservación y la conservación del poder o de las bases de la organización social fundada en ese poder concentrado[248].

El poder de policía, extenso conceptualmente, se resumía en funcionarios dispersos –vigilantes, diurnos y nocturnos, guardabosques–, no profesionales o escasamente educados para la función, y en la milicia, encargada tanto de la defensa externa como de la seguridad interna, y garante del poder monárquico. Allí donde la seguridad brindada oficialmente es pobre, las milicias de ciudadanos, que se organizan espontáneamente para brindarse a ellos mismos el servicio, aparece irremediablemente, aún frente a casos concretos. Este es el caso de la seguridad tanto rural como urbana de la época –la Santa Hermandad en España y en América colonizada es un ejemplo de ello–, incluso porque las propias corporaciones o estamentos desarrollan este poder. Cualquier semejanza con la realidad actual *no* es pura imaginación.

El nacimiento de la policía como institución profesional está ligado esencialmente a los movimientos sociales y políticos del siglo XIX. Sintéticamente expresados: el proceso de industrialización y, con él, el proceso de urbanización y crecimiento geométrico de la población en

[247] WALDMANN, *El nacimiento de la policía moderna*, cit., 2, ps. 33 y s., cuyas explicaciones, de neto corte sociológico, sigo en adelante, genéricamente. En la cita, las expresiones entre corchetes y entre guiones son mías, para reemplazar explicaciones más amplias del texto completo, con las cuales mis agregados resultan obvios.

[248] Algo similar es aquello que hoy ocurre con la afirmación dogmática de los principios de persecución penal de oficio y de legalidad en materia procesal penal: el Estado no posee un aparato de observación para llevar a la práctica el principio en dimensiones aceptables –la cifra negra u oculta a la persecución penal oficial es elevadísima y, prácticamente, todos los casos comienzan por la denuncia de la víctima o de un tercero–, ni ello resulta deseable como programa político; antes bien, interesa el poder de perseguir penalmente atribuido al Estado y la regulación de la conducta de los funcionarios que lo hacen efectivo, por una parte, y la máxima como expresión de la igualdad de todos frente a la ley penal, por la otra. Tampoco el Estado asume la obligación consiguiente al fracaso del principio, indicio suficiente para avisarnos que no lo considera como un deber inherente a él.

las grandes ciudades, convertidas en metrópolis; la conformación de una burguesía urbana poderosa y el nacimiento del proletariado industrial y urbano; y, como consecuencia de ello, la lucha de clases conscientes de su poder y de sus formas de manifestación, que provocaba disturbios de consideración en forma de protestas urbanas multitudinarias, sólo contenibles por el ejército, institución que pronto mostró la inidoneidad de sus métodos tradicionales para tratar esta clase de conflictos –internos–, cuyas intervenciones desembocaban generalmente en acontecimientos luctuosos y en un agravamiento de las condiciones según las cuales se desarrollaba originariamente el conflicto social.

El proceso de industrialización generó rápidamente una corriente migratoria hacia las grandes ciudades que provocó su crecimiento geométrico. Ello, por una parte, creó condiciones de miseria y desorganización en núcleos urbanos no preparados para tamaña explosión demográfica (proceso de urbanización), cuya infraestructura física y administrativa no respondía a esas necesidades; por otra parte, se originaron así relaciones sociales y condiciones de vida muy diferentes a aquellas propias de la organización social vecinal, que antes gobernaban la vida ciudadana. Ello generó, a su vez, un crecimiento geométrico de problemas ya conocidos pero en otra dimensión –higiene, salud, agua, provisiones, desechos y residuos, tráfico– y, como consecuencia, un aumento también importante de la criminalidad urbana, proveniente de las condiciones de miseria y pobreza extremas de una parte de la población, proceso que todavía hoy puede observarse en las grandes ciudades, especialmente en las capitales latinoamericanas.

Si a ello se le agrega la necesidad de seguridad y paz social de la burguesía urbana, de poder ya manifiesto en el siglo XIX, no sólo respecto de sus propiedades y de sus bienes o valores principales, sino también en relación con el mantenimiento del sistema político, cuestionado por las protestas y la rebeldía del proletariado urbano industrial, las exigencias de protección por parte de esta burguesía –remisa a ejercer la violencia por sí misma y a armarse para ello– al Estado, que de este modo reivindicaba para sí el uso exclusivo de la fuerza legitimada por el Derecho, y, por último, el reconocimiento de la diferencia entre el enemigo exterior y el rebelde interior o el adversario político, entre el conflicto externo y el conflicto interno, que no podía ser resuelto de la misma manera, están dadas todas la condiciones para la aparición de la policía profesional e institucionalizada que hoy conocemos.

Promediando el siglo XIX se produce la simbiosis entre la reducción del concepto material de policía, propia del Estado liberal, que ahora sólo abarca problemas básicos de seguridad relativos a la paz social y al mantenimiento del orden político, por una parte, y la diferenciación necesaria entre conflicto externo e interno para su tratamiento, estos últimos imposibles de encarar cotidianamente como una agresión externa y con los métodos de una guerra, dominados por el par conceptual "amigo-enemigo", por la otra. Todo ello provoca el

resultado del nacimiento de la policía institucional moderna, cuya tarea específica se limita al mantenimiento del orden interno básico. La policía aparece, entonces, como una organización burocrática y profesional, dependiente de la separación de la respuesta ante la agresión o peligro exterior –asunto militar[249]– y aquella que demanda la necesidad de mantener el orden interno. En el Estado resultante después de la Ilustración esta necesidad se confunde, básicamente, con la de prevenir la comisión de hechos punibles y responder a ellos cuando son cometidos, función casi excluyente de la policía-institución, sobre todo si dejamos de lado otras competencias menores que le son adjudicadas, impropias de esa tarea o escasamente vinculadas con ella.

Todo ello explica que la policía naciera primero como institución comunal en las grandes ciudades, y también su unidad institucional frente a las funciones bien diferentes que le toca cumplir[250]. La policía representa el monopolio de la fuerza pública por parte del Estado en el orden interno, es su órgano ejecutivo cuando, para cumplir sus decisiones, es necesaria la aplicación de la fuerza, en ese caso, legitimada jurídicamente.

La policía conoce, desde su nacimiento, esa confusión de tareas, unas relativas a la prevención del desorden interno, entre las cuales se ubica la prevención de hechos punibles, funciones claramente ejecutivas, otras relativas a la reacción frente al hecho punible, en cumplimiento de las cuales obra por sí misma o auxilia a fiscales y jueces, funciones que, tradicionalmente, se han calificado como judiciales, y hasta, originariamente, cumplía ciertas funciones legislativas, relacionadas con el logro del orden interno por disposición propia, muy cuestionadas según las reglas del Estado de Dere-

[249] No se debe creer que la separación entre seguridad exterior e interior, ejército y policía, responde sólo a problemas teóricos o de adecuación al sistema del Estado de Derecho, con punto inicial en la Ilustración. Antes bien, son problemas políticos prácticos los que determinan la separación: por una parte, el ejército, con su forma bipolar de enfrentar situaciones –enemigo/amigo–, producía catástrofes represivas al enfrentar huelgas o manifestaciones, o acciones delictivas como si fuera una guerra y así agravaba los conflictos por la rigidez de su actuación y los resultados provocados, donde, en lugar de ese modo de ser, se precisaba, en lo posible, la malcabilidad de la negociación y compromisos intermedios; por la otra, esta misma forma de actuación frente a gente no armada y el verse involucrado en conflictos internos de clase traía aparejado, seguramente, el desprestigio del ejército en la población. Se necesitaba un cuerpo profesional que manejara estos conflictos de otro modo menos rígido y más individualmente, con iniciativa personal. Cf. WALDMANN, *El nacimiento de la policía moderna*, cit., 4, 38 y siguientes. Según observaremos posteriormente, la creación de la Policía de Londres, por el duque de Wellington, responde directamente a esta separación entre ejército y policía (ver *infra*): algo similar se puede decir de la policía de París (Prefectura de París), ambas creadas en la primera mitad del siglo XIX.

[250] Para la defensa de esta unidad institucional, el libro de FENTANES, *La policía judicial. Teoría y realidad*, citado.

cho, mediante los edictos policiales referidos al orden público –mejor dicho: al orden en lugares públicos–, que implicaban, de ordinario, ciertas funciones judiciales sancionatorias para sus agentes (multas y privaciones de libertad pequeñas). La policía argentina conservó todas esas funciones y hasta, en más o en menos, aquellas funciones legislativas y sancionatorias, objeto de discusiones con repercusión judicial. La confusión entre su labor preventiva (ejecutiva) y de auxilio judicial soporta desde hace años, entre nosotros, la crítica teórica, que incluso ha sido entendida en el sentido de la separación institucional entre una policía ejecutiva y una judicial; sobre estas dos funciones, fundamentales en la tarea policial, incursionaremos en el próximo número, pero únicamente con referencia al hecho punible. Hasta la creación de los llamados *servicios penitenciarios* la policía argentina también tuvo a su cargo la ejecución de las penas privativas de libertad y de las medidas de coerción procesales que implicaban la privación de la libertad locomotiva, esto es, el orden en las prisiones; en menor medida, todavía algunas policías provinciales conservan esa atribución.

Se designa como paradigmas de la creación de cuerpos policiales institucionales organizados, a la policía inglesa y a la francesa, sin duda modelos diferentes por las características políticas de cada país[251]. La primera parte de un sistema descentralizado, en el que la policía local es la base de su organización: no es una policía del Estado y, por ende, política, sino, antes bien, una policía vecinal, dependiente de las administraciones locales, más concentrada en su labor judicial y de servicio al vecino[252]; por ese motivo, ella resulta, también, más dependiente de su tarea de auxilio al acusador –en EE.UU. todavía es característica la policía de investigación en estrecho contacto con el fiscal–, una policía más civil y profesionalizada, para la cual la decisión personal del funcionario interviniente y técnicas de disuasión y persuasión son más importantes que el orden jerárquico, el mando y la obediencia[253].

En cambio, la policía francesa sigue, en principio, el sistema opuesto, centralizado –en consonancia con la forma de gobierno del país y de su administración: unitarios–,

[251] Síntesis ilustrativa en Ballbé Mallol, Manuel. *Modelos policiales comparados: el horizonte europeo*, en "Harlax", nº 3 y 4, Ed. Servicio de Formación, Perfeccionamiento y Estudios de la Policía del País Vasco (*Erizaintza*), 1991, ps. 193 y siguientes.

[252] Cf. Bovino, *La persecución penal pública en el Derecho anglosajón*, cit., ps. 41 y siguientes.

[253] Se establece como fecha inicial de su institucionalización el 28 de junio del año 1829, con la Policía Metropolitana de Londres (*Metropolitan Police*), bajo el ministerio del Duque de Wellington, y luego prosigue con la creación de otras policías locales. Precisamente, fue el Duque de Wellington quien, después de acontecimientos luctuosos provocados por el ejército al reprimir protestas (St. Peter, en especial, la llamada *batalla de Peterloo*, en alusión ridiculizante para el Duque de Wellington, vencedor de Napoleón en Waterloo), crea un cuerpo civil para los asuntos internos, con la misión de no repetir la experiencia y evitar el desprestigio del ejército, al aplicar su método característico para la solución de problemas internos, según ya lo vimos en el texto.

Una exposición actual del sistema policial del Reino Unido en Tupman, W. A., *La estructura del servicio británico de policía*, en "Harlax", nº 10, cit., 1994, ps. 65 y siguientes. Cf. también, con referencias bibliográficas, Fentanes, *La policía judicial. Teoría y realidad*, cit., § 24, ps. 83 y ss.; y Bovino, *La persecución penal pública en el Derecho anglosajón*, cit., II. 3, ps. 42 y siguientes.

dependiente de la autoridad política interna (Ministerio civil). Su historia comienza ya con la *Gendarmerie*, un desprendimiento del ejército, con fuerte sentido militar: los valores jerárquicos y de sujeción al mando de la autoridad superior predominan por sobre la decisión del funcionario que interviene en un caso concreto[254]. Denominada *Maréchaussée* en sus comienzos (siglo XVI, creada por el rey Francisco I), era un desprendimiento del ejército al que competía la seguridad y la persecución de los crímenes en las zonas rurales. Después de la Revolución francesa (1791) toma el nombre de Gendarmería nacional y aumenta considerablemente el número de efectivos en escaso tiempo; muchos de ellos integran, posteriormente, los ejércitos de Napoleón. Todavía hoy existe la Gendarmería Nacional, con una estructura y competencia similar a la de su nacimiento: se trata de un cuerpo militar, de una de las armas del ejército; si se excluye su competencia en asuntos militares, tiene a su cargo las mismas tareas que la policía pero en zonas rurales y ciudades menores (menos de 10.000 habitantes).

La policía civil, en cambio, es de creación posterior y tal creación, reducida en un principio a la ciudad de París (Prefectura de París), reconoce las mismas causas generales explicadas anteriormente. En un comienzo sus cuadros inferiores provienen de policías municipales –locales–, aunque bajo la dirección y órdenes de comisarios de policía, superiores designados por el gobierno central. Se trata de una policía plenamente estatal, que depende del Ministro del Interior, su jefe político, y que, con el tiempo, se estructura en dos sectores, con tareas diferentes: la policía de vigilancia política (1850) y la policía criminal (1907). Lentamente, esa policía sufre un proceso de centralización creciente, por la nacionalización de la institución, que deja de pertenecer parcialmente a los alcaldes municipales, proceso que sólo ha culminado en épocas recientes (1941, bajo el gobierno autoritario del mariscal Pétain) –ley de nacionalización de todos los cuerpos policiales y de supresión de las policías municipales– y, de modo total, con la unificación de la Prefectura de Policía de París y la Seguridad Nacional (1966).

Con sus particularidades históricas y nacionales, las policías de los países principales de Europa continental son también policías de Estado –en el sentido del Estado-Nación o de estados federados, como entre nosotros– y fuertemente centralizadas[255].

III. A grandes rasgos, no parece que la policía argentina siga parámetros distintos a los de la policía europeo-continental, cuando de su

254 Cf. MONET, J. C., *La policía en Francia*, en "Harlax", nº 10, cit., ps. 79 y ss.; FENTANES, *La policía judicial. Teoría y realidad*, cit., nº 12 y s., ps. 60 y siguientes.

255 Cf., para Alemania, KINDLER, Waldemar, *Organización de la Policía Bávara*, ps. 23 y ss., ejemplo válido para nosotros por la organización federal de la República Federal de Alemania, que cambia sólo formalmente la afirmación base del texto –dependencia del Estado federado–, pero no su significado material; para Italia, LUDOVICI, Mauricio, *La organización de la policía en Italia*, ps. 41 y ss., también con particularidades federativas que no empañan la afirmación del texto; para Francia, MONET, *La policía en Francia*, cit., ps. 79 y ss.; todos trabajos publicados en "Harlax", nº 10, cit. El desarrollo de la Policía en España sigue el mismo esquema, que tampoco varía por la existencia de policías autonómicas: cf. BALLBE MALLOL, Manuel, *Modelos policiales comparados. El horizonte europeo*, cit., ps. 199 y siguientes.

organización institucional y de su origen se trata. Nosotros somos, en principio –según tantas veces lo he repetido–, un país de recepción institucional y nuestra cultura oficial no ha hecho otra cosa que, en general, repetir los esquemas políticos de aquellas civilizaciones que conquistaron y colonizaron nuestro territorio. Cualquiera que sea el atraso que nuestras instituciones puedan revelar respecto de aquellas que le sirven de modelo, producto, sin duda, de un desarrollo económico, político y técnico sin comparación posible, él no significa temporalmente –y, sobre todo, no significó antaño– un abismo en términos históricos, de modo tal que la evolución antes estudiada carezca de sentido. El futuro inmediato, en cambio, se presenta difícil de vaticinar y no sólo para nosotros, sino, seguramente, para todas las naciones de este lado de América, todavía precarias en su estabilidad democrática, por tanto en sus costumbres político-jurídicas relativas a la observancia de las reglas del Estado de Derecho, y más precarias aún en su estabilidad económica, conforme a su desarrollo económico inferior, que nos ubica socialmente, como la Europa del siglo XIX, en el epicentro de graves conflictos internos, por la enorme cantidad de personas que viven en la miseria.

La historia institucional de la policía argentina ha sido subdividida en tres períodos, tan sólo comparables genéricamente con aquellos que son utilizados, de ordinario, para dividir la historia del Derecho argentino: sus *antecedentes*, que abarcan desde la época de la colonización española, traspasan el proceso de nuestra independencia y arriban a la creación de la Policía de Estado, con la supresión de los cabildos –institución municipal que ejercía el poder de policía– y la creación del cargo de Jefe de Policía (1821), piedra fundamental de la policía institucional y profesional; comienza allí la época de la creación y del desarrollo de la *Policía de Buenos Aires* que, con la creación del Estado nacional argentino, esto es, el período de unión nacional definitiva por medio de nuestra Constitución histórica (1853-1860) y la federalización de la ciudad de Buenos Aires como capital de la República[256], desemboca en la separación de la Policía de la Capital y de

256 El Congreso de la Nación sancionó la ley de federalización el 21/9/1880 y la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires cedió el territorio de la ciudad de Buenos Aires al Estado federal el 26/11/1880.

la Policía de la Provincia de Buenos Aires (1880)[257]; prosigue el *desarrollo de la Policía de la Capital* de la República y su consecuencia final, su conversión en la *Policía Federal* (1943/1944), policía civil moderna, en manos del Ministerio del Interior del Estado nacional, cuya organización y desarrollo llega hasta nuestros días[258]. Con ello, según se observa, se prescinde en este resumen de la creación de las policías provinciales, policías civiles autónomas que dependen del ministerio político (de Gobierno) de cada provincia y ejercen su función característica en los territorios provinciales.

El Estado argentino es, por su organización constitucional, una República *federal*. Los estados federados que integran la República –hoy 23 provincias y la ciudad de Buenos Aires, con su *gobierno autónomo*, a partir de la reforma constitucional de 1994 (CN, 129)[259]– gozan de autonomía política y jurídica: "Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del gobierno federal" (CN, 122) y "conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal" (CN, 121).

El poder de organizar su propia policía para atender, dentro de su territorio, las funciones de seguridad y de investigación criminal es uno de los poderes no delegados al gobierno federal. Por ende, cada provincia instituye y organiza su propia policía[260].

[257] La Provincia de Buenos Aires transfiere, junto con el territorio de la ciudad de Buenos Aires, el Departamento de Policía de la Ciudad que, hasta ese momento, era la capital de la Provincia, y conserva el resto de la organización con el nombre de Policía de la Provincia de Buenos Aires; inmediatamente, el Estado federal designa un nuevo jefe de Policía, mientras que la Provincia de Buenos Aires mantiene como jefe de Policía de la Provincia al anterior jefe de la Policía de Buenos Aires. Cf. RODRÍGUEZ, *Evolución policial (síntesis histórica)*, Ed. Junta de Estudios de San José de Flores, Buenos Aires, 1971, p. 37.

[258] Una historia exhaustiva de la Policía Federal desde sus orígenes hasta el año 1944, en el marco del contexto histórico y con documentación anexa: cf. ROMAY, Francisco L. y RODRÍGUEZ, Enrique Adolfo, *Historia de la Policía Federal Argentina*, Ed. Policial (PFA), Buenos Aires, 1963-1964-1965-1966-1978-1980; sintéticamente, RODRÍGUEZ, Adolfo Enrique, *Evolución policial. Síntesis histórica*, Junta de estudios Históricos San José de Flores, Buenos Aires, 1971; del mismo autor, *Cuatrocientos años de policía en Buenos Aires*, Ed. Biblioteca Policial (PFA), Buenos Aires, 1981.

[259] La ciudad de Buenos Aires carece aún de organización policial propia; el servicio policial lo cumple allí todavía la Policía Federal.

[260] No todas las provincias hoy existentes son "provincias históricas", esto es, existentes al tiempo de la organización nacional, que culmina con la Constitución histórica de 1853 y, en 1860, después de la batalla de Pavón, entre la Confederación Argentina y la Provincia de Buenos Aires, con la inclusión de la provincia de Buenos Aires en la República Argentina –nuevo nombre del país– y la federalización posterior de la ciudad de Buenos Aires por ley del Congreso de la Nación. Existían en un comienzo territorios nacionales vastos, tanto al norte como al sur del país, los cuales, ya en este siglo, adquirieron la autonomía provincial.

Al mismo tiempo, el Estado federal organiza su propia policía, la Policía Federal[261], para los lugares en los cuales el Estado federal posee facultad de legislación exclusiva (CN, 75, inc. 30), o en materias o respecto de personas para las cuales las provincias delegaron la potestad de reglarlas o de jurisdicción en el gobierno federal (CN, 116 y 117)[262].

a) El primer período está caracterizado genéricamente por dos notas fundamentales: en primer lugar, no se puede hablar de una policía organizada institucionalmente o, al menos, de una Policía de Estado, profesional, según la configuración actual, que nos interesa, sino tan sólo de la existencia de un *poder de policía*, esto es, del significado de la policía en sentido material, poder residente en funcionarios particulares y en las milicias, poder distribuido, sin una organización central y mucho menos aún profesional; en segundo lugar, la distribución de facultades y el eje burocrático alrededor del cual gira este poder representan la recepción en el nuevo mundo hispanoamericano del Derecho y la organización política de la metrópoli, el reino de España, que sustituye por completo a cualquier organización social vernácula y comienza, precisamente, un nuevo mundo de relaciones sociales, políticas y jurídicas.

Después de un período precario, en el cual los propios adelantados (conquistadores) ejercieron por sí mismos el poder político y militar,

---

Hoy, a salvo la posición conflictiva de la capital de la República, ciudad de Buenos Aires (CN, 129 y ley nacional nº 24.588), no quedan territorios federales.

Un tema de discusión por la nueva organización autónoma de la ciudad de Buenos Aires versa acerca de si la ciudad de Buenos Aires debe, ya constituido su gobierno autónomo, organizar también su propia policía o seguirá operando en esa ciudad, como hasta ahora, la Policía Federal.

261 El 3/10/1962 la misma Policía Federal Argentina encargó al comisario inspector (retirado) Francisco L. ROMAY la redacción de la *Historia de la Policía Federal Argentina*. A tal fin se pusieron a su disposición todos los archivos policiales. La obra fue publicada por la editorial de la Policía Federal, Biblioteca Policial, en cinco tomos, aparecidos entre 1963 y 1966, pero sólo abarca hasta el año 1880. La obra fue continuada, hasta completar el séptimo tomo, por el comisario general (retirado) Adolfo Enrique RODRÍGUEZ, y llega hasta el año 1944. La obra contiene innumerable cantidad de antecedentes, documentos e, incluso, ilustraciones, obtenidos en investigaciones pacientes de archivos, por lo que, en sí misma, constituye un documento invalorable para la investigación de los orígenes de la policía argentina.

262 Sobre la competencia federal, en materia penal: cf. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Competencia penal en la República Argentina*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1945; D'ALBORA, Francisco J., *La justicia federal (su competencia penal)*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968. Ver este libro, t. II, § 12, C, 3, 4 y 5, ps. 514 y siguientes.

104

y, derivado de él, también el poder de policía, período que coincide con la fundación de las ciudades hispanoamericanas originarias o de la conquista (siglo XVI), las institución hispana del *Cabildo*, suerte de gobierno municipal y de sus aledaños, la campaña que conforma su vecindad territorial, resume en sí el poder de policía de las costumbres y el referido al mantenimiento del orden[263]. Los *alcaldes*, funcionarios del cabildo que ejercían tareas judiciales, son, a la vez, depositarios del poder de policía en la ciudad y delegan su autoridad en la campaña, como en España, en la Santa Hermandad y sus *alcaldes de Hermandad*, quienes eran secundados por una milicia, los llamados *cuadrilleros*, para reprimir los ataques contra la vida, la integridad física, el patrimonio, la libertad o la honestidad en despoblado o en los caminos y, de esta manera, brindar seguridad a la campaña (*casos de Hermandad*)[264]. Cada cabildo contó, además, con regidores, entre quienes se distribuían las competencias de gobierno vinculadas a actividades específicas. Con el tiempo (1788), se creó también el cargo de *Diputado* o *Juez de Policía*, un regidor encargado, en principio, de funciones policiales no derivadas de la aplicación de la ley penal (empedrado, iluminación, higiene, aguas y obras públicas, percepción de impuestos) dentro del ejido municipal y, sólo subsidiariamente, del mantenimiento del orden público[265].

Ésa fue la base originaria. Con posterioridad, la evolución demuestra, a través de los siglos, una tendencia tenue hacia la centralización y organización de los servicios policiales de seguridad y orden públi-

[263] La integración de los cabildos, regularmente dos alcaldes ordinarios, uno de primero y otro de segundo voto, y un número variable de regidores según la población de la ciudad, era designada originariamente por quien fundaba la ciudad (así, Juan DE GARAY designó el primer cabildo de la ciudad de Buenos Aires, con dos alcaldes y seis regidores) y, posteriormente, se acostumbraba a renovar anualmente los cargos, el 1° de enero de cada año, eligiendo los salientes a los entrantes, con excepción de las designaciones directas del Rey e, incluso, algunos cargos comparables en subasta pública. Cf. RODRÍGUEZ, *Evolución policial*, cit., ps. 22 y s.; RODRÍGUEZ, *Cuatrocientos años de policía en Buenos Aires*, cit., p. 20.

[264] La institución de la *Santa Hermandad* no tuvo, entre nosotros, un carácter militar tan marcado como su modelo español. El cargo de alcalde recaía, regularmente, en un hacendado, renovable anualmente, para conceder honores a todos y no molestar demasiado con las cargas públicas, quien estuvo facultado a nombrar sus *cuadrilleros* o colaboradores, remunerados con las multas cobradas por su actuación (cf. RODRÍGUEZ, *Cuatrocientos años de policía en Buenos Aires*, cit., ps. 20 y siguientes).

[265] RODRÍGUEZ, *Evolución policial*, cit., p. 23.

co, sin referencia exclusiva o principal al ámbito del Derecho penal[266]. Por otra parte, su desarrollo fue muy distinto en la ciudad que en la campaña, en la cual por su extensión, siempre creciente territorialmente, nunca se acertó con una receta adecuada que brindara seguridad a los hacendados o estancieros.

Los alcaldes, preocupados más por su función judicial, no sólo delegaron su poder en la campaña. Con el tiempo, la ciudad fue dividida en *barrios* o *cuarteles* y se designaron *alcaldes de barrio*, que tomaron sobre sí el peso del ejercicio del poder de policía[267]. Ellos dependieron del juez o diputado de Policía.

Tiene su importancia en materia de seguridad la creación de la llamada *Partida Celadora* (1799), fuerza armada a cargo de un oficial castrense, a quien secundaban oficiales y soldados, y a quienes se encargó la custodia de la ciudad y de sus aledaños. Esta fuerza armada, escogida entre los militares de la guarnición, en principio para dar respuesta a la delincuencia rural y de caminos, fue renovada y ampliada sucesivas veces[268]. Esta Compañía fue precedida, incluso, por la creación del cargo de *Preboste*, de curiosa tramitación (1755-1790), a cuyo cargo se puso la creación de una pequeña fuerza armada, para recorrer la campaña y los caminos en busca de delincuentes y de seguri-

266 Materias como el control de precios, el empedrado de las calles ciudadanas, el aseo de la ciudad, las aguas públicas, las licencias para vagabundos, el alumbrado público, etc., son también tareas regulares de los funcionarios que ejercen la función policial.

267 La ciudad fue dividida primero en ocho "quarteles" y se llamó *comisarios* a esos delegados policiales (1734). En 1772 los barrios son ya dieciséis, regidos cada uno por un *comisionado*, vecino caracterizado y distinguido con residencia en él. En 1774, precisamente por un problema penal –robos y homicidios–, la institución vuelve a revitalizarse y ellos reciben el nombre de *alcaldes de barrio*, con ciertos atributos –bastón de mando– que permitían distinguirlos. En 1794 los barrios ya son veinte, con igual número de alcaldes y un reglamento o instrucción que los regía. Se reconoce en los alcaldes de barrio a los antecesores de nuestros comisarios seccionales, puesto clave en la organización actual de la policía institucional con sede en las ciudades: cf. RODRÍGUEZ, *Evolución policial*, cit., p. 22. Hacia 1810 fue creado el cargo de *teniente de alcalde*, subordinado del alcalde de barrio, uno por cada manzana que componía el barrio: cf., *ibidem*.

268 Sobre la creación y renovación de la llamada *Compañía Celadora*, cf. ROMAY, *Historia de la Policía Federal Argentina*, cit., t. I, ps. 172 y ss., ps. 195 y ss.; ps. 224 y ss.; t. II, ps. 9 y siguientes. Esta Compañía tuvo intervención, incluso, en las *invasiones inglesas*: cf. RODRÍGUEZ, *Cuatrocientos años de policía en Buenos Aires*, cit., p. 47; sobre la importancia de la *partida celadora* en la época inmediata posterior a la Revolución de Mayo, DE LÁZARO, Juan F., *La acción social de la policía en la época de Rivadavia*, separata del "Boletín de la Universidad Nacional de La Plata", La Plata, 1936, t. XIX, nº 6, nota 4, ps. 4 y siguiente.

dad para los hacendados y viajeros, a semejanza de lo observado al describir la organización judicial inquisitiva francesa[269]. A similitud de la *justice prévotale* francesa[270], nuestra policía rural, que asumió, incluso, funciones de juzgamiento sumario, siempre estuvo teñida de arbitrariedad y de horror, a la par que de ineficiencia.

De allí en más, con la llegada del primer gobierno patrio, a raíz de los acontecimientos de la Revolución de Mayo, comienza un camino vigoroso y rápido hacia la concentración del poder policial, su desprendimiento de las estructuras municipales o vecinales y la creación de la *Policía de Estado*.

Se vincula a ello el recorte de la competencia del Cabildo como consecuencia del hecho revolucionario, de la destitución del Virrey y de la creación de los primeros gobiernos autóctonos formados por ciudadanos americanos, esto es, no enviados ni nombrados por la metrópoli colonizadora (España), sino instituidos en el país, por decisión propia (Primera Junta, Junta Grande, Triunvirato), que colocaron al Cabildo –sobre todo al de Buenos Aires– en posición conservadora, en defensa del poder ejercido por el Rey de España (Fernando VII), por ese entonces ya sin poder efectivo en la propia metrópoli colonial europea, a raíz de la invasión napoleónica. Las dificultades con el Cabildo, en donde se albergaba la contrarrevolución, condujeron, primeramente, a remover a sus funcionarios (1810), luego a quitarles las atribuciones policiales (1812) y, por fin, a su supresión (1821)[271].

La consecuencia fue la creación por el gobierno autóctono del cargo de *Intendente de Policía*, a través del cual el gobierno reasumía esa función y recortaba necesariamente el poder del Cabildo, cargo con el cual, se puede decir, comienza la creación de la Policía de Estado y es antecedente de la creación de la Jefatura de Policía, como fuerza institucional del Estado, en este caso, de la Provincia de Buenos Aires. Tan importante fue este cargo, final del período previo a la creación de la Policía institucional, que inmediatamente fue ejercido, con el título de *Gobernador Intendente*, por la propia autoridad política estatal del

269 Ver esta obra, t. I, § 5, D, 6, III, p. 314. Cf. sobre nuestro antecedente, ROMAY, *Historia de la Policía Federal Argentina*, cit., t. I, ps. 80 y ss. y 147 y siguiente.

270 Ver esta obra, t. I, § 5, 6, III, ps. 312 y siguientes.

271 Cf. ROMAY, *Historia de la Policía Federal Argentina*, cit., t. I, Cap. XII, ps. 200 y ss., Cap. XIV, ps. 213 y ss., y t. II, Cap. IV, ps. 47 y ss.; DE LÁZARO, *La acción social de la policía en la época de Rivadavia*, cit., ps. 10 y siguientes.

territorio[272]. Al mismo tiempo, comienza una progresiva labor jurídico-organizativa que jerarquiza la función penal de esa policía, al punto de que ya el Segundo Triunvirato dicta, a fines de 1812, el "Reglamento provisional de Policía", en el cual se destaca la función de custodiar "el buen orden de la ciudad, prisiones, *prevención y represión del delito*, ejercicio ilegal de la medicina...".

El final del período nos encuentra, así, en plena marcha hacia la policía institucional, pero aun sin lograrla, pues las rondas de vecinos en la ciudad, de hacendados en la campaña, las patrullas privadas y la delegación en la milicia, con poderes arbitrarios, de los problemas más graves de seguridad interna del incipiente Estado, a través, sobre todo, de la Partida o Compañía Celadora, continuaron existiendo como en el período colonial. Un problema nunca solucionado y de gran importancia político-económica, dada la base agraria fundamental de la economía regional, fue aquél de la seguridad extramuros de la ciudad.

b) Las vicisitudes azarosas de nuestra organización constitucional no dejaron de lado un esporádico regreso a la justicia comunal o vecinal, en manos del Cabildo y de uno de sus regidores, el Diputado de Policía, cuando en 1820 cae el Directorio, y Buenos Aires recupera su autonomía de decisión: a cargo de ese diputado quedó la dirección de los alcaldes y tenientes de barrio, de los alcaldes de Hermandad y la Partida Celadora[273]. Sin embargo, esta consecuencia temporaria y breve de la autonomía de la Provincia no marca la característica del período que en la materia se inicia. Por lo contrario, el período desemboca en la creación de la Policía de Estado o institucional y de los cargos de *Jefe de Policía* y de *comisarios* (de la ciudad y de campaña), la base de la organización policial actual.

El día de Nochebuena de 1821 son suprimidos por ley los cabildos de Buenos Aires y de Luján. De ello resulta el nombramiento del primer Jefe de Policía de la Provincia de Buenos Aires. Rivadavia, ministro del gobierno del general Martín RODRÍGUEZ es, como en tantas otras materias, el reformador del Estado[274]. Ello conduce, rápidamente, al

[272] Cf. ROMAY, *Historia de la Policía Federal Argentina*, cit., t. I, Cap. XIV, ps. 213 y ss.; RODRÍGUEZ, *Cuatrocientos años de Policía en Buenos Aires*, cit., ps. 52 y siguientes.

[273] RODRÍGUEZ, *Evolución policial*, cit., p. 31.

[274] Descripción del momento histórico, antecedentes y consecuentes inmediatos en DE LÁZARO, *La acción social de la policía en la época de Rivadavia*, citado.

nacimiento de la institución policial y, como consecuencia, a la abolición de cargos y estructuras anteriores: desaparecen los alcaldes de Hermandad, reemplazados por los comisarios de campaña[275], los alcaldes y tenientes de barrio, y la Partida Celadora, reemplazados, en un principio, por el Cuerpo de Celadores de la Policía.

El Departamento Central de Policía se instala en la ciudad de Buenos Aires y de él dependen cuatro comisarías instaladas por fuera de él (1826), que se corresponden con las cuatro secciones que dividen, en principio, la ciudad. Nuevos hitos representan la creación de otras comisarías y la creación del *Cuerpo de vigilantes de Día*, formación que resumió las fuerzas policiales y reemplazó a los celadores. A su lado funcionaba el "Cuerpo de serenos" (vigiladores nocturnos), que, si bien dependía funcional y organizativamente del jefe de Policía, sus integrantes eran pagados por los vecinos de la ciudad a través de un impuesto. En 1872 desaparece el Cuerpo de serenos y el de vigilantes asumió y unificó todas la funciones policiales, por ese momento depuradas y con centro en la prevención y represión del delito, a raíz de la institución de la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, que, a su vez, asumió varias de las funciones de policía material confiadas antes al cuerpo de policía provincial. Desde el punto de vista institucional esta Policía estatal representó uno de los cuerpos militares, hasta que, con la batalla de Caseros (1852) –hito institucional de la organización nacional argentina, en la cual el ejército aliado, al mando del general URQUIZA, derrota a ROSAS, gobernador y jefe supremo de la Provincia de Buenos Aires, en ejercicio de la representación exterior del país–, la institución Policía se comienza a afirmar como un cuerpo orgánico civil, centralmente dedicado a la prevención y a la represión de los hechos punibles[276].

c) La guerra civil por la organización del país no cesa allí, con la organización definitiva de la Confederación que representa la Constitución de 1853, sino que se extiende hasta 1860 (batalla de Pavón, en la

275 Los problemas que siempre acusó la campaña en esta materia no condujeron a una evolución lineal de estas comisarías, sucesivamente suprimidas y reemplazadas por los jueces de paz, y nuevamente instituidas, hasta que en 1857 regresan con carácter definitivo y permanente: cf. RODRÍGUEZ, *Evolución policial*, cit., p. 35.

276 Resumen que sigue al ensayo de RODRÍGUEZ, *Evolución policial*, cit., ps. 84 y siguientes.

que las fuerzas militares de la provincia de Buenos Aires vencen a las fuerzas de la Confederación), fecha en la cual la provincia de Buenos Aires ingresa en la Confederación creada por aquella Constitución y una convención constituyente incorpora las reformas necesarias para ello entre las cuales se consigna el nombre definitivo del país: *República Argentina*[277]. Pero la batalla política y legislativa por la federalización del territorio de la ciudad de Buenos Aires, como capital de la República, iba a durar todavía veinte años más: el 21 de setiembre de 1880 el Congreso de la Nación sanciona la ley de federalización de la ciudad de Buenos Aires y la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires decide, el 26 de noviembre del mismo año, la cesión del territorio, hasta entonces capital de la Provincia, al Estado federal. La llamada *ley de capitalización* es promulgada el 4 de diciembre de 1880. Ella representa el comienzo del último hito en la organización policial de la Nación. El 9 de diciembre de 1880 la provincia de Buenos Aires entrega parte de su policía institucional, antes formada, el Departamento Central de la Policía de Buenos Aires, al gobierno nacional. Nacen así la *Policía de la Capital*, por una parte, y la *Policía de la Provincia de Buenos Aires*, por la otra. En la Policía de la Capital se inicia una época de afirmación y crecimiento institucional y profesional, y de incorporación de medios tecnológicos para la prevención y represión de hechos punibles, por ese tiempo ya actividad central de la Policía institucionalizada[278].

d) La *Policía Federal*, nombre actual de la institución del Gobierno de la Nación que depende del Ministerio del Interior, es creada en 1943 como sección interna de la Policía de la Capital, para responder a la necesidad de ocuparse de los llamados delitos de jurisdicción federal, esto es, aquellos delitos que, por el territorio, la materia o por la investidura de sus protagonistas generaban la competencia de la justicia penal de la Nación –federal–, aun cometidos en el territorio de alguna de las provincias. Al año (1944, decreto ley nº 32.265), esa sección daba su nombre a toda la policía nacional. El desarrollo tecnológico-institucional continúa hasta nuestros días.

277 Cf. *Diario de sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la Constitución federal*, Ed. Imprenta del Comercio del Plata, Buenos Aires, 1860.

278 Resumen en Rodríguez, *Evolución policial*, cit., ps. 37 y siguientes.

Según dijimos, la Policía Federal comparte con las policías provinciales la tarea que a esa institución le corresponde, con centro en la ley penal. Pero, además, comparte ese papel, dentro del Estado federal, con las llamadas policías de frontera: la *Gendarmería Nacional*, guardia de la frontera terrestre, la *Prefectura Naval Argentina*, policía de frontera en vías navegables y puertos, y la *Policía Aeronáutica*, que ejerce su función en los aeropuertos y en el espacio aéreo. Por lo demás, según ya lo advertimos, la Policía Federal es, todavía, policía local de la Ciudad de Buenos Aires, hoy otro Estado federado según la reforma constitucional de 1994 (CN, 129).

Para contar con una base empírica acerca de aquello que representan las diversas fuerzas policiales existentes en el país se puede citar un informe del Ministerio del Interior del Estado federal (1994)[279]. A las policías provinciales, en su conjunto, pertenecen 78.513 agentes, mientras que 33.091 agentes pertenecen a la Policía Federal. Frente a esas policías, la Gendarmería Nacional (policía de frontera terrestre) ocupa a 18.588 agentes y la Prefectura Naval (policía de frontera en vías navegables y puertos) a 16.257. El total actual de agentes policiales en el país se sitúa en alrededor de 135.000 personas (excluida aquí la Policía Aeronáutica) para una población de alrededor de 33 millones de personas. Desde un punto de vista económico, el presupuesto de seguridad, que involucra a todas las policías, con la misma exclusión anterior, se distribuye así: a) Policía Federal: 39,37%; b) policías provinciales: 33,48%; Gendarmería Nacional: 22,09%; y Prefectura Naval: 5,06%. Ello indica ya una distribución inequitativa del presupuesto según el número de agentes y señala también a las policías provinciales como el sector "pobre" del sistema, peor pertrechadas y cuyos agentes cuentan con una menor remuneración y, seguramente, con una deficiente formación profesional. En el mismo informe se revela que la distribución del gasto indica claramente una marcada "burocratización", a la par de un escaso desarrollo técnico. El 81,19% de ese gasto atiende los salarios del personal policial; un 16,26% se ubica bajo un rubro llamado "funcional", cuyo contenido no resulta claro y es posible que contenga un porcentaje de gastos de la misma índole que el anterior; por último, sólo un 2,55%, destinado a "equipamiento", significa inversión en recursos materiales, porcentaje del cual se deriva que una suma mucho menor es destinada a la modernización técnica y operativa.

[279] Informe publicado por el diario "Clarín" del 16/1/1994, que cita como fuente del informe elaborado por el Ministerio del Interior. Para estos datos y aquellos que posteriormente son citados acerca de la organización interna, estructura y profesionalización-capacitación de los agentes policiales he contado con la valiosa información que me proporcionó entonces la antropóloga Sofía Tiscornia, estudiosa de temas policiales, con motivo de un seminario de introducción al estudio de la policía en países de América Latina, citado por la Universidad de Ausburg (RFA) y realizado en Guatemala en el año 1995, datos que fueron parte del informe argentino que escribimos en conjunto con ella y con el auxiliar docente, abogado Martín Abregú, publicado en *Justicia en la calle*, cit., bajo el nombre *El papel de la Policía en la Argentina y su situación actual*, ps. 161 y siguientes.

La organización personal y la característica de cuerpo profesional de la policía institucional descansa sobre el esquema siguiente, que, sobre todo, revela la situación de la Policía Federal y de la Policía de la Provincia de Buenos Aires.

Básicamente, el personal policial puede subdividirse en dos grupos netamente diferenciados: a) los *oficiales* y b) los *suboficiales* y la *tropa*[280]. Dentro del primer grupo se distingue jerárquicamente a los *oficiales superiores*, a los *oficiales jefes* y a los *oficiales subalternos*. Por el mismo principio, en el segundo grupo se distingue a los *suboficiales superiores*, a los *suboficiales subalternos* y a la *tropa* o *agentes de policía*, como se acostumbra a llamarlos. Estos dos grupos son estancos ya desde el ingreso a la carrera policial: con la única excepción del ingreso de un suboficial superior al escalafón de oficiales por méritos especiales y al final de la carrera –razón por la cual, por esta vía, ningún policía ingresado por el escalafón de tropa llega más allá del grado de oficial subalterno[281]–, estos dos grupos se diferencian, además de por la jerarquía, por las condiciones de su ingreso a la carrera, por el grado de su educación general y por su procedencia social, a saber:

Para el ingreso a las "escuelas de policía" donde se forman los oficiales en un período de estudio de tres años[282], se requiere haber terminado la escuela secundaria[283] o el cuarto año de la enseñanza media argentina según el programa histórico (cinco o seis años de escuela secundaria o bachillerato)[284] y una edad que, para los hombres, se sitúa entre los 16 y los 23 años, y para el personal femenino entre los 18 y los 23 años. En ambos casos se requiere ser soltero, ciertas condiciones físicas mínimas y aptitud psíquica.

El ingreso al escalafón de suboficiales y tropa, con período de instrucción de seis meses aproximadamente[285], tanto para varones como para mujeres, requiere tener entre 19 y 25 años, haber aprobado todo el ciclo primario de estudios[286] y condiciones psicofísicas mínimas.

Según el informe ya citado del Ministerio del Interior del Estado federal, del total de las fuerzas de seguridad del país el 0,39% no ha completado los estudios primarios, el 64,28% sólo ha completado la escuela primaria y no tiene estudios secundarios, el

280 Se da por sobreentendido que todas las policías constituyen un órgano estatal organizado de manera rígida conforme al principio jerárquico y autoritario, con evidentes semejanzas respecto de la organización militar, aunque constituye un servicio civil, independiente de las fuerzas armadas y no controlado por ellas, salvo el caso de las policías de frontera.

281 Constituye, en verdad, un premio al mérito especial antes de retirarse del servicio.

282 Escuela de oficiales de la Policía Federal.

283 Escuela de oficiales de la Policía Federal.

284 Escuela de oficiales de la Policía de la Provincia de Buenos Aires.

285 Según testimonios de policías y estudiantes de la carrera, en la Provincia de Buenos Aires el período de instrucción no ha superado, en algunos años, los 3 meses.

286 El cumplimiento de esta disposición en todos los casos es dudoso, sobre todo en el caso de las policías provinciales.

31,73% ha completado todo el ciclo de enseñanza media (escuela secundaria) y sólo el 3,60% tiene estudios terciarios (universitarios o de escuelas superiores equivalentes). Naturalmente, en el escalafón de oficiales están situados aquellos agentes que han terminado su ciclo secundario o enseñanza media, mientras que en el escalafón de suboficiales y tropa aquellos que sólo han cursado la escuela primaria. Tal determinación se vincula también a la procedencia social de los agentes de ambos grupos, pues, mientras el personal de tropa, que conforma la mayor parte de los efectivos policiales, pertenece a los sectores sociales más bajos (baja condición económica y social), el personal de oficiales procede de la clase media y, en general, de las familias de clase media de menor ingreso o condición sociocultural. Un dato interesante referente al reclutamiento ha resultado de testimonios de agentes policiales, tanto pertenecientes a la Policía Federal como a la de la Provincia de Buenos Aires; se estima que un porcentaje importante –casi el 60% de los agentes policiales– provienen de "familias policiales": hijos de policías o, en menor porcentaje, nietos u otros parientes cercanos.

El ascenso en la carrera está reglamentado. Al existir varios grados jerárquicos, según se observó esquemáticamente, en ambos grupos de funcionarios se produce una movilidad burocrática, esencial para la carrera. El ascenso depende del transcurso del tiempo mínimo previsto para el grado (entre 3 y 5 años), de la aprobación de cursos didácticos o de entrenamiento que determina reglamentariamente la superioridad y de la calificación obtenida en el servicio. Los ascensos son determinados por una "Junta de calificación" anualmente, que también notifica las calificaciones obtenidas en el período. Existe también la posibilidad de un ascenso extraordinario, por distinciones referentes a "actos extraordinarios en el servicio", ascenso que, incluso, se puede conceder *post mortem*, por la misma razón. Los ascensos producen, en todos los casos, un aumento de la remuneración.

En torno a la profesionalización es importante destacar, como dato histórico, que la *Escuela de Policía* de la Policía Federal, donde se forman los oficiales policiales, fue fundada aproximadamente en 1907 y la *Escuela Superior de Policía*, donde reciben instrucción superior quienes ya han ingresado a ese escalafón, en el año 1935, ambas en el período correspondiente a la Policía de la Capital.

IV. A grandes rasgos, la historia de la policía institucional argentina es paralela a la creación de cuerpos profesionales civiles de policía en Europa y reconoce causas políticas y sociales similares a las que dieron nacimiento, en el continente europeo, a estos cuerpos de seguridad interna: diferenciación entre seguridad interna y externa del Estado, con atribución de competencias a organizaciones diferentes de funcionarios estatales, con tareas y principios rectores diversos –que hasta la actualidad mantienen, sin embargo, puntos de contacto y fricción: piénsese en las policías fronterizas–; crecimiento urbano geométrico y veloz, con las consecuencias de la concentración de población –en un espacio limitado, viven grandes sectores de habitantes con enormes diferencias de recursos socio-económicos, diferencia que, a su vez, es producto del principio capitalista (industrialización) que gobierna esa concentración–, algunas de las cuales residen en la potenciación de la actividad delictiva y en los disturbios o protestas sociales;

búsqueda de la eficiencia para asegurar el orden interno que conduce a la creación de cuerpos profesionales entrenados y equipados para cumplir esa tarea, en especial, en aquello que nos interesa, para la prevención y la represión de hechos punibles, realidad que, incluso, ha conducido, conforme a las características de la vida moderna, a una relativa internacionalización de la institución policial (*Interpol*); necesidad de respetar, en esa tarea, ciertas reglas propias del Estado de Derecho que impiden considerar al infractor como un enemigo y ordenan considerarlo como otro habitante sujeto a la jurisdicción y a las leyes del Estado.

Nuestra evolución se mezcla, sin embargo, con un proceso político propio de la América de esa época: la separación o independencia de la potencia europea conquistadora y colonizadora, con la formación de un Estado y un gobierno propios, proceso que, por su parte, desató, una vez consolidado, luchas intestinas por el poder interno y su forma de organización. Ello determinó, por una parte, una nueva recepción de ideas políticas europeas, al comienzo el Iluminismo y luego el desafío por la creación de un Estado de Derecho, proceso que desembocó en la adopción de un sistema de gobierno republicano y representativo y, por la otra, en la organización nacional bajo la forma de una federación (CN, 1). Desde el punto de vista estrictamente policial e institucional, la influencia indiscutible de las ideas francesas de la época nos condujeron a la creación de una Policía de Estado, a semejanza de la creada en aquel país, y nos distanciaron del modelo inglés, orientado hacia la descentralización, hacia la policía municipal o vecinal, y la organización federal determinó la residencia del poder de policía en los diferentes estados (provincias) que componen la República.

Según se pudo observar, el concepto material de *policía* es muy antiguo, pero la *Policía*, como institución estatal, como cuerpo profesional desarrollado para atender a las necesidades de orden y seguridad común internos, cuya tarea esencial consiste en la prevención y la represión de los hechos punibles, es una organización moderna, surgida en los albores del Estado de Derecho y como fruto del compromiso entre las ideas de la Ilustración y el nuevo orden social, económico y jurídico creado por el Estado actual. Con abstracción de las diferentes denominaciones, ella resume en sí, en el orden interno, la fuerza pública monopolizada por el Estado para la ejecución de sus decisiones y, en especial, en aquello que interesa al Derecho penal, su función principal actual resulta dependiente de la concepción del hecho punible como poder del Estado, más específicamente, de la reac-

ción de oficio del Estado frente a un hecho punible (persecución penal pública). Salvo su internacionalización actual, correlativa al mismo desarrollo en el Derecho penal, pero anterior a él, el futuro de esta organización resulta, al menos para nosotros, escasamente predecible. Si varían las condiciones de las cuales emerge el poder del Estado de *punir*, por ejemplo, por revitalización del papel central que la víctima de un hecho punible cumple respecto de la reacción estatal (privilegio de la reparación del daño individual o colectivo frente a la pena o en lugar de ella), es probable que este cuerpo profesional privilegie también el auxilio al ofendido frente a su función represiva, la persecución penal estatal.

2. La función policial

I. A la policía institucional se le ha adjudicado, desde su nacimiento y cualquiera que sea su forma de organización e inserción institucional, dos tareas diametralmente opuestas: la función de *prevenir* los delitos perseguibles *de oficio* por el Estado –y, más genéricamente, incluso cualquier contravención al orden público, de la misma índole–, por una parte, y la función de *investigar* los ilícitos penales ya cometidos y auxiliar a los funcionarios encargados de la persecución penal, por la otra. La *función preventiva* de la policía –también conocida como *policía de protección*– se caracteriza por su dirección hacia el futuro, hacia ilícitos que aún no tienen vida o no forman parte del mundo real, sino, antes bien, que se hallan en el mundo de lo posible y todavía sin suceder. Sintéticamente definida, esta función consiste en el empleo de muy diversos medios para evitar la comisión de ilícitos posibles o para disuadir a quienes pueden ser autores o partícipes a que no emprendan su obra criminal (vigilancia, persuasión, instrucción pública, eficiencia en la otra función que le compete). Tal función o, mejor dicho, los medios para cumplirla están severamente limitados por la ley, que no autoriza, por regla, la utilización de formas coactivas del llamado *poder policial*. Por esa razón, esa tarea requiere una planificación inteligente de actividades dirigidas hacia la generalidad o, cuando menos, a grupos genéricos de autores o víctimas posibles, y una organización dedicada a ello. La exposición no se extenderá a esta función que, lamentablemente, se confunde demasiado en nuestro medio con la tarea que explicaremos a continuación, propia del objeto de este libro, única para la cual podemos presumir de idóneos.

II. La otra función, mencionada comúnmente bajo el rótulo de *policía represiva*, o *policía de investigación* o *criminal* o, también, *policía ju-*

dicial[287], se dirige hacia el pasado, a una obra por lo menos ya comenzada en el mundo de los hechos, con características de ilícito penal, y, por tanto, ya plasmada como individual y concreta (histórica), que no vive tan sólo en la imaginación o en el mundo de lo posible. Esta función de investigación es propia del procedimiento penal y, por tanto, regulada por él y objeto de estudio en nuestra materia. A ella nos referiremos en el futuro. Sintéticamente, ella puede ser definida como la tarea de investigación de la verdad y de auxilio a los funcionarios de la persecución penal que cumple la policía en relación a hechos ilícitos ya sucedidos, conforme a la ley procesal penal, a las limitaciones que ella le impone y mediante las facultades que esa misma ley le concede.

Existen, sin embargo, algunos puntos de fricción entre ambas funciones policiales. El más notorio, y, por ello, regulado por la ley penal, se vincula a la *tentativa* y a la obligación de los funcionarios policiales de *impedir la consumación* del delito[288]. En efecto, la tentativa vive en el mundo real y, frente a ella, la función policial consiste, primariamente, en determinar los elementos que sirvan para mostrar la verdad de lo sucedido y, entre ellos, individualizar a sus autores y a los partícipes en ella. Empero, al mismo tiempo, razones comprensibles obligan al personal policial interviniente, inclusive mediante el uso de la coacción, a evitar la consumación, que aún no es real y sólo pertenece al mundo de lo posible, razón por la cual la actividad desarrollada en este sentido es meramente preventiva. Análogamente sucede con el deber extendido de evitar el agotamiento del delito consumado o que él provoque daños o consecuencias ulteriores, cuando ello es posible[289].

Ordinariamente, por lo demás, la actividad preventiva y la de investigación o judicial conviven confundidas en un mismo cuerpo de funcionarios y, también, en un mismo funcionario, con competencia para ambas funciones. Resulta deseable, en beneficio de la eficiencia del

287 Cf. GÖSSEL, *Reflexiones*, cit., ps. 647 y s., donde, aun de manera crítica, se utiliza ambos apelativos; además, VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., t. I, 2ª parte, cap. IV, ps. 261 y ss.; FENTANES, *La policía judicial. Teoría y realidad*, cit.; MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, *Policía judicial: modelo y perspectiva de futuro*, en "Harlax", nº 16-17, cit., 1996, ps. 319 y siguientes.

288 CPP Nación, 183.

289 Este deber se extiende, incluso, a los delitos llamados de *instancia privada*, a pesar de la letra de algunos artículos de la ley procesal penal (CPP Nación, 6 y 183, II), según se desprende de la regla prevista en el CPP Nación, 284, I, 1 y II.

servicio y de la mejor regulación y delimitación de las atribuciones de la fiscalía o de los jueces respecto de la policía, establecer una policía de investigación organizada en forma independiente con relación a la policía preventiva, aunque ambas convivan en un mismo cuerpo[290]. La eficiencia en el servicio provendrá del entrenamiento y la instrucción especial (gabinete criminalístico) que un funcionario policial dedicado a la investigación del delito debe tener, y del mayor contacto personal con los funcionarios de la fiscalía –por ende, de la mayor experiencia jurídica–. En la tan discutida cuestión acerca de la *policía judicial*, muchas veces no se menta otra reflexión que la antes expresada, a pesar de que ella se esconde tras la ambición de ubicar a la policía de investigación como dependiendo de la cúspide del Poder Judicial, situación que estudiaremos, sintéticamente, bajo el nº 3.

3. Posición institucional

I. Se ha discutido frecuentemente, y con vigor entre nosotros[291], acerca de la pertenencia de la policía institucionalizada –más específicamente, de un Estado central– a uno de los poderes de ese Estado central, conforme a su función y a la necesaria división de competencias –de poderes– en un Estado de Derecho, según reglas constitucionales. Vale la pena acotar la discusión desde un comienzo: ella, por una parte, se reduce al ámbito de aquello que hemos llamado en el número anterior (II) función represiva o actividad de investigación de la policía frente a un caso delictual sucedido y, por tanto, de objeto concreto, y, como consecuencia, deja de lado la actividad preventiva que le ha sido adjudicada a la policía institucionalizada; por la otra parte y en sentido más amplio, tampoco se desea discutir acerca del *poder de policía* genérico, esto es, respecto de la labor de control de actividades lícitas o relativas a la tarea estatal en procura del "bien común", incluso con utilización de la fuerza pública, que también le corresponde a la administración del Estado. Sin embargo, uno de los principales pro-

290 Cf. GOSSEL, *Reflexiones*, cit., p. 654, nº 2. Recientemente, aunque prefiera la separación de cuerpos conforme a funciones, MARTÍNEZ ARRIETA, *Policía judicial: modelo y perspectiva de futuro*, cit., ps. 319 y siguientes.

291 Obsérvese la vigorosa defensa que encara FENTANES, en *La policía judicial. Teoría y realidad*, cit., de la posición actual de la Policía Federal, a la que el autor perteneció, órgano del Poder Ejecutivo nacional.

blemas de quienes desean separar las competencias policiales, adjudicando la función de investigación criminal y de auxilio judicial a la competencia del poder estatal encargado de la realización del Derecho penal, es, precisamente, la relativa confusión de las funciones policiales, según lo hemos visto, que incluso alcanza a la misma determinación de competencias de la policía institucionalizada, que, de ordinario, contiene tareas que no son propias de su principal objetivo, enmarcado por las reglas del Derecho penal y procesal penal.

Entre nosotros, el hecho de que la persecución penal, teóricamente representada por la fiscalía –e, incluso, en ocasiones, por los llamados jueces de instrucción– haya sido judicializada desde antaño, por la pertenencia del oficio a los poderes judiciales provinciales[292], ha sido determinante para que los juristas elaboren la tesis de una *policía judicial*, en el sentido de un cuerpo orgánico de investigación del delito, de auxilio para la persecución penal y judicial, perteneciente al Poder Judicial[293]. Como se observa, la cuestión no se reduce, examinada ahora teóricamente, a un mero problema semántico, de utilización de una palabra para designar una función policial –la que hemos llamado *policía represiva* o *de investigación criminal*–[294], sino que designa, antes bien, un problema de competencia en el nivel máximo, entre los poderes del Estado.

II. Sólo conocemos dos casos en los cuales esta última idea se ha tornado realidad, aunque con diferentes niveles de concreción: el de la Provincia de Córdoba (R.A.) y el de la República de Costa Rica.

[292] Ver este mismo parágrafo, A, 2, ps. 310 y ss., en especial, *b*, V y ss., ps. 333 y siguientes.

[293] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., t. I, 2ª parte, Cap. IV, ps. 261 y ss. y, como marco teórico, t. II, Cap. II, ps. 51 y siguientes.

[294] Ver en este sentido, FENTANES, *La policía judicial. Teoría y realidad*, cit., especialmente § 2, ps. 23 y ss.; en el mismo sentido, DOMÍNGUEZ VIAL, Andrés, *Policía y derechos humanos*, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Santiago de Chile, 1996, Cap. VIII, ps. 127 y ss.; el autor revela (Cap. VI, ps. 95 y ss.), sin embargo, que la labor policial resulta dividida en Chile entre una policía con predominante acción preventiva (Carabineros) y otra con predominate función de investigación (Policía de Investigaciones de Chile); dan cuenta de la existencia de dos policías y de la polémica entre ellas por los papeles atribuidos en relación con el Derecho penal, DUCE J., Mauricio y RIEGO R., Cristián, *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, Ed. Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2002, Cap. V, II, ps. 148 y siguiente.

La Provincia de Córdoba fue también, al menos desde el punto de vista teórico y legislativo, pionera de esta tendencia: procuró, desde la sanción del CPP de 1939, conforme a la idea de sus redactores, plasmada en la ley, conceder al Poder Judicial de la provincia y, en especial, a su ministerio público fiscal, la función policial relacionada a la persecución penal y la fuerza pública en auxilio de los actos a cumplir por los tribunales y los fiscales[295]. Hubo incluso varios proyectos y una ley sancionada por la legislatura casi veinte años después de la sanción del Código, ley que instituía el cuerpo de policía judicial, dependiente del Tribunal Superior de Justicia, bajo la dirección y vigilancia del Fiscal del Tribunal Superior, reglas que, sin embargo, no cobraron vigencia real hasta más de veinticinco años después[296]. Sólo en el año 1985, por acuerdo reglamentario, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia instituye y reglamenta el Departamento de Policía Judicial en el ámbito territorial de la ciudad de Córdoba y su circunscripción judicial –con intención de instalar la nueva institución, pausadamente, en las demás circunscripciones judiciales–, que pone a cargo del Fiscal de la Cámara de Acusación, y exige del Poder Ejecutivo, conforme a la antigua ley de 1958, la provisión de los recursos humanos y materiales necesarios[297]. Por último, la nueva Constitución provincial (1987), 172, inc. 4°, atribuye al ministerio público la función de dirigir la policía judicial[298]; el nuevo CPP Córdoba regula los deberes, funciones procesales y su-

[295] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., t. I, ps. 267 y siguiente: el proyecto redactado por él, pero con el consentimiento de Sebastián SOLER para la idea –según el autor lo indica–, presupone el establecimiento de la Policía Judicial, dependiente del Tribunal Superior y bajo la jefatura directa del Ministerio Fiscal. El art. 62, CPP, atribuye al ministerio público fiscal, por primera vez en nuestro país, la investigación preliminar (citación directa para casos limitados), llamada en el Código *instrucción sumaria*, que lleva a cabo con el auxilio de la Policía Judicial.

[296] Ley provincial n° 4615, año 1958. La ley concedía al Tribunal Superior de Justicia la tarea de reglamentar e implementar la nueva institución y obligaba al Poder Ejecutivo de la provincia a proporcionar los medios adecuados para su funcionamiento (recursos humanos y materiales). Ni uno ni otro poder del Estado cumplieron con las disposiciones de la ley y la policía administrativa siguió cumpliendo tanto la tarea de prevención como aquellas que corresponden a la policía judicial o represiva. La verdadera razón del fracaso se debe buscar en la falta de interés del Poder Ejecutivo en conceder los recursos humanos y materiales para la institución y del Poder Judicial en organizarla.

[297] Acuerdo reglamentario n° 103 del 18/6/1985. El mismo día, el Superior Gobierno de la Provincia, por decreto 3.315, afecta los recursos humanos y materiales que traslada al Tribunal Superior. En principio se trata, básicamente, de todos los gabinetes de investigación científica del delito y coordina su labor con la policía administrativa. El germen y antecedente de esta realización, casi cincuenta años después de la sanción del CPP Córdoba, fue la creación (ley provincial n° 7.086 del año 1984) del cargo de jefe letrado de sumarios en todas las reparticiones policiales, abogado encargado de asesorar jurídicamente y supervisar, desde ese punto de vista jurídico, las investigaciones y actuaciones sobre delitos cumplidas por la policía administrativa, creación que por aquella época se estudió y fundó como mecanismo para inducir a la policía administrativa a adquirir rutinas de investigación conformes al Estado de Derecho, que renacía en la República (fines de 1983) y vigilar el comportamiento de sus funcionarios según el mismo punto de vista.

[298] La ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal (n° 7.826 del año 1989, Tít. VI, Cap. 3°, arts. 52 al 75) contiene hoy la legislación que integra y organiza la Policía Judicial, conforme a la nueva Constitución.

bordinación de sus funcionarios, en la forma acostumbrada, que observaremos más adelante[299].

La República de Costa Rica, cuyo CPP tomó el modelo cordobés de 1939, lo siguió también en la idea de que la policía represiva o de investigación criminal y el auxilio judicial correspondía al Poder Judicial. La ley nº 5.229, sancionada por la Asamblea Legislativa el 12/12/1973, modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial: crea un nuevo capítulo, el II, dentro del Título VI de esa ley, que titula *Organismo de Investigación Judicial* y que contiene un artículo, el nº 125, que reza: "Como auxiliar de los tribunales penales en el descubrimiento y verificación científica de los delitos y de sus presuntos responsables, funcionará un cuerpo técnico de policía judicial, con el nombre de "Organismo de Investigación Judicial", con jurisdicción en el territorio de la República. Dependerá de la Corte Suprema de Justicia y contará con los expertos y auxiliares en las ciencias del derecho, medicina legal, criminalística, toxicología, contables y otras, que fueren necesarios. Deberá ser dotado con los equipos, laboratorios y materiales requeridos para el eficiente cumplimiento de sus fines; y será asimismo, cuerpo de consulta de los demás tribunales de la República".

El decreto legislativo inicial provocó el veto del Poder Ejecutivo costarricense y la contestación de la Corte Suprema de Justicia, propulsora del Proyecto, luego transformado en ley[300]. Conviene ilustrar brevemente que el Poder Ejecutivo consideró que el poder de policía, como fuerza pública estatal, correspondía íntegramente a la administración del Estado (Constitución política Costa Rica, 9 y 139, inc. 3), por lo que la creación de una policía de investigación, en la competencia del Poder Judicial y bajo el Poder de la Corte Suprema de Justicia era contrario a la Constitución de la República. La Corte Suprema, en pleno, respondió con un *pronunciamiento*, con cita de varios autores argentinos (Rafael BIELSA y Alfredo VÉLEZ MARICONDE, fundamentalmente), en el cual reivindica como función del departamento judicial del Estado, según la Constitución (art. 153), la de investigar los delitos e individualizar a los partícipes en ellos. Así las cosas, la Asamblea Legislativa sancionó la ley en la fecha y con el número anticipados.

Como consecuencia de ello, la Asamblea Legislativa sancionó con el nº 5.524 la *Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial*, el 26/4/1974, que consta de 63 artículos y 3 disposiciones transitorias. Se trata de una policía de investigación criminal completa, "auxiliar de los tribunales penales y del ministerio público en el descubrimiento y verificación científica de los delitos y de sus presuntos responsables (I, II)", que depende de la Corte Suprema de Justicia, con facultad de nombramiento, disciplina[301] y

299 Esta breve reconstrucción histórica sólo fue posible gracias a la colaboración del INECIP Córdoba, institución que, a través de los Dres. Gustavo COSACOV y Gabriel PÉREZ, me remitió una síntesis elaborada por la Dra. Mónica JÁUREGUI y por el Dr. Carlos RUIZ, director de la Policía Judicial cordobesa –y quizá de otro colaborador cuyo nombre no alcanzo a descifrar–, con los instrumentos legales respectivos.

300 Ver todos estos documentos y la posterior *Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial*, en *Leyes de creación y orgánica del Organismo de Investigación Judicial*, publicación del Poder Judicial, San José, Costa Rica, sin editor ni fecha de publicación. Existe otra publicación con la primera parte de la historia, la *Ley de creación del Organismo de Investigación Judicial*, San José, Costa Rica, 1977, sin editor.

301 Algunas facultades disciplinarias son ejercidas internamente por el organismo; la remoción corresponde siempre a la Corte Suprema, en pleno; de las sanciones por las faltas de los funcionarios jefes también conoce la Corte Suprema, en pleno.

remoción de todos sus funcionarios. A pesar de que el *pronunciamiento* defensivo de la atribución, que elaboró la Corte Suprema de Justicia costarricense, frente al veto del Poder Ejecutivo, rechaza el argumento de que se deba tratar de un cuerpo que ejerza la fuerza pública, la ley concibe al organismo como un cuerpo ejecutivo que, cuando interviene, aplica la fuerza pública directamente y, de hecho, se trata de un cuerpo armado, al menos parcialmente. De hecho, también, esta policía, por motivos que se relacionan con la selección de su personal y su educación, ha sustituido en múltiples actividades a la policía administrativa y la formación superior de su personal la ha colocado por sobre ella, según nuestra experiencia personal.

Nunca he podido descifrar el enigma que encierra, al menos para mí, la creación de una fuerza armada dirigida por jueces genéricamente, esto es, con exclusión de los mandatos concretos que dictan los funcionarios competentes para llevar a cabo un procedimiento judicial. La creación de una verdadera policía, con poder de coacción directo, en el ámbito del Poder Judicial no me convence y el ejemplo de la República de Costa Rica, con unos pocos casos de escándalo en el uso de esa fuerza, creo que me ha dado la razón, en el sentido de involucrar a los jueces –en ese caso a los de la Corte Suprema–, al menos indirectamente, por omisión, en los abusos de poder propios de la policía institucionalizada. La fuerza pública, como poder de ejecución de decisiones que pueden implicar la coacción estatal, ha pertenecido tradicionalmente a la administración del Estado, encargada de prestar la fuerza necesaria para que las disposiciones de autoridad, incluso aquellas que corresponden a los jueces, sean cumplidas[302]. Quizá por ello es que prefiero el ejemplo desarrollado en Córdoba, que sólo pretende, bajo el rubro de *policía judicial*, crear un gabinete de investigación del delito de alta complejidad, encargado de cumplir las órdenes de fiscales y jueces relativas a la labor de policía científica, y presto a intervenir rápidamente desde el comienzo del caso, pero que, cuando es imprescindible la fuerza pública, debe pedirla prestada a la policía de seguridad (administrativa o de prevención). Hasta allí se puede decir que, al menos parcialmente, también resulta tradicional que los expertos en técnicas o ciencias relacionadas con la investigación criminal pertenezcan al Poder Judicial y sean útiles incluso en otras áreas jurídicas en las cuales la solución del caso también depende del cono-

302 Así, por ej., entre nosotros, regularmente, y en Chile, cf. Domínguez Vial, *Policía y derechos humanos*, cit., p. 95.

cimiento de la verdad acerca de ciertos elementos (por ejemplo: sobre todo la medicina forense, pero también otros peritos, han pertenecido siempre al Poder Judicial, departamento del Estado que, por tradición, los ha desarrollado).

Contra estos argumentos dudosos, extrajurídicos o, al menos, que no han sido pensados con rigor jurídico –según pretenden los partidarios de la judicialización de la policía de investigación criminal– se puede esgrimir el hecho de que tales abusos son hoy menos o menores que aquellos atribuidos a la policía administrativa. De la mano del mismo ejemplo de experiencia ya citado se sigue que, a pesar de haberse detectado abusos de poder de los funcionarios de la policía judicial –hoy en el ámbito del Poder Judicial–, en el caso de Costa Rica –abusos que, por ello, comprometen a ese Poder del Estado, antes casi exento de sospecha en ese sentido, porque sus funcionarios no ejercían directamente, ni dirigían, la "fuerza pública"–, ellos son hoy menores que aquellos reprochados a la policía administrativa. Pero a mí me sigue pareciendo peligroso que los jueces y fiscales se involucren en el ejercicio directo de la organización y administración de la fuerza pública, pues, a más de ser inidóneos para ello regularmente –ya que su oficio fue pensado para controlar esa función del Estado y no para desarrollarla–, de hecho delegan esa función sin controlarla genéricamente. Según reza el viejo brocárdico para los funcionarios de la fiscalía: me parece bien que los funcionarios judiciales reciban el mote de "cabeza sin manos". Con ello quiero desnudar, también, que no me he ocupado de estudiar el punto, ni política ni jurídicamente, como él lo merece, pero, al mismo tiempo, que no me convencen los argumentos usuales utilizados para decidirlo.

En el Derecho argentino el problema se ha sobrealimentado hoy en día, pues la reforma constitucional de 1994, al crear un ministerio público como órgano independiente "extrapoder" (CN, 120), que comprende también a la defensa oficial, crea nuevas expectativas sobre la distribución del poder, particularmente sobre la atribución al ministerio público de órganos ejecutivos idóneos para su labor. El nuevo Estado argentino, la ciudad de Buenos Aires, sobre cuyas atribuciones y posición institucional se discute ahora, también ha tomado partido por la creación de un cuerpo de policía judicial[303].

303 La Constitución de la ciudad de Buenos Aires, art. 125, inc. 3, encomienda a un ministerio público integrante del Poder Judicial de la Ciudad, pero con autonomía funcional y autarquía dentro del Poder Judicial, la dirección de la "Policía Judicial".

4. Función procesal[304]

I. Según la ley procesal la policía de investigación procede *de oficio*, esto es, "por iniciativa propia"[305], a investigar los delitos de acción pública (CP, 71) que conoce ya por denuncia, ya por observación propia. Ello quiere decir que no precisa de un mandato o requerimiento extraño para intervenir –por ej., de una autoridad judicial o de una persona de Derecho privado: del fiscal o del juez competentes, o del denunciante–, aunque ese mandato o ese requerimiento funden un deber correlativo[306].

La excepción a esta regla está representada, en primer lugar, por los delitos de acción privada (CP, 73 y ss.), cuya persecución corresponde en principio al ofendido, y, en ciertos casos, a sus sustitutos legitimados por la ley (CP, 75: en los delitos de calumnia e injuria, el cónyuge, padres, hijos y nietos sobrevivientes), regla que consiste en eliminar, por excepción, la persecución penal estatal; y, en segundo lugar, también conforman una excepción menor los llamados "delitos dependientes de instancia privada" o, simplemente, "de instancia", verdaderos delitos de acción pública pero cuya persecución sólo es legítima si el ofendido o sus sustitutos legales (tutor, guardador o representante legal), por "denuncia o acusación", autorizan esa persecución, en el sentido de dar a conocer el hecho a la autoridad competente para que sea perseguido (CP, 72)[307]. Se trata de una exageración el impedir, en este caso, todo procedimiento policial antes de la instancia, pues, según expresamos, es deber de los funcionarios policiales "impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores", esto es, hacer fracasar la tentativa o evitar daños mayores aun después de

[304] Sobre estas funciones, en el Derecho comparado latinoamericano, cf. DUCE J. y RIEGO R., *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, cit., Cap. V, ps. 143 y ss., con refererencia a la vasta reforma procesal penal chilena de los últimos años.

[305] CPP Nación, 183, I.

[306] CPP Nación, *ibidem*.

[307] CPP Nación, 6 y 183, II. En el Derecho comparado se conoce también, junto a la instancia penal privada, la autorización estatal, esto es, la imposibilidad de perseguir penalmente al autor o a los partícipes si un oficio del Estado, determinado por la ley, no libera el hecho, en sí punible, a la persecución penal: CP de la RFA, §§ 77a y 77e.

la consumación, labor preventiva que emerge de un hecho punible concreto[308].

Resulta claro que, a pesar del texto de los arts. 6 y 183, II, del CPP Nación –similar en todos los códigos–, la ley autoriza la intervención policial, aun sin instancia, en casos como el expuesto en la nota anterior al pie: permite evitar la consumación de la tentativa mediante la aprehensión del imputado y manda anoticiar a la persona facultada para instar, que puede promover la persecución penal, quien, si no la insta en el mismo acto, determina la liberación del aprehendido[309].

Intervenir por requerimiento o por iniciativa propia es, a la vez, una facultad, pues concede el poder de realizar actos legítimos y con valor, en el procedimiento de investigación penal, y un deber, pues el funcionario policial, conforme al principio de legalidad, no puede omitir realizarlos a voluntad, según su propio criterio. El CP, 274, reprime con pena de inhabilitación al funcionario policial que falta al deber de su cargo –obrar *de oficio* ante el conocimiento de la perpetración de un hecho punible de persecución pública–, o deja de promover la persecución penal de los partícipes en él.

II. Por supuesto, una de las funciones policiales –y deberes de sus funcionarios– consiste en "recibir denuncias"[310], una de las formas según la cual el funcionario ingresa al conocimiento de un posible hecho punible.

III. El sentido de la tarea policial es el de asegurar los elementos probatorios que permitan conocer la existencia o inexistencia de los elementos que conforman el hecho punible y su imputación a personas determinadas. Para ello, la ley procesal concede a los funcionarios policiales ciertas facultades limitadas[311], a saber:

[308] Frente al abuso sexual de un menor o de un enajenado mental (CP, 119 y 120), con representante legal o guardador, autorizados a instar, o a un rapto (CP, 130), el funcionario policial tiene el deber de interrumpir la consumación, pese a la carencia de instancia en el momento del hecho, por ausencia o imposibilidad de expresarse del instante.

[309] CPP Nación, 284, I, inc. 1, y II.

[310] CPP Nación, 184, inc. 1, y 182.

[311] CPP Nación, 184.

a) asegurar los "rastros materiales que hubiere dejado el delito" e impedir que se modifique "el estado de las cosas" hasta que la autoridad judicial competente –entre nosotros: el fiscal o el juez de instrucción–, después de la comunicación policial, tome conocimiento de ellos y ordene las medidas correspondientes[312]; y "hacer constar el estado de las personas, de las cosas y de los lugares, mediante inspecciones, planos, fotografías, exámenes técnicos y demás operaciones que aconseje la Policía científica", bajo la condición de su urgencia: "si hubiera peligro de que cualquier demora comprometa el éxito de la investigación"[313];

b) disponer los allanamientos en los casos en que, por necesidad, la ley autoriza el ingreso sin orden judicial, y, de ser absolutamente necesario, clausurar el local en el cual se supone, por los elementos hallados, que se ha cometido un hecho punible de gravedad, en ambos casos con la obligación subsecuente de dar aviso inmediato a la autoridad judicial competente para ordenar la medida[314];

c) y respecto de las personas físicas: disponer las requisas urgentes –esto es, aquellas cuya demora arriesgue seguramente el éxito de la medida– con aviso inmediato a la autoridad judicial competente para ordenar la medida[315]; practicar la aprehensión del imputado[316] en los casos autorizados por la ley –para evitar la consumación en la tentativa, para impedir la fuga de quien se halla detenido por orden judicial, en caso de delito flagrante o cuasiflagrante de acción pública y reprimido con pena privativa de libertad[317] y, excepcionalmente, cuando concurran las condiciones del procesamiento y exista peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento para la averiguación de la verdad–, siempre bajo la condición de entregar al detenido *inmediatamente*, en un plazo que no puede exceder las seis horas, a la autoridad judicial competente[318]; incomunicar al aprehendido por un plazo má-

312 CPP Nación, *idem*, inc. 2°.

313 CPP Nación, *idem*, inc. 4°.

314 CPP Nación, *idem*, incs. 5 y 6 (ver CPP Nación, 227 y 281, citados en los textos).

315 CPP Nación, *idem*, inc. 5 (ver CPP Nación, 230, citado en el texto); cf. LANGER, Máximo, *La requisa personal en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal*, en "Nueva Doctrina Penal", cit., 1996/A, ps. 229 y siguientes.

316 CPP Nación, 284 a 286.

317 Definición: CPP Nación, 285.

318 CPP Nación, 184, inc. 8 (texto originario) y 286.

ximo de diez horas[319] por motivos expresos suficientes para temer que obstaculizará la investigación o se pondrá de acuerdo con terceros, medida que no puede impedir el uso de libros u objetos que no sirvan para eludir su fin o atentar contra su vida o la ajena, ni la realización de actos civiles impostergables, ni la comunicación con su defensor antes de su declaración o la presencia del imputado en cualquier acto que requiera la intervención personal del aprehendido[320]; disponer el *arresto* de personas para que quienes se hallaren en el lugar del hecho, o sus adyacencias, permanezcan en el lugar, medida sujeta a dos limitaciones: para la policía el aviso inmediato al juez y, para este último, aquel plazo necesario para recibir su información, nunca mayor de ocho horas, prorrogables excepcionalmente por otro tanto[321]; recibir la información de los testigos e interrogarlos, para lo cual es posible, también, el uso de la fuerza pública en la medida de la más estricta necesidad[322].

Desde el punto de vista que podríamos denominar como negativo, esto es, que representa a los límites del ejercicio de sus funciones, la ley procesal penal nacional se había esmerado, en origen, por aclarar que no integra las facultades de los funcionarios policiales el recibir declaración sobre el hecho al imputado[323].

Conforme al texto originario del CPP Nación, los funcionarios policiales sólo podían identificar al sospechoso y dirigirle preguntas con ese fin, con vigencia de los derechos que amparan la declaración del imputado, entre ellos, especialmente, el derecho a conferenciar previamente con su defensor[324] y de abstenerse de proporcionar la información que desee mantener en reserva[325], derechos sobre los cuales los funcionarios policiales debían –y deben aún hoy– instruir previa y detalladamente al imputado[326]. La expresión de voluntad del imputado acerca de la necesidad de declarar inme-

[319] CPP Nación, 184, inc. 8, reformado por ley nacional n° 25.434; ley que dejó subsistente el plazo máximo de seis horas para entregar al aprehendido a la autoridad judicial competente, pero prolongó (¿?) el plazo de la incomunicación policial a diez horas, contradicción que se ha vuelto la regla para el legislador argentino "de urgencia".

[320] CPP Nación, 205.

[321] CPP Nación, 281 y 184, incs. 3 y 6, última oración.

[322] CPP Nación, 184, incs. 7 y 9.

[323] CPP Nación, 184, II y III (texto originario).

[324] CPP Nación, 197, I.

[325] CPP Nación, 296.

[326] Ver hoy CPP Nación, 184, I, inc. 10, que, al lado de esta obligación, contiene hoy parte del antiguo texto del párrafo II.

diatamente no altera la carencia de facultades de la policía para escucharlo e interrogarlo, sino que desencadena un procedimiento para hacerlo comparecer ante un juez a fin de que pueda cumplir el acto requerido en su presencia y bajo su dirección[327].

Hoy la ley nacional n° 25.434, con la ligereza que caracteriza al legislador argentino "de urgencia"[328], ha pretendido cambiar tibiamente esta decisión inicial mediante la concesión de un ámbito de interrogatorio policial ("requerir del sospechoso y en el lugar del hecho noticias e indicaciones sumarias sobre circunstancias relevantes para orientar la inmediata continuación de las investigaciones"), declaración cuya documentación está prohibida para restarle "valor en el proceso". La intención ha sido, sin duda, eliminar prohibiciones de valoración probatoria sobre elementos de prueba derivados, desde el punto de vista jurídico, y, quizá, abrir la puerta del interrogatorio policial, bien para que, en el mejor de los casos, una posible confesión –total o parcial– sea introducida al proceso por la vía del testimonio policial, o bien para tornar posible la coacción, siempre difícil de verificar como existente para el imputado, sin demasiado riesgo para la investigación o para el funcionario policial que la practicó. Sin embargo, la ley de reformas no ha solucionado el verdadero problema jurídico (valor de la confesión frente a la autoridad policial), que ha contribuido a agravar, ni ha propuesto solución alguna para el problema político, hoy todavía abierto. Desde el punto de vista jurídico, parece hoy más claro que antes que cualquier "información no podrá ser documentada ni tendrá valor *alguno* en el proceso" (resaltado nuestro), con lo cual resulta evidente que no podrá ser introducida al proceso ni al debate por el agente policial que la escuchó o, incluso, por algún testigo que no sea funcionario de la persecución penal. Y, si se tratara de incorporar un elemento de prueba derivado –por ejemplo, el hallazgo del arma homicida–, el agente policial no podrá dar información alguna sobre la racionalidad del hallazgo ("dar razón de sus dichos"), con lo cual resulta difícil expulsar a las "prohibiciones probatorias" fundadas en la adquisición irregular de la prueba.

Qué significan "noticias e indicaciones sumarias sobre circunstancias relevantes para orientar la inmediata continuación de las investigaciones", sobre todo si se pretende discriminar este concepto del conocido por "confesión", supera mis posibilidades explicativas. Tampoco antes estaba prohibido para el agente policial que intervenía en el lugar del hecho escuchar las palabras del imputado que podían "orientar la investigación", aun tratándose de una confesión, siempre que ellas no provinieran de un interrogatorio forzado y que el agente policial le hubiera aclarado al sospechoso los derechos básicos que, según previsión constitucional, le concede la ley procesal (*nemo tenetur se ipsum accusare* y presencia del defensor); si el sospechoso insiste en protocolizar formalmente su declaración, el agente debe conducirlo ante un juez, quien, en presencia del defensor, puede acceder a su solicitud y escuchar formalmente su declaración. Ayer y hoy el deber del agente policial es idéntico.

La ausencia de la facultad –también hoy ausente en una enorme medida si se lee correctamente el texto, pese a cualquier intención del le-

[327] CPP Nación, 184, III (texto originario), hoy algo reformado en el párrafo I, inc. 10, 2ª oración.

[328] CPP Nación, 184, I, inc. 9 (texto actual reformado por la ley n° 25.434).

gislador– genera, en su caso, una clara *prohibición probatoria*[329]. De la misma manera, los funcionarios policiales tampoco están facultados para secuestrar los documentos, o la correspondencia, que sean enviados o entregados a los defensores para el ejercicio de su cargo, ni pueden abrir la correspondencia correctamente secuestrada y enterarse de su contenido: en caso de urgencia, pueden acudir ante el juez más próximo, dando razones de esa urgencia y de la necesidad de conocer el contenido, quien procederá según las reglas relativas al caso[330].

Representan también limitaciones de este tipo a la actividad policial en la recolección de elementos probatorios, aquellas contenidas, regularmente, en los medios de prueba particulares, como la prohibición de allanar domicilio sin autorización judicial –salvo en los casos de necesidad–, que supone un procedimiento de control[331], las relativas a la interceptación de la correspondencia y las comunicaciones –telefónicas o de otro tipo– y su apertura[332] o las relacionadas con la información proveniente de otras personas, por su parentesco o por la función social que cumplen[333], por ejemplo.

IV. Toda esta actuación inicial de la policía está precedida por el deber de comunicar al juez y/o al fiscal competentes sobre la iniciación del procedimiento[334]; los protocolos que los funcionarios labren sobre los actos cumplidos deben ser enviados sin tardanza a la autoridad judicial competente para el caso: el plazo máximo se extiende a tres días, cuando esa autoridad tiene sede en el mismo lugar que la sede policial, y a cinco días en los demás casos, pero, por autorización judicial, el plazo puede prolongarse hasta ocho días por inconveniente insalvable relacionado con la distancia, las razones climáticas o las dificultades de transporte[335].

329 Cf. esta obra, t. I, § 8, D, 3, *b*, II, ps. 865 y siguientes.

330 CPP Nación, 235 y 237.

331 CPP Nación, 224 y siguientes.

332 CPP Nación, 234 y siguientes.

333 CPP Nación, 242, 243 y 244.

334 CPP Nación, 186, I.

335 Regulación propia del CPP Nación, 186, II y III.

V. Pero estas actuaciones iniciales no agotan la función procesal de la policía durante el procedimiento. Sus funcionarios, más allá de ello, son *auxiliares* de jueces y fiscales para el desarrollo de sus funciones respectivas[336], de manera tal que cumplen las órdenes que ellos les dirijan y producen los actos que ellos les encomienden; en particular, prestan a los funcionarios judiciales el auxilio de la fuerza pública, en la medida en que ella sea necesaria para cumplir un acto y en la proporción requerida para vencer la resistencia a él o el inconveniente suscitado[337].

C. LA PERSECUCIÓN PENAL ESTATAL Y LOS DERECHOS HUMANOS

I. Sin duda la tensión entre derechos de los individuos –o de la dignidad humana– y Estado –o poder político– se potencia en razón de la persecución penal. Esa actividad estatal amenaza no sólo bienes primarios de todo ser humano –como la vida, la libertad ambulatoria y la integridad física y moral del individuo–, absolutamente imprescindibles para pensar en otros derechos cuyo ejercicio garantiza el mismo estatuto fundamental[338], sino que, además, el procedimiento penal actual sólo es comprensible como una tensión entre el interés individual por el uso y goce pleno de esos bienes, y el interés estatal por reaccionar frente al quebrantamiento, por parte de una persona, de la ley penal del Estado, de las prohibiciones y de los mandatos creados por ese poder político. Esta tensión violenta –quizá, mejor dicho: este choque de intereses–, que muchos han procurado armonizar como ideal posible de conquistar, pero que, frecuentemente, nos obliga a elegir entre uno u otro interés, se manifiesta en todas las zonas del Derecho penal y especialmente en el Derecho del procedimiento penal.

Téngase como ejemplos: a la actividad probatoria, la búsqueda de la verdad acerca de aquella hipótesis que se afirma como sucedida, y los límites al conocimiento o a las fuentes de información que imponen las leyes fundamentales y las reglas de Derecho procesal penal, en el desarrollo de una de sus funciones, la de reglamentar las garan-

336 CPP Nación, 186, I, y 187.

337 CPP Nación, 184, I, inc. 11.

338 Pues incluso la misma ley procesal penal amenaza con el ejercicio de la coacción para privar de esos bienes a una persona o disminuir sensiblemente su goce; y la ley penal amenaza la coacción estatal (penal) para quien prive de estos derechos a otro por fuera de las autorizaciones correspondientes.

...s constitucionales para protección del individuo frente a la persecución penal; al en... enjuiciamiento preventivo y a la presunción de inocencia; al *in dubio pro reo* como re... básica de valoración de la prueba, que, al menos al final del debate judicial, privile... ia, por medio de una ficción, la situación del imputado frente a los órganos de perse... ución penal.

De hecho, también, uno de los principales problemas políticos a resolver por el legislador penal consiste en el mal uso que los órganos de persecución penal –en especial, la policía, fuerza de choque inmediato contra el hecho punible, especialmente el cometido en lugares públicos o por medios violentos– hacen de las autorizaciones necesarias de la ley penal y procesal penal para la aplicación de la fuerza pública, en tanto esa aplicación, erigida de ordinario en deber de los funcionarios estatales conforme a su función, reclama decisiones inmediatas del funcionario actuante, imposibles en extremo de controlar *a priori*; el problema se presenta no sólo durante la persecución penal (proceso de conocimiento), sino, también, durante la ejecución de la pena. Cualquier control *a posteriori*, inevitable en una infinidad de casos, aun cuando es eficaz en el sentido de restauración de la ofensa, produce no sólo arbitrariedades ya consumadas y, por tanto, existentes durante un cierto lapso, sino, también, de imposible restauración[339].

II. Si, desde el punto de vista político, la tensión entre derechos de los individuos-facultades de la persecución penal no tiene posibilidad alguna de ser eliminada en el sistema penal actual, no es menos cierto que, desde el punto de vista jurídico, ella tiene una definición clara si se presupone una organización social regida básicamente por la concepción del Estado de Derecho. Para esta forma de organización estatal las autorizaciones o facultades concedidas a los funcionarios nunca son ilimitadas, sino que, por lo contrario, toda autorización es sólo

339 Piénsese, por ejemplo, en el problema que el imaginario popular y la prensa han bautizado como "policía brava" o de "gatillo fácil", en alusión a la utilización arbitraria de la fuerza concedida para cumplir la función, por fuera de los límites impuestos por la ley. Cf. sobre estos problemas, tanto en el ámbito policial como en el carcelario, TISCORNIA, Sofía, *La violencia policial en la Capital Federal y el Gran Buenos Aires*, en *Informe anual sobre la situación de los derechos humanos en la Argentina 1995*, Ed. CELS, Buenos Aires, 1996, ps. 1 y ss.; *Violencia institucional, seguridad ciudadana y derechos humanos*, en *Informe anual sobre la situación de los derechos humanos en la Argentina 1996*, Ed. CELS, Buenos Aires, 1997, ps. 45 y ss.; MARTÍNEZ, María Josefina, *Situación carcelaria*, en ambos informes citados, ps. 35 y ss., y 121 y ss., respectivamente.

concedida en los límites que la misma ley marca y tolera. De tal manera, cuando en un caso concreto la tensión se presenta, la decisión correcta prefiere la regla limitativa a la que genera el poder estatal o la autorización genérica para proceder, modo sólo de decir las cosas porque la misma existencia de la facultad y su puesta en acto depende, en el Estado de Derecho, de los límites con los cuales ella se concede. La regla hermenéutica, que, en cierta manera, sigue el esquema lógico que manda triunfar a la excepción sobre la regla, reza, entonces: cuando se presente el conflicto entre el ejercicio del poder y una regla de limitación de ese poder, siempre la regla limitativa debe triunfar por sobre la que concede el poder[340]. Por lo demás, en casos de duda siempre se debe preferir a la limitación. Se puede decir por ello que, desde el punto de vista jurídico, no existe la tensión, o que, reconocida ella en los hechos, posee una definición jurídica clara.

No han resuelto el conflicto siempre así los tribunales de justicia. Por ejemplo, la sentencia de la CSN en el caso "Rivas Graña, Ricardo E."[341] se adhiere al aforismo *"In delictis atrocissimis ... iura transgredi licet"*, por aceptación de la regla que deja de lado expresas prohibiciones de actuación, que tornan ilegítima la prueba obtenida, cuando se trata de un caso de criminalidad grave y de difícil esclarecimiento[342]. Esta fundamentación es muy cuestionable. Por lo pronto, ella parte de considerar a las prohibiciones de valoración probatoria, exclusivamente, como medio de protección de ciertos intereses individuales, intereses que pueden o no ceder frente a la potestad persecutoria estatal, y olvidan o dejan de lado el dilema ético y jurídico que plantea el aprovechamiento por parte del Estado del producto de su actividad irregular[343]. Prueba de ello es que, hasta hoy, la única respuesta intentada contra la crítica que sostiene que esta fundamentación se acerca al aforismo *"In delictis atrocissimis... iura transgredi li-*

[340] Ésta es la ideología subyacente en la regla del CPP Nación, 2.

[341] Del 11/12/1990, *Fallos CSN*, t. 313, ps. 1305 y ss., conocido también como "Fiscal c/Fernández".

[342] Cf. SANDRO, Jorge Alberto, *Una distorsión de las garantías constitucionales: el agente encubierto, la inviolabilidad del domicilio y el debido proceso legal*, en "Doctrina Penal", cit., 1992, ps. 125 y ss., con transcripción posterior de la sentencia (ver considerando 10) y de su doctrina.

[343] Esta contradicción o contrasentido se ha puesto de relieve de la mano de afirmaciones sintéticas intachables; Eberhard SCHMIDT: el Estado ya no puede mostrar frente al acusado "buena conciencia con la pretensión de superioridad moral" (*Gustav Radbruch als Kriminalist*, "ZStW" 63, cit., 1951, p. 160): "Quien quiere combatir el ilícito, no puede cometer ilícitos con esa finalidad" (STRUENSEE, Eberhard, *La prueba prohibida*, en "Justicia Penal y Sociedad", Guatemala, 1993, nº 3/4, p. 106).

cet"[344], no ha sido otra cosa que una aceptación parcial del aforismo en cuestión[345]. Ello significa que la legitimidad del procedimiento penal dependerá, en verdad, de la magnitud de la imputación deducida en él, pues el mensaje dirigido a los órganos encargados de la persecución penal representa algo así como: "en casos de criminalidad grave procuren respetar las reglas del procedimiento, pero si no lo hacen, ello sólo excepcionalmente constituirá un obstáculo para la persecución y la condena". Tal información no parece constituir una estrategia de dirección y control válida, desde el punto de vista preventivo.

Pero, además, la regla hermenéutica que prefiere la norma limitativa del poder a aquella que concede el poder mismo no remite, de ordinario, a ponderación alguna del intérprete sobre el contexto real en el cual opera; sólo cuando la regla limitativa contiene esa ponderación de valores, como sucede claramente en el *estado de necesidad* y, de otra manera, en la *defensa legítima*, es posible que quien ejerce ese poder, conferido jurídicamente, acuda a la ponderación de valores en el contexto real en el cual opera. Así, por ejemplo, la regla que le permite a la policía el uso de la fuerza pública –e, incluso, la utilización de armas– para el cumplimiento de sus deberes[346] tiene como límite la *necesidad* y –aun no expresado específicamente– la *proporcionalidad*, eventualmente la *defensa legítima* de bienes propios o de terceros, y obliga al funcionario que utiliza la fuerza a una ponderación de valores jurídicos. Si se desea un ejemplo que no parta del juzgamiento de la conducta del funcionario que actúa, sino, antes bien, del valor procesal de su acción, la regla que permite la injerencia estatal en el domicilio o papeles privados del imputado tiene como límite, formal y material, una autorización judicial por resolución fundada y su ejecución diurna[347]; hasta aquí, ninguna ponderación de bienes por parte del funcionario actuante es posible; la limitación se circunscribe a la autorización. Empero, en casos de necesidad, descriptos específicamente por la ley[348], el Derecho permite a los funcionarios policiales prescindir del límite (la autorización judicial) y *allanar sin orden* judicial, por apreciación del contexto real en el que ellos operan y ponderación de los bienes jurídicos en juego o en conflicto en el caso –defensa del derecho a la intimidad domiciliaria frente a los distintos bienes jurídicos, individuales o colectivos, que protegen los casos de necesidad reglados por la ley procesal penal–. Todo ello es tarea original e inmediata del funcionario policial actuante: el valor de los elementos de prueba que él eventualmente recoja, por ejemplo, va a depender de su correcta apreciación de las circunstancias y de su buen juicio[349].

344 SYDOW, Franz, *Kritik der Lehre von den "Beweisverboten"*, Ed. Holzner, Würzburg, 1976, ps. 59 y 108.

345 ROGALL, Klaus, *Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten*, en "ZStW", cit., 1991, t. 91, p. 34.

346 CPP Nación, 184, 1, inc. 11.

347 CPP Nación, 224 y 225, 1.

348 CPP Nación, 227.

349 Ésta es una de las razones principales por las que la organización y la disciplina del cuerpo policial, de distinta manera que las acciones de una fuerza armada en operaciones (el ejército, por ejemplo), resultan presididos por un *principio de jerarquía* elaborado particularmente: no manda y ordena –o no debería mandar y ordenar– el superior jerárquico por el solo hecho de serlo en la línea que supone, sino que tiene el mando y decide quien, en el "teatro de operaciones", dirige la operación, con prescindencia de aquello que pueda opinar un jerarca superior a él, pero ausente en el lugar o lejano a él.

Sin embargo, lo expuesto hasta aquí permite explicar que la tensión se reduce, en verdad, a dos líneas argumentales opuestas y contradictorias, que reclaman ambas la razón jurídica: por un lado, la afirmación (genérica) de que la averiguación de la verdad no es un valor absoluto dentro del procedimiento[350], y que al Estado le está vedado utilizar en provecho de su actividad punitiva todo aquello que proceda de su acción irregular; por el otro lado, el argumento apunta a la relativización instrumental de aquella proposición mediante el recurso de argumentos pragmáticos o especulativos, allí donde el temor a que ciertos hechos queden impunes supera a la voluntad de reafirmar la vigencia de las reglas constitucionales y procesales –y también penales– como límite a la persecución penal y a la misma pena estatal. Esta última concepción deja de lado el simple hecho de que aquí se trata, básicamente, o bien de la inobservancia de aquellas normas procesales que confieren a quien persigue penalmente una potestad de injerencia en los derechos reconocidos a otro, o bien de la injerencia realizada en ausencia total de una norma semejante. Las normas que regulan dichas facultades de injerencia no operan sólo como reglas de garantía del ciudadano frente al Estado, sino que, simultáneamente, constituyen *autolimitaciones* para el Estado y son el producto del proceso de reforma decimonónico para transformar aquello que se llamó Inquisición[351]. El Estado de Derecho se halla, por ello, obligado a respetar el *rito establecido* para su actividad persecutoria[352]. De allí que el incumplimiento de estas reglas conlleva un contrasentido jurídico, pero, además y al mismo tiempo, representa una infracción ética[353].

El único fundamento del respeto irrestricto hacia los derechos humanos por parte de los órganos del Estado que ejercen el poder penal es, en principio, la prohibición de un *venire contra factum propium* del mismo Estado. Él se encuentra vinculado por las autolimitaciones descriptas y no puede, en consecuencia, obtener provecho alguno de su actuación irregular. Ello, de algún modo, rescata el *carácter imperati-*

350 Así en la sentencia de la Corte Suprema de la RFA (BGH) 14, 358.

351 FEZER, Gerhard, *Grundfragen der Beweisverwertungsverbote*, Ed. C. F. Müller, Heidelberg, 1995, p. 22 y siguiente.

352 FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 621, con cita de CARRARA.

353 Ver nota 343 de este parágrafo, p. 424.

vo que BELING le había conferido a las reglas de limitación en tema de prohibiciones probatorias: la prueba irregular es "un fruto prohibido del cual el tribunal no debe comer"[354]. Es posible que tal fundamento jurídico reconozca su razón de ser política profunda en la protección del individuo frente al ejercicio del poder estatal, del cual aquél es súbdito, pero precisamente tal razón política, base de nuestra organización social (el Estado de Derecho), es la que ha elevado a principio supremo la afirmación de que no existe poder irrestricto, ilimitado (CN, 29), sobre los súbditos del poder soberano, y menos aún en materia tan sensible para ellos como la aplicación del poder penal, máxima autorización de la coacción (violencia) estatal que reconoce, justifica y legitima el orden jurídico. El llamado *Estado de Derecho* se diferencia de otras formas autoritarias del *Estado-nación*, precisamente, en la afirmación enfática de que sus funcionarios sólo obran legítimamente cuando una facultad definida les es concedida por las leyes de su competencia y dentro de los límites que la misma ley le fija a esa facultad, esto es, la acción, para cuyo ejercicio es competente el funcionario, está sólo legitimada cuando se conforma a las formas y procedimientos establecidos por las leyes; de otro modo, tanto cuando obra sin que la facultad le haya sido concedida por la ley, como cuando, concedida, no la ejercita de la manera en que la ley define su forma o procedimiento, el funcionario ejerce su poder antijurídicamente. La regla es general y no se refiere, exclusivamente, al poder penal del Estado, pero, sin duda, lo comprende[355].

III. El riesgo, en la actualidad, ya no se refiere –o no se refiere en primer lugar– a la relativización de los derechos humanos y de las garantías de las personas frente a la coacción estatal, conforme a la in-

[354] *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß* (reimp. de la 1ª ed. [1903]), Ed. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, s/f., p. 25.

[355] Repárese, por ejemplo, en que una ejecución sin sentencia que la ordena es un asesinato, punible según la ley penal (CP, 80, I, inc. 2, eventualmente también 6); el encierro de una persona sin sentencia de condena a pena privativa de libertad efectiva o por fuera de los límites de la misma condena, constituye privación ilegítima de libertad, incluso agravada, punible según la ley penal (CP, 141, 143, incs. 1 y 4); la prolongación de la prisión durante el procedimiento, más allá de aquello que la ley dispone, es también una privación ilegítima de la libertad, agravada y punible (CP, 143, incs. 2, 5 y 6); el allanamiento de domicilio sin orden judicial o sin respetar las formalidades del proceder que la ley impone es también un hecho punible (CP, 151).

terpretación mezquina que hemos citado, sino que, antes bien, esa interpretación ha cedido paso, de manera hipócrita, al argumento contrario y pretende aprovecharlo instituyendo en la ley autorizaciones abiertas que no respetan, materialmente, los derechos humanos de los individuos y sus garantías frente a la actividad coercitiva del Estado. Así sucede, por la misma razón ya apuntada –el temor de que ciertos comportamientos graves o necesitados, según sus sostenedores, de la reacción estatal, queden impunes–, con los institutos, cada vez mayores en número, de las llamadas *leyes penales de emergencia*, que, para colmo de males, no tardan en ser postulados para ser incluidos en la legislación penal general. El argumento, sin embargo, es siempre el mismo: la necesidad de aplicar la pena estatal como bálsamo para la herida o, peor aún, como *sanalotodo* de cualquier problema social, falacia que, ya en el corto plazo, demuestra sus efectos irracionales.

El paradigma es, entre nosotros, el llamado *"agente encubierto"*, suerte de policía-actor, hábil para engañar a quienes, se supone, viven del engaño y la ocultación, autorizado, incluso, hasta para cometer hechos punibles, pese a ser un funcionario estatal, y para cuya conducta de investigador no rigen –también se supone– las reglas de autolimitación que se impone el Estado, como, por ejemplo, la necesidad de conseguir la autorización judicial del allanamiento de una morada ajena, o la prohibición del engaño para conseguir información del autor: a qué resultados concretos nos condujo, inmediatamente, esta autorización, quedó claro breve tiempo después de que ella fuera puesta en práctica[356].

Este argumento ignora que la vigencia de reglas constitucionales o de principio no está expuesta a "picardías" del llamado legislador (común), algo que la misma Constitución se encargó de advertir (CN, 28). Si los institutos creados y sus reglas contravienen reglas de orden superior, como aquellas que regulan los derechos mínimos de resguardo para los individuos o las garantías de que gozan esos individuos para la realización efectiva de esos derechos, pues entonces esas reglas no

356 Cf. Dr. Jeckyll y Mr. Hyde, *La introducción del llamado agente encubierto a la legislación argentina*, en "Nueva Doctrina Penal", cit., 1996/A, ps. 273 y ss.; Guariglia, Fabricio, *Der verdeckte Ermittler im Strafverfahren Argentiniens*, en "ZStW" 109 (1997), ps. 686 y ss.; ver también, *La justicia penal ingresa al mercado*, en "Nueva Doctrina Penal" (nota editorial), cit., 1997/A, ps. 1 y siguientes.

En esto consiste el núcleo y el resultado real del argumento de la CSN en el caso "Rivas Graña" o "Fiscal vs. Fernández", antes citado (nota 341 de este parágrafo, p. 424).

pueden regir, porque lesionan preceptos de reserva básicos, cuya ponderación con otros intereses no es tarea de los funcionarios estatales, ni siquiera de los jueces. Por ello, la minoría de la Corte Suprema de los EE.UU., en su discrepancia, cuando aborda la regla de exclusión probatoria frente a la excepción al ámbito de aplicación de la regla que fijó la mayoría (excepción de buena fe: los beneficios preventivos que presentaría la regla de exclusión quedan superados por sus propios costos: "imputados culpables pueden quedar libres o recibir sentencias reducidas"), resume la crítica que se debe formular a esta manera de pensar: la vigencia de la regla de exclusión no depende de sus eventuales efectos preventivos, sino que ella se deduce directamente de un imperativo constitucional; por ello, es también inaceptable recurrir a la ponderación de costos como "factor de corrección" frente a la adquisición irregular de prueba por parte del Estado[357].

IV. Otra arista de este mismo problema, ya no reducida a la argumentación jurídica, se refiere a la organización de los controles efectivos y necesarios del uso de la fuerza por aquellos funcionarios que disponen de ella. El problema supera en intensidad y en comprensión al que supone la exposición del procedimiento penal, pero comprende también al Derecho del procedimiento penal y, en general, al sistema jurídico-penal en su conjunto. Se trata de un problema político de máxima importancia, que se vincula directamente con la arquitectura de la organización jurídica del Estado[358]. La cuestión supera el conteni-

[357] "No es la regla de exclusión, sino la Enmienda misma la que ha impuesto este costo": "U.S. v. Leon", 468 U.S. 897 (año 1984).

[358] Basta observar la realidad que nos circunda, que últimamente nos ha golpeado sin darnos tregua, para advertir el problema y su importancia: los hechos policiales de los últimos tiempos, sobre todo en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, no nos han ahorrado demostraciones acerca de la intensidad e importancia del comportamiento de aquellos en quienes se confía la fuerza pública en el panorama general de los hechos punibles, al punto de que ya no se sabe, a ciencia cierta, si la policía, creada para promover la seguridad de los ciudadanos y como auxiliar de los órganos encargados de la persecución penal, debe existir, al menos como policía de Estado, o es preferible, en el sentido de la disminución de la actividad delictual, su disolución. No me propongo estudiar el tema, pero no me parece una casualidad que la explosión haya sucedido en la provincia nombrada, que nunca se preocupó por desarrollar su Poder Judicial, históricamente raquítico, comprendido en él los demás órganos de la persecución penal o del correcto funcionamiento del sistema, como la fiscalía y la defensa pública (el ministerio público, en su organización tradicional), y prefirió concentrar en la policía institucional, más de hecho que de derecho, todas las funciones de realización del sistema penal. No se trata de un secreto para nadie el hecho de que la corrección de

do expositivo del libro y, por ello, resulta imposible de ser tratada aquí, aun cuando el libro no haga profesión de fe del Derecho positivo: sólo incluiremos sus elementos fundamentales y tan sólo a manera de ensayo.

Es correcto comenzar, como lo han hecho los nuevos CPP de la provincias de Córdoba, Tucumán y Buenos Aires –el CPP Guatemala y el nuevo CPP Costa Rica, en el ámbito internacional–, ya vigentes, por la separación clara de las funciones que cumplen los diversos operadores judiciales, en especial, tribunales y fiscalías, y las responsabilidades consecuentes que esos oficios adquieren. Siglos de inquisición y de burocracia judicial han contribuido a conformar la figura del juez penal a semejanza de un inquisidor, comprometido con la persecución penal y la búsqueda de la verdad, en el sentido de que su labor se centra en inquirir, incluso para lograr la condena de quien ha intervenido en un hecho punible. Los fiscales, por su parte, cumplen, en el proceso penal tradicional entre nosotros, un papel secundario y hasta, en cierta manera, pasivo: la verdadera función de la fiscalía consiste en controlar burocráticamente la tarea de los tribunales, a quienes no persiguen convencer de nada; intervienen como dictaminantes objetivos y su mecanismo principal de control son los recursos, que le son concedidos a la fiscalía para atacar las decisiones judiciales que no la convencen –en ocasiones mecánicamente, en cuanto no solucionan el caso exactamente como sus fiscales lo pretendieron– y, sin duda, mediante ciertas intervenciones claves que le corresponden en el procedimiento –la formulación de la acusación– han contribuido a sostener la ilusión de una verdad obtenida dialécticamente; por lo demás, aquí no se trata, en principio, de oficinas encargadas de la persecución penal, integradas por varios fiscales que colaboran para cumplir la misión que constituye el núcleo de su competencia, sino de burócratas individuales, sin o con una mínima organización corporativa, que responda a la índole de la tarea de actor penal que debiera ejercer, pero que no ejerce. Según la tarea burocrática que asume la organización de la fiscalía, ella siempre ha dependido de la organización judicial, como accesorio de ella sin demasiada importancia (organización de "remedo", según ha dado en ser llamada). A tal punto esta es la realidad, que la República de Chile, en una decisión ingenua desde el punto de vista de la presentación de la organización del Estado hacia el exterior, pero del todo contraria a la hipocresía que casi siempre reina entre nosotros, abolió prácticamente, en el año 1929, al ministerio público fiscal y concedió sus facultades, en general, al propio juez.

El giro debe ser total. Son las fiscalías, organizadas convenientemente y suficientes en número, quienes deben responder por la persecución penal y la investigación oficial de los hechos punibles. Su tarea principal consiste en ello, con el fin de convencer a los

este problema, o su reducción a límites razonables, no se refiere sólo a la reorganización policial, sino, antes bien, a la reestructuración de otros organismos estatales, como la justicia penal y la fiscalía, la defensa pública y el servicio penitenciario, y hasta del servicio que brindan operadores privados, como los abogados, servicios todos que han contribuido a la concentración de poder en la policía, tolerado el sistema impuesto y usufructuado de él.

cuerpos de decisión de los tribunales para que autoricen ciertas medidas, provisionales o definitivas, de carácter penal. Los tribunales, en cambio, representan el resguardo del individuo frente al poder penal del Estado y, por ende, su labor consiste en escuchar en audiencia aquello que la fiscalía y, eventualmente, la defensa del imputado le plantean e intentan demostrar, para dar solución al problema, autorizando o desautorizando el ejercicio del poder penal estatal o su progreso; la tarea de los tribunales se vincula, estrechamente, con las garantías establecidas para quien es perseguido penalmente –por otro, no por ellos– y su efectiva vigencia: responden por ella y por su eficiencia práctica. Dentro de este esquema ideológico del procedimiento, los recursos deben perder su carácter de medios de control de la actividad de los jueces y pasar a ser mecanismos de garantía de quien es perseguido penalmente. Por supuesto, la fiscalía, que comparece ante un tribunal en busca de una autorización para ejercer el poder penal estatal (la pena, el enjuiciamiento, el allanamiento de una morada, la detención de una persona, el secuestro de una cosa, etc.), carecerá de recurso frente a una decisión negativa, aspecto que hará perder al sistema de recursos su carácter histórico de "bilateral", extraído del proceso civil, pero consustancial a la conformación de una administración de justicia regida por el principio *vertical* en su organización e idóneo para restar protagonismo a ciertas reglas de principio del procedimiento penal (prohibición de la *reformatio in peius*, *ne bis in idem*). Ello contribuirá, por lo tanto, para conformar una organización de tribunales *horizontal*, que reemplace la actual conformación *vertical* heredada, en la que todo el problema político se reduce en conocer cuál es la composición o integración correcta del cuerpo de decisión judicial que debe resolver una cuestión, y los jueces de un tribunal, audiencia judicial o corte de justicia se combinarán de diversas maneras (con participación ciudadana –jurados o escabinos– o sin ella, unipersonal o colegiadamente, en este caso, con qué número de miembros), según el problema a resolver. Por supuesto, en materia penal, las cortes supremas o tribunales superiores, que ya existen constitucionalmente, deberían ser, básicamente, tribunales de casación sobre las garantías ciudadanas, papel en el cual –seamos sinceros– no se han destacado demasiado hasta el presente[359]. Ninguno de los CPP argentinos, ni tampoco nuestras leyes de organización judicial coinciden con este esquema.

[359] Frecuentemente, esos tribunales han utilizado las garantías *en contra* del amparado por ellas, con un esquema de pensamiento que privilegia el aspecto legitimador del sistema penal inmanente a cualquier garantía, en lugar del papel reductor del sistema que ella pretende jugar: así, por ejemplo, se concluye en que todo lo relacionado con el encarcelamiento preventivo se vincula con el principio de inocencia constitucional, para admitir y dar razón a un recurso fiscal interpuesto contra una decisión de última instancia que libera al encarcelado bajo una caución, y, como consecuencia de ello, anula esa decisión y lo encarcela nuevamente (CSN en "Todres, Isaac", en "Jurisprudencia Argentina", Sección Jurisprudencia, t. 12, Buenos Aires, 1971, ps. 518 y ss., con nota mía –*La privación de la libertad en el proceso penal y el recurso de inconstitucionalidad nacional*–, reproducido en MAIER, Julio B. J., *Sobre la libertad del imputado*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1981, § 3, ps. 48 y siguientes). Debo admitir que, como sucedió con otros autores que señalo en la nota al pie inicial del libro, p. 48, encandilado por las expresiones de la Corte respecto del par conceptual encarcelamiento-libertad procesal como problema de orden constitucional y con la posibilidad de recurrir ante ella por recurso extraordinario, por situaciones en las cuales existía un agravio constitucional real –esto es, privación de libertad de una persona por aplicación de reglas reñidas con otras de carácter constitucional o interpretadas en sentido contrario a la CN–, no

Al ministerio público penal (la fiscalía), como señor de la investigación preliminar y de la persecución penal estatal, le corresponden varias tareas de la máxima importancia: primeramente, debe cumplir el control jurídico inicial sobre la actividad policial en el procedimiento penal, tarea que sí puede sintetizarse como la de *guardián de la ley* –o de la legalidad de los actos de investigación– y que resulta de importancia en aquellos hechos punibles en los cuales la policía interviene y seguirá interviniendo en primer lugar (hechos punibles cotidianos, cometidos en lugares públicos, o privados con ejercicio de violencia); en los hechos punibles de mayor complejidad, ya por la forma de su comisión, por la cantidad de víctimas que generan, o por el bien jurídico atacado, delitos para los cuales la policía carece de aptitudes para perseguirlos y, de hecho, no interviene en ellos desde su consumación –incluso existen otros órganos del Estado que se ocupan de su prevención (ej.: fraudes cometidos por intermedio de entidades financieras, grandes fraudes en la actividad comercial, delitos fiscales, o contra la hacienda pública o contra los medios de pago internacionales, delitos contra el medio ambiente o delitos informáticos)–, la fiscalía deberá desarrollar su capacidad autónoma de investigación y la policía, ordinariamente, le servirá de auxiliar, sobre todo cuando sea necesaria la utilización de la fuerza pública; es posible que, en varios de los delitos que tienen por objeto la protección de bienes jurídicos supraindividuales, colectivos o universales se deba acudir al apoyo y control de sistemas de persecución penal no estatales, como la legitimación de las asociaciones intermedias para querellar en casos de delitos que ataquen o pongan en peligro esta clase de bienes jurídicos, cuya protección constituye el objeto de la asociación; restan, por fin, los hechos punibles de todo tipo cometidos por los funcionarios públicos en ejercicio o con ocasión del ejercicio de sus funciones, zona en la cual será difícil lograr credibilidad en la actuación de la fiscalía, compuesta también por funcionarios oficiales y razón por la que convendría instrumentar un sistema de persecución penal efectivo con participación ciudadana, que parta de la conocida *acción popular*, que conceda transparencia al sistema y evite, al mismo tiempo, la sospecha de favorecimiento personal y las persecuciones arbitrarias. Con tal cúmulo de tareas y funciones, si se mantiene el sistema de persecución penal estatal, no se ofrece otra posibilidad que la de organizar un ministerio público fiscal, en materia penal, regido por los principios de *unidad* e *indivisibilidad* del oficio, esto es, organizado verticalmente, aun cuando se pueda instrumentar controles para las instrucciones ilegítimas del superior.

De la misma manera, es necesario instrumentar un sistema de *defensa oficial* efectivo y apto, cuestión para nosotros crucial dada la gran cantidad de casos en los cuales ella debe intervenir, a raíz de la imposibilidad del inculpado de acceder a la defensa privada. En este aspecto del problema no existe otra solución que la de armonizar el deber del Estado de conceder asesoramiento técnico a quien no puede o no quiere designar defensor de confianza, o, si se quiere, de cubrir los gastos que la defensa genera, si lo desea el imputado, con la función que cumplen los colegios públicos de abogados[360].

---

adverti esta posición inconcebible de la Corte, repetida en otras ocasiones (cf. PASTOR, Daniel R., *Recurso de casación y anulación de oficio*, en "Nueva Doctrina Penal", cit., 1997/B, § 4, ps. 676 y ss., con ejemplos de la jurisprudencia), que usa una garantía como excusa para perjudicar al imputado que ha obtenido una sentencia favorable.

360 Cf. GUARIGLIA, Fabricio, *El nuevo sistema de defensa de oficio en el procedimiento penal*, en "Jurisprudencia Argentina", nº 5777, 20/5/1992, ps. 4 y siguientes. Ver este libro, t. II, § 10, D, 3, II, ps. 261 y siguientes.

Parágrafo Duodécimo
El tribunal penal



6113

BIBLIOGRAFÍA

ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, 22, *Proyecto de Constitución*, art. 93. ALSINA, Hugo, *La justicia federal*. AMBOS, Kai, *Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshof*. BERGALLI, Roberto, *Sistema político y jurisdicción*. BINDER, Alberto M., *Sobre el origen histórico de la palabra "escabino"*. BOVINO, Alberto, *Publicidad del juicio penal: la televisión en la sala de audiencias*, y del mismo autor, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Cap. II. BRUZZONE, Gustavo A., *Sobre la garantía del juez imparcial*. CAVALLERO, Ricardo J. y HENDLER, Edmundo S., *Justicia y participación. El juicio por jurados en materia penal*. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho procesal penal*, t. II, Parte segunda, Libro primero, Tít. primero, Cap. segundo; y, del mismo autor, *Competencia penal de la República Argentina*. CÓRDOBA, Gabriela E., *El control abstracto de constitucionalidad en la República Federal de Alemania*. CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte general* (3ª ed.), Cap. III, IV, B y C, §§ 113 a 120 y §§ 18 y 19. D'ÁLBORA, Francisco J., *La justicia federal (su competencia penal)*. DE LA RÚA, Jorge, *Código Penal argentino* (2ª ed.), art. 1. DE LUCA, Javier A., *Sobre la garantía del juez imparcial y el procedimiento penal nacional*. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Cap. 5, nº 3, 4 y 5, Cap. 7, nº 3 y 4. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, III, 9. FIERRO, Guillermo J., *La ley penal y el Derecho internacional* (2ª ed.); FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Tercera conferencia. GARCÍA, Luis M., *La noción de tribunal imparcial en los instrumentos internacionales de derechos humanos*. GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno (sobre el carácter contramayoritario del poder judicial)*. GUARIGLIA, Fabricio, *Creación de la Corte Penal Internacional: algunos aspectos del Estatuto de Roma, y Publicidad periodística del hecho y principio de imparcialidad*. HASSEMER, Winfried, *Vorverurteilung durch die Medien?* HENKEL, Heinrich, *Strafverfahrensrecht*, §§ 30 a 38. KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*. KERN, Eduard, *Die Grundgedanken des neuen Gerichtsverfassungsrechts*. LASCANO, David, *Jurisdicción y competencia*. LOJÁCONO, Virgilio, *Los jueces naturales y el ámbito temporal de la nueva ley de competencia*. MAIER, Julio B. J., *Extraterritorialidad penal y juzgamiento universal*. MOONEY, Alfredo, *El juicio por jurados*. MORA MORA, Luis Paulino, *La independencia del juez, como derecho humano*. NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, § 58 y Cap. III, D. NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, t. I, § IV, Títs. II y III. PERRON, Walter, *Sind die nationale Grenzen des Strafrechts überwindbar?* PETERS, Karl, *Strafprozeß* (2ª ed.), §§ 17 a 22, y del mismo autor, *Der neue Strafprozeß*, § 6. REBAGLIATI, Orlando R., *La Corte penal internacional*. RIGHI, Esteban, *Derecho penal económico comparado*, VI, 4. ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Cap. 1, §§ 6 a 9. RUIZ, Alicia E., *Idas y vueltas*, Primera parte, IV. SANCINETTI, Marcelo A., *La violación de la garantía de la imparcialidad del tribunal*. SCHIFFRIN, Leopoldo, *La primacía del Derecho internacional sobre el Derecho argentino*; del mismo autor, *Pro jure mundi*, y *El "forum delicti comissi" como exigencia del art. 102 de la Constitución nacional*. SIMON, Helmut, *La jurisdicción constitucional*. SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino* (4ª ed., 8ª reimp.), t. I, §§ 15 y 18. SORIANO, Román, *El nuevo jurado español*. SUPERTI, Héctor, *Quien investiga no debe juzgar*. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, t. I, Segunda parte, Cap. II, y t. II, Tercera parte, Caps. II y VII, § III. VITURRO, Paula, *Acerca del origen y el fundamento de los*

sistemas de control de constitucionalidad. VOLK, Klaus, *Strafprozeßrecht*, §§ 5 y 19. ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, § 15, V.

A. LA JURISDICCIÓN PENAL

1. Concepto y características

Se denomina *jurisdicción* a la facultad (poder) que el Estado confiere normativamente a ciertos órganos propios –que crea ya desde su Constitución política, y estatuye y organiza por ley–, de decidir o dar solución a conflictos sociales, conforme a su ley (por ello, del latín *iuris dictio*: decir el derecho), planteados entre los individuos (personas físicas o ideales) que, transitoria o permanentemente, caen bajo su soberanía o entre esos individuos y el mismo Estado, decisión o solución que respalda y cumple con su propia fuerza pública, si, en el caso, resulta necesario. La *jurisdicción penal* es, por tanto, la misma facultad o poder de juzgar, referida a esa porción del orden jurídico que denominamos penal, porque la consecuencia característica es una pena o, extensivamente, en los derechos penales de doble vía, una medida de seguridad y corrección de carácter penal.

A semejanza de aquello que sucede con otras "teorías" jurídico-procesales[1], la definición del concepto de *jurisdicción* ha dado por resultado un debate que ya ha sido calificado de "bizantino" y que nosotros preferimos indicar como meramente semántico, pues no ofrece de manera alguna un resultado práctico para la solución de casos jurídicos y menos aún para la solución de casos penales. En él existen múltiples *teorías subjetivas* y *objetivas* que se disputan entre ellas el acierto o que critican el error de su contraria, incluso la disputa enfrenta a teorías situadas del mismo lado en aquella clasificación genérica, sin que ninguna de ellas saque ventaja sobre las otras a la hora de verificar si de su aplicación o de la falta de aplicación derivan ventajas "normativas", esto es, soluciones distintas para casos jurídicos y conflictos que son planteados ante los tribunales. Todas esas "teorías" persiguen, únicamente, describir aquello que para cada una de ellas significa administrar justicia, desde el punto de vista de un Estado moderno; todas ellas, también, acentúan cierto rasgo que el autor considera característico para definir el poder de juzgar en un Estado moderno[2].

[1] Ver § 9, con varios ejemplos de esta costumbre, que no engendra resultado práctico alguno.

[2] El fenómeno de la disputa, que carece de mayor importancia, a mi juicio, y su calificación de bizantina descripto sintéticamente en VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal* [*DPP*], Ed. Lerner, Buenos Aires, 1969, t. II, Cap. II, § II, ps. 75 y siguientes.

Frente a nuestra definición del comienzo, como frente a la mayoría de las teorías sobre el poder jurisdiccional, en especial las llamadas teorías subjetivas, lo primero que debería aclararse es que, durante el siglo XX, la concepción de la jurisdicción como poder que ejercen los tribunales frente a un caso concreto (un conflicto de intereses entre personas o entre personas y el Estado relacionado con una realidad histórica única y ya sucedida [el o los hechos objeto del proceso][3]) que constituye su objeto, ha sufrido una modificación sustancial, al menos si se considera que los llamados tribunales constitucionales son aquello que menta su nombre: tribunales que ejercen jurisdicción. El hecho es que ellos, al menos parcialmente, están autorizados a realizar un control normativo *abstracto*, esto es, a indagar y decidir acerca de la validez de normas según principios de vigencia superiores a ellas mismas o de mayor rango normativo, sin relación alguna con un interés o suceso singular determinado[4]. Claro es que se puede negar a esos tribunales o a esa tarea que llevan a cabo, entre otras, algunos tribunales, el uso del adjetivo jurisdiccional[5], con lo cual resolvemos el problema, pero sólo semántica-

[3] Importante para el estudio de esta característica en la actualidad, la sentencia de la CSN del 7/12/2001, en "B., A. s/autorización judicial", B. 575. XXXVII, en la cual uno de los votos en minoría sostiene la necesidad de definir aquello que representa "un caso", "una causa", "un pleito" o "una cuestión" judicial para, a su vez, definir aquello que significa ejercicio de la jurisdicción en el sentido del poder que ejerce la CSN; los demás, pese a no tratar explícitamente el problema, admiten, quizá por excepción, que esa característica puede estar ausente.

[4] Cf. Constitución de la Ciudad (autónoma) de Buenos Aires, 113, inc. 2: acción declarativa abstracta de constitucionalidad; sobre su definición normativa: *Constitución y justicia (Fallos TSJ Buenos Aires)*. Ed. ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, t. 1, ps. 152 y ss.; ps. 436 y ss.; ps. 440 y ss.; ps. 719 y siguientes. Cf., además, SCHLAICH, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen* (4ª ed.), Ed. C. H. Beck, München, 1997, ps. 86 y ss.; VON MÜTIUS, Albert, *Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht*, en "Jura", 1987, ps. 534 y ss.; LECHNER/ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* (4ª ed.), Ed. C. H. Beck, München, 1996, ps. 363 y ss., entre otros; cf., también, VITURRO, Paula, *Acerca del origen y el fundamento de los sistemas de control de constitucionalidad*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002; CÓRDOBA, Gabriela E., *El control abstracto de constitucionalidad en Alemania*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.

Empero, desde otro punto de vista se puede cuestionar el concepto de jurisdicción, algo que ha debatido el Derecho administrativo de la mano del concepto de *jurisdicción administrativa* como distinta u opuesta a la *judicial*: un ejemplo de un debate todavía más moderno en ORLANSKI, Leonardo T., *Naturaleza de la "función jurisdiccional" de los entes reguladores*, en *www.eldial.com*, consultada el 12/5/2003, Ed. Albremática, Buenos Aires, 2003.

[5] No puede existir duda en afirmar que la aparición de la llamada *jurisdicción constitucional* supuso una ampliación considerable del concepto de jurisdicción y de su función concreta elaborados tradicionalmente: cf. al respecto KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, en "Revista Colombiana de Derecho Constitucional", Medellín (Colombia), 1998, año 2, nº 3, ps. 5 y ss., en especial nº 3, ps. 18 y ss., y nº 5, ps. 50 y ss.; SIMON, Helmut, *La jurisdicción constitucional*, en AA.VV., *Manual de Derecho constitucional* (2ª ed. en castellano del *Handbuch des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Ed. W. de Gruyter, Berlin, 1994), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001, XVI, III, ps. 846 y ss.; GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito constitucional e teoría da Constituiçao* (2ª ed.), Ed. Livraria Almedina, Coimbra (Portugal), 1998, ps. 594 y ss.; GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno (sobre el carácter contramayoritario del poder judicial)*, Ed. Ariel, Barcelona (España), 1998, ps. 13 y 51 y ss.; VITURRO, *Acerca del origen y el fundamento de los sistemas de control de constitucionalidad*, cit., ps. 22 y siguientes.

mente. Yo opino que la función concedida a esos tribunales, la forma en que cumplen esa tarea (procedimiento) y, por fin, la base de legitimación de sus decisiones (principios aplicables) son similares a los rasgos característicos del ejercicio del poder jurisdiccional de manera tradicional o, al menos, permiten una asimilación mayor a ese poder, que a los otros poderes que ejerce el Estado. Sin embargo, la importancia que revela el *caso concreto* y la *personalización* de la tarea y la decisión en la configuración del poder jurisdiccional, permiten calificar a esa tarea como *cuasijurisdiccional*[6], por asimilación o analogía. La cuestión –cuyo debate prosigue y tiene raíces históricas[7], sin embargo, no debe ser tratada aquí extensamente, pues para nada afecta a la jurisdicción penal, que se ejerce siempre sobre la base de casos concretos y es ejercida siempre por los jueces.

Se puede admitir la tautología que encierra, en sí misma, la acción de definir la *jurisdicción* –en el sentido judicial que también encierra la palabra– como el *poder que ejercen los jueces* o *los tribunales*[8] conforme a la ley, en especial, a la Constitución política, en los estados modernos, cuando aquello que pretendemos averiguar o describir es, precisamente, cuál es el poder que ejercen los tribunales, pero creo que no hay otro punto de partida distinto al iniciar el estudio que el preguntarse acerca de aquello que la ley dice sobre el poder de los jueces y sobre sus límites. Cuando hablo de ley lo hago en sentido amplio, comprensivo no sólo de la ley del Estado, cualquiera que sea su rango o posición, sino, también, del Derecho internacional público en todo cuanto él representa una obligación internacional, en este caso para el Estado argentino. Es por ello que aquí se opta por describir la función jurisdiccional penal, previo un ligero estudio de sus características principales, desde la ley argentina y que, luego, no se ignora el movimiento actual para crear una jurisdicción penal internacional.

I. La nota básica de la jurisdicción penal es su carácter *autoritario*[9]. Ella misma es una expresión de la *soberanía estatal* en tanto consiste,

[6] Denominación que me fue sugerida por Alberto BINDER, al discutir la cuestión sin mayores pretensiones en un encuentro que no se vinculaba de manera alguna con ella. Para él, el *caso* y la *personalización* de la tarea representaba una nota característica de la jurisdicción, semejante al resguardo y la protección del individuo frente al poder, que permitía escindir su función de aquellas que cumplen la administración y la legislación.

[7] Cf., resumidamente, VITURRO, *Acerca del origen y el fundamento de los sistemas de control de constitucionalidad*, cit., ps. 28 y ss., 56 y siguientes.

[8] Según CARRÉ DE MALBERG, *Contribution a la théorie générale de l' Etat*, Paris, 1920/2, t. I, nº 28, citado según VÉLEZ MARICONDE (*idem* nota anterior), p. 69 (nota 33), y DE LA RÚA, Fernando, *Proceso y justicia*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1980, p. 27.

[9] Característica general de toda jurisdicción judicial, cualquiera que sea la manera de la cual opere y cualquiera que sea la forma de integración de sus tribunales (incluso con jurados), pues respalda la ejecución de sus decisiones por medio de la fuerza pública, aspecto que denota que la resolución, en último término, se cumple porque representa la solución impuesta por una autoridad en el caso, en nombre del Estado, con independencia de la justicia o la injusticia que ella en sí importe según algún punto de vista (aun cuando el Derecho procesal procure hasta lo imposible –por ej., recurso de *revisión* en materia penal, que no permite que la sentencia final adquiera para siempre calidad de cosa juzgada en disfavor del imputado– para someter las decisiones de los jueces a aquello que las leyes consideran justo).

básicamente, en imponer penas o medidas de seguridad y corrección, esto es, en definitiva, en el uso de la fuerza, uso legitimado por el propio orden jurídico; la pena estatal constituye la máxima autorización coactiva que concede el Derecho, a punto tal de que sus resultados, cuando son logrados por la acción de una persona distinta del Estado o sin obsevar los límites precisos de la facultad concedida a sus órganos y funcionarios, constituyen de ordinario hechos punibles (homicidio, privación de la libertad, malversación, hurto), violencia que, usada por ciertos órganos estatales y de cierta manera, que prevé el mismo orden jurídico, resulta conforme a Derecho (pena de muerte, pena privativa de libertad o pecuniaria). Pero ni el uso de la fuerza ni su legitimación por parte del orden jurídico son las características que denotan el autoritarismo extremo de la función penal del Estado[10], pues ese uso, aun cuando con menor vigor y, por ende, menos dañino, también es requerido en otras ramas jurídicas y judiciales[11]. Antes bien, ese tinte característico proviene de la manera según la cual el Estado reacciona, por regla general, frente a la lesión de sus reglas penales, frente a la conducta contraria a las prohibiciones o mandatos prescriptos bajo la amenaza de una pena estatal: a contrario de aquello que por regla sucede en los conflictos entre individuos (personas) o entre

[10] De manera parecida (*función judicial en lo penal*) denomina a ese poder VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, t. II, ps. 51 y ss.; la diferencia proviene, precisamente, del hecho de comprender esa función no sólo en sentido instrumental (procesal), sino, antes bien, de la inclusión en ella ya no tan sólo de la función de juzgar, según la designación de este parágrafo, sino también de la de perseguir penalmente (ministerio público, policía) y hasta, en ciertos casos, de la obligación del Estado de proporcionar asistencia jurídica a quien, por propia voluntad o por imposibilidad, no la posee, conforme a su conocida tesis –triunfante entre nosotros, inclusive en la legislación constitucional– sobre la ubicación institucional de ciertos órganos estatales (ver ps. 54 y siguientes). Tal punto de vista, por supuesto, no es erróneo, sino conforme a la complejidad propia que para la realización del Derecho penal imponen las reglas jurídicas (ver ps. 53 y siguiente); pero con la ubicación institucional de los órganos de persecución penal o de la defensa pública puede discreparse: se trata, universalmente, de una mera cuestión política que, en nuestro país, ha pergeñado reglas constitucionales expresas (CN, 120, después de su reforma en 1994; de similar manera en las constituciones locales, por ej., Constitución Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 124 y siguientes).

[11] La imposición sobre la base de la autoridad y la fuerza de las decisiones judiciales es aquello que le permite a HART, H. L. A., *El concepto de Derecho* (trad. de Genaro CARRIÓ), Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, ps. 176 y ss., derruir el problema de la *infalibilidad* de las decisiones de última instancia y diluirlo en su carácter de *definitiva*, en el doble sentido de que es la última posible según el orden jurídico y de que ese orden debió imponerlo de esta manera pues no tienen sentido práctico las discusiones sin límite, a pesar de que ese mismo orden jurídico intenta lograr una decisión correcta y conforme a la ley.

personas y el Estado, de características extrapenales (Derecho privado, Derecho administrativo, aun el sancionatorio, con escasas excepciones), en el orden jurídico penal el Estado reacciona normalmente, salvo casos especialísimos[12], *de oficio* (CP, 71), esto es, por la mera inobservancia de la regla bajo ciertas condiciones y sin otro presupuesto que interfiera su acción en persecución de la pena o de la medida de seguridad y corrección. Ni siquiera la voluntad de aquel que ha sufrido el daño que constituye el resultado de la infracción o el peligro que ella intenta evitar, esto es, de la víctima o del ofendido o, con otras palabras, del portador del bien jurídico que la norma prohibitiva o el mandato protegen, en el caso concreto, posee, de ordinario, la facultad o el poder de inhibir la acción estatal. El Estado se constituye él mismo, de esta manera, en un mediador obligatorio y evita así la reacción directa del ofendido sobre el ofensor: hasta allí podríamos decir que, en el mundo civilizado, no cabría plantear una discusión sobre el autoritarismo y su grado, pues sucede de idéntica manera en otras zonas jurídicas sin esta particularidad propia del Derecho penal, en razón del monopolio de la fuerza pública que ostenta el Estado; empero, seguidamente, el Estado priva a la víctima de toda influencia, mayor o menor, sobre esa mediación –mediatiza entonces el conflicto y así lo transforma–, al disponer que la realización del Derecho penal no dependa, en grado alguno, de la víctima del hecho punible, pues, antes bien, el mismo Estado está allí para perseguir la pena por intermedio de su organización burocrática, detentadora de la fuerza que le concede el Derecho penal, y en algunos casos de modo obligatorio (principio de legalidad), según sucede entre nosotros (CP, 71 y 274). Ello ha sido fruto de la evolución de la organización social que, en el caso, no sólo involucra una adquisición de poder y responde a su concentración, sino, también, contiene una renuncia a él de aquellos que antes lo poseían[13].

[12] En nuestro Derecho penal, los delitos de instancia privada (CP, 72) y los de acción privada (CP, 73 a 75), muy escasos en él.

[13] A la adquisición de poder se la ha titulado, con cierta razón, *expropiación* o *extrañamiento de la víctima* (cf. CHRISTIE, Nils, *Los conflictos como pertenencia*, en AA. VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, ps. 157 y ss.); la pérdida del poder ha sucedido como consecuencia de la renuncia que la burguesía hizo, a favor del Estado, con el reclamo de su prestación necesaria de seguridad común, como obligación estatal, cuando surgieron los primeros conflictos por la industrialización (cf. WALDMANN, Peter, *El nacimiento de la policía moderna en la Alemania del siglo XIX y algunas conclusiones relacionadas con la América Latina de hoy* [*El nacimiento de la policía moderna*], en AA.VV., *Justicia en la ca-*

115

Vale la pena repasar esa historia sintética y sincrónicamente, bajo el imperio de una simplificación extrema. De la *pena*, calificada como función de la organización social (*estatal*), esto es, de *pena estatal*, y del Derecho penal no se puede hablar sino desde el nacimiento del Estado moderno, mejor dicho aún, desde el cambio radical de la organización social que terminó imponiendo el *Estado-nación*, realidad política aún existente y bajo la cual vivimos, aun cuando ahora ya deba contar con severos y múltiples ataques. Más específicamente, en un comienzo sólo existía la pena y existía tan sólo como un ejercicio puro del poder político, sin sometimiento alguno a un sistema jurídico. Fue la concentración del poder político, el monopolio de ese poder y de la fuerza física –al comienzo casi onomatopéyicamente concentrado, en una sola mano, la del monarca, la del príncipe o la del Papa, en la Iglesia romana–, los que pusieron fin a la sociedad vecinal y a su sistema de la *composición* como modo principal de solución de los conflictos sociales, para dar nacimiento al *Estado nación* como forma de organización social, a la *pena estatal* como modo de solución de los conflictos sociales de mayor importancia[14], a la *verdad correspondencia* como valor consustanciado con la administración de justicia, casi sinónimo de ella[15], a la *justicia de gabinete*, como organización de funcionarios estatales bajo el principio jerárquico (*delegación* y *devolución* del poder desde y hacia órganos superiores) para administrar justicia (investigar la verdad) y a la concepción del proceso judicial como un registro de la investigación practicada (por actas), para poder llevar a cabo el control jerárquico sobre la utilización de ese poder delegado (devolución) sobre la base de la *par condittio*[16]. La Iglesia romana y sus transformaciones, con su concepción del mundo como *universitas cristiana*[17], fueron el antecedente necesario de esa concentración del poder político y, por tanto, de la creación del Estado nación y del modo nuevo de concebir a la administración de justicia y a la organización que la realizaba. Desde el punto de vista político general, ello implicó la caída de la sociedad vecinal (feudal), en la cual quienes eran reconocidos como sujetos de derecho –muchos seres humanos estaban excluidos de esta calificación,

---

lle, Ed. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín (Colombia), 1996, p. 34); se ha hablado de *privatización* del Derecho penal no bien, modernamente, la política criminal posó nuevamente su visión, aun cuando moderadamente, sobre la víctima (ESER, Albin, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas* [cit. en esta misma nota], p. 51).

[14] En un comienzo sólo el crimen de lesa majestad, por supuesto, indefinido: cf. BARATTA, Alessandro, *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal*, en "Poder y Control", Barcelona, 1986/0, ps. 79 y siguientes.

[15] Cf. FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Ed. Gedisa, México, 1988, Tercera conferencia, ps. 63 y ss., con una perfecta y sintética descripción política de la transformación cultural.

[16] Ver, desde el punto de vista de los recursos como medios de control jerárquico, esta obra, t. I, ps. 705 y siguientes.

[17] Ver esta obra, t. I, ps. 288 y ss.; cf. también, GETTEL, Raymond G., *Historia de las ideas políticas* (trad. de Teodoro GONZALEZ GARCIA), Ed. Labor, Barcelona, 1930, t. I, VII, ps. 216 y ss.; y MENÉNDEZ PIDAL, Ramón, *Idea imperial de Carlos V* (3ª ed.), Ed. Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1946, p. 20.

al menos parcialmente– ejercían cotidianamente el poder político y así decidían asuntos administrativos o judiciales (según su ubicación actual), para dar paso a una organización social que, territorialmente y en número de personas, representaba una unidad geométricamente más amplia, en la cual la concentración del poder político privó a los sujetos de derecho de ese ejercicio político cotidiano para convertirlos en súbditos obedientes del monarca. Lo mismo sucedió con la idea que gobernaba la administración de los conflictos sociales, pues la meta de la *composición* de esos conflictos entre ofendido y ofensor –reconocidos "propietarios" de ellos– para recomponer la *paz vecinal* y la concepción del procedimiento como lucha –en ocasiones, incluso, física– de intereses contrapuestos entre adversarios, se transformó en la *paz de Dios* o *estatal* y en el poder del Estado de emplear la fuerza física (*pena*) para corregir a sus súbditos[18].

También se debe advertir que el *Derecho penal* y el *procesal penal*, propiamente dichos, representan, históricamente, concepciones culturales y políticas posteriores a la *pena estatal*. En efecto, sólo se puede hablar de Derecho penal y de Derecho procesal penal, en sentido (cultural) propio, con posterioridad a la Ilustración y a la formación del Estado de Derecho. Es por ello que reconocemos en el pequeño libro del Marqués de BECCARIA sobre los delitos y las penas[19] –conductor al mundo del Derecho penal y procesal penal del pensamiento ilustrado de MONTESQUIEU– a la partida de nacimiento del Derecho penal y del Derecho procesal penal. Se trata del fenómeno del sometimiento de la pena estatal a las reglas jurídicas, al Derecho, precisamente a las constitucio-

[18] Cf. MAIER, Julio B. J., *Entre la inquisición y la composición*, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos (in memoriam)*, Ed. de las universidades de Castilla-La Mancha y Salamanca, España, 2001, vol. II, ps. 801 y ss.; desde un punto de vista actual, cuando se pretende cierto regreso de la víctima a la escena de los derechos emanados de la comisión de un delito, son descriptivas e impactantes las ideas del Prof. MAIHOFER, quien, según el informe del Prof. WEIGEND, se preguntaba "cómo se llega a vivir hoy un renacimiento de algunos elementos del procedimiento de partes y, también, de la idea de reparación. Él señala el hecho de que ya en el sistema composicional antiguo se había desarrollado una forma mixta entre pena y resarcimiento jurídico-civil del daño, que es designada hoy, a menudo, como previa al Derecho penal. En verdad, empero, se había llevado a cabo en ese sistema de Derecho penal libre, hoy redescubierto, una reintegración del autor, mientras que la mediatización del conflicto individual y grupal por intermedio de la paz de Dios o estatal condujo, como se conoce, a la formación de un Derecho penal servil a la autoridad, contra los súbditos. En un Derecho penal entre hombres libres e iguales, la reparación debería ser, consecuentemente, la sanción primaria, y la terminación del litigio por un contrato expiatorio y por la compensación del daño, el procedimiento prevaleciente. El movimiento de espiral del desarrollo histórico remite así hoy a la situación que dominaba antes de la mediatización de los conflictos sociales: donde viven sujetos de derecho en una forma asociativa democrática, donde el sentido de la pena es la reinserción en la sociedad, allí el ofendido, como afectado en sentido propio, será promovido a una figura central del procedimiento penal" (WEIGEND, Thomas, *Tagungsbericht (Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1981 in Bielefeld)*, en "ZStW" 93, 1981, Ed. W. de Gruyter, Berlin-New York, ps. 1283 y ss., traducción mía para *La víctima y el sistema penal*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, cit., ps. 195 y siguiente).

[19] BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene*, en *Opere*, Ed. Mediobanca, Milano, 1984 (existen muchas traducciones al castellano, la última, según creo, de Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *De los delitos y de las penas*, Ed. Aguilar, Madrid, 1974, con un estudio recomendable del traductor).

nales sobre el poder penal del Estado, y a las constitutivas del Derecho penal y del Derecho procesal penal, reglas que conformaron una modificación cualitativa de ese poder: a la par de legitimar el uso de la fuerza física para reprimir hechos punibles, éstas significaron, en combinación con otras reglas, un límite más o menos preciso para la arbitrariedad de la aplicación de penas y medidas por parte de los funcionarios estatales. Pero así como la organización estatal originaria subsistió después de la Ilustración y con la creación del Estado de Derecho, aunque sujeta a modificaciones básicas (democracia, división del poder político entre distintos órganos estatales, seguridades individuales –derechos humanos– como cumbre del orden jurídico), así también subsistieron la *pena estatal*, *la persecución penal oficial*, y la *averiguación de la verdad*, como paradigmas del sistema penal, conceptos y metas sometidos a múltiples limitaciones por las leyes que condicionan su utilización y consecución. No se debe olvidar, sin embargo, que el "nuevo Estado" y el "nuevo Derecho penal" trajeron consigo una ampliación conceptual del ámbito del Derecho penal y procesal penal, pues se ocuparon de "nuevos bienes jurídicos"[20], en especial, de los bienes jurídicos individuales, que ampliaron en gran medida el ámbito de los comportamientos punibles y de la persecución penal, hechos ambos que pertenecían a la cosmovisión cultural de esa época[21]. La industrialización acarreó un crecimiento geométrico de la población de las ciudades, que no estaban preparadas para recibir tamaña alteración cuantitativa –que se traducía en una modificación cualitativa de su seno y organización–, y, con ello, la proletarización de ciertos sectores de sus habitantes, carentes de los servicios esenciales, hecho que provocó las primeras revueltas populares y, con ellas, el reclamo de la burguesía al Estado, que ya detentaba el monopolio de la fuerza –precisamente porque la burguesía le había entregado "sus armas", el poder de reaccionar–, para que él asumiera nuevas tareas: la protección de la seguridad común mediante la fuerza física. Allí nacen los "bie-

[20] En realidad, nace aquí el concepto de bien jurídico, que si bien la teoría penal liberal utiliza como límite a la aplicación de una pena y como argumento de deslegitimación de prohibiciones y mandatos que no tengan por objeto la protección de la afectación de alguno de ellos (FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón* [3ª ed.], Ed. Trotta, Madrid, 1998, III, Cap. 8, nº 32 y ss., ps. 459 y ss., quien se pregunta *¿cuándo y cómo prohibir?*; ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros [ALAGIA-SLOKAR], *Derecho penal. Parte General [DP-PG)]*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, § 11, 1 [*Principio de lesividad*], ps. 119 y ss.), representa a la *objetivación* del daño que la teoría necesitaba para excluir al titular concreto de ese bien, a la víctima, y ordenar la persecución penal oficial.

[21] Cf. BARATTA, *Viejas y nuevas estrategias de la legitimación del Derecho penal*, cit., ps. 77 y ss.: primero apareció la *pena*, con su función de consolidación de las instancias políticas centrales y monopolización del uso de la fuerza física, luego el *delito*, como definición de crímenes y penas, que, a la par de extender la idea de criminalidad a otras relaciones y conflictos sociales y cumplir la función de autolimitación estatal, da nacimiento a la función legitimante del Derecho penal, en tanto significa, por una parte, sujetar el recurso a la fuerza a reglas (legalidad) y, por la otra, extender la protección de sus reglas a otros intereses, diversos de la mera acumulación y conservación del poder político.

La misma explicación, más extensa y más dedicada a la transformación del poder desde la organización social primitiva en FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, cit., Tercera conferencia, ps. 63 y siguientes.

nes jurídicos individuales" y los mandatos y prohibiciones referidos a ellos[22]. Pero ese movimiento, por otro lado, condujo también a un crecimiento geométrico de la justicia penal y de sus órganos: la Inquisición, maguer la crueldad de sus penas y de sus métodos judiciales draconianos, utilizaba el poder penal selectivamente, sólo allí donde le era necesario para conservar la organización social y el poder político centralizado, mientras que el nuevo Estado, aun con ficciones, pero atado a la *igualdad de las personas frente a la ley* (CN, 16), debió perseguir todo delito. Así nace el *principio de legalidad*, en el sentido de la regla que prevé la persecución penal obligatoria para los órganos estatales (CP, 71 y 274), y, consecuentemente, se expande la "justicia penal"; no se debe olvidar que dos organismos estatales de importancia para la organización de la fuerza y la persecución penal nacen en esa época y como creaciones del Estado de Derecho: el ministerio público y la policía institucional, al lado de un crecimiento geométrico de los tribunales[23].

II. En nada perjudica a esta visión el hecho de que el Estado desdoble sus funciones judiciales[24], y de que, para lograrlo, coloque una tarea, la de perseguir penalmente, en manos de unos órganos estatales (fundamentalmente la policía y el ministerio público) y destine la otra, la de juzgar, a la competencia de otros órganos, los tribunales[25]. Ello se vincula a la necesidad de respetar ciertos principios básicos en la aplicación del Derecho penal, más específicamente, en la tarea de decidir sobre la aplicación de una pena[26], principios que, en todo caso, derivan del reconocimiento al ser humano de un potencial mínimo de *dignidad* individual llamado antes derechos o garantías individuales y hoy *derechos humanos*, con reconocimiento positivo universal. Uno de esos derechos y garantías sobre todo, el de *ser juzgado por un tribunal imparcial* –o integrado por jueces imparciales–, mediante un *juicio justo* (*fair trial*), requiere para su realización esa división de funciones en órganos distintos, de manera tal que quien juzga no sea el mismo órgano –no esté integrado por las mismas personas– que quien persiga y

22 WALDMANN, *El nacimiento de la policía moderna*, cit., ps. 35 y ss.; BARATTA, *ibidem*.

23 Cf. MAIER, Julio B. J., *Nacimiento y desarrollo de la policía institucional*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996/A, ps. 55 y siguientes.

24 Según lo observa literalmente VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., t. II, Cap. II, § III, ps. 89 y siguientes.

25 La división es sólo formal, pues sólo así, si prescindimos de ciertas formas exteriores, se distingue un requerimiento (del ministerio público) de una decisión judicial (de un tribunal): cf. MAIER, Julio B. J., *La investigación penal preparatoria del ministerio público*, Ed. Lerner, Buenos Aires-Córdoba, 1975, ps. 14 y s.; ver este libro, t. II, § 11, A, 2, *b*, II, ps. 319 y siguientes.

26 VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., t. II, ps. 71 y siguiente.

acuse, así como la práctica de un gobierno democrático reclama, también, la división de ciertos poderes. Del mismo modo, el juicio justo requiere la posibilidad cierta de resistir la imputación en condiciones de eficiencia y, con ello, la realización de la garantía de *defensa*.

De lo dicho anteriormente se puede concluir en que, una vez operada la división de tareas en el ámbito penal y garantizada la imparcialidad del tribunal, una característica esencial de la *jurisdicción*, desde su visión actual, está representada por su misión de resguardar los *derechos humanos*[27]. Tal caracterización, por lo demás, responde a la división esencial de las funciones estatales, clave política para evitar el autoritarismo según la Ilustración, pues, como se sabe, el *principio de la mayoría* gobierna no sólo la conformación e integración, sino, antes bien, la tarea y el fin de dos departamentos estatales, el Ejecutivo y el Legislativo, que procuran, conforme a aquel principio, el *bien común* –que no es otro que el de la mayoría de la población–, mientras que el Poder Judicial y, en especial, los tribunales, tienen como misión evitar que esa tarea, orientada por aquella finalidad, provoque que las mayorías sojuzguen y sometan a las minorías y a los individuos[28]. El lograr *respeto hacia minorías* e *individuos* e impedir su avasallamiento por la mayoría constituye la tarea y la finalidad propia de la jurisdicción, según una visión actual[29]. De las demás características de la función judicial del Estado puede afirmarse que son compartidas, en cierta manera, por las otras funciones estatales, al menos, notablemente, por la administración (ejecutivo), según sucede, por ejemplo, con el ejercicio de la autoridad y la sujeción a la ley, pero esta característica que acabamos de describir como su finalidad, es única para definir la jurisdicción (judicial). Sirva a modo de ejemplo, en materia penal, la distribución de las funciones o tareas entre diversos órganos: ésa es la razón básica por la cual se procura que el éxito de la persecución penal esta-

[27] Esa visión, desarrollada, en FERRAJOLI, *Derecho y razón* (3ª ed.), cit., III, Cap. 9, nº 37 y ss., ps. 537 y siguientes.

[28] Cf. GARGARELLA, *La Justicia frente al gobierno*, citado.

[29] Cf. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ed. Planeta-Agostini, Barcelona (España), México, Buenos Aires, 1993, ps. 209 y ss., en especial Cap. 5, nº 3, 4 y 5, ps. 217 y ss.; ps. 284 y ss., y nº 3 y 4 del Cap. 7; FERRAJOLI, Luigi, *Giustizia penale e democrazia: il contesto extra-processuale*, en AA.VV., *Hacia una nueva justicia penal*, Ed. Presidencia de la Nación/Consejo para la Consolidación de la Democracia, Buenos Aires, 1989, t. II, p. 119 y ps. 124 y siguientes.

tal dependa de la labor que deben cumplir el ministerio público y la policía, mientras que los jueces y los tribunales tienen por misión evitar que ello se logre a cualquier precio, esto es, son responsables por el respeto hacia los derechos humanos durante la persecución penal y durante la ejecución penal. Ésa es también la razón por la cual las constituciones y las leyes colocan en manos de los jueces y de los tribunales ciertos actos que implican privación de los derechos fundamentales de los individuos (orden de detención preventiva, de secuestro de bienes, allanamiento de morada, inspección de correspondencia epistolar, interceptación de comunicaciones, etc.) y, fundamentalmente, el juicio, la pena y la medida de seguridad penal.

Por esta misma razón se puede afirmar que la *personalización*, esto es, la referencia del litigio judicial a un problema definido –y definido desde afuera, esto es, por alguien extraño al tribunal que juzga–, que se pretende solucionar mediante una decisión particularizada, sin pretensiones mayores de generalidad, es otra de las características del ejercicio de la jurisdicción[30].

III. Un tercer parámetro que contribuye a la descripción de la jurisdicción penal está constituido por la dependencia de sus decisiones y de su actividad de la *verdad*, concebida como correspondencia con la realidad histórica sucedida[31]. Por ello, precisamente, se ha anotado con razón que, a contrario del aforismo que domina la definición de la ley –*auctoritas non veritas facit legem*: la autoridad, y no la verdad, dicta la ley–, la justicia se define por el aforismo opuesto: *veritas non auctoritas facit iudicium* (la verdad, y no la autoridad, preside el juicio)[32], afirmación que, en sí, tomada textualmente, representa una exagera-

[30] En ello estriba un argumento para no concebir a la *jurisdicción constitucional abstracta* (control normativo concentrado) como jurisdicción, en sentido clásico (ver V), aunque el argumento suaviza su fuerza fundante si los tribunales constitucionales están impedidos, por definición, de plantear el caso normativo a controlar y se exige que ese caso normativo sea planteado en forma absolutamente específica; cf. CÓRDOBA, *El control abstracto de constitucionalidad en Alemania*, cit., 5.2, ps. 39 y ss.; *Constitución y justicia (Fallos TSJ Ciudad de Buenos Aires)*, cit., t. II, ps. 283 y ss., y 286 y ss., entre otros.

[31] Sobre el particular y en extenso, FERRAJOLI, *Derecho y razón* (3ª ed.), cit., I, Cap. 1, ps. 33 y ss. (los aforismos contrapuestos: p. 44).

[32] Cf. FERRAJOLI, *Giustizia penale e democrazia: il contesto extra-processuale*, cit., t. II, p. 123; aforismos descriptivos que hace suyos NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, ps. 449 y siguiente.

ción: ella sólo significa que el único argumento que funda y legitima el ejercicio del poder penal por parte de un tribunal es el hallazgo de la verdad histórica relativa a la realidad del caso a resolver u objeto de él. No se debe confundir la afirmación del aforismo tampoco en otro sentido, si se quiere, de carácter formal: él no explica la necesidad de que los tribunales sean convertidos, con sacrificio de su necesaria *imparcialidad*, en investigadores de la verdad, aún de oficio, mediante reglas procesales que pululan en los enjuiciamientos penales de cuño europeo-continental[33]; se trata, antes bien, de que ellos apliquen la coacción penal estatal sobre la base ineludible del conocimiento de la verdad y prescindan de aplicarla cuando carezcan de ese conocimiento (*in dubio pro reo*[34]). En verdad, la referencia del valor *justicia* a la *verdad*, cualquiera que sea el grado de su asimilación, es una realidad cultural difícil de negar, al menos dentro de cierto ámbito geográfico y político.

Si se procede por comparación gruesa, no parece que este cuadro sea diferente, en general, para el procedimiento civil o para la aplicación del Derecho privado. Seguramente, el principio de la *autonomía de la voluntad* (*dispositivo*, en términos procesales) tiene una influencia innegable en ese ámbito jurídico y judicial, al punto de que una enorme cantidad de conflictos son solucionables por esa vía –algo que no ocurre en el Derecho penal–, pero ello de manera alguna significa que el tribunal civil, cuando debe dictar sentencia porque no existe otra manera de solucionar el problema que aquel que marca la ley, pueda argumentar para fundar su decisión con otros criterios distintos al de la *verdad correspondencia*. Seguramente, también las ficciones que suplen la falta de conocimiento del juez –por ej.: como aquella que impone la carga de probar a quien afirma la existencia de un hecho, de modo tal que el tribunal debe declarar inexistente esa realidad si quien la afirmó no pudo verificarla en el procedimiento– son mayores en este ámbito jurídico que en el Derecho penal; por último, las formalidades probatorias, que implican siempre exigencias para dar por verificado un hecho o por perfeccionado un acto (formas *ad probationem* o *ad solemnitatem*), son también más en el Derecho privado que en el Derecho penal, ámbito donde, en principio, rige la máxima de la *libertad probatoria*. Todo ello, sin embargo, no obedece a la finalidad de abandonar el norte del conocimiento de la verdad como meta de la actividad jurisdiccional.

[33] Por ejemplo, CPP Nación, 388 y 397; cf. ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal* [*DPP*] (versión castellana de la 25ª ed., Ed. C. H. Beck, München, 1998, de Gabriela E. CÓRDOBA y Daniel R. PASTOR), Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2000, ps. 99 y s., 123 y 475; VOLK, Klaus, *Strafprozeßrecht*, Ed. C. H. Beck, München, 1999, § 24, ps. 183 y siguientes.

[34] Ver esta obra, t. I, ps. 494 y siguientes. Es correcto afirmar que, frente a la aplicación de medidas coercitivas preventivas (durante el transcurso del procedimiento y anteriores a la sentencia final firme), el Derecho procesal no requiere siempre la certeza, sino que le basta, en ocasiones, con la probabilidad o con algún tipo de ella.

IV. Otra de las particularidades que denota a la jurisdicción consiste en la sujeción de sus decisiones a la ley, esto es, al Derecho objetivo. Es por ello que, cuando se define la *independencia* de los tribunales –externa e interna– se aclara siempre que los jueces están *sólo sometidos a la ley*[35], texto en el cual el adverbio *"sólo"* le agrega un vigor inusual a una fórmula normativa[36]. Tal afirmación enfática imprime a toda la labor jurisdiccional, pero sobre todo a las soluciones en que consisten las decisiones judiciales, una resuelta orientación hacia la ley, como único criterio fundante del acierto –o desacierto– del sentido de esas soluciones. No se trata con ello de afirmar que, por fundarse en la ley, las decisiones de los tribunales son siempre correctas[37], sino de afirmar que, para ser correctas, deben fundarse en las reglas del Derecho objetivo y, por lo tanto, esas decisiones son criticables por referencia a esas reglas, tanto en lo que se refiere a su validez como tales (aspecto formal), como por la solución material que pretenden imponer. Dicho de otra manera, no se trata de afirmar que decisión judicial y Derecho *son* la misma cosa, en el sentido realista de la expresión o en otro sentido diferente, de elite, que eleve a los jueces a la categoría de oráculos modernos, sino, antes bien, de expresar que la decisión de un tribunal, como hecho humano, que se pretende a sí mismo como acción lícita y que produce ciertos efectos jurídicos, comparece ante las reglas jurídicas tanto para afirmar su validez formal, como para expresar que su solución

35 Ver Proyecto CPP Nación (1986), 2 (texto idéntico); Proyecto de régimen orgánico para la justicia penal y el ministerio público (1988), 2 (menciona la Constitución, las leyes y los tratados suscritos por la Nación; Ley Fundamental de la RFA, art. 97.1 ("... sólo sometidos a la ley"), fórmula que repite la ley de organización judicial (RFA), § 1.

36 Cf. sobre ello y sobre toda esta característica de la jurisdicción, HEYDE, Wolfgang, *La jurisdicción*, en AA.VV., *Manual de Derecho constitucional*, cit., Cap. XV, V, 1, ps. 813 y siguientes.

37 Para poder afirmarlo así KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre* (2ª ed.); Ed. F. Deuticke, Wien, 1976, nº 35, j, ps. 271 y ss., debió crear la ficción de la *cláusula alternativa*, según la cual toda norma y toda sentencia (como norma individual) sería, *a priori*, analíticamente válida: cuando la ley algo decide, decide también su opuesto contradictorio, pues, de otra manera, no era justificable como cierta la sentencia de última instancia que cometiera un yerro al aplicar la ley; sobre esta ficción y su arbitrariedad, cf. BULYGIN, Eugenio, *Sentencia judicial y creación de derecho*, en "La Ley", Buenos Aires, Sección Doctrina, t. 124, 1966, p. 1313; refutación simple y seria sobre el fenómeno de la sentencia definitiva o firme, en HART, *El concepto de Derecho* (trad. de Genaro CARRIÓ), cit., 1968, VII, 3, ps. 176 y siguientes.

material del caso es jurídicamente correcta. Sólo así se puede concebir la contradicción que puede existir entre ley y decisión judicial, supuesta la norma de que el juez debe fundar sus fallos en el orden jurídico. Discutir acerca de la falibilidad o infalibilidad jurídicas de una decisión no tiene sentido alguno sin confrontar la decisión con reglas presupuestas, pues sólo respecto de ellas el juez puede cometer un yerro, maliciosamente o de cualquier otra manera, incluso por ignorancia. La discusión universal acerca del acierto o desacierto jurídico de la sentencia final que resuelve el problema[38] sólo tiene sentido si se distingue entre estas dos realidades y se acepta que nunca se predicó de la última sentencia su *infalibilidad*, sino que tan sólo se expresó aquello que ella representa: una última decisión autoritaria sobre la cuestión planteada, que, por regla –no carente de excepciones: la *revisión*, en materia penal–, ya no puede discutirse más, pese a su yerro.

Incluso la *sujeción al Derecho objetivo* supone la superación del obstáculo enorme que siempre significa la *interpretación de la ley*[39] para hallar el significado correcto –en el sentido de único o, cuando menos, razonable– de un texto jurídico, esto es, la superación de todo lo utópico que puede querer suponer y significar el conocimiento del Derecho y del orden jurídico[40]. Para explicar aquello que deseo mentar, basta una metáfora hallada en un buen libro: "... del mismo modo que un crítico no puede sentirse absolutamente libre una vez enfrentado a la necesidad de realizar, digamos, una crítica literaria, así tampoco el juez puede dejar de sentirse constreñido al interpretar una ley"[41]. Pa-

[38] Ver la bibliografía mínima indicada en la nota al pie anterior.

[39] "... enormes dificultades que surgen a partir de la necesidad de interpretar las leyes...", según GARGARELLA, *La Justicia frente al gobierno*, cit., p. 80.

[40] Entre nosotros esa dificultad dio lugar a un debate que honra a nuestra ciencia jurídica, por el elevado rango cultural que representa, plasmado en dos libros principales: SOLER, Sebastián, *La interpretación de la ley*, Ed. Ariel, Barcelona (España), 1962; y CARRIÓ, Genaro R., *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, y *Notas sobre Derecho y lenguaje* (6ª reimp.), Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976 (cf., asimismo, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1973; cf. sobre la controversia y su valoración, ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1974, Cap. II, nº 5, ps. 65 y ss.; sobre los diferentes problemas de la llamada *interpretación de normas jurídicas*, NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho* (2ª ed.), Ed. Ariel, Barcelona (España), 1984, Cap. V, ps. 245 y ss.; VERNENGO, Roberto J., *Curso de teoría general del Derecho* (2ª ed.), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, Cap. 12, ps. 395 y siguientes.

[41] GARGARELLA, *La justicia frente al gobierno*, cit., p. 75, metáfora que el autor citado trae a colación para superar un problema más grave aún: la interpretación de las reglas constitucionales como base del control normativo de los jueces sobre la validez de una ley parlamentaria.

ra creer en esta característica y en este límite de la función judicial basta también pensar en que el idioma y las palabras, tan criticados por su imprecisión semántica[42], no sólo nos permiten comunicarnos, sino que, antes bien, nos son útiles para ese fin.

Claro es que la afirmación de esta característica de labor judicial no impide señalar los todavía múltiples problemas –como el ya indicado– al que ella misma conduce. En un primer momento y sólo como reflexión gruesa, no se puede decir que la sujeción al Derecho objetivo sea una característica exclusiva de la actividad jurisdiccional, pues también la administración, aunque en una medida y de una manera muy diferente –como cualquier organismo estatal en el Estado de Derecho, incluso la actividad legislativa–, está sometida a la ley tanto en la forma de sus actos como en su contenido. Sin embargo, el ámbito de libertad para el juez, dentro del cual funciona su propia discreción política racional, es, regularmente, mucho menor que aquella de la cual dispone la administración. El tribunal, por principio, *declara* el Derecho objetivo aplicable, afirmación que importa aseverar que *no lo crea*, por regla; del mismo tipo es la afirmación que considera a las decisiones de los jueces *declarativas* y, *por* tanto, no las caracteriza como *constitutivas*, –valga aclarar de nuevo– por regla[43]. Es posible dejar de conducir esta cuestión a extremos no sólo inconciliables sino, además, difíciles de justificar acabadamente, esto es, dejar de tratarla con conceptos absolutos que, al final, reducen el ámbito de discusión material al punto de convertir el problema en una cuestión casi semántica, y, para ello, afirmar cierta posibilidad de creación limitada de Derecho por parte de los tribunales[44], observar con claridad la diferente extensión que posee la discrecionalidad en los actos legislativos, procedan del ámbito legislativo propio, los parlamentos, o de la función reglamentaria de la administración y hasta de los tribunales, y buscar la diferenciación en ciertas características o referencias que hasta revelan un uso distinto del idioma, según la función que se ejercite[45]. Característico de la función judicial es la aplicación del Derecho objetivo, la decisión de los conflictos, en principio conforme a la ley. Es por ello que también es característico de esa función el hecho de tener que justificar la razón por la cual son aplicados tales o cuales preceptos legales,

[42] Nino, *Introducción al análisis del Derecho*, cit., ps. 245 y siguientes.

[43] Sobre este problema, que sólo pretendo indicar de modo genérico, cf. Heyde, *La jurisdicción*, cit., ps. 816 y s.; Bulygin, *Sentencia judicial y creación de Derecho*, cit., ps. 1307 y ss.; todo un capítulo de mi ya lejana investigación *Función normativa de la nulidad*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, § 2, ps. 13 y ss., en especial, ps. 34 y ss., se vincula a la discusión de este problema y allí se puede hallar las citas bibliográficas pertinentes, en particular aquellas de nuestra literatura jurídica.

[44] Verificable sobre todo en la definición y delimitación de los conceptos que utilizan las leyes en sus definiciones y valoraciones, limitación que se afirma con mayor razón aún en materia penal, según su cláusula de cerramiento tradicional (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevio*); cf. Bulygin, *ibidem*, 2, p. 1309.

[45] Un intento en mi libro, *Función normativa de la nulidad*, cit., ps. 37 y siguientes.

que previamente son interpretados en combinaciones casi únicas con otros, de modo de conformar la norma aplicable al caso[46]. Esas explicaciones –no sucede lo mismo siempre con las relativas al suceso concreto que se juzga en relación a las pruebas, pues el tribunal más característico del Estado de Derecho (el integrado por jurados) no consigna esas explicaciones en su decisión– permiten, regularmente, "hallar" actualmente una decisión judicial, esto es, reconocerla por su contenido y, mucho más aún, permiten descalificarla por arbitraria si careciera absolutamente de ellas o confesara haber utilizado otros parámetros para juzgar, distintos a la ley. Todo lo contrario ocurre con el acto legislativo que, pese a que de ordinario posee *Fundamentos* (exposición de motivos), ellos no son necesarios en el sentido de la validez ni, generalmente, esos fundamentos se refieren a la justificación del contenido material de las normas de la ley según reglas previas presupuestas, sino, por lo contrario, aclaran las razones de conveniencia de la decisión política general que ellos implican (casi diría que la justificación persigue fundar la aplicación del *principio de la mayoría* que persigue como meta la legislación). Ello conduce a otro problema anunciado: en un Estado de Derecho también la legislación –y no tan sólo la administración y la judicatura– está gobernada por el principio de legalidad, pues, aunque con distinta extensión, reglas de rango superior condicionan la vigencia de las leyes comunes tanto de manera formal (órgano competente, su integración, lugar del acto, procedimiento para decidir, forma y mayorías para la decisión), como de modo material (prohibición de ciertas soluciones [ciertas penas en el Derecho penal, por ej.] o mandato de alguna solución específica [ver CN, 29, 36 y 119]).

Otro problema al que conduce la afirmación de la sujeción a la ley, distinto a aquel relativo a que otras actividades del Estado, a saber, la administración y la legislación, también están gobernadas, en cierto sentido, por esta característica, consiste en el distinto nivel o rango de las leyes. Pues si el juez está sujeto a la ley y no es independiente frente a la producción legislativa, en primer lugar, está sujeto a la Constitución o Estatuto fundacional del Estado, cuyas reglas condicionan la validez o aplicabilidad de las leyes parlamentarias al menos en dos sentidos diferentes: la Constitución fija las condiciones formales cuyo cumplimiento permite identificar a una producción normativa como "ley" o "norma" vigente, esto es, como prescripción aplicable a un caso eventual, y, por otro lado, ella misma, en ocasiones, limita el contenido político sobre el cual puede decidir libremente el legislador común, esto es, limita el contenido material de las leyes (por ej.: prohíbe amenazar la pena de muerte en el Derecho penal material [CN, 18 y 75, inc. 22, por su referencia a convenciones internacionales] u obliga al legislador procesal penal a construir una ley de enjuiciamiento sobre la base del juicio público por jurados [CN, 24, 75, inc. 12, y 118]). Este rango distinto que, de ordinario, poseen algunas prescripciones normativas coloca a los tribunales en una encrucijada incómoda, pues su sometimiento a las decisiones del legislador –con otras palabras: su *sujeción a la ley*– parece conducirlos por dos direcciones opuestas: o bien ellos reconocen un legislador *superior* y, por tanto, condicionante de la validez de las disposiciones del legislador *inferior*, y, consecuentemente, se arrogan el derecho de criticar el producto del legislador común (parlamento) e, incluso, de negarle validez, todo lo cual se tra-

[46] Cf. SOLER, *La interpretación de la ley*, cit., en especial, XVIII, ps. 158 y siguientes.

duce en una dificultosa tarea interpretativa de las prescripciones superiores e inferiores, o bien a los tribunales, o a la mayoría de ellos, les está negada esta tarea, que corresponde a otro órgano o a un único tribunal. Entre nosotros, que no brillamos por nuestro respeto irrestricto a la ley, tomó cuerpo rápidamente la idea de que cada juez, cada tribunal, es un "guardián de la Constitución", de modo que, por interpretación y aplicación, puede negar validez a preceptos jurídicos comunes que proceden del legislador ordinario (parlamento): a tal construcción se la llamó *control difuso* de constitucionalidad. En cambio, en otros países, existe un sólo órgano que concentra las quejas de este tipo que advierten los propios jueces y tribunales, o los litigantes, el llamado *tribunal constitucional* y, como consecuencia, les está vedado a los demás tribunales de Derecho común la crítica a las prescripciones de Derecho común por razones constitucionales, quienes, en su caso, sólo pueden presentar el problema ante el tribunal competente: a ese sistema se lo ha denominado *control concentrado* de constitucionalidad[47]. Pero ambas atribuciones, sin duda, constituyen un problema límite respecto de la cuestión acerca de la *sujeción a la ley* de los tribunales. Desde el punto de vista político, en la antigua cuestión de preeminencia entre *poder* y *Derecho*, siempre en tensión, parece querer tomar la delantera el orden jurídico[48].

V. Según lo expusimos en la introducción de este punto, la discusión acerca de si la actividad jurisdiccional exige la referencia –se caracteriza por referirse– a un *caso concreto*[49], en el sentido de un acontecimiento sucedido realmente –y, por ello, único– del cual emerge una disputa que consiste en la pretensión de ver aplicadas las reglas jurídicas en un sentido definido, carece de sentido en la materia que tratamos, el Derecho penal. Allí siempre se trata, incluso por definición política actual –por regla, Derecho penal de acto[50]–, de la imputación a una persona determinada de un comportamiento concreto, sucedido (acción) o que no ha sucedido (omisión), pero siempre ubicado en el pasado.

[47] Cf. Simón, *La jurisdicción constitucional*, cit., ps. 831 y siguientes.

[48] Cf. *ibidem*, p. 846.

[49] La palabra *caso* se presta también a confusiones, pues se utiliza para describir una clase –de objetos, de acciones– definida por elementos idénticos, esto es, para identificar a un *concepto* (por ej.: padre, madre, persona, norma, contrato, testamento, delito, estafa, etc.), cuya característica es la abstracción y generalidad, como para denotar un acontecimiento único, ya sucedido: cf. Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit., Cap. II, nº 3, ps. 57 y ss. Nosotros, aquí, nos referimos al significado mentado en segundo lugar, para evitar los inconvenientes semánticos que provoca el uso inespecífico de este concepto. No obstante, en la cuestión que ahora tratamos, campea siempre en la ciencia jurídica un uso inespecífico del concepto, según sucede, por ejemplo, en el control puramente normativo acerca de la constitucionalidad de un precepto legislativo.

[50] Cf. Zaffaroni y otros, *DP (PG)*, cit., § 7, ps. 62 y ss.; Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil [Strafrecht AT]* (3ª ed.), Ed. C. H. Beck, München, t. I, § 6, ps. 131 y siguientes.

No obstante esta aclaración, que rehuye el debate sobre el punto, cabe destacar que éste parece ser el único límite más o menos preciso del poder de los jueces, sobre todo cuando, según ahora sucede en los Estados regidos por una Constitución política a manera de ley fundamental (superior en rango), se concede a los tribunales o a algún tribunal en particular el inmenso poder de revisar judicialmente la validez de las leyes parlamentarias o de las normas generales que, dentro de su competencia, dicte el Poder Ejecutivo[51]. Ese poder es aún más visible cuando, como sucede actualmente, se concede también a los jueces el poder de decidir *en abstracto* sobre la constitucionalidad de una norma general, base de la creación y de la competencia de *tribunales constitucionales*[52], o el poder de avocarse *ex officio* al control de constitucionalidad de las leyes[53].

2. Jurisdicción penal argentina

1. La extensión de la jurisdicción penal argentina o, de otra manera, la delimitación de aquellos asuntos en los cuales deben o pueden conocer tribunales argentinos es reconocida, en principio, por reglas de Derecho *interno*, que determinan los *puntos de conexión* importantes para fundar la competencia penal de tribunales argentinos o, mejor expresado, los hechos punibles que caen bajo su *jurisdicción*. Pero esas reglas, antes que a la competencia de los tribunales argentinos, se refieren a la *aplicación de la ley penal*[54], o, si se quiere, al *ámbito de validez de la ley penal*[55], en este caso argentina, o, simplemente, a la extensión de la *validez de la ley penal*[56] nacional, y utilizan para definir

51 Cf. GARGARELLA, *La justicia frente al gobierno*, cit., ps. 55 y siguientes.

52 Cf. Constitución Ciudad (autónoma) de Buenos Aires, 113, inc. 2, aunque aquí con el ingenioso mecanismo de anular parlamentariamente el efecto derogatorio de la sentencia del Tribunal Superior, si la Legislatura de la Ciudad (autónoma) de Buenos Aires, con una mayoría calificada (dos tercios de los votos de los diputados), estima vigente la ley criticada por inconstitucionalidad; en el Derecho comparado, SIMÓN, *La jurisdicción constitucional*, cit., ps. 835 y s.; para el Derecho alemán, CÓRDOBA, *El control abstracto de constitucionalidad en Alemania*, cit., y los autores citados al comienzo de este punto, en su introducción.

53 Sobre el punto, recientemente, CSN, "Recurso de hecho Mill de Pereyra, Rita Aurora y otros c/Estado de la Provincia de Corrientes s/demanda contenciosa administrativa", M. 102. XXXII y M. 1389. XXXI.

54 Terminología acertada entre las varias que son propuestas: cf. FIERRO, Guillermo J., *La ley penal y el Derecho internacional* (2ª ed.), Ed. Tea, Buenos Aires, 1997, p. 208; DE LA RÚA, Jorge, *Código Penal argentino* [*CP arg.*] (2ª ed.), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 5.

55 Como denomina a este estudio SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino* [*DP arg.*] (4ª ed.), Ed. Tea, Buenos Aires, 1978, t. I, § 15, ps. 148 y ss., con crítica de otras denominaciones y razón de ser del nombre que adopta, y acostumbra a denominar la doctrina alemana (cf., por todos, ROXIN, *DPP*, cit., p. 27).

56 Como lo denomina NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal argentino* [*DP arg.*], Ed. Bibl. Omeba, Buenos Aires, 1965, t. I, ps. 156 y siguientes.

ese ámbito combinaciones de distintos parámetros que tienen en cuenta, fundamentalmente, el espacio o el territorio en el cual (no) se desarrolla o se lleva a cabo la acción en la que consiste el hecho punible, y también toman en consideración ciertas excepciones a esa regla principal, referidas a los efectos o resultados del hecho punible, a la persona del autor del hecho punible o del partícipe en él, a la persona que porta el bien jurídico afectado o puesto en peligro y hasta a la gravedad de la infracción o al origen de la regla prohibitiva o del mandato que se amenaza con una pena. Esas reglas son, por lo tanto, normas del Derecho penal material, según reconoce nuestro propio Derecho penal desde su formulación legislativa (CP, 1). Ellas fijan el alcance de la aplicación de la ley penal nacional, pues indican los hechos que caerán bajo el imperio de la ley penal del Estado y tan sólo indirectamente la *jurisdicción* –esto es, el *poder penal*– de los tribunales del Estado, por lo tanto, los comportamientos humanos sometidos a su soberanía[57], ya que los tribunales estatales aplican, en principio, sólo Derecho penal nacional[58]. A pesar de que, según lo anticipamos, se trata de reglas de Derecho interno, se ha denominado a esta materia, junto a otras referidas al auxilio judicial entre estados en materia penal, básicamente a la *extradición*, *Derecho penal internacional*[59], a semejanza del Derecho internacional privado que regula, por legislación interna, los conflictos de aplicación de la ley civil[60], aunque con la importante diferencia de que el Derecho penal internacional, en el sentido expresado en un comienzo, sólo dispone sobre la aplicación de la ley nacional. Pese a su denominación, no se trata, en purismo, de reglas penales con vigencia internacional, sino, hasta aquí, de normas estatales sobre la vigencia de la propia ley penal del Estado, normas que pueden entrar en conflicto, eventualmente, con las que genera la ley penal de

[57] Cf. Roxin, *DPP*, cit., p. 27.

[58] Sin embargo, ambos conceptos –*ámbito espacial de aplicación de la ley penal argentina* y *jurisdicción penal argentina*– no se superponen el uno sobre el otro, esto es, no son equivalentes ni sinónimos, pues, como señala Zaffaroni y otros, *DP (PG)*, cit., p. 201, "... es factible que un tribunal aplique ley penal extranjera o limite la propia ley penal en razón de remisiones condicionantes de una ley extranjera", aunque ello no ocurra de ordinario.

[59] Cf. Roxin, *ibidem*; Núñez, *DP arg.*, cit., t. I, ps. 157 y s.; Fierro, *La ley penal y el Derecho internacional* (2ª ed.), cit., Cap. I, II, ps. 54 y siguientes.

[60] Cf. Zaffaroni y otros, *DP (PG)*, cit., p. 200, quienes observan el paralelismo.

otro país, que acude a combinaciones diversas de los puntos de conexión citados: ciertas convenciones internacionales intentan evitar este conflicto, en lo posible[61]. Aquí interesa el punto de vista que observa estas reglas como atributivas de competencia penal a los tribunales del país, como si se tratara de una única circunscripción judicial, sin distinguir las reglas de competencia interna (federal-local, o entre las distintas jurisdicciones locales o internamente, en una sola de esas jurisdicciones).

Al lado de estas reglas, existen otras que configuran un *derecho internacional de carácter penal* en sentido propio: desde los tratados multi o bilaterales sobre extradición y auxilio judicial en materia penal, o sobre la determinación de la ley penal aplicable (conflictos entre leyes penales eventualmente aplicables)[62], hasta los más modernos que ya conciben no tan sólo la responsabilidad de los sujetos de Derecho internacional, los estados, por hechos cometidos en su territorio o por sus dependientes (funcionarios o asimilados), sino, incluso, la responsabilidad penal de personas individuales ante instancias internacionales, tema del que se ocupará, brevemente, el último punto de este capítulo (*jurisdicción penal internacional*).

II. Entre nosotros *domina* –como todavía es común también en el Derecho penal comparado– el *principio territorial*, modo regular de atribuir competencia para perseguir y juzgar hechos punibles. La regla establece que un Estado es competente para perseguir y juzgar a los autores de –y partícipes en– los hechos punibles sucedidos en su territorio, salvo la excepción que debe fijar otra regla (*extraterritorialidad* de la ley penal en determinados supuestos), y que se resuelve conforme al principio hermenéutico que prefiere la excepción a la regla; el principio, por lo demás, supone el de *impenetrabilidad* del orden jurídico-penal estatal, esto es, la exclusión de todo otro Derecho penal como vigente, salvo las excepciones[63], y de allí la anotación de que estos casos que versan sobre la ley penal aplicable, cuando discrepan entre sí los órdenes jurídicos en conflicto, son, por regla, insolucionables jurídicamente[64] –en el sentido de que las reglas opuestas contradictorias

[61] Entre nosotros son premonitorios los llamados tratados de Montevideo de 1889 y 1940.

[62] Cf. FIERRO, *La ley penal y el Derecho internacional* (2ª ed.), Cap. I, III, ps. 61 y ss. El más antiguo tratado multilateral en nuestro ámbito es el *Tratado de Derecho internacional penal de Montevideo*, 1889, arts. 2 y ss., con reglas relativas a la ley penal aplicable; posteriormente, en nuestro ámbito, el *Tratado de Montevideo de 1940*, arts. 8 y siguientes.

[63] Cf. SOLER, *DP arg.* (4ª ed.), cit., t. I, p. 149.

[64] Cf. ZAFFARONI y otros, *DP (PG)*, cit., p. 201.

pertenecen a sistemas distintos– a menos que una convención internacional, obligatoria para los países cuyas leyes penales coliden, determine la solución.

Nuestro CP, 1, inc. 1, prevé que la ley penal argentina se aplicará a los *"delitos cometidos (...) en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción"*. Concepto central de este principio es el de *territorio*, que supone no sólo la forma física visible de sus límites, sino, además, ciertas y complejas determinaciones jurídicas del espacio donde el Estado ejerce soberanía. La fórmula, que se completa en el texto con los "lugares sometidos a su jurisdicción", a la vez que permite la construcción del *espacio de validez de la ley penal*, plantea las principales cuestiones jurídicas para definir ese espacio, que, por lo demás, no depende sólo de la legislación interna, sino, en gran medida, de los tratados en los que la Nación es parte (por ej., de límites, de aguas territoriales, referidos al espacio marítimo y aéreo).

No vale la pena precisar al extremo este espacio en relación a la República Argentina[65], pues, al depender tanto de tratados internacionales variables en el tiempo (por ej., límites con la hermana República de Chile, hasta hace algunos años dudosos y aún hoy discutidos), como del caso concreto a examinar (por ej., aguas territoriales del sur argentino en relación con la jurisdicción inglesa por las Islas Malvinas y del Atlántico Sur), su tratamiento debe ser monográfico y, aun así, no solucionaría todos los casos con pretensión de generalidad. Por lo demás, según dijimos, el estudio monográfico corresponde al Derecho penal material. Pero, en cambio, es importante descubrir y conocer los principales problemas que el estudio presenta. Con referencia al territorio físico, a los límites territoriales debe accederse por intermedio de los tratados vigentes con los estados limítrofes. De la misma manera, se debe proceder cuando la frontera está constituida por un río (ej.: el Río de la Plata con la República Oriental del Uruguay). Existen convenciones internacionales (tratados multilaterales), pero también tratados bilaterales, para la soberanía de las aguas marítimas territoriales, materia en la cual se derogó el antiguo límite señalado por nuestro CC, 2.340 (ley 17.711). La República Argentina pretende el límite de doscientas millas marinas que fija la ley especial respectiva sobre "Mar territorial y soberanía del Estado" (nº 17.094). En el orden internacional, *la Convención de la ONU sobre el Derecho del Mar* (suscripta en Montego Bay, Jamaica, el 10/12/1982, en vigor desde el 16/11/1994, y ratificada por la República Argentina al año siguiente), distingue tres sectores: doce millas marinas, *mar territorial* (jurisdicción exclusiva); de doce a veinticuatro millas, *zona contigua* (soberanía limitada a cuestiones fiscales y aduaneras); y hasta las doscientas millas marinas, *zona económica exclusiva*. Esta convención ha sido ratificada por Argentina con declaraciones interpretativas. Al llamado "territorio flotante" (buques) y a las aeronaves se los divide en naves privadas y públicas

65 Cf. para un estudio más detallado de la vigencia espacial de la ley penal argentina, SOLER, *DP arg.* (4ª ed.), cit., t. I, § 15, III, ps. 150 y ss.; NÚÑEZ, *DP arg.*, cit., t. I, ps. 167 y ss.; DE LA RÚA, *CP arg.* (2ª ed.), cit., ps. 5 y ss.; FIERRO, *La ley penal y el Derecho internacional* (2ª ed.), cit., Cap. III, III, ps. 215 y ss.; BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio R. (dirs.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 1, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1997, art. 1º, III y IV, ps. 14 y siguientes.

(del Estado, para su servicio público); en altamar se reconoce generalmente la jurisdicción por la bandera del barco (soberanía de matriculación); en aguas territoriales de otro Estado las naves públicas siguen, por lo general, el mismo principio, mientras que los comportamientos sucedidos en las naves privadas se rigen por la ley penal del Estado con jurisdicción en esas aguas; algunos distinguen según que el buque se *surta* en un puerto extranjero (amarre en él) o atraviese las aguas sin surtirse en él. Existe todavía el espacio aéreo y el subsuelo, sobre los cuales rigen, generalmente, líneas de prolongación del territorio que hoy ni siquiera se adaptan a los conocimientos científicos. Sobre el espacio aéreo y sobre el mar territorial se predica, sin embargo, al menos para el tiempo de paz, cierta libertad de navegación y de aeronavegación (cf. ley 17.094, art. 3).

El punto de conexión que representa el espacio en el cual el hecho punible es cometido deja, sin embargo, abierta otra cuestión: aquella acerca del predominio del lugar en el cual sucede la acción prohibida o deja de suceder la acción mandada o, por lo contrario, el lugar en el cual sucede el resultado típico o tiene su residencia concreta –es portado por alguien– el bien jurídico que la prohibición o el mandato protegen y que resulta lesionado o puesto en peligro por el hecho punible. Como por regla siempre ha predominado la jurisdicción del país en el cual se desarrolla o se omite el hecho punible, que, además, coincide también por regla con el lugar donde se halla el autor –regla aplicable internacionalmente por lo común en caso de conflicto–, a este interrogante ha respondido, aun parcialmente, el principio que abarca el punto siguiente, también contenido en la ley penal nacional e, incluso, en tratados internacionales.

III. Como advertimos, el principio territorial –al menos referido únicamente al lugar de la acción o de la omisión– sufre excepciones mediante otros puntos de conexión que lo corrigen. Nuestro CP, 1, inc. 1, reconoce como principal corrector al llamado *principio real o de defensa*; la regla declara aplicable la ley penal argentina para aquellos hechos punibles *cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación... o en los lugares sometidos a su jurisdicción*, cualquiera que sea el lugar en el que se lleva a cabo o se omite la acción que los consuma. La regla se ha discutido desde dos puntos de vista, especialmente si tenemos en mira la pregunta sobre la competencia de los órganos judiciales argentinos: en primer lugar, se ha debatido acerca de su carácter de excepción al principio territorial, pues, para algunos, no significa una excepción, sino, precisamente, una aplicación del principio que, sobre todo, privilegia el resultado sobre la acción como punto de conexión y expresión del principio de *ubicuidad*[66], desarrollado tam-

66. Cf. Jescheck, Heinz-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts - AT* (4ª ed.), Ed. Dunker & Humblot, Berlin, 1988, § 18, IV, 2, ps. 160 y ss.; en el Derecho penal argentino formula este juicio Zaffaroni y otros, *DP (PG)*, cit., § 15, V, 3, ps. 201 y ss., según el cual rige como punto de conexión referido al territorio tanto el lugar de la acción o de la omisión como el lugar del resultado.

bién por nuestra Corte Suprema nacional para decidir cuestiones de competencia interna, aunque con una amplitud mayor (mejor ejercicio del derecho de defensa, facilidad para la prueba del hecho); en segundo lugar, se concede distinto significado y, por lo tanto, distinta extensión a la locución *efectos* del delito[67]. Las discrepancias entre los criterios acerca del carácter de excepción de la regla o de las determinaciones sobre la base de las cuales los autores incluyen o excluyen ciertas realidades del significado de la palabra *"efectos"* no resultan demasiado importantes de dilucidar, pues se trata, casi siempre, de problemas semánticos o cuasisemánticos[68]. A mi juicio, lo importante de la fórmula consiste en la declaración inequívoca de la ley argentina sobre su vigencia respecto de ciertas acciones u omisiones sucedidas en el extranjero. En la pregunta sobre cuáles son esos hechos punibles reside la utilidad del principio corrector de aquél basado en la territorialidad estricta, pues sobre su base la ley argentina afirma su aplicabilidad en casos que pudieron ser discutidos y en los cuales los tribunales argentinos pueden fundar su poder de juzgar (*jurisdicción*), sin perjuicio de los conflictos que pudieran suscitarse con otros estados cuyas leyes penales, en el mismo caso, pretendan concederle jurisdicción a sus tribunales y aplicabilidad a su propia ley penal. Y en la extensión que se conceda a la respuesta de esa pregunta residen, también, las únicas diferencias importantes o de contenido[69]. Básicamente, a mi juicio, es la *ubicación del bien jurídico* el punto de conexión que decide la aplicación del principio estudiado; empero, por ubicación del bien jurídico no se puede entender la idealización u objetivación en la que consiste el concepto (por ej.: la vida, el patrimonio, el honor, la fe pública, etc.), que, como tal, no sólo carece de extensión por representar a una abstracción, sino, también, de localización territorial; antes

[67] Cf., sintéticamente, DE LA RÚA, *CP arg.* (2ª ed.), cit., ps. 17 y siguientes.

[68] En efecto, como anota ZAFFARONI y otros, *DP (PG)*, cit., § 15, V, 4, p. 202, al funcionar los demás puntos de conexión que no residirían en el territorio como *subsidiarios*, en el sentido de extensión de la jurisdicción a ámbitos eventualmente distintos del territorial, poco interesa conocer si la jurisdicción nacional se funda en el principio básico o en su extensión, con lo cual la discusión se torna meramente conceptual.

[69] Cf. ZAFFARONI y otros, *DP (PG)*, cit.; cf., también, FIERRO, *La ley penal y el Derecho internacional* (2ª ed.), cit., Cap. IV, I, en especial ps. 316 y siguientes.

bien, decide la concreción de ese bien jurídico en algún sujeto de derechos que lo posee o lo porta.

Sin embargo, no se debe confundir este principio *objetivo*, con el que nace de una valoración *subjetiva* sobre ciertas calidades del portador del bien jurídico (principio de la personalidad o nacionalidad pasiva), sobre todo en bienes jurídicos cuyo portador no es el Estado, pues el traslado del objeto sobre el cual recae el hecho punible, en aquellos bienes jurídicos que, físicamente, son trasladables (la vida, las cosas, etc.), o que se trasladan con la persona (honor), no deja intangible el punto de conexión, según sucede cuando el criterio de conexión es una calidad personal (por ej.: la nacionalidad o la residencia), sino que, por lo contrario, también lo traslada[70]. Por ello, para determinar la *ubicación* del bien jurídico lesionado o puesto en peligro es determinante el estudio del caso concreto a resolver[71].

Precisamente, la razón señalada es aquella por la cual los ejemplos más conocidos de aplicación de este principio corrector, dejando de lado las discrepancias meramente conceptuales, son los *delitos a distancia*, cuya acción u omisión transcurre en el extranjero, mientras la lesión se ubica en el territorio argentino (acción homicida en un país limítrofe y resultado de muerte en nuestro país; incumplimiento de deberes de asistencia de alguien residente en el extranjero hacia un

[70] Existen múltiples ejemplos: el turista que sufre un delito contra su patrimonio, una lesión o un atentado contra la vida en el país que visita, respecto de las cosas que ha llevado consigo, de su integridad personal o de su propia vida; aquel que es ofendido en su honor y crédito sin que trascienda las fronteras del país que visita.

[71] En ejercicio de mi profesión de abogado tuve un caso muy interesante que no ubicaré por razones ético-profesionales y sólo describiré en sus aristas esenciales: se trataba de un delito contra el honor (calumnia o injuria) cometido en contra de una persona extranjera, pero residente en la República Argentina; la acción consistía en una ofensa propagada por un periódico extranjero, ofensa escrita en la República Argentina, enviada desde ese país al país extranjero y publicada por el periódico extranjero, del cual sólo se pudo demostrar el arribo de un ejemplar al país, secuestrado en la sede de la línea aérea de bandera del país de la publicación. La querella afirmó tanto la aplicación de la ley argentina como la competencia de los tribunales argentinos, por motivos que iban desde la aplicación del principio territorial (comienzo de ejecución –tentativa– y consumación –divulgación– en el país), hasta la aplicación de su corrección por el principio real o de defensa (bien jurídico asentado en el país), en razón de que el ofendido no sólo residía en el país, sino que lo hacía desde un tiempo prolongado de su vida, con su familia y trabajaba en el país y, por lo contrario, en el país de la publicación no había residido nunca, ni nadie lo conocía. La Corte Suprema nacional aceptó la vigencia para el caso de la ley penal argentina y la competencia de los tribunales del país. Importante para el caso fue situar un bien jurídico esencialmente abstracto, el honor, en el lugar de residencia de la víctima, donde el ofendido trabajaba, vivía y tenía el asiento principal de sus relaciones sociales.

familiar que reside en el país), regla que incluye, por extensión, los delitos de peligro o tentativas de delitos de resultado contra bienes jurídicos situados en el país y, por fin, los delitos que lesionan la existencia, organización y funcionamiento político y económico del Estado nacional o de un Estado federado, aun cuando fueren consumados en el extranjero (ej.: falsificación de moneda de curso legal en el país)[72]. Se debería decir, aún, que, en los hechos, la última de las categorías mencionada es aquélla que, aceptada la regla de la *ubicuidad* para la determinación del principio territorial, configura una verdadera extensión *extraterritorial* de la punibilidad –no tan sólo de la jurisdicción penal argentina–, pues, por regla, esos hechos no serán punibles en el extranjero (ej.: conspiración para la rebelión o sedición, CP, 233), esto es, en el lugar en el cual han sido cometidos y se han agotado como tales[73].

IV. Un punto de conexión –que carece de la importancia de los estudiados para fijar la jurisdicción argentina– reside en los protagonistas reales del conflicto social en que se subsume todo caso penal, aun tratado de diferente manera por la legislación. Las leyes penales extranjeras, sobre todo aquellas provenientes de los otrora llamados países de emigración, donde domina el *ius sanguinis* para atribuir nacionalidad (Europa)[74], suelen contener cláusulas, siempre subsidiarias, que fundan la jurisdicción penal del país del cual el autor o la víctima son nacionales (en su caso, residentes o domiciliados)[75]. Los principios de la *personalidad* o *nacionalidad activa* y de la *personalidad* o *nacionalidad pasiva* –siempre referidos a hechos punibles que, de manera indubitable, fueron cometidos en el extranjero– nunca fueron básicamente definitorios para la determinación de la aplicación de la ley

[72] Cf., sintéticamente, DE LA RÚA, *CP arg.* (2ª ed.), cit., ps. 22 y ss.; y ZAFFARONI y otros, *DP (PG)*, cit., § 15, V, 4, p. 202; en el Derecho penal comparado es indiscutible el valor del principio; cf. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts - AT* (4ª ed.), cit., § 18, II, 4, ps. 151 y siguientes.

[73] Cf. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts - AT* (4ª ed.), cit., § 18, II, 4, p. 151.

[74] Pero también en países de inmigración como los americanos: cf. NÚÑEZ, *DP arg.*, cit., t. I, ps. 161 y siguientes.

[75] CP alemán (*Strafgesetzbuch* B.R.D.), § 7, que contiene también un caso para el extranjero, residente en el país, que delinque en país extranjero, pero cuya extradición, a pesar de estar permitida, no es requerida o fracasa por cualquier motivo.

penal argentina y, salvo el inc. 2, del art. 1, del CP, que consagra un caso relativamente análogo al de la personalidad activa, carecen de expresión en el Código penal[76]. De manera general, la ley de extradición nº 24.767, art. 12, contiene al principio de la personalidad activa como subsidiario, al establecer la opción para el autor nacional de ser juzgado en la República, pero siempre muy limitadamente, pues la aplicación del principio depende de varias condiciones positivas y negativas: a) requerimiento de extradición de un Estado extranjero; b) extradición permitida; c) que un tratado internacional no obligue a la extradición pasiva; d) opción del nacional para ser juzgado en el país; y e) que el Estado requirente preste conformidad y se comprometa al auxilio judicial; si al caso le fuera aplicable un tratado que permite la extradición de nacionales, es el Poder ejecutivo nacional quien decide, una vez resuelta judicialmente la extradición en forma favorable, si concede o rechaza la opción (art. 36)[77].

A mi juicio, una aplicación no ortodoxa del principio de la personalidad activa, pues no depende de la nacionalidad, pero sí, en primer término, de la persona del autor ("agente o empleado de autoridades argentinas") está constituida por el inc. 2, art. 1, del CP; la ley requiere que el delito cometido en el extranjero por el agente funcionario o empleado argentino sea cometido "en desempeño de su cargo", condición según la cual la mayoría de los autores argentinos piensa que se trata de una aplicación particular del principio real o de defensa[78]. Sin embargo, no parece claro que todo delito cometido "en desempeño del cargo" deba lesionar o poner en peligro, necesariamente, un bien jurídico que tiene su residencia en el territorio de la República Argentina ("cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción"); empero, aun si así fuere, resulta innegable que el punto de conexión principal, que surte la competencia de un tribunal penal argentino, resulta ser un atributo personal del autor, funcionario o empleado argentino: si este atributo no existe, es ocioso preguntarse por el ejercicio de la función.

[76] Para la historia limitada de este principio en el Derecho penal argentino, cf. DE LA RÚA, *CP arg.* (2ª ed.), cit., ps. 30 y siguientes.

[77] Cf. ZAFFARONI y otros, *DP (PG)*, cit., p. 202; PIOMBO, Horacio Daniel, *Tratado de la extradición (internacional e interna)*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998, vol. I, ps. 532 y siguientes.

[78] Cf. por todos, con citas, DE LA RÚA, *CP arg.* (2ª ed.), cit., ps. 29 y siguiente.

El principio de la *personalidad pasiva* –la del portador del bien jurídico lesionado o puesto en peligro– no fue receptado por el orden jurídico penal argentino[79].

No se debe confundir el *principio real o de defensa* con el de la *personalidad pasiva*, no sólo porque, en ocasiones, no se superponen claramente (como sucede con el principio de la personalidad pasiva formulado de modo ortodoxo, con referencia únicamente a la nacionalidad de la persona, según es común, punto de conexión que, entonces, suele no coincidir con la residencia o el domicilio, el lugar de trabajo o el de radicación del patrimonio afectado o de la familia –por tanto, son distintas la residencia del bien jurídico protegido y la nacionalidad–), sino, antes bien, porque el principio real o de defensa, aun comprendido en la forma más extensa, atiende a un criterio *objetivo*, la salvaguarda de bienes jurídicos situados en el país, que en ocasiones coincide con la nacionalidad o la residencia del portador, pero no sucede así necesariamente, mientras que el principio de la personalidad pasiva se informa en un criterio *subjetivo*, relativo a la persona del portador del bien jurídico –normalmente la nacionalidad y, en forma impura, la residencia o el domicilio–, que, como se dijo, no coincide siempre con la radicación del bien jurídico afectado[80]. La ley penal argentina no prevé, conforme al texto que introduce el principio real o de defensa (CP, 1, inc. 1), que todos los delitos cometidos en el extranjero contra ciudadanos argentinos funden la competencia penal argentina[81].

Por supuesto, las convenciones y tratados ratificados por la Nación, que la ligan con estados extranjeros, incluso las normas del Derecho internacional público, pueden modificar esta situación jurídica y aceptar, en diversa medida, uno u otro principio referido a la personalidad[82].

V. El llamado *principio universal* funda la competencia penal de cualquier Estado para la persecución penal de ciertos hechos punibles, de modo tal que aquel Estado en el cual el autor se halle o sea aprehendido puede y, en ocasiones, *debe* perseguirlo, obligación internacional que, en ese caso, le impone una convención o tratado[83]. Se trata, según

[79] Escasas aplicaciones señala FIERRO, *La ley penal y el Derecho internacional* (2ª ed.), cit., ps. 358 y siguiente.

[80] Sobre la posibilidad de esta confusión, cf. FIERRO, *La ley penal y el Derecho internacional*, cit., p. 316.

[81] Correctamente, ZAFFARONI y otros, *DP (PG)*, cit., p. 202; NÚÑEZ, *DP arg.*, cit., t. I, p. 162.

[82] Cf. ejemplos dudosos en ZAFFARONI y otros, *DP (PG)*, cit., p. 203.

[83] Uno de los párrafos del Preámbulo del llamado *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Conferencia diplomática reunida en Roma, agosto de 1998, que aprobó el Estatuto) reza: "Recordando que es *deber de todo Estado* ejercer su *jurisdicción penal* contra los responsables de *crímenes internacionales*" (destacados nuestros).

se observa, de la desaparición del criterio del territorio como punto de conexión de la competencia penal estatal[84], pero sólo como excepción[85] y, en ocasiones, también sólo subsidiariamente, para el caso de imperseguibilidad o impunidad en el territorio dentro del cual se cometió el hecho punible o de rechazo de un requerimiento de extradición. Conforme a lo ya explicado también se puede observar que, contrariamente a lo afirmado para los demás principios, éste, regularmente, no es un principio cuyo texto se refiera, principalmente, a la ley penal aplicable –y sólo como consecuencia a la competencia penal de los órganos de justicia estatales–, sino, todo lo contrario, él tiene en mira, básicamente, la competencia penal y sólo como consecuencia del principio *lex fori* resulta la aplicación de la ley penal del Estado que asume competencia[86]; pero el principio así concebido es compatible con la aplicación por los jueces de un Estado determinado de una ley penal extranjera[87]. De la manera indicada arriba aparece el principio en nuestra CN, 118, desde su origen (antes: art. 102): delito cometido fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes = competencia penal argentina cuya determinación interna corresponde al Congreso[88]. Y por ello es también que la ley argentina se refiere, desde antiguo, a él[89]. Pero, sin duda, ha sido la vía de los tratados y con-

[84] Según NÚÑEZ, *DP arg.*, cit., t. I, p. 165.

[85] Así, claramente, el CP alemán (*StGB* B.R.D.), § 6.

[86] Cf. Ley orgánica del Poder Judicial (España, 1985), art. 23, nº 4. Sin embargo, el CP alemán (*StGB* B.R.D.), § 6, formula el texto, correctamente, como regulación de la ley penal aplicable, la ley penal alemana, con prescindencia de la ley vigente en el lugar del hecho.

[87] Cf. ZAFFARONI y otros, *DP (PG)*, cit., p. 203.

[88] Quien observó primero este principio fijado en la Constitución, aplicado con limitación a los crímenes internacionales, fue CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte general* (3ª ed.), Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 116, observación retomada por SCHIFFRIN, Leopoldo, *La primacía del Derecho internacional sobre el Derecho argentino*, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Cristhian (comps.), *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales* (2ª ed.), Ed. Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 1998, ps. 118 y siguientes.

[89] Cf. ley nº 48, art. 3, inc. 1, donde el Congreso cumple el mandato del entonces art. 102, CN: atribuye competencia para la piratería, incluso en el caso de piratas extranjeros, al juez federal del puerto de arribo del buque; el art. 21 también se refiere al Derecho de Gentes como fuente del orden jurídico nacional. Más allá de sus diversas modificaciones, ya la ley nº 49 establecía la descripción abstracta de las diversas acciones que configuraban el delito de *piratería*, regulación también tradicional en nuestro CP, 198 y 199.

venciones internacionales, esto es, la del Derecho internacional público, aquella que, con mayor asiduidad, fundó y desarrolló, hasta la fecha, la jurisdicción penal argentina por hechos punibles que, claramente, sucedían fuera de su territorio y no estaban vinculados de modo alguno con él.

Ya el *Tratado Internacional de Derecho Penal* de Montevideo de 1889, art. 13 (de manera casi idéntica, el mismo Tratado de 1940, art. 14, establecía el principio para el crimen de *piratería*, fijando como punto de conexión el país de aprehensión. Resultan particularmente importantes la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*[90], la *Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura*[91] y la *Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas*[92]. Estas convenciones no pretenden sólo fijar la responsabilidad de los estados, sino que, antes bien, se inscriben en la moderna tendencia de definir los ilícitos universales y fijar la responsabilidad penal de funcionarios estatales y personas individuales: las dos primeras convenciones quiebran también la vigencia del principio territorial y reconocen como puntos de conexión para el ejercicio de la jurisdicción penal a los principios de la nacionalidad activa o pasiva, al lugar (Estado) de la aprehensión o al de la residencia del inculpado, tanto para establecer la competencia de juzgamiento de un Estado como para declarar aplicable su ley, si se conforma a las obligaciones que establece la Convención; la última convención no desconoce el principio de territorialidad, pero aplica, con el mismo rango, los principios que enuncian las convenciones anteriores, cuando no se conceda la extradición (subsidiariedad). Abandona también el principio territorial, para acoger el universal, la *Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid*[93], art. 5, convención que también se refiere a la responsabilidad penal de personas particulares. Mayores detalles históricos y actuales en Creus[94], De la Rúa[95] y Zaffaroni[96], aunque no siempre demasiado precisos; monográficamente, Guillermo J. Fierro[97].

[90] Aprobada el 10/12/1984 por la Asamblea General de la ONU (res. 39/46), abierta para su firma, ratificación o adhesión desde el 4/2/1985 y entrada en vigor el 26/6/1987 (aprobada por la República Argentina por ley nº 23.338 del 30/7/1986 y depositado el instrumento de ratificación el 24/9/1986; ver, especialmente, arts. 4, 5, 6 y 7.

[91] Suscripta en Cartagena de Indias, Colombia, el 9/12/1985 y entrada en vigor el 28/2/1987; ver, específicamente, arts. 3 a 6, 12 y 14.

[92] Sancionada en Belém do Pará, Brasil, el 9/6/1994, en el 24º período de sesiones de la Asamblea General de la OEA y en vigor desde el 29/4/1996; ver, especialmente, arts. I, letra *b*, III y cc., y IV.

[93] Asamblea General ONU, 30/11/1973, en vigor desde el 18/7/1976, aprobada por la República Argentina, ley nº 23.221 del 21/8/1985.

[94] *DP (PG)*, cit., ps. 117 y siguientes.

[95] *CP arg.* (2ª ed.), cit., ps. 41 y siguiente.

[96] *DP (PG)*, cit., p. 203.

[97] *La ley penal y el Derecho internacional*, cit., Cap. V, I, *d*, y Cap. VI, ps. 389 y siguientes.

121

VI. Según se advirtió, los diferentes puntos de conexión que fundan la competencia de los tribunales penales de un país, su jurisdicción penal, pueden entrar en conflicto con aquellos que fundan la jurisdicción penal de otro país, incluso si son idénticos. Es fácil imaginar que un delito cuya acción transcurre en un país (disparo de un arma de fuego) y su resultado se produce en el país limítrofe (lesión o muerte de una persona) funda la competencia penal de los dos países, según se utilice el lugar de la acción o el lugar del resultado. No existen reglas comunes que solucionen en todos los casos estos conflictos acerca de la extensión del poder penal de cada Estado, pero, en el orden internacional, han triunfado de hecho e incluso normativamente los puntos de conexión representados por el lugar donde se halla el imputado o el lugar de su aprehensión[98], o bien el de su nacionalidad[99] o el de la nacionalidad de la víctima[100].

El problema real y práctico que suscita el conflicto se observa en la vigencia del principio *ne bis in idem*, una vez juzgado el imputado por los tribunales de un país, que lo absuelve o lo condena. Y tal problema no se presenta sólo frente a una condena penal, como consecuencia de la violación del principio al no reconocer un Estado la condena impuesta por los jueces de otro Estado, por afirmación de su propia ju-

98 Cf., por ejemplo, *Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid*, cit., art. 5; *Convención contra la Tortura*, cit., arts. 5, n° 2, y 7, n°1; *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*, cit., art. 12, II.

99 La *Convención Internacional Protectora de Cables Submarinos* (ratificada por nuestro país, ver NÚÑEZ, *DP arg.*, cit., t. I, ps. 179 y s., nota 216) atribuye la competencia penal (art. 8) y decide sobre la ley penal aplicable (art. 12) para los delitos cometidos fuera de las aguas jurisdiccionales consistentes en el daño a un cable submarino, según los tribunales y la ley penal del país de la nacionalidad de la embarcación (matrícula) o, en su defecto, según la nacionalidad del autor. Cf. FIERRO, *La ley penal y el Derecho internacional* (2ª ed.), cit., n° 340, p. 350 y, como reserva de juzgamiento del nacional en la extradición pasiva (rechazo de la entrega del nacional), PIOMBO, *Tratado de la extradición (internacional e interna)*, cit., vol. I, ps. 530 y siguientes. Como principio general de cooperación internacional y extradición, cf. los *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad*, 2 (Resolución 3074 [XXVIII] de la Asamblea General de la ONU, 3/12/1973).

100 Punto de conexión para la jurisdicción penal que aparece en los tratados más modernos y sometido a un criterio de oportunidad, por ej.: *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, cit., 5, 1, c; *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*, cit., 12, 1, c; *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, cit., IV, 1, c.

risdicción, y pretender un nuevo juzgamiento por los tribunales estatales competentes, conforme a su propia ley, sino, antes bien, por la desconfianza frente a absoluciones "protectoras" del agente, que lo excluyen de un juzgamiento imparcial ante otro tribunal extranjero o que, en razón de ciertas particularidades de la ley penal nacional, impiden su juzgamiento[101]. Basta con indicar este problema que cobrará su verdadera importancia en el punto que examinaremos bajo el número siguiente.

VII. Aquello que en Derecho penal se menciona como una excepción personal al principio territorial sobre el alcance de la ley penal estatal (*extraterritorialidad* de algunas personas por la función que cumplen[102]) o como *inmunidad* frente a la ley penal estatal[103], constituye, en materia procesal penal, un *obstáculo para el ejercicio de la persecución y la jurisdicción penales*, fundado en la representación que inviste el autor o partícipe[104]. Sólo la CN, 68, consagra una verdadera inmunidad frente a la ley penal, personal y funcional (legisladores), pero suficientemente objetiva para no colidir con el principio de igualdad ante la ley (CN, 16), pues la ley penal no alcanza a los discursos o a las opiniones emitidas por los legisladores en ejercicio de su función. En todos los demás casos no se trata de que la ley penal argentina no rija para los aforados, especialmente para los representantes de un Estado extranjero –únicos que, en sentido propio, pueden ser apodados *extraterritoriales*[105]–, pues ellos también están obligados a respetarla[106] (no

[101] Cf., por el momento, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 20.

[102] ROXIN, *DPP*, cit., § 6, III, p. 28.

[103] Monográficamente, FIERRO, *La ley penal y el Derecho internacional* (2ª ed.), cit., Cap. III, V, ps. 277 y ss.; cf. también SOLER, *DP arg.* (4ª ed.), cit., t. I, § 18, ps. 198 y ss. (en especial, III, p. 200 y s.); NÚÑEZ, *DP arg.*, t. I, cit., ps. 182 y ss. (en especial, ps. 190 y siguiente).

[104] Ver este libro, t. II, § 10, B, 4, IV, ps. 237 y ss., allí se explicó que las "inmunidades temporarias" no constituyen excepciones personales a la aplicación del Derecho penal, sino tan sólo la imposibilidad de perseguir penalmente a alguien por un período de tiempo, siempre en razón de la función que ejerce y sin que se trate de un fuero personal, prohibido constitucionalmente (CN, 16), o de una verdadera inmunidad (caso no comprendido por la ley penal, CN, 68).

[105] Pues, eventualmente, para ellos rige la ley penal del país que representan y son juzgados por ese país.

[106] Expresamente, *Convención sobre relaciones e inmunidades diplomáticas* de Viena (1961), art. 41, nº 1, primera oración.

matar, no hurtar, etc., aun cuando la acción no constituya un hecho punible en su propio país de origen: por ej., atentar contra el orden constitucional argentino, espionaje en establecimientos militares del Estado argentino), sino, antes bien, de una excepción a la posibilidad o deber de perseguir inmediatamente al autor de un hecho punible o al partícipe en él, que lo excluye, temporariamente y bajo condición resolutoria, de la soberanía de la jurisdicción penal argentina. Cuando tal condición se produce (por ej.: se obtiene la conformidad expresa del gobierno extranjero para juzgar en el país a un embajador o él sale definitivamente del territorio nacional y cesa su representación) o cuando cesa el fundamento del privilegio, resulta posible la persecución penal y la pena misma, si ellas están aún expeditas. Sin embargo, la *Convención sobre relaciones e inmunidades diplomáticas de Viena* (1961) contiene un caso de inmunidad permanente, esto es, de excepción personal a la aplicación de la ley penal del Estado receptor, "respecto de los actos realizados (...) en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión", caso en el cual "no cesará la inmunidad" (art. 39, n° 2, *in fine*).

Según ya dijimos (§ 10, B, 4, III), el Derecho interno argentino no reconoció, en principio, el privilegio de extraterritorialidad de los representantes de un gobierno extranjero: la CN, 117 (originariamente, art. 101) sólo establece el aforo de ser juzgado por la Corte Suprema "originaria y exclusivamente", para "los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros" (entonces: no únicamente en materia penal), privilegio sobre la competencia judicial interna que la ley n° 48, art. 1, inc. 1, y luego el dto. ley 1285/58 –verdadera ley orgánica del Poder Judicial de la Nación para su época–, art. 24, inc. 1, reglamentó con una significativa ampliación ("causas concernientes a embajadores u otros ministros diplomáticos extranjeros, a las personas que compongan la legación y a los individuos de su familia del modo que una corte de justicia puede proceder con arreglo al Derecho de gentes; y de las causas que versen sobre privilegios y exenciones de los cónsules extranjeros en su carácter público"). La Corte Suprema, conforme a ello, siempre atendió al privilegio de los representantes de un Estado extranjero de no ser perseguido penalmente en el país sin la autorización expresa del Estado extranjero representado, condición fijada por el Derecho internacional público. Hoy, precisamente, toda la materia se rige básicamente por la *Convención sobre relaciones e inmunidades diplomáticas* (Viena, 1961, ver, especialmente, los arts. 1, 31, 32, 37, 39, 40 y 41) y por la *Convención sobre relaciones consulares* (Viena, 1963), ambas ratificadas por la República Argentina[107]. Por *agente o personal diplomático*, que

[107] Cf. en detalle, FIERRO, *La ley penal y el Derecho internacional* (2ª ed.), cit., ps. 286 y siguientes.

gozan del privilegio, se entiende a todo representante de un Estado extranjero con misiones permanentes o transitorias (jefes de Estado que nos visitan, embajadores, nuncios, o rango equivalente, ministros y enviados que nos visitan, acreditados ante el jefe de Estado, y encargado de negocios, acreditado ante el ministro de relaciones exteriores), los miembros de su familia que conviven con ellos –salvo que sean nacionales del país–, el personal administrativo y técnico de la legación con los miembros convivientes de sus familias –salvo nacionalidad o residencia permanente en el país– y el personal de servicio de la misión, sólo por hechos llevados a cabo en el desempeño de su función. Los cónsules –salvo los designados con carácter honorario– son titulares de un privilegio semejante pero menguado: para delitos graves e inmunidad de arresto o privación de libertad hasta la sentencia firme[108]. El privilegio comienza ya cuando el agente diplomático ingresa al país o, si ya está en él, cuando su nombramiento es comunicado al ministro de relaciones exteriores; y cesa cuando abandona el país o cuando vence el plazo razonable que se le hubiere concedido para ello, y por renuncia del Estado representado por el agente; de allí el carácter transitorio o condicionado del privilegio. El privilegio debe ser respetado por terceros estados, cuando el agente lo atraviesa para tomar su cargo o regresar a él. Estas convenciones no sólo se refieren al privilegio que consagra la inmunidad de los agentes diplomáticos y asimilados a ellos frente a la persecución y jurisdicción penal del país receptor, sino que, además, consagran otros referidos a la intangibilidad de la ocupación de papeles, de las comunicaciones, del domicilio, la prohibición del secuestro de cosas, el derecho de abstenerse de testimoniar, etc., todos de suma importancia en materia penal. Por lo demás, se intenta completar estas convenciones mediante otras relativas al personal jerárquico de organismos internacionales o mediante acuerdos con el país sede de algún organismo internacional, instrumentos que, en el caso concreto, deben ser estudiados para fijar la posición del funcionario representante[109].

3. La jurisdicción penal internacional

Pero la crítica al principio territorial como base del sistema penal (estatal) no proviene hoy tanto o tan sólo de la aplicación, en más o en menos excepcional, por cierto, de los otros criterios o puntos de conexión estudiados inmediatamente antes, sino, antes bien, de la creación de un *Derecho penal* y una *jurisdicción penal* internacionales, esto es, del traslado del poder penal, antes residente en los estados particulares, según hemos visto, hacia organismos internacionales de nivel mundial (*"globalización"* del poder penal)[110]. A esta internacionalización del Derecho penal, en sentido propio (hoy mencionado como

[108] Ver *Convención sobre relaciones consulares* (Viena, 1963), 41.

[109] Cf. FIERRO, *La ley penal y el Derecho internacional* (2ª ed.), cit., ps. 287 y siguientes.

[110] Precisamente, todo lo contrario a la estrategia *abolicionista* del poder penal, que pretende fundar su éxito en una organización social vecinal (cf. CHRISTIE, *Los conflictos como pertenencia*, cit., ps. 178 y siguientes).

122

"Derecho internacional penal"), y, por supuesto, del Derecho procesal penal y de la organización judicial (*persecución y jurisdicción penal internacional*) han dado pie a graves atentados sistemáticos o extraordinariamente extendidos de bienes jurídicos primarios, particularmente importantes después de la Segunda Guerra mundial (crímenes de guerra y delitos contra la humanidad o la paz de la humanidad), aunque no es posible asegurar que en esos hechos punibles se agote la razón profunda de la creación de un sistema penal universal, ni que ellos sean el punto final de esta creación[111].

Los conocidos juicios de Tokio y Nüremberg[112] representan, en la literatura universal, el precedente de la preocupación del Derecho Internacional por una clase de crímenes graves, de gran poder ofensivo, que afectan por su crueldad o por el interés lesionado a la comunidad internacional, esto es, el precedente de la creación en ese ámbito de un sistema de Derecho penal que comprenda todas las materias comunes a él (Derecho penal, procesal penal y organización judicial) y los órganos necesarios para detentar y ejercer el poder penal (tribunales, acusador público, policía). Pero debe reconocerse que el mismo concepto había sido utilizado ya en 1915 para calificar la masacre de armenios por el gobierno turco y que el siglo XIX fue premonitor en la materia: *Declaración de San Petersburgo de 1868*, para la limitación del uso de explosivos, y *Convención de la Haya de 1899*. Representan también precedentes la *Convención sobre la esclavitud* (Ginebra, 1926; en vigor desde el 9/3/1927), la *Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio* (Asamblea General ONU, resolución 260 A [III], 9/12/1948, en vigor desde el 12/1/1951, aprobada y ratificada por la República Argentina [decreto 6286/56]), los *Convenios de Ginebra sobre Derecho internacional humanitario*[113] (1949, en vigor desde el 21/10/1950, aprobados por la República Argentina por ley nº 14.442 del 9/8/1956, que depositó el instrumento de ratificación el 18/9/1956), las *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos* (Consejo Económico y Social de la ONU, resoluciones 663 [XXIV] del 31/7/1957 y 2976 [LXII] del 13/5/1977), la *Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las institucio-*

111 Existen ya proyectos que amplían el ámbito de esa ley penal universal y de la jurisdicción internacional en materia penal; cf. BASSIOUNI, Cherif (ed.), *Commentaries on the International Law Comission's 1991, Draft of Crimes against the peace and security of mindkind*, Ed. Éres (Association Internationale de Droit Pénal, Nouvelles Études Pénales), Toulouse (Francia), 1993, donde ya se postula una ampliación considerable respecto del adoptado posteriormente por la International Law Comission en su 48ª sesión del 6 de mayo-26 de julio de 1996, de menor alcance y que se ciñe mejor a su cometido original.

112 Cf. sobre todo el art. 6, *c*, de la carta que presidió los tribunales y enjuiciamientos de Nüremberg, 1945.

113 Cf. CAVALLERO, Ricardo Juan, *Acerca del Derecho penal humanitario*, en "Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, 1987/II, ps. 842 y ss.; ZAFFARONI y otros, *DP (PG)*, cit., § 15, IV, ps. 198 y siguientes.

nes y prácticas análogas a la esclavitud (Conferencia de plenipotenciarios, Consejo Económico y Social de la ONU, Ginebra, 1956, en vigor desde el 30/4/1957 y aprobada por la República Argentina por dto./ley n° 7.672/63), y la *Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial* (Asamblea General de la ONU, resolución 1904 [XVIII] del 20/11/1963).

Pero constituye una transformación fundamental la aparición en el Derecho Internacional de convenciones que no sólo se ocupan de definir hechos punibles que ofenden a la comunidad internacional, y procuran que los estados los juzguen y castiguen, sino que, además, fijan la responsabilidad individual, esto es, atribuyen comportamientos punibles a autores, cómplices, instigadores y encubridores. Ya la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad* (Asamblea General ONU, resolución 2391 [XXIII] del 26/11/1968, en vigor desde el 11/11/1970, sin aprobación ni ratificación del gobierno argentino), art. 2, contiene normas aplicables al autor individual, aunque todavía a través de su adopción por los derechos nacionales y su ejecución a través de las jurisdicciones nacionales. La *Convención internacional sobre la prevención y el castigo del crimen de apartheid* (citada *supra*), art. 5, agrega la jurisdicción internacional de un "tribunal penal internacional que sea competente respecto de los Estados Partes que hayan reconocido su jurisdicción". Aunque no llegan a proponer el juzgamiento por un tribunal penal internacional, las convenciones sobre la tortura, tanto del ámbito universal como del americano, y sobre la desaparición forzada de personas (citadas también *supra*), no sólo se refieren a la definición de los crímenes que establecen y a sus autores y partícipes, sino que, además, contienen reglas más o menos precisas sobre la extraterritorialidad –abandono del principio territorial– de la ley penal aplicable y de la jurisdicción penal competente. Todo ello confluyó en un esfuerzo denodado del Derecho internacional por crear un sistema penal limitado: por una parte se procuró lograr un *Código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad*[114] y, por la otra, se trabajó un *Proyecto de Estatuto de*

[114] Descripción sintética en MAIER, Julio B. J., *Extraterritorialidad penal y juzgamiento universal*, en *Estudios en homenaje al Profesor Enrique Véscovi*, Instituto Uruguayo de Derecho Procesal/Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, s/f., ps. 38 y ss. En el estado de la sesión n° 48 de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, del 26/7/1996, ese *Código* contenía a la *agresión* contra un Estado, o contra la Organización de las Naciones Unidas o las personas que la representan, a los *crímenes de guerra*, al *genocidio* y a diversos *crímenes contra la humanidad*, como el asesinato, la exterminación, la tortura, la sumisión a esclavitud, la persecución política, racial, religiosa o étnica, la discriminación institucional por motivo racial, étnico o religioso que provoque la violación de derechos o libertades humanas fundamentales y de la cual resulte una desventaja grave para una parte de la población, la deportación arbitraria o la transferencia forzada de población, la desaparición forzada de personas, violación o prostitución forzada y otras formas de abuso sexual, y otros actos inhumanos que provoquen daños severos a la integridad física o mental, a la salud o a la dignidad humana, tales como la mutilación o una lesión corporal severa, siempre que sean cometidos de manera sistemática o a gran escala e instigados o dirigidos por un gobierno estatal o por una organización o grupo. El *Código* dirime la responsabilidad individual (autoría y participación, art. 2) y excluye ciertos eximentes (la pertenencia a una organización jerárquica y la existencia de una orden). En materia de jurisdicción penal el *Código* supone la competencia universal de juzgamiento, pues parte de la vigencia universal de la ley penal relativa a los hechos punibles que disciplina (art. 1, n° 2).

un tribunal penal internacional[115]. Resultado de esos afanes y de ciertos acontecimientos internacionales, el Consejo de Seguridad de la ONU creó tribunales internacionales y reglas de actuación *ad hoc* para el juzgamiento de los casos de la ex Yugoslavia y de Ruanda. Esos tribunales específicos fueron el antecedente inmediato de la Conferencia diplomática reunida en Roma en julio de 1998, que dio a luz (17/7/1998) el *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, suscrito por 120 votos favorables, 7 en contra y, al parecer, 20 abstenciones[116]. Juristas y políticos pretenden, con ello, responder a las críticas de principio en la aplicación de la pena, que, desde Nüremberg, suscitan los tribunales y normas penales *ad hoc*, creados con posterioridad a los hechos juzgados.

El *Estatuto de Roma* es el primer instrumento jurídico de un sistema penal universal; en este sentido, ya es parte del Derecho internacional (penal) aun cuando, al momento de escribir estas líneas, no estén cumplidas las condiciones para su vigencia plena (art. 126). Desde el punto de vista del sistema penal, el Estatuto es autosuficiente, toda vez que se ocupa del Derecho penal (definición de los elementos de los crímenes de competencia de la Corte y principios de aplicación de la ley penal a personas físicas) y de las penas, del Derecho procesal penal (a pesar de que la reglamentación en detalle del procedimiento y de la prueba debe ser proyectada por una Comisión preparatoria y aprobada por la Asamblea de los estados parte con una mayoría de dos tercios en la votación, y de la reglamentación prevista para la propia Corte), comprendido allí el Derecho de la organización judicial (establecimiento de los órganos judiciales de la Corte y la Fiscalía) y hasta comprende la ejecución penal (arts. 103 y siguientes).

[115] Trabajado por la misma Comisión de Derecho Internacional, reconoce como antecedente un proyecto para crear una sala penal en la Corte Internacional de Justicia de La Haya (debido a la Asociación Internacional de Derecho Penal, París, 1928) y establecía la competencia penal de una Corte de justicia internacional (art. 20); pese a que el *Proyecto* no remite al *Código de crímenes* antes referido, sino que ensaya su propia reglamentación penal material, contiene a los crímenes enumerados en la nota anterior.

[116] Cf., al respecto, REBAGLIATI, Orlando R., *La Corte Penal Internacional*, en "Revista Jurídica de Buenos Aires", Ed. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-UBA, Buenos Aires, 1998, I-II, ps. 27 y ss.; GUARIGLIA, Fabricio, *Creación de la Corte Penal Internacional: algunos aspectos del Estatuto de Roma*, en la revista antes citada, ps. 41 y ss., AMBOS, Kai, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts - Ansätze einer Dogmatisierung*, Ed. Dunker & Humblot, Berlin, 2002; del mismo autor (coord.), *La nueva justicia penal internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; del mismo autor (comp.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Ed. Univ. Externado, Colombia, 1999.

Una descripción sintética del *Estatuto* puede resumirse como sigue. El *Estatuto* contiene las normas materiales (prohibiciones y mandatos) que definen los crímenes de su competencia (arts. 6 a 8, mencionados genéricamente [art. 5]: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión), las reglas sobre autoría y participación criminal, y la punibilidad de la tentativa; él se ocupa, también –aun sin ser exhaustivo–, de las causas de justificación y eximentes (sobre todo para rechazar, aun parcialmente, la obediencia jerárquica), de la imputabilidad penal, del error (que divide en error de hecho y de derecho) y de ciertas condiciones de punibilidad y perseguibilidad (imprescriptibilidad de los crímenes); disciplina las penas y la ejecución de las condenas. El *Estatuto* también contiene los principios básicos de garantía que inciden en la aplicación de la ley penal, tanto de aquellos pertenecientes al Derecho penal material como de aquellos propios del proceso penal. El procedimiento penal está descripto en sus líneas fundamentales, dividido en tres períodos básicos: la investigación del crimen, que lleva a cabo la Fiscalía y controla una sala de la Corte, el juicio, que preside otra sala de la Corte, y la apelación de la condena, que corresponde a la última sala de la Corte. El *Estatuto* crea una *Corte penal internacional* de carácter permanente, que vincula a la ONU por un acuerdo especial con la *Asamblea de los Estados Parte* (razón por la cual no se trata, propiamente, de un órgano de la ONU), cuya integración originaria (18 jueces) y organización fundamentales (tres salas: *Sección de apelaciones*, *Sección de primera instancia* y *Sección de cuestiones preliminares*) regula. Finalmente, el *Estatuto* crea y organiza la Fiscalía, acusador público del sistema. El *Estatuto* crea y organiza su propio poder legislativo, de gobierno final y control de la Corte: la *Asamblea de los Estados Parte*, con competencias tales como la reforma del mismo *Estatuto*, la aprobación de las reglas de procedimiento y prueba, la aprobación del presupuesto de la Corte y el control de su gestión.

No es ésta la oportunidad, ni el momento, de ensayar las críticas que merecen las soluciones del *Estatuto*, en todas o en alguna de las materias que él abarca, de por sí polémicas. Sólo ensayaré aquellas imprescindibles para comprender políticamente su reglamentación y los temores frente al nacimiento de un nuevo Derecho penal. En su defensa se debe tener en cuenta la necesidad de la Conferencia diplomática de arribar a ciertos acuerdos básicos sobre la creación de una Corte Penal Internacional y el Derecho que la rige, sobre todo si se tiene en cuenta la existencia de dos modelos básicos de organización judicial y procedimiento penal en disputa, el anglosajón y el europeo-continental –como mínimo–, y las concesiones recíprocas indispensables para arribar a un acuerdo entre tantos países[117], mayoría sin la cual resulta impensable tan siquiera el mismo proyecto normativo y, aún más, su realización futura. Así y por ello, el *Estatuto* se apartó considerablemente del proyecto que era su precedente. Más con la intención de conocer sus características principales, que de valorar profundamente sus soluciones, nos parece imprescindible decir lo siguiente. El *Estatuto* se refiere a la imputación penal de las personas físicas o naturales (art. 25), con lo cual confirma la existencia y validez de un Derecho penal de *vigencia universal*, básicamente con derogación del principio territorial y de todo otro que se vincule a la soberanía estatal, ley penal

[117] Cf. Perron, Walter, *Sind die nationale Grenzen des Strafrechts überwindbar?*, en "ZStW" 109 (1997), Heft 2, ps. 282 y ss.; Amhos, Kai, *Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshof*, en "ZStW" 111 (1999), Heft 1, ps. 1 y siguiente.

aplicable a cualquier persona humana. Pero esta característica reconoce una atenuante fundamental relativa al reducido grupo de comportamientos descriptos en los arts. 6 a 8[118], para los cuales rige esa ley penal de vigencia universal. Si esa limitación seguirá vigente, y en qué medida, constituye la pregunta política por excelencia, pues el ámbito de hechos punibles de competencia de la Corte puede ser modificado y en una medida impredecible jurídicamente[119], conforme al procedimiento fijado por el mismo *Estatuto* (art. 9). Empero, si bien el mismo *Estatuto* importa una modificación profunda de los puntos de conexión que utilizaban los derechos nacionales para fijar el ámbito de vigencia de la ley penal, la *validez universal* que se pretende resulta sumamente condicionada por las reglas de competencia del tribunal creado, que imponen obstáculos enormes a superar (ver arts. 12 y 13, *a* y *c*): el texto, sumamente confuso, limita esa competencia a los hechos punibles ocurridos en el territorio, buque o aeronave de un Estado parte o que haya aceptado para el caso la competencia de Corte, o cuando el acusado sea nacional de un Estado parte o del que haya aceptado, para ese caso particular, la competencia de la Corte, o bien cuando se procede por denuncia del Consejo de Seguridad de la ONU. De tal manera, las reglas formales relativas a la competencia (otra vez el principio territorial y el de la personalidad activa) condicionan la aceptación del principio universal del que parte el *Estatuto*; en una confusión inédita entre puntos de conexión que fijan la ley penal aplicable y puntos de conexión que establecen la jurisdicción penal. Pero, además, la jurisdicción penal que el *Estatuto* confiere a la Corte es excepcional: sólo *complementaria* de las jurisdicciones penales nacionales, para utilizar sus propias palabras (art. 1), o *subsidiaria* y *voluntaria* (art. 17), para describir mejor ese carácter. Sintéticamente, la competencia de la Corte sólo

[118] Sin embargo, como parece natural, debieron ser excluidos de la regulación los elementos del *crimen de agresión*, que no se define y que se plantea como tarea pendiente de los órganos del *Estatuto* (art. 5, nº 2), conforme a las disposiciones pertinentes (arts. 121 y 123, especialmente, la *Asamblea de los Estados Parte*) y con la salvedad de que esa regulación debe ser compatible con la Carta de la ONU, exigencia incomprensible por lo superflua, si no fuera porque se refiere a las condiciones que surten la competencia del tribunal y del acusador creados. No hace falta ser demasiado perspicaz para intuir de qué se habla al "suspender" la competencia de los órganos judiciales creados: la intervención del Consejo de Seguridad de la ONU como órgano que determinará la perseguibilidad del crimen –con dependencia de su instancia–, con el agravante de que esa decisión puede ser vetada por los cinco países poderosos que poseen el derecho de veto y que, con el ejercicio de ese derecho, impedirán la investigación y el juzgamiento en su perjuicio de ciertos hechos punibles. Se comprende ahora la razón por la cual la inclusión del *crimen de agresión* ha sido caracterizada de "simbólica" (cf. GUARIGLIA, *Creación de la Corte Penal Internacional: algunos aspectos del Estatuto de Roma*, cit., p. 42). Por lo demás, el Consejo de Seguridad de la ONU puede impedir la investigación y el juzgamiento de cualquier crimen de competencia de la Corte en forma permanente (art. 16).

[119] Se trata de una cláusula abierta, quizá sólo limitada por los arts. 5, nº 1, y 9, nº 3 ("La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto". "Los elementos del crimen y sus enmiendas serán compatibles con lo dispuesto en el presente Estatuto"). Esas reglas distan de establecer, por sí mismas, un *numerus clausus* de conductas prohibidas o mandadas, medianamente preciso. Se impone una interpretación restrictiva.

funcionará cuando el Estado que tenga jurisdicción sobre el crimen, conforme a sus propias reglas de aplicación de la ley penal y de competencia de sus tribunales, no pueda averiguar el crimen o juzgar al acusado, no disponga esa averiguación o juzgamiento o sólo disponga esas acciones para sustraer al autor o al partícipe de la responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte, incurra en demoras injustificadas que denoten impunidad o el tribunal competente no pueda ser calificado como independiente e imparcial, y aun reunidas esas condiciones, cuando la misma Corte estime que el asunto posee la *gravedad suficiente* (remisión al Preámbulo y al art. 1) para justificar la intervención de la Corte (principio de oportunidad). Tal subsidiariedad de la jurisdicción universal arroja luz sobre los motivos profundos a los que obedece la creación de un Derecho penal y de órganos judiciales universales. Uno de esos sentidos se vincula también al principio universal del sistema penal conocido bajo el aforismo *ne bis in idem*, disciplinado en el art. 20 del *Estatuto*, y otra de las condiciones para la admisibilidad de la acción penal ante la Corte (art. 17, nº 1, *c*). Esa regla prohíbe una nueva persecución penal por la Corte o por cualquier otro tribunal nacional o internacional después de la sentencia absolutoria o condenatoria de la Corte (debe entenderse, incluso, una vez admitido el caso por la Corte y perseguido el acusado ante ella), sentido absoluto con el cual se interpreta correctamente el principio en los derechos positivos nacionales[120]; los órdenes jurídicos nacionales e internacionales establecen excepciones que, en ocasiones, no están siempre debidamente justificadas[121]. La prohibición de perseguir penalmente de modo múltiple rige también para el caso de que un individuo sea perseguido y sentenciado por un tribunal estatal, pero allí, para la Corte internacional, con dos excepciones que denotan la desconfianza internacional hacia los sistemas judiciales estatales en materia penal: si la persecución penal estatal por crímenes de competencia de la Corte "obedece al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal" (art. 20, nº 3, *a*) o la causa "no hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el Derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia" (art. 20, nº 3, *b*). La sola lectura de la última de las reglas advierte sobre dos temores de signos absolutamente distintos y opuestos contradictorios: uno está representado por las garantías del imputado en el proceso penal, que sólo pueden ser hechos valer en su beneficio, por tanto frente a una sentencia de condena y para abolirla o aminorarla, nunca para agravarla; el otro sigue representando el temor a la impunidad y la desconfianza hacia los sistemas judiciales nacionales. Más grave es aún el temor *por* la intervención correcta de la Corte internacional penal, que motivó la inclusión del poder impediente absoluto que tiene derecho a ejercer el Consejo de Seguridad de la ONU mediante el triste artificio de solicitar suspensiones de hasta 12 meses, solicitudes siempre renovables a su vencimiento (art. 16). Con ello, al sistema penal universal le cabe la tacha de arbitrariedad, parcialidad e injusticia –que él sospecha siempre de los órdenes jurídicos y de las organizaciones judiciales nacio-

120 Ver esta obra, t. I, ps. 595 y siguientes.

121 Cf. MAIER, Julio B. J., *Anfechtung der Verurteilung: Garantie für den Angeklagten oder Entscheidungskontrolle?*, en *Festschrift für Hans Joahim Hirsch*, Ed. W. de Gruyter, Berlin-New York, 1999, ps. 947 y s., en especial, nota 14.

nales–, fundada siempre en la existencia de inequidad (impunidad) para los poderosos, pues sólo opera contra aquellos que no pueden defenderse de él o, al menos, son vulnerables frente a él[122].

Si bien es cierto que la cultura humana actual no tolera ciertos crímenes graves cometidos a escala y, por ello, reclama la *expiación* por el autor –el castigo, en principio por la necesidad de *retribuir*, al más puro estilo de la ética kantiana (*quia pecatum est*[123])–, y luego por las necesidades de *prevención general* –muy parecida a la mera retribución como argumento fundante de la pena, tanto cuando se la usa en su sentido negativo, como cuando se la utiliza en sentido positivo: en fin, *seguridad* de los demás–, los riesgos que implica la creación de un sistema penal universal parecen obvios y conocidos ya en el ámbito de los sistemas penales nacionales. En primer lugar, se ubica el riesgo de expansión del Derecho penal y de la "burocracia penal" (tribunales, jueces, fiscales, policías)[124]: extensión sin freno del sistema, con el transcurso del tiempo, hacia el modelo de una sociedad-internacional-gendarme, que progresivamente criminaliza otras conductas, dudosas de caracterizar como crímenes contra la humanidad (ya se ha pretendido introducir a los delitos relativos a las drogas y a oscuros conceptos como el de la criminalidad organizada), y expande sin medida los órganos de persecución penal universales. Se debe temer, también, una de-

[122] Se me ocurre que la llamada por nosotros "guerra de las Malvinas" hubiera sido caracterizada como un crimen de agresión –por cierto, lo es– y quienes la desencadenaron y dirigieron hubieran sido condenados –por cierto, justamente–. Sin embargo, supongo que la llamada "guerra de Vietnam" no hubiera sido caracterizada así o, mejor dicho, no hubiera podido tan siquiera conocerse judicialmente si merecía esa caracterización. Supongo también que el Afganistán actual, el bombardeo del país con su población sin defensa alguna y la invasión por tropas extranjeras "conjuntas", bajo el fundamento de hallar a una persona –cuando más, a dos– para ¿juzgarla? (o, directamente, ¿matarla?), tampoco hubieran podido ser caracterizados como "agresión" (ni se hubiera podido intentar hacerlo). Lamentablemente la historia se repite hoy y con mayores consecuencias, incluso jurídicas: Irak. Ver nota 118 de este parágrafo, p. 473, sobre el "crimen de agresión".

[123] Cf. SCHIFFRIN, Leopoldo M., *Pro jure mundi*, en "Revista Jurídica de Buenos Aires", cit., 1998, I y II, ps. 19 y siguientes. Algunos párrafos del Preámbulo del *Estatuto de Roma*, en especial el cuarto y el quinto, conducen también a esta afirmación.

[124] Ya se habla, en los sistemas penales estatales, del fenómeno de la *inflación penal*, emparentado, a mi juicio, con un fenómeno más general, el de la falacia normativa: cf. FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e raggione* (2ª ed.), Ed. Laterza, Roma-Bari, 1990, 43.5, ps. 741 y siguientes.

gradación, quizá débil, del *derecho de defensa* y de las demás garantías judiciales del imputado, no sólo por el hecho de que su enjuiciamiento no se vinculará a su lugar de residencia –el imputado carecerá la mayoría de las veces, al menos, del apoyo que hoy le brindan parientes y amigos, para soportar aquello que se denomina "pena de proceso" y, en medida más que apreciable, del auxilio de que su propio idioma sea el idioma del proceso–, sino también porque alguna de las garantías resultan poco menos que impensables en el sistema internacional (tribunales integrados con *jurados*, cuya imposibilidad arriesga la transformación en una justicia de gabinete)[125]. Si el sistema penal internacional sigue los destinos de los sistemas penales estatales, se repetirán fenómenos como el de la *selectividad* –aplicación a los más *vulnerables* y escasa aplicación o impunidad para los poderosos–, que ya pueden ser anunciados de la mano del ejemplo del crimen de agresión. Desde el punto de vista estrictamente jurídico, se puede imaginar problemas en una reglamentación escrita en varios idiomas, no siempre de términos equivalentes, problemas que no sólo residirán en la interpretación, sino, antes bien, en la deficiente formulación del Derecho, hija de compromisos idiomáticos, políticos y científicos, allí, en el Derecho penal, donde la certeza y la claridad son indispensables. Esos problemas ya aparecen en la contraposición del sistema penal anglosajón con el continental, que, al parecer, ha sido resuelta con predominio para el primero de ellos[126]. En cambio, justifica la creación de un sistema penal universal la pretensión correcta de responder civilizadamente a esos crímenes. No otra cosa significa determinar y definir los comportamientos punibles por anticipado y con la mayor certeza posible, crear y organizar previamente al tribunal y a los órganos de persecución penal, y aplicar reglas de procedimiento conocidas,

[125] Se dirá que esos problemas ya aparecen en cualquier sistema de Derecho penal, pero lo cierto es que la proporción en que aparecerán las dificultades prácticas será aquí inconmensurablemente mayor que en el Derecho interno. En torno a la degradación de las garantías, cf. lo que dijimos *supra* acerca del *ne bis in idem*.

[126] Desde un punto de vista diferente, por el predominio de la idea preventiva sobre la llamada "lucha contra la criminalidad" y del *lobby* policial sobre el Derecho procesal penal protector del imputado o garantizador y la necesidad de conformar un fuerte *lobby* judicial, en el proceso de europeización del Derecho procesal penal, cf. NELLES, Ursula, *Europäisierung des Strafverfahrens - Strafprozeßrecht für Europa?*, en "ZStW" 109 (1997), Heft 4, ps. 727 y ss.; también, PERRON, Walter, *Auf dem Weg zu einem europäischen Ermittlungsverfahren?*, en "ZStW" 112 (2000), Heft 1, ps. 202 y siguientes.

respetuosas, en principio, de los derechos que amparan a los imputados. Ésta es la única razón que legitima el *Estatuto de Roma* frente a las numerosas críticas que proceden ya desde sus precedentes[127]. Si esa meta, en sí correcta, consigue arribar a su destino, impedir la venganza y la guerra en una medida apreciable, entonces se habrá justificado realmente el intento de un sistema penal universal.

B. EL DERECHO DE LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL EN MATERIA PENAL

1. Concepto de tribunal y definiciones

Comprendemos en nuestro idioma por *tribunal* –o *juzgado*[128]–, en primer término, al juez o conjunto de jueces que integran o componen un *cuerpo de decisión judicial*, esto es, un organismo que se pronuncia en nombre del Estado –en una *República* se acostumbra a decir, en nombre del pueblo de la República[129]– acerca de un conflicto o disputa entre habitantes o personas, o entre el Estado y alguno o algunos de sus habitantes o personas, o entre diferentes estados de aquellos que conforman una federación, en algún nivel de la contienda, ya sea para decidir algún aspecto del caso o el caso mismo, normalmente sobre la base de la aplicación de reglas jurídicas preexistentes, que deben gobernar y fundar la solución del caso o del aspecto del caso a decidir, y la conducta o acción del mismo órgano decisor para decidirlo[130]; en nuestro caso ese conflicto social se destaca por estar presidido por la pretensión de aplicación de normas penales.

[127] Más ampliamente, críticas y ventajas, en MAIER, *Extraterritorialidad penal y juzgamiento universal*, cit., 4, ps. 50 y siguientes.

[128] En nuestro idioma la palabra *juzgado* se refiere a un tribunal con competencia menor, en el sentido de que juzga asuntos más leves y que se integra para decidir con una cantidad menor de jueces, en ocasiones unipersonalmente, de allí que en nuestro país se acostumbre a utilizar la palabra juzgado en el caso de una integración unipersonal para decidir y tribunal al integrado de modo colegiado, a pesar de que esta última palabra procede de tribuno y no se vincula a integración colegiada alguna, como se supone.

[129] Ver OPP (RFA), § 268, I; Proyecto CPP Nación (1986), art. 324; Proyecto CPP Modelo IA, 324.

[130] Sin reglas jurídicas que indiquen aquello en lo que consiste la acción de decidir apenas distinguiríamos una sentencia de un comentario hecho por el mismo juez, de la misma manera que sin ellas apenas distinguiríamos a un juez de otra persona (cf. esta obra, t. I, ps. 14 y siguientes).

No siempre, entonces, un *tribunal* o *juzgado* precisa, para decidir, la misma cantidad de miembros. Se presenta así la cuestión política que implica decidir su integración con mayor o menor número de jueces o, incluso, de manera unipersonal. Asimismo, no siempre los jueces que integran un cuerpo de decisión son definidos como funcionarios estatales permanentes –a quienes nosotros solemos identificar con ese nombre cuando reúnen ciertas condiciones de nombramiento–; en ocasiones, la ley prefiere en lugar de ellos, total o parcialmente, a ciudadanos comunes, que cumplen la tarea de juzgar a sus congéneres ocasionalmente, por un tiempo limitado o en un caso determinado; de allí que se presente también la cuestión política, resuelta por el orden jurídico[131], acerca de la conveniencia de integrar los órganos de decisión judicial con ciudadanos o sólo utilizar para ello personas con condiciones especiales de idoneidad, regularmente profesionales del Derecho –de allí su denominación de *jueces profesionales*[132]–, designados jueces (funcionarios estatales) a través de complicados sistemas de elección y nombramiento. Estos sistemas de elección y nombramiento son en sí mismos también un complicado problema político que debe decidir el orden jurídico[133]. Y, por fin, no siempre el dilema ciudadanos-jueces profesionales, para integrar el *tribunal*, aparece tan lineal: a decir verdad, se ha presentado siempre como un delicado equilibrio entre un banco de *jurados*, con poder para condenar o absolver, y otro ocupado por un *juez profesional*, funcionario estatal, que dirige y modera la audiencia llevada a cabo para poder decidir, y, finalmente, instruye a los jurados sobre aquello que van a decidir y la forma de hacerlo, juez que, en caso de condena, previo tramitar otro debate para conocer, fija la consecuencia jurídica que le corresponde sufrir al condenado. De allí que tras la primera pregunta acerca de la preferencia de jueces profesionales a ciudadanos o viceversa (¿organización judicial con o sin participación ciudadana?), cuando nos inclinamos por llamar a juzgar a los ciudadanos, aparezca inmediatamen-

131 Ver CN, 24, 75, inc. 12, y 118, en este caso por la propia Constitución del Estado.

132 Cf. ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht* (25ª ed.), Ed. C. H. Beck, München, 1998, § 7, B, I, 31, quien utiliza el nombre corriente en alemán: *Berufsrichter* (cf. su traducción en *Derecho procesal penal*, cit., p. 33).

133 Ver CN, 114, en el orden federal, que toma a su cargo la indicación de la base de solución del problema.

te después la pregunta acerca de en qué medida ajustamos la preferencia por los ciudadanos, de una manera débil (el llamado sistema del *tribunal escabinado* o integrado por *escabinos*[134]) o de una manera fuerte (*jurados*), incluso con sus variadas respuestas y opciones, tanto con referencia al número de integrantes del tribunal, como a los límites del poder que se les concede.

Empero, ésta no es la única definición que acepta la palabra *tribunal* o la palabra *juzgado*. Desde el punto de vista de la organización judicial, esa palabra alude con mayor vigor al poder concedido y sus límites –territoriales y referidos a la clase de asuntos–, reglas nucleadas bajo la denominación de *competencia*, que a la integración de los cuerpos de decisión. A pesar de habernos esforzado bastante tiempo por hallar un criterio y unas palabras en nuestro idioma para distinguir estas dos maneras de aludir al *tribunal*, no hemos obtenido éxito alguno. Apenas si hoy nos decidimos por traducir aquello que, en otro idioma, el alemán, resulta natural[135]. Llamaremos por lo tanto *tribunal*, en el sentido antes indicado, a la reunión de los jueces (profesionales) que, en distintas conformaciones o integraciones, poseen la particularidad común de una misma competencia, casi siempre territorial (pero, en ocasiones, como entre nosotros, también material). Preferiríamos utilizar la palabra *audiencia* (judicial) para nombrar ese concepto –con lo cual podríamos reservar la palabra tribunal para la composición del caso–, pero aquella palabra, a diferencia del castellano que se usa en la península ibérica, quedó olvidada en el tiempo, abandonada casi con nuestra independencia de España.

La cuestión del nombre parece en cierta manera inocente, pero no lo es. Ella ha construido, a partir del significado de unas palabras, una organización judicial que yo me he permitido calificar de *feudal*, en el sentido de que cada juez o cada integración colegiada y rígida de jueces, llamados *juzgado* o *tribunal*, representa una unidad separada del resto y, descripta de manera metafórica –aunque sin exagerar demasiado–, con

[134] No representa un *tribunal escabinado*, sino la demostración de un temor extremo por la participación ciudadana en los tribunales de justicia y una burla a la integración con escabinos, la decisión del CPP Córdoba actual, 369, que pretende cumplir con el mandato de la última Constitución de la Provincia de Córdoba, art. 162 –cuyo ejemplo cundió, lamentablemente (Constitución del Chubut, art. 173)–, que deja en minoría a los ciudadanos frente a los jueces permanentes y profesionales. Cf. BINDER, Alberto M., *Sobre el origen histórico de la palabra "escabino"*, en "Nueva Doctrina Penal", cit., 1996/B, ps. 769 y siguientes.

[135] En idioma alemán se distingue perfectamente bien el *Gericht* de sus *Spruchkörper*.

su propio territorio y personal de súbditos. Así, por ejemplo, no existe, en la ciudad Buenos Aires, un tribunal (penal) con competencia sobre su territorio, compuesto gran cantidad de jueces que, conforme a la gran cantidad de casos (penales) de su co petencia que produce una ciudad muy poblada y cosmopolita, reparten la tarea seg *reglas de turno*. Por lo contrario, existe una cantidad innumerable de *juzgados* o *tri nales* en materia penal, con formaciones rígidas, en donde las llamadas reglas de tur tienen la importancia de reglas de competencia. Más aún, a tanto conduce la divis y la rigidez de la organización judicial, que esos *tribunales* o *juzgados* –según se menciona, concibe y divide– llegan a aplicar y practicar tan sólo unas pocas reglas procedimiento o penales, pues la división adopta como criterio unas veces la funci procesal, otras la función penal o la clase de delitos que conforman su competenc Así, existen en la ciudad nombrada una cantidad grande de *juzgados de instrucci* unipersonales, separados y autónomos el uno del otro, que sólo practican la instr ción preparatoria del CPP Nación y conocen sus reglas (investigación preliminar), o *tribunales de juicio oral*, también en gran número, cuya única ocupación es llevar a bo el debate y dictar sentencia como su consecuencia, en aquellos delitos de mayor g vedad, y *juzgados correccionales*, que realizan tanto la investigación preliminar como debate en los delitos de menor gravedad, así como *tribunales de ejecución penal* y tri nales de recursos, salas de la Cámara criminal y correccional, que intervienen sólo el recurso de apelación de las decisiones de los juzgados de instrucción o correccio les durante el período preparatorio, y de ejecución penal, y salas de una Cámara de sación, que cumple la tarea de instruir y decidir los recursos que le conceden su no bre, salas que, en todos los casos, son fijas (integradas por las mismas personas y de modo permanente). Se podría seguir la división en el mismo ámbito territorial, pero vale la pena: el lector ya está avisado del modo irracional de organización de nues justicia. A tal punto ha llegado esta organización judicial feudal que la justicia nac nal o federal no ha podido superar, en las provincias argentinas donde los casos "fe rales" son una excepción, por la competencia regular de los poderes judiciales prov ciales, una organización judicial "elefanteásica", con jueces de sección (de instrucci penal), Cámara de apelación y tribunales de juicio oral, para unos pocos casos, la m yoría carente de importancia.

Se podría pensar en una organización judicial menos rígida, que parta de criteri distintos y reúna a todos los jueces de un determinado territorio, si se quiere, sólo materia penal. Supuesto que existirían varias formas de integración de los cuerpos decisión, según el período del procedimiento o la gravedad de las decisiones a tom esos mismos jueces conformarían solos o acompañados por colegas, en distintas in graciones, y se podría repartir la tarea conforme a criterios racionales que tomen cuenta, a la vez que pautas de equilibrio laboral, criterios de eficiencia. Por supues cualquiera de ellos estaría habilitado para practicar todo el complejo de normas ma riales y procesales que abarca el orden jurídico penal. Una concepción tal de la orga zación judicial permite una administración centralizada, que se acomoda mejor a l necesidades de períodos breves de tiempo (anuales por ejemplo).

Las dificultades que presenta una organización rígida se multiplican, si, además, tiene en cuenta que la organización del ministerio público fiscal y de la defensa ofici son un reflejo de la organización judicial.

2. Concepto y contenido del Derecho de la organización judicial

La organización de ese poder que acabamos de describir es aquello que conocemos como organización judicial. Llamamos *Derecho de la organización judicial* al conjunto de reglas que instituyen y organizan los órganos públicos que cumplen la función judicial del Estado en materia penal, según ya lo dijimos, para separar las dos ramas internas que abarca naturalmente el Derecho procesal penal: el *Derecho procesal penal propiamente dicho* y el ya nombrado *Derecho de la organización judicial*[136]. Empero, una definición más próxima, referida únicamente a los tribunales y sus jueces, que excluya a los demás órganos estatales que cumplen otras funciones distintas en el sistema penal (el ministerio público y la policía, en tanto persecutores penales estatales, y la defensa pública), aceptaría que se trata del conjunto de reglas que fundan la capacidad de juzgar de un tribunal (*competencia*), que establecen la *integración* (número y origen de los jueces) de un cuerpo de decisión de ese tribunal para un caso determinado o para una decisión concreta a tomar en el curso del procedimiento, que determinan la *exclusión* o *apartamiento* de un juez designado en principio para integrar el tribunal en un caso concreto y que, finalmente, regulan el gobierno, la administración del tribunal y las relaciones internas entre sus miembros (reglas relativas a la distribución del trabajo o al *turno*, según se las denomina en lenguaje del foro; algunos incluyen también aquí el derecho disciplinario judicial). Como también ya lo hemos dicho[137], salvo excepciones, no se ha dedicado esfuerzos de importancia al Derecho de la organización judicial y, seguramente, este mismo libro no constituirá una excepción a esa afirmación. En este capítulo sólo queremos anunciar las reglas básicas que gobiernan la materia y el contenido de ella, sintéticamente explicado.

Según también lo anticipamos[138], las leyes de organización judicial –más aún la vigente en el orden nacional[139] o la vigente en el ámbito de la Ciudad –autónoma– de

[136] Ver esta obra, t. I, p. 80.

[137] *Ibidem*.

[138] *Ibidem*.

[139] Leyes nº 24.050 (*Organización y competencia penal*) y nº 24.121 (*Implementación y organización del proceso penal oral*).

Buenos Aires[140]– no pasan de ser agrupaciones asistemáticas de reglas y problemas que ellas pretenden resolver, con lo cual observan un marcado tinte casuístico, al tiempo de omitir la solución de innumerable cantidad de problemas que corresponden a la competencia legislativa y conceptual de la rama definida. Entre nosotros, esas leyes se ocupan de instituir e integrar oficios judiciales, y de acentuar el carácter vertical de su organización, por tanto, de la disciplina de los cuerpos de decisión judiciales, muchas veces reñida con su independencia, predicada pero no practicada, sin auxilio alguno por parte de las reglas de organización; ellas incluyen, además, ciertas reglas de competencia material y territorial (división de los tribunales de un Estado en circunscripciones territoriales y división de funciones entre ellos), que no agotan la materia –pues la mayoría de las normas sobre la competencia de los tribunales deben buscarse en los códigos de procedimientos–, y conciben a los jueces u oficios judiciales colegiados, con una misma y única competencia territorial y material, de manera *feudal*, esto es, como compartimentos autónomos de integración fija y rígida, competentes funcionalmente para un único período del procedimiento penal, que sólo aplican sectores de reglas procesales determinadas (las de la investigación preliminar, las del juicio, las de cada recurso, etc.), de manera tal que impiden, a un mismo tiempo, distribuir racionalmente el trabajo judicial según requerimientos del momento –alentando, por épocas, el ocio judicial de algunos oficios y la saturación laboral de otros–, la formación integral de todos los jueces penales, que deberían practicar todas las reglas procesales, conocer todo el procedimiento penal y representar, en lo posible, una misma cultura jurídico-penal[141], y, finalmente, una administración y un gobierno democrático de los tribunales, concebidos como agrupación de jueces con una misma competencia, colectivo que, cuando la ley lo exige, se unen en distintas formaciones o integraciones para decidir un caso concreto. Las leyes de organización judicial contienen, en ocasiones, normas procesales penales propiamente dichas, según sucede en el orden nacional con la nº 24.050, arts. 10 y 11, reglas que, por encima de sus defectos constitucionales[142], instituyen un nuevo recurso y una nueva forma de decidir determinados casos. Esas leyes, por lo demás, han resignado materias que les son propias, como las de competencia penal o las de exclusión de jueces, a favor de los códigos de procedimientos, u omitido lisa y llanamente problemas que debieron decidir jurídicamente (gobierno de los tribunales concebidos como organización de jueces). Las leyes de organización judicial no constituyen, por todos esos motivos, modelos a seguir para explicar la materia. Se extraña un trabajo monográfico de valor en esta materia o rama del Derecho procesal penal y los únicos existentes son parciales y de alguna antigüedad[143].

[140] Ley nº 7, CABA.

[141] Ello influye notoriamente en la formación y cultura jurídica de los jueces y de sus asistentes, al punto de que, en lenguaje del foro, se conoce a unos de una manera y a los otros de otro modo, características que, en la mayoría de los casos, son aceptadas recíprocamente.

[142] Cf. Arce, Enrique y Díaz Cantón, Fernando, *Obligatoriedad de los fallos plenarios. Su inconstitucionalidad*, en "Nueva Doctrina Penal", cit., 1996/A, ps. 189 y siguientes.

[143] Cf. Clariá Olmedo, Jorge, *Competencia penal en la República Argentina*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1945; D'Álbora, Francisco J., *La justicia federal (su competencia penal)*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

3. Los problemas principales de la organización judicial

I. La decisión política se orienta correctamente cuando se advierte, según ya consta en este libro, que todos los principios que la gobiernan provienen de fuente constitucional. Por ello cabe remitir para su estudio al § 7 del primer tomo de este libro[144], pero, según se puede constatar allí, algunos principios relativos al procedimiento interesan sobremanera, también en esta materia. En aquello que sigue procuraremos observar estos problemas sintéticamente, pero ya no desde un punto de vista jurídico-descriptivo de un ideal, que involucra la mayoría de las veces la interpretación de un precepto constitucional, sino, antes bien, desde el punto de vista de quien debe tomar decisiones respecto de una organización judicial para fijar el modelo práctico a establecer. La guía de la exposición será, así, más práctica que jurídica y, además, combinará naturalmente aquella organización del procedimiento que se vincule naturalmente a la realización del principio o a la solución del problema planteado.

II. Frente a un tribunal que decidirá un serio problema de mi vida –¡cuánto más serio si se trata de la aplicación de una pena!– el primer reclamo relativo a un trato justo se dirige a asegurar la *imparcialidad*[145] de los jueces que lo integran, o, si se prefiere, su *neutralidad* frente al caso y a sus protagonistas. En gran medida ello se logra cuando se abre la posibilidad de excluir al juez o a los jueces que integran el tribunal por *sospecha* o *temor de parcialidad*, que esgrime y verifica alguno de los intervinientes en el procedimiento (*apartamiento* o *exclusión de magistrados*). Los motivos que autorizan tal sospecha y las reglas que los disciplinan material y formalmente se estudiarán por separado (en la letra D de este parágrafo); aquí sólo se trata de conocer el problema y de discutir aquello que puede o debe hacer la organización judicial para garantizar *ex ante* cierta imparcialidad, esto es, para intentar una solución general y básica del problema, por lo tanto, de grueso calibre. Quizá habría que aclarar previamente que, cuando se habla de imparcialidad o neutralidad, se alude a un principio, a una

144 Ps. 735 y siguientes.

145 Esta obra, t. I, § 7, B, ps. 739 y siguientes.

meta o, mejor aún, a un ideal, pues nunca esas características se transformadas, en la realidad, en un absoluto, mientras se trate d cio humano sobre humanos[146]: los hombres acceden a juzgar a hombres con todo su bagaje de prejuicios que, en ocasiones, re den a su clase, se trate esa clase del suelo en el que les tocó viv país de su nacionalidad, de su pertenencia económico-social, profesión que ejercen, del grado cultural o de instrucción alcan etcétera. Empero, como ideal racional o político[147], podemos int aproximarnos a él, al menos en el sentido con el que hoy se com de a ese ideal culturalmente, y evitar, en lo posible, mayores preju de quien debe juzgarlo, procedentes del conocimiento adelantad caso, o de su conocimiento por una vía inaceptable, o del papel sarrollar por él en el caso (por supuesto, también de su interés p nal en él o del conocimiento previo de los protagonistas del caso

El Derecho procesal penal moderno ha exigido, en primer que los jueces que integran el cuerpo de decisión que juzga no h conocido con anterioridad el caso que se les presentará en el d público y sobre el cual deberán decidir (absolución o condena). L gencia desplaza del cuerpo de decisión, que preside el debate, a aquellos jueces profesionales que, por algún motivo, conocieron en la causa y dictaron decisiones interlocutorias en ella, cualq que sea el nombre del oficio que desempeñan (jueces de instruc de garantías, etcétera)[148]. La legislación argentina pretende acer algo groseramente a este modelo. En principio, él era conocido p proyectista del antiguo Código de procedimientos en materia p que rigió desde 1889 hasta 1993 para los tribunales de la capital República y para los tribunales federales en toda la Nación –y que

146 "¡No juzguéis!", reza la advertencia bíblica: *Evangelio según San Mateo*, 7, 1; *E la de Santiago*, 4, 12. La preocupación por las deficiencias del juicio humano son anti ARISTÓTELES, *La política* (10ª ed.), Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1965, Libro Sexto, Cap. XI 199 y ss.; PLATÓN, *La República* (trad. de Antonio CAMARERO) (19ª ed.), Ed. Eudeba, B Aires, 1988.

147 Sobre la función de los ideales en el orden jurídico cf. ALCHOURRÓN y BULYGIN, *ducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit., ps. 227 y ss., y VON WR G. Henrik, *Norma y acción. Una investigación lógica* (trad. de Pedro GARCÍA FERRERO Tecnos, Madrid, 1970, I, 9, ps. 32 y siguientes.

148 Cf. CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Tratado de Derecho procesal penal* [*Tratado*], t. II Ediar, Buenos Aires, 1962, ps. 76 y siguientes.

126

rige residualmente–, Dr. Manuel OBARRIO, según su propia exposición de motivos –a pesar de la exclusión total del juicio público–; empero, conforme a la propia confesión del proyectista, la diferenciación entre juez instructor y sentenciante sólo fue posible de llevar a cabo en los tribunales criminales ordinarios de la capital de la República y fue imposible su extensión, por la escasa cantidad de casos o por la necesaria brevedad del procedimiento, a los procedimientos penales de los jueces federales (de sección, con asiento en las provincias, o federales de la capital de la República) y al procedimiento que llevaban a cabo los jueces correccionales de la capital de la República[149]. Ese modelo fue adoptado en el siglo XIX por casi todas las provincias argentinas,

[149] Cf. la "Nota explicativa del autor del proyecto", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, que reproduzco aquí por la dificultad de hallar ejemplares con esa nota: "La conveniencia de separar las funciones del juez que debe instruir el proceso y del que debe terminarlo por la sentencia definitiva absolutoria o condenatoria, está arriba de toda discusión. El juez que dirige la marcha del sumario, que practica todas las diligencias que en su concepto han de conducir a la investigación del delito y de sus autores y cómplices, está expuesto a dejar nacer en su espíritu preocupaciones que pueden impedirle discernir con recto criterio la justicia, y, por lo tanto, la culpabilidad o inculpabilidad de los procesados.

Este peligro no existe cuando la instrucción está a cargo de un juez que cesa en sus funciones luego de terminada, para pasar la causa a otro que se encargue de su fallo, previas las pruebas y discusiones del plenario.

En el libro primero, de acuerdo con una de las disposiciones del título preliminar, se establece que el juez sumariante, siendo de los del crimen de la Capital, en ningún caso podrá dictar sentencia definitiva en la causa.

Como se notará, la reforma en este aspecto en la organización actual de nuestros tribunales, se limita a los jueces del crimen del fuero común en el distrito de la Capital.

Habría deseado hacerla extensiva a la jurisdicción seccional; pero me ha detenido una consideración de la cual no podía prescindir. Las causas criminales, cuyo conocimiento compete a los jueces federales, son muy reducidas en su número. Crear un juez en cada sección para atribuirle simplemente la formación de los sumarios, sería gravar al Estado con una erogación considerable, sin responder a necesidades ineludibles o premiosas.

En cuanto a la jurisdicción correccional, en la que se comprende a los juzgados de paz, y a la del juez municipal y de policía, no era posible hacer la misma división en los juicios, por la naturaleza especial de esas jurisdicciones y por la forma de sus procedimientos que deben consultar ante todo la brevedad".

No vale la pena hoy ensayar la crítica de esas afirmaciones, alguna de las cuales se verán reflejadas en el texto. Basta advertir sobre el menosprecio para los habitantes de las provincias, que no tendrían "necesidades ineludibles o premiosas", pese a ser reconocidas cultural y constitucionalmente, y no dejarse convencer por la imposibilidad de establecer un "juicio justo" para todos: el proyectista tenía a mano múltiples soluciones –igual que el codificador actual, que sólo optó por multiplicar tribunales ociosos–, tanto es así que optó por la más irracional y comprometió "al Estado con una erogación considerable" al fundar la necesidad de establecer, en paralelo con los tribunales creados, un órgano del ministerio público y también de la defensa oficial.

incluso de modo exagerado, pues en la mayoría de ellas un único juez penal investigaba, aun de oficio, el hecho punible y juzgaba a sus autores y partícipes en él, según sucedió hasta hace escasos años en la Provincia de Buenos Aires[150]. La misma situación se mantuvo orgánicamente para la aplicación del enjuiciamiento correccional en el CPP Nación, pese a la reforma total del modelo de procedimiento, por una defectuosa interpretación de sus reglas: ellas, como es natural, fijan la competencia del "juez correccional" de modo singular[151], esto es, como si fuera el único existente, y le encargan "investigar" y "juzgar" los delitos reprimidos con pena privativa de libertad cuyo máximo no exceda de tres años o con una pena distinta (de gravedad menor) a la privativa de libertad; por supuesto, no hay un único "juez correccional" –si, en cambio, hay un único juzgado correccional, desde el punto de vista organizativo de la competencia– en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, y nada impidió, ni impide, que aquel juez que lleva a cabo la investigación dispuesta por la ley procesal penal se aparte del procedimiento al terminar esa misión y traslade el debate público a otro de sus colegas, también "juez correccional"[152]. La corriente legis-

[150] La vigencia del nuevo CPP Buenos Aires, que modifica parcialmente esa situación, data del 1° de marzo de 1998 (ley Provincia de Buenos Aires n° 12.059) y la antigua situación aún está vigente para las causas penales anteriores a esa vigencia: CPP Buenos Aires, 4; aún con el nuevo texto legal la vieja cuestión parece seguir pendiente (cf. SANCINETTI, Marcelo A., *La violación de la garantía de la imparcialidad del tribunal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, § 6, ps. 127 y ss.), aunque haya perdido gran parte de su importancia como cuestión orgánica. Por lo demás, la situación que describe el texto sigue vigente, de manera práctica, en la provincia de Santa Fe.

[151] Cf. CPP Nación, 27.

[152] Sólo he querido explicar la solución más sencilla, pero existen y existían otras, con sólo utilizar las previstas por el mismo Código. El problema parece continuar en vigencia de manera más o menos general para la justicia federal con sede en las provincias argentinas: la ley n° 24.121 (de implementación y organización del proceso penal oral), art. 90, dispuso, para las provincias en cuyo territorio no exista una Cámara federal de apelación (Catamarca, Formosa, Jujuy, La Rioja, Neuquén, San Juan, San Luis, Santa Cruz, La Pampa, Santiago del Estero y Tierra del Fuego), que el mismo tribunal de juicio sustancie y decida los recursos de apelación interpuestos en el procedimiento previo, de manera tal que el debate es presidido y decidido por jueces que pueden conocer previamente el caso (ver dictamen del ministerio público nacional, emitida por el Fiscal General de la Procuración General de la Nación con fecha 2/10/2000). Curiosamente, a raíz de múltiples impugnaciones de la norma por inconstitucionalidad en casos concretos, en el sentido del principio de imparcialidad, la ley n° 25.269, art. 7, pretendió regresar a la regulación tradicional, que preveía la competencia de apelación de las Cámaras federales cabeceras del distrito respectivo, en materia penal, pero la Corte Suprema, por acordadas genéricas (19/2000 y 21/2000) e inconsultamente, dejó sin efecto la vigencia de esta ley de competencia en materia penal (¿?), a resultas de su propia voluntad futura (¿?).

lativa –denominada– de los códigos modernos, aun aquella que no prescinde del "juez de instrucción", no sólo parte de una organización judicial en la cual representan tribunales distintos los jueces instructores y aquellos que llevan a cabo el juicio público e, incluso, los tribunales competentes para los recursos (apelación, casación), sino que, además, suele incluir como motivo de exclusión de un juez del juicio su intervención en la investigación preliminar, su contribución en el llamado "auto de procesamiento" o su contribución en el "auto de remisión a juicio"[153]. Ya desde este último punto de vista parece objetable la comprensión de esta necesidad mediante las reglas sintetizadas, porque no representa exageración alguna el requerir que el juez que juzga conozca el caso por primera vez en el debate, por la vía que la ley procesal penal establece como antecedente para decidir[154]. Pero aún los códigos y proyectos más modernos fracasan en el intento, pues encomiendan la preparación del debate –y, con ella, decisiones de importancia que implican conocimiento de la causa (admisibilidad de la prueba ofrecida, instrucción suplementaria y cuestiones previas)– al mismo cuerpo de decisión, unipersonal o colegiado, que escuchará el debate y dictará la sentencia final[155]. Por primera vez en nuestro país, el CPP Chubut[156] y el Proyecto para Neuquén[157] colocan los actos preparatorios del debate fuera del juicio público y, con ello, a los jueces

[153] Cf. CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, cit., t. II, ps. 80 y siguiente. No contiene esta regla, sin embargo, el CPP Córdoba originario de esa corriente (ver Edición oficial 1941, art. 51, inc. 1), ni la contienen el CPP Nación, 55, inc. 1, o el CPP Buenos Aires, 47, inc. 1, aunque en todos ellos se puede extraer la regla por interpretación de otros textos. Ya los nuevos CPP Córdoba (1991), art. 60, inc. 1, y Tucumán, 60, inc. 1, contienen claramente la regla citada. La importancia para el principio de imparcialidad de esta regla, formulada actualmente entre nosotros según el aforismo "el instructor no debe juzgar", se puede observar, incluso, de la mano de dictámenes y sentencias de organismos de protección de los derechos humanos: cf. este libro, t. I, § 7, B, 3, III, ps. 755 y ss.; más ampliamente, SANCINETTI, *La violación de la garantía de la imparcialidad del tribunal*, cit., §§ 3 y 4, ps. 38 y siguientes. Sobre la solución frente al caso concreto, esto es, por la vía de la imposición del deber de denunciar el motivo de exclusión a los jueces afectados (excusación o inhibición) o de conceder a las partes la facultad de procurar su exclusión, ver este parágrafo, letra D.

[154] De otra opinión, CLARIÁ OLMEDO, *idem*, p. 81.

[155] Cf. CPP Córdoba (1991), arts. 34 y ss., 358, III, y 361 y ss.; CPP Tucumán, 34, 37, 357 y 361 y ss., y el Proyecto CPP Nación (1986), 282 y ss.; también el CPP Nación, 25, 28, 32 y 354 y ss., y el CPP Buenos Aires, 22 y 338 y siguientes.

[156] Libro I, Tít. I, Cap. 2, art. 13 (*Preparación del debate*).

[157] Segunda parte, Libro I, Tít. I, Cap. V.

que integran el tribunal del debate en la mejor posición de imparcialidad posible respecto del conocimiento previo de la causa.

Idéntica exigencia a la estudiada comprende a los órganos de decisión judicial que intervienen para decidir un recurso respecto de aquel que dictó la sentencia recurrida; quienes integraron el último cuerpo de decisión están excluidos de integrar aquel que decidirá el recurso. Pero esta exigencia es comprendida naturalmente por la legislación argentina[158].

III. Precisamente, esta misma exigencia relativa al desconocimiento previo del caso y a su conocimiento cabal por la vía que la ley procesal penal prevé (el debate público) es, a la vez, un argumento principal para la integración del colegio sentenciador con *jurados*, y una característica definitoria de ellos. Cuando se integra con jurados el cuerpo de decisión que escucha el debate y dicta la sentencia, a ellos se les exige, racionalmente, que, en lo posible, no conozcan el caso a decidir antes del debate público que sucede ante ellos. Cabe aclarar que, cualquiera que sea el tipo de participación ciudadana que se adopte en los cuerpos de decisión judiciales –jurado clásico, de estilo anglosajón, que decide por unanimidad y sin intervención de profesionales del derecho, o el *escabinado*, más común en Europa continental, mixtión entre jueces profesionales y accidentales o legos, con decisión conjunta, por mayorías que establece la ley[159]–, los jueces accidentales

[158] Ej.: CPP Buenos Aires, 47, inc. 1; la reforma del CPP Nación, 55, inc. 1, por ley nº 24.121, ha quitado forma expresa a este motivo de apartamiento, que tampoco consta en el libro dedicado a los recursos.

[159] Cf. CAVALLERO, Ricardo J. y HENDLER, Edmundo S., *Justicia y participación. El juicio por jurados en materia penal*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1988; GORANSKY, Mirna, *Un juicio sin jurados*, en MAIER, Julio B. J. (comp.), *El nuevo CPP Nación. Análisis crítico*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993, ps. 113 y ss.; AA.VV., *Juicio por jurados en el proceso penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000; MOONEY, Alfredo, *El juicio por jurados* (3ª ed.), Ed. Francisco Ferreyra, Córdoba (RA), 1998 (existe una nueva edición [4ª, 1999], bajo el nuevo nombre de *Juicio por jurado popular*, con el mismo editor y lugar de edición); en España, SORIANO, Román, *El nuevo jurado español*, Ed. Ariel, Barcelona, 1985; y AA.VV., *Jornadas sobre el Jurado* (libro coordinado por Juan BURGOS LADRÓN DE GUEVARA), Universidad de Sevilla (España), 1995; en Alemania, ROXIN, *DPP*, cit., § 7, B, ps. 33 y ss.; en EE.UU., HASTIE, Reid; PENROD, Steven D. y PENNINGTON, Nancy, *La institución del jurado en los Estados Unidos. Sus intimidades* (versión castellana de César P. GUIDINI JOUBERT revisada por Santos PASTOR PRIETO), Ed. Civitas, Madrid, 1986; sobre el origen de la palabra escabino, utilizada en idioma jurídico español (galicismo), pero aún inexistente en ese idioma, cf. BINDER, *Sobre el origen histórico de la palabra "escabino"*, cit., ps. 769 y siguientes.

o legos sólo conocen el caso en el debate público que se lleva a cabo para decidirlo. Siempre se ha obtenido mejores resultados prácticos, en el sentido expresado, con los jueces accidentales que con los jueces profesionales, pues estos últimos, ya por así aconsejarlo la ley o su misma profesionalidad, preparan el caso mediante el conocimiento del legajo de actas previo, e, incluso, conocen así alguna de sus particularidades probatorias antes del debate, acción prohibida para los jueces legos o accidentales, quienes sólo conocen el caso a juzgar durante las sesiones del debate público[160].

Éste, el del *jurado*, es otro de los problemas a resolver por la organización judicial. Sin embargo, aquella razón inmediatamente antes mencionada no es la única por la cual se prefiere integrar los "tribunales de juicio" (cuerpos de decisión judiciales para conocer el caso y dictar sentencia) con jurados, sino, tan sólo, una de ellas. Si se prescinde de argumentos ideales, como la mayor proximidad "democrática" o de representación popular de la integración con ciudadanos, al menos dudosa hoy en día[161], todavía se puede señalar ventajas prácticas para defender esa integración, en alguna de sus formas, la mayoría de las veces relacionadas con la neutralidad del órgano de decisión judicial. Incluyamos, en primer lugar, una especie de *compensación* de aquellos prejuicios a los que conduce, por una parte, la actividad profesional y, por la otra, la actividad burocrática. La inclusión en el órgano de decisión de jueces accidentales y legos en cantidad suficiente (al menos siempre en mayoría frente los profesionales, cuando operan conjuntamente) puede garantizar esa compensación, no tanto porque ellos carezcan de prejuicios, sino porque agregan los propios de un ciudadano llamado ocasionalmente a administrar justicia, que, al menos parcialmente, inhiben al juzgar los de sus colegas permanentes y profesionales, y quizás impidan la aparición de los más severos prejuicios profesionales y burocráticos en el procedimiento: el o los jueces profesionales que participan en la audiencia cambiarían su comportamiento habitual en ella frente a legos, por ej., no incorporarían por lectura testimonios que no han sido escuchados en ella, salvo excepcio-

[160] Cf. HENKEL, *Strafverfahrensrecht* (2ª ed.), cit., § 33, IV, ps. 159 y ss.; VOLK, *Strafprozeßrecht*, cit., § 5, 5, p. 11.

[161] Para ello, cf. esta obra, t. I, § 7, C, ps. 775 y ss.; NINO, *Fundamentos de Derecho constitucional*, cit., ps. 451 y siguiente.

nalmente, y menos darían por leídos documentos que, en realidad, no fueron leídos en la audiencia. Si se logra integrar el banco de jurados o el escabinado de manera proporcional según todas las clases posibles (hombres-mujeres; ancianos-personas de mediana edad-jóvenes, diferentes clases económico sociales, etc.), entonces el efecto de neutralización de los prejuicios puede ser mayor.

Uno de los resultados a lograr mediante la participación ciudadana en los órganos de decisión judiciales –sobre todo importante para nosotros, pues en este país el descrédito de la justicia parece ser enorme, con razones valederas según el comportamiento de la generalidad de sus jueces– resulta ser la confianza popular. Al menos si la administración de justicia penal es calificada por su baja calidad, se entenderá que esa calificación no corresponde meramente a la tarea de burócratas, malos funcionarios del Estado, sino, antes bien, a la falta de calificación de la población en general, ineficiente o inidónea genéricamente para juzgar a sus congéneres. La confianza en la administración de justicia se conecta, necesariamente, con la superación del marcado carácter esotérico del Derecho moderno, que compromete también a la profesión de los juristas[162]. Logra especialmente ese resultado el efecto de disminución de la distancia entre sociedad y Estado, la atenuación del sentimiento de alienación del poder o la percepción ciudadana de que, en las democracias modernas, el poder no es extraño a los mismos ciudadanos; y también se consolida el sentido de responsabilidad ciudadana y la posición del ciudadano frente a la ley, cuando sabe que él mismo habrá de aplicarla. Se trata, en suma, de la mayor descentralización posible en la administración final del mecanismo coactivo de mayor poder concedido y legitimado por el orden jurídico al Estado, base política fundamental de la participación ciudadana en materia penal, que crea otra condición de la pena estatal: la autorización de un núcleo de ciudadanos para que esa fuerza sea utilizada por burócratas estatales.

La CN, 24, 75, inc. 12, y 118 (numeración actual) –de influencia liberal e iluminista, como toda Constitución del siglo XIX– prevé, por aquella razón, la necesidad del "juicio por jurados", como modelo esencial en la administración de justicia penal. Con

[162] Aquí vale la pena citar, como ya lo hice en esta obra, t. I, p. 788, a NINO, *Fundamentos de Derecho constitucional*, cit., ps. 451 y siguiente, según sigue en el texto.

muchos pretextos jurídicos, políticos y prácticos[163], ese mensaje fue desoído 150 años (casi dos siglos, si incluimos todos nuestros antecedentes constitucionales), para mantener el esqueleto principal de una justicia de gabinete, todavía hoy dominante. Si bien aquello que la CN concibe primero como un derecho y una garantía ciudadanos (art. 24), luego como una obligación legislativa del Congreso de la Nación (art. 75, inc. 12) y, por último, como un modelo institucional de administración de justicia penal (art. 118) –todos preceptos constitucionales aún hoy vigentes– no se limita a la integración de los cuerpos de decisión judiciales en materia penal, sino que, antes bien, indica el tipo de procedimiento penal elegido para legitimar la decisión sobre la pena, resulta indiscutible, pese al escaso aprecio que nuestra propia ley fundamental nos ha merecido en la práctica[164], la necesidad de instrumentar la participación ciudadana en los órganos de decisión judiciales[165]. En este sentido, creo que una interpretación moderna de la exigencia de participación ciudadana en los "tribunales de juicio" podría elaborarse de la manera básica que expongo a continuación. No obstante que, claramente, nuestra CN quiso adoptar el modelo anglosajón de la mano del movimiento liberal de los EE.UU. y su Constitución, hoy no parece posible ajustarse totalmente a ese modelo, a menos que, como ha sucedido en EE.UU., nos resignemos a aceptar que un porcentaje enorme de las condenas que se ejecutan estén fundadas no sólo en un juicio sin jurados, sino, antes bien, no estén fundadas en juicio (debate) público alguno[166]. Creo que el jurado clásico (división entre el colegio sentenciador, de jurados, y el juez profesional, director de la audiencia) se adapta mejor al juzgamiento de delitos políticos, comprendiendo entre ellos –en un ámbito ampliado– a los delitos de los funcionarios públicos con ocasión del ejercicio de sus funciones, en general o, si se quiere, a los de cierta gravedad. Es en este ámbito de casos donde la desconfianza general sobre los jueces profesionales y permanentes, también funcionarios públicos, adquiere mayor dimensión. Por ende, es en estos casos en los cuales se justifica que la sentencia de absolución o de condena sea dictada por una representación simbólica de la población. Quizá pueda agregarse a ese ámbito de casos aquel que resulta más natural para la institución del jurado: los delitos graves, punibles de esa manera por representar la ejecución por el autor de una violencia extrema: me refiero, sobre todo, al homicidio, quizá a las lesiones corporales gravísimas, y a los delitos dolosos que se agravan por el resultado, al menos imprudente, de la muerte o la lesión corporal gravísima de una persona. Los delitos de mediana gravedad deberían ser juzgados por un tribunal escabinado, esto es, integrado por un número de jueces profesionales al que se agrega un núme-

163 Ver esta obra, t. I, ps. 776 y siguientes.

164 Cf. NINO, *Fundamentos de Derecho constitucional*, cit., §§ 26 y 27, ps. 110 y siguientes.

165 Las nuevas constituciones de las provincias de Córdoba (1987), art. 162, y, con mayor enjundia, Chubut (1994), arts. 171 a 173 (cf. HEREDIA, José Raúl, *La reforma en la Provincia del Chubut*, Centro de Estudios e Investigaciones Patagónico, Ed. El Copista, Córdoba, 1995, § 82, ps. 317 y s.), algo han adelantado, pero en una materia extraña para ellas, pues la competencia legislativa le corresponde al Congreso de la Nación, según lo indica, claramente, la misma CN, 75, inc. 12.

166 Cf. LANGBEIN, John H., *Comprendiendo la breve historia del plea bargaining*, en "Nueva Doctrina Penal", cit., 2001/A, ps. 59 y siguientes.

ro superior de escabinos, jueces accidentales. En este ámbito sería prudente discriminar entre tribunales integrados con mayor cantidad de personas y tribunales integrados por menor cantidad, porque la gama de hechos punibles y de penas posibles es muy grande, así como también la posibilidad de soluciones distintas a la penal por vía de la conciliación autor-víctima y de la reparación del daño. Por último, creo que ciertas penas menores, no privativas de libertad o privativas de libertad de menor entidad (correccionales) podrían ser aplicadas sólo por jueces profesionales. Un esquema así, sin embargo, necesita ser complementado por una simplificación del Derecho penal, con el agregado de ciertas formas alternativas de solución de los conflictos, en parte ya existentes, como la suspensión del juicio a prueba, que permitan derivar a soluciones no penales los conflictos sociales de importancia penal (básicamente, reparación real o simbólica como sustituto de la pena, y conciliación autor-víctima como instrumento procesal). Al mismo tiempo, es preciso una gran simplificación de la competencia penal local y federal, sobre todo en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires[167], y la creación de un nuevo concepto organizativo de los tribunales, menos rígido, que reúna en su seno a todos los jueces profesionales que posean idéntica competencia territorial y material. La participación ciudadana en la administración de justicia necesita, también, de un trabajo organizativo amplio, más práctico y de implementación que legislativo.

IV. Tratándose, además, de la pena *estatal*, resulta imprescindible, también, asegurar que los intereses políticos, mejor aún, los de la generalidad o los de la mayoría (el *bien* o la *seguridad común*), no influyan en la decisión y, para ello, se *afianza*[168] la *independencia judicial*[169], esto es, de los jueces al resolver las diferentes cuestiones que les son propuestas respecto de todos los poderes del Estado –incluido el mismo Poder Judicial como tal o de la organización que los gobierna y administra–, como un calificativo derivado de la exigencia de imparcialidad. Éste es otro de los problemas reales que hallamos en el camino de la organización judicial y se refiere, fundamentalmente, a los jueces permanentes y profesionales, pero también, aunque de diferente manera, a los jueces accidentales.

[167] La creación del nuevo estado federado (CN, 129), la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y la transferencia de competencias judiciales a ella puede ayudar considerablemente en este proceso.

[168] CN, *Preámbulo*; cf. SARMIENTO, Domingo F., *Obras completas*, t. VIII (*Comentarios de la Constitución*), Ed. Luz del Día, Buenos Aires, 1948, ps. 76 y siguientes.

[169] Esta obra, t. I, ps. 743 y ss.; acerca de la categoría de la independencia como derecho fundamental de los ciudadanos, cf. MORA MORA, Luis Paulino, *La independencia del juez, como derecho humano*, en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Ed. Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José (Costa Rica), 1998, ps. 1079 y siguientes.

a) Una ligera referencia a los jueces permanentes y profesionales nos pone en contacto con las seguridades que ofrece su empleo, por un lado, y con su nombramiento, por el otro. Los jueces argentinos, al menos los que dependen de la organización judicial del Estado federal, son concebidos *ad vitam*; por lo demás, una vez nombrados, su salario es fijado parlamentariamente y no puede ser disminuido por autoridad alguna (CN, 110): ello equivale a afirmar que poseen *estabilidad absoluta* en relación a su empleo, mientras dure su buena conducta, y que su remuneración es *intangible*[170]. El modo o procedimiento según el cual es posible la remoción de su cargo pertenece, también, a los mecanismos de aseguramiento de su independencia, por la vía de asegurar la estabilidad del empleo público ya mencionada.

No siempre existen estas seguridades para garantizar la independencia judicial, pues, por ej., en la República de Costa Rica, los magistrados de la Corte Suprema y los jueces inferiores no poseen más que una estabilidad relativa, por un período de tiempo determinado en la Constitución o por la ley[171]. Por lo demás, la estabilidad del empleo depende del método para la remoción de jueces y, dentro de él, de las prácticas constitucionales. Con la reforma constitucional de 1994, sólo para los jueces de la Corte Suprema se conserva el mecanismo tradicional de remoción por delito cometido en el ejercicio de sus funciones, por mal desempeño en el cargo o por crímenes comunes, sobre la base de un *juicio político*, de competencia parlamentaria, en el cual la Cámara de Diputados decide sobre la acusación, por dos tercios de votos de los miembros presentes, y cumple el papel de acusador en el juicio, y el Senado se constituye en jurado para el debate público y la decisión, cuyo sentido condenatorio –que no tiene otro efecto que la destitución, el declarar al acusado indigno para ocupar un cargo público futuro y someterlo, en su caso, a la justicia ordinaria– se logra también con los dos tercios de los votos de los miembros presentes (CN, 53, 59 y 60). Los demás jueces del Estado federal son juzgados, por los mismos motivos, por un gremio especial constituido por legisladores, jueces y abogados de la matrícula federal, de la manera y mediante el procedimiento reglamentado por la ley (CN, 115)[172], pero el fallo tampoco extiende sus efectos más allá de la destitución y el eventual sometimiento a la justicia ordinaria. La práctica constitucional, en general, es bastante remisa no solamente a la destitución de jueces, sino, también, al juicio político de magistrados de la Corte o al enjuiciamiento

[170] Sobre el problema de aquello que significa la intangibilidad de la remuneración de los jueces, cf. esta obra, t. I, ps. 747 y siguiente.

[171] Cf. *Constitución política de la República de Costa Rica* [Ed. Juricentro, San José, 1985], arts. 158 (que fija el período de los magistrados de la Corte Suprema en ocho años con posibilidad de reelección sin límite) y 166, ps. 471 y 477, y Ley orgánica del Poder Judicial (actualización hasta la Ley de reorganización judicial nº 7.728 del 15/12/1997), art. 17 (seis años o el resto del período).

[172] Hoy ley nacional nº 24.937 y modificatorias, arts. 21 a 27.

de los jueces. En este sentido, se puede afirmar que la estabilidad en el empleo es una realidad cultural, pues ni siquiera en momentos de crisis política y golpes de Estado han sido removidos gran cantidad de jueces.

El nombramiento de los jueces permanentes y profesionales también se vincula a su independencia de criterio frente a los poderes del Estado, el Ejecutivo y el Legislativo, y también el mismo Poder Judicial como organización con algún sentido vertical[173]. Yo soy de la idea de que no existe método de designación alguno que garantice una independencia plena del poder político de turno e idoneidad, al mismo tiempo; sólo las prácticas constitucionales de un país[174], resultantes, básicamente, de la interacción de todos los poderes del Estado, pueden garantizar, en más o en menos, resultados semejantes.

Según mi experiencia, un buen ejemplo para describir prácticamente aquello que opino, perteneciente a nuestro ámbito continental y cultural, es el de la República de Costa Rica. Allí, por imperativo constitucional[175], la ley regula la forma de nombramiento de los jueces de los tribunales inferiores (y también el período para el que es designado un juez y, en general, su estatuto); la ley[176], por su parte, confiere básicamente a la Corte Suprema el poder de designar a los jueces (y también el poder de policía y disciplina de la función judicial), antes directamente, ahora a través de un órgano delegado de ella, el Consejo Superior del Poder Judicial (cinco miembros), presidido por el presidente de la Corte e integrado por un abogado externo y funcionarios del Poder Judicial, electos por la Corte Suprema de Justicia de la República por un período de seis años. Consejo que tiene a su cargo la administración y disciplina del Poder Judicial (Ley orgánica cit., art. 67 y cc.) e, incluso, el nombramiento de los "funcionarios que administran justicia" (art. 81 y cc.). Yo no podría citar un mejor ejemplo institucional de *dependencia* de los jueces del propio Poder Judicial, verticalizado y centralizado en su cúspide, la Corte Suprema de Justicia. Y, sin embargo, mi experiencia latinoamericana me ha dado a conocer que los poderes judiciales de todas las repúblicas que integran este ámbito cultural están, en más o en menos, vigorosamente desprestigiados en la opinión pública, salvo –por supuesto, en general y sin alusión a ninguna persona o caso en particular– los jueces costarricenses, confiables y honorables para la opinión pública en general. Al menos así era hasta, aproximadamente, el año 1998 y ello determinaba que, en la discusión con mis colegas costarricenses, siempre debía atacar su modelo de organi-

173 Sobre el concepto de independencia judicial, esta obra, t. I, § 7, B, 2, ps. 743 y siguientes.

174 En el sentido del análisis de NINO, *Fundamentos de Derecho constitucional*, cit., § 27, ps. 152 y siguientes.

175 Cf. *Constitución política de la República de Costa Rica*, cit., art. 166, p. 477.

176 Ley orgánica del Poder Judicial, nº 8, del 29/11/1937, con sus reformas, actualizada hasta la ley de reorganización judicial nº 7.728, del 15/12/1997.

zación del Poder Judicial, en abstracto, pero aceptar, en concreto, que sus prácticas institucionales, en general, salvaban con cierta holgura ese escollo[177].

Si se desea conocer otro ejemplo en Derecho comparado que, bueno sea de paso decirlo, se muestra como eficiente actualmente en relación con el punto tratado (asegurar *independencia* e *idoneidad* a un mismo tiempo), pero es discutible en relación a épocas de crisis políticas –piénsese en lo sucedido durante el nacionalsocialismo–, puede acudirse a Alemania, con extraordinaria bibliografía sobre el particular[178]. Hoy, que el sistema funciona correctamente, puede trazarse el siguiente esquema: a) los jueces del Tribunal Constitucional de la RFA (*Bundesverfassungsgericht* [*BVerG*, abreviadamente]) son elegidos por mitades (16, en total) por cada una de las Cámaras (*Bundesrat* [Consejo Federal, representación de los estados federados] y *Bundestag* [Diputados]), pero, en el caso de la Cámara de Diputados, sólo por una comisión de elección (doce legisladores) y una mayoría de dos tercios, procedimiento que, en más o en menos, se emparenta con el nuestro, sobre todo en razón de su finalidad principal, el equilibrio político, en relación a la concepción del mundo que representan los jueces; los jueces profesionales de los tribunales federales superiores –entre ellos, la Corte Suprema Federal (*Bundesgerichtshof*, abreviado *BGH*), que representa la cúspide de la jurisdicción común, civil y penal, en Alemania, excluida la justicia contenciosoadministrativa– son elegidos por el ministro federal de Justicia, en conjunto con un comité de elección de jueces formado por mitades entre los ministros competentes de los estados federados y por miembros elegidos por la Cámara de Diputados, y luego nombrados (acto administrativo) por el presidente federal (en este caso existe una semejanza mínima con nuestro Consejo de la Magistratura, por el lado del comité de elección, sin duda más formal que material); los jueces federales comunes, que no están destacados ante el Tribunal Constitucional Federal (*BVerG*) o ante los tribunales superiores federales, son nombrados directamente por el ministro federal de Justicia, sin intervención del comité de elección de jueces. Se debe aclarar que la ley alemana para jueces (*Deutsches Richtergesetz*, abreviado *DRiG*) obliga a requerir un dictamen (toma de posición) del Con-

177 Crítico, pero a la vez descriptivo de la situación, MORA MORA, *La independencia del juez, como derecho humano*, cit., ps. 1079 y ss. (ver, en especial para el nombramiento, crítico, p. 1083).

178 Al investigador le recomendamos la lectura de KERN, Eduard, el jurista y académico –ya fallecido– que, sin duda, más se dedicó a esta rama del Derecho procesal penal, desde sus lejanos trabajos sobre sobre *Das neue Gerichtsverfassungs- und Strafprozeßrecht*, Ed. Jos. Walbel, Freiburg i. Br. (hoy RFA), 1934, y *Die Grundgedanken des neuen Gerichtsverfassungsrechts*, Ed. J. C. B. Mohr, Tübingen (hoy RFA), 1936; pasando por su *Geschichte des Gerichtsverfassungsrecht*, Ed. C. H. Beck, München-Berlin, 1954, libro por demás interesante para el investigador sobre el tema, porque ayuda a comprender el desarrollo histórico de la organización judicial alemana, hasta llegar a sus manuales sobre *Gerichtsverfassungsrecht*, con su primera edición en Tübingen, 1948 (desconocida para nosotros), sus sucesivas ediciones de la Ed. C. H. Beck, München-Berlin, 1954 (2ª ed.), München-Berlin, 1959 (3ª ed.), München-Berlin, 1965 (4ª ed.), proseguidas por Manfred WOLF, KERN-WOLF, *Gerichtsverfassungsrecht*, Ed. C. H. Beck, München-Berlin, 1975 (5ª ed.) y, actualmente, sólo por WOLF, como se menciona en adelante; modernamente, WOLF, Manfred, *Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenszweige* (6ª ed., toda renovada, del libro originario de Eduard KERN), Ed. C. H. Beck, München, 1987; SCHILKEN, Eberhard, *Gerichtsverfassungsrecht* (2ª ed.), Ed. Carl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1994, ambos con citas bibliográficas actuales y más detalladas.

sejo directivo del tribunal de la jurisdicción donde trabajará el candidato, Con
tegrado por una representación de los jueces del tribunal; empero, esa toma
ción no es vinculante para la elección y el nombramiento. Para el nombrami
jueces profesionales o permanentes de los estados federados (*Länder*) rigen la
de la constitución y de las leyes estaduales: salvo algunas reglas vinculantes
aquella que se refiere a la intervención de los consejos directivos de los tribu
legislación estadual tiene, en la materia, un ámbito regulativo amplio. No se o
destacada influencia del Poder Ejecutivo en la elección y nombramiento de los
profesionales y permanentes, no sólo cuando se trata de jueces inferiores (elec
recta por el ministro de Justicia), sino, antes bien, para la elección y nombrami
los jueces de los tribunales superiores[179]; y, no obstante la sospecha de carenci
dependencia que ello significa para el pensamiento común y jurídico argenti
animaría a arriesgar: hispanoamericano), el sistema funciona, actualmente, de
ra aproximada al ideal, si no son exigidos extremos inverificables.

Ambos ejemplos tienen de común un comité de elección absolutamente depe
te del órgano de gobierno que nombra a los jueces, hasta representar casi un o
mo asesor, criterio que, en abstracto, no merece ser recomendado, cualquiera q
re el éxito práctico obtenido. Como expresamos en un comienzo, los sistemas
ción y destitución de jueces parecen ser presa fácil de los autoritarismos de turi
los terremotos y remezones que experimenta la vida político-económica de las
zaciones sociales en las cuales son aplicados[180].

b) Tradicionalmente, el nombramiento de los jueces, en el á
del Estado federal argentino, pertenece a las atribuciones del
Ejecutivo, previa aprobación (llamado *acuerdo*) del Senado de l
ción. Esta forma de designación hoy se conserva, únicamente, pa
magistrados de la Corte Suprema, cuyo acuerdo por el Senado se
fica en sesión pública y por dos tercios de los miembros presentes
99, inc. 4, I). Los jueces de los demás tribunales del Estado feder
cambio, son designados por el Ejecutivo, pero sobre la base d
propuesta de tres personas, formulada por el Consejo de la Mag
tura[181], con la misma aprobación del Senado de la Nación, aunqu
simple mayoría (CN, 99, inc. 4, II, y 114).

179 Cf. WOLF, *Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenszweige* (6ª ed.), cit., § 16,
p. 167.

180 Cf., con la misma crítica, VITURRO, *Sobre el origen y el fundamento de los siste
control de constitucionalidad*, cit., nº 2.4, ps. 41 y siguientes.

181 El Consejo de la Magistratura federal (CN, 114) es un órgano nuevo, creado
reforma constitucional de 1994, que disciplina en detalle la ley (hoy la ley nº 24.93
atribuciones de gobierno, administración y disciplina del Poder Judicial de la Nación
ámbito son llevados a cabo los concursos de antecedentes y las pruebas o exámenes p
brir los diversos cargos de la magistratura judicial del Estado federal. Sobre los cons
la judicatura, su génesis histórica y su vínculo con el Estado democrático y social de
cho, más un estudio de Derecho comparado y crítica política, cf. BERGALLI, Roberto, *S
político y jurisdicción*, en "Nueva Doctrina Penal", cit., 1997/A, ps. 399 y siguientes.

Entre las constituciones más modernas de nuestro país se halla la de la Ciudad de Buenos Aires, cuya reciente autonomía deriva de la reforma constitucional de 1994 (CN, 129). Es interesante conocer el mecanismo que ella prevé para el nombramiento de los jueces de la Ciudad, mecanismo ya puesto en práctica con algún suceso, pero, también, con la verificación de su lentitud. Los miembros del Tribunal Superior de Justicia (cinco), órgano cúspide del Poder Judicial de la Ciudad según su competencia (le corresponde, básicamente, conocer en la acción abstracta de inconstitucionalidad, en el conflicto de poderes de la Ciudad y en el recurso de inconstitucionalidad en los casos concretos [sin duda una especie de *mix* entre un tribunal constitucional de estilo europeo y la tradición de nuestra Corte Suprema, de estilo americano del norte]; en detalle, CCBA, 113, y ley orgánica del Poder Judicial, n° 7, art. 26), pero sin facultades de gobierno, administración y disciplinarias respecto de los jueces de la Ciudad, son propuestos y designados por el Jefe de Gobierno (Ejecutivo; CCBA, 104, inc. 5), con el acuerdo de los dos tercios del total de los miembros de la Legislatura de la Ciudad y mediante un procedimiento que no sólo contiene a la audiencia pública en una sesión parlamentaria especial (CCBA, 111), designada al efecto, sino, también, un mecanismo de control ciudadano: ver ley n° 7, arts. 54 y ss., y ley n° 6, arts. 21 y siguientes[182]. Los jueces de la Ciudad que integran tribunales de mérito, en cambio, son designados por el Parlamento de la Ciudad (Legislatura), con el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, a propuesta del Consejo de la Magistratura, obtenida a través de la calificación de un concurso público (Constitución de la Ciudad –autónoma– de Buenos Aires, 118 y cc.).

c) Según ya advertimos, un punto esencial en la conformación de un Poder Judicial con jueces independientes de todo poder del Estado, al decidir un asunto, está constituido por la llamada *participación ciudadana* en los cuerpos de decisión de los tribunales de justicia, un ideal político convertido, según también ya observamos, en regla positiva y en un derecho positivo[183]. Como también lo advertimos, los jueces legos, sin la permanencia en el cargo propia de los profesionales, resultan irreemplazables, genéricamente, en los delitos especiales de funcionario público y en los delitos contra la administración pública, pues la sospecha de una administración de justicia irregular o carente de equidad, que en este ámbito recae sobre los jueces permanentes –también funcionarios públicos e integrantes de la burocracia estatal–, puede, si bien no eliminarse totalmente, al menos aminorarse mediante la participación de ciudadanos en los cuerpos de decisión, ciudadanos

[182] Quien desee comparar otro método de nombramiento: República Federal de Alemania, cf. HENKEL, Heinrich, *Strafverfahrensrecht* (2ª ed.), cit., § 32, III, p. 155; PETERS, Karl, *Strafprozeß*, Ed. C. F. Müller, Karlsruhe (RFA), 1966, § 18, III, 2, ps. 106 y siguiente.

[183] MAIER, Julio B. J., *Dimensión política de un poder judicial independiente*, en "Nueva Doctrina Penal", cit., 1998/B, ps. 495 y siguientes.

que no integran la burocracia estatal[184]. Es tradicional esta desconfianza y la necesidad de los jurados en los llamados *delitos de prensa*, esto es, en el ámbito de los conflictos que plantea la libertad de prensa e información, desde donde proviene la exigencia del juzgamiento por un colegio de jurados[185].

Sin embargo, para que un colegio de jurados funcione correctamente, parece necesario observar ciertas reglas que, en definitiva, resultan ser condiciones *ex ante* para ocupar ese cargo y condiciones *ex post* para formar el colegio concreto que decidirá sobre un caso[186]. *Ex ante* se debe evitar toda discriminación, de modo tal que están habilitados para ocupar el cargo –y tienen el deber de ejercerlo cuando son designados, salvo inconveniente específico que habilite la excusación– los ciudadanos con plenos derechos políticos o, al menos, aquellos habilitados para ejercer el derecho electoral activo, bajo la condición negativa básica de no ejercer la función pública[187]. *Ex post* se debe procurar una integración suficientemente plural del tribunal por edad, sexo y condición económico-social, para acercarse al ideal de eliminar o desactivar prejuicios mediante su confrontación con otros prejuicios. El número de los jurados que conforman un colegio de decisión y el modo de decidir o de votar resultan también elementos importantes para lograr independencia e imparcialidad.

No es del caso tratar aquí exhaustivamente el punto, al que pertenece la discusión que enfrenta al colegio de jurados, de estilo anglosajón (doce personas en un colegio

184 Advierte el problema la Constitución de la Provincia del Chubut, art. 173, aunque la solución no sea la adecuada; sobre su génesis, cf. HEREDIA, *La reforma en la Provincia del Chubut*, cit., § 25, ps. 80 y siguiente.

185 Cf. Constitución de la Provincia del Chubut, art. 171; cf., también, MAYER, Jorge M., *El Derecho público de prensa*, Ed. Imprenta de la Universidad, Buenos Aires, 1944, p. 80 (Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata, preparado por la Sociedad Patriótica en 1813, art. 212), ps. 95 y ss. (ley del 8/5/1828, Provincia de Buenos Aires, arts. 7 y ss.), ps. 110 y ss. (evolución del jurado de prensa en la provincia de Buenos Aires, nº XXXV y siguientes).

186 Cf. CAVALLERO y HENDLER, *Justicia y participación. El juicio por jurados en materia penal*, cit., en especial caps. V, VI y VII, ps. 95 y ss.; MOONEY, *El juicio por jurados* (3ª ed.), cit., ps. 119 y ss., y 126 y siguientes. Para un estudio exhaustivo de estos problemas en un país tradicionalmente juradista, HASTIE; PENROD y PENNINGTON, *La institución del jurado en los Estados Unidos. Sus intimidades*, ya citado.

187 Frecuentemente son condiciones negativas el hecho de ejercer el sacerdocio de una religión o la profesión de abogado, para evitar el cúmulo de prejuicios normativos que emergen de la práctica de esas profesiones.

independiente, encargado de decidir la absolución o la condena por unanimidad), con el cuerpo de decisión escabinado (minoría de jueces permanentes y mayoría de jueces accidentales en un único cuerpo de decisión, que decide por alguna mayoría de votos). Todas estas cuestiones estarán abiertas a la discusión política una vez que se tome la decisión, también política, de introducir la participación ciudadana en los tribunales de justicia, según lo reclama la misma CN, 24, 75, inc. 12, y 118; incluso sería posible, y quizás aconsejable para nuestras prácticas judiciales, una combinación apropiada de esas formas de integración de los cuerpos de decisión y de los modos de obtener la decisión[188].

d) Las relaciones entre prensa y administración de justicia penal –ya sin vínculo abstracto alguno con el ejercicio del poder político– constituyen un problema moderno relativo a la independencia de quienes juzgan, sean ellos jueces permanentes (profesionales) o accidentales (legos). Se teme por la influencia de los llamados "medios" –de información, audiovisuales o escritos, antiguos y modernos–, con su opinión, largamente difundida y, en ocasiones, fundada en elementos imposibles de valorar por quienes administran justicia, sobre los mismos hechos que juzgan los jueces o sobre sus decisiones, aspecto que ha dado en llamarse "antejuicio mediático"[189], o "juicio" o "condena previos a través de la prensa"[190], pero también por la opinión de la prensa acerca de la decisión de un tribunal o en la valoración de un juez, que, al infundir temor o –al menos– prevención en quien juzga, puede conducir su decisión según parámetros equivocados. La influencia de la prensa, de los medios de información, y de variadas formas, algunas de ellas imposibles de cohonestar jurídicamente, no sólo sobre las decisiones judiciales, sino, antes bien, sobre todas las decisiones de funcionarios estatales –e, incluso, sobre las de otros opera-

[188] Cf. una combinación semejante, con matices propios, en *Proyecto de Ley Orgánica para la justicia penal y el ministerio público*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, arts. 11, inc. 1, 12, 30, 66 y ss., ps. 338 y siguientes.

[189] Cf. Yamil, Liliana Nurit y Kaus, Laura Yael, *Justicia mediática*, publicado en *www.forenseargentina.com/monografias/justicia/introducción.htm* (consultada el 12/03/2002), quienes, según puede verse, titulan de esa manera y contienen en su trabajo, especialmente dedicado a la materia penal, más que análisis jurídicos, conclusiones empíricas sobre la base de casos realmente ocurridos.

[190] Cf. Hassemer, Winfried, *Vorverurteilung durch die Medien?*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, München-Frankfurt a. M., 1985, ps. 1921 y ss.; Guariglia, Fabricio, *Publicidad periodística del hecho y principio de imparcialidad*, en AA.VV., *Libertad de prensa y Derecho penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1987, ps. 87 y ss.; Roxin, *DPP*, cit., § 9, III, p. 47, y respecto de la recusación de los *escabinos*, II, 1, p. 44.

dores, pero ésa no es la cuestión aquí debatida–, es hoy indiscutible y no parece orientarse hacia algún tipo de solución del problema. Hoy, entre nosotros, ni siquiera el debate es posible, con el cual, quizá, puedan hallarse puntos de partida reglados para evitar, cuando menos, los excesos evidentes[191]. Esta tensión existente entre ambas actividades, prensa y administración de justicia, sobre todo en materia de justicia penal, parece ser una constante de rechazo y de intento de neutralización entre ambas[192]. La tensión, el rechazo y los intentos recíprocos de neutralización parecen ser el producto de un lenguaje diferente, con diferentes expresiones y significados, y con diferentes tiempos de expresión[193].

El hecho de que proceso penal y televisión produzcan *sintaxis* diferentes del discurso[194] o interpretaciones diferentes del hecho "jurídico", que también le interesa a la televisión, esto es, en definitiva, de que sigan diferentes reglas, propias de cada uno de ellos, para conceder ciertos significados a algo, no permite ser tan optimista, ni tan ingenuo, en la decisión acerca de la televisación del hecho central del procedimiento penal, la audiencia pública del debate[195]. Son diversas las diferencias al alcance de la mano, según lo expresan la autora y el libro citados: en primer lugar, la "verdad" televisiva resulta distinta a aquella que procura el juicio jurídico, en especial porque las revelaciones importantes para cada una de ellas –los elementos de su discurso, conforme a sus reglas– son diferentes y ya los tiempos del relato no coinciden; luego porque el espectador televisivo "parece dueño de un poder absoluto para armar, una y otra vez,

[191] Cuando quise plantear ese debate en el transcurso de un seminario sobre libertad de prensa y delito, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, seminario al que fueron invitados, incluso, algunos periodistas, encontré la cerrada negativa de todos sus actores, que, según experiencia cotidiana, todavía persiste aun en el periodismo más calificado. La resistencia no es nueva en nuestro país, que, pese a la regla del art. 32 de la CN, no consiguió darse, salvo en alguna jurisdicción provincial, una ley de prensa conforme a esa regla fundamental: cf. MAYER, Jorge M., *La legislación sobre prensa en la Provincia de Buenos Aires*, en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Buenos Aires, 1946, Año I, nº 1, Tercera época, XXV, ps. 75 y ss.; *El Derecho público de prensa*, Ed. Imprenta de la Universidad, Buenos Aires, 1944, en especial, caps. V, VI, VII y VIII, IX y X, ps. 91 y ss., y Cap. XII, ps. 321 y siguientes.

[192] Cf. HASSEMER, *Vorverurteilung durch die Medien?*, cit., p. 1922.

[193] Cf. RUIZ, Alicia E., *Idas y vueltas*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001, Primera parte, IV, ps. 37 y siguientes.

[194] Cf. RUIZ, *Idas y vueltas*, cit., p. 42.

[195] Cf. BOVINO, Alberto, *Publicidad del juicio penal: la televisión en la sala de audiencias*, en AA.VV., *Libertad de prensa y Derecho penal*, cit., ps. 111 y ss.; parcialmente desde otro punto de vista, relativo a la incorporación de medios audiovisuales al debate, que también interesa, cf. BEULKE, Werner, *Empirische und normative Probleme der Verwendung neuer Medien in der Hauptverhandlung*, en "ZStW" 113 (2001), Heft 4, ps. 709 y siguientes.

131

el espectáculo a su antojo" (*zapping*); también porque la televisión fabrica, a través del registro directo, "la ilusión de trasparencia, de que lo que se ve es lo que es, sin mediaciones de ningún tipo", en fin, "de que lo que aparece en la pantalla es lo verdadero"; por último, el discurso televisivo es algo así como "populista", pretendidamente directo, sin mediadores, frente a la epistemología jurídica, con intérpretes reconocidos y pretendidamente reflexiva, por ello, necesitada de mayores espacios temporales. En la "pugna con la retórica televisiva", el Derecho parece tener perdida la partida –más aún frente a "la demoledora crítica" que la "epistemología televisiva" ha ensayado respecto de "todos los paradigmas de transmisión del saber conocidos en la cultura letrada"–, "cuando se lo pone o se lo inserta en la pseudotransparencia de la televisión, frente a la transmisión en directo, a un tiempo hecho de fragmentos, a la ausencia aparente de todo mediador". No está dicha, sin embargo, la última palabra, pues "el Derecho (este discurso en crisis) puede, a través de la televisión, estar a disposición de muchos más potenciales consumidores y producir nuevos sentidos, que no son totalmente aleatorios, aunque ninguno de ellos esté garantizado"[196].

Los nuevos "medios de información", sobre todo los audiovisuales, al comienzo la radio, pero, con un vigor inmensamente superior, la televisión, han ampliado geométricamente las distancias entre prensa o información y justicia, con el agravante de que la prensa y la información pública, esto es, los "medios", se ocupan hoy, y de manera harto pronunciada, de los "hechos judiciales", para relatarlos y hasta para

[196] Todas las citas textuales de Ruiz, *Idas y vueltas*, ps. 42 y siguientes. En la contraposición de opiniones sobre un tema en el que pienso, pero que no he solucionado en mi ámbito personal, munido de alguna experiencia jurídica que prohíbe, en general, la televisación de audiencias públicas de debate, surgió, de pronto, el recuerdo de un episodio personal que vale la pena consignar. Me invitaron a la reproducción de un –por aquel entonces– célebre caso americano, a propósito de otro, similar parcialmente, que se había producido en Buenos Aires posteriormente, pero más o menos por la misma época (época en la cual existía cierto pudor que impedía el "antejuicio por la prensa"): él consistía en la reacción con disparos de un arma de fuego de un pasajero del subterráneo de Nueva York contra jóvenes sospechosos que viajaban en el mismo vagón (elimino circunstancias que no recuerdo, ni tienen importancia para el objeto de la anécdota, aunque seguramente importantes para decidir el caso). Quien me invitó, un conocido locutor y animador televisivo, pretendía que, en el juicio simulado, yo interpretara al defensor del imputado, esto es, de quien había reaccionado contra los jóvenes. Mi natural desconfianza sobre la televisión y sus animadores me condujo a consultar con un periodista conocido: él me aconsejó que no interviniera, que el dueño de la escena era el director de cámaras o algo parecido, incluso me anticipó que, seguramente, la cámara consideraría mucho más importante una figura pública, en el banco de jurados o intérprete de un testigo o de un perito, mientras mi voz en directo se esforzaría en explicar razones que al espectador televisivo no le interesarían. Dicho y hecho: no acepté, otro abogado "trabajó" en el papel que el animador me había reservado y resultaron mucho más atrayentes dos vedettes conocidas, vestidas para la ocasión, sobre las cuales se posaba permanentemente la cámara, y sus palabras finales, que la esforzada y atinada defensa de mi colega, apenas una voz "en off", que nadie entendía y a la que nadie atendía.

darles solución, con la ventaja de un tiempo reducido para arribar a ella, con lo cual el "juicio judicial", a la vez de tardío, parece oscuro y hasta equivocado, cuando discrepa con el "antejuicio mediático".

Se comprenderá ahora por qué la televisión, en tanto medio masivo de información, tiene una importancia mayúscula al tratar la cuestión de los "jurados". La integración de los cuerpos de decisión con jurados refleja esta tensión constante, pues, por una parte, históricamente siempre se pretendió que ellos llegaran a la audiencia del debate sin conocimiento alguno del caso que debían decidir, regla de principio –imparcialidad– para la integración del tribunal con ellos y, por la otra, porque el argumento contrario a esa integración, de mayor importancia, siempre residió en la facilidad con la cual se influye en el voto de los jurados, quienes carecen de la experiencia que posee un juez profesional, siempre experimentados juristas, que desarrollan ciertos criterios de objetividad útiles para rechazar esa influencia, esto es, para oponerse a esos "prejuicios"[197]. No puedo expresar la misma opinión: ni unos ni otros parecen héroes, salvo casos particulares, y, parcialmente, por las mismas razones, parcialmente por diferentes razones; los medios de información parecen influir tanto sobre los funcionarios como sobre los legos –y hasta tanto más sobre los funcionarios que sobre los legos– y esa influencia depende más de la personalidad del juez o jurado, que de su formación y experiencia.

La repercusión prácticamente nula que estos problemas entre prensa y administración de justicia penal han tenido en la ley positiva que regula los motivos concretos de apartamiento (recusación y excusación) de los jueces que deben intervenir en la decisión de un asunto –motivos que serán estudiados en un capítulo separado–, constituye un indicio claro de la escasa importancia que se le ha concedido a la cuestión hasta el momento y de la carencia de soluciones al respecto, a pesar de que el problema ya fue objeto de reconocimiento por parte de juristas y legisladores[198]. Seguramente colaboró con esa caracterización nuestra natural aversión por el juicio por jurados y su falta de reconocimiento legislativo.

e) Acentúa el valor de la *independencia judicial* la prohibición al Poder Ejecutivo (presidente de la Nación) *de ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas* (CN, 109), para evitar, de manera absoluta, una interferencia común en los estados autocráticos y propio también de nuestra historia política.

[197] Por todos, ROXIN, *DPP*, cit., p. 34.

[198] Incluso en el Derecho comparado, *ídem*, ps. 44 y 47.

f) Con ser un valor entendido el escapar de toda influencia extraña al debate judicial para decidir el caso, lo cierto es que esa concepción de la independencia judicial tiene sus límites. Esos límites no son observables de la mano de las relaciones de los jueces con la administración (el Poder Ejecutivo), pues aquí la ley constitucional prohíbe toda clase de influencia del Ejecutivo sobre el caso y sus jueces, al vedar cualquier tipo de injerencia de ese Poder del Estado en la actividad judicial, según lo explicamos anteriormente. Pero esos límites sí son observables, en cambio, al estudiar las relaciones de la legislación (Poder Legislativo) con la judicatura, pues es propio de la definición de la *independencia judicial* la remarcada sujeción férrea a los criterios de la ley[199]. Tal sujeción, incluso, engendra responsabilidad penal cuando se atenta contra ella dolosamente (CP, 269 y 270).

El punto es delicado por la subsistencia del poder de los jueces de dejar de aplicar una ley que rige el caso, bajo pretexto de contradecir la Constitución o ciertos tratados internacionales considerados básicos (CN, 75, inc. 22), formal o materialmente, conforme a la diferencia de rango entre las leyes, aceptado universalmente por los estados constitucionales e instrumentado entre nosotros como control constitucional en el caso judicial concreto –llamado "control difuso", por carencia de concentración en un tribunal dedicado a ello y dispersión en cabeza de todo juez competente para decidir un caso–, mecanismo que, incluso, provocó un recurso procesal específico, el de *inconstitucionalidad*, suerte de casación que involucra una norma constitucional, porque se aplicó una ley común, que no debió aplicarse conforme a una previsión constitucional, o porque no se aplicó una norma de la ley común, bajo pretexto de considerársela contraria a la Constitución, regla que se sostiene como constitucional y, por ende, aplicable al caso.

V. Otro de los puntos de partida importantes para la organización judicial consiste en la determinación, tanto procesal como relativa a la organización judicial, acerca de la existencia de recursos contra las decisiones judiciales, cuestión que se ha resumido y "popularizado" en la

[199] "El juzgamiento y decisión de las causas penales se llevará a cabo por jueces imparciales independientes de los poderes del Estado, *sólo sometidos a la ley*" (Proyecto CPP Nación, 1986, art. 2, I, destacado nuestro); "Los jueces que integren los tribunales establecidos por esta ley serán independientes de todo poder del Estado y *sólo estarán sometidos a la Constitución Nacional, a las leyes y a los tratados suscriptos por la Nación, en la decisión de los casos que deban conocer* (Proyecto de Ley Orgánica para la justicia penal y el ministerio público, art. 2, destacado nuestro).

pregunta por la ¿única o doble instancia?[200], y, en su caso, tras la pregunta acerca de la diferenciación del tribunal competente para decidir sobre el recurso. A estas cuestiones se vincula también la pregunta por la integración colegiada o unipersonal del cuerpo de decisión[201], sobre todo de aquel al que le corresponde dictar la sentencia de mérito (absolución o condena) después del juicio penal.

Intentaremos ser claros y concisos desde un comienzo. Casi todas estas cuestiones presentan problemas que, a mi juicio, merecen ser calificados como aparentes o, cuando menos, su solución resulta encarada y fundada por el costado meramente aparente del problema, sin atacar en origen su núcleo central. Es así que, en lugar de discutir acerca de la forma de integrar un cuerpo de decisión encargado de resolver una cuestión determinada del procedimiento penal –cantidad de jueces integrantes del tribunal, profesionales o legos, en su caso, experiencia de los jueces profesionales–, por ejemplo, la sentencia obtenida después de un debate público, con el fin de hallar la solución de un "juicio –que pueda ser calificado como– justo", se pregunta, normalmente, acerca del o los recursos necesarios para arribar a esa integración ideal. Así, un problema que tiene su raíz en la determinación política sobre la integración necesaria de un tribunal al decidir un caso concreto para concedernos tranquilidad acerca de una decisión libre de yerros o, cuando menos, tolerable como justa conforme a los parámetros concretos y posibles de una organización judicial[202], se transforma en un problema acerca de cuántos procedimientos son necesarios para concedernos esa tranquilidad o para tolerar la decisión como definitiva. Más aún, la transformación conduce a afirmar que los recursos contra las decisiones judiciales importan una garantía de mejor justicia para los justiciables –mientras más recursos, entonces mejor o más próximos a lo justo–, al provocar un nuevo examen de la cuestión desde algún punto de vista, incluso con menosprecio de prin-

200 Así CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, cit., t. II, p. 81; sin embargo, la existencia de varias instancias más es común entre nosotros.

201 *Idem*, p. 66; VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., t. I, Cap. II, nº 3, ps. 233 y ss.; ver esta obra, t. I, § 7, D, ps. 793 y siguientes.

202 Problema de toda sentencia *definitiva*, en el sentido de irrecurrible, a la que, más tarde o más temprano, se arriba en los órdenes jurídicos prácticos (cf. HART, *El concepto de Derecho* (trad. de Genaro CARRIÓ), cit., ps. 177 y ss.; y mi *Función normativa de la nulidad*, cit., ps. 44 y siguiente).

cipios caros para el procedimiento penal, como aquél relativo a la audiencia pública con inmediación del tribunal y de los representantes de los intereses en juego, que condujo a la única instancia de mérito[203]. En verdad, ni el recurso previsto, ni, en el mejor de los casos, una nueva audiencia –siempre posible a través del recurso de revisión para los errores fácticos de importancia a los que pudo conducir la primera audiencia–, representan a los mecanismos que conducen a una tranquilidad mayor acerca de una decisión carente de yerros, esto es, a una garantía mayor de justicia para el justiciable, sino, antes bien, es la integración del tribunal –con un número mayor de jueces, con jueces accidentales en lugar de funcionarios estatales o con jueces más experimentados– aquello que conduce a la tolerancia política de la decisión con el calificativo de irrecurrible o definitiva. Y por supuesto, resulta posible para el Derecho procesal penal y de la organización judicial, de varias maneras, exigir esta integración del cuerpo de decisión desde un primer momento[204].

203 Esta transformación de problemas y confusión de principios debe haber dado pie para que la CADH, 8, n° 2, *h*, y el PIDCyP, 14, n° 5, exija, a manera de garantía, la existencia de la posibilidad de recurrir el fallo condenatorio ante un tribunal con poder para revocarlo, reformarlo o anularlo, a pesar de bregar también por el juicio público como garantía del justiciable (CADH, 8, n° 5, y PIDCyP, 14, n° 1). Resulta claro que existen modos de conservar ambas "garantías" procesales, pero esas maneras deben ser trabajadas por la legislación y no resultan tan sencillas de instrumentar sin ciertas renuncias al sistema habitual de recursos, que implican a su bilateralidad, según lo han hecho todos los ordenamientos positivos (cf. mi crítica al mismo Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales [*Convención Europea sobre Derechos Humanos*], Protocolo adicional n° 7, arts. 2 y 4, *Anfechtung der Verurteilung: Garantie für den Angeklagten oder Entscheidungskontrolle?*, en *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, p. 948 [nota 14]).

204 Cf. VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., t. I, Cap. II, 3, b, ps. 235 y ss.; es importante su transcripción, a través de MORTARA, de las palabras de MEYER (ver nota 6, p. 236), referidas al argumento de mayor idoneidad de los jueces de grado superior: "Si los jueces de grado valen más que los de primera instancia que juzguen ellos directamente las causas, y no se ofenda a la justicia poniéndola primero, y casi por vía de experimento, en poder de hombres ineptos". Con un mero cambio del argumento puede responderse a cada uno de aquellos esgrimidos para sostener la duplicación del ejercicio de la jurisdicción. VÉLEZ MARICONDE (ob. y loc. cit.) también opinaba que "lo mejor es suprimir la primera instancia y poner el asunto, directamente, con economía de tiempo y de gastos, bajo la jurisdicción de la Cámara", afirmación que dio pie a la organización judicial cordobesa, pensada para responder al nuevo procedimiento penal con juicio oral y público (CPP Córdoba, 1939) –y argumento utilizado para su defensa–, en tanto "la Cámara" representaba a un tribunal colegiado, considerado necesario para la administración de la pena estatal.

Con prescindencia de la regla de principio de las convenciones internacionales antes citadas, que imponen la necesidad de un recurso para el condenado penalmente, la ley podría decidir integrar el cuerpo de decisión que concurre al debate y dicta la sentencia (tribunal de juicio), de la manera que, políticamente, repute necesaria e ideal para obtener la sentencia que culmina el juicio, por ej., con varios jueces profesionales, con jurados, con jueces de cierta experiencia práctica o antigüedad en el oficio de jueces profesionales en materia penal. De la misma manera podría proceder, por ej., para fijar la integración que decide encarcelar preventivamente al imputado. De otra manera, la ley podría optar por conceder un "recurso horizontal"[205], esto es, integrar el cuerpo de decisión o el tribunal de juicio con más personas durante el debate que aquella o aquellas que dictan la sentencia o resolución en primera instancia, de modo tal que, si quien se ve perjudicado por esa decisión la recurre, el cuerpo de decisión se integre con todos los miembros que presenciaron el debate; ej.: dicta sentencia el presidente del tribunal que dirige el debate y, si la sentencia es recurrida, con la indicación del motivo del recurso y, eventualmente, su réplica, se integra el cuerpo de decisión con los dos jueces restantes –colegas profesionales o escabinos–, que presenciaron el debate, deliberan y confirman, revocan o reforman la sentencia. Este último método permite eludir la crítica de no responder al derecho concedido al condenado para recurrir la sentencia condenatoria, pero es considerado dudoso políticamente, por la influencia que, al parecer, ejerce el fallo ya dictado sobre la opinión de los jueces restantes que se incorporan en la nueva deliberación y votación, y por la afirmación, quizá más certera aún, del escaso interés de estos últimos jueces en el debate, bien por escasa dedicación, bien por defensa corporativa de la opinión de un colega.

Conviene entonces advertir que, según ya se puso de manifiesto[206], los recursos contra las decisiones judiciales no parecen responder, en origen, a la concesión de una garantía para el justiciable, sino, antes bien, a la necesidad de un control jerárquico interno y externo sobre la administración de justicia, propia de una organización jerárquica (de sentido vertical). Por ello, a salvo la concesión necesaria de un recurso contra la sentencia condenatoria, prevista positivamente y a manera de garantía por convenciones internacionales –universal y regional– sobre derechos humanos, con el límite que indica su mismo nombre[207], conviene eliminar el sistema de recursos en la reforma del Derecho vigente, sistema que, a la par de no garantizar por sí mismo

[205] Solución indicada por CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, *Derecho de impugnación de la sentencia condenatoria y derechos humanos*, en "Revista de Ciencias Jurídicas", Ed. Colegio de Abogados, San José (Costa Rica), 1980, nº 41, ps. 31 y ss., para responder al "derecho al recurso del condenado" sin alterar el principio de inmediación.

[206] Ver esta obra, t. I, § 6, H, 1, ps. 705 y ss.; VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, cit., t. I, p. 234.

[207] *Idem* en esta obra, t. I.

acierto alguno de la decisión para el justiciable, es uno de los motivos principales de lentitud y atraso de los procedimientos, contrario, por ello, a su agilización, como garantía del inculpado a un juicio rápido o a ser juzgado en un plazo razonable[208], y al llamado principio de economía procesal.

Parece que, en su reemplazo, se debería pensar cuidadosamente, en cada cuestión que implique una decisión judicial, durante el procedimiento (interlocutoria) o a su finalización (sentencia), para responder las demás cuestiones aquí implicadas: ¿cuerpo de decisión integrado unipersonalmente o en forma colegiada?; ¿cuerpo de decisión compuesto por un banco de jurados, por jueces profesionales o por estos últimos y escabinos?; en el caso de los jueces profesionales, ¿cuáles son las exigencias de idoneidad y experiencia? Del mismo modo debe responderse a la pregunta acerca de la preferencia por la magistratura especializada en Derecho penal o, por lo contrario, de una magistratura común con otras ramas jurídicas. Todas ellas son preguntas políticas abiertas –salvo aquélla relativa al recurso del condenado contra la sentencia de condena–, que sólo pueden ser contestadas en el marco de una organización judicial determinada, con conocimiento de sus recursos y de sus requerimientos.

Muy genéricamente, sin conocer recursos concretos y sin distinguir claramente los requerimientos (población, casos penales, etc.) de una jurisdicción determinada, sólo puedo decir que yo me pronunciaría por un cuerpo de decisión unipersonal durante el período inicial del procedimiento y hasta la culminación de la preparación del debate, con la única excepción de las medidas de coerción privativas de libertad de carácter duradero, que colocaría en manos de tres jueces profesionales; en el debate y la sentencia, por lo contrario, preferiría el cuerpo de decisión colegiado frente al unipersonal, salvo para aquellos delitos que no conduzcan a la privación de libertad efectiva, pasibles de ser juzgados por un solo juez, los jurados para los delitos de máxima gravedad, para los delitos políticos y para los delitos especiales de funcionarios, un cuerpo de decisión escabinado para la franja media y, quizá, uno integrado por jueces profesionales para ciertos delitos específicos que requieran conocimientos especiales (Derecho penal económico y fiscal, quiebras e insolvencias fraudulentas); tal división me parece compatible con una interpretación actual del art. 118, CN. Regularía un recurso contra la sentencia condenatoria, facultad del condenado y de su defensor, cuyo contenido debería coincidir, aproximadamente, con los recursos de casación y revisión actuales (motivos), a cargo de un cuerpo de decisión integrado por jueces profesionales, en-

[208] Cf. CADH, 7, n° 5, y 8, n° 1; PIDCyP, 9, n° 3, y 14, n° 3, *c*.

cargado de decidir, básicamente, acerca de la plausibilidad del motivo de injusticia invocado por el recurrente, caso que dará ocasión a un nuevo juicio –total o parcialmente, según la importancia, extensión y efecto del motivo– o a la absolución directa del condenado cuando ello sea posible según el motivo y las verificaciones del tribunal; los motivos que coinciden con el recurso de revisión actual no deberían estar sujetos al plazo de interposición del recurso. La audiencia sobre la medición de la pena y los incidentes de la ejecución quedarían en poder de jueces profesionales, unipersonales en caso de penas que no conduzcan a la privación efectiva de la libertad y constituidos en colegio de tres jueces, en caso de penas privativas de libertad de cumplimiento efectivo. Por supuesto, los jueces que integran el tribunal del debate, en caso alguno deben haber conocido el caso anteriormente, igual interdicción debe existir para los que integran el cuerpo de decisión del recurso, quienes, en especial, no deben haber colaborado en el debate ni en la sentencia impugnada, y, por fin, en caso de reenvío la interdicción alcanza a los jueces que intervinieron en el primer debate y en la obtención de la sentencia impugnada.

C. LA COMPETENCIA PENAL ARGENTINA

1. Concepto y características de la competencia penal

I. Si por *jurisdicción* entendimos el poder del Estado de juzgar, esto es, la función judicial misma perteneciente al Estado, y por *jurisdicción penal*, prácticamente, el poder del Estado de aplicar penas, es decir, su función penal, la palabra *competencia* o su adjetivación como *competencia penal* denotan, según una excelente metáfora, la *medida* en la cual ese poder es concedido por la ley a un tribunal determinado. Se trata, entonces, de una aplicación práctica del concepto de jurisdicción, en el sentido de que las reglas de competencia indican la *capacidad* de un funcionario u órgano estatal para ejercer el poder de juzgar conflictos sociales o, en materia penal, la de aplicar penas[209].

La razón de ser de estas reglas reside en la cantidad de asuntos que deben tramitar y juzgar los tribunales, según ya fue dicho. Esa realidad y diversos criterios políticos, que configuran los llamados *puntos de conexión*, imponen una división de los asuntos a conceder a un tri-

209 Así, CLARIÁ OLMEDO, *Competencia penal en la República Argentina*, cit., nº 9, ps. 13 y ss. Capacidad y facultad son palabras que, al menos en la teoría del Derecho, son equivalentes (cf. mi *Función normativa de la nulidad*, cit., ps. 113 y ss.); precisamente, en materia de organización estatal, se utiliza habitualmente la palabra *competencia* para designar esa función normativa.

bunal que, en ciertas ocasiones se refiere al territorio en el cual un tribunal ejerce jurisdicción[210], en otros casos, se relaciona con la rama específica del orden jurídico cuyo punto de vista rige el asunto a tratar, con cierta característica de esos asuntos o con la función del tribunal en el procedimiento (división por *materia*: civil-penal-contenciosoadministrativa-laboral, correcional-criminal o de primer grado o instancia-apelada), y, por fin, en otras situaciones se vincula a las características de la persona del justiciable o de alguno de los protagonistas del conflicto social a enjuiciar (Estado, Provincia, funcionario público, embajador o representante de un país extranjero, comerciante). Como se ha dicho[211], la *misión de la competencia es ordenar la jurisdicción*, el poder estatal de juzgar o aplicar penas, en tanto éste, como manifestación de la soberanía, necesita de ese orden debido a su extensión, necesidad práctica de toda buena administración de justicia.

II. La nota que diferencia la *competencia penal* de otras competencias judiciales, sobre todo de la competencia referida a asuntos de Derecho privado propiamente dicho, es su carácter de *inalterable* (principio de la *perpetuatio iurisdictionis*[212]), por variación de los elementos que la constituyeron, e *improrrogable* por voluntad individual o conjunta de los sujetos de un procedimiento. El único parámetro para atribuir competencia a un tribunal, en materia penal, es la ley, razón por la cual también se ha dicho, sin querer significar otra cosa, que esa competencia es *absoluta*[213]. Resulta sencillo entender la razón de esta característica: el *principio del juez natural* o *legal*[214] impide que los hechos futuros varíen la radicación de una causa o alguno de los protagonistas del caso –el imputado o la víctima y, más extensamente, el acusador o el juez– elija el tribunal competente o, en el caso de los jue-

[210] Este criterio constituye una definición común de la palabra jurisdicción y la primera referencia a la competencia: cf. *ibidem*, p. 14.

[211] CLARIÁ OLMEDO, *idem*, p. 15.

[212] Cf. LOIACONO, Virgilio, *Los jueces naturales y el ámbito temporal de la nueva ley de competencia [Los jueces naturales]*, en "Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, 1971, III, ps. 198 y ss.; ver este libro, ps. 767 y siguientes.

[213] *Ibidem*, n° 12, ps. 16 y siguiente.

[214] Ver esta obra, t. I, § 7, B, 4, ps. 763 y siguientes.

ces, se arrogue por sí mismo esa facultad, ya por voluntad o decisión individual, ya por pactos o acuerdos entre ellos[215]. A pesar de que el principio cobra sentido como garantía individual, esto es, básicamente para quien es perseguido penalmente, él opera políticamente por sobre esa caracterización, para impedir cualquier modo de elección del tribunal, incluso aquella que podría realizar el propio imputado.

El hecho de que la ley nacional nº 27, art. 2, haya exigido como presupuesto de la intervención de la justicia federal la *instancia de parte* (*nemo iudex sine actore*), pues *prohibió proceder de oficio* (*ne procedat iudex ex officio*) y limitó su competencia a *casos contenciosos*, ha promovido el interés de algunos por indicar como nota definitoria el carácter *no oficioso* de su intervención o por debatir acerca del punto[216]. Este interés se justifica más aún en materia penal, pues, en el régimen de la persecución penal pública (CP, 71), ordinario en esta rama jurídica, las acciones penales deben ser *ejercidas de oficio*. Con razón apunta D'Álbora[217] que esta característica no abarca sólo a la competencia federal, sino que, antes bien, comprende a toda jurisdicción judicial y, en especial, a la materia penal, como resultado de la observancia del principio acusatorio, pues, si bien a la época de su libro los jueces nacionales, en los delitos de acción pública, podían iniciar el procedimiento por impulso propio –aspecto que, entre otros, conducía a discutir el carácter judicial de la llamada *instrucción jurisdiccional*–, no podían condenar sin requerimiento expreso del acusador. La afirmación del principio acusatorio conduce a rechazar la actuación de oficio de los tribunales, esto es, a sostener la característica negativa que promueve este párrafo, con variadas repercusiones durante todo el procedimiento penal, de alcance discutible y discutido, que examinaremos en el lugar oportuno, al estudiar los actos del procedimiento[218]. Repárese en que ello da pie a la necesidad de instituir un órgano estatal, el ministerio público, que lleve a cabo

215 En materia de Derecho privado e, incluso, también en materia de Derecho público, en ocasiones, las partes contendientes en un asunto pueden prorrogar expresa o tácitamente la competencia del tribunal, sobre todo cuando se trata de la competencia territorial.

216 También la exclusión de la llamada jurisdicción voluntaria del ámbito de la justicia federal y el impedimento de la resolución de cuestiones abstractas sin referencia a un caso concreto: cf. D'Álbora, *La justicia federal (su competencia penal)*, cit., ps. 41 y s., con cita de Lascano, David, *Jurisdicción y competencia*, Buenos Aires, 1941, p. 339, y de la jurisprudencia de la CSN; sin embargo, la CSN ha hallado justificación actual para resolver un caso que, por el transcurso del tiempo, había dejado de ser un conflicto social concreto ("B. A. s/autorización judicial" [B. 575. XXXVII], res. 7/12/2001).

217 *Ibidem*, p. 41.

218 Una de esas repercusiones, que determina distintas decisiones de tribunales máximos en la organización judicial, quizá la principal o, cuando menos, la más actual, puede examinarse en Maier, Julio B. J. y Langer, Máximo, *Acusación y sentencia*, en "Nueva Doctrina Penal", cit., 1996/B, ps. 617 y siguientes.

las acciones penales y así evite que los tribunales conozcan por sí mismos y sin condicionamiento alguno.

2. Puntos de conexión o criterios para dividir la competencia

En nuestro país se ha exagerado demasiado con relación a los criterios para dividir la competencia. Se concibe así, como puntos de conexión, al *territorio*, a la *materia* jurídica sobre la que versa el asunto judicial, en particular a la materia penal (especialización de los tribunales) o, dentro de ella, a alguna división relativa a la gravedad de la imputación (*correccional – criminal*) o a una especialización mayor aún (*jóvenes* o *menores*), a la *persona* imputada o víctima del delito, como sucede con las jurisdicciones especiales de personas aforadas, y a la *función* que cumple el tribunal en el período del procedimiento en el cual le toca intervenir. Tal proliferación se explica y está en consonancia con la idea que preside la organización judicial argentina, antes explicada (B, 1): cuerpos de decisión –llamados *tribunales* o *juzgados*– fijos y rígidos, con idéntica competencia territorial y material a la de otros órganos judiciales paralelos, entre los cuales toda cuestión relativa al reparto del trabajo común o de número de miembros que deben integrar un cuerpo de decisión para decidir el asunto, se transforma, automáticamente, en una cuestión de competencia y, casi siempre, en la verticalización de la función judicial.

El fenómeno resulta fácil de describir empíricamente, cualquiera que fuere el error de concepción del que parte, y es genérico para toda la República, a pesar de las distintas jurisdicciones judiciales autónomas (provincias que organizan su propio Poder Judicial). Se denomina *juzgado* a las integraciones unipersonales de un tribunal, con la particularidad de que, como es de esperar, existen muchos de ellos en la mayoría de las circunscripciones judiciales (división de la competencia por el territorio), incluso en materia penal, pues muchos son los asuntos penales en los cuales deben intervenir. A esos juzgados les compete, regularmente –en materia penal–, intervenir en el primer período del procedimiento, la investigación preliminar o procedimiento preliminar, ya para cumplir la tarea de un *juez de instrucción*, o bien para controlar la investigación cumplida por un agente del ministerio público (por ej., los *jueces de garantías* en la Pcia. de Buenos Aires). Entre uno y otro juzgado existe, normalmente, una mera distribución del trabajo, pues, como se sabe, los casos penales que arriban a una jurisdicción territorial determinada son numerosos y requieren de la actividad de varios jueces de instrucción o de garantías, de idéntica competencia. He aquí un ejemplo de cómo la división del trabajo se ha transformado en un problema de competencia entre jueces que cumplen tareas similares en la administración de justicia penal, problema que se decide a través de las reglas –regularmente llamadas *de turno*– dictadas normalmente por el órgano se superintendencia de cada jurisdicción territorial o por los tribunales superiores. Algo similar sucede cuando la ley decide la integración unipersonal del tribunal del juicio penal con órganos a los que designa como *juzgados correccionales*. Y, por su-

puesto, existen en cada circunscripción varios de estos juzgados, pues son numerosos los delitos leves cometidos en el territorio de la circunscripción judicial; entre ellos no existe una cuestión de competencia, que permanece idéntica para todos ellos[219], sino tan sólo un problema de distribución del trabajo, que sólo merece una reglamentación que evite el *forum shopping*[220]. Y, sin embargo, el juzgado correccional de la Ciudad de Buenos Aires nunca fue entendido como un tribunal compuesto por un número grande de jueces, de modo de poder solucionar sin mayor esfuerzo el problema de evitar que el mismo juez correccional, interviniente durante la investigación preliminar, sea la persona que presida el juicio penal, problema que plantea la descripción de la competencia correccional (antes citada); se entendió siempre que existían numerosos juzgados correccionales, uno por cada juez designado, con su respectivo personal y territorio propio (sus dependencias), y que, por ello, cada juzgado correccional de la Ciudad de Buenos Aires era una unidad u organismo judicial totalmente independiente de su vecino, de modo que a cada uno de ellos le estaba encomendada toda la competencia correccional regulada por el CPP. Se le hacía decir a la ley algo que no decía, pues ella trataba, en singular, la competencia del "juzgado correccional", que podía estar compuesto por varios jueces, cada uno de los cuales lo representaba íntegramente cuando se ocupaba de uno de los asuntos de su competencia, porque las decisiones sólo requerían una integración unipersonal: nada decía la ley acerca de que el mismo juez debía cumplir toda la tarea procesal en un asunto concreto, problema que debió resolverse según reglas más generales.

Por otra parte, la palabra *tribunales* se utiliza comúnmente como gentilicio, esto es, para denominar el conjunto de todos los órganos judiciales así organizados, esto es, el conjunto de juzgados y demás órganos judiciales que se ocupan de las tareas restantes en el procedimiento judicial, también en el penal. Pero también son denominados habitualmente *tribunales* los cuerpos de decisión colegiados que, o bien cumplen tareas en los recursos (tribunales de apelación, de casación), o bien se ocupan como tales de presidir el juicio penal (tribunales de juicio), sin advertir que la palabra procede etimológicamente de *tributo* y no guarda vinculación alguna con el número tres. Así, otra división de la competencia tiene como base la función del tribunal durante el procedimiento y a ella se responde con formaciones rígidas, fijas, de varios jueces, regularmente tres: tribunales de apelación (varias salas) a los que se designa como *cámaras de apelación*, divididos en salas fijas; tribunales de casación, denominados comúnmente *tribunales superiores* o *cortes supremas* en cada una de las jurisdicciones locales (provincias), organizados también en salas fijas de tres jueces; por fin, *tribunales de juicio*, denominados de esa manera o *cámaras penales* o *criminales*, también con formaciones rígidas de tres jueces.

[219] CPP Nación, 27.

[220] Desde el punto de vista del Derecho internacional, cf. Boggiano, Antonio, *Derecho internacional privado* (4ª ed.), Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, t. I, ps. 218 y ss., ámbito jurídico en el cual el problema no reside en la simple elección del juez, sino, antes bien, en la indeterminación de la ley material que rige el negocio jurídico, cuando, con motivo de jurisdicciones concurrentes e indeterminadas, se arrastra, al mismo tiempo, la solución material del litigio por aplicación del principio *lex fori*.

137

A ello se le agrega una organización totalmente vertical, conforme al principio jerárquico, según la cual el juez unipersonal resulta ser el eslabón más débil, controlado por el camarista y, en definitiva, por el magistrado de la corte de casación, cúspide del sistema. Tal tipo de organización ha provocado no pocas interpretaciones irregulares de las reglas de procedimiento, a la vez de constituirse en uno de los principales motivos de la falta de independencia de los jueces frente a la misma organización del Poder Judicial, esto es, frente a otros colegas de mayor jerarquía que les imponen sus criterios para proceder, absolver o condenar, incluso mediante mecanismos jurídicos operativos[221].

Los puntos de conexión que utiliza un sistema de competencia penal deberían ser simplificados, a la par de la simplificación y horizontalización de la misma organización judicial. Dentro de una misma circunscripción territorial los problemas de competencia representan cuestiones meramente formales, cuya solución demanda un esfuerzo inútil y un retraso de los procedimientos judiciales, cuando son planteadas. Esas cuestiones, lamentablemente, son frecuentes, tanto en forma de defensas esgrimidas por quienes intervienen en un procedimiento (excepción dilatoria, declinatoria o inhibitoria), como a la manera de conflictos –negativos o positivos– entre jueces o tribunales. Si se prescinde de la decisión acerca de la especialización de los tribunales en materia penal (competencia por materia), problema perteneciente a otro orden de razonamiento y argumentación (ver *supra*), el único punto de conexión importante es el *territorio*, a la vez un criterio básico para la organización judicial. Sobre la base de la división del territorio se puede crear tribunales o audiencias judiciales compuestas por un buen número de jueces, proporcional a la población que habita en ellos, jueces que, en principio, cumplan todas las funciones que el ordenamiento procesal penal tiene reservado para ellos. La ley se encargará de determinar, también, la integración necesaria de los cuerpos de decisión, esto es, las combinaciones necesarias entre los jueces o entre ellos y los ciudadanos que participan accidentalmente en la administración de justicia o, de otra manera, cuándo corresponde la intervención unipersonal de alguno de los jueces en la decisión de una cuestión judicial. Es posible también, pero no es necesario, dividir el ámbito de los hechos punibles (delitos –sólo eliminamos las contra-

221 Cf. Arce y Díaz Cantón, *Obligatoriedad de los fallos plenarios. Su inconstitucionalidad*, cit., ps. 189 y siguientes.

venciones o faltas en mérito a la sencillez del relato y porque, naturalmente, pertenecen a otro orden institucional de persecuciones, en ocasiones ya sin carácter penal[222]–) para crear unas audiencias judiciales que se ocupen de juzgar los delitos más leves, quizá más circunscriptas territorialmente y más próximas al lugar del hecho, y otras, de territorio más vasto, para juzgar los delitos graves (menor y mayor cuantía en materia penal). En territorios poblados ello permitiría, quizá, aproximarse a la justicia vecinal en el juzgamiento de los hechos punibles de menor gravedad y, por ende, responder frecuentemente en ese ámbito, y debido a esa concepción de la justicia, con mecanismos de sustitución del sistema penal (suspensión del juicio a prueba, conciliación autor-víctima, reparación).

Esta concepción simplificada de la competencia judicial facilitaría también la organización judicial, que debería acompañarla. Estimo que una reforma de esta organización y de los puntos de conexión relativos a la competencia es hoy de capital importancia, a pesar de que no seduce como tema de reforma, por su carácter eminentemente práctico.

3. Estado federal y competencia de los tribunales

La República Argentina es, al menos jurídicamente, un Estado federal. Ello significa, para nosotros, que la "unión nacional" –la República– ha sido constituida "por voluntad y elección de las provincias que la componen" y por un "Congreso General Constituyente" que reunió a "los representantes del pueblo de la Nación Argentina"[223], cuya labor nos concedió el texto central de nuestra Constitución política y jurídica (1853/1860[224]), aún hoy vigente, con escasas

222 La evolución universal las ha transformado en problemas administrativos, una vez que eliminó de ellas la pena privativa de libertad: cf. ROXIN, *Strafrecht AT* (3ª ed.), cit., § 2, XIII, p. 30 y s.; MAIER, Julio B. J., *Sistema penal y sistema contravencional*, en "Actualidad en el Derecho Público", Ed. Ad-Hoc, mayo- agosto 2000, ps. 27 y siguientes.

223 CN, *Preámbulo*.

224 Cf. *Diario de sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la Constitución federal*, Ed. Imprenta del Comercio del Plata, Buenos Aires, 1860, con todos los documentos necesarios para estudiar la primera reforma de la Constitución nacional de 1853, que permitió la incorporación de la provincia de Buenos Aires a la Confederación argentina, desde ese momento llamada también República o Nación Argentina; ver allí, en especial, el *Informe de la Comisión examinadora de la Constitución Federal*, ps. 69 y siguientes.

reformas[225]. El texto se halla, en materia de jurisdicción y organización judicial, próximo al establecimiento de una confederación, a semejanza de su modelo principal, la Constitución y la unión nacional de los EE.UU. Pero no todos los estados federales reconocen idéntico origen o idéntica organización: son distintos, por ejemplo, la República Federal de Alemania (RFA), con aspectos similares y otros distintos al nuestro, sobre todo desde el punto de vista de la organización judicial, y, antes bien, el reino de España, que reconoce ciertas autonomías locales, pero que ni siquiera es una república[226]. Interesa ahora destacar las repercusiones que, en materia judicial y penal, importan el hecho de pertenecer a un Estado federal y de su génesis, antes aclarada por sus términos fundamentales.

El propósito de *afianzar la justicia*, que expresa nuestra Constitución nacional[227], se debe lograr, conforme a su propio texto, a través de las organizaciones judiciales provinciales –esto es, locales–, sobre quienes recae, en principio, la obligación de *asegurar la administración de justicia*[228], deber cuyo incumplimiento –si así cabe denominarlo aunque más no sea metafóricamente– se amenaza con la *intervención* del gobierno federal en el territorio de la Provincia que no presta correctamente ese servicio básico del Estado, con el fin de *garantir la forma republicana de gobierno*[229]. Pero ese mismo deber recae sobre el Estado federal, por vía de excepción, en *las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75, por tratados con las naciones ex-*

[225] De las cuales la más próxima, en 1994, es la más extensa y, a la vez, la más discutible: cf. Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de Derecho constitucional argentino*, t. VI, *La reforma constitucional de 1994*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995; Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, t. I, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1997; Sabsay, Daniel A. y Onaindia, José M., *La Constitución de los argentinos* (5ª ed.), Ed. Errepar, Buenos Aires, 2000.

[226] Para el estudio de nuestras particularidades como federación y diferencias con otros estados federales, cf. Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina [Bases]*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1966, ps. 102 y ss. (expresa comparación con EE.UU., Alemania y Suiza, ps. 117 y ss); sintéticamente, González, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina*, Ed. Estrada, Buenos Aires, 1983, Cap. XX, ps. 641 y siguientes.

[227] CN, *Preámbulo*.

[228] CN, 5.

[229] CN, 6.

tranjeras, o en las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros, de almirantazgo y jurisdicción marítima; en *los asuntos en que la Nación sea parte* y en *las causas que se susciten entre dos o más provincias, entre una provincia y los vecinos de otra, entre los vecinos de diferentes provincias y entre una provincia o sus vecinos contra un Estado o ciudadano extranjero* (competencia federal)[230], o, según distribución natural, cuando *las cosas o las personas cayeran bajo sus respectivas jurisdicciones* (competencia en razón del territorio)[231]. Esta distribución de competencia entre las administraciones de justicia federal y las locales, aun en materia penal, resulta natural o común para los estados federales[232], aun cuando tal distribución no responda a criterios idénticos en todos ellos, sino, antes bien, a las particularidades propias de cada uno de esos estados. De tal manera, constituye un acierto la expresión que define sencillamente la organización judicial de nuestro país como *coexistencia de la justicia federal con la justicia provincial* y, a continuación, aclara que *aquella sólo comprende algunos objetos de interés para el Estado [federal] y en ningún caso, como principio, los asuntos ordinarios regidos por el Derecho común*[233]. En el próximo número intentaremos fijar, brevemente, los criterios básicos de la organización judicial federal argentina o, si se quiere, los criterios básicos de separación entre asuntos correspondientes a la administración de justicia federal y a la administración de justicia local (provincial o de la Ciudad –autónoma– de Buenos Aires).

Acierta también el autor inmediatamente antes citado –Francisco J. D'Álbora– al desarrollar sintéticamente la razón principal de la coexistencia y, antes bien, de la existencia de la llamada *justicia federal* en materia penal: "La forma de gobierno que la Constitución nacional adoptó para nuestro país determina la necesidad de un doble ordenamiento jurisdiccional, que aparece así exclusivamente impuesto por el sistema fe-

230 CN, 116 (texto originario [1853/60]: art. 100).

231 CN, 75, inc. 12 (texto originario [1853/60]: art. 67, inc. 11), hoy sólo subsistente temporalmente, hasta tanto se instrumenten los poderes jurisdiccionales de la Ciudad de Buenos Aires, dada la autonomía de ese territorio, con facultades jurisdiccionales propias (CN, 129, I), y la inexistencia actual de territorios nacionales. La competencia de los tribunales nacionales en los lugares en los que la Nación ejerce potestad exclusiva de legislación por razones de utilidad nacional, situados en territorio de una provincia, pese a tener cierta conexión con el territorio, deriva, sin embargo, del art. 116 de la CN, arriba nombrado (puntos regidos por la Constitución o por las leyes de la Nación).

232 Cf. Alberdi, *Bases*, cit., ps. 235 y s., nota 1.

233 Cf. D'Álbora, *La justicia federal (su competencia penal)*, cit., p. 14.

(3)

deral que aquélla consagra. Es que al crearse un gobierno nacional se hizo indispensable establecer los órganos idóneos para atender a su integridad y ello se traduce, en la órbita de la justicia federal, en la defensa y resguardo de las instituciones, intereses y seguridad federales, fundada en la consideración de que el gobierno central deja de existir cuando pierde el poder de protegerse a sí mismo en el ejercicio de las facultades que le incumben como tal"[234]. Con otras palabras, es propio de un Estado, más aún si se trata de uno *republicano*, el establecer su propio Poder Judicial, con la función de aplicar la ley penal y con exclusión de los otros dos poderes estatales (Ejecutivo-Legislativo); y, en segundo lugar, el *sistema federal*, que también adopta nuestra Constitución nacional (art. 1) para nuestro gobierno, impone la coexistencia coordinada de los estados locales con el Estado central, coordinación que, según la forma prevista por la CN, 121 (originariamente, art. 104), depende del *poder delegado por las provincias al gobierno central, pues ellas conservan todo el poder no delegado*[235]. De la misma manera o con el mismo principio opera la distribución del llamado *poder jurisdiccional* entre las provincias –agregada ahora la Ciudad [autónoma] de Buenos Aires– y la Nación, esto es, la asignación de la *competencia federal* o *local*[236]. De tal modo, constituye también un acierto señalar, después de la organización nacional según la Constitución de 1853/60, que "Tanto los tribunales nacionales como los provinciales –vale decir ambas jurisdicciones– surgen de la Constitución nacional: aquellos de los artículos 100 y 101 y los últimos de los arts. 5, 67, inciso 11, y 104"[237] (numeración de la Constitución originaria nombrada; hoy arts. 116, 117, 5, 75, inc. 12, y 121). Las bases de la organización judicial federal están en los arts. 108 y ss. de la CN, y las constituciones locales hacen lo propio en sus respectivos textos[238]. Se debe apuntar, además, que la CN, 75, incs. 20 y 32, confiere al Congreso de la Nación (Poder Legislativo federal) la potestad de *establecer tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia* y la de *hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina*, esto es, sintéticamente, la facultad de crear y organizar el Poder Judicial federal. Es imposible abarcar la explicación no sólo de todas las organizaciones judiciales que operan en materia penal en la República Argentina, sino también, tan sólo, la explicación de todas las reglas de competencia que operan internamente en cada una de esas organizaciones; por esta razón, este libro sólo contendrá la explicación de la competencia federal –y de ella tan sólo una explicación básica–, pues, como dijimos, no se trata de un libro dedicado al Derecho de la organización judicial, sino, antes bien, al Derecho procesal penal propiamente dicho, según siempre lo aclaramos[239].

234 *Ibidem*, p. 13.

235 Cf. CLARIÁ OLMEDO, *Competencia penal en la República Argentina*, cit., ps. 25 y siguiente.

236 *Ibidem*, p. 26.

237 D'ÁLBORA, *La justicia federal (su competencia penal)*, cit., p. 15.

238 Por ej., CCBA, 106 y siguientes.

239 Para una aproximación al estudio más particularizado de la competencia penal argentina, aunque nunca exhaustiva por la autonomía legislativa y judicial de los estados locales, los libros ya citados: CLARIÁ OLMEDO, *Competencia penal en la República Argentina*, cit.; D'ÁLBORA, *La justicia federal (su competencia penal)*, cit.; más ALSINA, *La justicia federal*, citado.

Conviene recordar también aquí, como previsión constitucional (CN, 32), que *el Congreso federal no puede establecer la jurisdicción federal para leyes que restrinjan la libertad de imprenta* (de prensa, hoy extensiva, por analogía, a otros medios de información), entre ellas, aquellas penales que limiten esa libertad, aunque éste no sea el momento de discurrir sobre el origen histórico y debatir acerca de la interpretación cabal de la regla[240]; tal previsión constitucional deriva de afirmar que las provincias (estados locales) *conservan todo el poder... que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación*, uno de los cuales es, precisamente, éste, según la Constitución nacional de 1853/60[241].

En idéntico sentido excluyente, pero de distinto modo, la CN, 75, inc. 15, ha quitado de la competencia normal de la CSN (CN, 127) y, por tanto, de la competencia de la organización judicial federal, las controversias de límites entre las provincias, cuya decisión corresponde al Congreso de la Nación[242].

Pero resulta importante conocer de antemano cuál es la razón básica de política jurídica que informa esta división de jurisdicciones, nacional o federal y local, en la legislación argentina, ya que ella, por una parte, difiere de la de otros estados federales y, en especial, de la de aquel cuya Constitución le sirvió de modelo[243], y, por la otra, constituye un sistema especialísimo que reúne la integración legislativa (unificación, al menos del Derecho material) con la descentralización casi total del poder jurisdiccional. Tal desviación del modelo, consis-

240 Cf. NÚÑEZ, Ricardo C., *Un desfiguramiento de la Constitución*, en "Jurisprudencia Argentina", Sección Doctrina, Buenos Aires, 1973, ps. 55 y ss., para quien la regla se refiere, principalmente, a la llamada *jurisdicción legislativa*, esto es, al poder de legislar; BERTONI, Eduardo, *El artículo 32 de la Constitución nacional y la jurisdicción en materia de imprenta en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires*, en *Libertad de expresión en el Estado de Derecho*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2000, ps. 149 y ss.; sobre la libertad de expresión, de información y de prensa, NINO, *Fundamentos de Derecho constitucional*, cit., § 36, ps. 260 y ss., con especial referencia al Derecho argentino y a su práctica (ps. 272 y ss.), y a la garantía de exclusión del Derecho y jurisdicción federales (CN, 32; ps. 276 y siguientes); MAYER, *El Derecho público de prensa*, cit., Cap. VII, ps. 137 y siguientes.

241 El mismo art. 32 y la frase citada, a la que se refiere la nota, constituyen reformas que la provincia de Buenos Aires colocó como condición para su incorporación a la Confederación argentina y que fueron aceptadas por la Confederación (reforma de 1860: cf. *Diario de sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la Constitución Federal*, cit., *Plan de reformas*, ps. 96 y 100, y *Constitución de la Confederación Argentina sancionada el 1° de mayo de 1853, anotada con las reformas hechas por la Convención del Estado de Buenos Aires-1860*, Ed. Imprenta del Comercio del Plata, Buenos Aires, 1860, ps. 5 y 13, notas 9 y 25, respectivamente).

242 Cf. D'ÁLBORA, *La justicia federal (su competencia penal)*, cit., Cap. IV, 7, *b*, ps. 46 y siguiente.

243 Cf. GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho constitucional argentino* (3ª ed.), Ed. Lajouane, Buenos Aires, 1931, t. III, Cap. XXII, ps. 167 y siguientes.

tente en la propuesta de edificar un único sistema de legislación central en materia civil y penal –propuesta por ALBERDI en sus *Bases*[244], defendida por el diputado GOROSTIAGA, miembro informante de la Comisión redactora de la CN en 1853, con modificaciones de redacción, y contradicha por el diputado ZAVALÍA, quien sostuvo que la facultad de legislación común correspondía a las provincias[245]–, que conducía sin complicaciones a una mayor unidad jurisdiccional, se refleja en la redacción definitiva de los arts. 75, inc. 12, y 116 de la CN (numeración actual; 1853: 64, inc. 11, y 97, y luego de 1898, 67, inc. 11, y 100), textos que, sin embargo, imponen la diversidad jurisdiccional. La justificación de la necesidad de mantener un único sistema de legislación central proviene, según lo explica ALBERDI, de nuestros orígenes históricos centralistas, como colonia real de España, y de nuestra realidad práctica, en el sentido de que las provincias imitarían, como hasta ahora, el ejemplo de la legislación de Buenos Aires y, sin dudarlo, de aquella que dictara el Congreso de la Nación, aun cuando no fuere obligatoria. Empero, ALBERDI, con alguna confusión, siempre concibió la coexistencia de tribunales locales (provinciales) y tribunales federales, encargados los primeros de juzgar, en principio, *los asuntos ordinarios de carácter civil, comercial o penal* y comprensivos los segundos de *ciertos objetos de interés para todo el Estado*[246]. No obstante, sus propuestas en este rubro nunca obtuvieron completa aquiescencia de parte de las provincias argentinas. Es así que, cuando la Provincia de Buenos Aires se incorpora a la Confederación, en 1860, genera dos reformas del texto que aclaran la reserva expresa formulada por las provincias respecto de la aplicación de esas leyes generales –entre ellas el Código penal y la ley penal común–, de conformidad con la cláusula contenida en el art. 121 de la CN (*poderes no delegados* o *reservados*)[247]: esas leyes serían interpretadas y aplicadas por las administra-

[244] Cf. su *Proyecto de Constitución*, art. 67, inc. 5°, en ALBERDI, *Bases*, cit., p. 226.

[245] Cf. RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas constituyentes argentinas 1813-1898*, Ed. Peuser, Buenos Aires, 1937, t. 4, ps. 528 y siguientes.

[246] Cf. ALBERDI, *Bases*, cit., 97, nota 1, ps. 235 y s., complementariamente, ps. 90 y 119).

[247] Cf. *Diario de sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la Constitución federal*, cit., 7ª sesión ordinaria, 7/7/1860, ps. 225 y ss., y 234 y ss.; 10ª sesión ordinaria, ps. 320 y s.; *Anexos. Plan de reformas*, cit., ps. 86 y s. y 98; *Constitución de la Confederación Argentina sancionada el 1° de mayo de 1853, anotada con las reformas hechas por la Convención del Estado de Buenos Aires-1860*, cit., ps. 8 y 13.

ciones de justicia provinciales (jurisdicción local) o por la administración de justicia del Estado federal (jurisdicción nacional o federal), *según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones*, regla que, como bien lo ha expuesto la jurisprudencia histórica de la Corte Suprema, concede a las provincias, de ordinario, la interpretación y aplicación final de esas normas en los pleitos que se susciten con referencia a ellas, asuntos que fenecerán en sus propias organizaciones judiciales, salvo el desconocimiento por invalidez constitucional de las reglas contenidas en esos códigos[248].

La *competencia federal*, entonces, resulta *de excepción* y se reduce a los asuntos o casos que, conforme a algún criterio o punto de conexión específico, le concede la propia CN[249], en definitiva, la tesis de ALBERDI.

4. Breviario sobre competencia federal

a) Características y legislación aplicable

I. Ésta, que hemos mencionado inmediatamente antes, es la única característica específica de la competencia judicial del Estado federal y se debe a la particular conformación de la federación de estados (provinciales) en la República Argentina. Se expresa exactamente lo mismo, aunque desde otro punto de vista y con otras palabras, cuando se dice que ella es *expresa y limitada*. Con la primera de las características se desea acentuar que la administración de justicia federal sólo interviene en alguno de los casos específicos que hoy enuncia el art. 116 de la CN, en el cual están sintéticamente desarrollados todos los puntos de conexión que atribuyen competencia a los tribunales federales en materia penal. Es por ello que, entre nosotros, la competencia federal en materia penal está prevista en la misma CN y la ley del Congreso de la Nación no puede ampliar el marco de esta competencia[250];

248 Cf. GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho constitucional argentino* (3ª ed.), cit., t. III, ps. 171 y siguiente.

249 Cf. ALSINA, *La justicia federal*, cit., Cap. II, 2, A y B, ps. 31 y ss.; CLARIÁ OLMEDO, *Competencia penal en la República Argentina*, cit., nº 119 y 120, ps. 159 y ss.; D'ALBORA, *La justicia federal (su competencia penal)*, cit., Cap. III, *b* y *c*, ps. 36 y siguientes.

250 Cf. NÚÑEZ, *Un desfiguramiento de la Constitución*, cit., p. 556, y, del mismo autor, *Otro desfiguramiento de la Constitución*, en "Jurisprudencia Argentina", Sección Doctrina, Buenos Aires, 1974, ps. 387 y siguientes.

135

tampoco puede ampliar ese margen, por supuesto, la ley de alguna Provincia, por delegación de alguna de sus competencias judiciales, pues ni siquiera puede reglamentar, como el Congreso de la Nación, cláusulas de la CN[251]. Con la segunda de estas características sólo se acentúa el adverbio *sólo*, en el sentido de que, asimismo, la administración de justicia federal interviene, en materia penal, únicamente en esos casos, reglados por la CN. Se suele agregar que la competencia penal federal es *privativa* y *excluyente*, adjetivos con los cuales se pretende ahora acentuar el otro costado de la característica apuntada al finalizar el punto anterior: precisamente, cuando se trata de un caso comprendido en la excepción, debe intervenir el tribunal federal competente y ningún tribunal local, por motivo alguno, puede desplazarlo[252].

Las demás características que los autores y la jurisprudencia de los tribunales le adjudican a la competencia penal federal[253] no son, en verdad, privativas de ella o, si se quiere, no proceden de una característica propia. Se suele decir que la competencia federal es *inalterable* [254], en el sentido de que la intervención de los tribunales federales, competentes según esas reglas, queda fijada al momento de suceder el hecho en el que consiste la imputación penal y no se altera posteriormente, a pesar de los cambios que sucedan en el mundo de los hechos[255], y es *improrrogable*[256] por voluntad de los intervinientes en el procedimiento. Pero, precisamente, esas son características genéricas de la competencia penal, que no puede atribuirse singularmente a la competencia federal[257]. Con razón, ALSINA (antes citado) no se refiere a la competencia penal y sólo se refiere a la competencia en asuntos de Derecho privado e incluso allí aclara supuestos de prorrogabilidad y de improrrogabilidad de la competencia federal.

[251] CN, 28 y 75. Por esta razón y siempre que se hubiere mantenido dentro de las normas constitucionales que regulan la competencia, la ley n° 48 pudo reglamentar la competencia federal, de conformidad con el art. 97 (luego 100 y hoy 116) de la CN y sus remisiones. Sobre el exceso de las legislaturas locales en su competencia legislativa y en materia penal, cf. DE LA RÚA, *Un agravio federal*, cit., ps. 1199 y siguientes.

[252] En este sentido también NÚÑEZ, *Otro desfiguramiento de la Constitución*, cit., p. 389.

[253] Cf. los autores citados en la nota 249 de este parágrafo, p. 520.

[254] Cf. CLARIÁ OLMEDO, *Competencia penal de la República Argentina*, cit., n° 124, ps. 163 y ss.; D'ÁLBORA, *La justicia federal (su competencia penal)*, cit., Cap. III, 5, e, ps. 39 y s.; ALSINA, *La justicia federal*, cit., Cap. II, 2, G, p. 39.

[255] Desafectación de la utilidad nacional del lugar en el cual se cometió un delito o transmisión de la propiedad por el Estado federal de una cosa afectada por el delito, ejemplos elocuentes de D'ÁLBORA, *La justicia federal (su competencia penal)*, cit., p. 40.

[256] Según agrega ALSINA, *La justicia federal*, cit., Cap. II, 2, F, ps. 38 y siguientes.

[257] Ver este parágrafo, C, 1, II, ps. 509 y siguientes.

Tampoco constituye una característica de la competencia federal, en general, la de ser *suprema*[258], por remisión al argumento fundado en que las decisiones de la justicia local son revisables por la Corte Suprema por intermedio del *recurso extraordinario de apelación* previsto por el art. 14 de la ley n° 48. El argumento es incorrecto para la calificación expresada, pues, en primer lugar, toda sentencia definitiva de mérito de un tribunal nacional o local es pasible (objeto idóneo) del recurso extraordinario de apelación ante la Corte Suprema de la Nación en los casos limitados que prevé la regla citada (supremacía constitucional y federal), y, en segundo lugar, porque las decisiones de los tribunales superiores locales –en el sentido de últimos tribunales competentes según la ley para resolver el caso planteado– son tan definitivas en la aplicación de la ley común como lo son sus equivalentes en el orden nacional y, como se dijo, ambas decisiones son sólo impugnables ante la Corte Suprema en los limitadísimos casos de esa especie de casación federal que atribuye competencia recursiva a la Corte Suprema, tribunal de todo el país –y no tan sólo de la organización judicial nacional– cuya misión básica es custodiar la supremacía constitucional y de la ley federal dictada dentro de la competencia legislativa que la CN reserva al Estado federal.

II. Parece una de las llamadas "verdades de Perogrullo" el afirmar que la base jurídica de la competencia federal se halla en las reglas de la CN, sobre todo en su art. 116, pilar estructural de esa competencia y mención básica de sus puntos de conexión, sin excluir otras reglas cuya aplicación se observará al estudiar esos puntos en particular. Sin embargo, esa verdad es más valiosa por su costado negativo que por el lado de su afirmación: ella quiere indicar que la legislación común, del Congreso de la Nación, no puede atribuir competencia a los tribunales de la federación, ni transmitir asuntos de la competencia local a la competencia federal, según en diversas épocas el Congreso de la Nación insistió en creer por medio de su legislación y, lamentablemente, sin crítica inmediata de parte de los tribunales federales o locales[259]. El Congreso de la Nación sólo puede dictar leyes que establezcan y ordenen la organización judicial nacional o federal, por una parte, o que reglamenten las disposiciones sobre competencia federal contenidas en la Constitución, por la otra. Ése es su ámbito legislativo legítimo y

[258] CLARIÁ OLMEDO, *Competencia penal en la República Argentina*, cit., n° 122, p. 162; D'ÁLBORA, *La justicia federal (su competencia penal)*, cit., Cap. III, 5, *a*, ps. 35 y ss.; ALSINA, *La justicia federal*, cit., Cap. II, 4, C, ps. 35 y siguientes.

[259] Desde 1863 con la ley n° 49, con una suerte de *código penal de la justicia federal*, que contenía los delitos juzgables por esa organización judicial, ley hoy derogada por el CP de 1921, que destruyó este equívoco (cf. CLARIÁ OLMEDO, *ibidem*, n° 127, p. 166), hasta violaciones más próximas a nosotros de las reglas de competencia federal de la CN (cf. NÚÑEZ, *Un desfiguramiento de la Constitución* y *Otro desfiguramiento de la Constitución*, ya citados).

específico (cf. CN, 28 y 75, incs. 20, 30 y 32). Por ello es cierto que "Las diversas leyes que regulan la competencia federal deben necesariamente limitarse a explicitar la norma del artículo 100 de la Constitución nacional"[260]. La tesis opuesta "olvida...que para hacer efectiva la limitación de la competencia federal a los casos mencionados en el art. 100 [de la CN: hoy art. 116] basta y sobra el hecho de que la jurisdicción de los tribunales federales, por derivar directamente de la Constitución, no puede ser prorrogada y que si una ley la desconoce ampliándola indebidamente, los jueces deben declarar su incompetencia de oficio y en cualquier estado de la causa (Corte Supr., 17/6/871, Fallos 10-177; íd., 6/6/928, Fallos 151-324 o JA 27-897)"; afirmación que el autor apoya, a su vez, en la enseñanza originaria de Joaquín V. GONZÁLEZ y de la CSN: "Como todos los poderes creados por el pueblo para su gobierno, el judicial también tiene sus facultades limitadas, y lo están por el art. 100. Esto quiere decir que ningún tribunal nacional puede entender en una causa no comprendida entre las que allí se enumera(n) (*Manual de la Constitución argentina*, 6ª ed., Buenos Aires, Ángel Estrada y Cía, nº 603)"; y cuya cita merece ser extendida a la frase inmediata siguiente, "es restrictiva a los casos expresados", y complementada por la cita de las decisiones antiguas de nuestra CSN[261].

La actividad legislativa en este sentido comenzó en 1862, con la ley nº 27 de ese año, que organizó la Corte Suprema y los juzgados de sección, ley que fue reemplazada por la ley nº 48, más completa, que reglamentó también la competencia federal y que hoy todavía rige en diversos aspectos, según veremos al estudiar los puntos de conexión específicos. Esa actividad legislativa, prolífica por cierto a través del tiempo, se caracteriza por lo desordenada y, parcialmente, por su dependencia de los mismos códigos de procedimientos en las distintas materias[262]. Aquí sólo nos interesa, sin embargo, una mínima porción de esas reglas: aquellas que establecen los puntos de conexión básicos

260 D'ÁLBORA, *La justicia federal (su competencia penal)*, cit., p. 24.

261 NÚÑEZ, *Un desfiguramiento de la Constitución*, cit., p. 556. En la edición que se cita en este libro de GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución argentina 1853/1860*, la cita se corresponde con el nº 602, p. 589, y los *Fallos CSN* citados son: "s. I, t. 1. pág. 177; t. 9, pág. 53, s. II, t. 12, pág. 433 [nota 60, referida a la primera oración citada por NÚÑEZ]"; "s. I, t. 5, pág. 280 [nota 61, referida a la segunda oración, agregada aquí]".

262 Cf., por ej., el antiguo CPCrim. para la justicia federal y los tribunales de la capital y territorios nacionales, 19 y siguientes. Una reseña histórica hasta la aparición de sus libros, en las obras –aquí múltiplemente citadas– de CLARIÁ OLMEDO, *Competencia penal en la República Argentina*, cit., nº 127, ps. 166 y s.; D'ÁLBORA, *La justicia federal (su competencia penal)*, cap. II, ps. 24 y siguientes.

para la atribución de competencia a los tribunales nacionales (federales), de manera de deslindar esa competencia de la atribuida a los tribunales locales (provinciales), y nos interesan tan sólo aquellas referidas a la materia penal.

b) Puntos de conexión

I. Como expresamos de manera absolutamente genérica y sin referencia a una división específica, tres son los puntos de conexión clásicos para determinar la competencia de los tribunales, incluso de los federales cuando se trata de su separación con la competencia penal común o local: el *territorio* o *lugar* donde fue cometido el supuesto hecho punible, la *materia* sobre la cual recae el hecho punible y, por último, ciertas características de las *personas* que intervienen como protagonistas en el hecho punible. En el caso de la competencia federal todos estos puntos de conexión pueden reducirse a uno, *en razón de la materia*, pues, según se observó, todos los motivos que conducen a la competencia de los tribunales nacionales provienen del texto de la CN, que ha reservado para esa organización judicial ciertos conflictos definidos por el Derecho penal, en razón del interés que ellos y su solución representan para el Estado federal, su existencia y su funcionamiento, razón de ser de la delegación del poder de juzgar por las provincias[263]; no obstante, una discriminación tradicional, tal como la propuesta, es plausible, mejora la claridad de la exposición y se vincula mejor a criterios de orden práctico[264].

A continuación, según se podrá observar por simple lectura, no pretendemos fundar la competencia de un tribunal federal determinado, sino, tan sólo determinar qué casos corresponden a los tribunales pertenecientes a la organización judicial federal.

II. *Competencia territorial de los tribunales penales nacionales*. El lugar de comisión de un delito es uno de los puntos de conexión, el más clásico, para determinar la competencia de un tribunal en el caso, para indicar si el asunto pertenece a la competencia federal o local. Al respecto, la propia CN y sus reglas, como el contexto histórico real so-

[263] La idea y acierto también en D'Álbora, *La justicia federal (su competencia penal)*, parafraseando a Bidart Campos, citado por él, p. 95.

[264] Cf., en sentido similar, Clariá Olmedo, *Competencia penal en la República Argentina*, cit., nº 128 y ss., ps. 167 y siguientes.

136

bre cuya base esas reglas fueron dictadas, para el cual debieron ser sancionadas, o sobre el cual fueron aplicadas parecen bastante claros para explicar este tipo de competencia más allá de alguna duda.

El art. 75, inc. 12 (numeración actual), de la CN, en coincidencia con la delegación básica de competencia efectuada específicamente por las provincias en la administración de justicia federal, que contiene el art. 116 de la misma CN mediante remisión, reconoce la competencia de "los tribunales federales" –y también la de los "provinciales"– para la aplicación de la ley penal común –esto es, del CP y de las leyes penales complementarias– cuando "las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones". Si se admite –según ya lo hemos advertido– que la competencia federal es de excepción frente a la competencia judicial de los estados provinciales, entonces cabe preguntarse, inmediatamente, cuándo las cosas o las personas caen bajo la jurisdicción del Estado federal. El giro, también utilizado por la ley (reglamentaria) nº 48, art. 3, inc. 4, conduce directamente a los incs. 30 y 15, del art. 75 (numeración actual), de la CN, cuya numeración y texto anterior (art. 67, inc. 14 y 27) tornaban todavía más comprensibles esas reglas históricamente, conforme al contexto real al que se aplicaban: lugares adquiridos por compra o cesión en territorio provincial para establecimientos de utilidad nacional, el territorio de la capital de la Nación y los territorios federales, que no pertenecen a provincia alguna, todos territorios donde el Congreso de la Nación debe ejercer su potestad exclusiva –y, en principio, excluyente (texto histórico: inc. 27, art. 67)– de legislación. De tal manera, resulta claro que la palabra *jurisdicción* es utilizada, en el contexto del art. 75, inc. 12, en el sentido de *competencia territorial*, judicial o legislativa.

No provoca un problema mayor la interpretación referida a la determinación de los *establecimientos de utilidad nacional* y menos aún frente a las menciones que, a título de ejemplo –hoy desaparecidos del texto–, brindaba el texto originario de la CN (67, inc. 27), a saber, "fortalezas, arsenales, almacenes u otros establecimientos de utilidad nacional". El mismo carácter ostentan, por ejemplo, las universidades nacionales, un establecimiento de salud nacional, la delegación de un ministerio nacional o de la Policía Federal, situados en territorios provinciales o locales (Ciudad [autónoma] de Buenos Aires), etcétera. Los problemas que aquí pueden presentarse se refieren, antes que a la interpretación de la regla y a la intelección correcta de sus palabras, a la inclusión del establecimiento, por sus características especiales, en la categoría, algo inescindible de la textura abierta que siempre presenta el lenguaje, problema o defecto imposible de erradicar completa-

mente[265]. Desde otro punto de vista, el texto actual de la CN (art. 75, inc. 30, II), por ser más flexible, en tanto reconoce ciertos poderes de legislación locales sobre esos lugares (policía y tributarios) y no exige, por esa razón, poderes de legislación exclusivos y excluyentes atribuidos al Congreso de la Nación, contribuye para una mejor determinación del lugar que soporta la competencia federal: hoy sólo es necesario que el establecimiento ubicado en territorio provincial o local sea de *utilidad nacional* (interés federal), caso en el cual se impone la competencia de los tribunales federales, como ocurre, por ejemplo, con los denominados parques nacionales, instituidos por ley como establecimientos de utilidad nacional; no interesa para ello el ejercicio de poder de policía o impositivo concurrente por parte de la Provincia o de las provincias en cuyo territorio se ubica el parque.

Todavía más sencillo resulta determinar los *territorios nacionales*, lugares que también surten la competencia de los tribunales del Estado federal. La misma CN, 75, inc. 15, aclara que estos territorios son los que *quedan fuera de los límites que se asigne(n) a las provincias*.

Existieron, por fuera de las 14 provincias históricas, territorios nacionales extensos, que luego fueron "provincializados", durante el siglo XX: algunas provincias del noreste –como Chaco y Formosa– y del sur argentino –como Santa Cruz, Chubut, Río Negro, Neuquén y La Pampa–, son ejemplos de antiguos territorios nacionales transformados en provincias autónomas. Con la transformación en Provincia del territorio nacional de Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sud desaparecen los territorios nacionales, determinación fáctica presente que no importa condicionar el futuro.

Por lo contrario, la falta de coordinación del texto constitucional con las reformas introducidas en 1994 –en este caso, la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires: CN, 129– provoca la necesidad de una interpretación inteligente del inc. 30, del art. 75, de la misma Constitución. Quien lee apresuradamente la primera parte de la primera oración de esa regla –*"Ejercer una legislación exclusiva en todo el territorio de la capital de la Nación"*–, proveniente del texto histórico (CN, 67, inc. 27), y sabe que la Ciudad de Buenos Aires es aquella que, *por una ley especial del Congreso* fue *declarada capital de la República* y ostenta ese honor hasta la actualidad, no podrá menos que asombrarse cuando, al

[265] Para la discusión del punto ver nota 40 de este parágrafo, p. 449.

terminar de leer el texto completo de la CN, halle, en su art. 129, I, la declaración de *autonomía de gobierno, de legislación y de jurisdicción* referidos a la misma ciudad. Según se observa en la misma regla, sin embargo, *"mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación"*, *"una ley garantizará los intereses del Estado nacional"*. Se presenta, entonces, un caso idéntico a aquel de los *establecimientos de utilidad pública* situados en territorio provincial: los lugares que, en la Ciudad de Buenos Aires, representen establecimientos sobre los cuales se asienta un interés garantizado por el Estado federal, como las sedes de sus ministerios u otros establecimientos de utilidad pública nacionales, surtirán la competencia de los tribunales de la organización judicial nacional por razón del territorio. Esta afirmación representa una interpretación sistemática y estática del texto constitucional, pues la autonomía de gobierno, de legislación y de jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires ha sido concebida por los interesados directos, Nación y Ciudad, como un proceso gradual y consensuado de transferencia de competencias entre el Estado nacional, que las poseía sobre la capital de la República, y la Ciudad de Buenos Aires, que construye pausadamente su autonomía[266].

En la actualidad, la Ciudad [autónoma] de Buenos Aires no ejerce competencia penal propiamente dicha. El servicio de justicia, en materia penal, es ejercido, íntegramente (policía, ministerio público y tribunales), por autoridades administrativas o judiciales del Estado federal, todavía conocidos como "ordinarios" de la capital de la República. No obstante, además de sus tribunales en lo contencioso-administrativo, ya organizados y en funcionamiento pleno, la Ciudad organizó el comienzo de su fuero contravencional y de faltas, que, en razón de reemplazar la antigua práctica como expresión del poder arbitrario de legislación y punitivo de la Policía Federal, representa también un comienzo de legislación y jurisdicción punitiva[267]. La Ciudad prepara hoy

[266] Cf. CN, *Disposición transitoria* Décimoquinta; CCBA, en especial, *cláusulas transitorias* Décimosegunda, n° 5, y Décimotercera. La ley nacional n° 24.588 (denominada "ley Cafiero", por el legislador que la proyectó) regula hoy esta transferencia de competencias, con innumerables defectos, pues en lugar de reservar intereses federales, según prevé la norma constitucional, que parte de la afirmación de la jurisdicción local, enumera ciertas competencias que transfiere.

[267] Cf. CCBA, 81, inc. 2, y *cláusula transitoria* Décimosegunda, inc, 1, *b* y *c*, más la ley n° 10 (Código contravencional) y n° 12 (de procedimiento contravencional) de la Ciudad (autónoma) de Buenos Aires, todos instrumentos que revelan la desconfianza hacia el estado de cosas anterior y, como consecuencia, la asimilación a la legislación y jurisdicción punitivas, sus principios y limitaciones.

los instrumentos jurídicos (organización judicial y leyes procesales) para el ejercicio futuro de todas las competencias judiciales.

Pero allí no se agota la noción de territorio o de lugar como punto de conexión para la competencia de los tribunales federales. Los delitos cometidos en aguas territoriales argentinas o en alta mar, a bordo de embarcaciones de bandera argentina o que arriben a puertos argentinos, cuando corresponde por normas internacionales o nacionales la jurisdicción judicial argentina, deben ser juzgados por los tribunales federales, no sólo porque así lo disponen reglas constitucionales[268], sino, antes bien, porque esos lugares no constituyen territorio de alguna de las provincias, sino, precisamente, todo lo contrario: se trata, como en el caso de los territorios nacionales, de lugares sometidos a la jurisdicción federal. Algo idéntico ocurre con los ríos interiores interjurisdiccionales, en tanto sean navegables, y con los puertos de comunicación con el extranjero, por las mismas razones[269]. De allí que la ley n° 48, art. 3, incs. 1 y 2, reglamente correctamente el punto de conexión fijado por la CN[270]. El espacio y la navegación aérea siguen estos mismos principios, pues el primero no se considera afectado al territorio local –en el sentido del Derecho público– y la segunda resulta análoga a la reglamentación de las embarcaciones, en tanto se trata de comunicación interjurisdiccional o con estados extranjeros.

El estudio del territorio de nada sirve si se prescinde del estudio de la ley de competencia propiamente dicha. Ella, según ya observamos[271], se corresponde con el aforismo *forum delicti comissi* –lugar de comisión del hecho punible– incluso por razones constitucionales[272]. Esta observación sencilla dista, sin embargo, de representar una regla que solucione los diferentes casos de manera indudable. Por de pronto, como también ya se ha visto en este mismo parágrafo, al estudiar

[268] CN, 116 (sobre el significado jurídico de la locución "causas de almirantazgo y jurisdicción marítima", atributiva de la competencia federal, cf. D'ÁLBORA, *La justicia federal (su competencia penal)*, Cap. VII, n° 11, *d*, ps. 90 y ss., y 75, incs. 10 y 15.

[269] CN, 75, incs. 10 y 15.

[270] Las islas, sólo en tanto no pertenezcan al territorio provincial.

[271] Ver este libro, t. I, § 7, B, 4, VI, ps. 772 y siguiente.

[272] SCHIFFRIN, Leopoldo, *El "forum delicti comissi" como exigencia del art. 102 de la Constitución nacional*, en "El Derecho", Buenos Aires, 1974, t. 52, ps. 531 y siguientes.

137

la jurisdicción argentina (este parágrafo, A, 2, II), pueden diferir el lugar de la acción o de la omisión en la que consiste el hecho punible, del lugar en el cual se produce el resultado o el de residencia del bien jurídico atacado o puesto en peligro, expresión que conduce al domicilio o residencia de su portador, la víctima o el ofendido, como en el caso de los delitos a distancia. Pero, además, la misma acción se puede haber llevado a cabo u omitido en jurisdicciones distintas, como cuando, para matar (CP, 79), proporciono a mi víctima, en un viaje interjurisdiccional, pequeñas proporciones de veneno en cada una de las jurisdicciones que atravieso, federales o locales, o cuando dejo de asistir, en diferentes jurisdicciones, locales y federales, a alguien incapaz de valerse por sí mismo a quien yo debo cuidar, he colocado en situación de desamparo o he incapacitado (CP, 106). Los casos posibles se vuelven todavía más complicados cuando, además, provocan el resultado en otra jurisdicción territorial. El mismo resultado típico puede ocurrir en varias jurisdicciones[273]. No existe, según mi opinión, una receta certera para dar solución a estos casos complejos desde el punto de vista de la averiguación de la competencia territorial. Pero, a la par de tener presente que la competencia de juzgamiento del Estado federal es excepcional y, por tanto, debe estar perfectamente fundada, la CSN ha desarrollado entre nosotros la teoría de la *ubicuidad*, según la cual tanto el lugar de la acción, en las prohibiciones, o aquél en el cual debió producirse la acción, cuando el hecho punible consiste en un mandato de obrar (omisión punible), como el lugar del resultado, incluso el eventual en el cual debió producirse el resultado, en caso de tentativa, funda la competencia territorial[274]; y en esos casos, de competencia territorial alternativa, decide el lugar que promete mejores resultados para la realización del principio de defensa (mayor o menor proximidad con el domicilio del imputado o con su familia, o mejor

[273] Cuando ejercí mi profesión de abogado defendí un caso en el cual se pudo sostener que el comienzo de ejecución hasta casi el agotamiento de la acción había sucedido en territorio argentino, la Ciudad de Buenos Aires, en ese entonces, competencia federal por razón del territorio, su consumación formal había ocurrido en un país extranjero, pero el resultado típico también se había consumado en la República, con lo cual el caso no sólo se transformó en un problema de jurisdicción –poder de juzgar–, sino que, además, por aplicación del principio *lex fori*, arrastró a la discusión el problema relativo a la ley aplicable.

[274] Roxin, *DPP*, cit., § 8, A, I, 1, *a*, p. 38, para el Derecho positivo alemán, que contiene ya en el texto legal la cláusula de la alternatividad de los puntos de conexión.

posibilidad para la intervención de un defensor de confianza) o para la averiguación de la verdad (proximidad de los elementos de prueba)[275]. La ley, sin embargo, parece estimar como mejor regla subsidiaria otra distinta, relativa a quien previno, esto es, a quien intervino antes (en primer lugar) en el caso[276].

III. *Competencia material de los tribunales penales nacionales*. Cuando se alude a la *materia*, como punto de conexión de la competencia de la organización judicial federal, se menta el contenido concreto del hecho punible que se persigue, que, en el fondo, ataca o pone en peligro un interés federal, declarado así expresamente por la CN, en virtud de la delegación provincial, como cuando el hecho afecta al comercio exterior (contrabando) o a las rentas de la Nación, por ejemplo. A ello se refiere el art. 116, CN, que atribuye competencia *a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación*, con la expresión *"puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75"*. A pesar de que en las soluciones de casos concretos pueden presentarse discusiones acerca de si corresponde la competencia federal o local, dificultades casi siempre derivadas del hecho de interpretar los elementos del caso, más que su vínculo con la interpretación normativa, resulta bastante claro indicar aquello que, jurídicamente, la regla citada, atributiva de competencia, ha querido decir: se trata de aquellos poderes que las provincias han delegado en el gobierno federal, conforme a la regla del art. 121, CN, esto es, que las provincias no conservaron expresamente al tiempo de su incorporación o que conservaron tácitamente por no haberlos delegado de manera expresa, poderes que, en su mayoría, constan en los diferentes incisos del art. 75, CN, como atributo legislativo del Congreso de la Nación, con la excepción del inc. 12, en tanto manda unificar la legislación común en sus diversas ramas, entre ellas la penal, mas conservan-

[275] Sobre el criterio de *ubicuidad* y sus consecuencias: *Fallos CSN*, t. 271, ps. 396 y ss.; t. 288, ps. 219 y ss.; t. 292/2, ps. 530 y ss.; t. 294/1, ps. 257 y ss.; t. 306/1, p. 842; t. 311/2, ps. 2571 y ss.; t. 313, ps. 823 y s.; t. 317, ps. 485 y s., t. 321, ps. 1226 y ss., entre otros, decisión esta última en la cual el voto del Sr. Juez Enrique Santiago PETRACCHI resume el principio y las consecuencias descriptas en el texto; cf. también en la doctrina, para el problema del ámbito espacial de vigencia de la ley penal, BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general* [*DP (PG)*] (2ª ed.), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1987, § 17, a, 2, III, ps. 114 y siguientes.

[276] CPP Nación, 38.

do las jurisdicciones locales o federal según que las cosas o las personas caigan bajo alguna de estas jurisdicciones (en el sentido de jurisdicciones territoriales).

Así, surten la competencia federal los hechos punibles relativos a la legislación aduanera y a los derechos de importación y exportación (inc. 1), o que atacan o ponen en peligro la recaudación tributaria dispuesta por impuestos, tasas o contribuciones que fijan leyes del Congreso de la Nación (inc. 2), o a la moneda de curso legal (incs. 6 y 11), o que eludan las determinaciones del presupuesto nacional (malversación) o afecten las rentas del Estado federal(inc. 8), o aquellos que infringen la libre navegación de los ríos reglamentada por el Congreso de la Nación (inc. 10), o los hechos punibles referidos al cambio de moneda nacional en moneda extranjera (inc. 11), o aquellos que afectan al comercio exterior y a su reglamentación por el parlamento nacional (inc. 13), o a la comunicación por correo (inc. 14), a los ferrocarriles y canales navegables (inc. 18), o que lesionan los derechos de autor o atentan contra la pluralidad étnica o cultural (incs. 17 y 19), o que afecten la seguridad o la defensa del Estado federal (incs. 25, 27 y 28).

Con cierta razón, algún autor utiliza el criterio antes mentado para describir aquello que el actual art. 116, CN, define como *"leyes de la Nación"* en tanto punto de conexión atributivo de competencia a los tribunales federales[277]. Y, por ello, utiliza la expresión *"puntos regidos por la Constitución"* para designar a aquellos comportamientos punibles que la misma CN, en principio, define: los *atentados contra el orden constitucional y la vida democrática* definidos en los arts. 29 y 36 de la CN (CP, 226, 227 y 227 *bis*); otro tanto sucede con el art. 22 de la CN –*sedición*, CP, 230, salvo en lo que respecta a los poderes provinciales–; asimismo, el art. 119 de la CN define el delito de *traición contra la* Nación, consistente, únicamente, en tomar las armas contra ella o en unirse al enemigo prestándole ayuda y socorro, y encomienda al Congreso de la Nación la ley que fija la pena del delito (CP, 214, 215 y 216); finalmente, el art. 127 prohíbe a las provincias declarar la guerra contra otra provincia o, de hecho, hacer la guerra o iniciar hostilidades contra otra provincia, actos a los que nombra como *sedición* o *asonada*, alguno de los cuales ingresa en la definición del art. 229 del CP, que no observa a la letra el texto constitucional (lo mismo CP, 230, inc. 2). Estos hechos fundan siempre, sin duda, la competencia de los tribunales federales, en razón de que la norma que los define y,

277 Cf. D'Albora, *La justicia federal (su competencia penal)*, cit., ps. 66 y siguientes.

en principio, reprime o somete a una pena, es una regla constitucional. Es menester advertir que hoy se suman a esos hechos punibles, por una razón propia, los definidos y punibles según los tratados nombrados por el art. 75, inc. 22, II, de la CN, pues se trata de puntos regidos por la Constitución (ver los ejemplos citados *infra*, inmediatamente).

Cuando el art. 116, CN, somete a la competencia federal a *"todas las causas que versen sobre puntos regidos* [...] *por los tratados con naciones extranjeras"* y tal determinación se transfiere al Derecho penal, no se trata, precisamente, –o no se trata sólo– de la *extradición pasiva*[278], sino, antes bien, de aquellos tratados que incluyan la definición y represión de comportamientos punibles. Antes ese hecho no sólo no era frecuente, sino que era desconocido, porque el Derecho internacional sólo generaba deberes internacionales para los sujetos propios de esa rama jurídica, los estados nacionales, y, por lo contrario, no se ocupaba de la responsabilidad de las personas individuales. Pero hoy es frecuente el hecho de que convenciones internacionales se ocupen de definir hechos punibles, atribuibles a personas individuales, e, incluso, de obligar al Estado a incluir esos hechos en el catálogo de delitos o crímenes de su ley penal interna. Se trata, entonces, de causas que versan sobre puntos regidos por un tratado con naciones extranjeras y, por lo tanto, esos mandatos o esas prohibiciones fundan la competencia federal. Aunque el fundamento preciso ha sido enunciado inmediatamente antes, cabe también advertir que, al generar estos tratados la responsabilidad internacional del Estado federal por la represión y punición de estos delitos, de todas maneras existe un interés federal comprometido, que fundaría la competencia de los tribunales federales.

Como ejemplos pueden ser citadas: la *Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes*[279], la *Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura*[280], la *Convención interamericana sobre desaparición forzada de perso-*

[278] Como indica D'Álbora, *idem*, ps. 89 y siguiente.

[279] Aprobada el 10/12/1984 por la Asamblea General de la ONU (res. n° 39/46), abierta para su firma, ratificación o adhesión desde el 4/2/1985 y entrada en vigor el 26/6/1987; ratificada por el gobierno argentino el 24/9/1986 (ley de aprobación n° 23.338 del 30/7/1986).

[280] Suscripta en Cartagena de Indias (Colombia) el 9/12/1985 y entrada en vigor el 28/2/1987; ratificada por el gobierno argentino el 31/3/1989 (ley aprobatoria n° 23.652 del 20/10/1988).

138

nas[281]. Todas estas convenciones han sido ratificadas por la República Argentina, y la primera y la última integran el texto constitucional. Pero ese mismo texto menciona también convenciones que, sin definir la responsabilidad individual, establecen el deber de sancionar el delito para el Estado federal, en su ley penal (ej.: la *Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio*; tratados de esa clase[282] deben ser considerados también fundantes de la competencia federal, aunque no hayan sido incluidos en la cláusula constitucional citada, porque, como expresa el principio, se trata de causas regidas por tratados con naciones extranjeras). El llamado *Estatuto de Roma de la Corte penal internacional*[283], hoy vigente, define –y permite definir en el futuro mediante los órganos que crea–, asimismo, crímenes internacionales para cuyo juzgamiento son competentes, en principio, los estados nacionales, según diversas reglas de atribución y, sólo *subsidiariamente*, la Corte penal internacional que crea[284].

Sin embargo, tal determinación de la competencia de los tribunales federales afirma una contradicción con la característica general de la competencia de los tribunales federales establecida en este número (*a*, II) en el sentido de su rigidez, al ser fijada por la misma CN y sus reglas, y, consecuentemente, impedida su ampliación a voluntad por ley del Congreso de la Nación: aquí el hecho político, compartido entre el Ejecutivo y el Legislativo nacionales, de vincularse con una o varias naciones extranjeras en materia penal, mediante la definición y punición de delitos internacionales o el deber de definirlos y punirlos en la legislación interna modifica el ámbito de competencia de tribunales nacionales y locales fijado por la propia CN. Las modificaciones de ese ámbito por esta razón, no obstante, son justificadas, pues, a la par de que ciertos hechos, incluso legislativos, varían esa distribución de

[281] Sancionada en Belém do Pará (Brasil) el 9/6/94, en el 24° período de sesiones de la O.E.A., y en vigor desde el 29/4/1996; ratificada por la República Argentina el 28/2/1996 (aprobada por ley n° 24.556 del 13/9/1995 y reconocida con jerarquía constitucional por ley n° 24.820 del 30/4/1997).

[282] Cf. Ambos, Kai, *Impunidad y Derecho penal internacional* (2ª ed.), Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, Cap. II, ps. 66 y siguientes.

[283] Suscripto por la Conferencia diplomática reunida en Roma el 17/7/1998, por 120 votos favorables, 7 en contra y, al parecer, 20 abstenciones, ratificado por el gobierno argentino el 8/2/2001 (aprobado por ley n° 25.390 del 30/11/2000). Cf. sobre sus reglas principales y concordancia con el proyecto antecedente, del que se aparta en una medida considerable, Rebagliati, *La Corte Penal Internacional*, cit., ps. 27 y ss.; Guariglia, *Creación de la Corte Penal Internacional: algunos aspectos del Estatuto de Roma*, cit., ps. 41 y ss.; Ambos, Kai, *Elementos del crimen y reglas de procedimiento y prueba de la Corte penal internacional*, en *www.eldial.com.ar* (consultada el 22/4/2002), I, ps. 1 y siguientes.

[284] Cf. Maier, *Extraterritorialidad penal y juzgamiento universal*, cit., ps. 42 y siguientes.

competencia judicial entre los estados locales y el Estado federal[285], hay que recordar que las relaciones internacionales, de nuestra República con otros estados, constituyen un poder delegado por las provincias en el Estado federal, explícitamente[286].

IV. *Competencia de los tribunales federales en razón de las personas que intervienen en el procedimiento.*

La CN, 116, considera aforados a la competencia federal a los *embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros*; más aún, la *causas concernientes* a esos agentes diplomáticos y consulares son de competencia *originaria y exclusiva de la Corte Suprema* federal (CN, 117). El aforo rige tanto para cuando el funcionario extranjero sufre la persecución penal[287], como para cuando él es quien persigue penalmente (querellante), pues, como se dijo, se trata de los *asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros* (CN, 117); pero, cuando el funcionario extranjero es la víctima o el ofendido por el delito, es necesario que intervenga en el procedimiento penal, como sujeto de él, pues la sola calidad de ofendido o de víctima no alcanza para determinar la competencia federal en razón de su persona; recuérdese que se trata de *causas* o *asuntos* –se entiende: judiciales– *concernientes* a él y no tan sólo de características o elementos del hecho punible específico.

El texto constitucional es claro y, al menos en materia penal, no deja lugar para las dudas. El hecho de que los agentes consulares de un país extranjero resulten sobreprotegidos por nuestra CN, en el sentido indicado, pues el Derecho internacional público no concede siempre ciertos privilegios o inmunidades a los cónsules, a quienes no considera agentes diplomáticos, no autoriza a calificar algunas acciones de estos funcionarios para fundar la competencia federal y de la Corte Suprema frente a otras, ni a extender el aforo a otras personas, como lo hace el dto. ley 1.285/58 (de organización de la justicia nacional, ratificado por ley 14.467), art. 24, inc. 1, al exigir que *las causas*

285 Por ej., ley del Congreso de la Nación que transforma en provincia un territorio nacional o adquisición de un lugar en territorio provincial por el Estado federal para un establecimiento de utilidad pública.

286 CN, 75, inc. 22 (ver, además, incs. 4, 7, 13, 15, 16, 24, 25, 27, todos concordantes con esa atribución).

287 Sobre el privilegio consistente en el consentimiento sobre la persecución del Estado representado, como obstáculo a la persecución penal, *ver supra* § 10, B, 4, III, ps. 234 y siguientes.

(que) versen sobre privilegios y exenciones de los cónsules extranjeros en su carácter público o al incluir como aforados a *las personas que compongan la legación y a los individuos de su familia*. Vale la pena apuntar que, al menos en materia penal, resulta imposible sostener que un cónsul pueda ser autor de un hecho punible o partícipe en él, *en su carácter público*, esto es, resulta imposible pensar en que haya cometido el delito en ejercicio de su cargo, o sea, "por hechos o actos cumplidos en el ejercicio de sus funciones propias", con lo cual la calidad de imputado es incompatible con esta exigencia adicional. Por ello, el CPP Nación, 22, al remitir a *las leyes vigentes* –y no sólo a la Constitución– para la determinación de la competencia de la Corte Suprema comete el mismo error que aquél reprochado al Congreso de la Nación respecto de la competencia federal, cuando la fija libremente por ley para alguna clase de hechos punibles (ver *supra a*, II).

Éstas son las únicas personas que, por la representación que invisten[288], surten la competencia federal y, antes bien, la de la Corte Suprema nacional como tribunal de mérito. No existen en la CN, fuente normativa de la facultad de juzgar de los tribunales federales (jurisdicción federal en la República Argentina), otras reglas que indiquen para otras personas el fuero federal.

Dado el texto de los arts. 116 y 117 de la CN se acostumbra indicar que otras determinaciones personales de la competencia federal no hallan aplicación en materia penal. Así, por ejemplo, todo lo relativo al *fuero federal por distinta vecindad, por vecindad o de extranjería* (CN, 116)[289] resulta desplazado, en materia penal, por la regla del *forum delicti comissi* (CN, 118), a más de que, según nuestro sistema procesal penal, no puede considerarse que quien persigue penalmente es la Provincia o la Nación, según veremos enseguida. Como nuestro proceso penal, por varias razones, no puede ser considerado un *proceso de partes*, en el sentido de un enfrentamiento de intereses subjetivos entre el Estado, Nación o Provincia, y el imputado, pues el ministerio público y la policía, funcionarios de la persecución penal de los estados nacional o provinciales, representan sólo un interés objetivo por la persecución penal en virtud del deber de seguridad común que brinda el Estado –no se trata de acusadores a todo trance, que defienden un interés subjetivo del Estado, al punto de que el ministerio público (y hasta, en ocasiones, la policía) se organiza como integrante del Poder Judicial del Estado o como órgano extrapoder[290]–, resulta claro que la atribución de competencia a tribunales federales no puede provenir del hecho de que *la Nación* o alguna *Provincia sea parte* (CN, 116 y 117); incluso en el sentido de *querellante*, cuando la ley

[288] CLARIÁ OLMEDO, *Competencia penal en la República Argentina*, cit., p. 213, denomina a este punto: "Determinación (de la competencia federal) por la investidura del sujeto".

[289] Cf., por ej., CLARIÁ OLMEDO, *Competencia penal en la República Argentina*, cit., nº 184, ps. 289 y ss.; D'ALBORA, *La justicia federal (su competencia penal)*, cit., ps. 95 y siguiente.

[290] Ver este libro, t. II, § 11, A, 2, ps. 310 y siguientes.

se lo permite[291], pues va de suyo que ni la Nación, ni las provincias pueden ser querellados. Tampoco permitiría esta afirmación la cláusula de excepción –y de reserva– prevista en los arts. 75, inc. 12, y 116, para la ley penal común, que atribuye competencia a los tribunales provinciales o nacionales según que las cosas o las personas caigan en sus respectivas jurisdicciones, excepción que remite, lisa y llanamente, al principio *forum delicti comissi*.

Además de estos casos genéricos sencillos de aclarar, se ha sostenido que la competencia federal por razón de la persona puede derivar de la investidura federal del sujeto –funcionario federal a quien se persigue por delitos comunes o que es víctima de uno de ellos–, siempre que el delito cometido por él o contra él haya sido perpetrado en el ejercicio de la función federal que cumple. Este punto de conexión, sostenido por la Corte Suprema nacional en múltiples oportunidades[292], de manera alguna resulta incluido en el texto que regula la competencia federal en la CN y, por ende, es incorrecto en ese sentido tal como ha sido formulado. Por de pronto, resulta incoherente sostener que el ejercicio de una función estatal pueda consistir en la comisión de un hecho punible y la misma incoherencia se percibe al indicar que un hecho punible se refiere a la función pero tiene como víctima directa al funcionario. Con todo ello quiero decir que los funcionarios y empleados del Estado federal no son *aforados* a los tribunales nacionales, como lo son las personas diplomáticas o consulares mencionadas en el texto. Tampoco son convincentes argumentaciones mucho más lejanas –consistentes en abstracciones intolerables una vez que se ha expresado que la competencia federal emerge del mismo texto constitucional–, tal como la sostenida por Jorge A. CLARÍA OLMEDO[293] acerca de la *alteración de la naturaleza del delito* cuando la intervención activa o pasiva de un empleado o funcionario nacional *sea capaz de alterar esa naturaleza como consecuencia de la afectación de esa investidura al orden nacional*, alteración que consistiría en *un peligro o atentado contra la soberanía o seguridad nacionales*, o *un ataque a los intereses nacionales*. Ello, según veremos, no significa otra cosa que derivar el juicio sobre la facultad federal de juzgar a la alteración o al peligro de alteración de una función federal, como lo sostiene la opinión mayoritaria señalada al comienzo de este párrafo, apreciación que contiene el comienzo de la solución explicativa del fenómeno, pero que no justifica el fenómeno mismo: el aforo al fuero federal de los empleados y funcionarios federales. Si esa opinión fuera coherente debería sostener también, en el caso de funcionarios o empleados provinciales, que ellos están aforados a los tribunales de la Provincia a la cual representan, dadas las condiciones explicadas antes, aun cuando cometan o sufran el hecho punible en otra jurisdicción territorial, afirmación insostenible para nuestro Derecho positivo frente al principio *forum delicti comissi*.

Pero todo ese cúmulo de palabras, referido a la función pública nacional, a los intereses, a la soberanía o a la seguridad nacionales –o más simplemente, en lenguaje constitucional, al ejercicio de los poderes que las provincias delegaron en el Estado federal (CN, 75, inc. 32)–, permite reconducir la solución, según hemos dicho, a su ver-

[291] Cf. D'ÁLBORA, *La justicia federal (su competencia penal)*, cit., p. 96.

[292] Cf. D'ÁLBORA, *La justicia federal (su competencia penal)*, cit., Cap. VII, nº 12, *b*, ps. 102 y siguientes.

[293] *Competencia penal en la República Argentina*, cit., nº 164, p. 215.

dadero lugar y a sus límites correctos. No se trata de aforar a la competencia de los tribunales federales a funcionario o empleado nacional alguno, sino que se trata del mismo fenómeno que produce la competencia de los tribunales federales por razón de la materia (*supra* III), con total independencia del sujeto activo o pasivo del hecho punible. Sucede que, cuando un funcionario federal delinque o cuando sufre en su persona la perpetración de un delito, existe una alta proporción de posibilidades (probabilidad) de que se trate de un atentado o puesta en peligro de una función del Estado federal, sobre todo si se puede predicar que el empleado o el funcionario está, en el momento de la agresión, en ejercicio del cargo. Ello sucede, por ejemplo, cuando el funcionario malversa fondos públicos (CP, 260/262) del Estado federal, o cuando le es hurtada (CP, 162) una cosa afectada al servicio del Estado nacional, o cuando se emplea intimidación o fuerza contra un funcionario público federal o la persona que le presta asistencia[294] para exigirle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones (CP, 237), o cuando alguien resiste o desobedece la orden legítima de un funcionario público o de la persona que le presta asistencia (CP, 239). Por supuesto, tal como lo vimos oportunamente, la soberanía, la seguridad y, en general, los intereses del Estado federal entran en consideración aquí, pero a través de las cláusulas de la CN que establecen facultades delegadas por las provincias en el Estado federal (en razón de la materia: puntos regidos por la propia CN, por leyes especiales del Congreso de la Nación o por tratados celebrados con estados extranjeros). Entonces, este punto de conexión referido al servicio público nacional, que desempeñan personas de carne y hueso, no expresa como razón suficiente la competencia federal *por la persona o por la investidura del sujeto*, sino, antes bien, la competencia federal *por razón de la materia*, que –correcto es aquí repetirlo– no se agota en estos casos de funcionarios, ni tiene como elemento determinativo a la persona del autor o de la víctima. La afirmación empírica de que, en los hechos, un gran número de casos de competencia federal por la materia tenga por protagonista, de uno o de otro lado del hecho punible, a un empleado o funcionario nacional, no explica ni funda la necesidad de la intervención de los tribunales federales para juzgar hechos punibles. A tal punto es correcta nuestra afirmación, que los autores que fijan como punto de conexión para la competencia federal el ejercicio de un empleo o función pública nacional deben aclarar que esas mismas personas no surten la competencia federal *"cuando actúan como simples particulares"*, esto es, *"fuera del desempeño de su cargo o [...] por causa de él"*[295]. Con prescindencia del acierto en la elección de las palabras que describen el fenómeno, lo cierto es que la prueba de la falta de importancia del elemento que consiste en ser portador de un empleo o función pública resulta inmejorable.

5. La organización judicial federal

I. Conforme a los asuntos que caen dentro de la competencia antes descripta, del Poder Judicial federal, en materia penal, resulta perti-

[294] Adviértase que esta última persona no es, por necesidad, otro funcionario público y, menos aún, en funciones.

[295] Citas de CLARIÁ OLMEDO, *Competencia penal en la República Argentina*, cit., n° 177, p. 231.

nente, más aún para el lector extraño a ella, señalar a trazo grueso, por sus características principales, cuál ha sido y es la organización judicial que el parlamento federal ha dispuesto para la realización de la función penal del Estado federal. Si dejamos de lado el problema particular de la Ciudad de Buenos Aires, hoy "autónoma" y, a la vez, capital de la República Argentina, al que nos referiremos al final de este número, el estudio para la descripción muestra más que una "organización judicial" una "desorganización judicial": aun si la descripción es sintética, por grandes trazos, el contenido de su estudio para la exposición representa al reino de una mezcla casuística y azarosa de leyes de creación de tribunales federales en el territorio de las provincias e, incluso, de costumbres forales, por suposiciones que al "organizador" le parecieron obvias. No hubiéramos podido presentar la síntesis que aquí intentaremos sin la ayuda de la *Oficina de investigación y estadísticas político-criminales*, perteneciente a la Procuración General de la Nación, y de su director, Adrián MARCHISIO, quien nos proporcionó explicaciones adicionales[296], pues nuestro primer acercamiento a la organización concreta se perdió en un mar de confusiones y contradicciones. La información y la síntesis muestran con números que el desorden y la desorganización no son gratuitos: provocan efectos que deben ser tenidos en cuenta para diseñar una nueva organización judicial. Conviene, antes de comenzar la descripción concreta, señalar una serie de sentidos ideológicos o puntos ideales que dominan la organización.

II. En primer lugar, un principio jurídico de la CN, 118, resulta de aplicación inexcusable y domina esa organización, aunque quizá con una interpretación tan errónea como rígida del texto constitucional por parte de los legisladores: la actuación de los juicios penales *se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito*[297]. La cláu-

[296] Ellos nos facilitaron un CD interactivo, con mapas y precisiones legales, producto de una investigación desarrollada allí, más información adicional cada vez que nos era necesaria. También la Dirección de política criminal del Ministerio de Justicia de la Nación, por intermedio de Esteban MARINO, su director, nos facilitó cierto material consistente en recopilación de leyes de creación de tribunales federales hasta 1992.

[297] Cf. SCHIFFRIN, *El "forum delicti comissi" como exigencia del art. 102 de la Constitución nacional*, cit., ps. 531 y siguientes.

sula citada sólo determina, según su texto, que el juicio público se lleve a cabo en la provincia donde el delito fue cometido, esto es, que la acusación se dirima –absolución o condena– en esa provincia, una aplicación vernácula del aforismo *forum delicti comissi*, conforme a la interpretación del principio federal adoptado como forma de gobierno. La regla, en este sentido, es clara: puede ser que, en ocasiones, la realidad le plantee problemas imposibles de solucionar, únicamente, con el texto mismo, sin elección subsidiaria alguna, como la pregunta acerca de si prevalece el lugar de la acción o el lugar del resultado, cuando ambos acontecen en diferentes provincias, y puede ser, también, que tenga alguna injerencia en la interpretación el criterio correctivo de la *ubicuidad* o del tribunal que intervino primero[298], pero esos problemas son propios del aforismo en sí mismo y se presentan cualquiera que sea su forma de expresión y la circunscripción territorial de que se trate[299]. Sin embargo, este principio jurídico positivo no empece a una organización judicial del Estado federal que, en razón del amplio territorio a cubrir y la escasa cantidad de población asentada en algunos lugares pertenecientes a él, integre sus tribunales con jueces profesionales y permanentes, competentes territorialmente en más de una Provincia o con otra distribución territorial diferente a la de cada Provincia, siempre que ellos se trasladen a la Provincia en la cual sucedió el hecho punible para la realización del juicio público[300].

Quizás este principio determine también que, previsto el *juicio por jurados*, como lo manda la CN, 24, 75, inc. 12, y el mismo art. 118 aquí comentado, los jurados deban pertenecer a –ser residentes en– la Provincia en la cual se realiza el juicio, esto es, a aquella en la cual el hecho presuntamente punible fue cometido, pero tal determinación, que creo correcta, no es necesaria ahora. La extensión del significado del texto que ello importa es correcta, pues la cláusula (CN, 118) no sólo se refiere al *juicio por jurados*, sino, antes bien, porque, como es natural en él históricamente, sobre todo en su versión americana del norte –tradición desde donde la recoge la Constitución argentina–, la garantía para el inculpado, como la exigencia de legitimación para la aplicación de la pena estatal, se refiere siempre a un *jurado de vecindad*, esto es, a ciudadanos residentes en el territorio de la circunscripción, más allá de cómo se defina la palabra vecindad y una circunscripción territorial por el federalismo aplicado.

298 CPP Nación, 38.

299 Ver este parágrafo, C, 4, *b*, II, ps. 524 y siguientes.

300 Así, por ej., en el *Proyecto de ley orgánica para la justicia penal y el ministerio público* del Ministerio de Justicia de la Nación (Buenos Aires, 1987), 19 y siguientes.

Una segunda advertencia ya para nada se vincula a principios jurídicos, sino a la manera según la cual se concibe a los tribunales en la República Argentina, casi podría decir, relativa al significado de la misma palabra o a su fuerza expresiva. Según ya se observó en este parágrafo (B, 1), *tribunal* o *juzgado*[301] y *cuerpo de decisión* son sinónimos entre nosotros: se trata siempre de integraciones fijas y rígidas conformadas con el número de jueces necesario para sesionar y decidir, según la ley que regula la competencia material. Como excepción, existen tribunales que, nominalmente, parecen ser únicos e integrados por un número superior de jueces que aquellos necesarios para decidir, pero la excepción se agota sólo en el nombre, pues internamente están divididos en *salas* fijas y rígidas, integradas siempre por los mismos jueces que componen un cuerpo de decisión.

Así, por ejemplo, existen dos tribunales orales federales en Mendoza, llamados TOF nº 1 y TOF nº 2, integrados cada uno por tres jueces designados conforme a la ley, cada uno de los cuales tiene la misma sede, la ciudad de Mendoza, y una misma competencia territorial y material (la provincia de Mendoza y la realización de los juicios penales –competencia básica– dentro de esa circunscripción territorial). Lo mismo sucede con los juzgados de instrucción o federales en materia penal en la ciudad de Buenos Aires, existentes en gran cantidad, con integración unipersonal, misma sede y misma competencia territorial y material, que, sin embargo, son considerados tribunales diferentes, tantos como su mismo número lo indica.

Ya se advirtió, también, que la competencia material, dividida usualmente entre el juzgamiento de hechos punibles leves (juzgado [unipersonal] y procedimiento correccionales) y el enjuiciamiento de delitos graves y de mediana gravedad (tribunal [colegiado de tres jueces] y procedimiento criminales)[302], se acostumbra a dividir, asimismo, por funciones procesales, esto es, por períodos más o menos extensos del procedimiento común: así, se encomienda a juzgados unipersonales (los juzgados de instrucción en Buenos Aires o los jueces federales de sección con asiento en las provincias) la investigación preparatoria o su control –en el caso de que la practique el ministerio

[301] Generalmente se denomina *tribunal* a los cuerpos de decisión colegiados, integrados, entonces, por varios jueces para la validez de la decisión; en cambio, se denomina generalmente *juzgado* a los cuerpos de decisión unipersonales; no hay razón alguna para que así sea y la distinción carece de importancia.

[302] Ver CPP Nación, 25 y 27.

140

público[303]–, y el procedimiento intermedio, para decidir si la causa arriba a un juicio público; en cambio, se encomienda a tribunales colegiados, cuerpos de decisión fijos de tres jueces profesionales, tanto el trámite y decisión de los recursos de apelación contra las decisiones de los juzgados unipersonales[304], cuando ese recurso es admisible según la ley, como el enjuiciamiento (juicio público) de hechos punibles graves y de mediana gravedad[305]; por lo demás, los recursos de casación, de inconstitucionalidad y de revisión son tramitados y decididos, en principio[306], por las salas de la llamada Cámara Nacional de Casación Penal, integradas cada una por tres jueces profesionales y permanentes[307]. Ciertamente, tal esquema de competencia y organización es, en verdad, primitivo, porque no representa demasiadas diferenciaciones necesarias, en comparación con otros sistemas judiciales (que prevén distintas integraciones y participación ciudadana según mayor variedad de hechos punibles y propósitos punitivos[308]), y, por lo contrario, se agota con otras innecesarias, como las diferenciaciones funcionales y verticales; sólo su desarrollo legal es complejo, sin necesidad alguna.

Una última observación general se vincula, incluso históricamente, a la necesidad de que muchos tribunales federales, generalmente del tipo descripto como tribunal (cámara) de apelación o denominado "juez federal de sección" (juzgado unipersonal), con sede en una Provincia argentina, en razón de la escasa cantidad de población a la que atiende su servicio de justicia penal y a la característica excepcional de la competencia federal en territorio provincial, que se traduce en esca-

303 Según las autorizaciones del CPP Nación, 196 y 353 *bis*.

304 CPP Nación, 24; esto equivale a decir que las cámaras de apelación representan la alzada de los jueces de instrucción o que controlan la investigación preparatoria desarrollada por el ministerio público, o por los jueces correccionales, por los jueces de menores –cuando operan como jueces unipersonales– o por los de ejecución (ver ley n° 24.050, arts. 18, II [texto según ley n° 24.121], y 20, II, para la integración de cada una de las salas en la Ciudad de Buenos Aires; el mismo esquema en territorio provincial).

305 CPP Nación, 25 y concordantes; ley n° 24.050, de organización y competencia penal, art. 17, para la integración de estos cuerpos de decisión.

306 Salvo que la sentencia haya sido dictada por la Corte Suprema federal en competencia originaria y exclusiva.

307 CPP Nación, 23, y ley 24.050, art. 7, I, para la integración de cada una de las salas.

308 Cf. ROXIN, *DPP*, cit., §§ 7 y 8, ps. 28 y ss., para la competencia y organización en la República Federal Alemana.

sa cantidad de asuntos pertenecientes a esta rama jurídica, posean aquello que, entre nosotros, se denomina *competencia múltiple*, en alusión a la competencia material que abarca todas las ramas jurídicas o todo litigio de competencia federal. Sin embargo, existen también tribunales que sólo practican la competencia federal exclusivamente en materia penal, dato que se obtiene generalmente de la ley de creación. La exposición de la organización concreta nos acercará más a este tema, pero siempre sin desarrollarlo totalmente.

III. Con estas aclaraciones genéricas previas se puede iniciar la ardua tarea de describir la organización de la justicia penal federal en el interior del país, esto es, en territorios que pertenecen a las provincias argentinas.

Históricamente, con otro tipo de procedimiento penal cuyo proceso de mérito transcurría íntegramente ante un juez unipersonal, de manera registrada por escrito, y recurso amplio ante las Cámaras federales de apelación, existían juzgados federales de sección en todas las provincias –incluso más de uno, como en la Provincia de Buenos Aires o en la de Córdoba, con distinta sede y competencia territorial dentro de la provincia– y Cámaras federales de apelación, para tramitar el recurso respectivo, que, regularmente, comprendían en su competencia territorial no sólo el territorio provincial, sino, además, el de provincias vecinas (caso de la Cámara federal con asiento en la ciudad de Córdoba, que comprendía el territorio de las provincias de Córdoba y La Rioja o de la Cámara o la Cámara federal con asiento en la ciudad de Resistencia, que comprendía el territorio de las provincias de Formosa, del Chaco y de Corrientes) y, en alguna ocasión, debido a la alta densidad de población, una única provincia (Santa Fe) o, incluso, sólo parte de un territorio provincial (Provincia de Buenos Aires). Resulta casi imposible, sin una investigación particularizada e inútil desde el punto de vista asumido en el libro, tan sólo mencionar todo el desarrollo histórico de estas circunscripciones territoriales hasta arribar al art. 3, de la ley n° 24.050, dictada a consecuencia de la jurisdicción penal y modificada luego por la ley n° 24.121, ley que, sin embargo, sólo pudo remitir a leyes especiales anteriores, las leyes de creación de cada oficio judicial, posteriormente modificadas por otras leyes. Quien, por alguna razón, desee intentar seguir este recorrido legislativo deberá acudir al trabajo preparado por la Fiscalía General de política criminal, oficina de investigación y estadísticas político-criminales, llamado *Mapa del ministerio público fiscal (jurisdicciones federales del interior del país)*, único documento confiable conocido por mí, actualizado a la fecha (finales del año 2001), que se ha ocupado de ordenar la maraña legislativa vigente.

Esta explicación histórica previa permite distinguir, a pesar del texto de la ley que determina dieciséis jurisdicciones territoriales[309], tres tipos de circunscripciones territoriales:

[309] Ley n° 24.050, art. 3, modificado por ley n° 24.121.

La primera corresponde a los cuerpos de decisión unipersonales que, en materia penal, cumplen los *juzgados federales de primera instancia* (antiguos juzgados federales de sección). Estos juzgados, que se identifican con un único juez que los preside y cumple su labor, se ocupan del período preliminar del procedimiento penal, hasta la elevación a juicio, y, en el caso de los hechos punibles de menor gravedad, también del *juicio correccional*. Regularmente, estos juzgados federales son competentes, conforme a la materia, también en otras ramas jurídicas distintas del Derecho penal (llamada *competencia múltiple* o *universal*), salvo casos específicos (ejemplo: juzgados federales con sede en la ciudad de La Plata) en los cuales, según la ley de creación o una reforma posterior, se indica la competencia penal exclusiva. Por lo demás, en las provincias con mayor cantidad de población existen varios juzgados federales, incluso con sede y competencia territorial distintas (ejemplo: Córdoba, Santa Fe y Buenos Aires), pero siempre existe, al menos, un juzgado federal en cada provincia. Es por ello que la jurisdicción o competencia territorial de esos juzgados puede identificarse, básicamente, con cada provincia, sin perjuicio de que, cuando en alguna de ellas existen varias sedes de tribunales federales, el territorio de la provincia resulte dividido a los fines de la adjudicación de la competencia territorial (circunscripción judicial).

La jurisdicción de los cuerpos de decisión que tramitan el juicio penal se confunde todavía más, dicho de manera genérica, con el territorio de cada provincia, pues existen *tribunales orales en lo criminal federal* en el territorio de cada una de las provincias, cuya circunscripción (competencia) territorial, normalmente, abarca el territorio provincial. Ello es así, incluso en el caso de provincias con más de un tribunal oral criminal federal (ejemplo: Córdoba y Mendoza, provincias en las cuales existen dos tribunales de este tipo con idéntica sede [la ciudad de Córdoba y la de Mendoza] e idéntica competencia material y territorial [toda la Provincia]). En otros casos, el territorio de la provincia se divide, como sucede en las provincias de Buenos Aires y de Santa Fe, para estos tribunales.

En cambio, los cuerpos de decisión judiciales que presiden el recurso de apelación –de escasa importancia para la ley procesal penal federal, pues el recurso sólo es admisible para algunas decisiones del procedimiento preliminar– siguieron para su organización, en principio, el esquema histórico: de allí las dieciséis circunscripciones con sus cabeceras de distrito, según las ciudades sedes de esos tribunales, que determinan las leyes *de organización y competencia penal* y *de imple-*

mentación y organización del proceso penal oral[310]. La última de las leyes mencionadas (n° 24.121), art. 90, reniega de este principio organizativo, pues dispuso que los recursos de apelación interpuestos contra decisiones de jueces con asiento en las provincias sin Cámara de apelación federal cabecera de distrito fueran tramitados por los tribunales orales en lo criminal federal con asiento en la provincia, con transferencia de la competencia de los tribunales de apelación federales. Ello provocó, en esas provincias –pues aquellas provincias en cuyo territorio existía una Cámara de apelación federal para la materia penal, ella conservó su competencia–, una flagrante contradicción de organización con la máxima *"el que instruye no debe juzgar"*, derivada del principio de *imparcialidad*[311], contradicción que, conforme a la rigidez de integración de estos cuerpos de decisión, se presenta en muchos casos, cuando el tribunal que intervino en el recurso de apelación durante el procedimiento preliminar, debe, a su vez, presidir el debate y juzgar, si el caso se remite a juicio. El sistema, que implica crear tribunales de apelación federales en cada provincia, de manera tal que existan tantas circunscripciones territoriales judiciales del Estado federal como provincias, fue confirmado por la ley n° 25.269, arts. 1 y 2. Sin embargo, para tornar más caótica la organización federal, esa ley parece haber tomado cuenta, en sus arts. 2, II, y 7, del problema referido anteriormente en relación al principio de imparcialidad: esos tribunales, "rebautizados" como cámaras federales (de apelación) y mutada por adición de materias su competencia, conservan en materia penal, sin embargo, su competencia de cuerpo de decisión para el juicio penal, razón por la cual se dispone que los recursos de apelación de decisiones del procedimiento preliminar y las cuestiones de competencia, en materia penal, pasen a tramitarse y decidirse por las antiguas cámaras federales cabeceras del distrito. Así se explica un regreso legislativo, en materia penal[312].

310 *Ibidem*.

311 Ver *infra* D, 2, *b*, III, ps. 570 y siguientes.

312 Para este desarrollo, perfectamente explicado, el dictamen del Fiscal General de la Procuración General de la Nación, Maximiliano A. Rusconi, del 2/10/2000, que provocó la resolución del ministerio público n° 119/00 del 26/10/2000, suscripta por el Procurador General de la Nación ante una consulta del Fiscal General de Comodoro Rivadavia.

141

Si el caos legislativo relatado le parece a alguien pequeño, la intervención en él de la CSN carece ya de toda explicación posible: ella, por acordadas generales (normativas) nº 19/2000, del 14/8/2000, y 21/2000, del 25/8/2000 (contenido idéntico: la segunda confirma a la primera y aclara su texto, relativo a todas las disposiciones de la ley mencionada), *declara que la vigencia de todas las disposiciones de la ley 25.269 queda diferida para la oportunidad prevista en la acordada nº 19/2000*, que había *mantenido la competencia vigente hasta la sanción de la ley 25.269 "hasta tanto esta Corte decida lo concerniente a la asignación de causas, nuevas o en trámite"*. El hecho de que un tribunal judicial se arrogue el poder de diferir la vigencia de una ley, más aún, de una ley de competencia penal que sigue principios parecidos a la ley penal[313], es inexplicable; si ello sucede, además, con una postergación *sine die*, diferida a voluntad propia de la CSN y sin fundamento alguno (¿"inequívocas razones de accesoriedad"?), tal hecho, en sí de carácter normativo, resulta incomprensible y absolutamente arbitrario. El argumento (acordada 19/2000) relativo a la *afectación de la adecuada administración de justicia y, con ello, a los derechos y garantías de los justiciables*, carece de sentido, al menos en materia penal, materia en la cual la ley nº 25.269, cuya vigencia impidió la CSN, pretendió acercarse algo más al principio de imparcialidad de modo orgánico.

Según estas explicaciones, que intentan casi infructuosamente ordenar un caos, no es correcto, en materia penal, confeccionar un único mapa judicial del Estado federal, en materia de administración de justicia penal. Antes bien, se debería confeccionar para la situación actual, sin tener en cuenta las circunscripciones a las que alude el texto de la ley de organización, tres mapas diferentes: el primero correspondiente a la jurisdicción territorial de los juzgados unipersonales, el segundo correspondiente a la jurisdicción de juicio y, por último, el correspondiente a la jurisdicción del recurso de apelación, dibujo en el cual el dibujante se toparía, inevitablemente, con un fenómeno jurídico desconocido: jueces que derogan leyes de competencia, genéricamente y sin explicación alguna o, cuando menos, con argumentos falaces.

El caos organizativo no es, por supuesto, gratuito. Sólo para mencionar algún ejemplo empírico, el *Mapa del ministerio público fiscal* antes mencionado[314] posee datos empíricos exhaustivos demográficos y acerca de los casos penales tramitados: allí se puede observar que en la Provincia de La Rioja, Fiscalía General ante el Tribunal oral en lo criminal federal, ingresaron en total, durante el año 2000, 7 causas, sin ha-

[313] Ver esta obra, t. I, § 7, B, 4, ps. 763 y siguientes.

[314] Fiscalía General de política criminal, Oficina de investigación y estadísticas político-criminales, 2001.

berse tramitado juicio alguno, con debate o sin él (abreviado), ni haberse suspendido juicio alguno a prueba, por consiguiente, sin sentencia alguna, estadística que revela fehacientemente que los supuestos funcionarios del tribunal oral en lo criminal federal nada hicieron; en comparación, en el mismo período (año 2000) una sola de las fiscalías generales (existen 4 más en la misma jurisdicción) ante uno de los tribunales orales de San Martín destaca como ingresados 414 casos, hubo 123 casos resueltos mediante *juicio abreviado*, 193 casos resueltos mediante el procedimiento común, con debate, y 58 casos de suspensión del juicio a prueba. También demográficamente la comparación no resiste el menor análisis: las cinco Fiscalías Generales ante los tribunales orales en lo criminal federales de San Martín atienden a poco más de 6.500.000 habitantes, población del distrito judicial, mientras que la Fiscalía General ante el Tribunal oral de La Rioja atiende a poco menos de 274.000 habitantes. En consecuencia, el gasto sólo en personal tampoco tiene relación alguna con el producto: la Fiscalía General de la Rioja gasta poco más de 200.000 pesos anuales, y cada una de las fiscalías ante los tribunales orales de San Martín gasta prácticamente lo mismo que la anterior.

El problema no se limita a la organización de los tribunales, según aquí se ha estudiado. Otro de los problemas de nuestro país consiste en que esa organización se transmite directamente a todos los demás funcionarios que cumplen alguna misión en la administración de justicia penal, para el caso, al ministerio público, tanto en su rama principal, como acusador público (fiscalías), como en la organización de la defensa pública o de oficio. El llamado sistema de *organización refleja* –que combate, precisamente, el *Mapa del ministerio público fiscal* citado, al constatar la irracionalidad en la distribución actual de recursos y propender a una mejor utilización de esos recursos– contagia su caos, sin necesidad alguna, a las demás funciones judiciales en materia penal.

IV. La Ciudad de Buenos Aires es la capital histórica de la República Argentina, previo a haber sido residencia virreinal del Virreinato del Río de la Plata, al punto de que nuestra Constitución originaria (1853), producto de la culminación del proceso de organización nacional, la designa, directamente, Capital de la Confederación y residencia de las autoridades que ejercen el Gobierno Federal[315]. La revisión constitucional que comenzó después de la batalla de Pavón, entre las fuerzas de la Confederación y de la Provincia de Buenos Aires, para la adecua-

315 CN (texto 1853), 3.

ción del ingreso a la Confederación (desde allí denominada República) de la Provincia de Buenos Aires, culminó con la reforma del art. 3 y el texto actual, según el cual el Congreso de la Nación designa la capital de la República y no es necesario que esa designación recaiga en la Ciudad de Buenos Aires[316]. Con el nuevo texto, como esa ciudad era, a la vez, capital de la Provincia de Buenos Aires, se inicia un largo proceso político que culmina con la federalización de la Ciudad de Buenos Aires por el Congreso de la Nación[317] y la cesión del territorio de la Ciudad de Buenos Aires al Estado federal[318]. La Ciudad de Buenos Aires fue entonces también, históricamente, territorio y distrito federal[319]. Como tal, y en virtud de la regla constitucional antes citada, aun por razón del territorio la competencia judicial imperante en su distrito pertenecía, exclusivamente, al Poder Judicial del Estado federal, según ya antes lo hemos informado.

En mérito a ello, fue el Congreso de la Nación quien organizó los tribunales de la capital de la República. Y quizá proveniente de un error de interpretación jurídica, muy extendido desde la federalización de la ciudad, el Congreso organizó los tribunales, conforme al esquema ya conocido, con una neta separación entre los tribunales llamados *ordinarios*, ocupados por los llamados *jueces de la ley* (en alusión a la ley del Congreso de la Nación, de conformidad con el entonces inc. 27, del art. 67, de la CN [hoy 75, inc. 30]), y los tribunales *federales de la capital de la República*, ocupados por los llamados *jueces de la Constitución* (en alusión a la competencia federal del texto del entonces art. 100 de la CN [hoy 116]): la idea general que presidía la distribución representaba al territorio de la ciudad de Buenos Aires como el de una provincia y así distribuía los casos, con mínimas excepciones con el transcurso del tiempo, según que ellos, situados en

316 CN (texto 1860), 3.

317 Se conoce al acto como *ley de federalización* 21/9/1880.

318 Ley provincial del 26/11/1880, que contiene la transmisión de otras cosas e instituciones: importante, en materia penal, la división de la Policía de la Provincia de Buenos Aires y la creación de la Policía de la Capital (cf. MAIER, *Nacimiento y desarrollo de la policía institucional*, cit., ps. 63 y siguientes).

319 Ver, también, CN (texto anterior al actual), 67, inc. 27, que hoy se conserva básicamente (CN, 75, inc. 30), a pesar de que la reforma de 1994 convirtió a la Ciudad de Buenos Aires en otro Estado autónomo argentino (CN, 129).

una provincia, hubieran correspondido a la jurisdicción local o hubieran correspondido a la jurisdicción federal; la idea general, apoyada por doctrina y jurisprudencia dominantes en ese entonces, y las designaciones o argumentaciones son hoy historia y ya han perdido todo poder explicativo, una vez que varió no sólo la legislación sino, también, la jurisprudencia superior dominante, razón por la cual no vale la pena insistir en una discusión que a nada condujo ni conduce[320]. Pero la división prosigue como base de la organización judicial de los tribunales que, en la ciudad de Buenos Aires, administran justicia penal: ambos *fueros*, como se los denomina localmente, dividen, conforme a la idea apuntada, casi el cien por cien de las causas penales que corresponden a la competencia territorial de la ciudad de Buenos Aires y poseen tribunales que permiten señalarlos como organizaciones con cierta autonomía dentro del sistema. Al margen de esta división básica, todavía existente, han nacido otros tribunales, como los tribunales en lo penal económico o, recientemente, el llamado *fuero penal tributario*, también organizados con cierta autonomía[321]. Por lo demás, el recurso de casación que inaugura, para la administración de justicia penal federal, el CPP Nación (1992), 456 y ss., obligó a crear, según la idea de organización vertical y diferenciada por funciones procesales, un tribunal de casación (llamado *Cámara nacional de casación penal*), que constituye hoy la cúspide del sistema de administración de justicia penal federal: el superior común no sólo de todas las organizaciones de tribunales divididos por materia en la Ciudad de Buenos Aires, sino, incluso, el superior común de toda la justicia penal del Estado federal, comprensiva también de los tribunales federales con competencia penal y asiento en cualquiera de las provincias argentinas.

320 Reseña de estas discusiones e ideas en CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, cit., t. II, nº 429 y ss., ps. 93 y ss., y nº 469, ps. 164 y s.; y D'ÁLBORA, *La justicia federal (su competencia penal)*, cit., ps. 106 y ss., donde también se menciona las diferenciaciones que, con el tiempo, fueron deslindando por excepción los dos fueros básicos de la organización judicial capitalina.

321 Las leyes nacionales nº 14.558 y 14.831 expresan la idea de la creación del llamado "fuero en lo penal económico" de la capital de la República: desde la justicia creada, en principio, para combatir el "agio y la especulación" se arribó a este nuevo fuero, por división de la competencia material y organización especial de sus tribunales (cf., sobre su competencia, RIGHI, Esteban, *Derecho penal económico comparado*, Ed. de Derecho reunidas, Madrid, 1991, ps. 102 y siguientes). La ley nº 25.292 crea, en el año 2000, la estructura del llamado "fuero penal tributario de la capital federal".

A esa organización, aún vigente, se le ha agregado ahora el nacimiento de la Ciudad (autónoma) de Buenos Aires, con *facultades propias de gobierno, legislación y jurisdicción*, por la reforma constitucional del año 1994[322]. La discusión sobre la organización definitiva de los tribunales penales –y de toda otra rama jurídica– de la capital de la República ha cobrado así actualidad y se espera un largo período de duración de esos debates. Mi opinión, expresada ya en algunas sentencias[323], puede resumirse como sigue: en primer lugar, la regla básica que crea la nueva autonomía, a la manera de las ciudades-estados[324], contiene la autonomía de la administración de justicia penal (*facultades propias de [...] jurisdicción*, según el texto constitucional citado), de modo tal que el fenómeno es idéntico al descripto para el territorio de las provincias argentinas, donde conviven la jurisdicción local y ordinaria, con la jurisdicción excepcional que fijan las reglas de la competencia federal; en segundo lugar, la adecuación a esta idea prevé un proceso gradual de traslado de competencias y funciones desde el Estado federal al Estado local –no sólo en materia judicial–, que determina el mismo texto constitucional[325]; todo este proceso, incluso debido a la triste –pero repetida en el tiempo– situación económica actual, y al debate que el mismo proceso de traslado de competencias genera durará, sin duda, un tiempo largo, más allá de deseos políticos favora-

322 CN, 129.

323 Cf. mi voto en la sentencia del Tribunal Superior Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, de fecha 17/9/2002, en autos "Unión Transitoria s.a. y otros c/GCBA s/aqción declarativa de inconstitucionalidad" (expte. n° 1268/01), entre otros.

324 Se conoce ejemplos comparados: en la RFA, las ciudades de Berlín, también capital de la República Federal, la de Hamburgo y Bremen, ciudades hanseáticas.

325 Ver CN, 129, II, 75, inc. 2, V, disposiciones transitorias séptima y décimoquinta, I y III: más allá de las desprolijidades del nuevo texto constitucional (reformas 1994), fruto de la improvisación y la ligereza legislativa –que no hubieran tenido los constituyentes de 1853, ni los de 1860–, parece claro que: a) la autonomía alcanza a la administración de justicia (*jurisdicción*, CN, 129, I); b) esa autonomía, mientras la Ciudad de Buenos Aires sea capital de la República, depende de una ley del Congreso sobre *reserva de intereses federales*, que, en materia judicial, no puede significar otra cosa que la competencia federal prevista actualmente en el art. 116 y 117 de la CN; c) desaparecida la condición –ciudad capital de la República– la autonomía jurisdiccional y legislativa (ver disposición transitoria séptima) es total, como si se tratara de una provincia argentina; y d) todo se ha previsto como un proceso gradual de constitución de poderes del nuevo Estado autónomo (Hasta tanto.... CN; disposición transitoria décimo quinta), que, incluso, se vincula a un acuerdo sobre reasignación de recursos (CN, 75, inc. 2, V).

bles o desfavorables, pero culminará, irremediablemente a mi juicio –si subsiste la norma constitucional base (CN, 129)–, con la asunción, por parte del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, de toda la competencia penal que le corresponde a un Estado local, según la distribución federativa propia de nuestra Constitución nacional. No debería dejarse transcurrir el tiempo sin sentar las bases, al menos jurídicas, de una nueva organización judicial[326].

La situación actual es relativamente fácil de describir: la ley nacional nº 24.588 (sancionada el 8/11/1995, promulgada el 27/11/1995 y conocida por el apellido del senador que la proyectó y propuso, Antonio "Cafiero"), pretende cumplir con la cláusula del art. 129, párr. II, de la CN. En materia judicial transfiere a la Ciudad de Buenos Aires toda la materia contencioso-admnistrativa relativa al Estado local creado, la contravencional y de faltas, y la de vecindad, pero mantiene la jurisdicción y competencia de la denominada "justicia nacional ordinaria", servicio que continuará siendo prestado por el Poder Judicial de la Nación (art. 8, ley citada). La ley no define las competencias materiales citadas; sólo determina que la competencia contencioso-administrativa se refiere a la administración local. La Ciudad ha sancionado las leyes materiales, formales y orgánicas que dan vida a su justicia en lo contencioso-administrativo, y nombrado, conforme al procedimiento creado por su propia Constitución, a los funcionarios que ocupan los tribunales creados. También ha legislado en materia contravencional, tanto material (Código Contravencional [CC], ley nº 10 de la Ciudad de Buenos Aires) como formalmente (Ley de Procedimiento Contravencional [LPC], ley nº 12 de la Ciudad de Buenos Aires), creado y organizado los tribunales que operan en esa materia (ley nº 7), de manera absolutamente tradicional, a imagen y semejanza de la legislación y de la organización judicial nacionales en materia penal, al punto de que ambas leyes contienen remisiones al CP (CC, 10) y al CPP Nación (LPC, 6). Ha coordinado también con la Policía Federal, en materia contravencional y de faltas, su intervención en el procedimiento respectivo.

6. Los conflictos de competencia

Los *conflictos de competencia* no representan otra cosa que un *conflicto de poder* entre dos o más autoridades, conflicto en el cual cada una de las autoridades sostiene una versión distinta acerca del límite de su poder –en este caso *jurisdiccional*–; no se trata, así, más que de una subclasificación del caso genérico que señalamos. Descripto ese conflicto con un idioma "más judicial", él representa un enfrentamien-

[326] El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires me ha encargado esta tarea en materia penal, que estoy encarando, sin prisa, pero sin pausa, con un grupo de colaboradores jóvenes. Pienso, sin embargo, que, en materia de organización judicial, se debería unificar criterios y no tan sólo recibir los que, hasta ahora, han guiado a la organización judicial nacional.

to entre dos o más tribunales acerca de su competencia material o territorial, o acerca de ambas, con referencia a un caso concreto, en razón de que discrepan en la reconstrucción histórica de aquello que ha sucedido, y que es tenido por la norma de competencia como elemento diferenciador para atribuirla, o porque la discrepancia se refiere, precisamente, a la interpretación de la norma de competencia, en busca de determinar los elementos importantes para decidir la atribución del caso. Por lo dicho, y por la representación de un tribunal como la reunión de los jueces con una misma competencia material y territorial, no deberían pertenecer a los conflictos de competencia aquellos que se originan en la distribución del trabajo, vulgarmente denominados *conflictos de turno*. Regularmente, los conflictos de este tipo ocurren entre dos tribunales; cuando más de dos tribunales entran en conflicto, él se plantea y soluciona, por lo regular, en parejas de ellos. Sin embargo, quien decide el conflicto no resulta ordinariamente vinculado por sus actores y puede, según su propia interpretación de los hechos o del Derecho aplicable, conceder la competencia para el caso a un tribunal distinto de aquellos que entraron en conflicto.

Estos conflictos u opiniones distintas acerca del ámbito de la competencia entre varios tribunales de competencia diferente pueden ser distinguidos, a su vez, en *positivos* –empíricamente, los más escasos en número– o *negativos* –los más numerosos, casi únicos–. La diferencia se traduce en un *conflicto positivo de competencia*, cuando todos los tribunales, conforme a su interpretación de los hechos o del Derecho aplicable, sostienen su competencia para instruir o decidir el caso[327]; por lo contrario, la diferencia se traduce en un *conflicto negativo de competencia*, cuando los tribunales sostienen, al mismo tiempo, que el otro es el competente[328].

Según ya se puede observar existe otra distinción posible y válida. Unos conflictos de competencia representan verdaderos conflictos de soberanía, en tanto el poder de juzgar se discute entre diversas soberanías o autonomías. Esos conflictos son *interju-*

[327] Ya hemos visto, con motivo de la competencia territorial y de la aplicación de la regla *forum delicti comissi*, casos de este tipo: alguien mata a otro con veneno, durante un viaje interprovincial desde Córdoba a Buenos Aires, proporcionándole alimentos con dosis de veneno tanto al partir, como al atravesar las provincias de Santa Fe y de Buenos Aires, y la víctima muere en el punto de destino, la Ciudad de Buenos Aires; los tribunales del lugar de la acción como los de aquel Estado donde acaeció el resultado reclaman su competencia.

[328] En el mismo caso anterior, todos ellos, con interpretación distinta de la regla de principio citada (*forum delicti comissi*) o afirmación diferente de la máxima de *ubicuidad*, como diríamos del dilema que engendra la regla anterior, declinan su competencia, que atribuyen a algún de los otros tribunales.

risdiccionales, entre tribunales que pertenecen a distintas organizaciones judiciales, como sucede en nuestro país internamente con los que pueden producir jueces pertenecientes a distintas organizaciones judiciales provinciales o, de otro modo, a la organización judicial federal y a la local, o, externamente, con un juez de otro país soberano. En este último caso el conflicto involucra, además, por regla, un conflicto por la ley nacional aplicable[329]. Pero un conflicto de competencia, menor en importancia, se puede plantear entre tribunales pertenecientes a una misma organización judicial, caso genérico para el cual se utiliza la denominación sencilla de *conflicto de competencia*, sin adición o adjetivación alguna[330].

Los problemas que suscita la competencia en materia penal pueden ser puestos en acto por dos vías: la primera corresponde al mismo tribunal, sin solicitud alguna y por su propia observación (*de oficio*), cuando la ley llama a decidir y permite una decisión de este tipo; la segunda se vincula a la actividad de los otros participantes en el procedimiento. En el Derecho argentino, tanto la incompetencia material como la territorial pueden ser declaradas *de oficio* por el cuerpo de decisión que interviene en cualquier estado y grado del procedimiento[331], pero, en el caso de la competencia material, el defecto de competencia se corrige por sí mismo –se convalida la atribución inicialmente errónea– una vez fijada la audiencia para el debate, si el tribunal (la integración del cuerpo de decisión) que interviene en el debate debe juzgar un hecho punible atribuido a un tribunal cuya competencia se refiere a hechos punibles de menor gravedad (cuerpo de decisión de integración menor)[332]. En cualquier estado y grado del procedimiento significa cuando la ley permita una decisión –tribunal llamado a decidir– o cuando la competencia represente un presupuesto de la decisión a tomar, pues, como se dijo, tanto la competencia ma-

[329] Lo mismo sucedería en confederaciones de estados que, además de poseer organizaciones judiciales internas distintas y autónomas, poseen también distintas legislaciones penales; ello sucede, precisamente, por la aplicación genérica del principio *lex fori*, que rige, regularmente, en materia penal.

[330] Ello sucede, por ejemplo, cuando en la organización judicial federal se plantea la discusión acerca de la competencia entre tribunales federales de distinta circunscripción territorial (conflicto sobre la competencia territorial) o cuando en una organización judicial se plantea el problema de la competencia material entre tribunales de "mayor y de menor cuantía" (competentes para delitos más graves o más leves).

[331] CPP Nación, 35, *I y II*, y 39.

[332] CPP Nación, 35, *III*.

terial, con la excepción citada, como la territorial, son siempre, en materia penal, presupuestos de las decisiones judiciales; "de oficio" no quiere decir que, en momentos en los cuales el cuerpo de decisión respectivo no está llamado a decidir –por ejemplo, durante el debate y sin invocación de una cuestión preliminar sobre la competencia (CPP Nación, 376)–, él pueda "descubrir" su incompetencia, declararla y poner así fin al debate.

La otra manera de que se presente la cuestión de competencia corresponde a la actividad de las partes de un procedimiento. Ellas pueden optar por formular una solicitud de *declinatoria*[333] (incompetencia del tribunal que conoce, para que así lo declare y remita el caso al competente) o de *inhibitoria*[334] (ante el tribunal que juzgan competente, para que reclame su competencia al tribunal que conoce). Cualquiera de las vías, como se observa, produce un conflicto de competencia en caso de disconformidad del tribunal mentado en cada una de las decisiones: el competente para una decisión que, de oficio o por declinatoria, declara la incompetencia del tribunal que conoce el caso; o el incompetente, para una decisión que reconoce el pedido de inhibitoria y reclama para sí el conocimiento del caso.

La regla de orden que permite arribar a una solución autoritaria del diferendo, atribuyendo la competencia a otro tribunal, reza: decide el tribunal superior común a aquellos que entraron en conflicto. Esa rige los conflictos *interjurisdiccionales*, entre tribunales perteneciente a la jurisdicción federal y local, o entre tribunales pertenecientes a jurisdicciones locales diferentes, pues el único superior común es la CSN[335]. La misma regla rige, por lo general, aun dentro de cada jurisdicción judicial, esto es, dentro de cada ámbito judicial (local o federal)[336]. Ése es también el principio universal[337].

333 CPP Nación, 48, 339, inc. 1, y concordantes.

334 CPP Nación, 47.

335 Dto. ley n° 1285/1958 (*organización de la justicia nacional*), ratificado por ley n° 14.467 y modificado por varias leyes posteriores, art. 24, inc. 7°.

336 Por ej., CPP Nación, 24, inc. 3, 31, inc. 3, y 44, reglas que, sin embargo, no solucionan todos los diferendos posibles sobre la competencia y tan sólo se refiere al problema muy parcialmente.

337 Ver, por ej., OPP (RFA), § 14.

Precisamente, el hecho de que las reglas –desordenadas– aplicables a los conflictos de competencia en materia penal, en la jurisdicción nacional, no contienen el principio de manera genérica, ha provocado una interpretación distinta de los jueces de la CSN acerca del tribunal competente para dirimir el conflicto, en los casos no mencionados por la regla, según surge de *Fallos CSN*, t. 316, ps. 1524 y ss.: la opinión mayoritaria sigue la regla común explicada en el texto, a pesar de la laguna legal.

D. EXCLUSIÓN DE JUECES (RECUSACIÓN Y EXCUSACIÓN O INHIBICIÓN)

1. El punto de partida

I. Hasta ahora el parágrafo se ocupó, en varias de sus secciones, de desarrollar los mecanismos de orden genérico o institucionales para aproximarnos al ideal de la *imparcialidad* o, dicho de otra manera, para integrar el cuerpo de decisión en un asunto con jueces que, por alguna razón institucional, no fueran *sospechados de parcialidad* desde el comienzo de su actividad. Estos mecanismos, con las reglas que les son propias, pueden ser catalogados como *imparcialidad institucional*, en el sentido de previsiones para evitar, en general, que se concrete la sospecha sobre la parcialidad de los jueces que intervienen en un caso singular. Pertenecen a esos mecanismos la rigidez de las reglas de competencia, cuya vigencia se fija para el caso al momento del hecho imputado (principio del *juez natural* o *legal*), el intento de distribución de los casos entre los jueces de un mismo tribunal por métodos azarosos, para evitar la elección del juez por alguno de los interesados (*forum shopping*), y todas las reglas que intentan lograr la *independencia judicial* (nombramiento, destitución, estabilidad en el empleo, intangibilidad del salario) y la sujeción de los jueces únicamente a la ley, fundamento de las decisiones que ellos adoptan, la misma integración plural de los cuerpos de decisión y hasta la participación ciudadana (jurados–escabinos), sobre todo en el tribunal de juicio. Todo ello, sin embargo, no garantiza lograr la deseada *imparcialidad*, tan sólo un ideal al que nos aproximamos en más o en menos, pero tampoco es suficiente, según veremos, para prever una aproximación al menos acorde culturalmente al sentido que, en nuestro tiempo, implica ese ideal. El problema es ahora solucionar aquel que el caso mismo, sus protagonistas, su contenido u objeto y su trámite, le plantean a ese ideal, maguer el cumplimiento de los mecanismos genéricos. Esas condiciones de la imparcialidad propiamente dicha, referidas al caso concreto a tratar, son inabarcables totalmente por anticipado. Por minucioso que sea el reglamento que prevea los casos futuros, nunca podrá ima-

ginar todos los motivos que justifican la exclusión de un juez que, según las reglas generales, incluidas las de división del trabajo, sea designado para intervenir en un asunto penal. La realidad futura siempre presentará casos asimilables a aquellos regulados por el reglamento respectivo. Para advertirlo bastan algunos ejemplos del Derecho positivo[338].

Son conocidas dos carencias del CPP Nación, 55, al disciplinar los *motivos de inhibición*: los incs. 2, 3 y 4 no contienen al cónyuge (posiblemente por error del legislador acerca del *parentesco* del cónyuge, que, según el Código Civil, no es *pariente* de su propio cónyuge), a pesar de que el inc. 5 se ocupa del tutor y del curador y de que el cónyuge sí está expresamente contenido en los incs. 7 y 12 para vínculos indirectos, más lejanos que la propia participación o interés en el procedimiento (acreedor, deudor, fiador o receptor de beneficios, presentes o dádivas de alguno de los interesados); el inc. 1 no contiene como motivo la actuación o las decisiones previas al juicio del juez que interviene en él o colaborará en la obtención de la sentencia[339], ni la participación del juez cuya decisión fue recurrida en el trámite y decisión del recurso interpuesto. Pero, aun si dejamos de lado estas verdaderas lagunas, ciertos ejemplos pueden ilustrar el problema: si estuviera incluida la participación o el interés del cónyuge en el procedimiento, como lo está en otros reglamentos procesales, ¿por qué no asimilar a él la situación de quien no es cónyuge pero está unido al juez por lazos de vida conjunta similares al matrimonio?; y, más allá aún, ¿por qué no contener como motivo situaciones similares desde el punto de vista de la parcialidad, como puede ser la vinculación del juez con su amante, manceba o coautor de adulterio, o los casos de uniones del mismo sexo?

II. Se advierte ya que la pretensión de *taxatividad*, incluso de la necesidad de interpretación restrictiva, que la jurisprudencia y la doctrina han adjudicado a la enumeración de motivos por parte de la ley procesal penal[340], no se compadece con el objetivo que se intenta alcanzar por intermedio de esa regulación jurídica: eliminar motivos de posible parcialidad[341]. Sin perjuicio de que esa haya sido la verdadera inten-

338 Cf., por ej., CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, cit., t. II, nº 514, p. 252.

339 *Idem*, t. II, nº 511, *a*, p. 245.

340 Cf. D'ALBORA, Francisco J., *CPP Nación anotado, comentado, concordado* [*CPP Nación*] (4ª ed.), Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, art. 55, *a*, p. 134, y art. 58, p. 144, con bibliografía adicional.

341 En este sentido, resulta novedoso y digno de aplauso el dictamen del Procurador General de la Nación ("La Ley", Buenos Aires, t. 1999/F, caso "Zenzerovich, Ariel F.", ps. 227 y ss.), cualquiera que sea la opinión sobre la procedencia o improcedencia del recurso extraordinario federal, por la crítica a la opinión frecuente de los tribunales –en este caso la Cámara Nacional de Casación Penal, en la que se llega a sostener: "Los tribunales han entendido que

ción legislativa, revelada prácticamente en el texto de diferentes códigos[342], no resulta posible adjudicar compleción al catálogo de motivos que, de ordinario, contienen los códigos procesales. Por peligroso que parezca admitir esta verdad, en el sentido de posibilitar exclusiones practicadas con cierta picardía u oportunismo, que estorban a la organización judicial, resulta imprescindible custodiar con firmeza el ideal de imparcialidad del juzgador[343]. Se debe admitir, por ello, que la regulación más amplia posible es la mejor disciplina para los motivos de exclusión de los jueces, al menos concebidos como derecho de los justiciables (recusación), y no sólo incluir allí la interpretación extensiva, sino, también, la aplicación analógica y hasta la recusación sin –expresión de– causa, con alguna limitación razonable[344]. La resistencia que el propio texto de los códigos (mencionado en nota anterior por vía de ejemplo) opone a esta idea, se debe superar por remisión a los estándares de imparcialidad transformados actualmente en patrimonio cultural universal del Derecho procesal penal, o bien, si se quiere, al principio de imparcialidad universal, hoy patrimonio constitucional pro-

---

la enumeración de las causales de inhibición y recusación son taxativas y de interpretación restrictiva. Por el contrario, nosotros entendemos que la enumeración hecha en la ley no reviste esas características sino que debe permitirse a los interesados demostrar la existencia de un temor razonable por la posible parcialidad de un juez, apoyado en razones analógicas que fundan seriamente su pretensión." (p. 237, conviene la lectura de todo el texto).

342 Por ej., CPP Nación, 58. Si bien el CPP Pcia. de Buenos Aires, 50, *I*, y el CPP Córdoba, 66, *I*, contienen reglas similares, esas leyes procesales penales abren el catálogo de motivos con una regla final (CPP Pcia. de Buenos Aires, 47, inc. 13; CPP Córdoba, 60, inc. 12) que prevé la recusación por otro motivo grave y verificable de temor de parcialidad, con lo cual el efecto de la interpretación sistemática es diferente. El CPP Tucumán, 60, inc. 12, en cambio, contiene la regla de apertura del sistema, idéntica a la de los códigos citados inmediatamente antes, pero vuelve sobre los pasos de la doctrina dominante en nuestro país en el art. 66, interpretado conforme al encabezamiento del art. 60, al no posibilitar la recusación por grave temor de parcialidad y permitir sólo la inhibición del mismo juez afectado, en ese caso.

343 Cf. MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*. *Del espíritu de las leyes*, Ed. Porrúa, México, 1992, Libro undécimo, Cap. IV, p. 105: "Bueno sería que en las acusaciones de mucha gravedad, el mismo culpable [corrección: acusado como culpable], concurrentemente con la ley, nombrara jueces; o a lo menos tuviera el derecho de recusar a tantos que los restantes parecieran de su propia elección". Cf., también, BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., t. I, § XIV, p. 59 (versión castellana de Francisco P. LAPLAZA, *De los delitos y de las penas*, Ed. Arayú, Buenos Aires, 1955, § XIV, ps. 214 y s.; aquí también otra versión en lenguaje original, § VII, ps. 337 y siguiente).

344 El CPP Córdoba, 66, permite, muy limitadamente (un solo juez, en los tribunales de integración colegiada, y una sola vez en caso de pluralidad de imputados), la recusación sin expresión de causa.

pio (CN, 75, inc. 22). Incluso nuestra bibliografía actual, que citamos posteriormente, recurre a este mecanismo, expresa o tácitamente, para dar solución a los casos generales omitidos concientemente[345] por la regla que pretende aplicación taxativa[346].

La jurisprudencia de los tribunales federales, habitualmente, ha prescripto todo lo contrario: ha sido estricta para la *recusación* de un juez por parte de los participantes en un procedimiento, por afirmación del carácter *taxativo* de la reglamentación y de la necesidad de la *interpretación restrictiva*, mientras ha favorecido con analogías y aun fuera de ellas la *excusación* del propio juez, incluso sin expresión del motivo, pues ha bastado afirmar, por ejemplo, cierto rechazo o "cansancio" moral indeterminado o "razones de decoro", para autoexcluirse del conocimiento del proceso[347]. Parece sobrentenderse con evidencia y sin mayor explicación que la exclusión de un juez por su propio designio, en cuanto él está abarcado por el deber de juzgar, debe ser apreciada y justificada más estrictamente que el temor del justiciable sobre su parcialidad. Este temor tiene siempre una base subjetiva, la creencia en la presencia de prejuicios provenientes de una posición especial del juez respecto del caso, creencia que debe ser atendida por el solo hecho de demostrar esa posición y la plausible derivación de prejuicios de ella, sin interesar que estos prejuicios sean conscientes o inconscientes para el juez. La recusación no significa expresarse peyorativamente acerca de la honorabilidad del juez –piénsese que quien recusa puede desconocer totalmente la personalidad del juez recusado–[348], defecto para el que están previstas otras soluciones, sino que representa, tan sólo, el intento del justiciable de lograr la mayor posición de imparcialidad posible por parte del juzgador. Nadie puede decir, por anticipado, que un padre determinado no puede ser el mejor juez de su hijo –en ocasiones, el más riguroso y, por ello, recusable por el hijo–, el más imparcial y justo para valorarlo, pero lo cierto es que esa posición respecto del justiciable establece la posibilidad de ciertos prejuicios, de ciertos conocimientos especiales por fuera del juicio, que en un extraño no pueden ser afirmados.

345 La ley de "implementación del CPP Nación, nº 24.121, derogó, por razones prácticas, pero con escasa fortuna, el art. 55, inc. 1, del texto original que prescribía la exclusión del juez que "hubiere pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia o auto de procesamiento", juez que no podía formar parte del tribunal (cuerpo de decisión) que escuchaba el debate o decidía un recurso. Cf. GARCÍA, Luis M., *La noción de tribunal imparcial en los instrumentos internacionales de derechos humanos*, en "La Ley", Buenos Aires, t. 1999/F, I, ps. 223 y siguientes.

346 Cf. GARCÍA, *La noción de tribunal imparcial en los instrumentos internacionales de derechos humanos*, cit., ps. 223 y ss, con toda la bibliografía actualizada, los dictámenes y sentencias, incluso de la Corte Suprema, del caso más interesante que se ha presentado hasta el momento.

347 Cf. CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, cit., t. II, nº 510, ps. 243 y s. y D'ALBORA, *CPP Nación anotado* (4ª ed.), cit., p. 134.

348 Cfme. BOVINO, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998, Cap. II, p. 49; BRUZZONE, Gustavo A., *Sobre la garantía del juez imparcial*, en "Nueva Doctrina Penal", cit., 1996/B, p. 553.

Aun sin llegar a aceptar plenamente la posibilidad de *recusar sin* –expresar la– *causa*, es preciso entonces, al menos para la recusación, como derecho de quien es juzgado o de quien tiene interés en la causa, extender ese derecho a la razón de ser de la existencia de motivos de exclusión de los jueces. Tal derecho de excluir a un juez no corresponde a los jueces, que, por ley, tienen el *deber* de juzgar[349], razón evidente de la equivocación que señala el rumbo de nuestra jurisprudencia y doctrina dominantes: ello significaría, sin más, concederles a los jueces un derecho de autoexcluirse o de evitar, por propia voluntad y de modo discrecional, ser el destinatario del deber jurídico. Ni siquiera en el caso de los *jurados* o *escabinos*, jueces sin permanencia en el oficio y llamados a juzgar en el caso particular, tal concesión resulta posible, pues sobre ellos, una vez designados para el caso, pesa también el deber de intervenir y juzgar, más allá de que su cargo transitorio, según la ley, sea meramente honorífico o rentado. A los jueces les corresponde, en cambio, el deber de informar a los participantes en un proceso judicial cuando se hallan en una situación tal respecto del caso o de sus protagonistas, susceptible de generar el temor de parcialidad. La *excusación* –autoexclusión del propio juez– es tan sólo un medio para denunciar y lograr la exclusión del juez afectado por un motivo previsto en la ley; la exclusión *de pleno derecho*, por alguno de los motivos previstos en la ley, implica la imposibilidad de convalidación del defecto, de manera tal que una decisión en la cual colaboró el juez señalado es inválida, a pesar de la falta de protesta por parte del interesado, esto es, maguer la inexistencia de su denuncia y aunque él hubiera conocido el motivo de exclusión: la ley no tolera que ciertos jueces, que se hallan en ciertas situaciones respecto del caso, colaboren en el procedimiento y la decisión.

III. Cualquiera que sea la proximidad al ideal de la imparcialidad del catálogo de las llamadas *causales de exclusión* que las leyes enumeran, incluso su acierto o desacierto según la mayor o la menor proximidad o la ausencia de tal proximidad, todos los casos genéricos o *motivos* de exclusión de jueces están referidos a la misma razón genérica

[349] En nuestro caso, afirmado penalmente: CP, 273.

o se miden según ella para establecer su acierto o desacierto. Esa razón genérica es el *temor de parcialidad* en el juez investido para juzgar, pues su situación personal respecto del caso –de sus protagonistas, de su objeto– puede instalar en él, con o sin su concurso voluntario, intereses, prejuicios o conocimientos especiales (no obtenidos mediante el rito que la ley procesal penal establece para ello) que, de otra manera, no existirían. La *sospecha* y no la seguridad de que ello sucede conforme a la situación especial del juez frente al caso –situación que sí debe ser conocida perfectamente–, es aquello que funda la exclusión. De tal manera, el *temor de parcialidad* es un motivo genérico de exclusión de un juez, siempre que quien lo esgrima, alguien interesado en el procedimiento y su solución, demuestre la situación especial en la cual se halla el juez y su relación con la sospecha de parcialidad. La combinación de esta razón genérica con la imposibilidad de atribuir al catálogo que las leyes procesales penales mencionan función de cláusula de cerramiento no prevista, produce un sistema claramente abierto[350]. Los códigos de la Provincia de Córdoba (inc. 12, art. 60), de la Provincia de Tucumán (*idem*) y de la Provincia de Buenos Aires (inc. 13, art. 47) reconocen el sistema y el temor *grave* de parcialidad como motivo genérico de exclusión de un juez, en la regla final del catálogo de motivos[351].

Sin que resulte premonitorio para los casos concretos que suceden en la práctica judicial, el *temor de parcialidad*, como motivo genérico de exclusión de un juez, contribuye a superar las "lagunas axiológicas"[352] que el propio ordenamiento procesal contiene en su catálogo. Representan un ejemplo de ello los dos motivos mencionados anteriormente a título de ejemplo, que no están incluidos en el catálogo y que una mínima valoración axiológica indicaría la necesidad de incluirlos, al menos para ciertos casos concretos: el juez que es cónyuge de uno de los protagonistas del conflicto o de

350 Sobre esta función de ciertos principios hermenéuticos, cf. ALCHOURRÓN y BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit., Cap. VII, ps. 169 y siguientes. Lo mismo sucede en el Derecho comparado, cf. ROXIN, *DPP*, cit., § 9, II, ps. 43 y siguientes.

351 A pesar de que el CPP Tucumán, 66, vuelve sobre los pasos de la doctrina y legislación común dominante, al excluir como motivo de recusación al temor de parcialidad en la aclaración final de la regla.

352 Sobre este concepto, en la teoría general del Derecho, cf. ALCHOURRÓN y BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit. Cap. VI, nº 5 y 6, ps. 157 y siguientes.

alguno de los llamados "interesados"[353] o el juez que ha intervenido en períodos anteriores del procedimiento[354]. Pero existen más ejemplos de situaciones que, relacionadas con un caso concreto, fundan un serio temor de parcialidad y otras en las cuales uno se pregunta, ya sin tanta claridad, acerca del límite para la sospecha de parcialidad. Ejemplo del primer caso es la publicidad, mayor o menor, periodística o académica, de la opinión del juez sobre el caso o sobre particularidades parciales del caso, la amistad, aun sin intimidad por lo fraccionada y casual, pero lo mismo cercana o cotidiana, del juez con el imputado por la práctica corriente de un mismo deporte o actividad en conjunto, la opinión genérica sobre la obtención de la verdad bajo ciertas condiciones que el caso reproduce o no reproduce y que, por ello, permite colegir cómo decidirá después del debate[355]. Constituyen ejemplos del segundo grupo, en cambio, la intervención puramente administrativa de un juez para remitir el legajo de actas (expediente) a otro juez que lo solicitaba o, más allá de ello, la que sólo implica un "mero trámite" para el cual no hace falta conocer el caso[356]. El hecho de que las convenciones o pactos internacionales sobre derechos humanos, con vigencia universal o regional, contengan la garantía de ser juzgado por un tribunal *imparcial*, y el más auspicioso aún de que la República Argentina primero los ratificó y luego les concedió jerarquía constitucional (CN [reforma 1994], art. 75, inc. 22), ha provocado una nueva discusión acerca de las condiciones de proximidad al ideal de la *imparcialidad judicial*. Ello se ha traducido, también, no sólo en reglas internacionales, como las de "Mallorca", que intentan dar contenido a las aristas principales del problema[357], sino que, además, ha permitido ya desarrollar una casuística por parte de los organismos internacionales de

[353] CPP Nación, 56.

[354] Sobre el problema de los motivos de exclusión "no escritos", en especial sobre la intervención del juez integrante del colegio sentenciador en períodos anteriores al juicio, o integrante de una instancia distinta en instancias anteriores, o de aquellos que contribuyeron a pronunciar la decisión anulada, cf. BRUZZONE, *Sobre la garantía del juez imparcial*, cit., ps. 541 y ss., y *Proyectos de reforma al Código procesal penal de la Nación*, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, año V, nº 9, B, ps. 417 y ss., donde se halla a los materiales para el desarrollo de esta discusión en la doctrina, jurisprudencia y legislación argentinas, y en el Derecho comparado, incluido los organismos internacionales; sobre el mismo aspecto, también es útil el trabajo de BOVINO, Alberto, sobre *Imparcialidad de los jueces y causales de recusación no escritas en el nuevo Código procesal penal de la Nación*, en *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, cit., ps. 49 y ss.; DE LUCA, Javier A., *Sobre la garantía del juez imparcial y el procedimiento penal nacional*, en "Nueva Doctrina Penal", cit., 1998/B, ps. 753 y ss.; SUPERTI, Héctor, *Quien investiga no debe juzgar*, en "La Ley", Buenos Aires, t. 1999/E, ps. 853 y siguientes.

[355] ROXIN, *DPP*, cit., p. 43 y s., sintetiza un sinnúmero de casos aceptados por la jurisprudencia alemana.

[356] Ver estos ejemplos en BRUZZONE, *Sobre la garantía del juez imparcial*, cit., ps. 550 y ss., con motivo del "grado" de intervención del juez con anterioridad.

[357] El texto de la regla 4ª, relativa al principio, en BRUZZONE, *ídem*, p. 552; más amplio, pues contiene la regla 2ª, SANCINETTI, *La violación de la garantía de la imparcialidad del tribunal*, cit., p. 24.

145

protección de los derechos humanos, fundamentalmente por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)[358].

El primer significado de los motivos específicos de temor de parcialidad reglados en la ley[359], se vincula a la facilitación del procedimiento para hacerlos valer (economía procesal). Se trate de la exclusión solicitada por una de las partes que interviene en el procedimiento o por el propio juez, el motivo, expresado en la ley (parentesco o relación con los interesados, relación directa o indirecta con el caso), facilita el procedimiento y el examen para decidir, en tanto: a) no es necesario relacionar la situación del juez con el temor de parcialidad, esto es, con su interés, su prejuicio o su conocimiento especial, y b) expresada o consentida la situación de la que se parte por el propio juez no es tan siquiera necesaria la prueba sobre la situación particular en sí misma[360]. Esta facilidad –que también se traduce en cierta facilidad probatoria desde el comienzo, aun sin la aquiescencia del juez recusado– no se halla, en cambio, en la demostración del *temor de parcialidad* como motivo genérico de exclusión. Allí, quien la invoca debe: a) verificar mediante prueba fehaciente la situación de la que parte y que detalla; b) demostrar, al menos argumentalmente, que el caso es análogico en seriedad e importancia a alguno de los reglados; y c) verificar el vínculo actual de la situación particular con el *temor de parcialidad*[361].

[358] Cf. esta misma obra, t. I, § 7, B, 3, III, ps. 755 y ss., después de cuya aparición la literatura se ocupó ampliamente del problema: GARCÍA, *La noción de tribunal imparcial en los instrumentos internacionales de derechos humanos*, cit., II y ss., ps. 229 y ss.; SANCINETTI, *idem*, cuyos §§ 1 a 5, ps. 1 y ss., constituyen una exposición actual exhaustiva de principios, doctrina y jurisprudencia tanto de Derecho comparado, como de Derecho nacional, relativa al problema más discutido entre nosotros: la actuación previa del juez que juzga.

[359] Por ej., CPP Nación, 55.

[360] CPP Nación, 57 y 61.

[361] Paradigmático es el caso de los parientes que, por su grado, no resultan excluidos, por ej., según el CPP Nación, 55, incs. 3 y 4. Un pariente incluido provocará la exclusión no bien el juez que se pretende excluir acepte o consienta el parentesco, o, en caso contrario, quien lo recusa presente los certificados correspondientes que determinan el grado de parentesco (prueba documental relativamente sencilla de obtener); se observa que ello sucederá con total prescindencia de si, incluso, el juez que se autoexcluye o es recusado conoce al pariente o, por razones que no vienen al caso, no lo conoce, ni tiene relación próxima alguna con él. Por lo contrario, un pariente no incluido o, inclusive, alguien que no es pariente, sólo podrá provocar la exclusión si: a) se verifica la situación que se detalla (el trato y la convivencia de una persona como hijo); b) se comprueba también que el caso es análogo en seriedad e importancia a otro incluido en el catálogo desde el punto de vista del *temor de parcialidad* (por ej., el trato de hijo o similar en confianza, cariño y educación cotidiana al de su hijo y la conservación actual de esa relación); y c) ello determina intereses, prejuicios o conocimientos especiales en relación a la causa. Hace tiempo, las personas residentes en la campiña solían confiar a sus hijos adolescentes, sin formalidad alguna, a personas amigas con residencia en una ciudad, cuando sus hijos venían a estudiar; muchas veces, incluso, los jóvenes vivían en casa de sus pseudo-tutores o guardadores y hasta existen casos en los cuales se abonaba un precio, al menos la locación de la habitación; a esta situación, que yo observé cuando niño y cuando adolescente, me refiero. Todavía creo que la situación debió ser más común en la Ciudad de Buenos Aires y conozco algún caso similar.

El segundo significado de estos motivos expresos en la ley se vincula a la determinación previa de los que hemos llamado *motivos absolutos de casación*, esto es, defectos de la sentencia que no son convalidables, ni siquiera por la omisión conciente de su denuncia por parte de los intervinientes, pues representa motivos de exclusión del juez sobre su poder de juzgar que operan *de pleno derecho*.

2. El catálogo de motivos

a) Finalidad y características genéricas

I. Según se dijo, este catálogo es meramente indicativo y tiene por misión principal facilitar la exclusión de un juez comprendido en él, por una parte, y constituir una verdadera excepción (justificación) a la imposición a los jueces –profesionales y permanentes o legos y sin permanencia– del deber de intervenir en el caso y juzgarlo, por la otra. Los catálogos de todos los códigos, en especial de todos los argentinos, son similares, aunque no idénticos: casi siempre discrepan en una pequeña proporción, por inclusión o exclusión de alguna relación o situación desconocida o reconocida por los otros códigos. No es misión de este libro la exégesis de los motivos incluidos en esos catálogos, por otra parte inagotables[362], sino, antes bien, la explicación de aquellas relaciones o situaciones paradigmáticas que, de ordinario, generan el *temor de parcialidad*. Por lo demás, como antes lo expresamos (II), la ley quiere indicar también, en ciertas ocasiones, la vinculación del motivo con un defecto irreparable de la decisión futura (exclusión *de pleno derecho*). En ese caso, el conocimiento o desconocimiento del motivo por el juez y las partes, su denuncia mal resuelta o la falta de denuncia oportuna por parte de ellos, no altera la existencia y persistencia del vicio en la resolución, que sigue afectada por él (defecto *insubsanable*). Usualmente, la ley crea para ello un deber absoluto de autoexclusión (*excusación* o *inhibición*) para el juez afectado –o, de idéntica manera, la obligación de denunciar la situación con su primer intervención o inmediatamente después de conocerla– y completa su visión del problema mediante el precepto que torna insubsanable el defecto, de modo que no lo altera la falta de conocimiento, la falta de denuncia oportuna o la decisión equivocada del incidente relativo a la denuncia oportuna, pues el defecto se traslada, sin más, a la decisión

362 Para el CPP Nación, 55, cf. D'Albora, *CPP Nación anotado* (4ª ed.), cit., art. 55, ps. 133 y siguientes.

que el procedimiento pertinente funda[363]. Sucede que, al ser reconocido el vicio como intolerable, por la decisión o la colaboración en ella de un juez que, de manera absoluta, no debió intervenir, el Derecho no reconoce el acto como una decisión judicial, y tal desconocimiento se extiende casi a todos los efectos.

Las leyes procesales penales argentinas, que regulan los motivos de exclusión de los jueces en el texto de los CPP, son confusas sobre el particular. El CPP Nación, seguido de cerca por el de la Provincia de Buenos Aires (que citamos entre paréntesis), impone este deber a los jueces en el encabezamiento de su art. 55 (47), pero tal obligación parece agotarse en su función disciplinaria, pues si él no denuncia las situaciones previstas en los motivos –incluso por desconocimiento de la situación real, con lo cual la función disciplinaria de la obligación parece desaparecer– y los demás participantes en el procedimiento no lo recusan en tiempo oportuno, pese a conocer la situación, conforme al art. 60 (51), el defecto queda subsanado[364]. El CPP Córdoba parece haber imaginado otra cosa, en principio: de la misma manera que los códigos ya citados, sus arts. 60 y 62 (*idem* provincia de Tucumán) imponen al juez afectado el deber de instar su autoexclusión; pero su art. 63, después de admitir que el deber queda anulado si los interesados solicitan –expresamente– que el juez afectado siga conociendo la causa (actividad positiva), señala varios motivos sobre los cuales el consenso resulta inadmisible, con lo cual, en esos casos, la instancia parece funcionar como *de pleno derecho*, esto es, sin posibilidad alguna de subsanación del defecto, que sería "arrastrado" hacia una decisión futura. Sin embargo, para crear más confusión, los autorizados a recusar (CPP Córdoba, 66) sólo pueden denunciar el motivo de modo hábil en o hasta las oportunidades concretas que la ley prevé (CPP Córdoba, 67), con lo cual se vuelve al mismo efecto descripto para las leyes anteriores: pasadas esas oportunidades, el defecto, pese a la gravedad que la misma ley le asigna, queda subsanado y la obligación tiene sólo consecuencia disciplinaria. Se debe aclarar, sin embargo, que el defecto es "arrastrado" hasta la decisión –por ej., hasta la sentencia, en el caso del recurso de casación contra ella– si se instó la exclusión del juez (recusación) y él, por una decisión errónea, no fue excluido (protesta de recurrir en caso de una decisión desfavorable).

Las leyes procesales penales deberían decidir en primer lugar, en principio políticamente, la pregunta acerca de si algunas relaciones del juez con el caso parecen tan graves que la ley no está dispuesta a tolerar una decisión que dicte o en la que contribuya un juez afectado (motivos de exclusión *de pleno Derecho*). Si existen esos motivos,

363 Sólo nos referimos aquí al problema procesal; por lo contrario, no nos referimos a la eventual falta grave o leve en el ejercicio de la función, que sigue sus propias reglas de imputación a la persona del juez y depende del Derecho disciplinario judicial.

364 El defecto de conocimiento autoriza a denunciar la situación posteriormente, incluso, por ej., como motivo de la casación de la sentencia, pero esa denuncia e instancia también está sometida a un plazo de admisibilidad (CPP Nación, 60, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 51, II), razón por la cual, pasada la oportunidad, el defecto queda subsanado y no es "arrastrado" hacia la decisión futura.

la ley debería distinguirlos de aquellos menos graves que pueden afectar también la función jurisdiccional de un juez bajo sospecha de parcialidad, pero tolerables si las partes consienten expresamente la intervención del juez afectado (similar a CPP Córdoba, 63). Por último, resta la pregunta acerca de si el silencio de los interesados posee algún efecto, esto es, si en plazos predeterminados por la ley, referidos a acontecimientos procesales o indicados temporalmente, con fijación de un término final, la falta de instancia (recusación) torna inaceptable la denuncia del defecto en el futuro (el llamado *consentimiento presunto o tácito*, emergente de la necesidad de expresarse, prevista en la ley, para conservar el derecho)[365]. Creo válida todavía una última pregunta: ¿es posible interponer la *revisión* de una sentencia, fundada en el conocimiento del motivo de temor de parcialidad con posterioridad al momento en el cual la sentencia quedó firme? Yo no dudaría en admitir el caso, *de lege ferenda*, si se admitiera previamente, como lo hace, por ej. la OPP (RFA), que existen motivos no tolerables de temor de parcialidad (exclusión *de pleno Derecho*), que privan a la sentencia de su calificación como tal, siempre y cuando el motivo no sólo no haya sido conocido por el recurrente (el condenado, su defensor o, sus sustitutos después de fallecido el condenado, o a su favor, el ministerio público), sino que también, además, haya tenido posibilidad de influir en la decisión[366]. Esta última exigencia puede conducir, a su vez, a una nueva pregunta: ¿por "posibilidad de influir en la decisión" se debe entender, tan sólo, la necesidad de evitar en ella la generación de los estados que desembocan en el temor de parcialidad, o es preciso tornar plausible algún otro defecto que pueda conducir a que la sentencia condenatoria varíe de signo o resulte más benigna para el condenado? La respuesta no es, a mi juicio, problemática, pues si se exigiera el traslado a un error material en la sentencia, tal que ella se transforme en el sentido indicado, no se agregaría, en verdad, ningún motivo al recurso de revisión; por lo tanto, bastaría demostrar que decidió o colaboró en la decisión un juez impedido, conforme a un motivo conocido con posterioridad a que la sentencia quedó firme, esto es, que no se trató de un *juicio justo*, para provocar un nuevo juicio que confirme o revoque la condena.

II. Así como el desconocimiento del motivo no altera su existencia real (el juez no conoce al pariente que debió provocar su exclusión), y

[365] La OPP (RFA) contiene (§§ 22 y ss.) un sistema coherente: describe primero varios motivos según los cuales un juez está excluido *de pleno Derecho* del ejercicio de su función jurisdiccional, de modo tal que no tolera las decisiones dictadas por un juez afectado por los motivos indicados; luego admite, más ampliamente, que los participantes en el procedimiento puedan instar la exclusión por *temor de parcialidad* proveniente de otros motivos (incluso esgrimidos por el propio juez afectado, por denuncia ante el tribunal que integra, § 30) y, en ese caso, establece límites relativos a la última oportunidad para hacer valer el motivo (§ 25): por lo tanto, los motivos impuestos por la ley *de pleno Derecho* son insubsanables, mientras que aquellas situaciones abiertas que pueden conducir al *temor de parcialidad* quedan consolidadas si no se promueve la instancia en tiempo oportuno.

[366] No pudo influir en la decisión, por ej., el parentesco desconocido por el propio juez afectado, pues no pudo crear el interés, el prejuicio o el conocimiento que la exclusión quiere evitar: pariente que ignora que está juzgando a su propio pariente.

por ello la ley prevé su denuncia tan pronto sea conocido el defecto, así también el error sobre la denominación o señalamiento del motivo (*nomen juris*: indicar un inciso en lugar de otro o calificarlo equivocadamente) o sobre su existencia jurídica (equivocación en el grado de parentesco por errónea interpretación de la ley civil o alteración equivocada del significado de la descripción) tampoco altera su existencia real que, en principio, representa nuestra única preocupación. Sin embargo, éste es el lugar preciso y pertinente para la pregunta, inmediatamente antes formulada y contestada, sobre la validez de la decisión tomada o en la cual colaboró un juez que debió ser excluido y que, a la vez, desconocía la existencia del motivo de exclusión. Parece que la pregunta debería contestarse con referencia a aquello que se quiere evitar: si el desconocimiento es absoluto, pues el juez no conocía (fácticamente) la relación o situación comprometida, de su sola existencia no puede emerger el interés, el prejuicio o el conocimiento que se pretende evitar; mientras que, si el juez afectado conoce los hechos pero yerra al no incluirlos en algún motivo de exclusión –y, por tanto, al no denunciarlo–, parece que, normalmente, la contestación debería ser contraria a la indicada anteriormente. Esto resulta de importancia, sobre todo para el recurso de casación, pues el recurrente no sólo deberá denunciar y verificar el motivo, como infracción a la ley de procedimiento con nulidad prevista[367], sino, además, expresarse plausiblemente acerca de su influencia en la decisión, hecho que, normalmente, será sencillo de llevar a cabo, pero que, en ocasiones (desconocimiento absoluto de la relación por parte del juez afectado), puede resultar complicado.

III. Entre nosotros es necesario también explicar que, cuando se trata de un cuerpo de decisión colegiado –supóngase un tribunal de juicio–, la colaboración de un juez afectado vicia, en su caso, la decisión, cualquiera que haya sido la posición del juez en la deliberación y votación. Tal afirmación se comprende por sí misma –como evidente o manifiesta–, cuando el juez ha contribuido a crear la mayoría necesaria para decidir, pero seguramente dista de ser unánime, entre nosotros, en el caso contrario. Supongamos que la decisión afecta a un re-

367 CPP Nación, 167, incs. 1 y 2.

currente –el imputado–, él tendría, en el último caso, dificultades para recurrir –casar la sentencia de condena–, pues el voto del juez afectado lo favoreció o, cuando menos, no contribuyó a formar la mayoría que fundó el dispositivo del cual parte el agravio. Sin embargo, en el caso normal, la sentencia sería igualmente inválida: obsérvese que resulta mal constituido el cuerpo de decisión que presidió el debate, deliberó y votó, pues intervino en esos actos un juez que debió ser excluido y reemplazado por otro, motivo de nulidad expresado genéricamente en las leyes procesales penales[368]. El yerro de quienes opinan en contrario parte de una deformación propia, según mi experiencia, del foro de la Ciudad de Buenos Aires, escasamente acostumbrado a juicios orales e inmediatos, y a deliberaciones de cuerpo presente, pues en general se tolera, como sucede en los procedimientos ante nuestra Corte Suprema nacional, decisiones que sólo vota la mayoría, en un cuerpo de decisión que no está integrado ni delibera según la ley. Permitir las decisiones por mayoría simple o calificada no quiere significar autorizar una integración del cuerpo de decisión que se pronuncia por el tribunal con menor número de jueces, ni prescindir de la deliberación[369].

IV. Por último, se ha advertido ya que este defecto genera una nulidad expresada por la ley, según su forma particular de observar este fenómeno –como sanción: ver notas al pie anteriores–, razón por la cual, cuando la misma ley exige la verificación de este extremo[370], no existe, en el caso, dificultad alguna para acreditarlo sin recurrir a argumentaciones complicadas.

b) Clasificación de los motivos

Precisamente, en virtud de la idea equivocada que exige enumerar taxativamente los motivos de exclusión, las leyes procesales penales, como los códigos argentinos, por ejemplo, presentan catálogos extensos de motivos, escasamente ordenados, donde se mezclan uno y otro

368 *Ibidem.*

369 Según mi experiencia, un solo juez, en principio en minoría, es, en ocasiones, idóneo para provocar una decisión conforme a su opinión, si argumenta correctamente durante la deliberación, actividad que, precisamente por ello, es necesaria.

370 CPP Nación, 456, inc. 2.

motivo en oraciones únicas, según la comprensión del redactor de turno. El resultado es, a mi juicio, cierto caos, que necesita ser ordenado, y, según ya se observó, la existencia de "lagunas axiológicas", esto es, de casos genéricos no contemplados, cuya aparición en el catálogo revela una justificación axiológica mayor que aquella debida a los casos que figuran en él. Justamente, en razón del caos generado por la enumeración, todas las exposiciones sobre el punto intentan una clasificación[371]. Este libro no constituirá una excepción. Por lo contrario, intentará solamente la clasificación y se ocupará, dentro de ella, de los casos más conflictivos. Para explicar esta clasificación, de la manera más sencilla posible, diremos, en primer lugar, que todos los motivos de exclusión pueden ser resumidos en relaciones del juez –o de personas vinculadas estrechamente al juez: familiares o vínculos equivalentes– con el caso concreto a juzgar. Algunas veces esta situación emerge de la relación personal entre el juez y alguno de los protagonistas del caso concreto; otras, en cambio, denotan una relación entre el juez y el contenido sustancial del caso; en tercer lugar, cabe explicar por separado aquellas relaciones del juez afectado con el mismo procedimiento o trámite del caso, relaciones que, en alguna oportunidad, han generado discusiones, pues resultan algo más complicadas de justificar culturalmente.

I. Las relaciones del juez con los protagonistas del caso concreto son las más sencillas de explicar. Se trata de evitar que un juez emita una decisión que afecte al cónyuge, a un pariente próximo (grado de parentesco establecido en la ley) o a otra persona con vínculos semejantes con él (haber sido tutor, curador, guardador, amigo íntimo, enemigo manifiesto, o haber estado bajo la tutela, la curatela o la guarda) o con vínculos provenientes de otra relación equiparable (deudor, acreedor, fiador, denunciante o acusador del protagonista del caso, o bien denunciado, incluso para la iniciación de un procedimiento de remoción del cargo, o acusado por alguno de ellos, o receptor de beneficios de alguno de esos protagonistas), pues esas personas o bien intervienen en el procedimiento (imputado, querellante, actor civil, tercero civilmente demandado), o bien no han decidido o sido llamadas a in-

[371] Cf., por ej., D'Albora, *CPP Nación anotado* (4ª ed.), cit., Cap. IV, c, p. 132; Clariá Olmedo, *Tratado*, cit., t. II, nº 511, ps. 245 y siguientes.

tervenir; pero el caso los tiene como sus protagonistas principales (víctima, ofendido o damnificado, en amplio sentido, comprensivo de ciertos deudos de quien perdió la vida como resultado culposo o doloso o, quizá, casual del hecho punible, demandado civil, incluido el tercero que debería responder civilmente por el daño)[372]. Es natural que, en aquellos vínculos susceptibles de cambiar con el tiempo –por ejemplo: disolución del vínculo matrimonial por divorcio–, el motivo permanezca a pesar de la finalización del vínculo; las leyes suelen indicar esta permanencia al describir el motivo (vínculo) con utilización del verbo tanto en tiempo presente como en tiempo pasado[373].

Pertenece también a este grupo el vínculo del propio juez con el caso (imputado, víctima, ofendido, damnificado, y, más allá, testigo, perito), que, en ocasiones, no aparece textualmente en el catálogo –otro resultado del caos enumerativo–, sino que debe ser derivado de textos más comprensivos[374]; pero nosotros creemos que conviene clasificar este motivo entre aquellos que informan el vínculo del juez con el contenido material del caso concreto. Nótese, además, que en la enumeración de los códigos argentinos existe cierta confusión en la utilización de la palabra *"interesados"*, definida por la ley, pues en ocasiones el vínculo se define desde la persona del juez con los demás *interesados*[375], de manera directa, y en otras se extiende el vínculo con el *interesado* no sólo al juez, sino también al cónyuge y a parientes cercanos[376]. Más que raro, provoca perplejidad, asimismo, que el cónyuge aparezca aquí como una extensión del juez, esto es, no sólo excluye el vínculo del juez con alguno de los interesados, sino también el del cónyuge y sus parientes, aunque el juez no tenga vínculo alguno con los interesados, y no aparezca, en cambio, la vinculación directa del juez con el cónyuge como protagonista del procedimiento. Ello verifica, una vez más, la escasa racionalidad axiológica de la enumeración. Se ha incluido también el caso –rarísimo para otras legislaciones– del juez que halla en el mismo cuerpo de decisión que integra a un pariente suyo dentro de los grados de parentesco que la ley prevé –casi siempre objeto de una prohibición orgánica–, o cuyo pariente ha intervenido ya en el procedimiento[377], caso este último que pertenece a otro grupo, aquel en el cual la relación del juez resulta del procedimiento mismo o de su trámite. La perplejidad aumenta de tono cuando, según ya

372 El CPP Nación regula estos casos genéricos, no sin omisiones, en el texto de los incs. 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 11 y 12 (ver art. 56 para establecer el significado de "interesados").

373 OPP (RFA), § 22, nº 2 y 3; ver CPP Nación, 55, inc. 2, que, impropiamente para el motivo, utiliza el subjuntivo pasado y el subjuntivo futuro.

374 CPP Nación, 55, inc. 4, cuya existencia resulta de explicación dudosa frente a la definición de *interesados* del artículo siguiente.

375 CPP Nación, 55, incs. 3, 5, 8, 9 y 11, por ejemplo.

376 CPP Nación, 6, 7 y 12, por ejemplo.

377 CPP Nación, 55, inc. 2.

advertimos, la propia relación del juez con el procedimiento, en virtud de haber intervenido en él con anterioridad, prevista originariamente en el CPP Nación (55, inc. 1), fue derogada, precisamente con la misión de que ella no genere exclusión alguna (caso hoy no comprendido en la enumeración). El problema se examinará al describir el último de los grupos de casos de exclusión.

II. El segundo grupo de casos genéricos vincula a la figura del juez con el objeto del caso, esto es, con su contenido material, el hecho punible que se sospecha cometido. Parece claro que, aunque el texto del motivo específico no lo mencione expresamente[378], esta relación con el caso –imputado, víctima, ofendido, damnificado, y juez a un mismo tiempo– constituye el motivo básico de exclusión, pues elimina el mismo significado de la palabra "juez", definido como personaje *imparcial* del caso, razón por la cual el motivo debió ser previsto como intolerable (exclusión *de pleno derecho*)[379]. Pero el vínculo con el caso concreto objeto del procedimiento no necesita ser tan estrecho como el anticipado: basta haber conocido el hecho como testigo o ser llamado a dictaminar como perito en el procedimiento[380]. Es en este grupo de descripciones donde se observa la utilidad de otros motivos genéricos relativos al caso en sí mismo, como el interés en el conflicto que no parte del vínculo personal directo con alguno de los *interesados*, sino del interés objetivo del juez o de alguien vinculado a él con el resultado del procedimiento[381]. Aquí se debe ubicar también el temor de par-

378 CPP Nación, 55, inc. 3, y 56, pues el juez no es pariente de sí mismo.

379 El texto del CPP Nación, 55, inc. 4, permite la exclusión sin mayores problemas interpretativos, a pesar de que su redacción, unida al texto del art. 56, confunde. Raramente el juez como actor civil o querellante resulta previsto (CPP Nación, 55, inc. 1).

380 La redacción vuelve a dejar dudas, pues parece no bastar que quien es juez sea llamado lícitamente como testigo al procedimiento, sino que, antes bien, pueda testimoniar acerca del hecho punible mismo, y ello casi deja fuera de lugar al llamamiento como perito, en el sentido de que este órgano de prueba conoce sólo por la actividad judicial y, por esa característica, resulta naturalmente fungible.

381 Por ej., el juez o alguno de los parientes determinados por la ley han sido instituidos herederos o legatarios de quien ha fallecido como resultado del hecho punible, sin ser pariente suyo, o es legatario de la cosa hurtada. Aquí se observa cómo el CPP Nación, 55, inc. 4, no utiliza la palabra *"interés"* en el mismo sentido o con el mismo significado de *"interesado"* que describe en el art. 56: en este último caso, interesado es una posición procesal en un procedimiento determinado (imputado, querellante, actor civil, civilmente demandado) o una posición derivada del hecho punible objeto del procedimiento (víctima, ofendido, damnificado), que se describe para impedir que ocupe la posición de juez alguien relacionado con esa posición, mientras que el *interés* anterior, del inc. 4, se refiere, básicamente, al resul-

cialidad derivado de haber expresado el juez su opinión sobre el caso objeto del procedimiento, opinión que, de manera alguna, necesita ser expresada a algún *interesado* o a manera de consejo extrajudicial dirigido a alguien[382], sino, antes bien, requiere la exteriorización de la opinión por fuera del círculo muy estrecho de colaboradores que –en el caso de los jueces profesionales o permanentes– puedan haberla escuchado por necesidades de la función, sin difundirla[383].

Aquí se debe ubicar el problema del juez y la prensa, un problema derivado del problema mayúsculo que la prensa moderna, con su alcance (medios de información, especialmente la televisión, ver este parágrafo, B, 3, IV, *d*), le plantea al principio de imparcialidad. Es claro que las audiencias públicas, por definición, pueden ser objeto de divulgación, entre otros medios, por parte de los medios de información. Discutido, en cambio, resulta el modo de la información, por ej., la transmisión audiovisual de esas audiencias. Otra vez vuelve a resultar claro, a mi juicio, que no pueden ser los jueces los que informen sobre el caso y, menos aún, los que opinen o tomen partido sobre los casos que deben decidir.

III. Forma parte del vínculo con el caso, el vínculo del juez con el procedimiento en sí mismo. Ya observamos, por ejemplo, cómo el testigo y el perito resultan excluidos de la función jurisdiccional en el caso. Empero, existen vínculos más fuertes con la actividad procesal, que hemos querido agrupar porque han sido discutidos entre nosotros, al menos parcialmente. Se entiende sin explicación alguna (autoevidencia) que quien obró en el mismo procedimiento como acusador (funcionario del ministerio público o acusador privado o particular), como defensor del imputado, como actor o demandado civil o como abogado de alguna de las partes intervinientes en ese procedimiento, quede excluido del ejercicio de la función jurisdiccional[384]. La misma regla

tado del hecho punible o del procedimiento, esto es, a cierta ventaja objetiva, sucedida o deseada, que deriva del hecho punible o del resultado del procedimiento. Otros ejemplos diferentes: juez perteneciente a una fundación que lucha por la prohibición de todo método anticonceptivo y un caso de aborto.

382 Como lo requiere, erróneamente, el CPP Nación, inc. 10.

383 Caso del secretario, autorizado a presenciar la deliberación (CPP Nación, 396) o de los jurados a sus colegas durante la deliberación.

384 CPP Nación, 55, inc. 1.

puede ser extendida al denunciante y a su abogado, si aquél ha recibido asesoramiento jurídico para denunciar el hecho[385]. El problema más arduo de resolver entre nosotros, según se revela en nuestra literatura jurídica moderna[386], quizá por ser el más moderno y, sobre todo, el más moderno entre nosotros, se vincula al ejercicio del oficio de juez en el mismo procedimiento. Se trata de evitar que alguien que ya conoció el asunto por su actividad judicial vuelva a decidir sobre él: ideal sería que un juez, una vez que dictó una decisión sobre el caso, no volviera a intervenir más en él. Pero se pretende lograr, al menos, que los jueces que integran el cuerpo de decisión del debate (tribunal de mérito) no hayan intervenido en períodos anteriores del procedimiento[387], que los jueces que integran el cuerpo de decisión de un recurso no hayan dictado o contribuido a dictar la decisión impugnada, incluso cuando se trata del recurso de revisión, y que los jueces que hayan dictado o contribuido a dictar una decisión anulada (casada), no vuelvan a intervenir en la actividad procesal generada a raíz de la anulación. Para lograr este objetivo, precisamente, no sólo existen disposiciones orgánicas previstas para alcanzar genéricamente este resultado, sino que, antes bien, la reglamentación referida a la exclusión de jueces frente al caso concreto prevé el deber del mismo juez de excluir-

385 *Ibidem*, pero la extensión que consiste en *haber actuado profesionalmente, en favor o en contra de alguna de las partes involucradas, en otras actuaciones judiciales o administrativas*, no corresponde a este rubro, sino que se ubica en el primero que tratamos, aquel que consistía en el vínculo con los protagonistas del procedimiento, en este caso en razón del ejercicio de la profesión jurídica (cliente o adversario).

386 Cf. Bovino, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, cit., Cap. II, ps. 49 y ss.; Bruzzone, *Sobre la garantía del juez imparcial*, cit., ps. 550 y ss.; *idem*, *Proyectos de reforma al Código procesal penal de la Nación*, ps. 417 y ss.; De Luca, *Sobre la garantía del juez imparcial y el procedimiento penal nacional*, cit., ps. 753 y ss.; Superti, *Quien investiga no debe juzgar*, cit., ps. 853 y ss.; García, *La noción de tribunal imparcial en los instrumentos internacionales de derechos humanos*, cit., ps. 223 y ss.; Sancinetti, *La violación de la garantía de la imparcialidad del tribunal*, cit., §§ 1 a 5, ps. 1 y siguientes .

387 Las leyes procesales penales argentinas nunca garantizaron del todo este estándar mínimo, pues, de alguna manera, permitieron antes que el mismo tribunal de juicio funcionara como tribunal del recurso de apelación de las decisiones del juez de instrucción, situación que persiste aún en algunas jurisdicciones como la federal, y permiten hoy que prepare el debate el mismo cuerpo de decisión (tribunal de juicio) que intervendrá en él y decidirá por sentencia (ver este parágrafo, B, 3, II). El Código de la Provincia del Chubut ha corregido orgánicamente la situación por vez primera en nuestro país.

se o denunciar el motivo (inhibición o excusación) y el derecho de exclusión de los demás participantes en el procedimiento[388].

La ley nº 24.121 (de implementación del CPP Nación, art. 88, II) suprimió este motivo que se hallaba, básicamente, en el inc. 1, art. 55, CPP Nación[389]. Ya hemos aclarado que el motivo conforma una de las garantías más preciadas del Derecho procesal penal moderno, a partir de la Ilustración, pues intenta evitar que quien ya contribuyó a decidir o a instruir algún aspecto del caso, esto es, quien lo conoció u opinó sobre él, aun cuando por imposición de la ley, vuelva a decidir el asunto, regla de origen décimonónico que se considera parte integrante de la exigencia de imparcialidad que imponen los tratados internacionales de derechos humanos, razón por la cual esa regla debe presidir, también, la organización judicial[390].

3. El procedimiento de la incidencia y sus efectos sobre el procedimiento penal

a) Denuncia

La ley prevé dos caminos para lograr la exclusión del juez afectado: por una parte impone al mismo juez el deber de denunciar el motivo de afectación que conoce, mediante el mecanismo que denomina como *excusación* o *inhibición*, según diferencias de lenguaje entre los diversos códigos[391], y concede a los demás participantes en un procedimiento la facultad de requerir la exclusión de un juez, facultad que denomina *recusación*. En ambos casos la denuncia debe ser efectuada por escrito y con expresión detallada del motivo que la provoca: cuando la denuncia proviene del propio juez afectado, los hechos que la motivan son, en principio creíbles por su sola expresión, sin necesidad de justificación probatoria, mientras que, si la denuncia proviene de uno de los otros participantes en el procedimiento, se exige el ofrecimiento de los medios de prueba que justifican la relación en la que consiste el motivo[392].

388 CPP Córdoba, 60, inc. 1, texto que se aclara aún más con el inc. 12 (temor grave de parcialidad); este último texto ha sido recogido por el CPP Buenos Aires, 47, inc. 13, que no contiene una disposición directamente referida al punto: sobre la posibilidad del temor de parcialidad para resolver el problema, solución que supone, sin embargo, prescindir del deber impuesto al juez afectado, ver SANCINETTI, *La violación de la garantía de la imparcialidad del tribunal*, cit., ps. 127 y siguientes.

389 Cf. D'ALBORA, *CPP Nación anotado, comentado, concordado* (4ª ed.), cit., art. 55, *b*, ps. 134 y siguientes.

390 Ver esta obra, t. I, § 7, B, 3, III, ps. 755 y ss. y *supra*.

391 CPP Nación, 57 (*inhibición*); CPP Pcia. Buenos Aires, 49 (*Excusación*).

392 CPP Nación, 57 y 59; nótese que, cuando el juez afectado admite la recusación, tampoco es necesaria la justificación probatoria de la relación en la que consiste el motivo, y ella se transforma, para su trámite, en excusación del mismo juez: CPP Nación, 61, primera oración.

b) Trámite

El trámite de la incidencia es relativamente sencillo y similar tanto en un caso como en el otro. En la exclusión del juez afectado, denunciada por él mismo, este trámite se ve facilitado por la falta de necesidad de prueba de la relación, apreciada como cierta por la mera denuncia, y por el hecho de que la aquiescencia del juez reemplazante finaliza el procedimiento con la exclusión pretendida por el reemplazado; del mismo modo se resuelve una recusación cuando el juez afectado, obligado a expedirse, y quien lo reemplaza aceptan la instancia del interesado[393]. Por su parte, la disconformidad del juez reemplazante con la excusación del reemplazado o con la recusación provoca la intervención del tribunal competente para la decisión definitiva, quien, tanto en caso de excusación como cuando el juez afectado reconoce el motivo, deberá decidir inmediatamente y sin trámite alguno, y, en el caso contrario (sin aquiescencia del juez afectado), previa audiencia de prueba e informe de los participantes sobre su mérito[394]. Si bien la decisión final resulta inimpugnable por disposición legal[395], no se debe olvidar que la recusación deducida funciona como protesta de recurrir una decisión futura, dictada por el juez afectado o en cuya obtención él haya colaborado, en el caso de que esa decisión futura sea desventajosa para quien instó la recusación; ello resulta particularmente importante para el juicio penal, la sentencia definitiva y el recurso de casación, como para un recurso y la decisión del tribunal que en él interviene, cuando existe una vía posterior de impugnación.

Regularmente, la determinación del cuerpo de decisión competente, en el caso de conflicto señalado, se vincula a la organización piramidal y vertical de los tribunales, adoptada por todas las organizaciones judiciales de nuestro país: si se trata de un juez unipersonal interviene y decide el tribunal superior en grado y, en los cuerpos de decisión colegiados, el mismo cuerpo de decisión, previa integración[396]. Casi anecdótico

[393] CPP Nación, 61 y 57; CPP Pcia. de Buenos Aires, 49 y 51, III; CPP Córdoba, 65, I y 68; CPP Tucumán, *idem*.

[394] CPP Nación, 61; CPP Pcia. de Buenos Aires, 51, III; CPP Córdoba, 68; CPP Tucumán, *idem*.

[395] Cf. *ibidem*.

[396] CPP Córdoba, 64 y 68; CPP Tucumán, *idem*; el CPP Pcia. de Buenos Aires, 49, II, sólo resuelve quién es el tribunal competente para la excusación, en caso de conflicto, cuando se trata de un cuerpo de decisión de integración colegiada y permite decidir en el sentido indicado en el texto los demás casos de conflicto, conforme a su art. 21, inc. 3.

resulta constatar que en el CPP Nación, 57 y 61, se menciona al "tribunal correspondiente" o al "tribunal competente" (como en el CPP Pcia. de Buenos Aires, 49, I, y 51, III, al "órgano correspondiente" o al "órgano competente" [desconozco si otra ley provincial resuelve el interroganteJ; ver, sin embargo, nota anterior al pie) sin resolver el enigma sobre su significado ni antes ni después; ello parece haber generado una viva discusión, con intervención, incluso, de la CSN y del tribunal de casación nacional[397].

c) Efectos

Pueden distinguirse los efectos de la decisión que concluye la incidencia, cualquiera que sea el modo de esa conclusión (admisión del motivo por el juez reemplazante o decisión del cuerpo de decisión competente para resolver la incidencia), de aquellos que produce la mera denuncia del motivo de exclusión. Al mismo tiempo, son observables dos consecuencias conexas: una es la relativa al desplazamiento o permanencia del juez afectado y su reemplazo eventual por otro juez; la otra se refiere a la validez o invalidez de los actos cumplidos por el juez afectado. Naturalmente, la decisión que concluye la incidencia sin reconocer el motivo de exclusión provoca la permanencia del juez afectado en el ejercicio de su cargo, en ese asunto concreto, cuyos actos resultan, en principio, íntegramente válidos; de la misma manera, la decisión que excluye del ejercicio del cargo a un juez indica que él no puede intervenir más en ese asunto, ni decidir en él, aun cuando luego desaparezca el motivo que provocó su exclusión (caso de la disolución de su matrimonio: divorcio): es inválido el acto que el juez afectado lleva a cabo con posterioridad a la decisión que lo excluye, sin importar el hecho de si él conoce esa decisión o no la conoce[398]. Empero, ya la denuncia del motivo, por parte del juez afectado o por parte de otro participante en el procedimiento, suele provocar efecto de desplazamiento del juez afectado por el motivo denunciado y de intervención de un reemplazante[399]. Cuando la ley permite que el juez

397 Cf. D'Albora, *CPP Nación anotado* (4ª ed.), cit., art. 57, *b*, p. 144, y art. 61, p. 148.

398 CPP Nación, 64; con un texto algo particular, CPP Pcia. de Buenos Aires, 55; sin regla expresa, por lo natural de la solución y su derivación del efecto de la denuncia, CPP Córdoba, 69 y CPP Tucumán, *idem*.

399 CPP Nación, 57, 61 y 62 (algo confuso, pero al menos para cuando el motivo no aparece manifiestamente incierto); de igual modo, CPP Pcia. de Buenos Aires, 49, 51, III, y 52. Igual para la excusación, pero en contra para la recusación, cuando no se acepta el motivo de exclusión por parte del juez afectado, caso en el cual el juez afectado prosigue con su intervención, CPP Córdoba, 65, I, y 69; CPP Tucumán, *idem*.

afectado por la denuncia (recusación) prosiga su intervención, resulta natural, en cambio, que determine la invalidez de los actos cumplidos en el interregno, si la decisión final reconoce el motivo y excluye al juez afectado, y el interesado requiere la anulación[400].

Una buena parte de la regulación de los efectos que debería provocar la existencia de algunos de los motivos de parcialidad ha sido ignorada por las leyes procesales penales argentinas, por una lamentable confusión, según tuvimos ya oportunidad de ver (nº 2, *a*, *I*). Regularmente, la descripción precisa de un motivo por la ley (parentesco del juez con alguno de los demás partícipes en el procedimiento, vínculo anterior del juez con el procedimiento mismo, interés en la solución del caso), sin acudir a la fórmula genérica del *temor* o de la *sospecha de parcialidad*, se vincula directamente con la idea del desconocimiento de una decisión judicial como tal: así como resulta intolerable una sentencia dictada por [jueces] desconocidos (no individualizados o "con capucha", en la jerga popular) o por jueces que no presenciaron el debate, así también resulta intolerable una decisión obtenida con el concurso de un juez con una relación particular –descripta por la ley– con los protagonistas del caso, con el contenido material del caso o con el mismo procedimiento previo a la decisión. Ello provoca que esas relaciones inhiban *de pleno derecho* el valor jurídico de la decisión pretendidamente judicial, sin interesar que el defecto haya o no haya sido denunciado previamente, ni su conocimiento por parte de alguno de los partícipes del procedimiento. De este modo, el motivo, por su gravedad, trasciende su denuncia y puede ser hecho valer, aun de oficio, para descalificar una decisión judicial. Respecto de la sentencia esta advertencia es importante, pues los motivos que provocan la exclusión de un juez de pleno derecho, son, a la vez, *motivos absolutos de casación*. Lo lamentable del caso es que, debido a la posibilidad práctica de no denunciar el motivo, incluso por desconocimiento, y al reconocimiento jurídico de la preclusión de la oportunidad para denunciar el defecto, en algún momento del procedimiento, incluso para el caso de conocimiento tardío, según las leyes argentinas, todos los motivos de exclusión, incluidos los más universales o sobre los cuales no puede existir discusión acerca de su intolerabilidad, representan defectos que el tiempo convalida sin transmitirlos a las decisiones.

En buena medida, los casos genéricos que expresan esos motivos están contenidos en los catálogos de motivos que nuestros códigos establecen con la pretensión de reglamento taxativo y, según la doctrina jurisprudencial y dominante en la litratura jurídica, también de interpretación restrictiva. Ingresan allí, en general, las relaciones propias del juez con el caso (víctima, imputado, testigo, perito), las relaciones parentales dentro de cierto grado y ciertas relaciones equiparables a ellas (cónyuge, tutor, curador, guardador de alguno de los interesados directos en el caso y viceversa) y las relaciones con el procedimiento que generó el caso (fiscal, defensor, abogado de alguno de los interesados en el caso o juez que decidió en momentos anteriores del procedimiento). Esas relaciones, precisamente, son las que nos impiden, por distintas razones,

400 CPP Nación, 62; CPP Pcia. de Buenos Aires, 52; CPP Córdoba, 69; CPP Tucumán, *idem*, todos con indicación de un plazo breve para la solicitud, después del cual el único efecto posible es la caducidad del derecho y la subsanación del defecto.

aceptar que una decisión dictada por un juez afectado por uno de estos motivos pueda ser concebida como una decisión judicial: de allí la falta absoluta de validez sin interesar el conocimiento anterior o su denuncia tempestiva.

4. Los jueces accidentales y el temor de parcialidad

Jueces accidentales son aquellos cuyo nombramiento y ejercicio se agota con el caso para el cual integran un cuerpo de decisión. En esta categoría ingresan, fundamentalmente, los jueces llamados "legos", porque no son profesionales del Derecho, esto es, aquellos que participan como ciudadanos en la administración de justicia penal, pero el concepto alcanza aun a los "letrados" que, conforme a disposiciones de la ley orgánica[401], ejercen la función jurisdiccional en el caso, como, por ejemplo, los llamados "conjueces" en algunos tribunales superiores[402]. No existe razón alguna para excluir a cualquiera de estos jueces del *test de temor de parcialidad* y, por lo tanto, tampoco para excluirlos de los motivos –o de alguno de ellos– que, una vez verificados, provocan la necesidad de apartarlos del conocimiento de un caso. Por lo contrario, para ellos son agregados algunos motivos o modos de exclusión, distintos a los establecidos para los jueces permanentes, como, por ejemplo, el haber conocido particularidades del caso por los medios de información, sin ser testigos de él, o la posibilidad de cierto número de recusaciones sin causa[403].

Para el *colegio de jurados* que escucha el debate y decide sobre la inocencia o culpabilidad del imputado, normalmente existe una audiencia para su conformación, previa al debate, en la cual acusadores y defensores pueden conocer al candidato a integrar el colegio y preguntarle libremente sobre ciertos aspectos personales, para después aceptar o rechazar su intervención, caso en el cual el juez que preside la audiencia mantiene su intervención o lo reemplaza.

[401] Por ej., *Proyecto de ley orgánica para la justicia penal y el ministerio público* (llevado a cabo para acompañar el Proyecto CPP Nación 1986), Secretaría de Justicia de la Nación, Buenos Aires, s/f, ver arts. 30, 65 y concordantes.

[402] La República Argentina no conoce "jueces suplentes", que ingresan a ejercer la función jurisdiccional en materia penal de manera permanente y en reemplazo de los jueces titulares: por lo contrario, en ciertas ocasiones son llamados a integrar un cuerpo de decisión en un caso particular, por excusación del juez titular o por triunfar una recusación que recae sobre él, abogados que no ejercen la función judicial de manera permanente.

[403] Cf. Código modelo IA, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, Apéndice II, nº 2, p. 153.

140

5. Otros funcionarios

La exclusión del ejercicio de la función en el caso, aunque se aplica prioritariamente a los jueces, alcanza, por asimilación, a otros funcionarios judiciales, como el letrado que cumple funciones de secretario de actuación y otros empleados de menor jerarquía: en ese caso, el mismo tribunal ante el cual ejercen su función es el encargado de resolver la excusación del mismo funcionario o la recusación de uno de los participantes en el procedimiento, sin recurso alguno[404]. Se trata, en verdad, de un procedimiento puramente administrativo de exclusión, por razones fundadas y para un caso concreto, pues el funcionario podría ser excluido por orden del mismo tribunal o cuerpo de decisión al que asiste, sin denuncia alguna, al punto de que la ley misma reconoce que "el tribunal averiguará sumariamente el hecho" en el que consiste el motivo, como todo trámite.

Lo curioso es que esta asimilación alcance, también, a los fiscales del ministerio público, aun con exclusión de algunos motivos del catálogo válidos para los jueces[405], exclusión que, en todo caso, debió abarcar más motivos que los previstos positivamente por la ley[406]. Más curioso es, todavía, que sean los jueces ante quienes ejercen su función los funcionarios del ministerio público, quienes resuelvan sus excusaciones y las recusaciones de los fiscales, sobre todo después de la reforma de la CN, 120 (año 1994), que erigió al ministerio público orgánicamente como departamento *extrapoder* del Estado nacional, con autonomía funcional[407]. Se puede comprender que, si se concibe

[404] CPP Nación, 63; CPP Pcia. de Buenos Aires, 53; CPP Córdoba, 70; CPP Tucumán, *idem*.

[405] CPP Nación, 71; CPP Pcia. de Buenos Aires, 54; CPP Córdoba, 78; CPP Tucumán, *idem*.

[406] Por ej., en el CPP Nación y en el CPP Pcia. de Buenos Aires, normas citadas en la nota anterior, al pie, debería ingresar también en la excepción alguna parte del inc. 1, que alude a la intervención como funcionario del ministerio público en el mismo procedimiento –salvo que se entienda que el inc. 8 es repetición del inc. 1–, pues, de otra manera, no podría intervenir en el juicio, como mínimo, el fiscal que tramitó la investigación preparatoria y quedaría sin sentido la regla del art. 67, CPP Nación, o del art. 59, inc. 3, del CPP Pcia. de Buenos Aires. Algo similar se puede predicar, sin mayor reflexión, para los códigos de Córdoba y Tucumán, antes citados en nota al pie.

[407] Y, sin embargo, la ley orgánica del ministerio público federal (nº 24.946, art. 10), dictada como consecuencia del cambio constitucional citado, remite a los códigos procesales penales la solución de ambas cuestiones: motivos de exclusión y autoridad competente y así confirma la situación jurídica apuntada.

al ministerio público como un órgano de la administración de justicia, con función absolutamente *objetiva* de ejecución de la ley, se intente excluir al funcionario afectado por algún motivo de parcialidad y reemplazarlo por otro en el caso, ya por propia excusación o por recusación de alguno de los participantes en el procedimiento –todo lo cual ya sucedía en el régimen anterior del ministerio público y, por ello, sin regla constitucional sobre su autonomía–, pero deja de tener sentido, tanto para un régimen administrativo del ministerio público como –y en mayor medida– para su posición constitucional actual, que el reemplazo, en casos de temor de parcialidad, sea tarea de los jueces: si la ley permite tanto que el funcionario superior del ministerio público convoque a su inferior en auxilio de su tarea –facultad de *delegación*–, como que se aboque él mismo a realizar la que corresponde a su inferior jerárquico –facultad de *devolución*– y hasta la posibilidad de *sustitución* por decisión del superior jerárquico, carece de sentido que, al menos en principio, los problemas que genera el temor de parcialidad de un funcionario del organismo deban ser resueltos por la vía jurisdiccional.

Parágrafo Trigésimo
La participación del ofendido en el procedimento penal

§ 13

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*. ANTONY, Carmen, *La victimología en América Latina*. BERNAT DE CELIS, Jaqueline, *La abolición del sistema penal contra la reforma*. BERTONI, Eduardo Andrés, *La constitucionalidad de los arts. 422, inc. 1°, y 423 del Código Procesal Penal de la Nación*. BIANCHI, H., *Hacia un Derecho penal privado*. BINDER, Alberto M., *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*, Parte I, VII, e *Introducción al Derecho procesal penal* (2ª ed.), XVII y XXV, 3. BOVINO, Alberto, *La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos*, y del mismo autor, *Ensayo sobre la aplicación del art. 14 de la ley 23.771. ¿El ingreso de la reparación como tercera vía?* CARRANZA, Elena, *Alternativen zur Freiheits- und Geldstrafe unter besonderer Berücksichtigung der Wiedergutmachung – ein Rechtsvergleich mit Südamerika und Vorschläge zum Ausbau des südamerikanischen Sanktionensystems*. CHIARA DIAZ, *La actuación de las partes civiles en el proceso penal*. CHRISTIE, Nils, *Los límites del dolor* (trad. de Mariluz DE CASO, de *Limits to pain*, Universitetsforlaget, Oslo, 1981, 1ª ed. en castellano, 1ª reimp.), y del mismo autor, *Conflicts as property* (trad. castellana de Alberto BOVINO y FABRICIO O. GUARIGLIA, *Los conflictos como pertenencia*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*). CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Tratado de Derecho procesal penal*, t. II, Parte segunda, Libro primero, Tít. primero, Cap. tercero, Secc. tercera, I, II y III, y Secc. cuarta, y Cap. quinto. CREUS, Carlos, *La acción resarcitoria en el proceso penal*. ESER, Albin, *Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren* (trad. castellana de Gabriela E. CÓRDOBA y Fabricio O. GUARIGLIA, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*). FERNÁNDEZ BLANCO, Carolina y JORGE, Guillermo, *Los últimos días de la víctima (hacia una revalorización del rol del ofendido)*. FERRI, Enrico, *Sociología criminal* (trad. de Antonio SOTO Y HERNÁNDEZ), t. 2, nº 67 y 74. FOUCAULT, Michael, *La verdad y las formas jurídicas*, Tercera conferencia. GARÓFALO, R., *Indemnización a las víctimas del delito*. HIRSCH, Hans-Hoachim, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht* (trad. castellana de Julio B. J. MAIER y Daniel R. PASTOR, *Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*), y del mismo autor, *La reparación del daño en el marco del Derecho penal material*. HULSMAN, Louk y BERNAT DE CELIS, Jaqueline, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa* (trad. de Sergio POLITOFF de *Peines Perdues. Le Système pénal en question*). JUNG, Heike, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß*. LARRAURI, Elena, *Victimología*. MAIER, Julio B. J., *El ingreso de la reparación como tercera vía al Derecho penal argentino*, y *¿Es la reparación una tercera vía del Derecho penal?* NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, t. II, § VIII, Tít. I, III y IV, *CPP Córdoba anotado*, art. 453, y *La acción civil en el proceso penal*. RIEß, Peter, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*. ORGAZ, Alfredo y SOLER, Sebastián, *Aspectos civiles de la reforma penal*. PETERS, Karl, *Der neue Strafprozeß*, § 12. ROXIN, Claus, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke* (trad. castellana de Julio B. J. MAIER y Elena CARRANZA, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*), y del mismo autor, *Derecho procesal penal*, Cap. 13, §§ 61 a 63. RUSCONI, Maximiliano Adolfo, *Persona jurídica y protección penal del honor*. SCHÖCH, Heinz, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*. SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. II, §§ 73, III a VI, y 75, y, del mismo autor, *La reparación de perjuicios en el Proyecto de Código Penal*. STARK, James y GOLDSTEIN, Howard W., *The rights of crime*

víctima. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Acción resarcitoria*, y del mismo autor, *Derecho procesal penal*, t. I, Segunda parte, Caps. V y VI, y t. II, Tercera parte, Cap. VI. VOLK, Klaus, *Strafprozeßrecht*, § 39. WEIGEND, Thomas, *Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren*. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, §§ 60, I, nº 1 a 11, y 63, IV.

A. LA VÍCTIMA Y EL SISTEMA PENAL

1. Panorama histórico-jurídico y generalidades

I. Cuando se habla de la *víctima*, en el Derecho penal, o del *ofendido*, en el Derecho procesal penal, no sólo se tiene la impresión de ser impulsado por una "nueva ola" político criminal, sino, además, de que la corriente de opinión que esgrime como bandera la defensa de los derechos de las víctimas se ha formado en el mundo postmoderno, recientemente –de allí: "nueva ola"–, y, más aún, de que asistimos a un debate que está comenzando, y que, por ello, no se ha agotado en absoluto[1]. Y, sin embargo, a pesar de que la impresión es correcta, porque se trata de uno de los temas de moda de la política criminal y de la dogmática penal, no se puede decir, sin un estudio del desarrollo evolutivo del sistema penal, que la víctima esté por vez primera en un plano sobresaliente de la reflexión penal. Estuvo allí en sus comienzos, cuando reinaban la *composición*, como forma común de solución de los conflictos sociales, y el sistema acusatorio privado, como forma principal de la persecución penal[2]. La víctima fue desalojada de ese pedestal, abruptamente, por la Inquisición, que *expropió* sus facultades al crear la persecución penal pública y desplazó por completo la eficacia de su voluntad en el enjuiciamiento penal al transformar todo el sistema penal en un instrumento del control estatal directo sobre los súbditos[3]; ya no importaba aquí el daño real producido, en el sentido

[1] Se puede leer en HIRSCH, Hans-Joachim, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Ed. Carl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, p. 699 (trad. castellana de Julio B. J. MAIER y Daniel PASTOR, *Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, ps. 93 y ss.), contrario al movimiento, su caracterización como una *euforia* de la política criminal hacia el ofendido, que contrarresta la de años anteriores a favor del autor (resocialización). Sobre esta última nota adjetivante existen dudas fundadas, que el texto pondrá de manifiesto.

[2] Cf. esta obra, t. I, § 5, B, ps. 264 y siguientes.

[3] Cf. RIEß, Peter, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren. Gutachten C. zum 55. Deutschen Juristentag*, Ed. C. H. Beck, München, 1989, ps. 9 y ss. (número marginal 1);

de la restitución del mundo al *statu quo ante*, o cuando menos, la compensación del daño sufrido; aparecía la *pena estatal* como mecanismo de control de los súbditos por el poder político central, como instrumento de coacción –el más intenso– en manos del Estado, que lo utilizaba *de oficio*, sin necesidad de una queja externa a él; el conflicto se había "estatizado": de allí que se hable, pleonásticamente, de una "criminalización del Derecho penal", antes bien, del origen del Derecho penal, tal como hoy lo conocemos culturalmente, o, mejor aún, del "nacimiento de la pena"[4].

Por mucho tiempo la víctima pasó a ser el convidado de piedra del sistema penal[5]. La reparación desapareció de ese sistema y quedó sólo como objeto de la disputa entre intereses privados, el Derecho penal no incluyó a la víctima ni a la restitución al *statu quo ante* –o a la reparación del daño– entre sus fines y tareas, y el Derecho procesal penal sólo le reservó al ofendido, en la materia, un papel secundario y penoso, el de informar para conocimiento de la verdad. Se habla, por ello, de una *expropiación* de los derechos del ofendido, que el mismo Estado de Derecho se encargó de legitimar, junto a la forma política del Estado-nación, al erigir a ese Estado en portador del monopolio legítimo de la fuerza y, con ello, en garante de las condiciones elementales de la vida pacífica (paternalismo estatal): ni siquiera la idea de protección de bienes jurídicos, que rige en el Derecho penal, sobre todo, la de bienes jurídicos individuales y, aún más, con un portador físico y disponibles para él, consiguió reservar demasiados ámbitos de poder para la víctima: es que el concepto "bien jurídico", establecido por la doctrina analítica del Derecho penal, servía a la consecución del anonimato para la víctima, en tanto la objetivaba, y así el Derecho penal se podía dedicar a su "protección", a la protección de aquello que estaba más allá del daño real provocado a una persona y próximo a la desobediencia, al control de los comportamientos que hacían peligrar la paz jurídica dentro de un determinado sistema de organización social[6]. El conflicto se reducía a la relación Estado-súbdito; en la traducción procesal, persecución estatal-imputado.

---

específicamente para la teoría procesal penal, JUNG, Heike, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", nº 93, Ed. W. de Gruyter, Berlin-New York, 1981, p. 1148. Desde otro punto de vista, CHRISTIE, Nils, *Los límites del dolor* (trad. de Mariluz DE CASO, de *Limits to pain*, Universitetsforlaget, Oslo, 1981, 1ª ed. en castellano, 1ª reimp.), Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1988, ps. 126 y ss. (leer, además, ps. 128 y ss.); y, del mismo autor, *Conflicts as property*, en "The british journal of criminology", London, 1977, vol. 17, nº 1, trabajo cuya versión castellana (BOVINO-GUARIGLIA) se publicó en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, cit., ps. 159 y siguientes.

[4] Cf. esta obra, t. I, § 5, D, ps. 288 y ss.; JUNG, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß*, cit., ps. 151 y siguiente.

[5] Se debe advertir que también el imputado fue desplazado desde el papel de protagonista de un conflicto social al de simple objeto de la investigación del procedimiento.

[6] Cf. JUNG, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß*, cit., p. 1152.

Fue el positivismo criminológico el que rescató la cuestión de una manera impropia, cuando, sobre todo por intermedio de FERRI, incluyó a la víctima y a la reparación entre las funciones y tareas del Derecho penal; más allá aún, la pena integral comprendía la reparación de los daños y ésta era, como aquélla, perseguida oficialmente, sin consideración al interés de la víctima[7]. La idea se frustró, al parecer, por ese empecinamiento del positivismo criminológico en socializar al extremo las instituciones, de transformarlas en funciones estatales, sin advertir –otra vez– los intereses privados en juego y la justicia de su defensa personal. Sin embargo, como en otras áreas, no fue poco lo que quedó tras de sí, al abandonar el positivismo criminológico la escena del Derecho penal.

En nuestro Derecho positivo, no sólo quedó la determinación abstracta de la pena por escalas cuyos mínimos y máximos distan bastante entre sí y las medidas de seguridad, sino también su vocación por ingresar la cuestión civil al procedimiento penal (CP, 29 y ss.) que, aun con malos argumentos, provocó una regulación masiva de la acción civil reparatoria, ejercida en el procedimiento penal, por las leyes procesales locales, o la intolerancia de su ejercicio en esa sede[8]. Pero, además, es claro que el problema del daño causado y de su reparación, más el conocimiento de la víctima, juega un papel importante para la *determinación de la pena* concreta (CP, 41) y para la *rehabilitación* (CP, 20 *ter*) y, en materia estrictamente procesal, para la admisión del ofendido como querellante (acusador) en los delitos de acción pública[9].

[7] Cf. GARÓFALO, R., *Indemnización a las víctimas del delito* (trad. de P. DORADO MONTERO), Ed. La España Moderna, Madrid, 1929, ps. 60 y ss.; FERRI, Enrico, *Sociología criminal* (trad. de Antonio SOTO Y HERNÁNDEZ), t. 2, Ed. Centro Editor de Góngora, Madrid, s/f., p. 199 y nº 88, II, ps. 275 y siguientes.

Éste es el origen del art. 29 del CP argentino, que inicialmente (proyectos 1891, 1906 y 1917), por influencia del positivismo criminológico, quiso terminar con la distinción entre pena (pública) y reparación (interés privado), mandando al juez penal *ordenar* la reparación integral en la condena penal, también como función estatal (pública) que no precisa de la iniciativa privada (de oficio): cf. NÚÑEZ, Ricardo C., *La acción civil en el proceso penal* (2ª ed. actualizada de *La acción civil para la reparación de los perjuicios en el proceso penal*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1948), Ed. Lerner, Córdoba (RA), 1982, 1ª parte, tít. II, Cap. II, ps. 29 y ss.; VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Acción resarcitoria*, Ed. del autor, Córdoba (RA), 1965, Caps. 1, 2 y 3, ps. 11 y ss.; CREUS, Carlos, *La acción resarcitoria en el proceso penal*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe (RA), 1985, Caps. 7, 10, ps. 212 y siguientes.

[8] Recuérdese que la tendencia originaria fue contraria, hecho del que es testigo el CPCrim. nacional originario (1882) y la mutilación del capítulo dedicado a ello por su proyectista, Dr. Manuel OBARRIO.

[9] Originariamente, CPCrim. federal, 170; hoy, CPP Nación, 82; ver, también, CP, 72, II. Cf. ZIFFER, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, §§ 12 y 13, ps. 120 y ss.; TARRÍO, Mario Carlos, *El querellante*, y CÓRDOBA, Fernando J., *La posición de la víctima*, ambos artículos en MAIER, Julio B. J. (comp.), *El nuevo CPP Nación. Análisis crítico*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993, ps. 69 y ss. y 81 y ss., respectivamente.

No se trata, entonces, de un problema nuevo, aunque sí de un problema actual. Y a la escena del debate penal actual la víctima ha sido traída de la mano de varios factores positivos y de alguno negativo. Entre los primeros se cuenta la victimología, cuyos cultores han logrado, con o sin razón, constituir una rama científica independiente[10], y diferentes escuelas que procuran cierta *despenalización*, la solución de casos penales por medio de instrumentos culturalmente no penales (*diversion*) y hasta los mismos *abolicionistas*, autores estos últimos para quienes, sin embargo, no se trata de ingresar la reparación al Derecho penal, sino, antes bien, de desplazarlo completamente, por reemplazo de la pena y el Derecho penal con otras soluciones pacíficas, sin el uso de la violencia, para el conflicto –entre ellas, la reparación–, mecanismos culturalmente distantes del Derecho penal, razón por la cual distinguen estrictamente pena de reparación y no desean edificar Derecho penal alguno sobre esta última opción[11]. Entre los factores nega-

[10] Cf., panorámicamente y con detalles bibliográficos, KAISER, Günther, *Kriminologie* (2ª ed.), Ed. C. F. Müller, Heidelberg, 1988, § 52, ps. 465 y ss.; la afirmación de que la *victimología* ha impulsado desde hace años la transformación, en el sentido expresado, del sistema penal, es hoy un lugar común; cf., por todos, JUNG, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß*, cit., p. 1147, con indicaciones bibliográficas específicas (nota 2); y WEIGEND, Thomas, *Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", Ed. W. de Gruyter, Berlin-New York, 1984, nº 96, ps. 761 y ss., quien da a conocer las distintas direcciones, algo caóticas, según las cuales trabaja la victimología, sus logros prácticos y, en especial, la principal bibliografía en inglés.

[11] Cf. ROXIN, Claus, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, en *Wiedergutmachung und Strafrecht*, al cuidado de SCHOCH, Heinz; Ed. W. Fink, München, 1987, p. 41; HULSMAN, Louk y BERNAT DE CELIS, Jaqueline, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa [Sistema penal]* (trad. de Sergio POLITOFF, de *Peines Perdues. Le Système pénal en question*), Ed. Ariel, Barcelona, 1984; CHRISTIE, *Los límites del dolor*, citado. Un excelente resumen sobre los puntos de partida de esta corriente de opinión (subjetivación y particularización del conocimiento de la realidad, destacando, precisamente, las notas concretas del caso, por encima de su conceptualización), más valioso aún porque se logra también por comparación con la tendencia de la *criminología crítica*, emparentada a ella desde el punto de vista de la crítica del sistema penal como expresión del poder y del control social del Estado capitalista, en la tesis de maestría de GIESZEN, Hans P. J., *Criminología emancipadora y manejo de situaciones-problema. Un estudio en Buena Vista, Maracaibo*, Ed. Universidad de Zulia, Maracaibo (Venezuela), enero de 1989, Introducción y Cap. I, ps. 1 y ss.; allí se verá bien marcada la tendencia del abolicionismo a criticar la "alienación" del conflicto por parte del sistema penal, mediante el mecanismo de "robárselo a las partes", y su orientación hacia la solución particularizada del caso por composición entre sus protagonistas (algunos más de aquellos principales, víctima y victimario), sistema de procedimiento *–no penal–* que denominan "manejo de situaciones-problema". Conviene leer, también, la introducción a la edición italiana de *Los límites del dolor*, por PAVARINI, Massimo, *¿Abolir la pena? La paradoja del*

tivos, todos cuentan el fracaso –en gran medida– de la política resocializadora a favor del autor y la frustración del tratamiento social-terapéutico del condenado a pena privativa de libertad[12].

II. Conviene advertir, también, acerca de que el papel de la víctima no es un problema específico en el Derecho procesal penal, tampoco del Derecho penal material, únicamente. Se trata, antes bien, de un problema del sistema penal en su conjunto, de los fines que persigue y de las tareas que abarca el Derecho penal, y, por fin, de los medios de realización que, para alcanzar esos fines y cumplir esas tareas, pone a su disposición el Derecho procesal penal. Así, la discusión, aunque se encare, en algunos casos, principalmente desde el ángulo de observación del derecho penal[13], y, en otros, bajo el punto de vista del Derecho procesal penal[14], preferentemente, no puede prescindir, en ninguno de los dos casos, de los elementos que aporta la otra rama jurídica. Es por ello, precisamente, que aquí comenzamos de la manera indicada en el título: se trata de un problema político-criminal común, al que debe dar solución el sistema en su conjunto.

Más allá de ello, se trata también de un problema que, como veremos, pone en juego la frontera entre el Derecho privado y el Derecho penal, de la mano de dos reacciones características de cada uno de ellos, la reparación del daño y la pena. Tal resulta-

---

sistema penal. Introducción a "Los límites del dolor" de Nils Christie, reproducida en "No Hay Derecho", s/ed., Buenos Aires, 1990, año I, nº 1, ps. 4 y ss., para advertir cómo esa es una verdad relativa: "la forma principal de reapropiación (del conflicto social con connotaciones penales) no puede sino realizarse a través del uso del instrumento privado-resarcitorio, entendido no sólo en forma pecuniaria. Momentos simbólicos como el perdón de la víctima, el reconocimiento de la culpa y el arrepentimiento del acto desviado, o bien satisfacciones acordadas entre los distintos sujetos *coenvueltos*, en la acción desviada (como el trabajo gratuito en favor de la víctima, o de la comunidad o del barrio, o en favor de propósitos socialmente apreciables o altruistas) pueden ofrecerse como mediaciones privadas del conflicto".

12 Cf. HIRSCH, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., ps. 699 y ss., observa repetidamente a este movimiento político-criminal como provocado por una política criminal también unilateral: la *ideología del tratamiento*.

13 Por ejemplo, en ROXIN, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, cit., ps. 37 y siguientes.

14 Por ejemplo, ESER, Albin, *Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren*, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Ed. Carl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, ps. 723 y ss. (trad. al castellano de Gabriela E. CÓRDOBA y Fabricio O. GUARIGLIA, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, cit.); RIEß, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren, Gutachten C zum 55. Deutschen Juristentag*, citado.

do, que alerta nuestro sentimiento jurídico conceptual, pues para nuestra cultura actual la separación –hasta estricta– de ambos ámbitos de regulaciones resulta autoevidente en nuestro orden jurídico, no debe alarmar, puesto que sólo podrá emerger de la contestación a la pregunta sobre la racionalidad de responder al fenómeno delictual con una u otra reacción, o con ambas a la vez (en su caso, en qué medida y por cuáles medios), y no de la solución conceptual, especulativa, que demos al problema. De todos modos, hoy existen modelos casi "privados" en el Derecho penal (las acciones privadas) y "penales" en el Derecho privado (la cláusula penal y la reparación del daño moral). Más allá de ello, el Derecho penal-estatal ha perdido interés en la llamada *delincuencia de bagatela*, que procura solucionar con medios próximos al Derecho privado (enmienda reparatoria a favor de la víctima, conciliación, ejercicio privado de la acción o instancia privada), y el Derecho privado, sobre todo en el ámbito del procedimiento judicial, reclama, con acento reformista, un subido tono oficial.

Es conveniente, también, señalar aquí las diversas formas que adquiere la discusión, según se desarrolle, preferentemente, en uno u otro ámbito, e indicar, asimismo, cómo los problemas que se presentan en uno de esos ámbitos son reflejados, cual un espejo, en el otro. La discusión principal en el Derecho penal se vincula con la *reparación integral* del daño sufrido por la víctima, su posibilidad de ser integrada como uno de los fines de la pena, junto a los otros fines reconocidos o dentro de ellos, el ingreso al catálogo de reacciones del Derecho material, independientemente, como reemplazo o sustituto de las penas tradicionales, privación de libertad y multa, en el marco de cierta despenalización, o como privilegio que aminora la reacción establecida, ya dentro del ámbito de la determinación de la pena o en el área de las posibilidades de remisión, total o parcial, de la pena.

El tema, en el Derecho procesal penal, es conocido a través de la *participación acordada al ofendido en el procedimiento penal*, o de su *posición* en él. Se trata, como mínimo, de mejorar su posición cuando informa como testigo del hecho punible que, presuntamente, lo tiene a él como protagonista (víctima), para crearle cierta coraza de protección frente al abuso de los derechos defensivos por parte del imputado y su defensa, y, más allá de ello, de reconocerle la posibilidad de perseguir en el procedimiento penal oficial (por delito de acción pública), juntamente con el ministerio público o adhiriéndose a su persecución, y de admitir su necesidad de conocer y controlar la clausura del procedimiento y el correcto ejercicio de los deberes de persecución penal por parte del ministerio público; se trata, también, de ampliar el ámbito de los delitos que él persigue autónomamente, por ensanche del marco de valor de la autonomía de su voluntad en el Derecho penal, de mejorar su posición como actor civil dentro del procedimiento penal y, por fin, de la creación de ciertos institutos procesales (suspensión del procedimiento a prueba) que privilegien la reparación a él debida, antes que la reacción penal, al menos en los delitos leves o en aquellos considerados de mediana gravedad. Por lo demás, *reparación*, como solución jurídica al conflicto, conduce, expresado en términos procesales penales, al intento de *conciliación autor-víctima*.

En el procedimiento penal, por lo demás, se menciona a quien ha sufrido el daño del hecho punible como *ofendido;* en el Derecho penal, en cambio, se lo nombra como *víctima*. Ambas denominaciones son, sin embargo, utilizadas como sinónimos.

Además, todo el problema desemboca, tanto dentro del campo del Derecho penal como del Derecho procesal penal, en una ampliación considerable del concepto de víctima u ofendido, válido también para aquellos delitos que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos trans-

individuales (colectivos o universales). Las asociaciones intermedias, constituidas, precisamente, para la defensa de ciertos bienes jurídicos, o cuyo objeto coincide con la defensa de algunos de ellos, constituyen, en este ámbito, el principal foco de atención.

III. Según se puede observar, se trata, principalmente, de un tema político-criminal, que ha llegado al estadio de exigir reformas en el sistema penal, que, por su carácter, son de extrema importancia, pues tocan la base del sistema: el Derecho penal en su conjunto, casi se podría decir; era "enemigo de la víctima", al menos en el sentido de que –cualquiera que fuese la declamación de la ley (CP, 30 y 11)– privilegiaba la pena estatal y el control social directo por sobre cualquier otro aspecto del delito, por ejemplo, su daño individual o social concreto, privilegio que, en muchas ocasiones, impedía toda reparación del daño, aunque existieran buenas posibilidades e intenciones para ello. Hoy el movimiento reformista exige, en cambio, como meta final a alcanzar, una inversión de la situación, tal que se privilegie la reparación, en todo caso individual, por referida al caso concreto, por sobre el interés estatal en la pena. Precisamente, cuando se quiere mejorar la situación de la víctima uno no puede evitar, al edificar esa nueva posición, golpear, y hasta derribar parcialmente, los fundamentos del sistema penal estatal y aún los de otras áreas de la vida jurídica: los fines expiatorios o preventivos de la pena y la función del Derecho penal, la relación y los límites entre la pena estatal y el interés particular (Derecho penal y Derecho privado), los fines del procedimiento penal, la relación de los sujetos procesales entre sí, en especial, la de los órganos estatales con los intervinientes privados en el procedimiento, y la posición del imputado; de allí la dificultad para tomar decisiones y emprender un camino que opere prácticamente, pues hasta ahora las soluciones, en la práctica, no han rendido demasiados frutos[15].

Para ello se indica e intenta varios caminos. La dificultad consiste, según se anticipó en un comienzo, en las diversas ideologías según las cuales se mira a la víctima y al ofendido, que, reducidas a un par conceptual opuesto y contradictorio, pueden sintetizarse como sigue: existen movimientos que reclaman mayor poder para la víctima del hecho punible con demandas fundadas en la venganza y en las esperanzas de mayor

[15] Consciente de chocar con estos problemas fundamentales, WEIGEND, *Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, cit., p. 707.

persecución, con pretensiones de creación de un estatuto fundamental que ampare a los ofendidos a semejanza del amparo que la Ilustración introdujo para quienes eran perseguidos penalmente; aquellos que, en cambio, operan con la otra visión, estiman –en mayor o menor grado– que esta mirada debe colaborar en la reducción de la pena y el Derecho penal, en la búsqueda de soluciones menos violentas para los conflictos sociales, esto es, persisten en una política-criminal favorable al autor. La dificultad resulta difícil de superar porque en muchas ocasiones ambos conceptos son utilizados por la misma persona o por el mismo proyecto, y sin claridad alguna. Yo confieso, desde el comienzo, que sólo considero transitable el segundo camino, pues en el fondo creo que el Derecho penal debe su nacimiento y razón de ser a la necesidad de evitar la venganza privada, como solución incivilizada de un conflicto social. Uno tiene la impresión clara de que en este tema no es posible hallar soluciones si no se trabaja, a la vez, con los dos sectores jurídicos que conforman básicamente el sistema penal, el Derecho penal y el Derecho procesal penal, como, en realidad, sucede con todos los temas cuando reclaman ser operativos. En este problema, sin embargo, se advierte también que las decisiones legislativas en el Derecho penal material son de mayor importancia o, en todo caso, preceden a las instrumentales[16]. Ésta es la razón por la cual precede a toda exposición sobre la posición jurídica del ofendido en el procedimiento penal, una reflexión de carácter político-criminal referida, fundamentalmente, al Derecho penal material.

No se pretenda hallar aquí más que una indicación de los problemas y ciertas reflexiones provisionales sobre ellos. El tema debe ser trabajado, sobre todo entre nosotros que, a pesar de haber ingresado ya al debate, no hemos dado a luz, todavía, una monografía omnicomprensiva sobre él[17]. Aquí sólo se pretende, en principio, informar sobre la existencia del problema y su discusión, con ello dar impulso inicial a la reflexión sobre él y, en la medida de lo posible, informar sobre la literatura jurídica que nos ha sido posible consultar.

[16] Así, Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., p. 706.

[17] Cf., entre nosotros, Jiménez de Asúa, Luis, *Estudios de Derecho penal y criminología* ("La llamada victimología"), Ed. Biblioteca Argentina, Buenos Aires, 1961, ps. 22 y ss.; Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *Elementos de criminología*, Ed. Edeval, Valparaíso (Chile), 1982, ps. 251 y ss.; la reseña sobre victimología en América Latina, por cierto escasa en títulos, en Antony, Carmen, *La victimología en América Latina*, en "Ilanud", año 5, nº 13-14, Costa Rica, 1982, ps. 62 y ss.; más modernamente, sobre la importancia de la victimología en el movimiento de transformación y ampliación del objeto de la criminología, García-Pablos de Molina, Antonio, *La aportación de la criminología al estudio del problema criminal*, en "Doctrina penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989, ps. 633 y s.; Larraúri, Elena, *Victimología*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, cit., ps. 283 y siguientes. Sobre la reparación para la solución de conflictos sociales con fundamento en hechos punibles existe una excelente tesis doctoral en alemán, pero cercana a nosotros por diferentes motivos, que ya pueden ser apreciados en el título y en el nombre de su autora: Carranza, Elena, *Alternativen zur Freiheits- und Geldstrafe unter besonderer Berücksichtigung der Wiedergutmachung – ein Rechtsvergleich mit Südamerika und Vorschläge zum Ausbau des südamerikanischen Sanktionensystems* [*Wiedergutmachung*], Ed. Shaker, Aachen (RFA), 1996.

2. La discusión en el Derecho penal material[18]

a) Privatización del Derecho penal

Algunos esperan –cuando menos vaticinan para un futuro más o menos lejano– una *privatización* del Derecho penal[19]; la *reparación* toma allí el lugar de la pena y desplaza no sólo a esa reacción sino, en general, a la aplicación del Derecho penal; la *composición* privada del conflicto, en cambio, toma el lugar del procedimiento penal. Son tocantes las ideas del Profesor MAIHOFER: según el informe de WEIGEND, él se preguntaba "... cómo se llega a vivir hoy un renacimiento de algunos elementos del procedimiento de partes y, también, de la idea de reparación. Él señala el hecho de que ya en el sistema composicional antiguo se había desarrollado una forma mixta entre pena y resarcimiento jurídico-civil del daño, que es designada hoy, a menudo, como previa al Derecho penal. En verdad, empero, se había llevado a cabo en ese sistema originario de Derecho penal libre, hoy redescubierto, una reintegración del autor, mientras que la mediatización del conflicto individual y grupal por intermedio de la paz de Dios o estatal condujo, como se conoce, a la formación de un Derecho penal servil a la autoridad, contra los súbditos. En un Derecho penal entre hombres libres e iguales, la reparación debería ser, consecuentemente, la sanción primaria, y la terminación del litigio por un contrato expiatorio y por la compensación del daño, el procedimiento prevaleciente. El movimiento de espiral del desarrollo histórico remite así hoy a la situación que dominaba antes de la mediatización de los conflictos sociales: donde viven sujetos de derecho en una forma asociativa democrática, donde el sentido de la pena es la reinserción en la sociedad, allí el ofendido, como afectado en sentido propio, será promovido a una figura central del procedimiento penal"[20].

[18] Cf. ROXIN, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, cit., ps. 37 y ss., quien presenta, esquemáticamente, las soluciones posibles para quien mira positivamente el instituto de la reparación en el Derecho Penal.

[19] Cf. ESER, *Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren*, cit., p. 747. Yo mismo soy de la idea de que esto ocurrirá dentro de ciertos límites, más aún si el tiempo no se cuenta por unidades de medida correspondientes a nuestra propia existencia personal, en todo caso efímera, sino históricamente. En contra, RIEß, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, cit., C., I, p. 46 (nº marginal 60).

[20] Cf. WEIGEND, Thomas, *Tagungsbericht (Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1981 in Bielefeld [Tagungsbericht]*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft",

Por supuesto, las propuestas en este sentido, de un Derecho penal "privatizado", son, en primer lugar, escasas y, después, de extensión muy diferente. Sólo unos pocos se refieren a la privatización del conflicto social base del caso penal como una solución integral, precisamente los *abolicionistas*, que pretenden reemplazar el Derecho penal, totalmente, como forma de solución de los conflictos sociales y, por tanto, no confunden reparación con reacción penal, sino que, antes bien, cuidan de expresar con aquélla algo materialmente distinto a la pena como sanción estatal[21]. Otros, menos radicales en sus soluciones, más pendientes de nuestro tiempo y de lo posible culturalmente, colocan cierta clase de delitos o ciertas penas fuera de acción cuando se logra la composición entre autor y víctima, y sobreviene la reparación; la propuesta, desde el punto de vista teorético, es idéntica a la anterior, aunque reducida en su ámbito de aplicación: la *despenalización* de ciertos comportamientos[22]. También esta propuesta se desarrolla para evitar el ingreso en funciones, la aplicación, del Derecho penal. Ambas propuestas tienen en común que logran invertir el modelo: en lugar de

---

nº 93, Ed. W. de Gruyter, Berlin-New York, 1981, ps. 1283 y ss., quien da a conocer la opinión general del Prof. MAIHOFER (traducción propia). Se puede agregar que la idea allí desarrollada no es una originalidad del autor sobre el cual se informa o de cierta parte de la doctrina alemana; la fuerza extraordinaria del movimiento hacia la víctima del sistema penal –del mismo concepto, pero con otra dirección política– en el Derecho estadounidense (parcialmente: en el Derecho anglosajón), con todas sus derivaciones e implicancias, hasta el punto de exigir enmiendas constitucionales, para consagrar los denominados *derechos de las víctimas de delitos*, en STARK, James y GOLDSTEIN, Howard W., *The rights of crime victims*, Ed. Bantam Books, Toronto-New York-London-Sydney-Auckland, 1985; en especial sobre el derecho a ser protagonista principal del procedimiento penal, a *participar en el sistema judicial en materia penal*, Cap. II, ps. 19 y siguientes.

21 Cf., también, ROXIN, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, cit., p. 41, quien observa, con razón, "que la teoría de la reparación abolicionista parte del hecho de que la reparación es distinta esencialmente de la pena y no puede hallar lugar alguno en el Derecho penal" (trad. propia). Cf. HULSMAN y BERNAT DE CELIS, *Sistema penal*, cit., en especial nº 29 y 30, ps. 76 y ss., nº 51 y ss., ps. 116 y ss., y CHRISTIE, *Los límites del dolor*, cit., XI, específicamente ps. 128 y ss., para quienes esa sentencia es autoevidente.

22 ROXIN, *ibidem*, ps. 43 y ss., menciona aquí dos ejemplos: § 167 del nuevo Código Penal austríaco, en tanto al ampliar el ámbito del desistimiento de la tentativa, como causa de exclusión de la punibilidad, permite prescindir de la pena, en un gran número de delitos contra la propiedad y el patrimonio, siempre que la reparación o, por lo menos, el compromiso compensatorio, se lleve a cabo antes de que la autoridad conozca el delito; la propuesta alternativa de una ley sobre el hurto en tiendas, en la República Federal de Alemania, permitía, bajo ciertas condiciones, prescindir de la pena y de la persecución por el pago de una reparación (enmienda a la víctima) elevada (el doble del precio comercial de la cosa).

que la pena, preferida a la reparación, tome a esta última imposible por su ejecución, colocan a la reparación *delante* de la pena.

Las protestas contra ese modo de proceder no son difíciles de imaginar. Todas tocan puntos neurálgicos del origen del Derecho penal (estatal). La primera advierte que la solución privada de los conflictos sociales llamados delitos del Derecho penal o hechos punibles, deja un *plus* de injusto sin remediar, precisamente aquel que determinó su ingreso específico al campo del Derecho penal y de la persecución pública, aquel *plus*, por cierto, que intentó responder no sólo al interés privado. De ella se desprende, también, el escaso valor de prevención general de la solución, en tanto el autor sepa que devolviendo la cosa intacta o reparando el daño, conseguirá impunidad, que no deberá pagar "sobreprecio" por el delito cometido[23]. La segunda objeción reside en el peligro de regresar al imperio de los poderosos, una de las causas justas de la irrupción del Derecho penal autoritario, y disolver el Derecho penal en una suerte de juego de presiones privadas, de las cuales saldrán victoriosos los más fuertes, que "quizá pongan más en peligro la paz jurídica que el hecho mismo"[24].

b) Oficialización del derecho reparatorio

Frecuentemente se piensa también al revés, en una "publicización" de la reparación civil, esto es, en constituir a la reparación en una pena o sanción del Derecho penal, al lado de las penas ya existentes, integrando el catálogo sancionatorio del Derecho penal[25]. Este camino

[23] Escuché de Sebastián SOLER la anécdota de que un ciudadano romano, que vivió en época de inflación de la moneda, se paseaba por la *Via Appia antica* insultando a las personas y entregándoles de inmediato 21 ases, la pena del delito contra el honor. Cf. la objeción en HIRSCH, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., ps. 710 y siguiente.

[24] ROXIN, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, cit., p. 44.

[25] Los autores de Derecho civil han pensado así de la reparación del daño moral, a la que han considerado directamente una pena pecuniaria a favor del lesionado por el hecho (*enmienda*) o, cuando menos, han descubierto en ella ingredientes sancionatorios; cf., con abundante bibliografía extranjera, LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho civil. Obligaciones* [*Tratado*], Ed. Perrot, Buenos aires, 1978, t. I, Cap. X, n° 255 y ss., ps. 329 y siguientes. También los procesalistas civiles postulan, casi al unísono, una recreación autoritaria del Derecho procesal civil, en desmedro del principio dispositivo (autonomía de la voluntad), movimiento con algunas características similares; cf. en la literatura argentina, PALACIO, Lino E., *Derecho procesal civil*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, t. I, ps. 115 y siguientes.

fue el que transitó el impulso del positivismo criminológico, según fue dicho, impulso que, en nuestro país, sólo fue frenado por quienes pusieron de relieve la independencia básica de las acciones penal y civil, conforme al CC, 1096 y concordantes[26].

Precisamente, contra esta independencia chocan quienes se proponen una reforma de tal magnitud. Y la oposición es grande, conceptual, pues proviene de uno de los fundamentos del orden jurídico actual, en nuestra organización social, base para la existencia del derecho privado patrimonial: el derecho de propiedad (privada) y sus reflejos, el reino de la autonomía de la voluntad y del principio dispositivo. En la práctica, esta razón es la que hizo fracasar los impulsos positivistas en nuestro país: la imposibilidad de obligar a la víctima a aceptar las acciones reparatorias del autor, más simplemente, a tomar dinero del autor y, más allá de ello, la necesidad de que la víctima exprese su voluntad en el sentido de pretender la reparación. Según se observa, una solución como la propuesta acerca de otra manera los extremos Derecho penal y Derecho privado, en tanto, al menos para el ámbito del derecho reparatorio proveniente de un delito penal, amenazamos con disolver la pretensión civil en una sanción penal, justamente el punto extremo inverso al examinado anteriormente. Los penalistas no debieran insistir, a mi juicio, en estos caminos, conociendo, como conocen, los peligros del Derecho autoritario.

Se ha observado que para convertir la reparación en una pena sería preciso concederle el carácter de una intervención coactiva estatal y ello privaría a la reparación de su característica principal y de su ventaja fundamental frente a la pena: la composición entre autor y víctima, voluntaria en principio[27]. Éste es, sin embargo, un argumento político de efecto, pues la reparación, supuesto el reclamo de la víctima o del portador del derecho reparatorio, se convierte en coacción estatal cuando se agotan los caminos del acuerdo. El problema, a mi juicio, sigue consistiendo en aumentar el poder del Estado mediante la supresión de la condición para la actuación de la coerción estatal, que representa la voluntad de la víctima. Con ello, con la "publicización" de la pretensión resarcitoria –si aún le conviene ese nombre (mejor: estatalización)– se trae a juego otro mecanismo de control social directo del que antes el Estado no disponía. El derecho autoritario crece. De

[26] Cf. NÚÑEZ, *La acción civil en el proceso penal*, cit., Primera parte, Tít. I, 3, ps. 25 y ss.; tít. II, Cap. I, ps. 25 y ss. y Cap. II, ps. 34 y ss.; VÉLEZ MARICONDE, *Acción resarcitoria*, cit., Cap. I, ps. 7 y ss.; CREUS, *La acción resarcitoria en el proceso penal*, cit., Introducción, nº 6 y 7, ps. 29 y ss., Cap. 7, nº 9 y 10, ps. 211 y siguientes.

[27] ROXIN, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, cit., p. 45.

tal manera, el problema es siempre el mismo: la pregunta acerca de si estamos dispuestos a superar la división trazada entre el Derecho privado y el Derecho penal, una vez que este último apareció en escena como pura reglamentación del poder estatal, monopolizador de la fuerza, a su vez legitimada por el orden jurídico.

También se trata de un aumento aparente, opositor a la "publicización" de la reparación, aquel que hace hincapié en la necesidad de aplicación de principios penales al resarcimiento del daño, tales como el *nulla poena sine lege praevia*, el *ne bis in idem* y el *in dubio pro reo*, si se la incluye en el catálogo de penas; con ello no se auxiliaría a la víctima, sino que, antes bien, se la perjudicaría, consecuencia directa de la dificultad de aplicación que suponen tales principios[28]. En verdad, con prescindencia del resultado del procedimiento penal, el Derecho civil conoce reglas reparatorias del daño que funcionan "objetivamente", en el sentido de que su principio fundante no es el reproche del comportamiento injusto, sino, antes bien, el enriquecimiento –tanto en el sentido de un aumento, como en el sentido de evitar una disminución– de un patrimonio a costa de otro, sin causa legítima que lo autorice. Así se funda, por ejemplo, la necesidad de reparar de quien, en un estado de necesidad justificante (CP, 34, inc. 3), daña la cosa de otro para evitar una lesión mayor, referente a un bien jurídico cuyo portador es quien obró en ese estado[29]. Las reglas de Derecho privado permitirían, como lo permiten hoy, reparar sin ilícito y sin culpabilidad[30]. Si esas reglas no son sustituidas, el ofendido podrá acudir a ellas para lograr aquello que la enmienda, esto es, la pena de reparación a su favor,

[28] Cf. *ibidem*, p. 44; reproche de HIRSCH, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., p. 271.

[29] Quien con mi abrigo apaga el incendio de su casa; o aquel "en cuyo favor" se apaga el incendio, a pesar de no haber intervenido en la acción de salvamento.

[30] Siempre tuve la sospecha de que la compensación de daños, incluso la proveniente de un delito, penal o meramente civil, se vinculaba con una *regla distributiva*, tal como la teoría del enriquecimiento sin causa legítima, y no con el reproche al autor de un comportamiento antijurídico de lesión de un bien jurídico. Otro ejemplo se puede hallar en el Derecho público: el Estado responde por los daños que ocasione el ejercicio de su actividad legítima (cf., esquemáticamente, CASSAGNE, Juan Carlos, *En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado*, Ed. El Derecho, Buenos Aires, 1982, t. 99, ps. 937 y ss., en especial, ps. 940 y ss.; del mismo autor, *Derecho administrativo* [2ª ed.], Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, t. I, Tít. 2°, Cap. III, ps. 269 y ss.); si sólo esbozo el problema es por la escasez de conocimientos sobre él.

no logró. Y no se diga que existe *bis in idem*, porque el ofendido no puso de manifiesto su pretensión resarcitoria, fundada en el daño sufrido, no demandó, según las reglas de Derecho privado lo autorizan, y, por ello, nadie decidió sobre esa pretensión legítima; y, si lo hizo, esto es, si demandó, por ejemplo, en el procedimiento penal, entonces es correcta la aplicación de la fuerza de clausura de la *cosa juzgada*.

El problema es siempre el mismo, aunque la solución sea inversa: en el Derecho actual son perfectamente diferenciables pena estatal, como herramienta de control social directo del ciudadano por parte del Estado, y reparación, como respuesta a un conflicto privado de intereses que el Estado sólo asume para solucionarlo, en la medida en la cual los particulares requieren su intervención. En qué medida es posible acercar pena y reparación, mediante el ingreso de ingredientes privados en la pena o de elementos públicos en la reparación, y si alguno de estos caminos es deseable desde el punto de vista político-criminal, constituye la verdadera pregunta a responder.

c) Reparación y funciones del Derecho penal

A esta última pregunta intentan responder, positivamente, quienes integran la reparación del daño a algún fin mentado por la pena estatal[31]; y también, negativamente, la crítica a esa posición.

La concepción moderada de integración de la reparación al cumplimiento de las funciones del Derecho penal deja intactos los fines propuestos, en general, para la pena. No se trata, en principio, de que la reparación describa otra función o tarea propuesta para el Derecho penal, sino de que ella sirva como instrumento aprovechable para cumplir los fines preventivos que se adjudica al Derecho penal. Desde el punto de vista *preventivo-general*, el acento no está puesto sobre el efecto disuasorio (intimidatorio) de la pena, que puede cumplir, incluso con mayor propiedad, la pena pecuniaria, sino sobre la posibilidad de que la reparación libere, total o parcialmente, la necesidad de la pena, en aquellos casos en los cuales la conducta posterior del autor, dirigida a reparar el daño producido, satisface aquél *plus* de afectación de la generalidad, que todo hecho punible hoy contiene, según la con-

[31] Cf. ROXIN, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, cit., XIII y ss., ps. 45 y ss., cuya idea será tratada en el texto; más detalles bibliográficos de la literatura jurídica de la República Federal de Alemania, en ese artículo.

cepción cultural y jurídica actual. La solución reparatoria anida, precisamente, en el concepto de *prevención integral*, como fin de satisfacción de la conciencia jurídica general, ante la quiebra del orden jurídico, que cumple la sanción –y que, en esos casos, debe cumplir la reparación–, concepto que viene así a completar los demás efectos que son esperados por la *prevención general positiva*, como fin de la pena y función del Derecho penal: estabilización del orden jurídico mediante la afirmación de los valores establecidos por él y por la ratificación de la confianza en su vigencia práctica.

No es posible aquí extender la explicación sobre los fines de la pena en una medida mayor a la que consta anteriormente. En concreto, la reparación –antes bien, la voluntad del autor de reparar y su cumplimiento, en la medida de lo posible– reemplazaría a la pena o la aminoraría, cuando fuera suficiente para satisfacer la reacción del sentimiento jurídico general frente al delito y para dar por terminado el conflicto entre el autor y la generalidad, por la quiebra del orden jurídico. Empero, quienes piensan así presuponen que la punibilidad abstracta del caso general no significa, directamente, la obligación de castigar en el caso particular y, además, como producto de ello, que allí donde se pueda reemplazar en concreto a la pena, total o parcialmente, por una solución más benigna para el autor, sin significado penal, culturalmente, el carácter subsidiario del Derecho penal exige esta última solución[32]. No es de extrañar que bajo este punto de vista se pueda incluir el trabajo de provecho para la comunidad como una prestación del mismo tipo (reparatoria), especialmente para la solución de delitos que afectan bienes jurídicos colectivos.

Desde el punto de vista *preventivo especial*, la reparación se valora positivamente como el mejor esfuerzo del autor por reconocer su injusto y reinsertarse en la comunidad jurídica, a más de superar los peligros del tratamiento, pues es limitada por definición, no consiste en la internalización de un modelo y en su sumisión a él, ni presenta las desventajas de toda privación de libertad (etiquetamiento y deterioro social). Se destaca en especial que, para que juegue ese papel, la reparación se debe alejar de su realización coactiva, en la mayor medida posible, pues a mayor espontaneidad, mayor valor preventivo especial.

La comprensión teórica del ingreso de la reparación a los fines tradicionales de la pena no es fácilmente criticable, por la misma razón de que esa comprensión teórica aparece, por momentos, como pura especulación, a pesar de que, en el caso, parece estar avalada por cier-

32 ROXIN, *idem*, p. 50.

tos estudios empíricos[33]. Es fácil deducir que la crítica sólo puede tener carácter especulativo. Aquella que cree hallar oculto un regreso a la idea retributiva de la pena[34] es tan injusta o tan cierta como la afirmación de que, tras los fines utilitarios atribuidos a la pena, se esconde la retribución o, peor aún, la mera justificación de la utilización coactiva del poder político[35]. De la misma manera, la crítica principal, que rechaza también la idea de que la retribución pueda integrar los fines de la pena, me parece a mí fundada en una afirmación absolutamente dogmática[36], tan cierta, o tan incierta, tan justa, o tan injusta, como la opinión criticada: a propósito de que "el Derecho penal, como ámbito parcial del orden jurídico, se ocupa de las pretensiones penales del Estado y de las penas y medidas vinculadas a ellas"[37], satisfacer a la víctima no es función del Derecho penal, sino del derecho privado. Si de programas políticos se trata, la reparación no puede integrar los fines de la reacción estatal directa con motivo de un hecho punible... hasta que se integre a ellos, no puede ser función del Derecho penal... hasta que lo sea, hasta que una de sus tareas, y no necesariamente aquella que calificamos como la menos importante, sea auxiliar a la víctima: procurar que el mundo alcance aquel estado que debió tener eliminada la infracción, esto es, regresarlo, en lo posible, al estado que tenía antes de ser cometido el hecho punible que lo colocó en otra situación o procurar que arribe a otro estado, según los deseos del orden jurídico, al que debió llegar por acción debida del autor, no resulta un propósito irrazonable y, por lo contrario, expone una respuesta máximamente civilizada para el hecho punible. Si esta proposición política es racional, la pregunta, entonces, reza: ¿en qué medida y cómo pue-

33 ROXIN, *idem*, XII, p. 49; HULSMAN y BERNAT DE CELIS, *Sistema penal*, cit., nº 45 y ss., ps. 106 y siguientes.

34 HIRSCH, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., ps. 709 y siguiente.

35 Cf. BARATTA, Alessandro, *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal*, en "Poder y Control", Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1986, ps. 77 y ss.; BELOFF, Mary, *Teorías de la pena: la justificación imposible*, en MAIER, Julio B. J. (comp.), *Determinación judicial de la pena*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993, ps. 53 y siguientes.

36 WEIGEND, *Tagungsbericht*, cit., p. 1283, informa acerca de la misma opinión de Albin ESER.

37 HIRSCH, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., ps. 709 y siguientes.

154

de el Derecho penal, con sus medios y formas de proceder, cumplir esa función, arribar a esta meta?

d) Decantación de la discusión y propuestas concretas

I. Me parece evidente que no hemos llegado tan lejos en nuestra forma de asociación política actual como para aspirar a una disolución del Derecho penal en modos de administración de justicia privados, que dependen, fundamentalmente, de la autonomía de la voluntad de las personas asociadas y que, por lo contrario, no dependen en absoluto del poder político central que gobierna la asociación. Al menos por un tiempo, que supera nuestro tiempo existencial y que alcanzará dimensiones históricas imprevisibles para un ser humano, conviviremos con el Derecho penal y con sus formas de expresión. El presupuesto para que existan cambios visibles históricamente, es una nueva forma de asociación y de organización social, posiblemente, una forma que coloque el ejercicio del poder político próximo a los ciudadanos que lo crean y conforman, participativa y más igualitaria en la distribución del poder que la actual.

Es probable que, hasta que ello suceda, tengan cierta razón quienes, para oponerse a la reparación o a la composición privada, como forma de encarar el conflicto, observan que tal situación conducirá al triunfo de los poderosos, de los más fuertes. En efecto, la disolución del conflicto social en uno que sólo pone en juego intereses privados, contrapuestos directamente, terminará por arrojar su solución al juego de las presiones y sutiles coacciones sociales, de manera que los fuertes y más poderosos triunfarán sobre los débiles, menos poderosos, cualquiera que sea la posición procesal que ellos ostenten en un proceso concreto. De tal manera, resulta más que probable que acusados débiles sucumban ante acusadores poderosos y que acusadores débiles no triunfen frente a imputados poderosos, sin indagar ahora los diferentes motivos de acumulación de poder (económico, social, político, de clase, etcétera). Ello no debería asombrar, pues así funciona, en general, nuestra administración de justicia en Derecho privado actualmente, a la cual no acceden los débiles y en la cual, probablemente, tampoco triunfan ellos en gran medida[38]. Empero, a decir ver-

[38] Cf. BERIZONCE, Roberto O., *Efectivo acceso a la justicia*, Ed. Platense, La Plata, 1987. Cap. I, en especial nº 5, ps. 5 y ss.; CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Briant, *El acceso a la justicia* (trad. de Samuel AMARA), Ed. Colegio de Abogados de La Plata, La Plata (RA), 1983, ps. 39 y siguientes.

dad, el Derecho penal (estatal), cualesquiera que hayan sido o que sean sus motivos legitimantes, ha mostrado la misma tendencia, precisamente por su aplicación, con preferencia, a los más débiles[39], y hasta se ha caracterizado, en gran medida, por marginar a los ya marginados; se trata, no precisamente de modo casual, de la contrapartida de aquello que sucede en Derecho privado: quienes acá no acceden a la administración de justicia, son "accedidos" a la justicia criminal coactivamente, por voluntad del mismo Estado que imparte justicia. Nada de esto debería asombrar una vez que se acepta o se observa la desigualdad de oportunidades que caracteriza al mundo moderno, cada vez en mayor medida, pues, por la misma razón de que la verdad médica es una sola, pero el acceso a ella de cada uno es diferente, la palabra *salud* contiene diferentes definiciones conforme al poder que ostenta su portador: algo idéntico sucede con la palabra *justicia* o –mejor dicho– con la administración de la justicia.

Ahora se puede observar cómo el movimiento a favor de la víctima no representa, al menos para una de sus direcciones políticas, aquello que, quienes se oponen a su ingreso en el Derecho penal, predican de él: una reacción contra una década de política criminal dirigida unilateralmente hacia el autor, mejor dicho, a favorecer al autor[40]. Ese movimiento y las reformas que pretende se enmarcan, precisamente, dentro del mismo ritmo político-criminal que procura humanizar el Derecho penal para el autor y transformarlo en un instrumento humano de solución de conflictos sociales, evitando su comparación absoluta con el ejercicio liso y llano del poder estatal y, menos aún, con quienes, en definitiva, detentan el poder político[41]. Basta observar las soluciones

[39] Cf. Sack, Fritz, *Selektion und Kriminalität*, en "Kriminologisches Journal", 1971, p. 397; detalles, con bibliografía, en Kaiser, *Kriminologie* (2ª ed.), cit., § 41, 5, ps. 341 y siguientes.

[40] Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., ps. 699 y ss. En contra, en el sentido de este texto, Jung, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß*, cit., p. 1176; en el mismo sentido el resumen de las palabras de Weigend, *Viktimologische und kriminal-politische Überlegung zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, cit., p. 768: "La víctima debe agradecer, y no en último término, su (re)descubrimiento al esfuerzo por la exorcización del criminal".

[41] Me parecen casi onomatopéyica la metáfora que utiliza Binding, Karl, en *Die Normen und ihre Übertretung* (reimp. de la 4ª ed.), Leipzig, 1922, Ed. Scientia, Aalen, 1965, t. I, § 41, p. 288, para defender la separación estricta entre pena y resarcimiento del daño: "la pena provoca una herida, el resarcimiento del daño cura otra, en lo posible, sin provocar una segunda" (trad. propia). Conviene la lectura de todo el parágrafo para advertir las diferencias

propuestas que siempre colocan a la reparación en lugar de la pena o como determinante de su abreviación (*diversion*), para arribar a esa conclusión.

Sin embargo, estimamos que, por el momento, si se mantiene la concepción de la pena estatal y del Derecho penal como forma de control social directo, la reparación sólo puede aspirar a un lugar secundario dentro del sistema[42]; secundario, pero no por ello menos necesario y cada vez más importante.

II. No hay espacio, en cambio, para agregar fuerza al poder penal estatal. Instituir la reparación como nueva posibilidad coactiva del Estado, sumada a la pena, nuevamente sin concederle derechos a la víctima y por transformación de un interés privado en público, resulta inconveniente políticamente y, como ya se mostró, tiene escasas posibilidades de significado práctico. Esto demuestra la necesidad de conservar dentro del Derecho privado la respuesta coactiva a la pretensión reparatoria, expresada formalmente por la víctima o por su sustituto. Y también la de dejar para el Derecho penal modos más informales de composición del conflicto, que demuestren el esfuerzo del agente, espontáneo o sugerido, pero voluntario, por reparar las consecuencias prácticas de su acción.

---

entre pena y reparación, utilizada como sinónimo de consecuencia civil del injusto, en el sistema jurídico actual. Existen, sin embargo, contramovimientos y ellos tampoco se dirigen exactamente al núcleo de la cuestión, ni cristalizan en él, sino en instrumentos auxiliares: me refiero, por ejemplo, al reclamo de seguridad para los bienes jurídicos, fundamentalmente referido a ciertos delitos contra la propiedad, que cristaliza de una manera absurda, paranoica y apocalíptica, en el aumento casi sin límites de la reacción estatal, y de una manera más inteligente para alcanzar el fin propuesto, en la creación de policías particulares, que procuran seguridad a los más fuertes, quienes terminarán utilizando el Derecho penal en su provecho. Creo ver en el Derecho privado, como espectador, movimientos similares: por un lado, la pretensión de que los menos favorecidos accedan al servicio de justicia estatal; por el otro, la creación de servicios de justicia privados por parte del poder económico, para resolver conflictos de intereses de los portadores de ese poder, especialmente por parte de las compañías multinacionales, que, por distintas razones, algunas de ellas prácticas, muy concretas y reales (falta de eficiencia, de predictibilidad, demora insoportable, carestía), no se somete a la justicia estatal, ni a sus reglas, procurándose un mejor servicio, según sus posibilidades económicas.

[42] Por ello son coherentes los *abolicionistas*, que quieren destruir esa concepción, antes de imponer otras soluciones al conflicto, como la reparación (ver *supra* nota 11 de este parágrafo, p. 585).

III. No puede parecer irracional la propuesta de privilegiar, como reacción frente al delito, la restitución al *statu quo ante*. En verdad, ésta es, teóricamente, la respuesta ideal[43]. Si el Derecho quiere conservar el estado del mundo hoy existente y, para ello, prohíbe ciertas acciones que lo transforman o manda llevar a cabo acciones para impedir su transformación, lo más adecuado es dejar que el agente o el omitente reparen la consecuencia de su obra o de la falta de la acción debida, y coloquen el mundo, nuevamente, en la posición que tendría sin su injerencia activa u omisiva ilegítima. El mismo proceso, aunque con sentido inverso, se repite cuando el Derecho desea que el mundo cambie y, para ello, prohíbe una acción que evitaría ese resultado normal o manda obrar, precisamente para operar el cambio: el agente o el omitente procurará entonces, como solución ideal, colocar el mundo en la posición deseada, impedida por su acción o no lograda por su omisión, ambas antijurídicas. No todo quedará igual, porque se habrá perdido, seguramente, el tiempo, y esta variable significa demasiado para nosotros, existentes durante un lapso muy limitado. Reponer las cosas al estado ideal que tenían antes del delito o colocarlas en el estado deseado que deberían tener sin el delito son, entonces, proposiciones políticas racionales, si se parte de la afirmación, por lo demás común, de que esas eran las posiciones establecidas por la legislación como valiosas, razón de ser de las normas de conducta creadas.

La *reparación*, en sentido amplio, es, así, una meta racional propuesta como tarea del Derecho penal, incluso para el actual Derecho positivo, bajo dos condiciones: que ello no perjudique, sino que coopere con los fines propuestos para la pena estatal; que ella no provoque una nueva expropiación de los derechos de la víctima para resolver el conflicto. La primera es una condición puesta por el sistema vigente; la segunda se remonta, también, a un sistema vigente, incluso con mayor antigüedad, pero la proposición resulta, nuevamente, políticamente racional, para no aumentar el poder del Estado. Por esa razón, las vías de ingreso de la reparación al sistema de Derecho penal deben ser pensadas cuidadosamente, para que ella no frustre sus objetivos prin-

[43] Cf. SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino* [*DP arg.*] (4ª ed., 8ª reimp. total), Ed. Tea, Buenos Aires, 1978, t. I, ps. 2 y s.; del mismo autor, *La reparación de perjuicios en el Proyecto de Código Penal*, en ORGAZ, Alfredo y SOLER, Sebastián, *Aspectos civiles de la reforma penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, ps. 53 y siguientes.

cipales: auxiliar realmente a la víctima o, mejor dicho, colaborar en la tarea de restitución, que se corresponde con su naturaleza, y reducir la violencia de la reacción estatal frente al delito.

IV. El ámbito natural dentro del cual la reparación puede jugar hoy un papel destacado, según el sentimiento jurídico-penal generalizado, se aparta de aquellos hechos punibles graves que, además, ponen de relieve el ejercicio de una violencia física extrema o la amenaza de ella (homicidio, privaciones de libertad graves, violación, con ciertos escrúpulos, robos que se conectan con el ejercicio mayúsculo de la violencia física o la amenaza de su empleo), hechos que, la mayoría de las veces, resultan irreparables naturalmente. Son estos delitos, sin pretender mencionarlos a todos, los que, a mi juicio, conservan viva la idea retributiva del castigo, aun integrado con criterios preventivo-generales o especiales, y, por ende, también ese *plus* lesivo para la generalidad que impide considerar al esfuerzo reparatorio integral del autor como suficiente para restablecer el equilibrio jurídico que reclama un hecho punible[44]. También el agente juega un papel negativo en la determinación del campo de acción de la reparación, pues su insistencia en la comisión de hechos punibles eleva considerablemente el sentimiento de necesidad de seguridad por parte de la comunidad jurídica y, como consecuencia, la insatisfacción de la generalidad con el esfuerzo reparatorio del agente como mejor modo de solución del conflicto. Por esta razón, el ámbito de los hechos punibles de mediana gravedad y el de los delitos leves, y el de los autores que no pueden considerarse que ejercen una profesión delictiva (carrera criminal), es, hoy en día, el área natural de influencia de la reparación en el Derecho penal. Estos marcos y la argumentación que los sostiene sólo pretenden fijar ciertos límites racionales a la discusión actual sobre el ingreso de la reparación al sistema penal, pues aquí sólo se trata de eso, del *ingreso de la reparación al sistema* y no de la abolición del sistema mismo. Por supuesto, esos marcos son discutibles, sobre todo particularizadamente, como ocurre, por ejemplo, con los delitos contra la libertad sexual. Se trata, en fin, de no dificultar las cosas para la meta propuesta, mediante el mecanismo de establecer ciertos límites racionales para la discusión.

44 Cf. Hulsman y Bernat de Celis, *Sistema penal*, cit., nº 45, p. 106.

Si tenemos en cuenta estas limitaciones, lo primero que cabe exigir consiste en que la pena no dificulte más de lo indispensable la compensación del daño causado, los acuerdos reparatorios y su cumplimiento. Para ello es preciso colocar a la *reparación delante de la pena*, sobre todo, antes de la pena de multa, cuando, como en el Derecho penal moderno, ella está extendida como posibilidad punitiva de numerosos hechos punibles[45]. La *colisión* entre pena y reparación debe ser resuelta, por regla, a favor de la reparación. Son ofrecidos, para ello, dos caminos principales, uno más moderado, el otro más agresivo para la reforma del Derecho material. El primer camino consiste en facilitar la reparación en vías de cumplimiento, postergando o concediendo facilidades, en principio, para el pago de la multa, pero también para el cumplimiento de la privación de libertad o, entre nosotros, para el comienzo de la inhabilitación profesional. El segundo camino es, principalmente, un incentivo para la reparación, en tanto ella, llevada a cabo total o parcialmente, se computa para el cumplimiento de la pena. La mayor o menor incidencia de la reparación en la pena y la forma según la cual se realiza la compensación son tareas de determinación en detalle, que debe cumplir el Derecho positivo, imposibles de abarcar aquí[46].

Este –llamado por nosotros– segundo camino para colocar la reparación antes que la pena, presupone, en verdad, una decisión política para colocar a la *reparación en lugar de la pena*, total o parcialmente. Existen varias vías para ello, que aquí solo enunciaremos: a) la reparación como instrucción de la condenación condicional, o de la remisión de la pena (suspensión condicional de la pena), incluso de las penas no privativas de libertad, que condiciona la extinción definitiva de la condena o de la pena; b) reparación como causa de exclusión de la pena (facultativa = prescindencia de la pena) o de extinción de la persecución penal (facultativa = criterio de oportunidad); c) reparación como criterio favorable para la determinación de la pena o como criterio abstracto de reducción de la escala penal amenazada; d) reparación que se computa para el cumplimiento de la pena (criterio arriba anticipado); e) reparación como criterio para conceder beneficios durante la ejecución de la pena (libertad condicional); f) reparación como instrucción a cumplir durante el período de prueba de la suspensión del procedimiento, para acceder a la extinción definitiva de la persecución penal (CP, 76 *bis* y siguientes). Todas las vías de acceso al propósito político-criminal de auxiliar a la víctima y al agente, concomitantemente, a conducir ellos la composición del conflicto, son expresión del deseo de privilegiar la reparación para que ella reemplace o reduzca la pena. También aquí la elaboración legislativa determina en detalle el alcance del propósito[47].

[45] Cf. Rieß, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, cit., p. 39 (nº marginal 46).

[46] Un buen ejemplo, sin discutir ahora redacción, ni filigranas jurídicas, resulta ser el remedio del CP, 76 *bis* y siguientes.

[47] Se cita como ejemplo de solución privada y autónoma para el conflicto social en el que reside un caso penal y, por ello, también como ejemplo de reemplazo de pena por reparación, el § 167 del CP Austria, que prevé como causa de exclusión de la pena la reparación de los daños, por el agente o, cuando menos, la asunción contractual de la obligación de reparar, antes de que las autoridades de la persecución penal hayan tomado conocimiento del hecho, en numerosos casos de delitos contra la propiedad. He aquí un criterio legislativo concreto que, a pesar de realizar el propósito de privilegiar la reparación, mezcla criterios valorativos diversos (la clase de delito y cierto respeto del criterio de legalidad en la persecución penal, convertido aquí en criterio temporal para la aplicación del beneficio). A favor y en contra de la regla austríaca, Roxin, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, cit., VI, p. 43, y Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., p. 710.

Se puede observar con facilidad que todos los criterios expresados no son manifestación de la coacción jurídica, en sentido propio, esto es, dependen, en principio, de la voluntad del agente y, en menor medida, de la víctima. Ellos dejan márgenes para la espontaneidad de la reparación, pero se puede aceptar que ella es sugerida, a menudo bajo formas de coacción real (no jurídica), que colocan al agente ante el dilema de reparar, cumplir la pena o soportar la persecución penal. Tal manera de introducir la reparación al sistema penal cumple con el postulado político de respetar la autonomía de la voluntad tanto del agente como de la víctima, para que ellos, en lo posible, compongan el conflicto y, además, privilegia cierto criterio preventivo especial, derivado de la voluntariedad de la reparación como muestra de corrección del agente sobre el acatamiento de las reglas jurídicas. Para el autor ha variado el punto de vista del Derecho penal sobre la pena, indisponible por naturaleza y aquí disponible para él en su cumplimiento, en un margen pequeño pero apreciable para el juego de su voluntad; la víctima conserva su derecho de perseguir privadamente, si no acepta la composición privada. Quizá sólo habría que sugerir que la víctima no gobierne con su voluntad la necesidad de punir o la medición de esa necesidad, pues un proyecto racional de reparación total o parcial debería influir sobre ello, aun cuando la víctima no lo acepte, según lo propone el CP, 76 *bis* y ss. (*suspensión del juicio a prueba*). No se oculta nuestra preferencia por soluciones reparatorias cuyo efecto conduzca al reemplazo del sistema penal, esto es, a prescindir de la pena estatal o de su persecución.

V. Es importante, también, el concepto de reparación. Él demanda debates monográficos[48]. Empero, en aquello que aquí nos interesa, basta indicar el concepto básico y sus derivados, según ya consta en los párrafos anteriores. Reparación es, básicamente, deshacer la obra antijurídica llevada a cabo, y, para ello, colocar al mundo en la posición que tenía antes de comenzar el hecho punible o en la posición a la que debía arribar, conforme a las previsiones del legislador, al mandar la realización obligatoria de una acción o al prohibir la realización de otra. Esta reparación *ideal* (restitución al *statu quo ante;* reparación *in natura*) es, en ocasiones, imposible (por ejemplo, la vida no se puede reponer). Para ello, en numerosas oportunidades, sólo se trata de sustitutos de la reparación, de los cuales el más conocido es la compensación por *resarcimiento económico del daño* o *indemnización patrimonial*. Existen, sin embargo, otros sustitutos, más alejados del concepto originario: a la víctima y al agente, inclusive, puede convenirles que la satisfacción de su interés se cumpla mediante una prestación del todo alejada del daño original[49]. Importante es el esfuerzo racional del au-

[48] Cf. como ejemplo antiguo entre nósotros, Orgaz, Alfredo y Soler, Sebastián, *Aspectos civiles de la reforma penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.

[49] El jardinero que, para compensar el daño sufrido por la víctima en su integridad física, cuida de su jardín durante un tiempo.

tor por reparar y, también, el acuerdo compensatorio y la inteligencia de ambos, víctima y victimario, de que así satisfacen en su justa medida el interés dañado.

Pero es posible también pensar, en términos de reparación, en el interés social dañado, interés que aparece nítido en algunos hechos punibles, aquellos que lesionan bienes jurídicos colectivos o universales, y en su reparación por medio de una acción que procure la restitución al estado deseado[50], de una suma de dinero con el mismo destino o de otra acción que mejore los establecimientos de bien común, como el trabajo en interés de la comunidad.

VI. Unido íntimamente a este debate queda, también, el concepto de *víctima*. De la víctima en sentido tradicional –esto es, la persona, no necesariamente de Derecho privado, que sufre el daño directo que provoca el hecho punible– se desprende hoy el concepto de la víctima, ampliado a intereses sociales (bienes jurídicos colectivos). Colocar al Estado como portador de estos intereses no modifica la situación imperante, pues la persecución penal le pertenece. Esto explica la irrupción, en este rubro, de las *asociaciones intermedias*, constituidas para la defensa de estos intereses o uno de cuyos objetos es, precisamente, el interés colectivo perjudicado, a quienes se les reconoce legitimación como víctimas, sin ser, en sentido estricto, las portadoras del bien jurídico concretamente perjudicado[51].

3. El problema en el Derecho procesal penal

a) Presentación

I. En el ámbito universal, ya no son defendibles las perspectivas que perpetúan la expulsión de la víctima de la solución del conflicto social

50 Piénsese en los delitos contra el medio ambiente, la "reparación" del ambiente dañado y la construcción de establecimientos especiales para la purificación.

51 Esta solución se impuso en el Proyecto CPP Guatemala (1990), 7, inc. 4, que se ocupa, por primera vez entre nosotros, de definir el concepto "víctima", con anticipo del papel importante que ese Proyecto le acordó en el sistema penal, definición que no fue sancionada legislativamente; ese proyecto seguía, así, al *Proyecto CPP Modelo para Iberoamérica*, 78 y su nota (Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 70), aunque con modificación de su sistema y de su contenido, ambos perfeccionados en el Proyecto para Guatemala. El CPP Costa Rica, 70, *d*, consolida esa corriente en hispanoamérica. Ver, también, en esa línea, el nuevo CPP Italia (1989), 91. En la República Argentina puede consultarse, actualmente, el CPP Chubut, 185, *d*, que ingresa en esa corriente de pensamiento.

156

en el cual reside un caso penal, bajo el prejuicio justificante de su expulsión inicial: la venganza privada o el procurarse represalias, razones que al fin y al cabo representan una suerte de *retribución privada*, esto es, de la idea que, transformada en interés público, con otro estilo argumentativo, explicó y explica aún hoy, parcialmente, la pena estatal[52]. Éste, por lo demás, es un prejuicio nunca demostrado; por lo contrario, si se compara el resultado de los intentos de conciliación en la acción penal privada (sobre la base de un procedimiento conciliatorio-arbitral previo a proponer la acusación y como exigencia para ella), en la única investigación empírica que conozco[53], se puede decir que la figura de la víctima "vengativa", al menos con exclusión de los delitos de mayor gravedad y por medio del procedimiento judicial, no existe o existe en sus justos límites: la víctima tiene derecho, en primer lugar, a la disculpa del agresor y, en segundo lugar, a que él repare el daño causado por su acción; y tiene también derecho, como cualquier ciudadano, a esperar la aplicación racional de la ley penal por parte de los órganos judiciales y a colaborar, para ello, en la búsqueda de la verdad, paradigma actual de la administración de justicia. La ansiedad por perseguir, por encima de esos límites, es rara, y, según mi experiencia, sería catalogada como patológica; además, es neutralizada, perfectamente, por las reglas del procedimiento. Como, según se ha visto, tampoco existe hoy la necesidad de crear una frontera estricta entre el Derecho privado y el Derecho penal, entre reparación y pena, de modo que una u otra, o ambas en conjunto, pueden ser medios eficientes de control social, de justa retribución o servir como instrumentos pre-

52 ROXIN, Claus, en su trabajo sobre *La reparación del daño en el sistema de los fines de la pena* (*Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, cit.), IX, p. 47, admite que "muchos elementos de la teoría de la retribución regresan transformados en las teorías preventivas predominantes"; cf., en sentido contrario, KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, Heidelberg, 1961, Cap. 4, IV y V, ps. 201 y ss., quien, decidido partidario de la pena *expiación* o *retribución* (teorías absolutas), admite el juego de fines preventivos, dentro del marco de la culpabilidad.

53 BIERBAUER, FALKE y KOCH, *Konflikt und Konflikterledigung. Eine interdisciplinäre Studie über die Rechtsgrundlage und Funktion der Schiedmannsinstitution*, en BIERBAUER y otros (al cuidado de), *Zugang zum Recht*, 1978, ps. 141-148, según la cita de JUNG, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß*, cit., p. 1158, notas 39-41: más del 50% de los casos y hasta el 68%, en alguna circunscripción, son solucionados por conciliación; pero se sabe también que un porcentaje similar de los restantes arriban a una conciliación informal y, además, que sólo se persigue penalmente, llevando adelante el procedimiento restante, la mitad de los casos en los cuales la conciliación fracasó.

ventivos suficientes, según el caso y según se quiera, carece de sentido excluir a la víctima del procedimiento penal.

Lamentablemente, los dos argumentos mencionados son todavía utilizados entre nosotros, la mayoría de las veces para impedir, con cierto efecto, reformas necesarias. El primer argumento, relativo a la introducción de la venganza en el procedimiento penal, fue utilizado en nuestro país hace más de cincuenta años para defender el punto de vista que expulsaba a la víctima del procedimiento penal oficial, expulsión que materializaron los códigos –llamados entre nosotros– modernos[54]. Ese resultado podía ser justificado en aquella época, de incorporación de las reformas decimonónicas. Hoy se utiliza el argumento de manera conservadora, para intentar expulsar nuevamente a la víctima de un procedimiento penal –el federal– que le concede algún protagonismo y para evitar la creación de nuevos caminos participativos[55].

El segundo argumento –estricta separación entre Derecho civil y penal, entre reparación y pena–, sigue vigente en el Derecho positivo de nuestro país, a pesar de que, en el CP vigente, art. 29, hay motivos para expresar dudas originarias. El argumento sirvió para intentar impedir –sin idoneidad alguna– el ingreso de la cuestión civil al procedimiento penal[56]. Pero esa inidoneidad del legislador para realizar su propósito, aquellas dudas y la influencia decimonónica francesa, a través de los códigos italianos de 1913 y 1930, condujeron a una regulación adecuada del ejercicio de la acción civil en el procedimiento penal[57]. No se trata, en principio, de derribar por completo la se-

[54] Cf. *Exposición de motivos, CPP Córdoba* (1939), Ed. oficial, Córdoba, 1941, ps. 26 (4°) y 36 y s., opinión de sus proyectistas, SOLER, Sebastián y VÉLEZ MARICONDE, Alfredo; CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Tratado de Derecho procesal penal* [*Tratado*], Ed. Ediar, Buenos Aires, 1962, n° 559 y ss., ps. 347 y siguientes. Esa corriente de opinión influyó también en el CPP Costa Rica (1973), que excluyó a la víctima de cualquier papel como acusador en el procedimiento penal, situación correctamente corregida en el CPP Costa Rica actual.

[55] Cf. la opinión de LEVENE (h.), Ricardo y FRANK, Jorge L., en *Síntesis de las observaciones y modificaciones propuestas al proyecto de ley del Poder Ejecutivo de reformas al Código procesal penal de la Nación*, Ed. H. Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires, 1989, t. I, ps. 27 y 28, y t. II, ps. 34 y s. y 44; en el mismo debate, pero a la inversa, proponiendo mayores facultades: D'ALBORA, Francisco J.; Federación Argentina de Colegios de Abogados; LLERENA, Patricia, t. I, ps. 27 y 28, y t. II, p. 76.

[56] El Proyecto de CPCrim. nacional, de Manuel OBARRIO (1882), contenía la regulación de la acción civil, ejercida en el procedimiento penal. Durante su tratamiento legislativo, acudiendo al argumento separatista, se pensó esta posibilidad como inconveniente; manos inidóneas, que siempre existen, se dieron a la tarea de suprimir el capítulo referido al ejercicio de la acción civil, sin reparar en reglas fundamentales existentes en el Proyecto y contenidas en otros capítulos del procedimiento (CPCrim. nacional, 411 y cc., 425 y cc., 463, 495, reglas cuarta, inc. 4, 496, inc. 1 [luego, inc. 2 y 567], que permitieron plantear la acción civil, junto con la acusación privada, para ser decidida en la sentencia, aun vigente aquel Código. Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Acción resarcitoria*, cit., Cap. III, 4, I, ps. 85 y ss.; CREUS, *La acción resarcitoria en el proceso penal*, cit., Introducción, n° 6, ps. 29 y siguiente.

[57] Cf. sobre ello la opinión extranjera, favorable al Proyecto CPP Nación (1986), de ESER, *Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren*, cit., p. 734, proyecto que, a pesar de ciertas innovaciones de detalle, procede de ese movimiento.

paración, sino de crear cierto espacio fronterizo común, en el cual la reparación privada auxilie a conseguir los fines perseguidos por la pena y ésta, a su vez, ayude a la víctima a conseguir su justa compensación por el daño.

El único argumento racional para no tolerar la intromisión de la víctima en el procedimiento se vincula a la posición en él del imputado, debilitado por la incorporación de un nuevo acusador, cuando no de varios, en casos específicos[58]. Este es un argumento de peso, pues, en la situación ideal para la crítica, un imputado ve frente a sí, ocupándose de su persecución, a varios acusadores, que, incluso, disponen de asesoramiento jurídico adecuado, del cual él, quizá, no dispone. Ya la intervención como acusador de un órgano estatal, la fiscalía, auxiliada por la policía, oficios ambos organizados y entrenados para perseguir penalmente, desbalancea las posiciones de los intervinientes en el procedimiento y, conforme a ello, son necesarias previsiones legales especiales para equilibrar, al menos jurídicamente, la balanza[59]. Por encima de las exageraciones circunstanciales, colocadas allí como modo de indicar el problema y, por otra parte, sólo solucionables en los casos concretos y con remedios concretos, dentro del ámbito discrecional que la ley procesal concede para lograr un proceso justo, el problema es real y existe, aun sin la intervención del ofendido en el procedimiento, según se ha visto; la intervención posible del ofendido magnifica un problema ya existente.

II. Únicamente existen dos soluciones básicas del problema. La primera consiste en eliminar este incremento, sólo en el sentido de no admitir la intervención de la víctima en el procedimiento, pues el problema, como vimos, quedará allí subsistente, debido a la persecución penal oficial. Eliminar a la víctima del procedimiento, sin embargo, no es sencillo para el Derecho procesal penal, pues la tarea adjudicada al procedimiento penal convierte en necesidad su asistencia; el Derecho procesal penal ha podido arrasar con sus facultades, como sujeto de derecho en el procedimiento, pero no ha podido prescindir de ella. Se conoce que el comienzo del procedimiento oficial torna imprescindi-

[58] Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., ps. 714 y siguiente.

[59] Cf. esta obra, t. I, § 6, D, 3, ps. 577 y siguientes.

ble su presencia: casi el 90% de los casos ingresan al sistema penal por su información (denuncia o querella)[60]. En el procedimiento oficial, su papel parece opacarse con posterioridad, hasta pasar a ser un actor de reparto; empero, si se trata de un juicio empírico, serán con seguridad pocos los casos en los cuales el Estado logra conducir un procedimiento hacia su meta sin el concurso del ofendido: tanto durante la investigación preliminar, como durante el juicio, será necesaria su presencia; de allí que se haya puesto cuidado en reafirmar su obligación de comparecer y declarar[61].

La segunda solución consiste en tolerar el inconveniente e intentar algunos remedios jurídicos, para que la balanza retorne o se acerque a su punto de equilibrio. De todos modos quedó claro, aun sin expresarlo, que aquello que rompe el equilibrio no es, precisamente, la intervención privada, sino, antes bien, la persecución penal oficial dotada del monopolio de la fuerza pública. El problema no se presenta en los delitos de persecución penal privada, donde se enfrentan víctima y autor, o, si se presenta, no aparece en forma abstracta, tal como lo venimos estudiando, sino en concreto, por el hecho de que el imputado tiene ante sí a varios acusadores o carece de medios para lograr una asistencia técnica similar a la del acusador; este planteo de la cuestión depende tanto del caso concreto que, con facilidad, se puede pensar en sentido contrario (varios partícipes, frente a una sola víctima, y con mejor asistencia técnica que ella), y es claro que aquí la solución depende de otras variables jurídicas (asistencia oficial al imputado y a la víctima, unificación de personería para perseguir, en caso de varios acusadores).

Nuestro problema sólo tiene solución (abstracta) por la vía de la ponderación de los intereses en juego y, posiblemente, por la vía de la posibilidad de evitar graves dificultades para el imputado mediante algunos mecanismos jurídicos y prácticos. Por lo pronto, hemos reconocido que el problema real lo plantea la persecución penal oficial: si ella no está en discusión, por razones político-culturales que aquí no viene al caso

[60] Las verificaciones empíricas son similares, en otros países, sobre todo en aquellos de sistema penal similar (persecución penal pública como regla): cf., por ejemplo, KAISER, *Kriminologie* (2ª ed.), cit., § 41, 1, p. 331 (91 a 98% de los procesos penales iniciados por la denuncia; en 73 a 86% de los casos, denunciante y víctima son la misma persona; se conocen resultados idénticos en el ámbito internacional). Resultado = la víctima es imprescindible aun para el sistema de control social directo.

[61] Este libro y parágrafo, A, 3, *f*, II, ps. 630 y siguiente.

157

discutir, los remedios contra esta desproporción de fuerzas, malos o buenos, ya han sido estudiados[62]. Si el valor de la intervención de la víctima en el procedimiento oficial es mayor que las dificultades adicionales que provoca para la correcta defensa del imputado o si esas dificultades son a tal punto evitables, que el valor adjudicado a la intervención de la víctima las torna tolerables, resulta el único punto a discutir.

III. La división jurídica de un conflicto social en dos –o más– partes, una atendida por el Derecho privado y otra atendida por el Derecho penal, es, además de analítica, puramente artificial, derechamente, una ficción. Tal ficción se funda en el hecho de que el Derecho estatal reconoce que, mirado el conflicto social desde el atalaya de los daños reales que produce –o desde los daños inmateriales, pero que recaen sobre una persona real, en el sentido de reconocida por el Derecho como existencia individual– rige para él el principio de la autonomía de la voluntad, propio del Derecho privado, por la absoluta disponibilidad del patrimonio o la propiedad; en cambio, observado ese mismo conflicto social con los ojos del Estado, algunos de ellos ponen en peligro de tal manera la convivencia pacífica y la estructura del Estado, que merecen ser perseguidos oficialmente, incluso sin consideración a la voluntad de la víctima real, pues el Estado, según se dice, juega el papel de protector de las condiciones elementales de la vida en común. Ésta es, como se observa, una ficción y una decisión fundada en argumentos meramente políticos. Esos argumentos remiten también al reclamo –en zonas diferenciadas y delimitadas de la vida en común– del control social directo de las personas, de súbditos o subordinados, por parte del Estado, centro de imputación abstracta de un poder jurídico supraordinado a las personas que viven a su alcance o bajo su dominio (territorio, nacionalidad, etcétera). Esto explica, también, que no todo injusto sea punible: algunos de ellos sólo merecen la reacción estatal, cuando reaccione quien lo sufre y demande la intervención del Estado, precisamente porque, por sí mismos, no ponen en peligro las condiciones mínimas de convivencia social bajo una ideología determinada (injustos civiles o penales privados). Empero, el conflicto social como tal, el injusto jurídico, es único y toca, en primer lugar, los intereses reales de la víctima, jurídicamente reconocidos.

62 Ver la indicación en nota 59, p. 608.

En otro lugar de esta obra[63], al tratar el nacimiento de la policía estatal organizada, se explica, sintéticamente, la razón política cercana por la cual surgió este reclamo del ejercicio del poder estatal mediante la reacción de oficio. Ya la centralización del poder político había triunfado y tenía más de tres siglos de experiencia. Ella condujo a la creación del Estado-nación y luego a la monopolización del ejercicio de la fuerza o de la violencia –concedida por el orden jurídico y, por tanto, legítima, a contrario de la reacción inmediata por parte de la víctima, que, salvo en escasos contextos de actuación (necesidad, defensa legítima), resulta ilícita– por parte del Estado. Los primeros disturbios sociales del comienzo de la era industrial y del crecimiento demográfico exponencial de las ciudades condujeron al reclamo burgués, contra el proletariado urbano, excluido de la vida social digna y convertido en turba, y dirigido al Estado, para el ejercicio de ese poder en el sentido de la salvaguarda de sus intereses jurídicamente reconocidos. El monopolio de la fuerza, jurídicamente reconocido al Estado, condujo al deber de protección atribuible a él, que hoy se conoce –y sigue siendo reclamado por la burguesía– como *seguridad común*.

La víctima es, como consecuencia, un protagonista principal del conflicto social, junto al autor, y el conflicto nunca podrá pretender haber hallado solución integral, si su interés no es atendido, al menos si no se abre la puerta para que él ingrese al procedimiento, dado que, en este punto, gobierna la autonomía de la voluntad privada. Sólo con la participación de los protagonistas –el imputado y el ofendido como hipotéticos protagonistas principales– resulta racional buscar la solución del conflicto óptimamente, esto es, de la mejor manera posible[64]. Es por ello que todas las "alternativas a la justicia" o "alternativas al Derecho o a las formas jurídicas", que intentan transformar la justicia estatal, por ineficiente, con mecanismos informales de superación de los conflictos, conceden a la víctima un papel central en su solución pacífica[65]. De todos modos, como ya observamos, el papel principal de la víctima es casi imposible de ignorar por la escena de reconstrucción del conflicto que representa el procedimiento penal: el ofendido es un testigo irrenunciable, la mayoría de las veces, razón por la cual, aunque se le niegue derechos, se le impone la obligación de informar en el procedimiento. Reconocer esta realidad en la regulación del procedi-

63 Este libro, t. II, § 11, B, I, II, ps. 389 y siguientes.

64 Cf. JUNG, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß*, cit., p. 1152, desde el punto de vista de la psicología social.

65 Cf. WEIGEND, *Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, cit., ps. 722 y siguientes.

miento penal, y permitir la participación de la víctima, tiene, así, carácter imperativo, no sólo desde el punto de vista político, sino, antes bien, desde el punto de vista empírico y práctico. Incluso la parte de venganza (como represalia) que pudiera incorporar la supuesta víctima al caso, si de ello se tratara, sería necio ignorarla en la búsqueda de la solución del conflicto, porque ella existe en el mundo real y también requiere solución o, mejor dicho, forma parte de la solución que pretende alcanzar, como meta, nuevamente la paz jurídica.

Un segundo argumento aboga por la intervención del ofendido en el procedimiento penal. El Estado protector de todos, de la generalidad, si esa fuera una realidad descriptible, como se postula, sólo procede por intermedio de una organización de funcionarios públicos (la policía, el ministerio público). Los órganos de persecución penal, como organismos estatales, incluso por razones de eficiencia, tienden a burocratizarse, a dar, mediante rutinas, respuestas genéricas racionales, en el mejor de los casos, pero sin atender los intereses individuales o del caso concreto. La intervención del supuesto ofendido en el procedimiento permite corregir el defecto, sacar el caso de la rutina impuesta, en general, y regresarlo a las necesidades que presenta su individualidad, base de una correcta administración de justicia. Incluso este argumento, que concede al ofendido, como principal interesado, funciones de *contrapeso y control externo* del ministerio público y de la policía, principalmente –pero también de la estructura judicial en su conjunto–, es utilizable para justificar la ampliación del concepto de ofendido en relación a los bienes jurídicos colectivos o universales, la participación en el procedimiento penal de asociaciones intermedias, dedicadas a la defensa de esos bienes jurídicos o de bienes jurídicos individuales, cuyo objeto los alcanza, y, también, la existencia de alguna posibilidad de participación popular en el papel de acusador[66].

Ambos argumentos justifican, también, que el ofendido pueda participar en el procedimiento por el sólo hecho de ser el portador –o el primer legitimado para la protección– del bien jurídico real –concreto o del caso[67]– que la ley penal pretende resguardar, aun cuando el hecho punible no lo haya dañado. Nos referimos, en general, a la tenta-

[66] Cf. *supra* A. 2. *d*, VI, de este parágrafo, p. 605.

[67] La vida de Juan, no la vida humana, abstracta u objetivamente.

tiva y a los delitos de peligro, incluso a los de mera actividad, que, mirados desde la acción típica, no provocan resultado (típico) alguno, y prescindimos de toda alusión al daño moral o inmaterial, que –se sostiene– siempre está presente como agresión o injerencia injustificada en aquello que pertenece a otro (CC, 1078). En efecto, aun en esos casos la solución integral reclama la satisfacción de la necesidad de represalia de la víctima, si ella existe –que puede llegar por vía de la *solución conciliatoria* y la *disculpa* del agente–, además del interés por el llamado "daño moral". Por lo demás, según se dijo, la participación del ofendido en el procedimiento penal cumple, como en los casos de lesión real del bien jurídico, e idénticamente, la función de contrapeso y control externo sobre los órganos de persecución penal y judiciales.

IV. Si admitimos la participación del ofendido en el procedimiento penal oficial y, además, tenemos en cuenta que la desigualdad teórica del imputado en ese procedimiento no proviene de la intervención de la víctima, sino de la persecución penal oficial, concordaremos en afirmar que, para evitar otras fuentes de desigualdad, sólo necesitamos evitar los excesos.

Uno de estos excesos se produce por la intervención de varios ofendidos en el procedimiento. He allí el remedio de la *unificación procesal de los litisconsortes*, bajo una *única representación*[68], para evitar la sobrecarga de acusadores contra el imputado. Se debe advertir que el problema, llevado al caso concreto, es bipolar, pues puede suceder que existan varios imputados contra un solo ofendido; y también es posible que la situación se presente equilibrada, razón por la cual la reducción de la representación debe ser ponderada en cada caso.

El mismo defecto tiende a corregir la concepción de la participación del ofendido, en el procedimiento oficial, como *acusador adhesivo*[69]. Ella supone que el ofendido toma parte en el procedimiento antes bien como colaborador y control externo del ministerio público, que como sujeto procesal absolutamente independiente. Por ello, no se permite, en esa concepción, que el ofendido persiga penalmente en forma autónoma: se impide que él acuse o recurra la sentencia –o cualquier auto que ponga fin a la acción o impida que ella continúe– autónomamente; sus quejas contra la actuación del ministerio público provocan o bien el control jurisdiccional (por ejemplo, cuando acusa contra la opinión del ministerio público), o bien el control por la vía jerárquica del

[68] CPP Nación, 85 y 416.

[69] Ésta fue la propuesta del Proyecto CPP Nación (1986), arts. 78, 269 y 339, y es la que domina en el Proyecto CPP Modelo Iberoamérica, 78, 269 y 339; ver, también, CPP Guatemala, 116, 337, inc. 1, y 416, que siguió los pasos del proyecto anteriormente citado.

158

propio ministerio público (recurso de casación interpuesto cuando el ministerio público no lo intenta). Si se persiste en un procedimiento penal rígidamente oficial, cuyo principio básico inconmovible es la persecución penal pública, resulta inconveniente dejar que la persecución continúe (acusación o recurso contra la sentencia) sólo por voluntad del ofendido. Si, en cambio, se piensa lo contrario y se atenúa esa idea, el mejor mecanismo consiste en autorizar al ofendido para que, excluida la fiscalía, persiga él por la vía de la acción privada[70].

Resta aún hallar remedio a la situación concreta de desventaja para el imputado respecto de la defensa técnica, cuando se enfrente a un acusador privado, poderoso en medios. Se debe advertir, sin embargo, que este problema es más general y no depende de la admisión de la participación del ofendido en el procedimiento, tanto es así que la cuestión acerca de la defensa técnica adecuada –y con ello no queremos nombrar sólo al defensor jurista– subsiste, aun eliminando esa participación; que la principal desventaja teórica, también en el sentido de la asistencia técnica, proviene del hecho de que el imputado enfrenta al Estado, que posee no sólo un órgano específico, capacitado en materia jurídico-penal, sino, además, gabinetes técnicos que lo asesoran en otras materias científicas o técnicas; y, por último, que la cuestión se presenta, y con la misma intensidad, en sentido inverso, pues la víctima, que no cuenta con medios suficientes, necesita también asistencia técnica, sobre todo frente a imputados poderosos. Sentadas estas premisas, parece claro que la solución del problema es resorte del Derecho de organización judicial, en tanto él se ocupa de la asistencia técnica a quienes no pueden acceder a ella, y no depende de mayores o menores facultades concedidas al ofendido por las reglas de procedimiento.

V. Se desprende ya, de aquello que fue expresado, la existencia de dos caminos para incorporar a la víctima al procedimiento penal. El primero consiste en conceder poder real al ofendido sobre el caso penal, sobre la autocomposición privada del conflicto o sobre la búsqueda de una solución autónoma. Es el camino de la "privatización" del Derecho penal, en mayor o menor grado (acción privada o instancia privada, o bien, la misma autorización estatal). El segundo camino consiste en tolerar la persecución penal pública y explicar de qué manera puede insertarse la víctima en el procedimiento penal y cuáles son las facultades que a ella se le debe conceder. Por lo demás, se puede emprender uno y otro camino, conjuntamente, conforme a diferencias fundables según la clase del delito, su gravedad, el bien jurídico comprometido y la incidencia del procedimiento como motivo de agravación de los efectos dañinos producidos por la infracción. Estos

[70] Esa solución propuesta por el Proyecto CPP Guatemala, 17 y confirmada por el CPP Guatemala sancionado, 26; similar, CPP Costa Rica, 20, que no permite la conversión o no contiene esa solución cuando son aplicados criterios de oportunidad.

dos caminos son, en realidad, básicamente, tema del Derecho penal material, sobre todo entre nosotros, debido a la división constitucional de la competencia legislativa (Derecho material competencia del Congreso de la Nación y Derecho formal competencia de los parlamentos locales, según la concepción tradicional: CN, 75, inc. 12, y 121 y ss.[71]), pues –y nunca en último término– la elección significa establecer condiciones bajo las cuales una acción es punible, por la vía de fijar condiciones para su perseguibilidad. Sin embargo, la decisión por una de estas vías será tratada aquí dentro del procedimiento penal, por su importancia y efectos prevalecientes en él. La elección representa, en efecto, el cambio más radical que se pueda pensar en la conformación y estructura fundamental del procedimiento penal.

A esos caminos se debe agregar la posibilidad, alternativa o conjunta, de incorporación de la pretensión reparatoria civil al procedimiento penal (ejercicio de la acción civil).

Completa esta visión panorámica sobre el ámbito de regulación jurídico-procesal alrededor del ofendido, la disciplina de los derechos de *información*, *intervención* y *protección* de la víctima que no participa

[71] En contra, BINDER, Alberto, *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, Parte II, VI, ps. 291 y ss. (*El régimen de la acción penal como Derecho público provincial*); y SAID, José Luis, *Sobre la facultad de las provincias para reglar el principio de oportunidad en la persecución penal*, en "La Ley", Buenos Aires, t. 1997/F, ps. 1040 y siguientes. El Proyecto CPP Neuquén (RA), 36 y ss., que responde a la influencia del primero de los autores citados, se pronuncia, parcialmente, por otra solución, al regular, en principio, no sólo excepciones al principio de legalidad (arts. 37 y 38, I), establecido por el CP, 71, sino, además y antes bien, excepciones al principio de oficialidad (arts. 39 y 38, II). Al menos en materia penal, la concepción tradicional, expresada en el texto, parece abarcar demasiado, pues las provincias delegaron claramente en el Congreso de la Nación el deber de dictar una "ley general para toda la Nación" que establezca el juicio por jurados; conforme a ello, esas mismas provincias sólo se reservaron una administración judicial autónoma de la Nación, en cuyo seno tenga finalización el proceso de interpretación de las leyes penales comunes –siempre que esas leyes penales se adecuen a las exigencias constitucionales establecidas para ellas y con la salvedad de los casos de jurisdicción federal–, que tienen el deber de organizar (CN, 75, inc. 12, 5 y 6). Pero esta afirmación mía, que surge del texto literal de la Constitución, no pretende sino corroborar, con otro alcance material, aquella afirmación del texto: existe delegación de las provincias en la autoridad legislativa nacional, el Congreso de la Nación –al dictar la Constitución y en la Constitución actual, luego de la última reforma, cuya numeración hemos seguido–, para sancionar las reglas penales, entre ellas las relativas al ejercicio de la persecución penal y a su extinción, y –me tomo aquí la licencia de indicarlo– también para sancionar la mayoría de las reglas que disciplinan el procedimiento penal (Derecho procesal penal en sentido estricto), con exclusión de aquellas directamente referidas a la creación y organización de los oficios judiciales, necesarios para la realización de aquel programa, estas últimas sí, de competencia legislativa local. La línea fronteriza exacta entre Derecho penal y Derecho procesal penal no sólo es imposible de trazar –varias instituciones en el grisáceo amplio de esa zona–, sino, además, jurídicamente inútil para averiguar entre nosotros.

en el procedimiento como sujeto procesal activo, sino que, eventualmente, es llamada a él con fines de información (testigo), correlativos a otros tantos deberes de los órganos estatales que toman parte en el procedimiento oficial.

No debe faltar, en esta introducción, la referencia a que nuestro Derecho positivo conoce ya todos los caminos posibles para la intervención del ofendido en el procedimiento penal. El CP, 72, 73 y ss.[72], conoce los "delitos dependientes de instancia privada" y los "delitos de acción privada". Con ello, en menor o mayor grado, respectivamente, concede poder al ofendido sobre la persecución penal[73]. Los códigos procesales argentinos, por ello, han debido adaptar un procedimiento especial a esta realidad jurídica, en el caso de los delitos de acción privada. El CPCrim. nacional antiguo, seguido actualmente y en forma parcial por el CPP Santa Fe y el CPP Nación que lo reemplazó, y alguno de los llamados modernos (La Rioja), debido a la influencia del Derecho español antiguo, conserva al *querellante*, llamado *conjunto o acusador particular* por la doctrina[74], que está facultado a perseguir, junto al ministerio público, pero de manera completamente autónoma, los delitos de acción pública. En cambio, los llamados códigos modernos, en general, eliminaron, en principio, la intervención del ofendido como acusador en el procedimiento penal oficial y hoy transitan el camino de regreso[75].

Por último, la pretensión civil reparatoria, planteada en el procedimiento penal, es conocida, entre nosotros, por todas las legislaciones procesales penales y desde antiguo. Pero los códigos llamados modernos, bajo la influencia del derecho francés a través de la legislación italiana, han perfeccionado la incorporación de la *cuestión civil* al procedimiento penal.

Salvo excepciones remarcables[76], no encontramos, en nuestra legislación positiva, preceptos de enunciación o protección de los derechos de la víctima que no participa en el procedimiento, sino que interviene en él esporádica y eventualmente, como informante y de manera coactiva.

VI. No está de más repetir, a esta altura del discurso, la necesaria coordinación de fines y metas entre el Derecho penal material y el Derecho procesal penal. Cada uno con sus mecanismos propios puede

[72] CPP Costa Rica, 17, 18 y 19.

[73] Ver, además, CP, 59, inc. 4, 60 y 69.

[74] El primer nombre en CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, cit., t. II, nº 546 y ss., y nº 558, ps. 343 y ss., y el segundo, por ejemplo, en OBERIGO, Mario, *Derecho procesal penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, ps. 230 y siguientes.

[75] El ejemplo claro de esta transformación está representado por el CPP Córdoba originario (1939), que suprimió al querellante en los delitos de acción pública, y el CPP Córdoba que lo reemplazó totalmente (1991) y volvió a introducir a la víctima como acusador conjunto (arts. 91 y siguientes).

[76] CPP Nación, 79 a 81; CPP Córdoba, 96.

auxiliar a la incorporación del interés concreto y subjetivo (objetivado: bien jurídico) que perturba el delito, a la escena del sistema penal. Seguirá, en adelante, una sucinta enumeración de las posibilidades actuales del Derecho procesal penal, como realizador del Derecho penal sustantivo, en ese sentido.

b) El caso penal como conflicto privado prevaleciente y la aplicación de la autonomía de la voluntad en el procedimiento penal

I. La admisibilidad de *acciones penales privadas*, esto es, excluidas por completo de la persecución penal y del procedimiento oficial, es, desde cualquier ángulo de observación, la excepción más profunda, y, a la vez, más pequeña en extensión, de la regla básica que gobierna la comprensión y estructura del procedimiento penal común: *oficialidad* = reacción directa del Estado ante la *notitia criminis* y apropiación del conflicto para su solución, *de oficio*. El Derecho penal se aproxima aquí, del modo más cercano posible sin perder su identidad, al Derecho privado. Esa vía es, por ello, la más recomendable para cumplir propósitos de *"privatización"* en el Derecho penal.

Empero, dentro de la organización estatal actual, esa vía se reduce considerablemente, pues corresponde a la naturaleza del Estado-nación, con un poder político-central alejado del ciudadano, un Derecho penal fundado sobre la base de la persecución penal oficial (control directo para las condiciones elementales de la vida social pacífica, dentro del sistema). Si se tiene en cuenta tal limitación, justificada bajo la perspectiva de que el delito representa un daño social, por sobre el daño individual que pueda causar, la entrega de gran parte del poder penal a manos privadas siempre constituye una excepción en este sistema, y esta excepción debe estar fundada en argumentos serios, que justifiquen, racionalmente, esa transmisión del poder. La absoluta supremacía del interés privado sobre el interés público, en tanto este último no se manifiesta –el daño social queda oculto–, conforme a la naturaleza del delito, sino a través de la ofensa privada, sentida como tal, según sucede en los actuales delitos de acción privada, es uno de esos argumentos. La excepción deja también espacio para los delitos de escaso significado general –bagatela–, posibles de hallar en casi todas las definiciones de hechos punibles y existentes en el mundo real, sobre todo en los delitos contra la propiedad (¡muy evidente!), dada la imposibilidad del legislador de definir los comportamientos sin abarcar algunos insignificantes o de menor importancia, pues, en esos casos, también se puede afirmar que el daño social no es, por sí mismo, evidente o considerable, y sólo entra en consideración cuando lo expresa el portador del bien jurídico dañado en concreto[77]. También aquí la valoración procesal es oportuna, pues el procedi-

[77] WIDMANN, *Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, cit., ps. 776 y ss.; JUNG, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß*, cit., ps. 1160 y siguientes.

miento llevado a cabo, sobre todo por su publicidad, puede perjudicar aún más el interés dañado por el hecho punible, razón por la cual se preferirá evitarlo cuando el ofendido, por esa causa, no autoriza su realización, consideración que justifica casi todos nuestros delitos dependientes de instancia (CP, 72: *strepitum fori*); se agrega aquí, por lo general, que esos delitos, aun graves, se refieren comúnmente al ámbito íntimo de la persona, fuertemente relacionado con su poder de decisión (consentimiento), cuya lesión continúa y se agrava con la persecución penal posterior. Incluso el mismo interés estatal puede anteponerse a la persecución pública, como sucede con el secreto oficial violado, que podría sufrir un desmedro mayor si se lleva a cabo la persecución penal, argumento que fundaría la necesidad de una autorización para perseguir del órgano estatal competente.

II. Sobre todo cuando delitos graves, por excepción, son ponderados a la luz de los criterios anteriores y el interés privado reclama atención por sobre el interés público, se preferirá admitir la *instancia privada* como solución, pues, expresado el interés privado por la persecución penal de la manera indicada por la ley, el interés público se libera de sus trabas y reclama la persecución del delito, conforme a su gravedad.

Es recomendable, sin embargo, prever la *retractación* o *revocación* de la instancia, pues el peligro de mayor afectación al bien jurídico concreto, mediante la tramitación del procedimiento, se puede presentar o advertir posteriormente o, de otro modo, la autorización para proceder puede tener por base un error de apreciación o un error sobre la misma facultad de instar. De ese modo, se concedería mayor poder que el actual a la voluntad privada[78]; aunque, en ese caso, parece necesario establecer un límite temporal interno en el procedimiento para la *revocación*, plazo cuyo día de cumplimiento (extinción de la facultad) resulta razonable fijar mediante un acto procesal (por ejemplo: el auto de apertura del juicio, la fijación de la fecha del debate, el día de la apertura real del debate o el cierre del debate e inicio de la deliberación de la sentencia).

La *autorización estatal* se debe tratar a semejanza de la instancia privada, analógicamente[79].

III. Resulta recomendable una revisión cuidadosa de toda la parte especial del CP y de las leyes penales especiales, que tenga por base la ponderación enunciada, para agregar al catálogo de los hechos punibles perseguibles privadamente, o necesitados de la instancia privada o de la autorización estatal, aquellos que sean justificados por los criterios anticipados. Tal incorporación puede ser específica, para un delito en particular, por ejemplo las lesiones o el homicidio culposo y las

[78] Véase esa solución en el CPP Guatemala, 35.

[79] En contra: CPP Guatemala, *idem*, al declarar que "La autorización estatal para perseguir es irrevocable".

lesiones leves dolosas, o mediante una cláusula general, por ejemplo, delitos contra la propiedad cuyo daño no supere un valor (por ejemplo: estimado en dinero). Al mismo tiempo, al menos para la instancia privada y la autorización estatal, se debe alcanzar definiciones formales claras acerca del ejercicio de la facultad, con información exhaustiva previa al titular o titulares de ella, cuando él o ellos sean conocidos y ubicables.

IV. La llamada "privatización" del conflicto puede llegar por otro camino, por la vía de la ponderación en el caso concreto (no, en cambio, de la ponderación abstracta, según se trató anteriormente) del interés comprometido o preferentemente comprometido. Nosotros mismos hemos recomendado el ingreso al Derecho penal argentino del principio de oportunidad, como modo de selección de los casos que son incluidos en el sistema penal (son perseguidos penalmente)[80]. Precisamente, cuando el Estado renuncia a perseguir hechos punibles cuya persecución, en principio, le es debida, por falta de interés público, y se expresa el interés privado en perseguir penalmente, es viable la transformación de la persecución penal pública, para permitir la privada, a expresarse por intermedio del procedimiento regulado para este tipo de acción. Las formas procesales para que ello ocurra son relativamente sencillas: se necesitaría sólo una adecuada noticia a la víctima de la decisión estatal y, en su caso, un plazo especial, respecto del de la prescripción, si se lo considera necesario, para que el ofendido exprese su voluntad de perseguir penalmente[81]. Se debe advertir, sin embargo, que no todos los casos de oportunidad son adecuados para la transformación: no lo son, por ejemplo, aquellos en los cuales el Estado tiene un interés especial en la carencia de persecución penal[82].

La solución inversa, sólo instancia o acción privada, allí donde el ministerio público no afirme interés por perseguir oficialmente, dentro de un catálogo limitado de de-

[80] Cf. esta obra, t. I, § 8, C, 3, ps. 834 y ss.; ver también Proyecto CPP Nación (1986), 230 y ley complementaria de reformas al CP, 71 *bis*; Proyecto CPP Modelo Iberoamérica, 230; CPP Guatemala, 25 y siguientes, y 286.

[81] Cf. CPP Guatemala, 26, inc. 1, pero los dos incisos siguientes no representan otra cosa que otros criterios de oportunidad sometidos al mismo régimen; CPP Costa Rica, 20, parcialmente.

[82] Cf. alguna de estas diferencias en CPP Costa Rica, 23.

litos, es también posible, pero, a mi juicio, inadecuada políticamente, si se establece genéricamente, por eliminación de los hechos punibles que requieren la acción privada o la instancia privada para su persecución; con ella se logra que, en verdad, la voluntad privada desaparezca como condición de la actuación de la ley penal, pues basta la decisión del ministerio público, en el caso concreto, que afirma un interés público, para hacer desaparecer la condición[83]. Se observa que la solución es contraria a la concesión de poder a las personas privadas sobre el sistema penal y, por ello, retrógrada, desde una atalaya genérica, según el punto de vista aquí aceptado.

c) Ampliación del valor de la autonomía de la voluntad en la solución de casos penales; la reparación en el procedimiento

I. No se trata ahora de reconocerle al ofendido derechos relativos a la persecución penal autónoma (acción privada) o sobre la persecución penal oficial (instancia privada), sino, antes bien, de auxiliar a la víctima para que logre, sin demasiados esfuerzos, una reparación que merece, según el daño causado, o la disculpa del agresor, cuando sólo ella es del caso. La idea central que gobierna este capítulo y sus soluciones es, entonces, la reparación del injusto, la restitución del *statu quo ante* o al estado que debería tener el mundo si el ilícito punible no se hubiera cometido, tal como la estudiamos en el Derecho material. Al mismo tiempo se trata, también, de solucionar ciertos casos penales con mecanismos no penales, cuando ellos satisfacen las necesidades preventivas del Derecho penal, con lo que, complementariamente, se produce un ahorro de energías y esfuerzos en el ámbito del procedimiento penal. Por lo demás, la utilización de la autonomía de la voluntad, como principio para la solución de conflictos sociales, es de tanto más valor, si reparamos en que el principio no se aplica aquí para conceder a alguien derechos de persecución (coactivos) sobre otro, sino, por lo contrario, para ofrecer o pactar, espontáneamente o, al menos, voluntariamente, una solución racional al caso.

[83] CP, 72, inc. 2. Ésa es la solución alemana respecto de los delitos que requieren instancia; cf. ZIELINSKI, Diethart, *Strafantrag - Strafantragsrecht, zur Frage der Funktion des Strafantrages und seinen Wirsamkeitsvoraussetzungen*, en *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Ed. W. de Gruyter, Berlin-New York, 1986, ps. 884 y s.; WEIGEND, *Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, cit., p. 765, en especial nota 20.

Rige aquí también la máxima limitativa que, cuando menos en el actual estado del problema, sólo permitirá aplicar estas soluciones fuera de la zona de los hechos graves e irreparables, esto es, preferentemente, en la zona de la criminalidad leve y de mediana gravedad.

II. La *suspensión del procedimiento a prueba*, solución ya anunciada, será, posiblemente, el mecanismo más efectivo en el sentido expresado. Él consiste en abrir un compás de espera, durante un plazo que fija la ley o el tribunal, dentro de una escala que permite la ley, para perseguir la aplicación de la ley penal, plazo durante el cual se suspenderá el trámite del procedimiento bajo la admonición de cumplir ciertas instrucciones o indicaciones del tribunal; una de esas instrucciones puede consistir en la reparación del daño provocado por el hecho punible, en la medida de lo posible, o, simplemente, en la conciliación con la víctima, procurada por el imputado; al vencimiento del plazo –pasible de prolongación dentro del máximo legal ante la inobservancia grave de una indicación del tribunal– si el imputado ha cumplido satisfactoriamente las instrucciones, la pretensión penal se extingue y el procedimiento se sobresee, a su favor, por esa causa; en caso contrario y, sobre todo, si el imputado comete un nuevo delito, la persecución penal continúa[84].

Precisamente por ello, porque la persecución penal puede continuar después de un tiempo, se exige, normalmente, que se trate de casos en los cuales el imputado ha confesado su delito o, por lo menos, aceptado los hechos imputados por el acusador, sin perjuicio de, eventualmente, incorporar otros que lo favorezcan o discutir el significado jurídico de los hechos[85]. La condición se justifica por la pérdida de elementos de prueba a raíz del transcurso del tiempo, mengua que no puede recaer sobre el acusador, ni sobre la víctima, pues, de lo contrario, haría fracasar la institución; el imputado, en cambio, debe correr él mismo el riesgo de no lograr la verificación de los hechos que lo favorecen y asegurar de antemano esa situación (incluso requiriendo al acusador público o al juez la realización de ciertos actos que permitan asegurar los medios de prueba para el futuro, como condición de su consentimiento). Otras condiciones se

[84] Ver la solución en el Proyecto CPP Nación (1986), 231 y proyecto de ley complementaria de reformas al CP, 28 *bis*; Proyecto CPP Modelo Iberoamérica, 231; CPP Guatemala, 27 (proveniente del proyecto para Guatemala, 11, con un régimen más conveniente) y 287 y s.; hoy la institución forma parte del Derecho positivo argentino: CP 76 *bis* y siguientes.

[85] En este último sentido, los proyectos citados inmediatamente antes.

refieren, ordinariamente, a la gravedad del delito, o de la pena que se espera en concreto o a la forma de su ejecución (condicional)[86].

III. Independientemente, o en conexión con esta solución, se propone anexar al procedimiento penal un *procedimiento especial de restitución* o de *conciliación*[87]. Con algunas deficiencias, nuestro Derecho positivo –y también el derecho comparado[88]– conoce instancias conciliatorias previas, para los delitos de acción privada[89]. Un procedimiento de este tipo debería ser incorporado, incluso para ciertos procedimientos por delitos de persecución oficial, siempre antes de la apertura del juicio, quizá, también, antes de la acusación, o como finalización de la investigación preliminar, a pedido de cualquiera de los interesados (ofendido o imputado), o por decisión de las autoridades de la persecución penal oficial (fiscalía) o del propio tribunal; el procedimiento, en todo caso, se debe llevar a cabo ante un juez excluido de integrar, eventualmente, el tribunal del juicio o ante un árbitro (*amigable componedor*), con el objetivo principal de impedir que el contenido material de este procedimiento influya en la sentencia[90]. El procedimiento debe dar oportunidad para que el imputado y el ofendido compongan el conflicto voluntariamente. Cualquiera de ambos puede, libremente, negarse a colaborar o a tomar parte en este procedimiento. Como meta del procedimiento se postula por cierto, en principio, la conciliación entre imputado y ofendido y la reparación del daño eventualmente provocado, solución que, o bien evita la pena, con o sin condena, o la disminuye considerablemente. Si fracasa la conciliación, o el imputa-

[86] Sobre la institución, sobre todo en el marco del Derecho positivo argentino, de modo crítico y con abundante información bibliográfica. VITALE, Gustavo L., *Suspensión del proceso penal a prueba*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996; y BOVINO, Alberto, *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001.

[87] Cf. SCHÖCH, Heinz, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, en "Neue Zeitschrift für Strafrecht", Ed. C. H. Beck, München-Frankfurt, 1984 (año 4), III, 6, ps. 390 y s.; ROXIN, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, cit., p. 52; HIRSCH, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., VII, 2, ps. 719 y siguiente.

[88] Ver OPP República Federal de Alemania, § 380.

[89] CPP Nación, 424.

[90] Los proyectos arriba citados usan el procedimiento intermedio para estos fines, específicamente, y para decidir acerca de la suspensión del procedimiento a prueba; y ese procedimiento, que en sí está pensado para admitir o rechazar la apertura del juicio (procedimiento principal), se lleva a cabo por jueces que no participan luego en el debate, ni, por supuesto, en la sentencia.

do no puede, por alguna razón práctica, reparar el daño de alguna manera, su esfuerzo sincero por alcanzar esta solución podría ser certificado por quien preside el arbitraje, para ser hecho valer a la hora de decidir el caso, sobre todo, al decidir sobre la pena.

De aquí depende otra de las objeciones principales contra este procedimiento: el agente queda al arbitrio de los deseos de conciliación de la víctima, hasta de la extorsión ejercida por esa vía y por el ofendido[91]. La objeción, que sólo se refiere, seguramente, a casos marginales, y no a la generalidad, es posible de remediar, en gran medida, con una regulación que no haga depender enteramente de la voluntad de la víctima, sino principalmente de la del agente, la posibilidad de prescindir de la persecución, de la condena, de la pena o la de disminuir la gravedad de la pena; un texto así se encuentra, para la *suspensión a prueba del procedimiento* en los proyectos aquí citados anteriormente: "el acusado hubiere reparado el daño convenientemente, afianzare suficientemente esa reparación, demostrase la absoluta imposibilidad de hacerlo o asumiere formalmente la obligación de reparar el daño en la medida de sus posibilidades y como parte de las condiciones de prueba"[92]. Resulta un acierto de la ley penal argentina tanto el hecho de hacer depender el funcionamiento de la reparación, por intermedio del instituto de la suspensión del juicio a prueba, de una solicitud del imputado, que contiene, básicamente, el plan de reparación que él propone, como el hecho de conceder al tribunal, en su decisión, la última palabra, de modo tal que, aunque la víctima no acepte la reparación, si ella es razonable, el tribunal puede conceder la suspensión de la persecución penal a prueba[93].

Ordinariamente, se fijan algunas condiciones iniciales para la admisión de este procedimiento. En primer lugar, juega aquí su papel la reducción de la solución reparatoria a los delitos leves o de mediana gravedad, y la exclusión de los delitos graves, irreparables naturalmente; hasta se postula que esta solución conviene sólo para aquellos casos en los cuales se espera, en concreto, la condenación condicional o la suspensión

91 Cf. Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., p. 720.

92 Cf. Proyecto CPP Nación (1986), 231, y Proyecto de ley complementaria de reformas al CP, 28 *bis*; Proyecto CPP Modelo Iberoamérica, 231; Proyecto CPP Guatemala, 11 y 250, con modificaciones hoy CPP Guatemala, 27, III; ver, también, CPP Costa Rica, 25, I, con otra redacción.

93 CP, 76 *bis*, I y III.

condicional de la pena[94]. También se exige, como requisito de idoneidad para la aplicación del procedimiento, que el imputado haya confesado el delito. Con ello se pretende resolver el reproche fundado en que la realización de este procedimiento significa, prácticamente, una confesión para el procedimiento posterior (juicio), en caso de fracaso[95].

d) El ofendido en los delitos de persecución oficial

I. Esta es la segunda de las vías de participación plena del ofendido en el procedimiento penal. Es, como se sabe, conocida por nosotros, sin más limitaciones que aquellos delitos que toleran una víctima individual, en el procedimiento penal federal, y es, también, la solución rechazada, en general, por el movimiento que conformó los llamados códigos modernos, salvo excepciones, hasta su transformación en los años 90. Éste es, según también se vio, un aspecto digno de reflexión y de reforma en la legislación procesal penal argentina futura, y, supuesta la necesidad de permitir el ingreso del ofendido al procedimiento penal oficial, antes discutida, existen dos modos principales de incorporarlo: concederle derechos autónomos para acusar –de allí la denominación usada entre nosotros para el actor penal privado: *querellante conjunto*–, al lado del ministerio público, o permitirle su intervención sólo en la medida en la que colabore con la persecución penal oficial y la controle –de allí la denominación: *querellante adhesivo*–. Esta última forma supone cierta accesoriedad de la persecución penal del ofendido, que depende, en último término, de la persecución penal oficial. Tal accesoriedad, vista desde el ángulo de observación afirmativo, supone siempre la pendencia de la acción pública, como condición del ejercicio de la acción privada –por cierto, en los delitos de acción pública–, cualquiera que sea el grado de autonomía procesal que se decida para la actuación del acusador adhesivo. En razón de ello es que, desde el punto de vista negativo, al acusador adhesivo no se le permite, básicamente, requerir la apertura del juicio (acusar) o recurrir la

[94] Esta previsión en los proyectos argentinos citados; por reflejo de su referencia a la suspensión del procedimiento a prueba.

[95] SCHÖCH, *Die Reichsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, cit., p. 390. Para los proyectos citados no se requiere tanto: basta la conformidad del imputado con una imputación formal, con el o los hechos allí descriptos, sin perjuicio de que, de proseguir el procedimiento, el acusado pueda incorporar otros hechos favorables a él o discutir el significado jurídico de la imputación.

decisión final, autónomamente. Tales actos, cuando son producidos por el querellante adhesivo en presencia de un comportamiento procesal contrario de la fiscalía (requiere el sobreseimiento o el archivo, u omite recurrir) o, cuando menos, de un comportamiento similar del acusador oficial, pero menos comprensivo respecto del objeto del procedimiento (omite alguna circunstancia de valor jurídico o limita su recurso), desencadenan mecanismos de control judicial (en el mismo procedimiento y por autoridades jurisdiccionales) o jerárquicos (dentro de la organización del ministerio público) sobre la legalidad de la actuación del acusador oficial. En cambio, la decisión de admitir la *querella conjunta* de parte del ofendido, supone plena autonomía de actuación, no tan sólo formal, sino material, esto es, representación y procuración plena de la pretensión punitiva (estatal), ejercida también por él, sin limitación alguna.

El querellante adhesivo sólo puede, en la estación oportuna (procedimiento intermedio o audiencia preliminar), adherir a la acusación del ministerio público, señalar sus vicios para que sean corregidos, objetarla porque no incluye a algún imputado u omite alguna circunstancia, para que ella sea ampliada convenientemente, u objetar el sobreseimiento o clausura del procedimiento pedidos por el ministerio público, requiriendo que se lo obligue a acusar. El tribunal competente para el procedimiento intermedio, en el caso de preferencia por el control judicial, o la misma fiscalía, en el caso de preferirse el control jerárquico, efectúan el control de legalidad de los requerimientos conclusivos de la instrucción preliminar, efectuados por el ministerio público, y deciden el caso. El recurso de casación contra la sentencia o contra un auto que pone fin a la acción, o impide que ella continúe, interpuesto por el querellante adhesivo, desemboca en un control interno del ministerio público, cuando se opone a la falta de recurso del acusador oficial o aquel recurso es más amplio que el de este último (la diferencia de criterio se justifica no sólo por razones de legalidad, sino, incluso, por la naturaleza esencialmente *dispositiva de* los recursos). De estos dos parámetros, autonomía para acusar y, con ello, para provocar el juicio, y autonomía para recurrir la sentencia emergen las dos notas principales que permiten calificar a la persecución penal del ofendido, en el procedimiento por hechos punibles de persecución penal oficial, como *conjunta* o *adhesiva*[96].

[96] Conforme a esos parámetros, el Proyecto CPP Modelo Iberoamérica, 269 y 339, propone, de manera principal, la solución de la *querella por adhesión*; ver, también, Proyecto CPP Nación (1986), 269 y 339, y el Proyecto CPP Guatemala, 289 y 360, que parten del mismo modelo. El CPP Guatemala vigente parece haber mantenido, en principio, la idea del *querellante por adhesión* (así lo llama y lo define: arts. 121 y 337), para luego tornar autónoma su facultad de recurrir la sentencia (art. 416). El CPP Costa Rica, 75, 80, 307 y 422, II, en coordinación con la omisión de indicar quién está facultado para recurrir la sentencia por la vía de la casación, se inclina por admitir a la víctima como acusador autónomo (*querellante conjunto*) en los hechos punibles de persecución penal oficial. El CPP Nación, 82, 346, 347, 348, 351 y 460, ha preferido, claramente, al acusador particular autónomo (*querellante con-*

Si, como hemos visto, el sistema penal no sufrirá cambios fundamentales en un futuro inmediato, esto es, si él conserva la pena estatal y la persecución pública, la solución de la *querella adhesiva* es la única compatible con el sistema y, también, la más adecuada a la hora de evitar que la intervención de la supuesta víctima en el procedimiento penal represente un menosprecio (desequilibrio) intolerable para los derechos defensivos del imputado o, cuando menos, una carga demasiado pesada para él. La primera afirmación se justifica, pues permitir, en ese sistema, plena autonomía a la acusación privada, significa, en ciertas circunstancias, convertir la persecución penal pública en privada, el procedimiento oficial en algo igual o semejante a un juicio por delito de acción privada, contraviniendo, por lo tanto, la decisión legislativa –presupuesta y tomada de antemano por el legislador– de que corresponde la persecución penal estatal. La representación privada de un interés estatal no es una figura adecuada y sólo constituiría un juego de palabras: a ella le faltaría la objetividad y legalidad que se requiere de la actividad desarrollada por órganos del Estado, en este caso, por la fiscalía. Acusar o recurrir la sentencia autónomamente, significa, precisamente, asumir la persecución penal de manera principal, no accesoria. Decimos que la solución defendida es más adecuada al Estado de Derecho, pues, mientras se mantenga la persecución penal oficial, permite, en lo posible, evitar la desigualdad procesal que crea un

junto), aunque es confuso en la regulación de la provocación del juicio: en principio, las discrepancias absolutas entre la fiscalía y el querellante, al acusar (la fiscalía solicita el sobreseimiento de la causa y el querellante acusa y requiere el juicio), son resueltas por un tribunal (control judicial: art. 348), pero no resulta claro cómo son resueltas las discrepancias relativas (imputación de mayores circunstancias que varían el significado penal del hecho o inclusión como imputado de otras personas no incluidas en la acusación oficial): ¿acaso –coherentemente– por el auto de elevación a juicio (art. 351, I y III)? (cf. TARRÍO, *El querellante*, ps. 69 y ss., y CÓRDOBA, *La posición de la víctima*, ps. 81 y ss., ambos en MAIER (comp.), *El nuevo CPP Nación. Análisis crítico*, cit.). A pesar de que la antigua ley procesal penal federal (CPCrim. nacional, 170 y concordantes), aunque con lagunas, era un paradigma de la *querella conjunta* en los delitos de acción pública y así había sido interpretada unánimemente, la CSN, estableció la única excepción a ese paradigma: no le reconoció la facultad de recurrir la sentencia ante ella (recurso extraordinario de apelación), por regla, al querellante conjunto: *Fallos CSN*, t. 260, p. 114 y otros allí citados. Sin embargo, la CSN parece haber comenzado a desandar esa historia en "Santillán, Francisco Agustín" (*Fallos*, t. 321, ps. 2021 y ss.), sobre la base del ejercicio del derecho de defensa en juicio (CN, 18), al reconocer aptitud para acusar válidamente y para plantear el recurso extraordinario de apelación ante ella, contra la sentencia, al llamado *querellante particular* (persona de Derecho privado que la ley procesal penal reconoce como acusador en los hechos punibles de persecución penal oficial).

doble acusador, más aún cuando uno de ellos no está vinculado al principio de objetividad, y mantener el precario equilibrio procesal logrado, a duras penas, entre la persecución penal pública y la defensa del imputado, según ya tuvimos oportunidad de observar.

II. A mantener y a asegurar mejor este equilibrio, y, concomitantemente, a una colaboración más profunda y eficiente de la víctima con la persecución penal estatal (la fiscalía), se puede arribar por una vía distinta, recomendable de explorar en el futuro inmediato. Si la supuesta víctima, legitimada para querellar conjunta o adhesivamente, se halla en óptimas condiciones para ejercer la persecución penal, se debería poder, por decisión judicial o interna de la fiscalía, delegarle el ejercicio de la acción penal pública, bajo el control o la supervisión de un funcionario determinado de la fiscalía, incluso con las garantías que se considere necesarias acerca de que continuará la persecución penal hasta su finalización[97]. Esta forma de colaboración sí significa una manera propia de confiarle a la víctima, con ciertas limitaciones, la representación de la pretensión punitiva estatal. Y con beneficios, pues, en primer lugar, existen víctimas seguramente más idóneas para perseguir, en el caso concreto, que la organización de la fiscalía dentro del ministerio público (supóngase una entidad económica o financiera defraudada), como de ordinario ocurrirá con las asociaciones creadas, precisamente, para la persecución de ciertos delitos o para la protección de ciertos bienes jurídicos[98]; y, en segundo lugar, porque per-

[97] Esta solución en el Proyecto CPP Guatemala, 17 y 294, III, hoy confirmada por la ley vigente, art. 26; ver, también, CPP Costa Rica, 20.

[98] Se puede pensar en las asociaciones creadas para proteger el medio ambiente o los animales, comunes en nuestro país. Empero, seguramente, la prueba más irrefutable de lo que venimos diciendo la han proporcionado, con cualquier aquiescencia o crítica posible, las asociaciones creadas a raíz de la violencia militar desde el poder político, para proteger los derechos humanos, sin cuyo concurso no hubiera sido posible tan siquiera la persecución penal mínima que en nuestro país se llevó a cabo respecto de los hechos punibles aberrantes, cometidos desde el ejercicio del poder político. A esas asociaciones se debe, asimismo, el éxito en el descubrimiento o desarrollo en nuestro país de nuevas técnicas de investigación, que no sólo sirvieron para la persecución penal, en sentido estricto, sino, precisamente, también para intentar un regreso al *statu quo ante* (me refiero a la identidad de personas "desaparecidas", en especial de niños cuyos padres fueron asesinados y, por ello, entregadas las criaturas a padres adoptivos, de buena o de mala fe, en algunos casos).

Pero aun en la esfera estatal, sin salir del ámbito público, es posible que ciertos órganos (el Banco Central de la República, en los hechos punibles cuyo objeto central sea el control

mitirá aliviar la carga de trabajo del ministerio público, que dedicará sus esfuerzos ahorrados a perseguir otros casos con más eficiencia.

La institución supone el control de la víctima autorizada por la organización del ministerio público, esto es, por alguna oficina o algún funcionario de esa organización, para evitar iniquidades o arbitrariedades en el ejercicio del poder de perseguir penalmente y para sujetar al acusador privado, en lo fundamental, esto es, en lo posible y recomendable, a la legalidad y objetividad que preside, en principio, la persecución penal oficial. La víctima quedará, así, ligada accidentalmente a la organización del ministerio público (así como el jurado queda ligado a la organización judicial, para el caso concreto: juez accidental), y, por tanto, vinculada a las instrucciones jerárquicas, generales o particulares, que gobiernan su función. La colisión entre la actividad de la víctima, que no desee cumplir una instrucción, o cuando el ministerio público estime que ella cumple deficientemente la tarea de perseguir o una instrucción determinada, se resuelve de manera sencilla: por decisión de uno u otro, cada uno ellos retorna a su papel ordinario, el ministerio público retoma la persecución penal oficial y la víctima vuelve a su papel de querellante. A manera de ejemplo: cuando la víctima quiere recurrir una sentencia que el ministerio público considera justa, o viceversa. Ésta sería, por lo demás, una manera, y una de las más adecuadas, de participación ciudadana en el ejercicio del poder, una manera de acercar al ciudadano al ejercicio del poder político, de tornarlo responsable por su ejercicio, de mayor necesidad en nuestro ámbito, puesto que se trata, como en el caso de los jurados, de la administración de justicia.

e) El ofendido como actor civil; la solución de la cuestión civil en el procedimiento penal

El ofendido –y algunos sustitutos que lo representan o que están legitimados para obrar independientemente en esa posición– puede aprovechar el procedimiento penal –de persecución oficial o privada– para plantear en él, por iniciativa propia, su pretensión reparatoria.

monetario y de cambio, la Dirección General Impositiva, en los llamados delitos tributarios o fiscales, la Aduana, en los hechos punibles relativos al comercio exterior o al ingreso y egreso de mercaderías, por citar algunos ejemplos) poseen mayor idoneidad o mayores posibilidades que la fiscalía para perseguir penalmente ciertos casos.

Acerca de la regulación jurídica de este *procedimiento de adhesión*, como se lo designa en Alemania (OPP República Federal de Alemania, 403 a 406 c), no es necesario explayarse, porque éste no es el lugar adecuado y porque, en lo que a política jurídica se refiere, no hay duda de que existen sistemas internos adecuados de regulación del ejercicio de la acción civil en el procedimiento penal[99]. Por lo demás, la literatura jurídica sobre el tema es –a raíz de la posición legislativa lograda– buena, aunque escasa y, parcialmente, ya cargada de años[100], y contamos con traducciones suficientes de sistemas con prestigio universal[101]. El sistema comprende a la demanda tanto del daño material como del moral.

El sistema comprende, también, a otros interesados en la reparación del daño material y moral, como el *tercero civilmente responsable*, según la ley civil, quien puede intervenir voluntariamente en el procedimiento, aunque no haya sido ejercida en él la acción civil por la víctima o por quien esté legitimado para hacerlo. Esto demuestra el buen origen ideológico de la legislación, pues permite afirmar que todas las facultades, tanto las de la víctima como las concedidas a otras personas, son derechos de defensa de intereses reconocidos por la ley, en un procedimiento judicial, que trata el tema íntegramente.

No parece que se deba dar paso atrás alguno. El sistema debe ser conservado, quizá con pequeñas correcciones de detalle que aquí no viene al caso discutir; vale la pena corregir la organización judicial, de manera que la delegación de la acción civil sea un método eficiente de *asistencia* y *acceso a la justicia* para las víctimas de escasos re-

99 Cf. la opinión extranjera en ESER, *Zur renaissance des Opfers im Strafverfahren*, cit., p. 734.

100 Cf., fundamentalmente, VÉLEZ MARICONDE, *Acción resarcitoria*, cit.; NÚÑEZ, *La acción civil en el proceso penal*, cit.; ORGAZ, Alfredo y SOLER, Sebastián, *Aspectos civiles de la reforma penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963; CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. I, nº 235 y ss., ps. 319 y ss.; t. II, nº 604 y ss., ps. 437 y ss.; t. IV, nº 1164 y ss., ps. 58 y ss.; más modernamente, CREUS, *La acción resarcitoria en el proceso penal*, cit. Corresponde aclarar que a esta posición se llegó a través del CPP Córdoba (1939), producto académico que incorporó lo mejor de los ejemplos que brindaba el Derecho comparado. El CPP Costa Rica, 9 y 22, y 56 y ss., es también tributario de esa corriente legislativa.

101 Acerca del prestigio universal del sistema denominado como el de la *actio civile*, cf. ESER, *Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren*, cit., ps. 739, 741 y 742 (Italia, Francia, España y Grecia); y HIRSCH, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., VII, 2, ps. 715 y siguientes.

162

cursos. Pero hoy, a partir del Proyecto CPP El Salvador[102], se postula, a mi juicio con razones de indudable peso práctico, la creación, en su lugar, de un procedimiento meritorio tal de, en caso de condena penal, resolver la demanda de la víctima acerca de la reparación civil inmediatamente después de la sentencia penal[103].

f) La víctima y el procedimiento, en general

I. La participación del supuesto ofendido como sujeto del procedimiento penal, en cualquiera de los papeles que hemos visto y defendido, parte del reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad, plenamente vigente en materia relativa a su propio interés particular. La víctima puede, así, por propia decisión, no participar en el procedimiento; más aún, así sucede cuando la víctima omite participar –objetivamente–, aun sin tomar una decisión consciente acerca de esta omisión, pues, o bien no conoce la existencia del procedimiento (oficial), o bien desconoce sus facultades, datos importantes de considerar, precisamente, ahora.

Para subsanar esos inconvenientes es que se aconseja que, en una serie de oportunidades procesales, el supuesto ofendido sea informado acerca de la existencia del procedimiento penal, de su estado y de las facultades que puede ejercer en él[104]. Sobre todo, estas reglas resultan particularmente necesarias durante la instrucción preliminar, cuando se clausura o archiva el procedimiento –o cuando se pretende clausurarlo o archivarlo–, a fin de que el ofendido pueda decidir si interviene en él y/o recurrir las resoluciones indicadas, o, incluso, asumir por sí mismo la persecución penal, cuando ello es posible (transformación de la acción pública en privada: A, 3, *b*, IV).

II. Cualquiera pensaría, ante ello, que la víctima se puede liberar del procedimiento penal por propia voluntad. Sin embargo, no es así: el sistema penal moderno le "expropió" a la víctima sus derechos, pero no la dejó tranquila, fundamentalmente porque la necesita como in-

[102] Orientado por Alberto BINDER; cf. TREJO, Miguel A.; SERRANO, Armando A.; RODRIGUEZ, Delmer E. y CAMPOS VENTURA, José D., *En defensa del nuevo proceso penal salvadoreño* (1ª ed.), Ed. Centro de Investigación y Capacitación; Proyecto de Reforma Judicial, El Salvador, 1994, Cap. III, Sección D, ps. 45 y siguientes.

[103] Esa orientación fue seguida, a mi manera, en el CPP Chubut, 193 y siguientes.

[104] Cf. CPP Chubut, 186, inc. 1, con las diferentes oportunidades y el alcance de la información, pasible de mejoras, y algunos derechos inherentes a la víctima y dependientes de una información oportuna y correcta (ver arts. 186, incs. 2, 5, 6, 8 y 9, 187 y siguientes).

formante[105]. La víctima está *obligada* a comparecer en el procedimiento para informar como testigo[106] y, aún más, está obligada, en principio, a relatar la verdad y a no omitir nada sobre el objeto de su interrogatorio (CP, 275, en relación a aquellas reglas[107]).

En estos casos, la tendencia moderna –en países de nuestra área cultural– impulsa más y más un sistema de *protección a la víctima-testigo* (a veces privado), que comienza por quitarle el miedo por su comparecencia en el procedimiento judicial, por orientarla acerca de su comportamiento y brindarle la ayuda necesaria (*Kindergarten*, desplazamiento, espera agradable, indemnización por el tiempo perdido, etc.), continúa por la protección contra agresiones resultantes de su posición en el procedimiento y por evitar daños mayores (permisión de ser acompañada con una persona de confianza, durante las declaraciones, exclusión de la publicidad, etc.) y termina por su asistencia jurídica; hoy se reconoce el derecho de la víctima a concurrir al procedimiento en compañía de un abogado que la asista[108]. Dejamos de lado las ayudas compensatorias por parte del Estado, en casos de hechos punibles graves, con ejercicio de violencia, porque excede el propósito de este trabajo[109].

III. Otras veces resulta necesario escuchar a la supuesta víctima antes de tomar ciertas decisiones. Ya el CP argentino, art. 41, inc. 2°, *in fine*, indicó el camino, un camino que es aconsejable para las leyes procesales penales. Por ejemplo: antes de clausurar la persecución penal oficial (sobreseer o archivar), sobre todo cuando se permite la utilización de criterios de oportunidad, ante esa posibilidad, convendría escuchar a la víctima para no omitir algún grave interés comprometido; algo similar ocurre, también, por razones de equilibrio de influencias sobre la decisión del conflicto, con la posibilidad de que la víctima pueda ser oída antes de cerrar el debate, y pasar a deliberar y a votar la sentencia –de la misma manera en que es oído el imputado–, a pesar de no haber participado, como sujeto, en el procedimiento penal[110].

[105] La verificación empírica de que más del 90% de las persecuciones penales comienza por la denuncia de la víctima, demuestra que ella es el principal vehículo de información del procedimiento penal y, en especial, de los órganos de persecución penal.

[106] CPP Nación, 86 y 96; CPP Pcia. Buenos Aires, 80; CPP Córdoba, 94, II, y 107.

[107] CPP Nación, 240.

[108] Sobre todo esto, RIES, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, cit., II, 7, e, número marginal 167 y ss., ps. 112 y siguientes.

[109] Resumen del problema, sobre todo para el Derecho estadounidense, en STARK y GOLDSTEIN, *The rights of crime victims*, cit., III, ps. 201 y siguientes.

[110] Cf. CPP Chubut, 47, IV, y 186, inc. 1. Parece que el espíritu de la suspensión del juicio a prueba establecida por el CP, 76 *bis*, III, última oración, reclama la intervención del ofendido ante la existencia de un plan de reparación para dejar de lado la aplicación del sistema penal.

g) La víctima y la organización judicial

No es un secreto que, al menos entre nosotros, se carece de un sistema, organizado como servicio público, de auxilio a la víctima[111]. Tan no lo es que la deficiencia se nota también en materia de Derecho privado donde el estudio de la cuestión constituye uno de los problemas políticos principales (acceso a la justicia) de la actualidad, también en el ámbito universal[112]. Sin posibilidad de demostración empírica alguna, creo que en este ámbito –y no en el de la creación de mayores facultades normativas– se puede progresar más rápidamente con relación a las víctimas de delitos, en las circunstancias históricas actuales. Un buen paso en este sentido incorporaría la posibilidad real de asistencia –al menos jurídica– para un elevado número de víctimas, y cualquier paso cuantitativo en este terreno significaría, para las circunstancias actuales (escaso aprovechamiento de las posibilidades que brinda el sistema por las propias víctimas), no sólo un desarrollo cuantitativo, sino, quizá, una evolución cualitativa. Si se liga ciertos progresos normativos con la reparación y un mejor desarrollo procesal de las facultades de la víctima en el procedimiento penal, con un acceso adecuado de la víctima al mundo judicial, universo la mayoría de las veces inescrutable de antemano y motivo de temor para la víctima (curioso: idéntico temor al del imputado; reflejo: temor ciudadano ante los tribunales de justicia), se podría esperar resultados convincentes.

Precisamente, una de las críticas más expandida contra la incorporación de los intereses de la víctima al sistema penal, cierta empíricamente y, por ello, más eficiente, utilizada sagazmente por aquellos que no consienten la incorporación, consiste en resaltar la inoperancia del sistema, su escasa utilización, cuando existen facultades concretas acordadas por las reglas jurídicas a las víctimas[113].

Entre nosotros, ya han sido dados algunos primeros pasos. Uno de ellos es la llamada *delegación de la acción civil*, instrumento teórico para corregir el acceso de la víctí-

[111] Sólo conocía el que ha comenzado a funcionar en Córdoba, gracias a los desvelos de la Dra. Hilda MARCHIORI; y, sin especificidad alguna –al contrario, a veces excluyendo la asistencia en materia penal–, los consultorios jurídicos de las universidades o de los mismos poderes judiciales, escasos, pequeños y con recursos humanos y materiales muy humildes.

[112] Cf. CAPPELLETTI y BRIANT, *El acceso a la justicia*, cit.; entre nosotros, BERIZONCE, *Efectivo acceso a la justicia*, citado.

[113] Cf. HIRSCH, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., VI, *f*, p. 712.

ma a la justicia penal y para lograr que se le repare el daño. Faltaría crear un sistema de asistencia real, eficiente, al cual la víctima se pueda dirigir, en busca de auxilio. La suspensión del juicio a prueba, introducida por la ley penal (CP, 76 *bis* y ss.), es otro de esos pasos, pues en su núcleo reside el proyecto de reparación que el imputado debe esbozar para requerir esta verdadera transformación del sistema penal en un sistema composicional. Una vía recomendable resulta del camino esbozado por el Proyecto de transformación de la justicia penal, Proyecto de LOJ (Ley orgánica de los tribunales penales, el ministerio público y el servicio de defensa oficial), Libro Cuarto, Título III. Con motivo de la necesaria organización de la defensa oficial, se pensó también en la defensa de los intereses de la víctima sin posibilidades reales de ejercer sus derechos. El Servicio oficial de defensa, creado a partir de la organización de los colegios de abogados (Federación Argentina de Colegios de Abogados), debía cumplir no sólo la tarea de lograr adecuada defensa para el imputado, sino, también, socorrer a la víctima[114]. Internacionalmente, se ha propuesto una transformación del ministerio público fiscal (la fiscalía) en el sentido de promotor de la igualdad y, precisamente en ese sentido, en auxiliar para el acceso a la justicia de la víctima[115].

4. Conclusiones

A mí me parece que, de la información aquí contenida y de las argumentaciones que sostienen los distintos puntos de vista y propuestas concretas, se puede extraer las enseñanzas siguientes, a manera de síntesis de la tendencia político-criminal actual. Por supuesto –y el lector lo habrá observado–, quien escribe se halla comprometido con la idea básica que sugiere la tendencia: la reincorporación de la víctima al sistema penal como uno de los elementos importantes a tener en cuenta.

a) Este es el primer intento directo, desde el punto de vista de la base del sistema y más allá de los diferentes alcances que sugiere cada propuesta[116], por desmantelar un Derecho penal autoritario, tal como el que nosotros conocemos culturalmente; es uno de los intentos por

[114] Cf. Anteproyecto de Ley Orgánica para la justicia penal y el ministerio público, separata nº 2 de "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988.

[115] Cf. en el preciso sentido de auxiliar de la decisión de la víctima: Bovino, Alberto, *La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos*, en "Lecciones y Ensayos", Ed. Facultad de Derecho-UBA, Buenos Aires, 1994, nº 59 (existe una publicación idéntica, en "Ciencias Penales", San José [Costa Rica], 1998, nº 15, ps. 28 y ss.). IV, ps. 30 y ss.; como argumento transformador del ministerio público en el sentido de la igualdad: Binder, *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*, cit., Parte I, VII, ps. 130 (*Quinta tesis*) y 137 y ss. y Parte II, II, ps. 245 y siguientes.

[116] Según, incluso, el tiempo histórico de realización que cada proponente ha tenido en cuenta: si no se tratara del futuro inmediato, generacional, por ejemplo, nosotros estaríamos cerca de la posición de Maier, citado en el texto (ver este parágrafo, A, 2, *a*, ps. 590 y ss.).

humanizar el Derecho penal, en el sentido de volverlo a tratar como actividad de seres humanos concretos, individuales, personas que se interrelacionan y que, por ello mismo, tienen conflictos entre sí, pero el primero que, desde el nacimiento del Derecho penal que gira alrededor de la pena estatal, toca su fundamento. El intento responde, más allá de los problemas que crea la realización del modelo, a la sublimación de la dignidad humana, a la estimación de que los hombres somos suficientemente capaces y estamos –o estaremos– suficientemente maduros para reflexionar y resolver entre nosotros, sin demasiados argumentos autoritarios –al menos–, aquellos conflictos en los cuales nos vemos entremezclados. El intento supone, por ello, en su horizonte negativo, que el Estado abandona –en la medida del intento–, primero, su papel tuitivo de la paz entre los hombres congregados y, en segundo lugar, a la herramienta del Derecho penal y de la pena como medio directo de control social de sus súbditos, para, a lo sumo, pasar a desempeñar, por intermedio de sus organismos de administración de justicia, un servicio (público) a ciudadanos que intervienen activamente en el ejercicio del poder, sugerido por cualquier organización social –que participan del ejercicio del control pacífico de sus conciudadanos–, y disponen de él.

b) Más allá de esta visión teórica, principista, en el futuro inmediato son escasas las posibilidades de ingresar al sistema penal soluciones conciliatorias o reparatorias, inclusive terapéuticas, entre autor y víctima, y procedimientos tendientes a que estas soluciones tengan activa realización práctica, en una medida considerable. Se debe reconocer que, mientras perdure la forma de organización política que conocemos como Estado-nación, esto es, mientras se mantenga el alejamiento del poder político central de los ciudadanos que conforman ese poder y lo legitiman, tal realidad política será una valla difícilmente superable para este tipo de soluciones. El cabildo, la organización política local, la justicia de barrio o vecinal, como se postuló[117], con la proximidad del ciudadano al ejercicio del poder, conforma el caldo de cultivo más idóneo para este tipo de soluciones[118]. Por ello, resulta previsible que, a pesar de la generalidad argumental que sostie-

[117] Cf. Hulsman y Bernat de Celis, *Sistema penal*, cit., ps. 119 y siguientes.

[118] No sería utópico pensar en soluciones similares para el Derecho contravencional.

ne a esta tendencia y de los remedios elaborados para un uso generalizado, debamos satisfacernos con pequeños logros y con una subutilización –empírica– de las posibilidades creadas legalmente. Este último no es un argumento de principio que debe evitar el esfuerzo. Por lo contrario, el esfuerzo debe perseverar para hallar algunas soluciones viables en el futuro inmediato, sin perjuicio de desarrollar su forma argumental y sus soluciones abstractas.

c) La conciliación entre autor y víctima y la reparación representan hoy soluciones posibles para desplazar a la coacción penal o para suavizarla:

I) en el Derecho contravencional;

II) en el ámbito de los delitos leves y de mediana gravedad;

III) en ciertos delitos que, a pesar de su gravedad, generan costos adicionales para la víctima, si no se procede de esa manera, costos que no están en relación con el daño social estimado, y sobre los cuales sólo la víctima puede decidir, dado el carácter predominantemente privado, íntimo, del interés protegido;

IV) en el ámbito de la determinación de la pena.

d) La solución conciliatoria y la reparatoria presuponen, en el sistema penal actual, el juego de la autonomía de la voluntad de la víctima y del autor, en un marco prudente de libertad de decisión, con control judicial, para evitar arbitrariedades. Dentro de ese marco, son recomendables ciertos mecanismos de ayuda para estas soluciones, que representan, en todo caso, una renuncia, total o parcial, al ejercicio del poder penal por parte del Estado. La solución conciliatoria o reparatoria, su compensación por otras prestaciones y el esfuerzo del agente por componer el conflicto con la víctima, en la medida de sus posibilidades, debería ser condición del perfeccionamiento de toda remisión, total o parcial, de la pena o de la misma condena (condena condicional, suspensión a prueba de la pena, remisión del resto de la pena o libertad condicional) y hasta de la renuncia del Estado a la misma persecución penal (suspensión del procedimiento a prueba).

e) Se puede ampliar el ámbito en el cual desempeña un papel la autonomía de la voluntad privada en la persecución penal, de diferentes maneras:

I) por incorporación de otros delitos a la persecución penal privada o mediante la necesidad de la instancia o de la autorización estatal para su persecución oficial;

II) por creación de la facultad de retractar la instancia o la autorización estatal;

III) por creación de la facultad de la víctima de asumir la persecu-

ción penal, por vía del procedimiento por delito de acción privada, cuando el Estado, por algunas razones de *oportunidad*, niegue el interés público comprometido y, por ello, deje de perseguir penalmente.

f) La víctima es, junto al autor, un protagonista principal del conflicto social que conforma la base de un caso penal. En tal sentido, es correcto que intervenga en la reproducción intelectual de ese conflicto, tarea del procedimiento penal; y, de hecho, su intervención ha sido necesaria en la inmensa mayoría de los casos, aun cuando no se le reconozca derechos igualitarios de participación. La supuesta víctima (ofendido) puede intervenir en el procedimiento penal y cumplir en él, eventualmente, tres papeles posibles:

I) acusador, con exclusión de toda persecución oficial, en los delitos de acción privada, o conjuntamente con el ministerio público o en colaboración con él, en los delitos de persecución penal oficial;

II) actor civil, mediante la pretensión de reparación del daño causado por el delito, según reglas del Derecho civil y según diferentes modos del procedimiento (acción de conocimiento ordinaria, procedimiento monitorio);

III) testigo, informante sobre el tema del procedimiento penal.

El reconocimiento jurídico de estos tres papeles debe ser tarea del orden jurídico, principalmente de la ley procesal, al regular las facultades que diferentes personas ejercen durante el proceso de conocimiento o con posterioridad a él.

g) Fuera de los casos reconocidos por la ley para la persecución penal privada, si se mantiene el sistema de persecución penal oficial, conviene más, tanto a la esencia del sistema, como al resguardo de los derechos defensivos del imputado, que el ofendido no participe en el procedimiento como otro acusador autónomo (*acusador conjunto*), sino, antes bien, es preferible concederle el papel de un colaborador del ministerio público fiscal, ejerciendo tareas de control y complementación (*acusador adhesivo*).

Incluso, el supuesto ofendido podría formar parte, accidentalmente, de la organización del ministerio público, en tanto, por su idoneidad para cumplir ese papel, se le confíe, judicialmente o por intermedio del propio ministerio público, la persecución oficial del caso en el cual interviene. Tal representación supone una inversión relativa de su papel, pues es ahora él quien se someterá al control y supervisión del ministerio público.

h) Aunque no participe en el procedimiento penal oficial, el supuesto ofendido tiene derecho:

I) a controlar la legalidad de los actos y resoluciones que impliquen clausura o archivo de la persecución penal;
II) a asistencia para su comparecencia en el procedimiento, sobre todo a la asistencia jurídica y al asesoramiento de un abogado durante su informe;
III) a que se escuche su opinión en el procedimiento, fundamentalmente antes de las decisiones definitivas o de las provisionales que implican clausura de la persecución penal o, incluso, a que se le conceda un mecanismo de impugnación de esas decisiones, cuando ellas representan abortar el procedimiento penal en un período previo al juicio y a la sentencia; por lo demás, el ofendido debe tener derecho a ser escuchado cada vez que se pretenda reemplazar el sistema penal por la composición del daño causado; y
IV) a que, precisamente para ejercer esos derechos, sea anoticiado conveniente y oportunamente de las decisiones judiciales e invitado a las audiencias en las que su opinión puede ser vertida.

j) El Derecho de protección a la víctima debe avanzar, sobre todo, en la creación de un servicio, parecido al de la defensa oficial –quizá, aprovechándolo– que sirva a la asistencia de las víctimas cuyos recursos económicos no son suficientes para ejercer los derechos que les competen. Lograr un resultado cuantitativo en este ámbito provocará, seguramente, cambios cualitativos del sistema.

k) Cuando se nombra a la víctima o al ofendido no sólo se menciona a la persona física o jurídica, portadora individual del bien jurídico que sufrió el daño, sino, además, a ciertos grupos de personas (asociaciones intermedias) que se reúnen, precisamente, para ocuparse de la persecución de ciertos hechos punibles o de la conservación de ciertos bienes jurídicos; ello es importante, sobre todo, en presencia de ataques sufridos por bienes jurídicos colectivos o universales.

l) No resulta posible tolerar, en el actual estado de la política criminal, paso atrás alguno en esta materia. El punto más conservador de la escala debe estar constituido por el sistema vigente; un regreso, como lo planteó, por ejemplo, el Proyecto de CPP aprobado por la Cámara de Senadores de la Nación, respecto de la legislación nacional vigente, debería descartarse sin más[119].

[119] Allí se postuló una nueva desaparición de la víctima del procedimiento oficial, frente a la participación que tenía concedida en la ley reemplazada y tiene acordada en la ley vigente, producto de su enmienda en la Cámara de Diputados de la Nación. Quienes se oponen al movimiento en favor de la víctima y a las nuevas soluciones propuestas, dejan bien en

B. EL OFENDIDO EN EL DERECHO POSITIVO ARGENTINO

1. Presentación del problema

Como resulta natural para esta zona del orden jurídico, el Derecho penal argentino prescinde, en gran medida, de la víctima del hecho punible para resolver los problemas que afloran cada vez que el Estado conoce acerca de la posibilidad de la existencia de un caso concreto que afecta a las prohibiciones o a los mandatos amenazados, para su transgresión, con una pena. La regla positiva que gobierna el caso, excluidas las escasas excepciones, reza (CP, 71): *Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales...*

La regla, por lo demás, se completa, en su significado, con su consecuencia procesal, el llamado *principio de legalidad*. Él comprende la afirmación, contenida en las leyes procesales penales, del carácter *obligatorio* de la persecución penal para los órganos estatales predispuestos para ese fin –en verdad, con mayor fuerza descriptiva, con la afirmación del carácter automático de la persecución penal no bien obtenida la *notitia criminis*– y de la imposibilidad de someter esa persecución a tratos, acuerdos o transacciones con los mismos órganos de persecución penal estatales, con la víctima o, en general, con los portadores del bien jurídico que la norma infringida pretende proteger –incluido el propio Estado– para finalizar o dar solución al caso de un modo distinto al previsto rígidamente por las leyes penales y procesales penales (*irretractabilidad*)[120]. La ley penal, incluso, castiga al fun-

---

claro su conformidad con las facultades que le son concedidas actualmente, en general suficientes para ellos, y hasta postulan alguna nueva posibilidad: cf. HIRSCH, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., ps. 699 y siguientes. Como anticipamos, fue sancionado un nuevo Código Procesal Penal para la Nación (ley 23.984), sobre la base del proyecto que no reconocía al ofendido calidad alguna de acusador en el procedimiento penal, en los delitos de acción pública. Apresuradamente se ha modificado el proyecto originario, admitiendo un querellante similar al que ya existe en la ley procesal penal reemplazada. Ello representa algún paliativo, pero tiene como inconveniente la escasa maduración del papel que debe cumplir el ofendido durante el procedimiento penal en consonancia con las instituciones que son creadas.

[120] CPP Nación, 5. Cf. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal* [*DPP*], Ed. Lerner, Córdoba (RA), 1969, t. II, ps. 180 y ss.; para el Derecho extranjero, cf. GONZÁLEZ, Daniel A., *La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense*, Ed. Colegio de Abogados San José (Costa Rica), 1986; ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal* [*DPP*] (trad. castellana de la 25ª ed., Ed. C. H. Beck, München, 1998, de Gabriela E. CÓRDOBA y Daniel R. PASTOR), Ed Del Puerto, Buenos Aires, 2000, § 14, ps. 87 y siguientes.

lonario público competente que no cumpla el mandato de perseguir penalmente (CP, 274). Por lo demás, es claro que la ley penal, al conceder que, excepcionalmente (CP, 59, inc. 4, 60, 69 y 72, II, 75 y 76), la voluntad del ofendido inhiba la persecución penal estatal o, incluso, la ejecución de la pena, determina que, en los demás casos –la regla general–, la voluntad del ofendido carezca absolutamente de valor.

Si, por el momento, se prescinde de las excepciones, en el Derecho penal argentino muy escasas –delitos que requieren para su persecución la *instancia privada* de la víctima o sus sustitutos, o que sólo pueden ser perseguidos por la víctima o sus sustitutos (CP, 72 a 76)–, las reglas citadas presentan la visión política tradicional del Derecho penal desde su nacimiento: se trata de infracciones supuestas como intolerables para el sistema social y político en grado máximo y, por ello, suman un *plus* al daño particular que, en su caso, provocan el agregado que se retribuye con la pena estatal[121]; la concepción de la *pena como castigo expiatorio o retributivo* frente a la desobediencia de una norma –en este caso, estatal– (desobediencia que, en bastantes casos, prescinde incluso de la verificación de un daño para una persona concreta) está, por ende, fuertemente arraigada en esta conformación del sistema[122]. En lenguaje político: se trata de una reserva de poder estatal para el control directo por el Estado de los habitantes que viven bajo su poder de administrar la vida social, mediante órganos predispuestos, que no necesitan de excitación extraña alguna para proceder o para desarrollar su poder. En lenguaje procesal penal: el Estado tiene el *monopolio* de la persecución penal, por regla casi absoluta, y voluntad alguna, incluida la del propio Estado por intermedio de sus órganos de persecución, puede inhibir este poder, de ejercicio automático no bien conocida la posibilidad de un hecho punible, pues procede *de oficio* y sólo finaliza por los modos y formas previstos en la ley, regularmente por la imposición de una pena, cuando se verifica el hecho

[121] Cf. Hirsch, Hans-Joachim, *La reparación del daño en el marco del Derecho penal material*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, cit., ps. 60 y siguientes.

[122] Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* [*Strafrecht AT*] (3ª ed.), Ed. C. H. Beck, München, 1997, t. I, § 3, I, 1, ps. 41 y ss.; de allí se deduce, con claridad, la obligatoriedad de la persecución penal: también Roxin, *DPP*, cit., p. 89. Desde el punto de vista externo y crítico, cf. Bianchi, H., *Hacia un Derecho penal privado* (trad. de Gutiérrez, G. A.), en "Concilium - Revista Internacional de Teología", separata del nº 107, 1975, ps. 82 y ss., con verificación histórica del carácter contingente de este concepto cultural.

punible, o por la declaración contraria (absolución, sobreseimiento), cuando, en el caso opuesto, ello no se verifica[123].

Verdaderas excepciones al sistema –que reservan para el ofendido un ámbito de decisión propia en relación a la consecuencia jurídica de un hecho punible–, con efectos materiales sobre el procedimiento y la pena, son, en nuestro Derecho positivo, los llamados *delitos de acción privada* y los *dependientes de instancia privada* para su persecución. La voluntad del ofendido influye, aquí, de manera decisiva para la imposición de la pena y en el desarrollo del procedimiento previo. La excepción mayor la constituyen los delitos de acción privada, pues aquí cesa el monopolio persecutorio de los órganos estatales de persecución (policía, ministerio público e, inclusive, los jueces inquisidores). En efecto, según el CP, 73 y ss., la persecución penal depende, no sólo en su iniciación, sino también en su transcurso, de la voluntad del ofendido y, en algunos casos (CP, 75 y 76), de sustitutos legales. La misma acción se extingue por voluntad del ofendido (renuncia a ejercerla o a seguir ejerciéndola: CP, 59, 4°) y hasta la pena impuesta sucumbe cuando él perdona (CP, 69). Aquí puede hablarse de una *legitimación propia* del ofendido o de su sustituto para perseguir penalmente como *condición de la actuación de la voluntad de la ley*.

El requisito de la *instancia privada* previa para tornar viable la persecución penal estatal (CP, 72) representa una excepción menor, pues, aunque significa dependencia de la persecución penal estatal –en sí monopólica, también en este caso– de la voluntad privada, pues "no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado...", tal voluntad, que autoriza la persecución penal estatal, no es retractable, de modo que no gobierna, una vez expresada, la persecución penal posterior, para cuyo ejercicio rigen los principios normales del sistema[124].

Esta concepción del Derecho penal y, consecuentemente, de su instrumento realizador, las reglas procesales penales, dejan poco espacio

[123] Desde el punto de vista jurídico los casos que escapan a este ideal perseguido por la ley, en los llamados *delitos de acción pública*, son escasos: el procedimiento sólo puede suspenderse por una cuestión prejudicial, hasta que ella se resuelva (CPP Nación, 10; única cuestión de este tipo en el Derecho penal argentino: validez o nulidad del matrimonio, CC, 239, VI) o por el obstáculo que para la persecución penal representa el antejuicio previo, previsto constitucionalmente para ciertos funcionarios públicos en homenaje a la función que cumplen y en relación con los perjuicios que genera la interrupción de su servicio (CPP Nación, 8, y CN, 53, 59, 60, 69, 70 y, eventualmente, 115); la solución del procedimiento conforme al sobreseimiento provisional o a la prórroga extraordinaria de la investigación penal, a más de haber desaparecido de la ley procesal penal federal, no significa, en este contexto, o para este ideal, otra cosa que una prolongación del tiempo en el cual el Estado debe tomar una decisión dilemática, como la expuesta en el texto, por razones prácticas relativas a la imposibilidad de decidir de esta manera según el conocimiento adquirido, en fin, un *non liquet* temporario.

[124] El nuevo CPP Guatemala, 32, n° 6 y 35, autoriza la retractación posterior de la instancia, de modo que esa nueva expresión de voluntad, en sentido contrario a la autorización que representó la instancia, inhibe la persecución penal estatal que ya ha comenzado. De la misma manera, CP de la RFA, 77*d*.

para la influencia material de la voluntad del ofendido en el sistema penal vigente, norma que rige, por regla general, casi todos los casos. Se comprenderá, por tanto, que el ofendido, aun concibiéndolo como el portador real del bien jurídico protegido por la prohibición o por el mandato de acción, *carezca de legitimación propia* para perseguir penalmente, al menos cuando se trata de un delito de acción pública, la regla general que caracteriza el sistema; y también se comprenderá que su voluntad no interese demasiado, jurídicamente, para el funcionamiento del sistema, en el orden jurídico penal argentino[125].

Ya fue expresado que este resultado no es casual, sino, por lo contrario, producto de la misma afirmación de la existencia del Derecho penal y de sus instituciones características: pena estatal, como consecuencia del hecho ilícito atribuible a una persona, persecución penal pública contra el agente, implicación clara de la existencia de la pena estatal, verdad histórica como fundamento de la administración de justicia. Precisamente, la pena y el Derecho penal irrumpen en el mundo jurídico masivamente, contemplado el fenómeno históricamente, cuando la voluntad particular pierde terreno, abruptamente, como medida de solución de los conflictos sociales y las funciones de la reacción contra las lesiones al orden jurídico establecido resultan estatalizadas. Ofendido y ofensor abandonan, aun parcialmente, la escena del procedimiento y la solución del problema, en favor del Estado; la objetivación de sus intereses bajo la creación de una abstracción, el *bien jurídico protegido por la norma*, juicio de valor primario desprendido de su portador real, en los cuales anidan las normas jurídicas de deber, prohibiciones o mandatos[126], ofrece como resultado una variación fundamental del sistema: en lugar de la vida o la propiedad de Pedro, lo importante es ahora la vida o la propiedad, como valor en sí, con independencia del portador real[127].

Tal resultado no está, sin embargo, exento de contradicciones. La teoría moderna del bien jurídico reconoce –y cada vez en mayor medida– bienes jurídicos *disponibles*,

[125] Por ello la Corte Suprema nacional pudo rechazar, con este argumento, por vía de principio y desde antiguo, los recursos extraordinarios interpuestos por el ofendido, sobre todo en miras a una sentencia de condena del imputado, aun en el caso de reconocérsele legitimación procesal para intervenir en el procedimiento penal por delitos de acción pública: *Fallos CSN*, t. 259, p. 388; t. 262, p. 144; t. 265, p. 92; y, también, le reconoció sólo naturaleza procesal al instituto: *Fallos CSN*, t. 252, p. 52; t. 252, p. 361; t. 253, p. 31. Modernamente, sin embargo, la CSN parece orientarse en sentido contrario: "Santillán, Francisco Agustín" (*Fallos*, t. 321/2, ps. 2021 y siguientes).

[126] Cf. KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Ed. Otto Schwartz, Göttingen, 1954, ps. 69 y siguientes.

[127] Síntesis histórica, con las propuestas de superación actuales y su crítica, en FERNÁNDEZ BLANCO, Carolina y JORGE, Guillermo, *Los últimos días de la víctima (hacia una revalorización del rol del ofendido)*, en "No Hay Derecho", sed., Buenos Aires, 1993, año IV, nº 9, ps. 14 y siguientes. Conviene leer el sintético artículo de BIANCHI, *Hacia un Derecho penal privado*, cit., para apreciar correctamente el problema.

esto es, cuya lesión –o cuya lesión antijurídica– está gobernada, en definitiva, por la voluntad del portador. El *consentimiento* del portador real del bien jurídico o bien suprime la adecuación del comportamiento a un tipo legal (elemento negativo acuñado en el tipo), o bien suprime, en otros casos, la ilicitud de la conducta, según la opinión dominante[128]. El consentimiento es eficaz, según lo expresado –al menos cuando se lo concibe como excluyente de la tipicidad–, aun a pesar del desconocimiento del autor sobre su existencia, pues no obra en contra de una prohibición o no omite la acción mandada, quien cuenta con el consentimiento del portador de un bien jurídico disponible, aunque desconozca esta circunstancia (*delito putativo*); para la punibilidad sólo restaría, en el mejor de los casos, la imputación por una tentativa inidónea (CP, 44)[129]. Así las cosas, no resulta del todo comprensible cuál es la razón por la cual la misma voluntad del ofendido, expresada después del hecho, carece en absoluto de eficacia: un instante antes de culminado el hecho ya punible, ella transforma la conducta en permitida o, al menos, en lícita; un instante después, la misma voluntad deja de tener influencia penal. Y la cuestión no se explica tan sólo por llamar a este último consentimiento, para distinguirlo del anterior, *perdón*, pues aquella incoherencia sistemática que observamos no se agota, tan sólo, en una cuestión semántica[130].

Con una elaboración mucho menos cuidadosa, que no descansa claramente en la concepción básica acerca del sistema penal, ni, regularmente, tiene en cuenta la definición de este sistema por el Derecho penal material, sino, antes bien, argumentos políticos autónomos, el procesalismo penal de nuestro país, ordinariamente opuesto a considerar como una unidad política a los diversos sectores jurídicos del

[128] BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general* [*DP (PG)*], Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1987, ps. 237 y ss.; ROXIN, *Strafrecht AT* (3ª ed.), cit., § 13, ps. 454 y ss.; RUSCONI, Maximiliano, *El problema del lugar sistemático del consentimiento del ofendido*, en "Justicia Penal y Sociedad", Guatemala, 1991, nº 1, ps. 49 y siguientes. En todo caso –y cada vez en mayor grado– esta opinión dominante, que, a los efectos prácticos, distingue entre consentimiento que excluye la tipicidad penal del comportamiento y consentimiento que excluye la antijuridicidad de un comportamiento en sí típico penalmente, es reemplazada por la opinión de que el consentimiento excluye, en todos los casos, la adecuación de la conducta a un tipo penal –conducta activa no prohibida u omisiva no mandada–, porque su existencia determina el agregado de una circunstancia positiva que el tipo penal contiene negativamente en aquellos delitos cuyo bien jurídico protegido es disponible.

[129] La solución sería distinta si el lugar sistemático del consentimiento se ubica en la antijuridicidad, como causa de su exclusión, pues la falta de representación o el desconocimiento de que el portador de un bien jurídico ha consentido su lesión permitiría concluir en que el autor no operó según la regla de permiso, como quien mata sin conocer la circunstancia de la agresión de la víctima que, objetivamente, le hubiera permitido defenderse de manera legítima. De todos modos, es para mí superior la opinión (ROXIN, BACIGALUPO, RUSCONI, entre nosotros, citados en nota anterior) que, tratándose de un bien jurídico disponible, considera al consentimiento siempre como excluyente de la tipicidad de la acción.

[130] Cf. BACIGALUPO, *DP (PG)*, cit., p. 240.

sistema, Derecho penal, procesal penal y de la ejecución penal, esto es, bajo un punto de vista político-criminal único y coherente, y adepto a desarrollar políticas o soluciones autónomas por intermedio del sector jurídico que domina, ha cuestionado la participación de la víctima en el procedimiento de persecución penal pública. Se ha dicho, ordinariamente, que el ingreso de la víctima al procedimiento contribuye al regreso de la *venganza privada* al sistema penal o no significa nada más que eso, y, accesoriamente, que su interés por la reparación del daño perjudica la persecución penal pública, argumentos políticos según los cuales se suprimió, sin más, la figura del *querellante* o del *acusador particular*, existente en la legislación anterior[131] como sujeto del procedimiento por delito de acción pública en la mayoría de los llamados "códigos modernos", encabezados por el CPP Córdoba (1939)[132]. Una

[131] CPCrim. nacional (1889), 170 y siguientes.

[132] Ya el CPP Córdoba (1939) y aquellos códigos que lo siguieron a la letra utilizaron este argumento para desplazar al llamado querellante o acusador particular en los delitos de acción pública: *Exposición de motivos, CPP Córdoba* (1939), Ed. oficial, 1941, Córdoba (RA), p. 37. Pero más claro, en el sentido expresado, y más confuso en otro sentido (aquel de la comprensión global del sistema penal, según el estado actual de la discusión político-criminal universal) es la exposición de motivos del proyecto que se convirtió, posteriormente, en el CPP Nación: "De tal manera, siguiendo las líneas de la doctrina y la legislación más moderna, que rigen en Italia, Alemania y otros países, se suprime el querellante en este tipo de acciones [se refiere a la llamada *acción pública*]. Es hoy inadmisible en materia penal, donde predominan conceptos de reducción y defensa social, que el Estado se ponga al servicio del interés pecuniario o de la venganza personal, que son casi siempre los móviles que llevan al damnificado a ejercer la acción pública, móviles que se ponen en evidencia si se advierte el gran número de querellantes que desisten de su acción, dando pretextos fútiles, una vez que han percibido la suma en la que se consideran perjudicados. Casi siempre el acusador particular es, según la vieja frase, la quinta rueda del carro, destinada a dilatar los términos, demorar los incidentes de excarcelación y, en una palabra, entorpecer el procedimiento, para prolongar, nada más que por venganza, la detención del acusado". Si se advierte que esta exposición de motivos es –prácticamente– actual, resulta incomprensible: no sólo la literatura jurídica y la legislación de los países citados marcha, desde hace ya algún tiempo, por un camino contrario al citado, sino que, además, la política criminal universal camina también en sentido inverso. Hoy se postula un reingreso de la reparación a los fines de la pena, si evitamos participar de corrientes más radicales que proponen, lisa y llanamente, la sustitución de la pena por otras soluciones, entre ellas, la reparación integral, y, en materia de procedimiento, diversas maneras de contemplar el interés del ofendido en él, hasta arribar, incluso, a acuerdos con el autor para la solución del caso (cf. § 13, A, ps. 582 y ss., y mi artículo sobre *El ingreso de la reparación como tercera vía al Derecho penal argentino*, en BINDER y MAIER (comps.), *El Derecho penal hoy. Homenaje al Profesor David Baigún*, cit., ps. 27 y ss.; más allá ROXIN, *Strafrecht AT* [3ª ed.], cit., t. I, § 3, III, p. 67; BIANCHI, *Hacia un Derecho penal privado*, citado). Guste o disguste la argumentación, la exposición de motivos del CPP Córdoba (1939), que precedió a la reforma reciente de la legislación nacional en materia procesal pe-

completa regulación de la acción civil *ex delito*, ejercida en el procedimiento penal, según el sistema de origen francés, pretendió reemplazar, con ventajas, a la actuación del ofendido en la cuestión penal. Según veremos, los argumentos no son convincentes, ni principales.

El mundo jurídico-cultural al que pertenecemos transita, ínterin, otros caminos. Desde el punto de vista universal, la víctima se ha convertido, a instancias de movimientos políticos de muy distinta procedencia ideológica, en el tema de moda de la política criminal actual, desatando una verdadera euforia en la literatura jurídica y en la legislación penales, sobre todo en la procesal[133]: la reparación integral del daño, como camino de salida para la reacción penal –sustituto de la pena o con influencia sobre su determinación (aminoración)–, por el lado del Derecho penal, y las diversas formas de intervención de la víctima en el procedimiento penal, unidas a sus derechos en él, por el lado del Derecho procesal penal, representan hoy –preferentemente: coordinados, como es de desear– un motivo principal de discusión en el sistema penal.

Los movimientos de nuestro Derecho positivo son el mejor ejemplo de que, entre nosotros, el tema ha comenzado a revivir. En efecto, el tema de mayor resonancia política acerca del cual el Congreso de la Nación enmendó, al acordarle sanción legislativa, el proyecto de CPP Nación originario –que pretendía, expresamente, excluir al ofendido de toda injerencia en la cuestión penal, cuando se trataba de la persecución de delitos de acción pública– fue, seguramente, el relativo a las di-

---

nal en más de cincuenta años, era más clara y más relacionada con su época, en el sentido del sistema penal, aun cuando culminaba con un alegato contra la venganza privada: "La acción penal es pública tanto por el objeto al cual se refiere, cuanto por la finalidad que persigue; el Estado ha reivindicado del particular el derecho de acusar, para cumplir sus fines, para defender su propia vida, para mantener el orden jurídico social". La crítica material de estos argumentos debe partir, necesariamente, de que ellos nada expresan sobre las "bondades" de la "venganza pública", bondades que aparecen, tácitamente, como supuestas (Bianchi, cit. anteriormente). En relación a prolongar los plazos procesales y a demorar el procedimiento (motivos que también menciona en sus fundamentos el CPP Nación), el argumento esgrimido y el injustamente olvidado, puestos en relación, generan, al menos entre nosotros, un chiste de mal gusto, cuando menos, y, con expresión correcta, una burla que expresa mejor el aforismo vulgar: cuando un plazo está establecido para un funcionario judicial, los días se cuentan como equivalentes a la misma cantidad..., pero de años.

133 Son palabras de Hirsch, Hans-Joachim, *Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, cit., ps. 93 y s., recibidas por mí en el informe citado en la nota anterior (§ 13, A).

versas formas de inclusión del ofendido y de sus facultades (arts. 79 y ss.) durante este tipo de procedimiento, hasta culminar con la aceptación del querellante o del acusador particular como sujeto del procedimiento en los delitos de acción pública. El nuevo CPP Córdoba (1991) se aparta expresamente del código cordobés histórico (1939) en este tema, y supera así una antigua tradición provincial, que rechazaba la injerencia del ofendido en la cuestión penal proveniente de un delito de acción pública: introduce el derecho del ofendido a querellarse con el autor y los partícipes de estos delitos (arts. 91 y ss.) y diversos derechos de las víctimas, por el solo hecho de serlo (art. 96)[134]. Exactamente lo mismo se debe predicar del CPP Costa Rica[135]. De tal manera, la discusión está, de nuevo, instalada entre nosotros y, muy probablemente, progrese en intensidad, si, como creo que debe suceder, ella comienza por el Derecho penal[136].

El Código penal (1921) fue, también entre nosotros, precursor de esta idea. Con prescindencia del sistema de acciones, ya examinado, él contiene, originariamente, concesiones hechas a favor de la voluntad de los protagonistas en conflicto. Si bien en el ámbito de los delitos de acción privada –aquellos que protegen el honor de las personas–, la *retractación pública* del ofensor (CP, 117), como satisfacción ofrecida al ofendido (reparación de la ofensa), inhibe la pena y la misma persecución penal, ya sin objeto. En el ámbito de delitos graves de acción pública, aquellos que lesionan la honestidad o la libertad sexual, el consenso víctima-ofendido, expresado originariamente a través del *matrimonio con la ofendida* (CP, 132)[137], tiene el mismo efecto (llamadas excusas absolutorias *ex-post facto*).

La ley penal parece haber sentido –en la actualidad– la voz de los movimientos político-criminales de diversa índole, que intentan incorporar a la reparación como tercera vía del Derecho penal, sustitutiva de la pena estatal o, cuando menos, atenuante obligatoria de ella y, dentro de esa misma línea, el clamor de los movimientos a favor de la víctima[138]. Por una vía inimaginable, los llamados "delitos tributarios", en los cuales el ofendido directo es el Estado, se incorporó la reparación ofrecida y cumplida por el infractor al Derecho penal argentino, que desplaza la pena e inhibe la persecu-

134 Cf. Cafferata Nores, José I., *Introducción al nuevo CPP de la Provincia de Córdoba*, Ed. Marcos Lerner, Córdoba (RA), 1992, ps. 31 y siguientes.

135 Arts. 70 y siguientes.

136 Cf. Maier, Julio B. J., *El ingreso de la reparación como tercera vía al Derecho penal argentino*, cit., ps. 27 y siguientes.

137 Un motivo histórico de exclusión de la pena, ridículamente reformado en la actualidad por un *avenimiento* con control y censura judicial (ley 25.087).

138 Roxin, *Strafrecht AT* (3ª ed.), t. I, § 3, III, p. 67, y, del mismo autor, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, cit., ps. 129 y siguientes.

166

ción penal[139]. Posteriormente, el CP, 76 *bis* y ss., seguido por las leyes procesales penales, incorporó la *suspensión del juicio a prueba*, cuyo funcionamiento como mecanismo que desplaza la pena e inhibe la persecución penal tiene en su núcleo el ofrecimiento de reparación a la víctima y el cumplimiento de esta obligación.

2. El acusador no estatal en el procedimiento por delito de acción pública

a) El problema de la legitimación

I. Conforme a lo expuesto, no existe, en principio, manera alguna de sostener que el ofendido, víctima o portador real del bien jurídico que la norma penal infringida tiende a proteger, sea, para el Derecho positivo argentino, un legitimado sustancial para perseguir penalmente en los delitos denominados de acción pública. Ello quiere expresar que la ley penal material, al mismo tiempo que impone un deber, de obrar o de abstenerse de obrar, concede sólo al Estado –por intermedio de los órganos públicos que la ley (orgánica) procesal instituye y organiza para ello– la facultad (en lenguaje procesal: *legitimación*) de promover la persecución penal por la lesión culpable de ese deber y de proseguirla hasta la culminación del procedimiento. Expresado de manera negativa, el portador real del bien o interés jurídico cuya lesión o puesta en peligro ampara la norma penal, o algún sustituto imaginable, no posee, en el caso planteado, esa facultad material, en el sentido de que su voluntad no cuenta para la persecución penal: en lenguaje riguroso, no tiene, por regla, influencia jurídica alguna en la promoción o clausura de ella, no puede desarrollarla por decisión propia, ni la inhibe con la expresión de su voluntad de no perseguir penalmente o de perdonar.

Planteamos el problema en estos términos, con la limitación de la referencia al *proceso de conocimiento*, pues no es motivo de discusión, ni de *lege lata*, ni de *lege ferenda*, la carencia de facultades del ofendido para inmiscuirse en el proceso de ejecución de la pena. Incluso en los delitos de acción privada, en los cuales el ofendido está facultado para perseguir penalmente de manera principal, y con exclusión de toda autoridad

[139] *Régimen penal tributario*: originariamente ley nº 23.771, art. 14; hoy ley nº 24.769, art. 16. Cf. MAIER, Julio B. J. y BOVINO, Alberto, *Ensayo sobre la aplicación del art. 14 de la ley 23.771. ¿El ingreso de la reparación como tercera vía?*, en MAIER, Julio B. J. (comp.), *Delitos no convencionales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1994, ps. 89 y siguientes.

estatal, su éxito, la condena a una pena, no lo habilita para intervenir en el procedimiento de su ejecución, como no sea el caso de la publicación de la sentencia en los delitos contra el honor (CP, 114), consecuencia más parecida a una reparación privada que a una pena, o, al menos, a una *enmienda* (pena a favor de un particular, regularmente pecuniaria), o el caso del *perdón de la pena* (CP, 69), manifestación de voluntad del ofendido que extingue la pena impuesta y única facultad que le corresponde en el procedimiento de ejecución, facultades ambas que constituyen la excepción a la regla aquí sostenida.

La ley material, civil, penal o de cualquier otra índole, es aquella a la cual le corresponde dirimir la cuestión acerca de quién es la persona con derecho a reclamar la consecuencia jurídica marcada por una norma de conducta, en especial por una norma de deber. Anexo a la creación de una regla de conducta funciona el mecanismo, consecuente de ella, consistente en establecer la persona, pública o privada, individuo o corporación, y, en su caso, sus posibles sustitutos, con derecho a pretender la realización de la consecuencia jurídica. Esa regla facultativa constituye el sustrato básico para apreciar la llamada *legitimación procesal*.

Así ocurre en materia de Derecho privado, cuando, por ejemplo, el acreedor puede reclamar la condena a cumplir la obligación del deudor remiso y, en su caso, la ejecución coacta de la obligación originaria o, cuando ella es imposible de ser cumplida o no satisface más el crédito, de otra obligación sustitutiva. Asimismo, las reglas del Derecho privado facultan al acreedor a reclamar los créditos en favor de su deudor remiso (*acción oblicua*), para poder él, a su vez, hacer efectiva la obligación incumplida del patrimonio de su deudor que omite activar su expectativa de crecimiento legítimo (legitimación por sustitución = *sustituto procesal*). Por lo demás, la *intervención voluntaria de terceros adherentes simples o coadyuvantes* (equiparable al *querellante adhesivo*, en materia penal); en el Derecho procesal civil, proporciona un buen ejemplo de quien sólo está legitimado por la ley procesal para acompañar la demanda (al actor) o su contestación (al demandado), sin que la ley sustantiva lo mencione: el ejemplo concreto del notario que voluntariamente interviene en el juicio por nulidad de un acto jurídico entre las partes contratantes, acto que consta en una escritura impugnada por inválida en el pleito; en cambio, la llamada *intervención de terceros litisconsorcial o autónoma*, equiparable a la definición de nuestro *querellante conjunto*, en materia penal, proviene de la ley sustantiva[140].

De la misma manera, en Derecho penal, la ley material decide, consecuentemente, que la pena estatal –regla general– sea reclamada por un órgano del Estado, esto es, le concede legitimación procesal para provocar y seguir el procedimiento respectivo pa-

[140] PALACIO, Lino E., *Derecho procesal civil* (6ª reimp.), Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, t. III, nº 267 y ss., ps. 237 y siguientes.

ra arribar a una condena que permita la ejecución de esa consecuencia jurídica; o bien, explica en cuáles casos esa regla merece una excepción, tal que la pena sea perseguida por el ofendido o, en su caso, sus sustitutos legales (delitos de acción privada, CP, 73 y siguientes). En verdad, sólo en este último caso, a semejanza de aquello que ocurre en el Derecho privado, la misma ley *condiciona la actuación de su voluntad*, esto es, la actuación de la consecuencia jurídica, a una voluntad extraña, pues, en el caso-regla del Derecho penal, manda *proceder de oficio*, sin condición alguna, no bien el Estado –ejecutor de las leyes y monopolizador de la coacción jurídica, condicionada o no condicionada por una voluntad que le es extraña– se entera de la infracción al deber[141]. Todo lo demás, esto es, la existencia de un órgano predispuesto para perseguir la aplicación de la consecuencia jurídica distinto de sus propios jueces es, por una parte, división de la competencia estatal y, por la otra, necesidad de posibilitar la defensa de quien, eventualmente, sufrirá la coacción, conforme a las reglas del Estado de Derecho.

En ocasiones, también el Derecho privado fija excepciones a la regla general, para ese ámbito, de la persecución privada: la invalidez de ciertos matrimonios contraídos con algún impedimento, por ej., puede y debe ser perseguida por órganos del Estado, esto es, *de oficio*, sin condicionamiento alguno (CC, 177, 5°, 219 y 239, V).

De tal modo, es correcta la afirmación consistente en que, para los delitos de acción pública, el único acusador con legitimación propia y natural, conforme al sistema, es el Estado, por intermedio del órgano predispuesto para ello, sintéticamente expresado, el ministerio público fiscal o la fiscalía[142].

II. De manera algo confusa se ha planteado la necesidad jurídica de incluir al ofendido –en las diversas leyes procesales penales argenti-

[141] Se trata de una técnica jurídica específica sencillamente explicada en la primera edición de la *Teoría pura del derecho* de Hans KELSEN, cf. la edición castellana de Moisés NILVE, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1960, ps. 122 y ss.; más complicada y con mayores explicaciones en *Reine Rechtslehre* (2ª ed.), Ed. F. Deuticke, Viena, 1976, ps. 139 y ss. (trad. castellana de Roberto J. VERNENGO, Ed. UNAM, México, 1986, ps. 146 y siguientes).

[142] CPP Nación, 5. El ministerio público fiscal es, sin duda, en materia penal, el órgano principal encargado de perseguir la decisión de un tribunal en un delito de acción púbica (cf. ODERIGO, Mario, *Derecho procesal penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 215; CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, cit., t. II, n° 531, p. 290; también n° 561, p. 351, conclusión al comienzo). No obstante, es preciso reconocer que, aunque por excepción, existen o pueden existir otros organismos estatales a quienes se les encarga el ejercicio parcial o total de la acción penal pública, en especial, la policía, organización que, en nuestro orden jurídico, no sólo no tiene un papel definido como auxiliar de la fiscalía y de los jueces encargados de la realización del Derecho penal, según sucede genéricamente en la legislación universal (para lo cual juega un papel destacado la persistencia en confiar a un juez de instrucción la investigación penal preparatoria), sino que, además, conserva funciones directas de acusador, por ej., en algunas legislaciones, en el juicio de faltas, según el CPP Córdoba (1939), 460 y siguientes. No es inusual confiarle el papel de acusador público a ciertos organismos estatales (Banco Central, por ej.) en ciertas áreas delictivas (control de cambios y regulación monetaria).

nas– como acusador en los procedimientos por delitos de acción pública. La base legal de este razonamiento la constituye el art. 72 del CP, regla que establece la necesidad de la instancia de la víctima –o sustitutos en casos especiales: tutor, guardador o representante legal, en el caso de incapacidad– para perseguir ciertos delitos de acción pública. Como esa regla prescribe que "no se procederá a formar causa sino por *acusación* o denuncia del agraviado...", se extrae de ella –esto es, de uno de los modos previstos en ella para expresar la voluntad en la que consiste la instancia, la *acusación*– que el ofendido por un delito de acción pública fue siempre presupuesto por la ley penal como acusador facultativo de esos delitos: de allí que su acusación fuera una de las formas de expresar la instancia. La verdad reside en que la regla del Código penal, al decir más de lo que debió decir –sólo debió contener la condición para la formación de la causa, la expresión de la voluntad del ofendido acerca de que el delito fuera perseguido, desinteresándose del acto concreto del procedimiento que la representaba[143]–, introduce más de una confusión. En principio es correcto, históricamente, señalar que el legislador nacional obraba en presencia de un procedimiento que permitía al ofendido por un delito de acción pública participar en el proceso en el cual se perseguía al autor de ese delito o a los partícipes en él y llevar a cabo, entre otros actos para los cuales estaba facultado, la *acusación*. No sólo el CPCrim. nacional, 170, de esa época (1889), contenía la facultad, sino que, además, lo seguían, en general, casi todos los códigos provinciales de ese entonces. De allí que parezca correcto pensar que la ley penal presuponía la legitimación del ofendido para querellar a su ofensor. Empero, acto seguido, no puede dejarse de pensar que la *acusación* no pudo ser, ni en esos códigos procesales, ni en ninguno de aquellos que los reemplazaron, un acto idóneo para expresar la *instancia* del ofendido: a la acusación le precede todo un período del procedimiento, la instrucción o la investigación preliminar, en cualquier sistema de persecución penal pública en el que pudiera haber pensado el legislador penal. De tal manera, si "formación de causa" significa, como siempre se ha interpretado, iniciación del procedimiento penal, incluso de la persecución penal policial,

[143] Pudo decir que la instancia fuera *escrita*, o que su expresión oral provocara un *acta* labrada por la autoridad, en la que constara la autorización bajo su firma, etc., pero no debió presuponer un acto y una forma de procedimiento que la misma ley penal no determinaba.

como lo pone de relieve el hecho de autorizar a la policía en estos casos sólo a obrar para impedir que la tentativa se consume o que el delito ya consumado se agote[144], la acusación no pudo ser nunca un acto idóneo para autorizar el comienzo del procedimiento por delito de acción pública, pues ella se ubica, precisamente, ya avanzado ese procedimiento. El hecho de que el legislador penal utilice también la palabra "denuncia" autoriza a pensar que conoce el sistema y el significado de la palabra "acusación". Si la observación es correcta y si, además, no le corresponde al legislador penal, en principio, denominar o determinar los actos procesales mediante los cuales se hace efectiva o pronuncia la instancia –a la vista de la diversidad legislativa en materia procesal penal, nunca discutida oficialmente[145]–, es preciso coincidir en que la ley penal no pudo ni puede resolver este problema. Ella sólo destaca claramente, como se dijo, que el Estado, nacional o provincial, según el caso, posee legitimación propia para perseguir los delitos de acción pública –sin necesidad de excitación extraña alguna a él– (CP, 71) y, consecuentemente, que nadie que no sea el órgano estatal competente para ello puede perseguir con legitimación propia, esto es, *autónomamente*; y admite, por vía de excepción, que el órgano estatal predispuesto para cumplir la misión de perseguir penalmente *de oficio* sólo puede iniciar la persecución penal una vez expresada la *instancia*, en los hechos punibles cuya persecución depende de ella (CP, 72).

III. Despejada esta incógnita, la pregunta ahora se mueve en otro nivel: ¿es posible, frente a esta determinación, que la ley procesal, local por definición, permita al ofendido o a algunos sustitutos suyos, perseguir penalmente los delitos de acción pública y, en caso afirmativo, en qué medida? A nuestro juicio, salvo una expresa disposición de la ley material (por ej.: la del CP, 73 a 75, o, si se quiere, la prohibición para el Estado de perseguir penalmente, cuando ciertos delitos se confían, únicamente, a la persecución penal privada), la ley procesal penal sólo puede facultar a otras personas, para intervenir en el procedimiento penal, con ciertas limitaciones. Este procedimiento, por lo de-

[144] CPP Nación, 183, II, y 284, II.

[145] Yo me he permitido discutir esa afirmación, cf. esta obra, t. I, § 7, C, IV, ps. 791 y ss., y E, II, ps. 807 y siguiente.

más, no es desconocido ni discutido en materia penal y tampoco lo es en materia de Derecho privado.

Es normal que la ley procesal penal permita, en los juicios contra menores, capaces para sufrir una imputación y, por tanto, para resistirla, esto es, de ser *imputados* en el procedimiento penal, la intervención de otras personas con facultades similares a las de él en el procedimiento: el CPP Nación, 413, 3°, obliga a intervenir al asesor de menores, concediéndole la posición de un defensor, a pesar de que el menor haya designado el suyo propio o de su confianza, que ya interviene en el procedimiento. Más allá de ello, algunas leyes procesales penales facultan a intervenir, en la misma posición que el menor imputado, a los padres, al tutor y al cónyuge (CPP Modelo Iberoamérica, 383, inc. 4°).

También en el procedimiento civil o de Derecho privado se conoce este tipo de intervención *dependiente* o *subordinada*, a la que se estudia dentro del capítulo dedicado a la *intervención de terceros*: se la llama intervención *adherente simple* o *coadyuvante*; como ejemplos de ella se menciona al escribano en el proceso entre las partes del negocio jurídico por la falsedad de la escritura pasada ante él, al tercero beneficiario de una carga en el contrato de donación, en el proceso entre las partes del contrato sobre su validez. Para nosotros, la intervención del asegurador en el pleito entre el asegurado y quien soporta el daño de un siniestro, reviste el mismo carácter, con abstracción de la legitimación que puede proporcionarle la ley comercial sobre seguros. El CPCC Nación, 90, 1°, reconoce normativamente esta facultad del tercero adherente, no legitimado autonómamente por la ley material, para inmiscuirse en el procedimiento que, en principio, le es extraño, según su objeto material de discusión, para lo cual requiere, tan sólo, que la sentencia pueda afectar un interés propio. La intervención del tercero se caracteriza por el hecho de que él no hace valer un *interés propio*, sino que sostiene, con su actividad y sus fundamentos, un derecho ajeno. De allí que sus expresiones de voluntad (por ej., el desistimiento o la renuncia a su interés) y hasta su propia actividad no puedan perjudicar el interés de quien está legitimado materialmente para intervenir en el conflicto y a quien él apoya[146].

La admisión del interés del ofendido en el procedimiento penal por delito de acción pública es posible, jurídicamente, para la ley procesal, conforme al sistema que la ley penal ha elegido para la persecución penal (CP, 71), sólo con ciertas limitaciones similares a las expuestas anteriormente. ¿Cuáles y qué tipo de limitaciones es preciso introducir? representa una pregunta de aristas múltiples, al menos compleja, cuya respuesta toca dos órdenes de razones: las jurídicas, para no salirnos del sistema que la ley penal impone, y las político-criminales, para consultar la mejor solución conforme al cúmulo de intereses que se

[146] Cf., por todos, Palacio, Lino Enrique, *Manual de Derecho procesal civil*. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, t. I, n° 131, d, p. 302; del mismo autor, ver *supra* nota 140 de este parágrafo, p. 647, y el texto al que ella se refiere.

mueven tras la cuestión penal. En principio, y sobre ello no existe discusión, el Derecho penal argentino no consiente, salvo excepciones precisamente establecidas por la ley, que la voluntad del ofendido, por sí misma o en conjunto con la voluntad del autor, inhiba la persecución por el Estado de un delito de acción pública. La voluntad del ofendido, en el sentido de evitar la persecución penal, pronunciada con posterioridad a la consumación del hecho punible o de la tentativa ya punible, no provoca efecto alguno sobre la viabilidad de la persecución penal pública. La *renuncia* a la acción penal y, antes bien, el *perdón* de la pena sólo están previstos, con influencia decisiva sobre la persecución penal y sobre la pena, para los delitos de acción privada.

Según advertimos, la única excepción que registra la ley penal, en los delitos de acción pública, estaba representada por el *casamiento con la ofendida* (CP, 132) en los delitos contra la honestidad de una mujer soltera, caso en el cual la manifestación de voluntad conjunta de autor y víctima en el sentido expresado, al excluir la pena (excusa absolutoria *post facto*), evitaba también la persecución penal en trámite. Ese texto ha sido reemplazado –al parecer por quien no conoce su historia, antigüedad y origen– en la ley nº 25.087, por la *proposición de avenimiento de la víctima*, sometida al control judicial, que sólo en casos excepcionales puede permitir el efecto extintivo de la persecución penal.

El art. 16 de la ley nº 24. 769, cualquiera que sea su significado material[147], y aun cuando represente también una injerencia efectiva de la voluntad de una persona privada, el imputado, en la persecución penal estatal, no concede a la víctima –el mismo Estado administrador– facultad alguna sobre la vida de la acción penal pública. De la misma manera, la *suspensión del proceso a prueba* (CP, 76 *bis* y ss.) tampoco genera facultad alguna de la víctima sobre la persecución penal pública, aunque funcione sobre la base del intento de reparación del daño ocasionado a ella y el ofendido tenga participación en el procedimiento para su eventual concesión. Ambos mecanismos, aun cuando representan un auxilio para la víctima, no generan para ella facultad material –de disposición– alguna, en sentido estricto.

Más difícil de contestar, jurídicamente, es la pregunta inversa: ¿hasta qué punto la voluntad del ofendido puede impedir la clausura de la persecución penal contra el imputado, por voluntad de los órganos de

147 La ley penal tributaria y previsional más antigua, nº 23.771, art. 14, rotula: "causa de extinción de la acción penal"; para nosotros, sin perjuicio de provocar ese efecto, por la necesidad del sobreseimiento cuando se constata su presencia, la facultad representa una *extensión temporal del arrepentimiento activo*, con efecto más allá de la tentativa, esto es, una extensión del *desistimiento* previsto en el CP, 43. El efecto sobre la persecución penal es, en la nueva ley, el mismo –"la acción pena se extinguirá..."–, con lo cual, al menos para nuestro tema, la conclusión resulta idéntica.

persecución o de decisión penal? No es necesario imaginar el extremo de la vigencia clásica del *principio de oportunidad*, no admitido entre nosotros, para plantearnos el problema; basta acudir a hipótesis tradicionales en el Derecho argentino: sobreseimiento dictado por el tribunal de instrucción, en contra de su opinión, debido al acuerdo entre el fiscal del caso y su superior jerárquico.

Según todas las leyes procesales penales argentinas[148], el sobreseimiento es dictado por el tribunal de instrucción, de conformidad o en disconformidad con el acusador, de oficio o a petición de parte. Empero, durante el procedimiento intermedio, el sobreseimiento es necesario para el tribunal, a pesar de su disconformidad, a requerimiento de la fiscalía, cuando el fiscal superior en jerarquía a aquel que interviene regularmente en el caso, consultado por el juez de instrucción, apoya la solución de su inferior jerárquico[149]; no interesa aquí la opinión del ofendido (querellante), ya porque no interviene, según sucede en varios de estos códigos genéricamente, o bien porque, admitida su intervención, la opinión contraria a la prosecución de la persecución penal que expresa el ministerio público fiscal triunfa sobre cualquier otra opinión persecutoria que aquél pudiera tener[150].

El actual CPP Nación, 348, II, no resuelve el caso específicamente (laguna). Empero, bien interpretado sistemáticamente, la solución que propone es la siguiente: permite al juez de instrucción dictar el sobreseimiento, en cualquier estado de la instrucción (334, I), resolución recurrible para los acusadores; cuando no lo ha dictado y, en sentido contrario, comienza el procedimiento de clausura de la instrucción (346 y ss.), lo obliga a hacerlo, aun cuando no esté de acuerdo, por decisión de la Cámara de apelaciones, requerida en consulta para el caso de que la fiscalía pida el sobreseimiento por estimar que no corresponde acusar y remitir la causa a juicio, o en el caso de que sólo el querellante (ofendido) acuse, requiriendo la remisión de la causa a juicio. La solución, que implica el control de legalidad y oportunidad por un tribunal, es hoy muy discutida[151].

Obsérvese, además, que no está resuelto el caso de discrepancias entre el ministerio público y el acusador particular relativas al objeto de la acusación. Parece claro que, supuestas ambas acusaciones –aunque con objetos diferentes–, el sobreseimiento del proceso en favor del acusado no procede, salvo que resulte de su propia instancia defensiva.

Desde el punto de vista que ahora estudiamos, el resumen hasta aquí arroja como resultado que las leyes procesales penales argentinas no permiten, en los hechos puni-

148 CPP Nación, 334; CPP Córdoba, 348, I; CPP Mendoza, 342; CPP Salta, 338, I; CPP La Rioja, 356; CPP Catamarca, 300; CPP Sgo. del Estero, 288; CPP La Pampa, 303; CPP Entre Ríos, 333; CPP Corrientes, 334; CPP Chaco, 316; CPP Tucumán, 348.

149 CPP Córdoba, 359; CPP Mendoza, 371; CPP Salta, 367; CPP La Rioja, 382; CPP Catamarca, 316; CPP Sgo. del Estero, 249; CPP Entre Ríos, 357; CPP Corrientes, 363; CPP Chaco, 336; CPP Tucumán, 359.

150 CPP Córdoba y Tucumán citados en la nota anterior.

151 Ver este tomo, § 9, nota 115, p. 58, y § 11, nota 33, ps. 303 y siguiente.

168

bles de persecusión penal oficial, que la sola voluntad del ofendido, constituido en querellante, provoque el juicio público y, menos aún, que lo inhiba. Desde este ángulo de observación se trata de una *querella por adhesión*, pues precisa de la actividad acusatoria de la fiscalía para seguir subsistiendo y provocar el juicio público; pero ella posee ciertos ribetes de autonomía, pues su objeto puede ser algo distinto que el que contiene el requerimiento (acusación) fiscal. El CPP Costa Rica, 322 y cc. (307, 316 y ss.; ver, también, art. 20) concede autonomía a la querella (*querellante conjunto*), incluso para los hechos punibles de persecución penal oficial: salvo en los casos en que se aplique el principio de oportunidad (art. 22, II y III), librados a la voluntad de la fiscalía (parecen una excepción de esta excepción los casos de conversión de la acción pública en privada [art. 20], permitida para delitos contra la propiedad o que requieran la instancia privada, con autorización de la fiscalía), según se desprende del juego conjunto de los arts. 22, II, y 23, fundamentalmente, la acusación del querellante puede provocar por sí misma el juicio público, aun cuando la fiscalía no haya acusado o haya requerido el sobreseimiento.

No es necesaria la diversidad de soluciones para plantearnos el problema. Él puede decidirse con mayor precisión preguntando si la ley penal autoriza, en los procedimientos por delitos de acción pública, al acusador particular –el ofendido o sus sustitutos– a conducir a juicio público al acusado, sólo por su acusación, esto es, prácticamente, a reemplazar, en la persecución de estos delitos, a la persecución penal oficial; o, quizá, de modo más problemático, si se agrega a la anterior la pregunta accesoria acerca de si la acusación particular, cuando existe acusación pública, puede diferir de ella en cuanto al hecho punible concreto que describe y sus circunstancias. Más allá de ello, cabe preguntarse, también, si el ofendido, al cual le disgusta la sentencia, puede recurrirla autonómamente (casarla), a pesar de la conformidad con ella de la fiscalía, expresa o tácita (falta de recurso). Tales autorizaciones, aunque en diversa medida, transformarían prácticamente la acción penal pública en acción privada. Y esa transformación no sería menos notable, materialmente, por el hecho de obligar al fiscal del caso, que ni siquiera ofrece prueba para el juicio, a seguir presente en el procedimiento, a asistir sin interés alguno al debate entre quien se siente ofendido por un hecho punible y su presunto ofensor[152]. Basta pensar en aquello que pasaría si el acusador particular desiste después de acusar y ni siquiera ofrece prueba para el debate, o si, por acuerdo

[152] Así lo indicaba la jurisprudencia, en ausencia de regla reguladora del caso, en vigencia de la antigua ley procesal penal federal, para el allí llamado "plenario".

reparatorio con su agresor, pierde su calidad de acusador (CC, 1097). Por lo demás, parece claro que, en estos supuestos, se ha invertido el carácter de la intervención de ambos acusadores: ahora el oficial, único con legitimación material, ha cedido ese papel al acusador particular, para adquirir "su acción", la de la fiscalía, si de ella puede hablarse, la calidad de subordinada, dependiente o coadyuvante, característica principal que, según antes vimos, describe con cierta precisión a la correcta intervención del ofendido en el procedimiento por delito de acción pública.

Por tanto, si no suceden cambios en la ley penal, que legitimen de manera principal al ofendido para perseguir a su ofensor por un delito de acción pública, junto con el ministerio público o en su reemplazo[153], su papel en el procedimiento se debe limitar al de un interviniente adhesivo o coadyuvante, que coopera con el ministerio público en la tarea que éste desempeña, pero nunca lo sustituye, en casi perfecta equiparación con el *tercero adherente simple*, de la legislación procesal civil[154]. Veremos enseguida que tal concepción es aconsejable desde el

[153] El nuevo CPP Guatemala, 26, permite la *conversión* de la acción penal pública en acción privada (persecución penal del ofendido) en tres casos: aplicación por el ministerio público de un criterio de oportunidad para prescindir de la persecución penal; delito perseguible por instancia particular, cuando quien está autorizado a instar lo pida y la fiscalía lo autorice; delito contra el patrimonio, con autorización de la fiscalía. El mismo CPP, 343 (regla hoy derogada), autorizaba al juez del procedimiento intermedio a sustituir al fiscal por el ofendido que querella, cuando este último acusaba y la fiscalía solicitaba el sobreseimiento. En nuestro Derecho la solución que concede autonomía para perseguir penalmente al ofendido es más cuestionable, con argumentos jurídicos, a partir de los fallos de la CSN que, drásticamente, han anulado sentencias condenatorias por carencia de la voluntad persecutoria del ministerio público al final del debate (requerimiento de absolución): ver casos "Tarifeño, Francisco s/encubrimiento en concurso ideal con abuso de autoridad", causa n° T. 209, XXII, R. de H., decidida el 28/12/1989, y "García, José Armando s/p.s.a. estelionato y uso de documento falso en concurso ideal s/casación", causa n° G. 91, XXVII, decidida el 22/12/1994, fallos que dan por tierra con la doctrina tradicional sostenida por la mayoría de la CNCP, Sala I, en autos "Ferreyra, Julio s/recurso de casación", sentencia del 14/4/1994 (el juez en minoría siguió la jurisprudencia de la CSN en "Tarifeño"). Ver la evolución con otros fallos en MAIER, Julio B. J. y LANGER, Máximo, *Acusación y sentencia*, en "Nueva Doctrina Penal", Buenos Aires, 1996/B, ps. 617 y siguientes. Sin embargo, recientemente la CSN, *Fallos*, t. 321/2, ps. 2021 y ss. (*in re* "Santillán, Francisco Agustín) ha producido un vuelco de la jurisprudencia en el sentido precisamente opuesto contradictorio, con base en la necesidad de proporcionar "defensa en juicio" y acceso a la justicia.

[154] Ésta es la solución que intuye CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, cit., t. II, ps. 353 y 355; anticipada por ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Nicetо, *Derecho procesal penal*, Ed. Kraft, Buenos Aires, 1945, t. II, p. 29, y DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, *La intervención del querellante en los delitos de acción pública*, en "Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, t. 1942/II, ps. 995 y ss.,

punto de vista político-criminal, sin perjuicio de observar, en una discusión abierta, sin límites impuestos por el Derecho positivo, que, al menos para cierta franja de delitos, nos entusiasma la idea, derivada de la máxima de *subsidiariedad* del Derecho penal –*ultima ratio*–, comprendida no sólo como mandato para el legislador, sino, también, válida para la solución del caso concreto, de conceder un mayor poder de decisión a la voluntad del ofendido para proponer otra salida para el procedimiento penal distinta de la tradicional, esto es, que sustituya a la pena.

Esa interpretación del Derecho positivo, unida a ciertas razones de política criminal, fue la que pergeñó la decisión del Proyecto CPP Nación (1986) de ordenar el sistema con un *querellante por adhesión* (arts. 78 y ss.), participación acordada al ofendido o sus sustitutos en los procedimientos por delito de acción pública, al cual le estaba impedido acusar y recurrir contra la sentencia autónomamente (Proyecto CPP Nación [1986] 269 y cc., y 339). Por supuesto, fueron incluidos ciertos mecanismos correctores para que el querellante por adhesión pudiera influir en la acusación y en el recurso del ministerio público contra la sentencia. El Proyecto CPP Santa Fe, 80 y ss., y 339, se inclinó por la misma solución.

b) La argumentación político criminal

1. Son conocidos los argumentos políticos que originaron, en nuestro Derecho positivo y desde comienzos de este siglo, una tendencia contraria a la intervención del ofendido en el procedimiento penal, que llega hasta el presente[155]. Parcialmente, incluso, esos argumentos

---

en cierta manera, y también la construida por JOFRÉ, Tomás, en el CPP Pcia. Buenos Aires de 1915 (el "particular damnificado"), aunque con escaso rigor, y la que nosotros intentáramos prever en el Proyecto CPP Nación (1986), conforme a las facultades que le concediéramos y a aquellas que le negáramos (acusar y recurrir contra la sentencia autónomamente).

155 Tendencia valorada correctamente por CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, cit., t. II, nº 559, p. 347; ya Tomás JOFRÉ, contrario a la participación del ofendido en el procedimiento penal, en los códigos para las provincias de San Luis (1908) y de Buenos Aires (1915), había comenzado a cercenar una institución, la del querellante (ofendido o sustitutos) en los delitos de acción pública, con tradición en nuestras leyes procesales (cf. *idem*, nº 548, p. 324); la sanción del CPP Córdoba (1939), iniciador de toda la tendencia moderna en nuestras leyes procesales penales, que fue repetido con ciertas excepciones, no sólo confirmó la tendencia, sino que la afianzó definitivamente, al excluir al acusador privado del régimen de persecución de los delitos de acción pública y sólo permitirle su intromisión al procedimiento penal por la vía del ejercicio de la acción civil; quizás el CPP Nación actual, sancionado en 1991, constituya la quiebra de esa tendencia, pues su proyecto seguía al mismo modelo y se transformó expresamente por decisión legislativa inversa (ver arts. 82 y ss.); también el nuevo CPP Córdoba, 91 y ss., con sanción legislativa simultánea (1991), más ambicioso en transformaciones que el nuevo CPP Nación, arribó a la misma conclusión: la introducción del ofendido

son correctos, en cuanto describen crudamente el significado histórico del Derecho penal.

La irrupción del Derecho penal en el mundo de la regulación de las conductas sociales por el Estado, con sus instituciones características, básicamente la pena y la persecución penal pública, deja para las personas afectadas por el conflicto la discusión sobre el daño individual, del caso concreto, y su eventual reparación, y el poder de solucionar esa parte del conflicto, en principio, según su propia voluntad; pero reconoce en cada caso penal, salvo excepciones menores, un *plus*, extraño a la voluntad de los protagonistas, materia del control directo sobre los ciudadanos por parte del Estado, representado simbólicamente por la pena y por la aspiración del Estado a materializarla en una persona determinada, mediante la persecución penal de sus propios órganos y sin interferencias. Expresado con vocabulario más directo: la Inquisición como sistema que, ante la infracción presunta de la ley penal, prescinde de la voluntad de los particulares, expropia el antiguo derecho del ofendido a reaccionar, que sucede el Estado[156], lo limita y lo desplaza a un ámbito jurídico particular, el Derecho privado. El medio (concepto) teórico definitivo para racionalizar el sistema está representado por la teoría del bien jurídico, cuya afirmación abstrae el daño particular de un conflicto concreto (la vida de Pedro, la lesión en el cuerpo de José, el automóvil de Daniel, etc.), para convertir al entuerto en atentado contra la abstracción, contra un valor absoluto, que no depende de su portador concreto (la vida, la integridad física, el patrimonio, etcétera).

De allí deriva el argumento más práctico que denosta la participación de la víctima bajo la afirmación de la necesidad de evitar el ingreso de la *venganza privada* al procedimiento penal, argumento discutible ya desde el punto de vista empírico[157]. De todos modos, el argu-

por un delito de acción pública como perseguidor penal (7 y 91 y ss.); de la misma manera el nuevo CPP Tucumán (1991), 7 y 91 y ss.; también el Proyecto CPP Santa Fe, citado en el texto inmediatamente antes, continúa la misma corriente política. Hoy el CPP Costa Rica, Libro I, Título III, sigue la misma tendencia e, incluso, la vigoriza (autonomía total del acusador particular). Las razones por las cuales, precisamente en el período de modernización de nuestras leyes procesales penales, el acusador particular por delito de acción pública fue excluido del sistema pueden leerse, según ya se ha advertido, tanto en la exposición de motivos del CPP Córdoba (1939), como en el Proyecto que se transformó en el actual CPP Nación, según postulación de sus proyectistas, y consisten, básicamente, en dos ideas principales: excluir de la administración de justicia penal la *venganza privada* y evitar los *acuerdos* entre ofensor y ofendido que desplacen la pena estatal fijada por la ley como sanción.

156 Cf. CHRISTIE, Nils, *Los conflictos como pertenencia*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, cit., ps. 157 y ss.; FOUCAULT, Michael, *La verdad y las formas jurídicas*, Ed. Gedisa, México, 1988, Tercera conferencia, ps. 75 y siguientes.

157 BERNAT DE CELIS, Jaqueline, *La abolición del sistema penal contra la reforma*, en *Reformas penales en el mundo de hoy*, Ed. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1984, ps. 115 y ss.; BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho procesal penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 308; ROXIN, *Strafrecht AT* (3ª ed.), cit., t. I, § 3, III, p. 67.

mento no resulta definitivo, ni serio, tampoco desde el punto de vista especulativo, pues, en principio, no explica hacia dónde apunta la "venganza particular", que, si se confunde con el interés por la reparación del daño[158], como quienes lo utilizan lo dejan entrever casi contradictoriamente[159], representaría una queja inútil, porque se dirigiría, en general, contra las acciones de contenido patrimonial, básicamente, contra el derecho de propiedad y su expresión judicial, en fin, contra una gran área del Derecho, la del Derecho privado de contenido patrimonial y, asimismo, la del Derecho penal, que también reconoce al ofendido el derecho a la reparación integral del daño sufrido por el hecho punible y la pretensión de obtenerlo judicialmente. De tal manera, la expresión judicial práctica de ese interés, reconocido jurídicamente y, por tanto, legítimo, no parece amenazar la solución del conflicto social, sino, por lo contrario, colaborar en esa labor, para que la solución sea integral y satisfaga todos los intereses reales en juego, cuya manifestación civilizada es, precisamente, el procedimiento judicial.

Si, en cambio, la objeción se limita al aprovechamiento de la amenaza de la pena sobre el autor, para lograr fines patrimoniales favorables al ofendido, el problema no parece ser originario del procedimiento penal –y, por ende, subsistirá aunque la víctima sea desplazada de su seno–, sino, antes bien, consustancial al sistema penal, cuyo mismo significado implica, al lado de la reacción contra el daño privado concreto que el hecho punible ocasiona, la reacción estatal constituída por la pena, cuya pretendida justificación se funda, precisamente, en ese *plus* de intensidad agraviante del hecho punible.

Se sostiene, con fundamento en el borror ante la "venganza privada", que la reducción del papel del ofendido al de un *actor civil*, en el procedimiento penal por delito de acción pública, parece, por ello, colocar las cosas en su justo límite. Sin embargo, tal reducción resulta, por una parte, meramente ilusoria, y, por la otra, relativamente compleja de instrumentar y condicionante para la complejidad del procedimiento en sí mismo. La reducción es ilusoria pues, en principio, nada suprime, ni subjetiva ni objetivamente. En efecto, el ofendido se in-

158 Así, BINDER, *ibidem*.

159 *Exposición de motivos, CPP Nación*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992 (2ª ed.), p. 10.

troduce de esta manera también al procedimiento penal y, salvo la discusión acerca de la medición de la pena, el mismo contenido de la pretensión punitiva, en tanto hecho ilícito, es también contenido de su pretensión reparatoria. Por lo contrario, la introducción de la cuestión civil al procedimiento penal, para ser resuelta con la cuestión penal en la sentencia, convierte en complejo el procedimiento de manera evidente, no sólo por el ingreso de un nuevo punto de vista jurídico, constituido por una rama principal del Derecho, esto es, por la necesidad de aplicar un cúmulo de normas bastante considerable de Derecho privado, e, incluso, por el ingreso de nuevos intervinientes en el procedimiento –el tercero civilmente demandado, por ej., sin pensar siquiera en la citación del asegurador–, sino, además y antes bien, por el ingreso de un nuevo punto de vista fáctico, la extensión del daño material y moral provocado, y, por consiguiente, de un número considerable de pruebas referidas a la cuestión de la medida del daño –que no están vinculadas de manera alguna al caso penal–, básicas para la responsabilidad civil y, en ocasiones, sumamente difíciles de recibir y de valorar. Por lo demás, la cuestión de la reparación civil necesita, para ingresar al procedimiento penal, una serie de reglas de adaptación, a veces forzada, por su naturaleza accesoria a la penal, que, sin duda, toman también compleja la aplicación del Derecho procesal penal. Se verá, entonces, que la verdadera cuestión está centrada en la pregunta por el ingreso del ofendido al procedimiento penal por delito de acción pública, al lado del órgano estatal que representa la persecución penal pública, sin aditamento alguno, pues el ingreso de la cuestión civil añade y no suprime, suma y no resta complejidad.

En este sentido, los argumentos que rechazan la intervención del ofendido por estimar que, satisfecho su interés personal en la reparación, cualquiera que fuere la solución acordada, él se aparta del procedimiento y hasta representa un obstáculo para el conocimiento de la verdad, en lugar de representar un obstáculo para aquello que se quiere evitar, su participación, confirman lo expresado sobre la dirección de la "venganza privada", en tanto interés reconocido jurídicamente, y, también, la calificación de insustancial del argumento que se opone, por esta razón, a la intervención del ofendido en el procedimiento penal[160]. Para evaluar positivamente esa actitud sólo basta reconocerle

[160] En todo caso, la preocupación por la "venganza privada" no debería dirigirse a los propósitos internos del acusador, sino, antes bien, a la consecuencia penal y a quien la su-

al ofendido su *derecho* a perseguir la reparación de su agresor, o cualquier otra solución que le convenga, y advertir que la solución penal del caso no es, necesariamente, la más aconsejable; basta, tan sólo, advertir que la solución planteada por la ley penal mediante la pena estatal no resulta imprescindible, sobre todo después de la acción del autor, espontánea o pactada con el ofendido libremente, que intenta regresar las cosas al *statu quo ante*. En todo caso, la medida según la cual sea más o menos necesaria la pena estatal en el caso queda en manos de su representante natural, en el sistema ortodoxo que legitima la acción penal pública, el ministerio público fiscal, órgano estatal que no resulta desapoderado de su poder de perseguir penalmente, por el abandono de la querella.

II. Los argumentos políticos a favor de la incorporación del ofendido como actor en el procedimiento penal son también conocidos. El hecho de que el Derecho penal haya transformado en función estatal la persecución de los delitos, por regla general, no es óbice alguno para advertir e ingresar el interés del portador real del bien jurídico concretamente ofendido por la infracción, en el procedimiento penal y en su resultado. Particularmente, resulta atendible su interés en tanto la condena o la absolución del imputado tendrán directa influencia en el derecho –generado por reglas de Derecho privado, que nadie desconoce– a perseguir y obtener una reparación integral por la ofensa (CC, 1073 y ss.; CP, 29 y ss.): en particular, la sentencia penal fija condiciones imposibles de contestar por la decisión civil (CC, 1102 y 1103), razón por la cual la falta de injerencia suficiente del ofendido en la cuestión penal puede generar resultados perjudiciales e indefensión para su interés.

Pero, además, el ofendido tiene, por la misma razón final, necesidad de impulsar el procedimiento penal hacia su solución definitiva,

---

frirá eventualmente, esto es, no debería dirigirse a los motivos de quien persigue. Desde este punto de vista, al imputado –si no resultan multiplicadas las acusaciones y los acusadores– poco le importará quién lo acuse, pero, en cambio, estará sumamente interesado en saber cuál es la consecuencia jurídica que le puede ser aplicada. Por lo demás, un fiscal –que, en principio, no está jurídicamente obligado a explicar las razones internas de su persecución, sino, por lo contrario, el resultado que busca con ella– puede orientar su persecución penal por motivos –propósitos internos– que, eventualmente, también pueden ser discutibles. No son esos motivos, precisamente, los que juzgará el tribunal, sino, antes bien, los fundamentos fácticos y jurídicos para arribar a la consecuencia jurídica propuesta.

pues, salvo un supuesto excepcional (paralización de la actividad procesal penal por rebeldía del imputado, CC, 1101, 2), regularmente no podrá haber decisión en su reclamación de Derecho privado antes de finiquitado el procedimiento penal, cualquiera que fuere su resultado.

Desde el punto de vista práctico se agrega a ello la influencia beneficiosa que la acción del ofendido en el procedimiento provoca en los órganos de persecución penal: "desburocratiza" la labor de la fiscalía, por necesidad apegada a rutinas generales, que, en muchos casos, no se adaptan fácilmente al caso concreto. Dentro de este argumento es dable advertir también, empíricamente, que el mayor proveedor de conocimientos del acusador público –y de la policía como su auxiliar– es, cuando colabora con ellos, la propia víctima del hecho punible. Ello resulta absolutamente claro si se advierte que, en un porcentaje más que decisivo, la noticia del delito proviene de la propia víctima[161]. Es del caso agregar, aún, que, en procedimientos complejos, el ofendido tiene –en comparación con la fiscalía– conocimientos superiores de experiencia, jurídicos y hasta científicos en la actividad o rama jurídica que abarca la actividad delictiva: basta pensar, *v. gr.*, en una entidad financiera defraudada y en el Derecho bancario o financiero y su realización práctica.

III. No sólo parecen superiores, sino también más verificables, empírica y jurídicamente, los argumentos que sostienen la incorporación del ofendido a la persecución penal. Sobre todo, resulta incontestable el interés jurídico real de intervenir en el procedimiento penal que tiene la víctima del delito o el titular del derecho a la reparación, conforme a la influencia que la persecución y la sentencia penales tienen, a su vez, en la posibilidad de obtener una reparación suficiente y oportuna. Si a ello se une el hecho de que, a contrario de lo que sucedía en la primera mitad del siglo, la reparación del daño comienza a postularse –y no tan sólo en la literatura jurídica, sino también en las leyes penales– como uno de los fines de la pena o una de las consecuencias

[161] Sólo poseo estadísticas extranjeras. En la República Federal de Alemania el porcentaje resulta cercano al 90% de los procedimientos iniciados (cf. este parágrafo, A, 3, *a*, II, ps. 608 y s., en especial, nota 60). La experiencia indica que el caso argentino no ofrece una realidad distinta.

buscadas por el Derecho penal[162]; consiguientemente, la figura del ofendido ha adquirido relevancia en el procedimiento penal –no sólo por los argumentos anteriores, sino ahora por razones estrictas de Derecho penal–, se comprenderá por qué la nueva legislación procesal penal contiene[163], invariablemente, un capítulo sobre la víctima –a quien, incluso, define de manera diversa a la tradicional, con cierta amplitud[164]–, sus facultades y su protección en el procedimiento penal, y la literatura de ese cuño llena ya hoy bibliotecas enteras y hasta ha dado lugar a una nueva rama del saber, con pretensiones científicas[165]. La situación, entonces, incluso desde el punto de vista político, es muy distinta a aquella que dio nacimiento, en nuestro país, a la exclusión del ofendido de la persecución penal en los delitos de persecución oficial, que comienza tibiamente con los códigos procesales penales para las provincias de San Luis (1908) y Buenos Aires (1915), según la idea de JOFRÉ, y se concreta en el CPP para la Provincia de Córdoba (1939), modelo para la renovación del Derecho procesal penal en nuestro país, según la ideas de Alfredo VÉLEZ MARICONDE y Sebastián SOLER. Ello quizás explique por qué el CPP Nación actual, en contra de la idea de su proyectista, expuesta en sus motivos y tomada del CPP Córdoba (1939), modificó drásticamente la solución normativa del tema medio siglo después, cuando el parlamento que lo sancionó no sólo incorporó al ofendido a la persecución penal oficial, sino que, incluso, le reconoció facultades, a pesar de que no exprese su voluntad de intervenir en el procedimiento penal; y explica también que, en la misma época, el nuevo CPP Córdoba (1991) haya contradicho a su fuente histórica e invertido la solución normativa, lo mismo que el nuevo CPP Tucumán y el Proyecto CPP Santa Fe.

Sin embargo, la opinión que proscribe al ofendido del procedimiento de persecución penal oficial puede hallar cierto fundamento

[162] Cf. ROXIN, *Strafrecht AT* (3ª ed.), cit., § 3, III, p. 67, y *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, cit., ps. 129 y siguientes.

[163] Sólo para muestra: OPP RFA, Libro Quinto, que ya antes existía referido a la acción penal privada, a la querella accesoria en los delitos de acción pública y a la reparación del ofendido, pero ahora agrega, en los §§ 406d y ss. (Cap. Cuarto), las facultades especiales del ofendido durante el procedimiento, aun cuando no decida querellar; CPP Italia, arts. 90 y ss.; CPP Guatemala, 116 y siguientes.

[164] Cf. CPP Chubut, 185; CPP Costa Rica, 70; este parágrafo, A, 2, *d*, VI, p. 605.

[165] Cf. LARRAURI, *Victimología*, en AA.VV., *De los delitos y de las penas*, cit., ps. 281 y siguientes.

en un argumento hasta ahora no reconocido. Hemos dicho antes de ahora que, en ese procedimiento penal, la igualdad entre quien persigue penalmente, el acusador oficial, y quien se defiende, el imputado, resulta ser una quimera, tanto desde el punto de vista empírico, como desde el punto de vista jurídico, un ideal que, como regla de principio, ilumina el sistema de compensaciones jurídicas que está en la base del procedimiento penal; en efecto, resulta imposible equiparar las facultades del acusador público, incluso acompañado por el juez de instrucción, cuya tarea de juez inquisidor es indiscutible, sobre todo durante el primer período del procedimiento, la investigación preliminar; sólo es posible allí evitar mecanismos intolerables de búsqueda de la verdad y, jurídicamente, imponer al inquisidor la obligación funcional de dirigir su inquisición también en favor, y no sólo en disfavor del imputado; la gran compensación jurídica llegará sólo con la sentencia, a través de la regla de principio *in dubio pro reo*, que inclina la balanza a favor del imputado, al menos en la valoración final de la prueba[166]. Agravar esta situación de preeminencia del acusador, respecto del imputado, con la intervención de otro acusador, esta vez privado, al lado del acusador oficial y frente al imputado, resulta, por cierto, cuestionable. Y, sin embargo, según ya fue dicho, no se trata, en principio, de un problema numérico, pues, empíricamente, es tan cierto que, si se acepta al ofendido como acusador, habrá procesos con pluralidad de acusadores frente a un único imputado, como cierto es también que habrá otros con pluralidad de imputados frente a un único acusador o, cuando menos, mayor cantidad de imputados que de acusadores[167]. Se trata, en cambio, de una cuestión jurídica acerca de cuántas voluntades, con efecto sobre el procedimiento, habrá de vencer el imputado o habrán de vencer los imputados para lograr que sea reconocida su inocencia o, cuando menos, una solución que se considera favorable. Ello toca, directamente, a la distribución de facultades por la ley procesal, durante el procedimiento que ella prevé. Y, conforme a ello, existen tres tipos de soluciones básicas para responder al problema. La primera consiste en eliminar al ofendido del procedimiento de persecución oficial, según lo hizo el CPP Cór-

[166] Ya en esta obra, t. I, § 6, D, 3, *a* y *b*, ps. 577 y siguientes.

[167] Cf. también este parágrafo, A, 3, *a*, 1, ps. 605 y siguientes.

doba originario (1939). Pero, si se acepta la participación del ofendido en esos procedimientos, restan sólo dos soluciones: instituir otro acusador, autónomo del oficial y de su acción, frente al imputado, con amplio derecho a requerir por su cuenta y a esperar soluciones a esos requerimientos en el procedimiento (el llamado *querellante conjunto*), con lo cual reproducimos el problema relativo al desnivel de la balanza entre acusador y acusado, con toda su intensidad; o, de otra manera, admitir la participación del ofendido en el procedimiento, antes bien, como un colaborador de la fiscalía (el llamado *querellante adhesivo*) y hasta como su sustituto en algunos casos[168], que como un acusador que se suma, independiente en él y de la acción oficial. Esta última solución normativa es, a nuestro juicio, la única aconsejable, si se desea admitir al ofendido en la persecución penal oficial sin lesionar sobremanera el principio de igualdad de posiciones entre el acusador y el acusado. Según se observa, el juicio político de oportunidad coincide con el juicio jurídico de necesidad sistemática. Salvo que la ley penal varíe sus criterios –y ello, a nuestro entender, es aconsejable, sólo en un sentido determinado[169]–, ello significa, precisamente, equiparar la solución a la del llamado *tercero adherente simple* en el Derecho procesal civil, según lo hemos apuntado: la acción del ofendido es dependiente, subordinada, a la del órgano de la persecución penal oficial. Ello implica fundamentalmente: para adherirse a la persecución penal oficial ella debe estar pendiente, que el ofendido no pueda acusar –esto es, requerir el juicio público– autónomamente y que, de conformidad con esta limitación, tampoco pueda recurrir la

[168] El CPP Guatemala, que regula el sistema de las acciones penales (arts. 24 y ss.), admite, por ej., tanto la transformación en privada de la acción oficial, cuando el ministerio público ha decidido no perseguir por ausencia de interés público (criterios de oportunidad), en los delitos que requieren instancia, con autorización del ministerio público, y en los delitos contra el patrimonio con idéntica condición (art. 26), como también originariamente la posibilidad, por decisión del ministerio público o del tribunal, de que la víctima con interés en perseguir sustituya al funcionario competente del ministerio público, bajo su supervisión (art. 343, regla derogada posteriormente). El CPP Costa Rica, 20 y 300, III, ha seguido esos pasos.

[169] Aumento de los delitos perseguibles por acción privada; posibilidad de que la instancia, que libera la persecución de ciertos delitos, sea retractable, al menos hasta algún momento del procedimiento; posibilidad de conversión de delitos de acción pública en delitos de acción privada o de asunción, por parte del ofendido, de la acción penal pública, como fiscal *ad-hoc*, bajo supervisión del funcionario del ministerio público que disponga la ley de su organización; todo lo cual, implica, según se observa, una cierta "privatización" del Derecho penal y, consecuentemente, un cambio fundamental de los principios que lo gobiernan.

sentencia autónomamente, aun cuando se pueda prever medios para impulsar e, incluso, obligar al ministerio público a ejercer su oficio persecutorio[170].

c) La definición de "ofendido"

I. El Derecho procesal penal argentino define al ofendido, en principio, en un sentido absolutamente tradicional: representa a la *víctima* del Derecho penal denominado "convencional" (tradicional), al portador real del bien jurídico concreto dañado o atacado, concepto incluso limitado aún más por su referencia sólo a aquellos delitos que permiten identificar a una persona individual, de existencia visible o jurídica, como portadora de ese bien jurídico. Las palabras que utiliza la ley al definir la persona cuya actuación procesal legitima –*"persona particularmente ofendida por un delito de acción pública"*[171], *"particular damnificado, por un delito de los que dan lugar a acción pública"*[172], *"El ofendido penalmente por un delito de acción pública"*[173]– justifican la limitación indicada, que si bien no excluye a todos los delitos cuyo ataque principal se dirige contra bienes jurídicos categorizados como *colectivos, universales* o *supraindividuales*[174], sí prescinde de varios de ellos, con cierta importancia, incluso política[175], y, en especial, de los

170 Ésta es, básicamente, la solución que postulaba el Proyecto CPP Nación (1986) y la del CPP Modelo Iberoamérica. Cf., hoy, la que propone el CPP Chubut, 187 y 190.

171 CPP Nación, 82, 1.

172 CPP Pcia. Buenos Aires (1915), 87.

173 CPP Córdoba (1991), 7.

174 Por ej., la mayoría de los delitos contra la fe pública, por su estrecha vinculación con delitos patrimoniales, permiten señalar un ofendido individual, que la jurisprudencia ha admitido regularmente como persecutor penal, al lado del ministerio público. Una mejor aproximación al concepto, enseguida, al estudiar la legitimación del querellante.

175 La Cámara Federal de la capital de la República pudo, de esta manera, excluir la querella particular de un ciudadano por el delito de rebelión atribuido a la junta militar que se alzó contra la Constitución y las autoridades políticas instituidas según ella. La importancia de esta decisión deriva del resultado de la denuncia presentada por ese ciudadano, sobre la cual hoy no se tiene noticia, posiblemente finalizada por prescripción: la acción del ciudadano habría imposibilitado, seguramente, esa solución, en un delito cuya denuncia –el procedimiento se debió comenzar de oficio, por querella del ministerio público fiscal– representaba la condena, pues la rebelión de los militares y sus principales autores, que se instituyeron en autoridades supremas de la Nación, por un plazo que alcanzó a los ocho años y hasta nos condujo a una guerra, constituía y aún constituye un hecho notorio (cf. SANCINETTI, Marcelo A., *Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1988, pp. 18 y siguientes).

llamados "delitos no convencionales", con pluralidad de víctimas, cuyo perímetro circunscriptor de las personas abarcadas como víctimas ha sido categorizado como *difuso* (ej.: delitos contra el medio ambiente). La interpretación extensiva y la aplicación analógica de estas definiciones, a pesar de que no está prohibida en este ámbito jurídico y de que puede sostenerse como deseada[176], sólo ha sido utilizada dentro de límites muy estrechos[177], sin extenderse, por ejemplo, a toda persona que demuestre un daño efectivo a consecuencia del hecho punible, aunque él ataque a un bien jurídico considerado colectivo, supraindividual o universal[178].

La única extensión legal –tradicional– del papel del ofendido como acusador, en los delitos de acción pública, resulta de aquellos delitos cuyo resultado es la muerte del ofendido: el cónyuge supérstite, los padres, los hijos o el último representante legal[179], o los herederos forzosos[180] pueden participar como querellantes en el procedimiento penal, cuyo objeto es la investigación y decisión acerca de esa hipótesis.

II. Nuestras leyes procesales penales desconocieron, en principio, que las *asociaciones intermedias*, cuyo objeto es, precisamente, la defensa de un bien jurídico particular –como, por ejemplo, las asociaciones defensoras de los derechos humanos, para la grave conculcación de aquellos establecidos por convenciones internacionales, o las asociaciones protectoras de los animales, para los delitos que condenan el maltrato de los animales o el someterlos a sufrimiento, o aquellas cuyo objeto es proteger la fauna y la flora, para las infracciones que producen su degradación– puedan ser consideradas ofendidas o sustitutos del ofendido, de manera tal de posibilitar su acceso a la actividad persecutoria en el procedimiento penal relativo a aquellas infraccio-

[176] CPP Nación, 2; CPP Córdoba, 3; ambos interpretados *a contrario sensu*.

[177] Por ej., para admitir como querellante por administración fraudulenta contra el patrimonio de una sociedad, al accionista individual.

[178] El medio ambiente degradado daña un interés concreto y legítimo de la persona que vive en el lugar en el cual se produce la degradación; el ciudadano que querelló por rebelión demostraba cómo se habían conculcado, por años, derechos políticos efectivos que, para mayor legitimación, le concedía la Constitución nacional.

[179] CPP Nación, 82, III.

[180] CPP Córdoba, 7: la regla provocará confusiones, por su redacción descuidada.

nes. La tendencia más moderna en el Derecho comparado parece recorrer el mismo camino, pero en sentido inverso[181].

Por lo tanto, el Derecho argentino no conoció al llamado *acusador profesional*, sistema que supone asociaciones intermedias constituidas para ese objeto[182]; y tampoco conoció al *acusador popular*, sistema con prosapia histórica y democrática, en el cual cualquier ciudadano resulta autorizado como acusador en los hechos punibles perseguibles de oficio[183]. Una reforma del enjuiciamiento penal argentino debe plantearse a sí misma el problema de la admisión, en casos específicos, de las asociaciones intermedias y de los ciudadanos, por el sólo hecho del ejercicio de sus derechos políticos, como acusadores en el procedimiento penal. Las asociaciones intermedias podrían ser autorizadas a intervenir en el procedimiento penal, conforme a su objeto, por simple delegación del poder de perseguir penalmente por parte de la víctima individual o, en las infracciones que atacan aquellos bienes jurídicos denominados colectivos o supraindividuales, incluso por derecho propio[184]. Los ciudadanos deberían estar facultados para perseguir los delitos políticos, definidos como aquellos cuya comisión suprime o limita gravemente el ejercicio de sus derechos políticos. Em-

[181] CPP Modelo Iberoamérica, 78; CPP Italia, 91 a 94; CPP Guatemala, 7, inc. 4, y 96. Entre nosotros, el nuevo CPP Pcia. Buenos Aires, 84, reconoce el carácter de "víctima" ("legitimación", según sus palabras) a las "personas jurídicas cuyo objeto sea la protección del bien jurídico tutelado en la figura penal", en caso de hechos punibles que afecten "intereses colectivos o difusos": la regla también provocará confusiones y por la misma razón apuntada en la nota anterior. La regla citada va más allá todavía: en defecto de una asociación semejante utiliza la fórmula de la acción popular, "cualquier ciudadano".

[182] Cf. CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, cit., t. II, nº 570 y 571, ps. 368 y ss., quien señala alguna excepción para nuestro Derecho positivo.

[183] Ver esta obra, t. I, § 5, C, 1, a, II, p. 270, y 2, b, II, ps. 278 y s.; cf. CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, cit., t. II, nº 565 y ss., ps. 361 y siguientes. Si el CPP Pcia. Buenos Aires, 84, pudiera interpretarse de esta manera –algo difícil– sería la primera ley procesal penal en tolerar la acción popular: de allí, quizá, sus dudas en la redacción, del todo decolorante.

Si la CFed. Capital, en el fallo recordado antes, sobre la querella por rebelión contra los jefes militares de la junta militar constituida en 1975 para alterar el funcionamiento constitucional y sustituir al gobierno de la Nación, hubiera admitido al ciudadano como querellante en la causa, hubiera consagrado también, prácticamente, el sistema de acusación popular para esos delitos, y no sin razón, pues es precisamente en esos delitos políticos donde se produce el punto de unión de la tangente formada por la definición de ofendido y por el sistema de acusación popular.

[184] Sobre esta necesidad, en general, NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, ps. 445 y siguiente.

pero, hasta tanto ello se produzca, es viable una *interpretación extensiva* del concepto con el cual la ley define a la víctima para concederle participación en el procedimiento y aun una *aplicación analógica* de ese concepto, según lo postulamos anteriormente.

Para justificar esta *interpretación progresiva*[185] de un precepto legal, interpretado de manera restrictiva durante la vigencia de la ley procesal penal derogada (CPCrim. nacional [1889], 170), no sólo ayudan buenos argumentos de política criminal, sino que, antes bien, basta observar el orden jurídico vigente en la actualidad, cuya posición se ha modificado de manera profunda en este rubro. Se debe aceptar, inicialmente, que, en materia de interpretación de la ley procesal, rige, en principio –salvo casos particulares sujetos a discusión pormenorizada–, la regla del CC, 17, que no sólo admite –sin decirlo, por ser interpretación *intra legem*– la *interpretación extensiva*, sino que, antes bien, aclara que es posible la *aplicación analógica* de la ley y el recurso a los *principios generales del Derecho*. La regla constituye, en verdad, una *cláusula de apertura*, para poder decidir casos posibles no regulados. La solución es adecuada para el orden jurídico de un Estado de Derecho en tanto se refiera a las *facultades o derechos* de las personas en su vida de relación, por contraposición a aquello que sucede con las reglas que limitan el poder estatal, en particular, con las referidas a las prohibiciones o mandatos (reglas de deber) cuya inobservancia se amenaza penalmente, para las cuales rige una *fórmula de cerramiento* del sistema (CN, 18 y 19), que implica estricta interpretación *intra legem* y hasta necesidad de la interpretación restrictiva[186].

Hoy la ley procesal penal[187] ya indica aquella solución. En efecto, decir que toda disposición "que limite el ejercicio de un derecho atribuido por este Código (...) deberá ser interpretada restrictivamente", texto que parte de una regla que rechaza o niega el derecho o la facultad, equivale a decir que deben ser interpretados extensivamente y aun ser aplicados analógicamente aquellos textos legales que *conceden* una facultad o un derecho en el procedimiento (entre ellos: la facultad de querellar)[188]. De tal mane-

[185] Cf. NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal argentino* [*DP arg.*], t. I, Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964, p. 203, incluso en presencia de la rigidez que impone el principio de legalidad penal (CN, 18). Con él: nada hay que impida la interpretación progresiva de la ley conforme a criterios político-criminales actuales, "con arreglo a las nuevas concepciones ampliatorias del contenido primitivo de sus conceptos".

[186] Cf., sobre la fórmula de cerramiento del sistema: ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1974, ps. 189 y ss.; sobre el problema de la prohibición de la analogía, la estricta interpretación *intra legem* de las leyes penales, y el problema del deber de interpretar restrictivamente o en favor del imputado las leyes penales: NÚÑEZ, *DP arg.*, cit., t. I, ps. 105 y ss. y ps. 198 y ss.; ZAFFARONI, Eugenio R., *Manual de Derecho penal, Parte general* (2ª ed.); Ed. Ediar, Buenos Aires, 1979, nº 53, ps. 103 y siguientes.

[187] CPP Nación, 2.

[188] Matemáticamente: Prohibición de interpretación extensiva y aplicación analógica de "O". No "O" es igual a Permisión de interpretación extensiva o interpretación analógica de "O": Pr. IE y AA de – (signo menos) "O" = P de IE y AA de "O", en donde "O", para el caso, es el

ra, la fórmula "ofendido por el delito" no vedará el acceso al procedimiento penal de aquellas personas o asociaciones que, sin poder verificar exactamente que son portadoras individuales y únicas del interés o bien jurídico protegido por la norma supuestamente lesionada, puedan, según el objeto de la asociación o según la naturaleza del bien jurídico concretamente vulnerado o puesto en peligro, demostrar, en el caso concreto, que ellos sufren una disminución de sus derechos a raíz del delito investigado o les alcanza el daño o el peligro ocasionado hipotéticamente por él. Así, por ej., el ribereño de un río contaminado por una acción prohibida o la asociación de vecinos constituida para cuidar el medio ambiente afectado; el ciudadano o un partido político en caso de rebelión o sedición.

El problema es aún más sencillo para las asociaciones intermedias, constituidas para la defensa de un interés social determinado, pues ellas no sólo son reconocidas genéricamente por el Estado conforme a su objeto, sino que, actualmente, han provocado su reconocimiento constitucional (CN, 43, II, texto de la reforma 1994), justamente en forma específica para la defensa judicial de los intereses que constituyen la finalidad de su existencia.

3. La preeminencia de la voluntad privada

a) Los delitos de acción privada

I. Éste es, como se dijo, el ámbito propio que la ley penal reserva a la vigencia de la *autonomía de la voluntad* individual. El acusador estatal y los órganos de persecución penal del Estado son desplazados de su papel de acusadores y el Estado, a semejanza de aquello que ocurre en el Derecho privado, sólo conserva el papel de monopolizador de la violencia, de la fuerza pública, en el sentido de evitar que el conflicto social producido se dirima por el ejercicio de la violencia entre aquellos que son sus protagonistas: de persistir el conflicto, formalizado en un procedimiento penal, el Estado, único autorizado a administrar la fuerza pública, salvo las excepciones derivadas de la necesidad (estado de necesidad o defensa legítima), lo resuelve por intermedio de sus tribunales y conforme a la ley. En virtud de esta decisión política de la

---

concepto "ofendido". Con un ejemplo común al Derecho penal, aunque inverso en su funcionamiento por el sentido de la regla de clausura que preside el sistema: si se supone que un significado debido del principio de legalidad penal impone la interpretación restrictiva –*favor rei*– de todas aquellas disposiciones que definen elementos que conducen a la pena estatal, se supone, también, necesariamente, que es posible y hasta debido interpretar extensivamente y aplicar analógicamente todas aquellas disposiciones que conducen a negar la procedencia de la pena estatal (interpretación y analogía permitida *in bonam partem*). Así, por ej., la excusa absolutoria prevista por el CP, 185, inc. 1° (hurto, defraudación o daño que lesiona el patrimonio del cónyuge) puede ser aplicada a situaciones similares: entre las personas que, aun sin casarse, viven en pareja y en condiciones similares al matrimonio.

172

ley penal, excepción a la regla general, el sistema penal modifica abruptamente su sentido, su significado y su propia comprensión como tal: ahora la aplicación de la ley penal depende totalmente de la voluntad de los protagonistas del conflicto social que reside en la base de un caso penal. La voluntad de la supuesta víctima e, incluso, la del supuesto agresor, gobiernan, por principio, el caso y su solución.

Por esta razón, en esta zona del Derecho penal *sólo* la voluntad del ofendido o, cuando la ley penal lo admite, o la de sus sustitutos, puede someter un caso a la autoridad estatal, a los tribunales del Estado, bajo la pretensión de que lo solucione por aplicación de la ley penal (CP, 73), con lo cual, según se observa, el sistema de control social formal del Estado, por vía de un medio coactivo extremo, representado por la pena estatal –y las instituciones que son su consecuencia–, se mediatiza, pues depende, absolutamente, de la expresión de voluntad persecutoria de una persona de Derecho privado o, al menos, que opera como tal, por razones de oportunidad o conveniencia, según su propio interés y su propia decisión. La consecuencia es clara: la falta de esta expresión de voluntad impide al Estado conocer el caso y solucionarlo mediante las reglas del sistema penal. Allí, sin embargo, no termina el dominio de la voluntad del ofendido, pues los tribunales del Estado sólo podrán aplicar la ley penal en una decisión si esa expresión de voluntad se mantiene en el tiempo, durante todo el procedimiento reglado para ese fin, y se manifiesta con la realización de los actos necesarios para impulsar el procedimiento hacia la sentencia definitiva. En efecto, esa posibilidad y la facultad del ofendido de provocarla se extingue si él *renuncia* expresamente a ejercerla (CP, 59, 4º, y 60), antes de iniciado el procedimiento penal –aunque después del nacimiento de la facultad, esto es, de que el hecho punible del cual nace haya acontecido[189]– o durante su transcurso hasta el momento en el cual recae en él sentencia definitiva firme. Y esa facultad se pierde, también, debido a la regla de principio que impide una nueva persecución penal (*ne bis in idem*), por *abandono de la querella*[190], en razón de la inactividad o de la ausencia del ofendido en momentos cruciales del

[189] Pues la regla no tolera renuncia en abstracto o de futuro (cf. NÚÑEZ, *DP arg.*, cit., t. II, ps. 193 y siguiente).

[190] CPP Nación, 422 y 423; CPP Córdoba, 430 y 431; CPP Tucumán, 430 y 431; CPP Costa Rica, 383 y 384.

procedimiento, abandono que implica la imposibilidad de proseguirlo hacia su meta, la sentencia, pues se carece de la expresión de voluntad persecutoria del ofendido, necesaria para ello[191].

Este dominio del ofendido sobre el contenido del proceso de conocimiento tiene aún más vigor, pues se extiende a la ejecución penal: aunque la pena estatal, una vez acordada por el tribunal en una sentencia firme, es, en principio, un deber –por tanto, también una facultad– del Estado, que sólo a él le incumbe cumplir, con lo cual el Derecho penal recupera, en esta instancia, su *carácter oficial*, también en estos delitos de acción privada, la pena se extingue, cualquiera que sea su grado de realización, por *perdón del ofendido* (CP, 69), facultad básica de la ejecución penal que evidencia hasta qué punto rige la disponibilidad arbitraria del ofendido sobre el hecho punible y sus consecuencias.

A ello cabría agregar el valor de la voluntad del ofendido para la aplicación de ciertas consecuencias jurídicas del hecho punible, como, por ejemplo, la publicación de la sentencia o retractación en los delitos contra el honor, cualquiera que sea su categoría, pena accesoria o reparación, consecuencia imposible de aplicar de oficio por los tribu-

191 La regla de principio en esta obra, t. I, § 6, E, ps. 595 y siguientes. Acerca de la posibilidad constitucional de que la ley procesal penal regule casos de *inactividad* o *abandono de la querella* con efecto de renuncia, *supuesta* o *tácita*, en todo caso, ha surgido en el Derecho argentino un debate teórico-práctico antiguo e interesante, que potenció una regla considerada políticamente inadmisible, vicio de origen del CPP Córdoba (1939), 449, 1°, en el cual han intervenido varios de nuestros más ilustres juristas en la materia: cf., con extensa bibliografía y jurisprudencia, NÚÑEZ, Ricardo C., *CPP Córdoba anotado*, Ed. Lerner, Córdoba-Buenos Aires, 1978, arts. 453 y 454, ps. 433 y ss.; CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, cit., t. II, n° 555 y ss., ps. 337 y siguientes.

Adelantaré mi opinión, sin fundarla, en favor de la posibilidad constitucional de los parlamentos locales de fijar deberes de actividad (de acción o de presencia) durante el procedimiento al ofendido que querella en forma exclusiva por un delito de acción privada y de que, en algunos casos, el incumplimiento de esos deberes puede desembocar en la imposibilidad –ilegitimidad– de una persecución penal posterior que afecte al mismo imputado, por el mismo hecho. La cuestión presenta más aristas que las debatidas y, según se observa, mi solución depende, básicamente, de la vigencia como regla de garantía del principio *ne bis in idem*, que permite una única persecución penal para el trasgresor en relación al mismo hecho, razón por la cual una segunda persecución penal, después de abandonada la primera, resulta imposible jurídicamente. El problema se examinará de cerca en la sección D de este parágrafo, al indicar las facultades del *querellante exclusivo*. Por ahora basta la afirmación del texto que sólo pretende mostrar hasta qué punto la realización del Derecho penal pierde el *carácter oficial* que domina en él, según regla de principio (ver esta obra, t. I, § 8, ps. 809 y siguientes).

nales, sin pedido del ofendido (CP, 114). Y, más aún, conforme a lo explicado es preciso añadir el valor que el *consentimiento del ofendido* tiene –en estos delitos con evidencia–, para excluir la ilicitud del hecho, consentimiento sobre el cual, sin necesidad, la ley penal –CP, 74, II, hoy derogado– había aclarado específicamente, para el delito de adulterio, que el cónyuge ofendido "no tiene el derecho de iniciar la acción" en ese caso y había equiparado al consentimiento, al menos para el efecto denunciado, con el perdón posterior[192].

La voluntad del autor o agente tampoco es absolutamente extraña a la solución de estos casos. En principio no lo es porque, a pesar de que las facultades mencionadas en cabeza del ofendido no requieran la interacción del ofensor o su consentimiento, para operar sus efectos, de hecho, planteado un caso, serán las satisfacciones que ofrezca el agente las que determinen el ejercicio de esas facultades. Tal advertencia en el ámbito de los hechos, que no del Derecho, se convierte en facultad jurídica para los delitos contra el honor, pues en ellos la expresión de voluntad del agente, en forma de *retractación* o de *explicaciones satisfactorias*, según el caso (CP, 112 y 117), culmina el conflicto y fija su solución[193].

[192] El consentimiento del ofendido, al restarle ilicitud al hecho –ya por falta de adecuación típica, ya por justificación; ver este parágrafo, notas 128, 129 y 130, p. 642, y el texto al que pertenecen– elimina siempre la posibilidad de una acción u omisión punible que funden la persecución penal. Por otra parte, el consentimiento –condición negativa del tipo penal o del deber, según la posición que se adopte frente a él en la teoría analítica sobre el delito–, es un hecho sometido a prueba en el procedimiento, para provocar el efecto característico de cerrarlo con una decisión que negará el fundamento de la acción del pretendiente. Por supuesto, podría confesarlo el pretendiente desde su querella inicial, pero, en este caso, sería idéntico el efecto que provocaría para otro delito, que también se excluya por esta razón, incluso de acción pública, porque el hecho no sería típico o no sería antijurídico, según la posición que se adopte respecto del efecto del consentimiento (piénsese, por ej., en la concurrencia comercial desleal o en las lesiones quirúrgicas consentidas). Valiosa es, por lo contrario, la equiparación del perdón, posterior a la consumación, al consentimiento (ver nota 130, p. 642, y el texto al cual se refiere).

[193] Se trata de una excusa absolutoria *post facto*, a la manera del antiguo casamiento con la ofendida o del actual *avenimiento* (CP, 132), caso este último en el cual tiene importancia jurídica no sólo la voluntad unilateral del agente o de la víctima, sino la voluntad conjunta de ambos, el acuerdo en la solución del caso, y, hoy en día, hasta la apreciación judicial. Cf. NÚÑEZ, *DP arg.*, cit., t. IV, ps. 171 y 197; SOLER, *DP arg.*, cit., p. 259. Respecto de las explicaciones satisfactorias, en el caso de la injuria o la calumnia encubierta, NÚÑEZ, *idem*, cit., ps. 152 y ss., es contradictorio, pues, a pesar de que las considera una "condición de punibilidad inherente a los delitos contra el honor" (p. 153), toda su explicación tiende a resaltar que se trata de un elemento negativo del tipo de la injuria o calumnia encubierta y de ello despren de consecuencias respecto de su significado y operatividad; algo similar ocurre con S

II. En el Derecho penal argentino la excepción que tratamos, a su *principio oficial*, es mínima (CP, 73 y ss.): se limita hoy a los delitos contra el honor (CP, 109 y ss.), calumnia e injuria, incluidas las equívocas o encubiertas, y a la publicación o reproducción de ellas, a los delitos de violación del secreto particular o del que implica la correspondencia postal (CP, 153, 155 y 156) –a salvo el secreto oficial (CP, 157) y las distintas figuras alternativas previstas para la violación de la correspondencia por parte del empleado de correos (CP, 154)–, al delito de concurrencia desleal (CP, 159) y al delito de incumplimiento del deber de asistencia al cónyuge, previsto en una ley especial (ley nº 13.944, 2, *d*)[194].

El acusador de estos delitos –esto es, el *legitimado activo* para perseguir al infractor, en lenguaje procesal– es, en general, su víctima presunta, el portador real del bien jurídico hipotéticamente lesionado o puesto en peligro en el caso, o, en lenguaje procesal, el ofendido por el delito. En los delitos contra el honor, la facultad de perseguir le corresponde, en principio, sólo al ofendido –esto es, a la persona, física o ju-

---

idem, cit., ps. 256 y ss., quien después de exponer que con ellas "se creaba un tipo delictivo muy particular, consistente en rehusarse a dar explicaciones" (p. 257), interpreta "que no podría darse a esta disposición un alcance mayor que el acordado al precepto regulador de la retractación, cuyos límites procesales y temporales están perfectamente fijados", razón por la cual "Después de esa audiencia [se refiere a la de *conciliación*, fijada como acto inicial del procedimiento], las ofensas no explicadas y que sean equívocas quedan calificadas como manifiestas, y el demandado debe retractarse, para librarse de la pena" (p. 259). Con dudas, provenientes del escaso estudio específico de la cuestión, prefiero la opinión a la que induce el texto, significante de la naturaleza similar de las *explicaciones satisfactorias* para la *injuria o calumnia equívoca o encubierta* a aquella que tiene la retractación para las ofensas básicas, pues la opinión de NÚÑEZ parece atrapada por su respeto casi sepulcral a la inflexión gramatical que utiliza la ley, en desmedro de la interpretación sistemática (ver CP, 114) y de la consecuencia con la teoría del delito (¿delito de omisión?, según anticipa SOLER como interpretación posible, más coherentemente, solución que rechaza por su falta de sentido común y sistemático), y la de SOLER, por lo contrario, demasiado apartada del texto legal, sobre todo por las condiciones temporales o procesales que le impone, durante el juicio, como límite final para ofrecerlas, so pena de caducidad y con un efecto grave, no contenido en la ley. De todos modos, para el aspecto tratado en el texto, la influencia de la voluntad del autor en la solución del caso, no resulta demasiado importante su ubicación correcta dentro de la teoría del delito, pues, en todo caso, esa voluntad expresada, si reúne las condiciones necesarias de una exlicación satisfactoria frente a una injuria o a una calumnia equívoca o encubierta, producirá el mismo efecto: la terminación de la persecución penal por sobreseimiento o absolución e, incluso, la posible aplicación del art. 114 (publicación de la satisfacción).

[194] NÚÑEZ, *DP arg.*, cit., t. II, p. 147, incorpora también a estas infracciones la *disposición indebida del fondo de reserva jubilatorio* (ley nº 13.991, art. 12), sin importancia práctica.

173

rídica, afectada en su honra o crédito por la ofensa–, pero después de su muerte pueden ejercerla también el cónyuge, los hijos, los nietos o los padres que sobrevivan al ofendido (CP, 75)[195]. En los demás casos genéricos, arriba determinados por el nombre de los delitos (violación de secretos, concurrencia desleal e incumplimiento de los deberes de asistencia al cónyuge), la novedad reside en la posibilidad de que los guardadores –se supone– de un incapaz, adquieran legitimación a través de él, sin ser sus representantes legales (CP, 76). Por último, la representación legal de un incapaz, a pesar de estar mencionada específicamente y sólo para estos casos, no significa un motivo de legitimación propia, sino, como su nombre y caracterización civil lo implica (CC, 56), tan sólo un caso de ejercicio por otro –un incapaz– de la facultad que a éste le pertenece y rige para todos los casos[196]. Aproximaciones mayores al problema que genera la concesión de esta facultad se estudiarán en el capítulo referido al *querellante exclusivo*, nombre que ya ha adquirido carta de ciudadanía en nuestro Derecho procesal penal para designar a quien asume el papel de acusador en estos delitos, porque, comparado con la regla general de *oficialidad*, imperante en el sistema, excluye el poder del Estado de perseguir penalmente.

b) La instancia de persecución penal

Unos pocos delitos *dependen de la instancia privada del ofendido* para poder ser enjuiciados. Son ellos (CP, 72):

1) ciertos ataques a la *honestidad* o contra la *libertad o la capacidad de discernimiento sexual*[197]: la violación, la llamada propia y la impropia, y sus formas agravadas (CP, 119 y 124), el estupro y sus formas

[195] Queda claro que esta disposición se refiere a una persona ofendida en vida, que no ha ejercido la acción o que la ha ejercido y ha muerto durante el trámite del procedimiento, antes de la sentencia definitiva y firme, caso en el cual los sustitutos pueden proseguirla hasta su finalización (cf. SOLER, *DP arg.*, cit., t. 2, ps. 446 y s.; NÚÑEZ, *DP arg.*, cit., t. IV, ps. 26 y siguientes). Algunos requieren que el ofendido haya querellado en vida para que la acción pueda ser sucedida.

[196] Con la sola excepción del adulterio antes de la derogación por ley nº 24.453 de los arts. 118 y 74 que instituían este hecho como punible y fijaban los límites de esa punibilidad y de la persecución penal.

[197] La rúbrica del capítulo, que mencionaba el bien jurídico afectado por la mayoría de estos hechos –*Delitos contra la honestidad*–, fue hoy derogada por la ley nº 25.087, sin reemplazo alguno.

agravadas (CP, 120 y 124), y el rapto con sus formas privilegiada y agravada (CP, 130);

2) ciertos ataques contra la *integridad corporal* o la *salud*: las lesiones leves, dolosas (CP, 89) o culposas (CP, 94), siempre que no mediaren razones de seguridad o interés público; y

3) el llamado *impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes*, según el art. 4 de la ley nº 24.270, ley que define los hechos punibles en sus arts. 1 y 2.

Las *razones de seguridad o interés público*, cuya constatación elimina la facultad de instar y regresa el caso al sistema general de persecución (*de oficio*), no representan criterios objetivos sobre los cuales se pueda debatir contradictoriamente y, eventualmente, someterse a la decisión judicial, y, mucho menos aún, criterios sobre la base de los cuales los jueces, incluso *de oficio*, decidan proceder... *de oficio* o decidan, arbitrariamente, sin instancia del ofendido ni reclamo de actividad persecutoria del ministerio público, una excepción de falta de acción planteada por el imputado, como aquí se ha creído que debe operar correctamente la cláusula[198]. Antes bien, la excepción apuntada representa tan sólo la afirmación del órgano de persecución penal del Estado –o competente para ello–, normalmente el ministerio público fiscal, que decide perseguir penalmente un caso determinado y, para ello, afirma la existencia de una de esas razones, o de ambas a la vez. Se trata, en esa comprensión, nada más que de un caso –excepcional entre nosotros– en el cual rige el *principio de oportunidad*, formulado de manera exactamente contraria a lo habitual: en lugar de describir la regla el caso genérico en el cual existe la posibilidad de prescindir de la persecución, habitualmente sin condicionamiento alguno, en reemplazo de la máxima general de *legalidad*[199], aparece la posibilidad de dejar de lado –por expresión de voluntad del órgano estatal competente para perseguir oficialmente– una condición que inhibe la persecución penal oficial (caso de oportunidad encubierto tras la fórmula legal), consistente en un derecho atribuido por regla al ofendido para determinar la persecución penal pública (exigirla mediante la instancia o inhibirla por su sola omisión). La fórmula totalmente abierta que supone afirmar razones de seguridad o de interés público impone esa interpretación, pues existe un *interés público* o está afectada la *seguridad* allí donde el órgano del Estado competente para perseguir penalmente lo indica[200]. Afirmar lo contrario implicaría que, hasta la sentencia firme, incluida la casación, no sabríamos si la persecución penal es válida o inválida, si pudo o no pudo procederse a la formación de la causa. Por

198 V. Exposición de motivos sobre el punto, ley nº 17.567, que introdujo la fórmula; cf. la sentencia CFed. Capital, en "La Ley", t. 135, ps. 920 y ss., con nota de GENÓCRATES; SOLER, *DP arg.*, cit., t. 2, p. 445.

199 Ver esta obra, t. 1, § 8, C, 3, ps. 834 y siguientes.

200 Cf. ROXIN, *DPP*, cit., § 14, A, p. 89, y B, II, 1, p. 90.

lo demás, los jueces adquirirían otro oficio y otra competencia, extraños a ellos: depositarios de la seguridad y del interés públicos[201].

La necesidad de la instancia significa desplazar la *oficialidad* de la persecución penal, que, por regla general, no depende de una manifestación de voluntad particular, extraña al órgano estatal que la representa (CP, 71); pero no implica sino una excepción o transformación leve del sistema, pues la persecución sigue siendo *oficial*, aunque sometida a una condición, que, cumplida, habilita la acción oficial (CPP Nación, 6; CPP Córdoba, 6; CPP Tucumán, 6; CPP Costa Rica, 6) y, en nuestro Derecho, es *irretractable*. Por ello, no repercute sobre el tema que tratamos, la participación del ofendido en el procedimiento penal, que se rige por las reglas anteriormente explicadas para los delitos de acción pública: el ofendido tendrá o no tendrá la facultad de participar en el procedimiento, al lado del ministerio público, según la decisión legislativa que, a este respecto, adopte la ley procesal penal. No obstante lo afirmado, la ley penal (CP, 72, II) prevé –por excepción– que, aun para estos delitos, la persecución penal pueda ser enteramente oficial, sin condicionamiento alguno: cuando la víctima sea un menor carente de representación legal o de guarda, o cuando el autor fuere uno de sus ascendientes, el tutor o el guardador.

Cuando el ofendido es incapaz (CC, 54 y ss.), la facultad de instar la persecución penal se traslada al representante legal o al guardador.

Según se observa, la concesión al principio de autonomía de la voluntad particular es mínima y no varía sustancialmente el sistema general. Ello es así no sólo por las excepciones que la regla consagra, tanto en general (delito cometido contra menor sin representación legal o guardador, por estos últimos contra él o en el caso de intereses gravemente contrapuestos entre alguno de ellos y el menor), como en el caso particular de las lesiones, sino, además, por su menor repercusión procesal y, en especial, por el número menor de delitos que contempla y la irretractabilidad de la instancia[202].

[201] Ver, sobre el problema relativo a los *ámbitos de decisión valorativos* o *discrecionales en el procedimiento penal*, de los cuales el comentado conforma un ejemplo característico, STÖRMER, Rainer, *Beurteilungsspielräume im Strafverfahren*, en "ZStW", t. 108, 1996, ps. 494 y siguientes. Interesante resultó escuchar la conferencia inaugural del V Congreso de Derecho público del Mercosur, el 28/5/2003, a cargo de mi colega, el Dr. Guillermo A. MUÑOZ, sobre *El interés público*, para verificar problemas y soluciones similares conceptualmente en el Derecho administrativo.

[202] La llamada ley nº 17.567, proveniente del Proyecto de Código Penal (1960) incluía otros delitos: amenazas, violación de domicilio e insolvencia fraudulenta (cf. SOLER, *DP arg.*, cit., t. 2, p. 444).

4. La reparación del daño

Finalmente, el ofendido puede introducirse al procedimiento penal y participar en él si pretende la reparación del daño material y moral provocado por el delito que constituye su objeto. Nuestro país tiene ya una larga tradición referente a la incorporación de la cuestión civil (*acción civil ex delito*) al procedimiento penal, como accesoria de la persecución penal.

Ya el antiguo Código federal de procedimiento criminal de 1889 regulaba, desde su proyecto, esta posibilidad. A pesar de que éste fue uno de los títulos del Proyecto Obarrio que no pasó la revisión legislativa y, por tanto, no fue sancionado, quedaron en el Código disposiciones aisladas, sobre todo aquellas que aludían a una demanda civil, al ordenar el traslado "a las personas civilmente responsables" para que la contesten[203], y a la sentencia, que debía contener "la calificación de los hechos probados con relación a la responsabilidad civil en que hubiesen incurrido los procesados, o las personas sujetas a ella, a quienes se hubiese oído en la causa..."[204], a más de un título referido al embargo y medidas cautelares de terceras personas responsables, "sometidas a la responsabilidad civil del delito, con arreglo a disposiciones legales"[205]. La sanción del CP de 1921 prestó también auxilio a la incorporación de la cuestión civil al procedimiento penal, pues, con evidente error, se interpretó textualmente su art. 29 en sentido procesal: se estimó que su deficiente redacción, aún vigente, pretendía regular la sentencia como acto procesal: "La sentencia condenatoria podrá ordenar ["La sentencia condenatoria ordenará", en el Proyecto]: 1° La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero...; 2° La restitución de la cosa obtenida por el delito...". Ello obligaba a aceptar la demanda civil en el procedimiento penal[206]. Es evidente que, según la tesis entonces y ahora dominante, la competencia de los jueces, el procedimiento, con ello la decisión acerca de la acumulación de las acciones civil y penal, y los actos procesales, entre ellos la sentencia, constituía una cuestión de regulación local, y no un problema de la ley penal nacional. El equívoco, sin embargo, tornó indiscutido un problema discutible tanto desde el punto de vista político, como desde el ángulo de observación jurídico. La sanción del CPP Córdoba (1939) y con ello la de todos los códigos provinciales y ahora el federal de la corriente llamada

---

Es recomendable no sólo ampliar el número de los delitos dependientes de instancia privada o, incluso, de autorización gubernativa, y permitir, al menos hasta cierto estadio del procedimiento, la posibilidad de que el instante revoque la instancia, como lo hace el CPP Guatemala, 35. El CP RFA, 77d, permite la revocación de la instancia durante todo el curso del proceso de conocimiento, hasta la sentencia firme, y aclara que la instancia revocada no permite una nueva instancia posterior.

[203] CPCrim. nacional (1889), 463.

[204] CPCrim. nacional (1889), 495, inc. 4°.

[205] CPCrim. nacional (1889), 425 y siguientes.

[206] Sobre el origen y la historia del precepto y su redacción en la sanción de la ley, así como sobre los equívocos y necesidades políticas de compromiso que implicaron su redacción final, cf. los autores y libros citados en nota 7 de este parágrafo, p. 584.

"moderna", que lo tomaron de modelo, constituyó, con su regulación completa de la acción civil incorporada al procedimiento penal, según el sistema de la *actio civile*, originado en el Derecho francés[207], el escalón final para el asentamiento definitivo de la posibilidad de la víctima de reclamar la reparación del daño en el procedimiento penal. Ello a pesar de que, como ya se advirtió, esos códigos suprimieron el papel de acusador que la víctima del delito tenía en los códigos antiguos. Tal situación justificó que la literatura jurídica se ocupara desde antiguo del problema y que varios de nuestros más prestigiosos autores dieran a luz monografías exhaustivas sobre el tema[208].

Parece, sin embargo, que asistimos al nacimiento de una corriente contraria: el Anteproyecto CPP Santa Fe elimina la cuestión civil del procedimiento penal; y el Proyecto CPP El Salvador, debido a la obra de un jurista argentino, Alberto BINDER, en cuya revisión participaron juristas costarricenses próximos al Derecho argentino por su legislación procesal penal positiva, también tributaria del CPP Córdoba (1939), reemplaza la acumulación de acciones en el proceso de conocimiento por un *procedimiento monitorio para la reparación del daño*, posterior a la sentencia condenatoria penal. Esta tendencia es seguida hoy por el CPP Chubut, 193 y siguientes.

La facultad de constituirse como *actor civil* en el procedimiento penal le corresponde, en principio, al ofendido –técnicamente: a quien sufrió un daño resarcible, directamente provocado por el delito, aunque no sea la víctima–, y, en su caso, a sus herederos, con el límite de su cuota hereditaria[209]; si el Estado mismo fuere el ofendido, tal facultad es ejercida por sus abogados[210]. Para algunos códigos la facultad de ejercer la acción civil puede ser delegada por quien carece de recursos para ejercerla, en los abogados del servicio de defensa público u oficial o en los del órgano estatal encargado de prestar auxilio judicial, quienes también se encargan de ejercerla por el incapaz civil que carece de representación[211]. La facultad comprende el derecho de elegir la vía alternativa, pues el accionante puede decidir plantear su pretensión ante los jueces competentes en materia civil y por la vía del procedimiento civil, pero, por principio, no podrá intentarse simultánea-

[207] Cf. ESER, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*, cit., ps. 41 y siguientes.

[208] El primero fue Ricardo C. NÚÑEZ con *La acción civil para la reparación de los perjuicios en el proceso penal*, Buenos Aires, 1948, hoy reeditada como *La acción civil en el proceso penal* (2ª ed.), Ed. Lerner, Córdoba (RA), 1982; luego escribió Alfredo VÉLEZ MARICONDE su *Acción resarcitoria*, Ed. del autor, Córdoba (RA), 1965; más próximo a la época actual fue Carlos CREUS quien se ocupó del tema en *La acción resarcitoria en el proceso penal*, citado.

[209] CPP Nación, 14; CPP Tucumán, 24; CPP Córdoba, 24; CPP Costa Rica, 37 (sin límite y hasta concede legitimación a una abstracción impersonal: la sucesión).

[210] CPP Nación, 15.

[211] CPP Tucumán, 25; CPP Córdoba, 25; CPP Costa Rica, 39.

mente por las dos vías[212]. Si, planteada la acción civil en el procedimiento penal, éste no puede proseguir por un impedimento procesal (rebeldía o privilegio funcional del imputado, o suspensión del procedimiento a prueba[213], por ejemplo), queda expedita la otra vía[214]. Alguna ley procesal penal se ocupa de legitimar como actor civil a un órgano estatal, cuando el hecho punible afecte intereses colectivos o difusos[215].

Demandados, esto es, legitimados pasivamente para soportar la acción, pueden ser todos los partícipes en el delito y, en su caso, el tercero civilmente responsable, según la ley civil[216]. El Derecho argentino ha incorporado como *demandado civil* a los aseguradores de daños provocados por hechos punibles, conforme a una disposición exorbitante de la ley comercial sobre el contrato de seguro[217].

La acción civil para la reparación del daño, ejercida en el procedimiento penal, es *accesoria* a la persecución penal: ella debe estar pendiente para ejercerla, con lo cual, si el procedimiento penal finaliza anticipadamente, es decir, de otro modo que con la sentencia definitiva, dictada después del debate, la acción civil perece formalmente y debe ser ejercida, para obtener la satisfacción, ante los jueces competentes en materia civil y por la vía del procedimiento civil; una vez iniciado el debate (y a salvo su interrupción), en la sentencia y para los recursos eventuales contra ella, la acción civil adquiere carácter de *principal*, pues la absolución penal no evita la sentencia civil, que, incluso, puede condenar a los demandados, y, aun firme la absolución penal, la sentencia civil puede ser recurrida autónomamente[218]. Tal posibilidad,

212 CPP Costa Rica, 41.

213 Ver, al respecto, CP, 76 *bis*, III, y 76 *quater*.

214 Expreso: CPP Nación, 17.

215 CPP Costa Rica, 30, legitima a la Procuraduría General de la República, muy sintéticamente, al punto de que no permite avisorar su necesaria correlación con la legislación material de daños o con leyes especiales al respecto.

216 CPP Nación, 14 y 97; CPP Tucumán, 24 y 109; CPP Córdoba, 24 y 109; CPP Costa Rica, 37 y 119.

217 Ley nacional nº 17.418, art. 46, IV (*Facultad del asegurador*): el Congreso de la Nación, como legislatura nacional, está habilitado para dictar la ley comercial, pero no lo está para distribuir competencias judiciales en los estados federados. Más limitado y racional, el CPP Córdoba, 115 y siguientes.

218 CPP Nación, 16 y 17; CPP Tucumán, 26 y 27; CPP Córdoba, 26 y 27; CPP Costa Rica, 40.

después del debate sobre el mérito, se funda en la necesidad de evitar un nuevo dispendio de actividad jurisdiccional, para dar solución al caso desde el punto de vista del Derecho privado, cuando esa actividad ya ha sido cumplida íntegramente.

Mayores aproximaciones al tema bajo la letra E de este parágrafo.

C. EL QUERELLANTE EN LOS DELITOS DE ACCIÓN PÚBLICA

1. Concepto y legitimación

I. Se denomina entre nosotros *querellante*[219] a la persona que, además del ministerio público fiscal, está autorizada por la ley a perseguir penalmente en un procedimiento penal. Esta definición por exclusión, y, por ello, no recomendable, se vincula al hecho de que el Derecho argentino legitima a ciertos órganos estatales –personas de Derecho público, con prescindencia de su calidad de ofendido como portador de un bien jurídico o, cuando menos, sin interesar esa circunstancia–, diferentes del ministerio público fiscal, a intervenir en el procedimiento penal como persecutores (actores) penales, en ciertas zonas o delitos particulares del ámbito de los hechos punibles, al lado de la fiscalía y

[219] El nombre se ha impuesto en la legislación (cf. CPP Nación, Libro I, Título IV, Capítulo IV; CPP Córdoba, Libro primero, Título V, Capítulo II), en la doctrina (cf. CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. II, Parte 2ª, Libro 1º, Título 1º, Cap. 3º, Sección 3ª, p. 319) y en la práctica argentinas. Existen, sin embargo, otras formas de nombrarlo: *acusador particular*, para diferenciarlo del *acusador privado*, según intervenga en un procedimiento por delito perseguible de oficio o por delito de acción privada (cf. QUERICO, Mario, *Derecho procesal penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1973, Parte 2ª, VI, 3, D y E, ps. 230 y 244), adjetivos que también son usados por la ley para caracterizar al querellante (v. CPP Nación y CPP Córdoba antes citados).

Según se regule por la ley su intervención en los delitos de acción pública, con mayores o menores facultades en el procedimiento, se lo ha llamado también *querellante conjunto* (CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. II, nº 558 y ss., ps. 343 y ss.), en el sentido de que opera con el ministerio público fiscal, y tiene facultades formales casi idénticas a las de él, autónomas respecto del órgano estatal de la persecución penal, o *querellante adhesivo* o *por adhesión* (Proyecto CPP Nación 1986, 78), cuando su labor implica dependencia del ministerio público fiscal en los actos fundamentales (acusar, recurrir la sentencia) para cumplir el papel de acusador, esto es, cuando se lo concibe más como un auxiliar del órgano estatal de la persecución penal, que como un litigante autónomo, y, por ello, no representa exactamente la figura de un acusador duplicado, aspectos que consideraremos en detalle posteriormente. Ambas denominaciones, al mismo tiempo, cumplen la misión de diferenciarlo por su nombre de quien persigue penalmente en los delitos de acción privada, denominado *querellante exclusivo* (ver este parágrafo, D, 1, ps. 693 y ss.), esto es que excluye o desplaza la persecución penal estatal.

con las facultades concedidas por la ley procesal al querellante[220]. Ellos son, sin embargo, casos de excepción –pues el órgano de la persecución penal estatal, en los delitos de acción pública (CP, 71), está siempre representado por la fiscalía–, previstos expresamente por una ley, razón por la cual pueden ser dejados de lado al explicar la institución y nombrarse, a guisa de ejemplo, al final de la exposición.

En los llamados "delitos de acción pública", incluidos los dependientes de una instancia para su persecución, se denomina *querellante* –o *querellante particular*, o *acusador particular*–, en principio, a la persona, de Derecho público o privado, portador del bien jurídico afectado o puesto en peligro por el hecho punible concreto que es objeto del procedimiento, esto es, sintéticamente, al *ofendido* por ese hecho punible, en lenguaje usual para el Derecho procesal penal, o a la *víctima* del hecho punible, en lenguaje usual para el Derecho material o para los estudios criminológicos. Tal definición básica emerge del texto de la propia ley procesal que, según fórmula común entre nosotros, concede la posibilidad de perseguir penalmente a "Toda persona con capacidad civil *particularmente ofendida* por un delito de acción pública..."[221].

Ofendido o, más precisamente, *ofendido penalmente* no es quien sufre un daño cualquiera a raíz del delito, incluso reparable según reglas de Derecho privado o público, sino, tan sólo, quien porta en el contexto concreto el bien jurídico protegido por la norma penal de prohibición o de mandato presuntamente infringida, por tanto, el bien jurídico concretamente dañado o puesto en peligro, situación que muchas veces se ha descrito con la fórmula adjetiva: *"directamente* perjudicado por el delito". Un ejemplo académico aclara el concepto: en las lesiones corporales (CP, 89 y ss.) es *ofendido* aquel que sufre la lesión que afecta o disminuye su integridad física; no lo es, en cambio, quien, por efecto del hecho punible así calificado ve disminuido su patrimonio (ensuciada una pared o rota una vidriera al caer un objeto o el cuerpo de la víctima), salvo que, además de las lesiones, pueda imputarse daño, sólo prohibido cuando el autor obra con dolo (CP, 183), variante que aclara aún más el concepto.

El problema se magnifica cuando se trata de abstracciones, en especial, de bienes jurídicos *colectivos*, *supraindividuales* o *universales*. Un ejemplo algo engañoso, que ha tratado múltiplemente la jurisprudencia, deriva de la prohibición de falsificar docu-

220 ¿Desconfianza en el órgano estatal predispuesto por la ley para cumplir esa tarea, el ministerio público fiscal?

221 CPP Nación, 82, I; CPP Pcia. Buenos Aires, 77, que, históricamente, lo denomina "particular damnificado" con un texto legal prácticamente idéntico; o al *"ofendido penalmente* por un delito de acción pública ..." (CPP Córdoba, 7).

mentos o de usar documentos falsos (CP, 292 y ss.) y de las falsificaciones en general (CP, 282 y ss.), concebidas todas como "delitos contra la fe pública". Tales falsificaciones van unidas, regularmente, a delitos contra la propiedad o el patrimonio, en tanto la falsificación o el uso de aquello que fue falsificado revela su fin en un fraude a un patrimonio concreto o, cuando menos, en una disminución de una expectativa patrimonial legítima. Empero, aún pensados estos delitos autónomamente, como en el de la falsificación de un testamento que excluye un heredero en una sucesión deficitaria por una causa que lo somete a una persecución penal o en el de mi adhesión a un movimiento político del que no participo, que me priva, en aquél al que yo realmente adhiero, de una postulación electoral, no parece posible dejar de lado el interés de quien, a raíz de la falsificación documental, se ve privado de un derecho que le pertenece (aceptar la herencia lisa y llanamente o con beneficio de inventario, postularse para un cargo electivo) o soporta el riesgo de afectación (sometimiento al procedimiento penal y privación de libertad o caución). La cuestión es todavía más clara en "delitos contra la seguridad pública", como, por ej., en el envenenamiento o adulteración de aguas, sustancias alimenticias o medicinales que, por definición, requieren estar destinadas al uso público o al consumo colectivo (CP, 200), hechos punibles en los cuales un consumidor puede resultar perjudicado directo por el hecho punible, por el mero hecho de ser uno de los consumidores reales de la sustancia adulterada (del agua envenenada o de la insulina adulterada), por tanto, portador concreto del bien jurídico protegido por la norma, con exclusión de toda afectación o peligro corrido por otro bien jurídico (la integridad física si el consumo produjo lesiones, por ejemplo). De la misma manera se puede razonar en los demás "delitos contra la salud pública".

Sin embargo, es más difícil consentir la solución indicada en otros delitos que afectan o ponen en peligro intereses colectivos, como, por ej., en la instigación a cometer delitos o en la asociación ilícita y, dicho de manera general, que reconoce excepciones, en los "delitos contra el orden público". La solución, a mi juicio, depende de dos parámetros en cuanto al portador individual: el primero se refiere, según ya lo hemos advertido, a admitir, para el caso, la *interpretación extensiva* e, incluso, la *aplicación analógica* de la regla en el sentido indicado; el segundo se refiere a la condición, propia del procedimiento, de poder verificar –probar– la afectación o, en su caso, el peligro corrido por el bien jurídico protegido del cual el pretendiente es portador concreto. Con referencia al primer supuesto, escasamente tenido en cuenta por la jurisprudencia –que antes bien ha preferido la interpretación restrictiva–, su corrección no sólo parte del hecho de que, para las facultades que ella concede a quienes pueden intervenir en el procedimiento, rige el CC, 17, sino, además, del expreso mandato de la ley procesal (CPP. Nación, 2) que obliga a adoptar la solución indicada. En efecto, mandar a *interpretar restrictivamente* toda disposición legal que limite el ejercicio de un derecho atribuido por el Código –para el caso: el derecho de querellar fundado en los límites que la palabra *ofendido* presuntamente implica, si se la interpreta restrictivamente– vale lo mismo que obligar a *interpretar extensivamente* y *aplicar analógicamente* los presupuestos que esa misma facultad requiere para existir en concreto[222]: todo se reduce a un problema de utilización del idioma. En ocasiones, la jurisprudencia ha aplicado correctamente

[222] Ver *supra* nota 175 de este parágrafo, p. 665.

este criterio, como cuando ha decidido que el socio puede querellar a quienes han administrado fraudulentamente (CP, 173, 7°) el patrimonio social.

II. Las reglas legales que conceden la facultad de querellar a la víctima amplían su radio natural de definición en ciertas ocasiones. Es conocida esa ampliación en el caso de que el hecho punible objeto del procedimiento haya provocado la muerte del portador del bien jurídico afectado, sólo cuando la muerte –por acción dolosa o imprudente, o por omisión– constituye uno de los elementos del hecho punible. En esos casos nuestra legislación extiende, por lo general, la legitimación al cónyuge supérstite y a ciertos parientes, que nombra, ordinariamente, no por el grado sino por su nombre común: padres e hijos[223].

El CPP Córdoba, 7, coloca, al lado del ofendido, a sus *herederos forzosos*, sin mencionar la limitación de la muerte de la víctima como resultado típico del hecho punible. Si rigiera la interpretación restrictiva, prohibida para el caso por la misma ley (CPP Córdoba, 3), sería posible la afirmación de que el concepto heredero forzoso sólo cobra valor después de la muerte del causante, esto es, en concreto, en el mismo caso antes reseñado. Esa interpretación es posible, pero no correcta, pues la fórmula no exige que el hecho punible por el cual se querella tenga por resultado la muerte del ofendido: de tal manera, aun en esa interpretación, si el ofendido muere por otra razón, incluso por una causa natural, que no genera punibilidad alguna, los herederos forzosos lo suceden en la facultad de querellar. Pero más grave es aún que, con una interpretación extensiva, el derecho de querella alcance a quienes son sus herederos forzosos según el concepto de la ley civil, aun sin morir el ofendido como resultado del delito: se trata del caso del ofendido por un delito contra el patrimonio (hurto, daño, fraude) y sus herederos forzosos, que, si este concepto se refiere tan sólo a la definición de la ley civil, en el momento de la querella, podrían querellar prescindiendo de la voluntad de la propia víctima. Las extensiones tradicionales del derecho de querellar no ofrecen lugar a esta confusión. Para apreciar la magnitud de la confusión se debe pensar en los delitos de acción pública sometidos a la condición de la instancia privada. Es posible imaginar, en la hipótesis, problemas variados, desde el más obvio que consiste en preguntarse si pueden querellar los herederos forzosos del instante cuando él no ejerce la facultad de querellar, aunque libera la persecución penal mediante la instancia, hasta el más grave consistente en la muerte del instante capaz sin instar la persecución penal, problema este último meramente aparente, pues está resuelto por la ley penal (CP, 72, II, primera oración), en el sentido de negar la posibilidad de perseguir penalmente el hecho, salvo el caso específico de la muerte del instante como resultado del hecho punible (persecución de oficio: CP, 72, 1°).

La referencia a los *representantes legales* y convencionales (*mandatarios*) como legitimados para querellar es incorrecta y nada agrega[224], pues ambos representantes operan

[223] CPP Nación, 82, III.

[224] CPP Córdoba, 7; correctamente, CPP Nación, 82, II.

expresando una facultad o una voluntad ajenas, el primero la de su hijo, pupilo o ente representado, que no puede efectuar la decisión de obrar ni llevarla a cabo, razón por la cual la ley civil, comercial, administrativa o de otra índole coloca en su lugar al representante u órgano de decisión, y el segundo la voluntad de quien le ha delegado su ejercicio, el mandante. La extensión que tratamos es sobre todo incorrecta, cuando la ley misma se refiere, posteriormente, a la posibilidad de representación (CPP Córdoba, 125).

III. La ley procesal penal se refiere siempre, entre nosotros, al ofendido en el sentido expresado: el de víctima individual del hecho punible. Como anticipamos, la existencia de bienes jurídicos colectivos, supraindividuales o universales ha planteado hoy el problema de la legitimación de las asociaciones, denominadas *intermedias* –entre las cuales se destacan las organizaciones no gubernamentales (conocidas por la sigla *ONG*)–, como titulares de la facultad de querellar en aquellos casos referidos al bien jurídico cuya defensa constituye el objeto de la asociación de personas: sirva como ejemplo *Greenpeace*, la organización universal para la defensa del ambiente, en relación a los hechos punibles que afectan el medio ambiente o lo ponen en peligro, o, en un sentido más local, la Sociedad protectora de los animales, para los hechos punibles que consisten en el maltrato a ellos[225]. Se trata, como se observa, de un problema político. Sin embargo, él podría tener solución transitoria en la propia ley, si se aceptara su *aplicación analógica*, según lo postulamos. En esos bienes jurídicos colectivos, sin perjuicio de la existencia de un ofendido individual con derecho a querellar, las asociaciones constituidas para su defensa están colocadas, respecto de esos intereses –hoy llamados *difusos*, en otro terreno jurídico, por la dificultad para individualizar ofendidos particulares–, en una posición análoga a la de la víctima individual respecto de bienes jurídicos de ese tipo[226]. Regularmente, esas organizaciones presentan ade-

[225] Todavía cabe hablar de esas asociaciones intermedias como representantes de las víctimas en aquellos delitos tradicionales que afectan a un portador individual: como ejemplo, una asociación de mujeres que se proponga auxiliar a las víctimas de delitos sexuales, cuando son mujeres. Pero ese problema es puramente formal, pues el ofendido puede apoderar a la asociación para que ejerza por él la persecución penal del autor o partícipe. Sin embargo, la facilitación formal de esa delegación, mediante la simple expresión de voluntad ante cualquier autoridad –*apud acta*–, como sucede ya con la delegación de la acción civil en un funcionario oficial, es conveniente y debe ser exigida.

[226] El CPP Pcia. Buenos Aires, 84, parece sugerir la interpretación propuesta, y, en verdad, se podría arribar a ese resultado no bien se excluyera su referencia final al "presente Có-

más la ventaja, en relación a los funcionarios del ministerio público fiscal, de su experiencia y técnica aprendida en el ámbito definido en el cual operan[227]. Y el hecho de que se trate de la persecución penal ofrece además la ventaja, esta vez jurídica, de que la aplicación del Derecho penal, más aún en el caso de la persecución penal pública, no debe lidiar con el problema relativo a los efectos de la sentencia, sobre todo respecto de ofendidos individuales que no intervinieron en el procedimiento[228].

Sólo conozco un caso (CPenal Económico, Sala "A", nº 13.759, resuelta el 10/3/1995 y registrada bajo el nº 43 *bis*, folio 56 *bis*, año 1995) en el que un tribunal de apelación permitió a una asociación intermedia –la Cámara o asociación de empresas que regía la actividad específica de la que se trataba–, que compartía con el Estado (Aduana) la tarea de fiscalización de las exportaciones, asumir la posición de querellante particular (CPP Nación, 82) para perseguir penalmente, junto a la fiscalía, hechos punibles relativos a los reintegros (beneficios o subvenciones) por exportación. Idéntica resolución fue reiterada en dos casos idénticos iniciados por la misma asociación pero contra otras personas y decididos por el mismo tribunal (CPenal Económico, sala "A", nº 13.995, resuelta el 24/5/1995 y registrada bajo el nº 223, folio 272, año 1995, y nº 13.959, resuelta el 24/5/1995 y registrada bajo el nº 225, folio 274, año 1995). Sin duda, el hecho de que las reglas administrativas regularan el control aduanero compartido entre la Aduana y la asociación específica contribuyó decididamente a fundar la resolución.

IV. A pesar de la institución de un órgano estatal específico para la persecución penal pública, leyes particulares legitiman para intervenir como querellante en el procedimiento penal, con sus mismas facultades, deberes y responsabilidad –sin desplazar a la fiscalía–, a otros organismos estatales diferentes del ministerio público fiscal, en casos de excepción. Sucede así, por ejemplo, cuando la ley penal tributaria y previsional (nº 24.769: *Régimen penal tributario*), art. 23, prevé que "El organismo recaudador podrá asumir, en el proceso penal, la función

pítulo"; sin embargo, ella, puesta en la ley en un capítulo distinto y posterior al relativo al "Particular damnificado", impide más que auxilia ese tipo de interpretación. Me pregunto: ¿cuál habrá sido la intención de quienes incluyeron la regla?

227 Razón por la cual es hasta recomendable el reemplazo de la fiscalía por estas asociaciones, para la persecución penal del autor y partícipes bajo supervisión de un funcionario del ministerio público fiscal, oficio que puede retomar la persecución penal si existe una valoración negativa de la tarea que cumple la asociación.

228 Cf. Pellegrini Grinover, Ada, *Novas tendências do direito processual*, Ed. Forense Universitaria, Río de Janeiro-San Pablo (Brasil), 1990, II, 11, ps. 152 y siguientes.

176

de querellante particular a través de funcionarios designados para que asuman su representación"[229].

2. Función y límites

El querellante en los delitos de persecución penal oficial se desempeña como acusador, al lado de la fiscalía o en conjunto con ella, pero autónomamente. En general se describe su función mediante una equiparación de facultades con las de la fiscalía, acusador nato del procedimiento común. Empero, el querellante no posee las atribuciones coercitivas ni ejecutivas de las que goza el ministerio público fiscal o su auxiliar, la policía, por ej., la de allanar domicilio, en los casos en los cuales la ley permite la injerencia sin orden judicial[230], la de disponer arrestos y requisas urgentes por peligro de demora[231], la de clausurar locales[232] o la de disponer el secuestro de comunicaciones epistolares o de cosas remitidas[233]. El uso de la fuerza pública concierne sólo a la fiscalía y a su auxiliar en estos menesteres, la policía, que la detenta. Va de suyo que tampoco alcanzan al querellante los deberes pertinentes. En este sentido, el querellante, o quien por él (mandatario o representante) cumple ese papel, se comporta como un simple ciudadano, con las facultades que a él le autoriza, excepcionalmente, la ley procesal penal: por ej., la de detener a alguna persona sin orden judicial en los casos especialmente autorizados por la ley y con la obligación de entregar al detenido inmediatamente a la autoridad policial o judicial más próxima[234]. Tampoco alcanzan al querellante ciertos deberes o facultades funcionales de los funcionarios de la fiscalía o policiales, como las obligaciones de obrar con *objetividad* y *lealtad*[235] en el

[229] Un órgano estatal, el Banco Central de la República, resume en sí mismo la función de un acusador, con exclusión del ministerio público fiscal, en el *Régimen penal cambiario* (ley nº 19.359, dudosamente vigente en su totalidad porque ha sido ordenado su texto por un decreto del Poder Ejecutivo nº 480/95), pero también, aunque parcialmente, la de juzgador (ver arts. 5 y ss.), lo cual, en materia penal, representa una extravagancia.

[230] CPP Nación, 227.

[231] CPP Nación 184, incs. 3º, 5º y 6º.

[232] CPP Nación, 184, 6º.

[233] CPP Nación, 185.

[234] CPP Nación, 287.

[235] Cf., por ej., CPP Chubut, 200.

procedimiento o el deber que le impone el *principio de legalidad*, propio de la función (CP, 71 y 274), y la facultad de recurrir a favor del imputado[236].

Comparado con el ministerio público fiscal, el querellante tampoco puede dirigir la instrucción preliminar y practicar sus actos[237] o cumplir esa tarea por delegación del juez de instrucción[238]. La ley describe y circunscribe su actuación cuando explica que le corresponde "impulsar el proceso, proporcionar elementos de convicción, argumentar sobre ellos y recurrir con los alcances que en este Código se establezca[n]"[239], facultades que definen su papel genérico en el procedimiento.

El querellante posee el derecho de conocer los protocolos o actas de la instrucción (vista), mientras no haya sido ordenada la reserva[240], por haberle sido concedido el papel de "parte" en el procedimiento, y, por aplicación analógica[241], la facultad de asistir a los actos de la instrucción de la misma manera según la cual está regulada la asistencia de los defensores del imputado y del fiscal[242]. Las únicas diferencias con el funcionario que representa al ministerio público fiscal respecto de estas facultades durante la instrucción preliminar consisten en la vigencia del secreto ordenado para el querellante[243], que no rige para el ministerio público, y en la limitación para asistir a la declaración del imputado[244], facultad que no posee el querellante.

En el Derecho positivo argentino, el querellante puede acusar autónomamente, esto es, sin depender de la acción que decida emprender

236 CPP Nación, 433, sin sentido cuando se trata del querellante, pues significa el abandono de su querella.

237 Procedimiento preparatorio del ministerio público fiscal: CPP Córdoba, 328 y ss. (*Investigación fiscal*); CPP Pcia. Buenos Aires, 267 y ss. (*Investigación penal preparatoria*); CPP Nación, 353 *bis* (*Instrucción sumaria*).

238 CPP Nación, 196.

239 CPP Nación, 82, I.

240 CPP Nación, 204.

241 El CPP Nación revela aquí una de sus múltiples deficiencias provenientes del hecho de que al proyecto originario, que desconocía a la víctima como actor penal, se le añadió el reconocimiento para cumplir ese papel, al parecer "de urgencia", esto es, sin el tiempo de meditación necesario para corregir su texto íntegro.

242 CPP Nación, 198, 200, 201 y 202.

243 CPP Nación, 204.

244 CPP Nación, 295.

el ministerio público fiscal al finalizar la investigación preparatoria[245]. Si ambos acusan, requiriendo la elevación de la causa a juicio, y los requerimientos no coinciden en cuanto a los elementos que lo integran –como cuando el ministerio público acusa por homicio culposo y el querellante por homicidio doloso, o el querellante contiene una circunstancia agravante (por ejemplo, el ensañamiento para el homicidio), que la acusación fiscal no contiene–, ambas acusaciones serán, eventualmente, objeto del juicio y el imputado deberá defenderse de ambas hipótesis. La facultad defensiva de objetar la elevación a juicio[246] no puede ser utilizada para criticar la acusación desmesurada, tanto del querellante como del ministerio público fiscal, esto es, para evitar que alguna de ellas determine el objeto del juicio o limitarla convenientemente, pues ella está concedida, únicamente, para evitar el juicio y reclamar la absolución anticipada (sobreseimiento), con el objeto de evitar un debate inútil y penoso para el imputado, por su carácter público. En este instante sólo se podría concebir, en el sentido expresivo que estamos utilizando, una excepción –por ej.: por amnistía o por prescripción– que, deducida por la defensa, deje al margen una de las acusaciones y no la otra. La única limitación a la autonomía del querellante en este período está representada por la decisión del tribunal de apelaciones en el caso de discrepancia entre el requerimiento de sobreseimiento del ministerio público y la opinión contraria del juez de instrucción, caso en el cual aquel tribunal puede decidir sobreseer el procedimiento pese a la acusación del querellante[247].

Durante el juicio público reina el principio de igualdad de posibilidades para todos los intervinientes, razón por la cual el papel del querellante puede ser equiparado a aquel que cumple el representante del ministerio público fiscal y sus facultades son idénticas. Sin embargo, la incomparecencia del querellante o de su representante al debate, total o parcialmente, no provoca la suspensión del juicio[248].

[245] CPP Nación, 346 y 347. Excepción: el CPP Pcia. Buenos Aires, que no contiene la facultad de acusar en el art. 79, ni menciona al querellante en el lugar específico, arts. 334 y siguientes.

[246] CPP Nación, 349, inc. 2°.

[247] CPP Nación, 348; en ese caso, el sobreseimiento es recurrible para el querellante (CPP Nación, 337, II).

[248] CPP Nación, 365 y siguientes, reglas que ignoran al querellante, esta vez con razón, la ley (CPP Nación, 85) debió remitir también al art. 422, inc. 2.

Constituye un error, sin duda, el no haber previsto el abandono de la querella como renuncia a la facultad de querellar por lo menos en tres casos: la falta de acusación del querellante en la oportunidad prevista o su pedido expreso de sobreseimiento y su inasistencia total o parcial al debate[249].

Las facultades del querellante relativas a los recursos contra resoluciones jurisdiccionales también son equiparables a las del ministerio público, salvo el caso especial del recurso a favor del imputado[250], pues carece de sentido para el querellante, incluso a pesar de alguna incorrección de la ley[251]. La regla general es, precisamente, la última nombrada, vigente empero sólo para el recurso de casación[252], a pesar de la claúsula de cerramiento que pretende la regla del CPP Nación[253].

El querellante no interviene en los procedimientos para la ejecución de la pena y, por tanto, tampoco posee recurso alguno contra las decisiones judiciales durante ese período (procedimiento de ejecución)[254].

3. Constitución, finalización de su actividad, deberes y responsabilidad

1. Quien desee asumir el papel de querellante en un procedimiento por delito de acción pública debe concretar su requerimiento antes de la clausura de la instrucción preliminar o de la investigación penal[255]: se trata de un *plazo de actividad*, cuyo término final provoca la *caducidad* de la facultad concedida. Ni la iniciación del plazo (*dies a quo*) ni su término de vencimiento (*dies ad quem*) son computables por unida-

[249] Ver CPP Nación, 85, que, expresamente, no reclama aplicabilidad alguna del art. 422. De tal manera, el derecho de querellar, para quien interviene en un procedimiento penal en ese carácter, sólo se pierde por renuncia expresa (CPP Nación, 420). El error se notará en la facultad de recurrir la sentencia, que corresponde al querellante aun cuando no haya acusado, haya requerido el sobreseimiento o no haya comparecido al debate. El CPP Córdoba, 95, II, aclara el punto con precisión.

[250] CPP Nación, 433.

[251] CPP Nación, 460, que debió aclarar la circunstancia anotada en el texto.

[252] CPP Nación, 460.

[253] Art. 435; salvo la excepción anticipada (recurso en favor del imputado) no conozco caso alguno que permita recurrir a la fiscalía y niegue esa facultad, incluso por omisión (dudoso cuando omite a todos: CPP Nación, 432, II, última oración), al querellante.

[254] Expreso: CPP Pcia. Buenos Aires, 81.

[255] CPP Nación, 84 y 90; CPP Pcia. Buenos Aires, 78, II; CPP Córdoba, 92, I.

des de tiempo, sino, en cambio, por referencia a la realización de actos procesales concretos. Aunque las leyes procesales penales no expresen el acto de iniciación[256], va de suyo que el *dies ad quem* resulta fijado por cualquiera de los actos que posibilita el comienzo del procedimiento penal (acción oficial directa o denuncia[257]), entre los cuales se halla, también, la querella inicial del ofendido –que no significa otra cosa que una denuncia sumada a su voluntad de intervención en el procedimiento– o su pretensión, también inicial, de intervenir como particular damnificado[258]. Pero el acto procesal concreto que fija el término final de constitución difiere según la legislación positiva de que se trate: la resolución mediante la cual el juez de instrucción clausuró el período intermedio del procedimiento, sea por decreto de remisión a juicio[259] o por el llamado auto de elevación a juicio[260], resulta, en ocasiones, impuesto claramente por la ley[261]; en otras, en cambio, se anticipa ese momento casi al comienzo del período intermedio del procedimiento, de manera clara[262].

256 Excepción: CPP Córdoba, 92, I, al indicar que "La instancia podrá formularse a partir de iniciada la investigación...".

257 CPP Pcia. Buenos Aires, 268; CPP Córdoba, 92, I, 301, 304, 314 y ss., 321 y 328. Según el CPP Nación, 194 y 195, puede interpretarse, eventualmente, que la intervención de un querellante sólo puede sobrevenir una vez iniciada formalmente la instrucción de la causa: enviada la *prevención o información policial* o efectuado el *requerimiento fiscal* para la apertura de la investigación; como en el CPP Córdoba original (1939), la denuncia (CPP Nación, 174 y ss.) no significaría un acto inicial de la investigación formal, sino, antes bien, uno *preprocesal*, que conduciría a los actos iniciales nombrados o a su desestimación, caso este último en el cual, de quedar firme la resolución, no permitiría la constitución de un querellante conjunto; sin embargo, quien pretende constituirse en querellante puede recurrir la desestimación de la denuncia o de su querella (expreso en la ley: CPP-Nación, 180, III, 181, y 84, última oración), con lo cual parece claro que, con prescindencia de filigranas jurídicas, la constitución es posible, como en los demás códigos, desde el primer momento de iniciado el procedimiento penal.

258 CPP Nación, 83; CPP Córdoba, 91, II; CPP Pcia. Buenos Aires, 77, I y II. Según se observa, aquí tampoco sirven fórmulas académicamente perfectas, extraídas casi siempre del proceso civil (de Derecho privado) y relativas al concepto de *acción procesal* en ese procedimiento, transferido al de *acción penal* para el procedimiento penal (ver, con más detalles, este parágrafo, E, 1, V, ps. 728 y siguientes).

259 CPP Córdoba, 358, III; CPP Nación, 349, II.

260 CPP Córdoba, 358, I; CPP Nación, 350.

261 Así, claramente, CPP Córdoba, 360, I, pues "La investigación penal quedará clausurada [ver art. 92, I] cuando se dicte el decreto de remisión a juicio o quede firme el auto que lo ordene". CPP Tucumán, *idem*.

262 En el CPP Pcia. Buenos Aires, cuya remisión (art. 78, II) apunta, en el caso de que exista, a la oposición de la defensa al requerimiento de elevación a juicio (art. 336) y así de-

El CPP Nación, 84, primera oración, no debería presentar dificultades de interpretación, pues su remisión al art. 90, I, fija el plazo mediante el concepto de "clausura de la instrucción" y la pregunta por el significado de este concepto queda solucionada, como en el CPP Córdoba antes citado, por referencia a la definición que proporciona el art. 353, bajo el rubro preciso de *Clausura* (de la instrucción): "la instrucción quedará clausurada cuando el juez dicte el decreto de elevación a juicio, quede firme el auto que lo ordena o el sobreseimiento". Pero esta solución –aceptable sin más– se torna dudosa y, por tanto, discutible, precisamente en presencia de la remisión del art. 84 a la regulación de la acción civil: tal como lo describimos en la oportunidad correspondiente[263], el mismo código (art. 93, I), a pesar de la afirmación anterior, correcta en sí misma, obliga al actor civil a producir la demanda completa en un momento anterior, después de notificado por el juez de instrucción de su decisión de considerar cerrada la investigación preliminar y correr las vistas pertinentes para concluir sobre ella, con lo cual supone que la acción civil ya se ha ejercido y que existe ya en el procedimiento un actor civil constituido a quien se puede notificar, como lo manda la regla citada. Estimo que, valido de una interpretación favorable a la facultad concedida, extensiva en su caso, según el art. 2 –sistemáticamente interpretado–, puede sostenerse que la remisión del art. 84 convoca sólo al texto del art. 90, I, esto es, al plazo y a la fijación del momento en el cual él termina según ese texto, y no se refiere a las correlaciones necesarias y consecuentes con las otras reglas que regulan la acción civil, razón por la cual dejaría de ingresar en consideración, para la interpretación correcta, el momento en el cual debe ser planteada la demanda civil completa (art. 93, I), regla que, por supuesto, adquiere particular importancia respecto de la acción civil. Si este punto de vista es correcto, el momento final para querellar está descripto en el CPP Nación, 353.

La instancia de constitución es escrita, con todos los requisitos externos de un acto de esa naturaleza (identificación del requirente y domicilio, petición y firma, y acreditación del mandato o representación, en su caso), más la relación sucinta del hecho punible que denuncia cometido y, cuando conozca los datos, la individualización y el domicilio de los partícipes a quienes imputa el hecho punible[264]. Por supuesto, es posible limitar subjetivamente la querella a alguno de los partícipes e, incluso, objetivamente, a alguno de los hechos punibles que, por conexión, comprende una causa, o a partes separables de un único hecho punible, pues el querellante responde a su propio interés y voluntad de perseguir, y no rige para él el principio de legalidad.

ja sin solución el caso contrario –falta de oposición al requerimiento–, laguna que, solucionada sistemáticamente, indica que la cancelación del plazo en ese caso genérico se corresponde con el decreto de remisión a juicio (art. 337, III): interpretación en favor de la facultad concedida (art. 3, *contrario sensu*).

263 Ver este parágrafo, E, 1, V, ps. 728 y siguientes.

264 CPP Nación, 83.

Se debe también aclarar que la omisión de querellar no perjudica para nada la acción civil restitutoria o reparatoria, más allá de la pérdida de la oportunidad de demostrar la imputación de la cual emerge el daño; y, asimismo, la acción civil, aun ejercida en el procedimiento penal, no implica la necesidad de querellar[265].

II. Según ya advertimos, quien interviene en un procedimiento penal como querellante sólo pierde el derecho a intervenir en él por renuncia expresa[266] o por abandono de la querella[267], por su muerte[268] y por la sentencia firme que concluye el proceso de conocimiento, pues él no está autorizado a intervenir durante el procedimiento de ejecución, según antes lo aclaramos. Más allá de ello el querellante pierde también el derecho a intervenir o a proseguir como acusador en el procedimiento, en el Derecho positivo argentino, por haber renunciado a la acción civil o por hacer convenios sobre el pago del daño, cualquiera que sea la naturaleza de la transacción (CC, 1097).

III. Al margen de sus responsabilidades relativas al daño material o moral producido por la actividad de querellar, propias de la ley civil, y de los hechos punibles en que puede incurrir con su querella, según el Derecho penal –por ej., delito contra el honor o contra la administración de justicia–, la responsabilidad procesal básica del querellante se circunscribe a las costas del procedimiento cuando resulta vencido en él o en un incidente producido durante su transcurso[269], esto es, naturalmente, en caso de sobreseimiento o de sentencia absolutoria, costas cuyo contenido abarca todos los gastos medibles en dinero que fue necesario realizar durante el trámite del procedimien-

265 Ello parece claro según la interpretación de la regla expresa del CPP Pcia. Buenos Aires, 77, II; en las demás leyes procesales penales, por omisión de cualquier obligación al respecto.

266 CPP Nación, 85 y 420, que no contempla la posibilidad de abandono de la querella (ver *supra* nota 249 de este parágrafo, p. 689).

267 Llamada también renuncia *tácita*, por omisión de algún acto que sostiene a la querella: CPP Córdoba, 95, II.

268 Los CPP Córdoba y Tucumán, 7 y 91, parecen permitir la continuación de la querella por los herederos forzosos.

269 CPP Nación, 530 y 531.

to o del incidente[270]. Sin embargo, el tribunal que decide sobre las costas puede –facultad discrecional cuyo uso debe fundar en el sentido de la regla– eximir al querellante de responder por las costas del procedimiento "... total o parcialmente, cuando hubiera tenido razón plausible para litigar", esto es, cuando, en el contexto del procedimiento, el ejercicio del derecho de querellar esté racionalmente justificado, facultad que, por supuesto, tiene carácter de excepción[271]. El tribunal que decide debe también, en el caso de condenación múltiple por las costas y sin perjuicio de la solidaridad de la obligación para los condenados, fijar la parte proporcional de ellas que debe soportar el querellante[272].

IV. Nuestras leyes procesales penales aclaran siempre que la asunción del papel de querellante en un procedimiento no exime del deber de testimoniar a quien interviene en él como tal[273].

D. EL QUERELLANTE EN LOS DELITOS DE ACCIÓN PRIVADA

1. Concepto y legitimación

I. La persecución penal privada es, según ya lo hemos observado, una excepción, incluso muy limitada, en nuestro Derecho penal (CP, 73 y ss.), que, como sistema, parte de la regla –de vigencia casi absoluta– que impone el monopolio acusatorio del Estado. En los delitos llamados de acción privada, quien puede querellar es el dueño exclusivo, con su voluntad, del poder de someter a alguien al procedimiento penal y a la decisión de los tribunales penales en un caso concreto. Por esta razón, él es también el único que puede conducir, como acusador, el procedimiento hacia la sentencia, motivo por el cual, según especi-

270 CPP Nación, 533.

271 Ejemplo paradigmático de esta situación ha sido el hecho de acompañar a la fiscalía en la persecución penal, incluso al acusar y culminar el debate oral con el pedido de condena, de manera de no agregar algo debido a su propia actividad; si, por ej., el querellante agrega un ofrecimiento de medios de prueba que el fiscal no ha considerado necesario, adquiere responsabilidad propia. Sin embargo, no debería ser así, al menos en todos los casos, pues existen procesos en los cuales el querellante conoce o puede conocer (culpa) el carácter injusto de la persecución penal oficial o, incluso, provocar esa persecución injusta, dolosa o culposamente.

272 CPP Nación, 535.

273 CPP Nación, 86.

ficaremos más adelante, su falta de voluntad para continuar la persecución penal, por su renuncia expresa a perseguir o por ciertas omisiones de cumplir determinados actos fundamentales del procedimiento conduce a la finalización de la persecución penal. De esta manera, el actor penal privado, en estos casos, excluye la persecución penal estatal y, con ello, la actividad de su órgano específico, el ministerio público fiscal, razón por la cual ha merecido entre nosotros el nombre de *querellante exclusivo*[274], para diferenciarlo del acusador particular que opera en los delitos de acción pública. Su definición debe partir, entonces, del carácter privado o de la característica de persona de Derecho privado del sujeto de derechos autorizado por la ley a perseguir penalmente en esta clase de delitos, del desplazamiento total del Estado como persecutor penal y del *numerus clausus* de los hechos punibles mencionados por la ley penal que siguen este régimen de persecución.

La ley penal es, entre nosotros, quien concede legitimación para querellar en aquellos hechos punibles que ella misma titula como perseguibles por "acción privada" (CP, 73)[275]. De los delitos allí mencionados –calumnias e injurias, violación de secretos, salvo en los casos de los arts. 154 y 157, conservados como delitos de persecución oficial, concurrencia desleal, prevista en el CP, 159, e incumplimiento de los deberes de asistencia familiar cuando la víctima es el cónyuge–, se ha excluido el adulterio, originariamente contenido en el catálogo, pues ha sido derogado como hecho punible[276]. El *ofendido* por el hecho punible objeto de la querella es quien posee legitimación para perseguir la condena del culpable (CP, 76), en el mismo sentido tradicional con el cual antes lo definíamos para la querella por delito de acción pública: portador del bien jurídico protegido por la prohibición o el mandato o, mejor aún, *agraviado*, como lo menciona la ley penal, como portador del interés jurídico concreto que la acción o la omisión lesiona o pone en peligro.

II. La ley extiende, para casi todos los casos (CP, 76: violación de secretos, concurrencia desleal e incumplimiento de los deberes de asis-

274 Clariá Olmedo, *Tratado*, cit., t. II, nº 550 y ss., ps. 328 y siguientes.

275 En el Derecho alemán es la ley procesal penal la que define este aspecto de la cuestión: OPP, §§ 374 y siguientes.

276 Ley nº 24.453.

tencia familiar para con el cónyuge), la legitimación al guardador, que ha sido definido como quien, sin representación legal o dirimida judicialmente, cuida de un incapaz; la extensión a los representantes legales –mejor dicho, *necesarios*– del incapaz no significa conceder legitimación, pues ellos (padres, tutor o curador) deciden y obran por el incapaz de ejercer sus derechos, según reglas generales del derecho común (CC, 54 y siguientes). Sin embargo, el caso del guardador funciona a imagen y semejanza de aquél referido a la representación necesaria (analogía), pues la facultad concedida a él no es originaria, sino que deviene de la personalidad jurídica reconocida a su pupilo. Si el pupilo alcanza las condiciones exigidas por la ley civil para ejercer sus derechos por sí mismo, cesan las facultades del guardador, como cuando, por ejemplo, el pupilo alcanza la mayoría de edad durante el procedimiento penal incoado por aquél: el último está autorizado (CP, 59, inc. 4, y 60) a renunciar la acción penal iniciada por el primero.

III. Sólo en el caso de los delitos contra el honor –básicamente: injuria y calumnia– la ley extiende el derecho de querellar, después de la muerte del ofendido, al cónyuge, a los hijos, nietos o padres sobrevivientes (CP, 75). Entiéndase bien: esto no significa que la ley proteja el honor de personas muertas, cuando, después de su muerte, se las hace objeto de ofensas[277], sino tan sólo que la ley legitima al cónyuge y a los familiares nombrados para perseguir hechos punibles contra el honor del ofendido, cuando la ofensa sucedió durante la vida de quien luego falleció[278]. Es discutible, y la ley no define el caso claramente, si la autorización se limita sólo a proseguir la acción privada del ofendido por un delito contra el honor, iniciada ya por él, que murió durante el trámite del procedimiento, o si se trata de una legitimación íntegra y paralela, sujeta únicamente a la condición de la muerte del ofendido, para que nazca el poder de querellar por un hecho punible que

277 SOLER, *DP arg.*, cit., t. II, § 73, V, ps. 446 y s.; NÚÑEZ, *DP arg.*, cit., t. IV, Tit. II, Cap. I, *D*, ps. 25 y siguientes.

278 Otro problema distinto, que pertenece al Derecho penal, resulta de la ofensa a personas vivas a través de una ofensa que alcanza a una persona muerta, como, por ejemplo, cuando se denosta un apellido por alguna razón ofensiva (signo de criminalidad) desde su origen, a partir del Sr. fulano de tal, hoy muerto, fundador de la familia; cf. SOLER, *ibidem*; NÚÑEZ, *ibidem* y Cap. VI, p. 207.

el propio agraviado, en vida, no había considerado motivo suficiente para su reacción –voluntad– de perseguirlo penalmente, aunque no había renunciado a ella expresamente (había omitido pero no renunciado). La falta de voluntad persecutoria del propio ofendido, que muere sin querellar, y el hecho de que la circunstancia de la reacción judicial sea algo más que un presupuesto procesal, una verdadera condición material de la pena –razón por la cual es correcta su regulación en la ley penal–, concede a la primera de las interpretaciones superioridad sobre la segunda posible[279]. En efecto, la ausencia de voluntad de querellar por parte del ofendido representa, por omisión y cualquiera que hubiera sido su motivo, algo similar al consentimiento de la víctima o, al menos, a la ausencia de ofensa suceptible de persecución penal para ella. Si bien es cierto que la ley procesal penal manda interpretar las facultades de los sujetos procesales extensivamente, y aun tolera la interpretación analógica[280], tal mandato no puede querer significar ampliar de esa manera la aplicación de la ley penal, mediante la extensión del derecho autónomo de querella a otras personas no ofendidas, en perjuicio evidente de quien debe sufrir la aplicación de la ley penal, razón por la cual la interpretación restrictiva es recomendable, sobre todo cuando se recuerda que aquí se trata, también, de una condición para la aplicación de una pena estatal[281]. En el caso particular de que se trata, algún apoyo a esta tesis brinda el derecho de renunciar a la persecución penal (CP, 59, inc. 4°, y 60), sólo admisible para el ofendido o agraviado directo, que, como lo indica el art. 60, perjudica a los herederos.

Un segundo problema en este ámbito resulta de pensar la posibilidad de contradicciones entre los diversos legitimados a querellar después de la muerte del ofendido.

[279] En contra, SOLER, *DP arg.*, cit., t. II, p. 447; la misma solución, pero sin la misma claridad, en NÚÑEZ, *DP arg.*, cit., t. IV, p. 207. Ambos reconocen, sin embargo, que el derecho de perseguir penalmente estos delitos pertenece al ofendido personalmente, quien excluye al cónyuge y los parientes nombrados, pero únicamente mientras esté vivo.

[280] CPP Nación, 2.

[281] Cf. ZAFFARONI, *Manual de Derecho penal. Parte general* (2ª ed.), cit., n° 53, ps. 103 y ss. La extensión del derecho de querella en los delitos de acción pública, postulada incluso por nosotros, para nada se vincula a esta posición, pues la aplicación de la ley penal en esos hechos punibles no depende de la condición de la expresión de voluntad persecutoria de alguien –salvo casos excepcionales (instancia privada), en los cuales debe subsistir el criterio de interpretación aplicado en el texto– y sucederá incluso sin la voluntad del ofendido o contra de ella.

pues, en vida, él los excluye. La ley penal no soluciona este problema o, para expresarlo mejor, lo soluciona en el sentido de no fijar un *orden excluyente*, según lo postula NÚÑEZ[282], razón por la cual cualquiera de ellos puede decidir querellarse con el ofensor, para nosotros en el sentido limitado de proseguir la querella iniciada en vida por el ofendido muerto. Si varios deciden querellar, sólo se presenta un problema procesal de unificación del papel de querellante en uno de ellos[283]. Este problema se complica cuando se piensa en el derecho de renunciar a la persecución penal (CP, 59, inc. 4°, y 60), motivo de extinción de la acción penal que evita cualquier aplicación del sistema penal al caso; a la letra, la ley penal sólo permite renunciar al agraviado u ofendido (CP, *ibidem*) y niega ese derecho a sus herederos, sin aclaración alguna.

Distinta es la explicación del caso del abandono de la querella, por omisión de alguno de los actos fundamentales del procedimiento y la persecución penal, sin los cuales cae alguno de los presupuestos esenciales de la sentencia de condena, según la ley procesal[284], caso que emerge casi espontáneamente por repercusión de la pregunta anterior. Pero, con prescindencia de debatir el problema de si todos los motivos de desistimiento tácito expuestos en la regla antes citada son racionales en el sentido expresado y deben ser admitidos para provocar el efecto de culminar la persecución penal para siempre[285], el motivo de quienes piensan que, al menos para algunos supuestos, el efecto es ineludible es otro distinto al de la renuncia: se trata del principio *ne bis in idem*[286], que condiciona cualquier persecución penal. De tal manera, el cónyuge o pariente que decidió querellar e incurre en una omisión de estas características, que implica abandono de la querella con efecto de *sobreseimiento*, no renuncia a la persecución penal en términos reales –esto es, no expresa voluntad alguna–, aunque provoque una verdadera imposibilidad de admitir una nueva persecución sobre la base del mismo hecho contra el ya perseguido, según el principio afectado. Si resulta racional que la actuación del principio mencionado se deba limitar a cierto estado del procedimiento, por ej., a la apertura del juicio o al comienzo de la audiencia del debate, en tanto sólo allí comienza el riesgo grave de sufrir una condena penal, que no puede volver a repetirse (*double jeopardy*), en oposición a aquello que, en principio, postulan los casos del CPP, 422, de concepción más amplia, es también una pregunta abierta a la mesura política, como lo son también los actos omitidos o plazos para obrar que producen la caducidad y la imposibilidad o efecto de clausura de una nueva persecución penal.

IV. Un problema diferente, que se ha planteado en la doctrina y en la jurisprudencia, se vincula a la legitimación para querellar de las personas jurídicas. En verdad, la pregunta sólo se puede plantear desde alguna de las prohibiciones particulares punibles y perseguibles por acción privada (delitos contra el honor, violación de secretos y concu-

282 *DP arg.*, p. 207.

283 CPP Nación, 416.

284 CPP Nación, 422.

285 CPP Nación, 423.

286 Ver esta obra, t. I, § 6, E, ps. 595 y siguientes.

rrencia desleal) y no de otros, pues, por ejemplo, ella carecía de sentido desde el atalaya del adulterio, cuando constituía una prohibición punible, ni lo tiene hoy respecto de la omisión de asistencia al cónyuge. La única posición discutible y discutida se refiere a los delitos contra el honor, pues el planteo no deviene de un desconocimiento general de la capacidad de ser ofendido de las persona jurídicas, sino, antes bien, de la cuestión de carácter material acerca de si el ordenamiento jurídico reconoce *honor* (o *crédito*), jurídicamente protegido, a las personas jurídicas, esto es, de la respuesta a la pregunta acerca de si la ofensa a una persona colectiva es, en principio, una acción punible o no lo es (por ejemplo ante la ofensa: una sociedad *X* de lucha contra el SIDA, de carácter benéfico y asistencial, lucra con la desgracia ajena), o si sólo puede serlo cuando la ofensa referida a ella, de alguna manera, alcanza a alguna persona de existencia visible (socios, personal directivo, gerentes, empleados, etcétera).

De manera general, se debe afirmar la legitimación de las personas jurídicas para querellar por hechos punibles perseguibles por acción privada y ello resulta claro, por ejemplo, para la violación de secretos (CP, 153, 155 y 156) y para la concurrencia desleal (CP, 159).

En efecto, no requiere de mayor explicación el hecho de que una persona jurídica, destinataria o remitente de una carta o de otra clase de correspondencia, tiene derecho a la protección penal de los arts. 153 y 155 del CP. Asimismo, la persona jurídica que contrata a un empleado o profesional tiene también derecho a la protección penal de la reserva que emerge del art. 156 del CP. Tampoco son difíciles de imaginar los casos en que una persona jurídica puede ser víctima de la concurrencia desleal de un competidor (CP, 159).

Por la razón apuntada, el problema se reduce sólo a la persecución penal de los delitos contra el honor y se plantea en estos términos genéricos: quienes consideran que las personas jurídicas no tienen *honor*, en el sentido que concede a esta expresión el CP en el capítulo correspondiente, esto es, que sólo se puede ofender a una persona de existencia visible, niegan a las personas jurídicas la legitimación para perseguir estos hechos punibles, en razón de que no son portadoras del interés protegido, teoréticamente por razones de *tipicidad* de la acción o de alcance de la prohibición; en cambio, quienes consideran que el CP, en el capítulo mencionado, protege también el nombre y crédito de las personas jurídicas, las consideran idóneas, consecuentemente, para perseguir penalmente por estos hechos punibles, por idéntica razón a la anterior.

El capítulo tiene su historia en el Derecho penal argentino. El texto original del CP sólo contenía el art. 117 que, al regular la *retractación pública* como excusa absolutoria *post facto*, comprendía las ofensas "contra un particular o *asociación*". Sobre la base de

esta disposición positiva, que en sí no pretendía describir los elementos típicos de una prohibición penal, la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias[287] interpretaron al menos el tipo de injuria como ofensa factible de ser dirigida contra una asociación de personas, esto es, protector del crédito y del buen nombre de una persona jurídica. Quienes se oponían a concebir que el título de los delitos contra el honor protegía el crédito de las personas jurídicas y reservaban sus prohibiciones para la protección del honor de las personas de existencia visible[288] quedaron, por fuerza del argumento positivo, a la defensiva, necesitados de demostrar su razón argumentalmente y de manera contundente o categórica. La situación descripta anteriormente tenía un fundamento real, pues el Proyecto de 1917, de donde proviene a la letra el texto del art. 117, CP (originario y actual), no acogió el texto –confuso– de su proyecto precedente (1906), sino que, en su lugar, aceptó a la letra el art. 145 del Proyecto 1891 ("el culpable de injuria o calumnia contra un *particular*...") al que resolvió extender mediante el agregado "o *asociación*" (ver Exposición de motivos), en la inteligencia de resolver por esta vía indirecta el alcance de las figuras delictivas que antes creaba, según lo indica uno de los defensores de la opinión que rechazaba la protección del honor de las personas colectivas[289]; por lo demás, Rodolfo MORENO, quien propuso el texto ampliado de 1917, era un partidario decidido de la protección del honor de las personas colectivas, según lo advertimos.

Un argumento adicional de cierto valor se vincula a la ubicación sistemática en la ley del título relativo a estas ofensas, pues, en verdad, los cambios respecto del Proyec-

287 Cf. MORENO, Rodolfo, *El Código penal y sus antecedentes*, Ed. H. A. Tommasi, Buenos Aires, 1923, t. IV, nº 123, ps. 163 y s.; RAMOS, Juan P., *Los delitos contra el honor* (2ª ed., actualizada por Eduardo AGUIRRE OBARRIO), Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, ps. 69 y ss.; MOLINARIO, Alfredo J., *Derecho penal*, 2º curso, compilación de Antonio TOSCANO, La Plata, 1943, p. 167 (existe un texto actualizado por Eduardo AGUIRRE OBARRIO, *Los delitos*, Ed. Tea, Buenos Aires, 1996, p. 331); NÚÑEZ, *DP arg.*, cit., t. IV, ps. 31 y ss.; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho penal* (2ª ed. actualizada por Guillermo LEDESMA), Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, t. IV, § 92, 7, E, ps. 438 y siguientes. También en el Derecho comparado, incluso por fuerza del Derecho positivo, claro en el punto, se ha reconocido, a veces con ciertas limitaciones, el crédito y buen nombre de las personas colectivas, susceptible de ataque por difamación: cf. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch-Kommentar* (19ª ed.), Ed. C. H. Beck, München, 1978, *Vorbemerkungen zu § 185*, III y IV, ps. 1306 y siguiente.

288 Cf. PECO, José, *Delitos contra el honor*, Ed. Revista Jurídica y de Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1936, ps. 36 y s.; GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de Derecho penal*, Ed. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939, t. II, nº 474, *e*, ps. 276 y s.; SOLER, *DP arg.* (3ª reimp.), Ed. Tea, Buenos Aires, 1956, t. 3, § 91, XII, *d*, ps. 241 y ss. Sólo desde un punto de vista político BAIGÚN, David, *Sistematización y contenido de los delitos contra el honor en la reforma*, en "Revista de Derecho Penal y Criminología", Ed. La Ley, Buenos Aires, 1968, nº 4, ps. 41 y s., considera inconveniente, desde el punto de vista de nuestro orden jurídico-penal y su calificación como liberal-democrático, la extensión de la protección que brindan los delitos contra el honor a las asociaciones de personas: "... pensamos que el nuevo texto puede constituirse, indirectamente, en un elemento más de restricción a la libre expresión de ideas o al derecho fundamental de crítica" (con referencia a la reforma del CP, 112, que implicó la –llamada– ley nº 17.567).

289 SOLER, *DP arg.* (8ª reimp. general), cit., t. 3, ps. 199 y siguiente.

to 1891 no sólo están referidos al agregado de aquellas dos palabras, sino que, además, en el proyecto la protección del honor constituye un capítulo referido a los delitos contra las *personas físicas*, mientras que, en el CP de 1921, el título se independiza de esa clasificación y así posibilita la interpretación de que las personas colectivas son portadoras del bien jurídico protegido, al menos como crédito, buen nombre y confianza pública; por lo demás, no hay duda en afirmar que las personas colectivas, en nuestro derecho, tienen reconocida su personalidad jurídica y, con ello, atributos esenciales de ese reconocimiento como su comportamiento moral, su comportamiento jurídico y su comportamiento o idoneidad profesional, todos ámbitos susceptibles de ser ofendidos[290].

Lo cierto es que, ya de *lege ferenda*, no se puede desconocer, en general, el interés y la necesidad –tomada ya la decisión de que el honor de las personas merece protección, según sucede, por ejemplo, en el Derecho civil– de proteger penalmente el crédito y el buen nombre de las personas colectivas[291]. Algunos ejemplos bastarán para demostrarlo[292]: se predica de un sanatorio –o de la empresa contratada para su limpieza– que su higiene es deficiente y resulta injusto que la entidad colectiva deba esperar que su personal de limpieza reaccione y, en el mejor de los casos, convencerlo acerca de la necesidad de defender su honor; se predica de una sociedad que evade impuestos fraudulentamente y es injusto que la persona colectiva como tal deba quedar sujeta a la voluntad persecutoria de las personas que cumplen el servicio contable de declarar la base imponible e ingresar los tributos; se predica de un Estado extranjero que no respeta los compromisos internacionales y él quedaría ligado a la reacción de sus funcionarios particulares. Los ejemplos adquieren más fuerza si se piensa que la decisión de una persona de reaccionar judicialmente contra la ofensa se puede vincular a múltiples razones de oportunidad, como el costo de la reacción, no sólo en dinero, sino también en tiempo y preocupación por el proceso judicial, la decisión normal de no provocar nuevos conflictos o no exagerar aquellos que le provoca la vida de relación, o la necesidad de no hacerlo porque su vida lo conduce por otros rumbos más satisfactorios que le impiden atender un conflicto judicial, la comprensión de la actitud de su ofensor y el significado subjetivo de esa actitud como ofensa[293], el altruismo de responder a la ofensa colocando "la otra mejilla" con perdón para su ofensor, etcétera. Ello demuestra que las personas jurídicas, tanto las privadas como las públicas, tanto las corporaciones co-

290 Ambos argumentos en NÚÑEZ, *DP arg.*, cit., t. IV, ps. 35 y siguiente.

291 BAIGÚN, *Sistematización y contenido de los delitos contra el honor en la reforma*, cit., cuestiona este punto de vista, cf. ps. 41 y siguientes.

292 No sólo los ejemplos, sino también gran parte de mis argumentos, proceden, sintetizados, de un escrito que redactó Marcelo A. SANCINETTI en un caso práctico, para contestar una excepción de falta de legitimación activa en una causa en la que interveníamos como querellantes.

293 Es posible, por ejemplo, que la calificación de una empresa comercial correcta como integrante de determinada religión o secta religiosa no dañe a sus directores o socios, que se sienten orgullosos de pertenecer a esa confesión y no lo ocultan, pero provoque objetivamente un descrédito para la empresa que nunca ha guiado sus decisiones comerciales por la vocación religiosa de quienes la integran, ni por argumento discriminatorio alguno, sino por las leyes del país.

mo las empresas unipersonales o individuales, tienen atributos propios que defender, su crédito comercial, civil, técnico, profesional o artístico, su buen nombre y la confianza que despiertan en el público, con independencia de las personas que las componen o trabajan en ellas, y, al menos con este límite, ese "honor" merece protección y, en todo caso, protección penal, si previamente se ha decidido que este atributo de las personas genera la necesidad de normas penales[294]. El derecho positivo reconoce a estos entes como sujetos de derechos, distintos de las personas físicas o de existencia visible, y, por tanto, no parece razonable que la defensa de su prestigio dependa de las personas físicas a las que la ofensa puede extenderse eventualmente[295]. El hecho de que la ofensa punible pueda dañar el crédito de una persona colectiva o empresa y, al mismo tiempo, el honor individual de quienes la integran o trabajan en ella, es, en todo caso, un hecho contingente, como lo es también el *litis consorcio* procesal que, eventualmente, puede existir en una causa penal no bien, en ese supuesto, tanto el ente como las personas individuales decidan querellar al ofensor.

No parece argumento contundente el esgrimido por quienes rechazan como objeto protegible el honor de las personas jurídicas en el texto del CP: uno de los tipos de ofensa, el agravado (calumnia, CP, 109), es insusceptible de aplicación por definición; al consistir la ofensa en la imputación de un delito de acción pública, el hecho de que la imputación penal se refiera a personas de existencia visible, torna inaplicable el precepto. El argumento no sólo deja de lado que si se torna inaplicable el tipo agravado, todavía queda subsistente el tipo básico (injuria, CP, 110), sino, además y principalmente, que el Derecho penal argentino reconoce, aunque limitadamente, la punición de las personas jurídicas[296].

La verdadera pregunta consiste en descifrar en qué medida el Derecho positivo reconoce a los entes colectivos ser portadores de un bien jurídico relativo a su crédito o a su honor. La autorizada voz de NÚÑEZ[297] ha resuelto para nosotros la cuestión: sólo aquellas asociaciones o empresas reconocidas por la ley (penal, civil, laboral o de seguridad social, administrativa, etc.) dotadas de *personalidad jurídica* (CC, 33 y ss.) tienen esos atributos de la personalidad protegidos eventualmente por la ley penal; si la ley penal nada concreto expresa sobre el particular, describiéndolas genéricamente (asociaciones, personas jurídicas o de existencia ideal, etc.), pero prohíbe las ofensas inferidas contra ellas, habrá que acudir al orden jurídico íntegro para resolver el problema relativo al reconocimiento de su personalidad. Por lo contrario, no son asociaciones cuyo crédito esté reconocido y merezca protección, los grupos de personas –o las empresas

[294] Aunque las convenciones sobre derechos humanos se refieren, en principio, a las personas físicas como individuos, éste es un derecho reconocido universalmente como digno de la protección de la ley: CADH, 11; PDCyP, 16 y 17.

[295] Para ello, incluso, existe apoyo de normas positivas (CC, 39) y, más allá, el hecho de que el mismo CC, 32 *bis*, le reconozca a las personas jurídicas un atributo intelectual emparentado con el honor, como la intimidad.

[296] Cf., entre nosotros, MALAMUD GOTI, Jaime, *Persona jurídica y penalidad*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981; para el derecho extranjero, HIRSCH, Hans-Joachim, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, en "ZStW" 107 (1995), ps. 285 y siguientes.

[297] *DP arg.*, ps. 30 y siguiente.

individuales– que operan bajo un nombre colectivo o de fantasía, como, por ej., el cuadro "X" de fútbol del barrio, la Organización Revolucionaria del Pueblo, la cátedra del profesor "Z", "La Cucaracha muerta. Fumigaciones", tras los cuales sólo existe una empresa grupal común o un propósito individual, pero sin reconocimiento jurídico: estos casos son paradigmáticos para comprender que el hecho de la ofensa al nombre, o bien genera una ofensa a personas de existencia visible (componentes del grupo o de la empresa común) o bien no es punible. Adviértase que éste no es el caso de las sociedades comerciales de hecho o no constituidas regularmente, reconocidas por la ley de sociedades nº 19.550. Cuando el tipo o la forma de la asociación requiera una autorización estatal, la existencia de tal autorización en el momento de la ofensa condiciona la protección penal de su honor (CC, 45 y siguientes).

Merced al triunfo de la tesis que reconoció, de *lege lata*, protegido el honor de las personas jurídicas, uno de los contradictores, Sebastián SOLER, autor del Proyecto de 1960 y, sobre la base de ese proyecto, de las que rigieron como leyes nº 17.567 y 21.338, modificatorias del CP, incorporaron en el art. 112 un texto claro que prohibía las ofensas a las personas colectivas: "El que propalare hechos falsos concernientes a una persona colectiva o a sus autoridades, que puedan dañar gravemente el buen nombre, la confianza del público, o el crédito de que gozara, será reprimido con prisión de dos meses a dos años. Esta acción puede ser promovida por las autoridades representativas de la persona." Este texto, reconocidamente, no innovó ni creó una nueva prohibición penal que antes no existiera, sino que se limitó a desarrollar en una fórmula, ella sí nueva como texto legislativo, la doctrina y jurisprudencia hasta entonces dominante y a fijar los límites según los cuales era posible la ofensa punible a una persona colectiva[298]. Entonces, la derogación de esa legislación *de facto*, después del regreso a la vigencia plena de las instituciones republicanas en nuestro país, condujo a la situación actual, idéntica a la del momento de sanción del CP con su texto originario.

Las leyes citadas, provenientes de gobiernos *de facto*, fueron sucesivamente derogadas al ingresar nuevamente a un período de gobierno institucional, razón por la cual se regresó al texto originario del CP[299]. Sorpresivamente la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la capital de la República [CCC] reinstaló el tema e, incluso, decidió conforme a la atipicidad de una ofensa dirigida a una persona colectiva cuando no se menciona a persona física alguna (Sala IV, causa nº 29.790, "Cicardo, A. R.", resuelta el 14/3/1985 y Sala V, causa nº 26.222-5, "Leonhardt, Federico", resuelta el 23/10/1990); al mismo tiempo, negó legitimación para querellar por injuria a las personas colectivas, porque la derogación del tipo contenido en el art. 112 de las leyes modi-

[298] Cf. FONTÁN BALESTRA, Carlos y MILLÁN, Alberto S., *Las reformas al Código penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 94. Es sintomática la jurisprudencia de entonces ("El Derecho", t. 36, 1971, p. 498): "El art. 112 del Cód. penal reformado (Ley nº 17.567) no crea una nueva figura delictiva ni innova sustancialmente el régimen de los delitos previstos en el Título II, Libro II, del Cód. penal de 1921 (delitos contra el honor) en perjuicio de personas colectivas, limitándose a describir especialmente las acciones delictuosas en perjuicio de aquéllas, que únicamente pueden cometerse en forma difamatoria y que sólo se hallaban contempladas de manera indirecta precisamente en el art. 117 del Cód. penal referente a la exención de pena por retractación".

[299] La última derogación expresa por ley nº 23.077.

ficatorias y el regreso al texto originario del CP, a criterio de varias de sus salas, fundaba la atipicidad actual de la ofensa dirigida a ellas: "Las personas jurídicas no pueden ser sujeto pasivo del delito de injurias, pues derogado el tipo plasmado por la ley 21.338 en el art. 112 CP, la atipicidad de la conducta difamatoria hacia una sociedad anónima deviene manifiesta" (Sala I, causa nº 31.767, "Ilvento, Julio", resuelta el 17/3/1987; Sala II, causa nº 32.631, "Amato, Alberto", resuelta el 9/6/87; idem, causa nº 36.066, "Wolochensky, Gustavo", resuelta el 3/8/1989 y publicada en *JA*, diario del 13/6/1990; Sala V, causa nº 23.553, "Codino, Leopoldo", resuelta el 10/3/1989). Especial importancia, por los juristas que intervienen como jueces (Eugenio R. ZAFFARONI y Carlos ELBERT), merece la mención del caso "Aufgang, V.", Sala VI, causa 14.819, resuelta el 7/5/1987: "Las personas jurídicas no pueden ser sujetos pasivos de delitos contra el honor, aclarándose que la mención que se hace en el art. 117 CP se refiere a la retractación, pues la mención que en esta norma se hace a una "asociación", debe entendérsela como una referencia exclusiva a la hipótesis en que las personas que constituyan o representen a una sociedad o institución puedan ser perjudicadas en su honor y, en tal caso, sólo aquéllas puedan ejercer las acciones pertinentes, y a título individual y no social." Pese a lo confuso del texto, la decisión era clara y categórica en el punto aquí estudiado; pues daba razón a una excepción de falta de acción contra una sociedad querellante. Por aquel entonces, Carlos BORINSKY[300] les contestó a esas sentencias con evidente razón, según argumentos ya apuntados y señaló que la opinión, aunque mayoritaria en la CCC, no era unánime. Al parecer, la tesis que reinstala la discusión no ha tenido eco en otros tribunales nacionales ni en los tribunales provinciales.

A nuestro juicio la pregunta acerca de si las personas jurídicas son portadoras del bien jurídico *honor*, debe responderse hoy afirmativamente, de la misma manera que antaño, conforme a la tesis dominante como idea general y con ciertas limitaciones (sólo por descrédito o difamación) y aun tolera la forma agravada de la calumnia, en ciertos casos. Sin embargo, un fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal [CNCP] se inclina por la tesis contraria, con cita de la jurisprudencia común –mayoritaria por esa época, pero no exclusiva– posterior a la derogación de la ley *de facto* nº 21.338, de reformas al CP, argumento que, a mi juicio, resulta erróneo. En verdad, resulta sorprendente el cambio producido según el relato que antecede, pues si ya en el año 1921 triunfó la tesis interpretativa que reconocía la protección penal del honor de las personas jurídicas, al punto de que su principal contradictor en doctrina debió adaptarse a ella, hoy, con el mismo texto del CP y ya a casi un siglo de esa interpretación triunfante, cuando las personas jurídicas han alcanzado un enorme reconocimiento, incluso de hecho, en la vida económica y en las relaciones sociales, al punto de poner en duda legislativa y científicamente el viejo aforismo *societas delinquere non potest*, resulta imposible obtener otro resultado[301].

[300] *Las personas jurídicas y los delitos contra el honor*, en "La Ley", Buenos Aires, t. 1988/B, ps. 53 y siguientes.

[301] CNCP, Sala II, causa nº 70, "De Leonardis, A.", resuelta el 25/11/1994: es erróneo citar una ley derogatoria general, que sólo tuvo por misión y meta consolidar la legislación penal impuesta parlamentariamente, por regreso al estado de la ley penal emanada de instituciones republicanas, esto es, sólo aclarar cuál es la ley penal vigente en un Estado republicano, para evitar interpretaciones erróneas sobre la vigencia de la ley penal, como argumento desincriminatorio fundado en la ley penal más benigna (CP, 2); en verdad, la ley aclaratoria del Congreso de la Nación cumple una función parecida a la de un texto ordenado

Como conclusión se puede decir:

a) Las personas colectivas o las empresas individuales, en los límites en los cuales la ley les reconoce personalidad, ingresan dentro de la categoría "ofendido" necesaria para poseer legitimación para querellarse con el autor y los partícipes de un delito de acción privada, en tanto sean portadoras de bienes jurídicos de hechos punibles que los cercenan o ponen en peligro.

b) En las prohibiciones relativas al honor, la opinión dominante, con razón, seguirá reconociéndoles esa calidad y esa posibilidad, pues deviene del reconocimiento de que esos delitos abarcan las ofensas contra las personas jurídicas, tanto privadas como públicas, incluso en una medida superior a la reconocida por las llamadas leyes nº 17.567 y 21.338, hoy derogadas.

c) La discusión acerca de esta última afirmación, sin embargo, no ha terminado, y menos en la jurisprudencia, pues algún tribunal postula aún la opinión de que las prohibiciones contra el honor se dirigen *sólo* a proteger la honra y el crédito de los seres humanos, de las personas de existencia visible y, consecuentemente, rechaza la legitimación para querellar por estos delitos de las personas jurídicas. En el ámbito de la justicia nacional, mientras no exista una decisión de parte de su tribunal de casación, dotada de autoridad suficiente –y yo no conozco que ella exista hasta la fecha–, la cuestión debe reputarse todavía discutida. El litigante podrá encontrarse con sorpresas, por lo que un consejo práctico reside en unir a la reacción judicial de la persona colectiva en estos casos, la reacción individual de las personas físicas que la dirigen o componen, cuando ello sea posible.

2. Función y límites

I. Dos características principales expresan la función del querellante en los delitos de persecución penal privada. La primera, ya descrip-

---

y deja la cuestión como en origen, esto es, tal como se presentó con el texto originario del CP, en cuya vigencia tanto la jurisprudencia como la doctrina construyeron pacientemente la tesis absolutamente dominante, reconocida incluso por su principal contradictor –Sebastián SOLER– que en sus proyectos de reforma avaló –precisamente por ese reconocimiento– la capacidad de las personas jurídicas para ser sujeto pasivo de delitos contra el honor. Sobre el fallo de la CNCP, comentario de RUSCONI, Maximiliano Adolfo, *Persona jurídica y protección penal del honor*, en "Nueva Doctrina Penal", cit., 1998/A, ps. 271 y siguientes, en especial nota 1, p. 273.

ta, consiste en la exclusión de toda persecución penal oficial. Como consecuencia de ello, las facultades del querellante por delito de acción privada pueden ser descriptas genéricamente, tanto de manera positiva como de manera negativa, por remisión a aquello que fue dicho para la función idéntica del acusador en los delitos de acción pública[302], con dos importantes diferencias. La primera de esas diferencias se vincula a su carácter de acusador excluyente de la persecución penal pública, característica que ha engendrado, según se apuntó, el nombre común con el que se lo conoce en nuestro derecho, *querellante exclusivo*[303], para distinguirlo del *querellante conjunto*, cuya descripción antecede. Con ello no quiere expresarse su isolación como acusador, pues, en un sentido distinto, puede tener, incluso, *litisconsortes* o, más sencillamente expresado, puede estar acompañado por otros acusadores, tan legitimados como él para cumplir el papel de acusador en el caso (ejemplo: una imputación ofensiva que lesiona a dos o más personas, con prescindencia del problema de aplicación de la ley penal que puede sugerir, o el caso de calumnias o injurias recíprocas, CP, 112); con ello sólo se quiere indicar su característica principal: el desplazamiento de la persecución penal pública (CP, 73 y siguientes).

II. La segunda diferencia se vincula al procedimiento. El procedimiento por delito perseguible por acción privada es, en relación a la disciplina jurídica del procedimiento penal común, como el proceso de conocimiento del Derecho privado: se trata, en ese sentido, de un procedimiento penal trunco, porque, prácticamente, se agota en el juicio público, carece de procedimiento preliminar y, entre nosotros, también de procedimiento intermedio entre la instrucción preliminar y el juicio. El procedimiento nace con la acusación del querellante (querella) y, después de ciertos trámites específicos, desemboca en el debate oral y público, fuente de la sentencia. Rige así, en las leyes procesales penales argentinas[304], un procedimiento especial para la perse-

[302] La síntesis descriptiva, también en la ley, con referencia a la fiscalía y al debate: CPP Nación, 430.

[303] Ver *supra* nota 219 de este parágrafo, p. 680, aunque también se lo conoce por el rótulo de *acusador privado*, para diferenciarlo del *acusador particular*, aquel que, al lado del ministerio público, cumple el papel de acusador en los delitos de acción pública (cf. Obregón, *Derecho procesal penal*, cit., Parte segunda, VI, 3, E, ps. 244 y siguientes).

[304] Con la excepción –más formal que material– del CPP Chubut.

cución penal de estos delitos: en principio, falta o queda trunca toda investigación preparatoria, como período formalizado del procedimiento, y él se reduce –también en las legislaciones propuestas para la reforma penal en Iberoamérica[305]– al *juicio*, con alguna característica especial, y sin un procedimiento previo específico cuyo fin estribe en controlar la seriedad de la acusación para provocar un enjuiciamiento público. Esta realidad procesal conduce a que la remisión general a la función y facultades del ministerio público o del querellante conjunto, si bien válida para el juicio público íntegramente y para comprender el papel que juega el acusador privado en este procedimiento, deba ser aclarada en relación a las facultades que ejerce por la ley y a los deberes que ella le impone.

De manera general todavía se puede decir, sintéticamente:

a) que la preparación de la acusación carece de un procedimiento regulado por la ley, salvo pequeñas excepciones, pues, a la manera de un litigio de Derecho privado, ella es cumplida informalmente por el propio querellante, que carece del uso de la fuerza pública para llevar a cabo esa tarea, razón por la cual desaparecen las razones que existen para disciplinarla con fijación de los límites y condiciones para la aplicación de ese poder estatal[306];

b) que existe un trámite específico, condición previa de la citación al juicio, la *audiencia de conciliación*, en procura de avenir los intereses en pugna para evitar la disputa judicial[307]; y

c) que, durante el juicio, rigen las reglas del procedimiento común con escasas variaciones, relativas siempre al carácter privado de la acción y al procedimiento trunco utilizado[308].

Así, la querella asume el papel de la acusación en el procedimiento común por delito de acción pública y debe reunir sus elementos, más el ofrecimiento de prueba para el debate[309]. Ella, previo un trámite que se resume en una audiencia para avenir a

[305] CPP Costa Rica, 380 y ss. (ver, en especial, 387); CPP Guatemala, 474 y ss. (ver, en especial, 480); CPP Modelo Iberoamérica, 374 (en especial, 380).

[306] Cuando la necesidad de aplicación de la fuerza pública durante la preparación de la acusación aparece, por excepción –según consta en el texto–, entonces aparece también su regulación: CPP Nación, 426 y 427; CPP Costa Rica, 381.

[307] CPP Nación, 424 y 425; CPP Costa Rica, 385 y 386.

[308] CPP Nación, 430.

[309] CPP Nación, 418.

las partes e intentar evitar el juicio, desemboca directamente en la citación a juicio para el querellado[310]. La *investigación preliminar* se halla reducida al mínimo y procede sólo a pedido del querellante, con el único fin de conseguir los datos mínimos de individualización del imputado (nombre, apellido y domicilio) y de incorporar al procedimiento documentos pertinentes que el querellante no haya podido obtener previamente[311]. Durante el debate, que remite a las reglas del procedimiento común, el querellante asume la función de acusador que en el procedimiento de persecución oficial cumple el ministerio público o el querellante conjunto, y acusador y acusado se hallan uno frente al otro en absoluto pie de igualdad, conforme a la función que cada uno cumple. La función de acusador que cumple el querellante exclusivo no empece a su deber de responder al interrogatorio, cuando su testimonio es propuesto para el debate, pero no debe prestar juramento promisorio[312]. Rigen también deberes especiales de asistencia a ciertos actos (la audiencia de conciliación y el debate[313]), cuya consecuencia veremos en el próximo número.

III. Los recursos se rigen por las reglas del procedimiento común[314] y, conforme a ellas, sólo son posibles el de reposición, durante el procedimiento[315], y el de casación contra la sentencia o contra una resolución interlocutoria que ponga fin a la acción o evite que ella continúe[316].

IV. A similitud de lo expuesto al explicar la función del querellante en los delitos de persecución penal oficial, él no interviene en la ejecución penal, tarea propia de los órganos del Estado una vez dictada la sentencia de condena; la publicación de la retractación, la satisfacción o la sentencia en los delitos contra el honor, es una *enmienda* (pena en favor de una persona de Derecho privado: CP, 114) cuya determinación depende del pedido expreso del ofendido[317]. En el procedimiento de ejecución, y mientras dure la pena, el querellante por delito de acción privada sólo puede producir un acto, conforme a la ley material: su *perdón*, que extingue la pena (CP, 69) y se extiende a todos los partícipes en el delito aunque el acto –o la voluntad expresada en él– no los contenga.

310 CPP Nación, 424 y 428.
311 CPP Nación, 426.
312 CPP Nación, 430, I.
313 CPP Nación, 422.
314 CPP Nación, 431, I.
315 CPP Nación, 440.
316 CPP Nación, 457.
317 Remisión: CPP Nación, 431.

V. El querellante puede exigir la aplicación de medidas de coerción durante el procedimiento, la prisión del querellado o el embargo de sus bienes (eventualmente su inhibición de bienes), pero sus posibilidades son limitadas: sobreentendido que están presentes los requisitos comunes, la prisión, excluida en este procedimiento por regla general, sólo es posible para el caso excepcional de una grave sospecha de fuga fundada, rayana con la probabilidad extrema de que el querellado eludirá el juicio, para lo cual el acusador privado, si la requiere, deberá demostrar ese extremo, en una información sumaria respecto del punto y resistir la defensa del acusado[318]; para requerir el embargo de bienes del acusado es preciso el ejercicio de la acción civil *ex delito* en el procedimiento penal, la concurrencia de los requisitos comunes y la prestación de una caución suficiente para responder por los daños eventuales injustamente inferidos por la medida que ha requerido[319].

3. Iniciación, finalización de la actividad, deberes y responsabilidad

I. La querella de acción privada inicia el procedimiento sin otra necesidad que el cumplimiento de los requisitos previstos para ella, similares, en principio, a los exigidos para la acusación en el procedimiento común[320], y no ofrece al querellado otra posibilidad de oponerse al progreso del trámite que aquélla prevista para interponer excepciones[321]. Sólo se debe tener en cuenta que junto con la querella, a contrario de aquello que sucede en el procedimiento común, es necesario ofrecer prueba para el debate, pues en este momento perime la posibilidad de hacerlo en el futuro, si se prescinde de los poderes que corres-

318 CPP Nación, 427, I.

319 CPP Nación, 427, II, y 519: no nos referimos aquí al embargo que garantiza una caución expresada en dinero, como sucedáneo de la privación de libertad procesal, procedente, incluso de oficio, para evitar el encarcelamiento preventivo.

320 CPP Nación, 418.

321 CPP Nación, 428, II, y 339. El CPP Costa Rica, 380, prevé, a la manera de las leyes procesales con procedimiento escrito y sin publicidad, un traslado de la querella, a contestar por escrito por la defensa, si lo desea, contestación que comprende a la acción civil *ex delito*, cuando ha sido ejercida conjuntamente con la penal. No obstante, el traslado no provoca, según reglas expresas, un control material sobre el fondo de la querella que permita al tribunal sobreseer y evitar el juicio público (debate), algo así como la necesidad de una resolución que funde si existe el mérito para dictar un auto de apertura del juicio o se carece de él (CPP Costa Rica, 319 y 322); ni siquiera es posible afirmar que, por regla expresa, las excepciones deban ser resueltas en esta instancia, antes del debate, pues, "Si el querellado no concurre a la audiencia de conciliación o no se produce ésta o la retractación, el tribunal convocará a juicio conforme a lo establecido por este Código..." (CPP Costa Rica, 387).

ponden al tribunal en el debate, para incorporar prueba, cuyo ejercicio resulta difícilmente imaginable como compatible en estos juicios de acción privada[322]; el ofrecimiento de prueba con la citación a juicio sólo rige para el querellado[323]. En ese momento perime también el ejercicio de la acción civil *ex delito* en sede penal, que, en caso de ejercicio conjunto, se debe concretar a través de una demanda[324].

II. La actividad del querellante finaliza normalmente con la sentencia, de condena o de absolución, y, eventualmente, después de los recursos interpuestos por él o por el querellado contra la sentencia, pues, según ya advertimos, no interviene en la ejecución penal, salvo para evitarla al expresar su perdón y así extinguir la pena (CP, 69).

Empero, su renuncia a la persecución penal antes de iniciado el procedimiento o durante él después de iniciado, siempre previa a la sentencia firme, extingue la acción penal y, con ello, obsta a la punibilidad del eventual delito (CP, 59 y 60[325]). En virtud de la legislación civil, provoca este mismo efecto la renuncia a la acción civil para la reparación del daño o cualquier convenio sobre su pago (CC, 1097).

Se conoce como *desistimiento tácito* o *presunto* el abandono por parte del querellante de su persecución penal, que tanto sucede por su omisión de impulsar la persecución penal hacia la sentencia en un plazo de sesenta días[326], como por la omisión de sus representantes, en caso de incapacidad del querellante, o por la de sus parientes, cuando la sucesión es posible (CP, 75), de constituirse para proseguir la querella, una vez muerto el querellante[327], en el caso de la persecución de delitos contra el honor[328], como por la omisión de comparecer, sin jus-

[322] CPP Nación, 418, 4°.

[323] CPP Nación, 428, I. En el CPP Costa Rica, 380, el querellado ofrece la prueba en el escrito de contestación de la querella (ver *supra* nota 321 de este parágrafo, p. 708).

[324] CPP Nación, 418, inc. 4°. Para el CPP Costa Rica, 380, rige la misma exigencia, pero, como en el caso de la persecución penal, la misma regla exige como trámite inicial el traslado de la demanda civil en esa oportunidad.

[325] CPP Nación, 420.

[326] CPP Nación, 422, inc. 1°.

[327] Antes de la derogación del delito de adulterio por la ley n° 24.453, ese delito constituía la única excepción expresa a la sucesión por muerte del querellante, porque la acción penal –y también la pena– se extinguía por fallecimiento del cónyuge agraviado (CP, 74, III).

[328] CPP Nación, 422, inc. 3°.

82

ta causa, a actos fundamentales del procedimiento, la audiencia de conciliación y la audiencia del debate[329].

El caso de la sucesión por el representante, cuando el querellante deviene incapaz, está mal regulado en el CPP Nación, 422, 3°: se trata de un caso general de todas las acciones penales privadas, esto es, no limitado únicamente a los delitos contra el honor como lo marca la ley procesal, en el cual, incapacitado el ofendido para obrar, sus derechos son ejercidos por su representante (CC, 54 y siguientes). Aun no reglado, el supuesto alcanza a las personas colectivas o jurídicas, cuando quien las representa para querellar termina su representación temporal o pierde esa calidad por cualquiera de las formas previstas en la ley civil, comercial o de otra índole, y es sucedido por otro u otros representantes.

Para la ley procesal penal, tanto el desistimiento expreso (renuncia) como el tácito o presunto (abandono) de la querella provocan la extinción de la persecución penal y, por consiguiente, el *sobreseimiento* de la causa –sentencia absolutoria anticipada– en nuestro lenguaje jurídico, que aprovecha a todos los partícipes[330]. Esta regla, en cuanto define los casos de desistimiento tácito como renuncia presunta al ejercicio de la acción penal y prevé su efecto característico, el sobreseimiento, ha sido discutida tanto por la doctrina como en la jurisprudencia, y por razones de índole constitucional referidas a la competencia legislativa federal y local[331]. Quizás el otro término de la previsión, el he-

[329] CPP Nación, 422, inc. 2°.

[330] CPP Nación, 423, 1.

[331] Cf., con síntesis admirable, NÚÑEZ, *CPP Córdoba anotado*, cit., art. 453, ps. 433 y siguientes. En ese debate, que expresa muy bien la obra citada, intervinieron nuestros principales juristas en materia penal de la época e, incluso, decidió la Corte Suprema de la Nación: para su reproducción vale la pena leer NÚÑEZ, Ricardo C., *Inconstitucionalidad del art. 449, inciso 1°, del C. de P.P., de Córdoba*, en "Revista de Derecho Procesal" (Hugo ALSINA [dir.]), Ed. Ediar, Buenos Aires, 1950, año VIII, Segunda parte, ps. 83 y ss.; y, del mismo autor, *Una regla que se debe derogar (art. 449, inc. 1°, del C. de P.P.)*, en "Comercio y Justicia" del 11/10/1970, sección Derecho y procedimientos penales, caso n° 230; el dictamen de SOLER, Sebastián, como Procurador General de la Nación, en *Fallos CSN*, t. 244, ps. 568 y ss.; y VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Proyecto de 1968*; y la sentencia de la Corte Suprema nacional en el caso citado a raíz del dictamen del Procurador General, Dr. SOLER. La CSN ha reiterado su posición insistentemente: *Fallos CSN*, t. 219, p. 400; t. 267, p. 468; t. 276, p. 376; t. 300, p. 1292 (misma solución pero con referencia a otra materia); t. 308, p. 2140.

Más recientemente la CNCP, Sala III, 30/4/1996, en el caso "Pazos, Luis y otros" (sentencia publicada en "La Ley", Suplemento de Jurisprudencia Penal, Buenos Aires, mayo 1997, ps. 23 y ss.), ha tachado por inconstitucional los arts. 422, incs. 1 y 2, y 423 del CPP Nación, por incompatibles con la competencia legislativa local del Congreso de la Nación, llamando en su auxilio a las sentencias referidas de la Corte Suprema y a la sentencia anterior de la

cho de que la renuncia, expresa o presunta, se extienda por regla jurídica formal a todos los partícipes, debería haber provocado mayor polémica, pues la ley penal positiva nada dice sobre el particular y, sin contradicción alguna con el sistema de persecución penal privada, uno puede perseguir a un autor y dejar de perseguir (renunciar a la persecución penal) de un coautor o partícipe.

La discusión se planteó originariamente, de manera concreta, en relación con el art. 449, inc. 1°, del CPP Córdoba originario (1939), casi idéntico al actual CPP Nación, 422, inc. 1°, pero puede extenderse fácilmente a todo el contenido de la regla que dispone el desistimiento tácito o presunto y su efecto. La pregunta acerca de las facultades legislativas del Congreso de la Nación, en tanto órgano legislativo competente para dictar el Código penal –en ese caso: fijar los motivos por los cuales se extingue la persecución penal–, en relación a los poderes de las legislaturas provinciales para regular cuándo el querellante "renuncia a la acción penal" por omisión, involucra no sólo algún principio básico del sistema penal en su conjunto –*ne bis in idem*–, sino, además, la decisión, presupuesta por NÚÑEZ, de que el régimen de las acciones penales, por lo tanto, el de su ejercicio y extinción, integra el contenido del Código penal que dicta el Congreso de la Nación, en el sentido de que ese régimen pertenece al Derecho material y no al Derecho procesal penal, reglas estas últimas que, según la tesis dominante, pertenecen, en principio, al Derecho local[332]. Nada de aquello que se diga para fundar una decisión resulta inconmovible, ni comparece indudablemente ante la verdad o falsedad jurídica.

Pienso, como NÚÑEZ, que el régimen de las acciones penales, de su ejercicio y de su extinción, al menos entre nosotros, pertenece al Derecho penal material, no sólo porque sus reglas, en definitiva, representan condiciones para la punibilidad de un hecho, sino, también, porque se trata de decisiones políticas básicas que definen el sistema penal y que deben regir igualitariamente para toda la República, razón de ser racional de la delegación por las provincias del poder legislativo en el Congreso de la Nación para sancionar ciertas leyes comunes (CN, 75, inc. 12), en una decisión contraria al modelo federativo utilizado por nuestros constituyentes para lograr el texto de nuestra CN. Sin embargo, la traza de la frontera entre el Derecho penal material, contenido del Código penal, y, por tanto, competencia reguladora del Congreso de la Nación, y el Derecho procesal penal, contenido de los códigos de procedimientos y, por tanto, Derecho local, según la tesis dominante, revela zonas grises y es, por ende, en última instancia, arbitraria: los paradigmas de tal arbitrariedad han sido, tradicionalmente y no sólo en

---

CNCP, Sala I, causa n° 449, "Balza, Martín Antonio s/recurso de inconstitucionalidad", resuelta el 14/8/1995. Sobre esta última sentencia, cf. BERTONI, Eduardo Andrés, *La constitucionalidad de los arts. 422, inc. 1°, y 423 del Código Procesal Penal de la Nación*, en "Nueva Doctrina Penal", cit., 1996/A, ps. 177 y ss., con transcripción del fallo.

332 La afirmación ha sido puesta en tela de juicio, aunque en relación con otro problema relativo al ejercicio de la acción penal: cf. BINDER, *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*, cit., Parte II, VI, ps. 291 y ss. (*El régimen de la acción penal como Derecho público provincial*); y SAID, *Sobre la facultad de las provincias para reglar el principio de oportunidad en la persecución penal*, cit., ps. 1040 y siguientes.

nuestro Derecho, precisamente, las reglas relativas al ejercicio y a la extinción de las acciones penales, montadas a caballo de ambas zonas del Derecho penal[333]. Pienso, también, que una pacífica pertenencia de estas instituciones al CP desde hace muchos años, entre nosotros, autoriza a resolver el problema de la manera indicada a comienzos del párrafo –al menos hasta que una discusión sobre el punto no proporcione fundamentos que varíen abruptamente esta sentencia–, aun cuando no me gustan los argumentos temporales y conservadores para avalar soluciones y reconozca, como lo he hecho, que el punto puede ser discutido.

Aun presupuesto este punto de partida, los problemas no acaban, sino que comienzan allí. El problema real consiste en compatibilizar la solución que propone NÚÑEZ, fundada en admitir para estos casos una absolución de la instancia[334], con la regla básica que prohíbe la persecución penal múltiple (*ne bis in idem*), precisamente aquella que impide soluciones como la indicada. Si esa solución fuera correcta, cualquiera de las formas del llamado desistimiento presunto o tácito (abandono de la querella en los delitos de acción privada) permitiría una nueva persecución penal por parte del querellante; en extremo podría pensarse que el querellante que abandona el debate después de la prueba, ante la inminencia de una resolución desfavorable, o que no comparece al debate frente a la prueba ofrecida por el acusado, y, con ello, imposibilita el debate íntegro o la prosecución del debate y la propia sentencia, puede repetir su persecución penal –interrupción del debate que debe comenzar de nuevo– antes de que opere la prescripción, cuando las circunstancias le indiquen vientos más favorables para su pretensión. La solución resulta, como el ejemplo extremo lo pone de manifiesto, inadmisible frente al principio citado, básico para nuestro sistema penal y para todo aquel que se precie de respetar el Estado de Derecho.

Desde otro ángulo de observación, no parece racional admitir una "renuncia presunta" o por omisión, que en ello consiste el llamado desistimiento tácito, por la simple falta de impulsión del procedimiento en plazos breves, por supuesto, siempre menores a los previstos para la prescripción de la acción penal por el CP, 62 y concordantes[335]. Se trata, en ese caso, de una omisión pura, que no responde a un deber correlativo –salvo por el efecto criticado previsto en la misma regla: abandono de la querella que determina el sobreseimiento–, sino, antes bien, al ejercicio de una facultad procesal concedida en interés del propio querellante y que no es privativa de él, la de impulsar el procedimiento hacia la sentencia. Y el efecto previsto para el caso genérico, descripto por la regla procesal citada[336], resulta irracional por la falta de propor-

[333] Cf. esta obra, t. I, § 2, C, 3, ps. 106 y ss., en especial, ps. 114 y ss, y § 3, A, ps. 145 y ss., y B, 1, ps. 160 y siguientes.

[334] Cf. de ese autor, *CPP Córdoba anotado*, cit., p. 435.

[335] Este argumento, sin embargo, podría utilizarse para discutir otras instituciones procesales, como, por ejemplo, la prórroga extraordinaria de la instrucción, en los delitos de persecución penal pública, con su efecto característico, el sobreseimiento de la causa al vencimiento de un plazo que puede ser menor al de prescripción que fija el CP. No obstante, no lo advierte así NÚÑEZ, *CPP Córdoba anotado*, cit., a propósito del art. 342 y 344 del CPP Córdoba (1972), pese a que lo utiliza para rechazar la posibilidad de los códigos procesales provinciales de incluir reglas reguladoras del abandono de la querella de acción privada con efecto material sobre el procedimiento, según hemos visto.

[336] CPP Nación, 422, inc. 1°, y 423, 1.

ción entre la facultad no ejercida y su consecuencia, aspecto que se observa, con claridad, cuando se advierte que el tribunal competente puede, de oficio, ordenar el paso procesal subsiguiente y hasta el mismo querellado puede instar la actividad del tribunal hacia la sentencia[337]. En cambio, no resulta irracional, frente al principio *ne bis in idem*, interpretar que el querellante ha renunciado (CP, 59, inc. 4°) por omisión, esto es, en forma presunta, cuando él mismo obstaculiza de tal manera la marcha del procedimiento, que torna imposible la decisión. En este sentido, la falta injustificada de concurrencia del querellante al debate o su alejamiento injustificado de la audiencia durante su transcurso provocan la suspensión y, si ella dura más de diez días, la interrupción del debate, que debe comenzar de nuevo en el caso de que se pretenda llevarlo a cabo; de manera similar funciona la negación del querellante a presentar conclusiones en el informe final (caso no contemplado), omisión que, a la par, provoca al menos una mengua en la eficacia de la defensa por ausencia de pretensión acusatoria, razón por la cual puede interpretarse como un abandono de la persecución penal. Se trata de casos análogos a aquél en el cual el querellante concluye en absolución su informe final, caso no contemplado por la ley: en estricto sentido, esa conclusión no involucra una renuncia expresa a la persecución penal, según interpreta NÚÑEZ[338] la facultad concedida por el CP, 59, inc. 4° y 60, y no sólo por la existencia del *iura curia novit* (CPP Nación, 401, I), sino, antes bien, porque no contiene la voluntad manifestada por el querellante acerca de su "dimisión... de... proseguir la acción"[339]. Empero, no sólo no parece necesario que el tribunal dicte sentencia en este caso, sino que, antes bien, parece imposible, primero porque, si condenara, en contra del requerimiento del acusador privado, estaría convirtiendo en público un interés privado (respecto de la aplicación de la pena estatal) y, en segundo lugar, porque dificultosamente se podría atender a la defensa del querellado, sin pretensión a resistir, que, casi seguramente, no ha tratado los argumentos del tribunal para condenar y recibe la *sorpresa* en forma de sentencia condenatoria[340].

Desde otra atalaya distinta, interpretar la voz *renuncia del agraviado*, que utiliza el CP, 59, inc. 4°, y 60, como motivo de extinción de las acciones penales privadas, en el sentido de manifestación de voluntad expresa y casi sacramental del ofendido, que incluso necesita ratificación judicial posterior cuando es llevada a cabo extrajudicial-

337 Por ej., nada necesita el tribunal para, presentada la querella, ordenar la audiencia de conciliación (ver, a la letra, CPP Nación, 424), o para citar a juicio al querellado después de practicada o fracasada esa audiencia por ausencia del querellado (CPP Nación, 424, II, y 428), o para resolver sobre la admisibilidad de la prueba ofrecida para el debate, o para fijar la audiencia del debate una vez cumplidas las actividades previas o cuando no las hubo (CPP Nación, 429), o para comenzar y finalizar el debate, y dictar sentencia (CPP Nación, 430 y 431, I), ni nada obsta a que, ante la mora del tribunal, sea el querellado quien impulse su actividad.

338 *DP arg.*, cit., t. II, § VIII, Tít. I, Cap. II, V, p. 194.

339 NÚÑEZ, *DP arg.*, cit., *idem*, p. 193.

340 Con este alcance, delitos de acción de ejercicio privado, resulta justificada plenamente, aunque por argumentos distintos, la decisión de la CSN que ha descalificado, en delitos de acción pública, las condenas dictadas en ausencia de un requerimiento de condena del ministerio público fiscal en los informes finales al concluir el debate: ver las sentencias y mi crítica en MAIER y LANGER, *Acusación y sentencia*, cit., ps. 617 y siguientes.

183

mente, como lo hace NÚÑEZ[341], resulta, también, arbitrario o, cuando menos, excesivo. Las renuncias presuntas, por comportamientos que la indican claramente, por ej., absolutamente contrarios a la facultad concedida, son conocidas por la ley civil (CC, 873 y 874), que regula sus casos, y hasta por la ley penal (CP, 150)[342]; no se trata, por lo demás, de uno de "los casos en que la ley exige que [la renuncia] sea manifestada de una manera expresa" (CC, 873).

Conforme a lo explicado, parece racional y, por tanto, posible, que la ley procesal penal –local según la tesis dominante– interprete cuándo un deber omitido implica renuncia a perseguir, en aquellos casos en los cuales, sin el concurso del querellante, el procedimiento no puede proseguir, resulta obstaculizado por el propio interesado en la persecución penal y capaz de renunciar a ella: así, los ejemplos ya conocidos, de abandono de la persecución penal por no concurrir al debate o alejarse de él durante su transcurso, sin justa causa[343], o los omitidos por la ley, consistentes en no concluir con algún requerimiento para la sentencia o concluir en la absolución del querellado, resultan racionales. Más dudoso resulta el caso de la incomparecencia a la audiencia de conciliación por parte del querellante[344], pues el procedimiento podría proseguir sin conciliación alguna, como de hecho sucede cuando esa audiencia fracasa, pero parece racional exigirle al querellante un esfuerzo –deber procesal– para intentar el avenimiento y evitar el litigio, acto que siempre ha sido considerado importante por nuestro Derecho positivo, actual e histórico, como paso previo al enjuiciamiento del querellado. Tampoco está exento de dudas, en el sentido expresado, la renuncia presunta en caso de incomparecencia de quienes pueden proseguir la acción en caso de muerte o incapacidad del querellante[345], en especial por el sometimiento a un plazo perentorio sin atención al conocimiento real o presunto de los legitimados: parece necesario, una vez que se conoce la muerte o la incapacidad del querellante, la notificación a quienes lo suceden en el ejercicio de la acción, ya real, si se conoce su identidad y domicilio, ya, al menos, por citación pública (edictos), si no se los conoce. En cambio, según ya aclaramos, resulta fuera de cualquier tipo de racionalidad la imposición de no instar el procedimiento en un plazo breve y perentorio[346], como fundamento de la presunción de haber renunciado a la persecución penal. La irracionalidad del caso general citado, previsto por la ley para provocar ese efecto no empece, sin embargo, a la racionalidad de la presunción de renuncia, con los alcances previstos por el CP, 59, inc. 4, y 60, fundada en la necesidad de garantizar la persecución penal única de una misma persona por un mismo hecho.

[341] *DP arg.*, cit., *idem*, p. 194.

[342] La voluntad presunta de no usar el derecho de exclusión respecto de una persona determinada o, en términos positivos, el consentimiento presunto acerca del ingreso de una persona, excluye la violación de domicilio.

[343] CPP Nación, 422, inc. 2°.

[344] *Ibidem*.

[345] CPP Nación, 422, inc. 3°.

[346] CPP Nación, 422, inc. 1°.

Más discutible que el tópico tratado resulta, a mi juicio, aquello que dispone el párrafo II, de la misma regla[347]. El CP, 59, inc. 4°, y 60 de manera alguna impide que querellemos a un partícipe y no a otro, cualquiera que sea la razón para ello, esto es, no dispone que, obligatoriamente, debamos querellar a todos quienes participaron de la obra criminal, como si lo hacía, a su manera, exigiendo la prohibición penal del adulterio, anteriormente en vigencia, cuya persecución exigía como condición que el cónyuge ofendido acusara a ambos culpables (CP, 74, texto originario); ergo, en el caso (hoy inexistente) la renuncia a la persecución penal respecto de uno de ellos arrastraba a la renuncia respecto del otro autor, puesto que ya no era posible acusar a "ambos culpables". Ello resulta suficiente argumento para rechazar la idea de que la renuncia a la persecución penal respecto de uno de los partícipes tenga como consecuencia necesaria la renuncia para todos quienes participaron en el hecho, por extensión de la ley. El CP torna posible, entonces, que la renuncia se refiera, particularizadamente, a una o varias personas determinadas y no a otras; claro es que si la renuncia, inequívocamente, se refiere a todos, esto es, a la facultad de querellar por el hecho, por voluntad del ofendido o de sus sustitutos, la renuncia abarca a todos, pero ello es tan sólo una posibilidad eventual[348]. Empero, esta conclusión, además, no sólo es plenamente compatible con el régimen de la persecución penal privada, que fija por excepción la ley penal (CP, 73 y ss.), sino, antes bien, casi necesaria según ese sistema para regularlo consecuentemente, pues la previsión contraria, si hubiera estado contenida en la ley penal –como de hecho figura en la ley procesal penal local–, tornaría contradictorio el propio sistema. El desistimiento tácito, que implica renuncia presunta, debe seguir las mismas reglas. Si en un procedimiento contra uno o varios de los partícipes desistió, ese desistimiento abarca sólo a esos partícipes y no se extiende a los demás que pudieran existir y que no han sido perseguidos en ese procedimiento, del mismo modo que si renuncio a la persecución penal contra esos partícipes. Todavía es posible que, en un procedimiento en el cual persigo a varios, renuncie a favor de algunos y siga persiguiendo a los demás. La regla, según se observa, sí representa una invasión del Derecho procesal penal –local, según

[347] CPP Nación, 423, II.

[348] Según lo expresa NÚÑEZ, *DP arg.*, cit., *idem*, ps. 194 y siguiente.

opinión dominante plasmada en las leyes de procedimientos provinciales– sobre las normas del Derecho penal –nacional–, a las que contradice, y, por ende, es objetable constitucionalmente conforme a la división de competencias legislativas que fija la misma CN, según la tesis dominante. Sólo es posible interpretarla en el sentido de que, si en un procedimiento abandono la querella sin expresar absolutamente nada, ni seguirlo contra alguno de los partícipes, lo hago de manera general y favorece a todos los allí acusados; pero esta conclusión es obvia.

En el caso del CPP Nación se presenta, además, otro problema respecto de las distintas objeciones. Él aparece cuando reparamos en que un mismo órgano legislativo dicta tanto el CP, de alcance nacional, y el CPP, de alcance local. Como el libro de leyes en el cual los legisladores incluyen alguna regla no determina necesariamente el carácter de la regla, como en el caso de que, en el CPP, se modifique la pena del falso testimonio, por ej., nunca sabemos con certidumbre si la regla pertenece a uno u otro ámbito de regulación y todo depende de nuestra interpretación. En el caso particular, no sabemos sencillamente si las reglas que establecen el desistimiento tácito, su efecto y su extensión han reformado o ampliado las disposiciones del CP sobre la renuncia del agraviado en los delitos de acción privada, conforme al principio de interpretación sistemática de la *lex posterior*[349], pero así deberían decidirlo aquellas opiniones que, para afirmar la inconstitucionalidad de esas reglas por exceso en la competencia legislativa constitucional (CN, 31 y 75, inc. 12 [¿del Congreso de la Nación?]), acuden al argumento que las señala como modificatorias de aquellas que regulan la extinción de la acción penal previstas en el CP (59, inc. 4°, y 62, inc. 2°)[350]. De tal manera, ocurrirá

[349] El principio ha sido estudiado sobre la base de entender al orden jurídico como un sistema que, además de ser completo (da solución a todos los casos), no contiene contradicciones (no existen dos o más soluciones para un mismo caso). Desde este punto de vista la mirada de los juristas ha recaído sobre las derogaciones tácitas de leyes anteriores por leyes posteriores y, por tanto, se ha enunciado como *lex posterior derogat priori* o *leges posteriores contrarias abrogant o priores leges abrogantur in omnibus quibus differunt nova lege* (NÚÑEZ, *DP arg.*, cit., t. I, p. 131). Cf. además, esta obra, t. I, § 4, B, 2, *b*, ps. 217 y siguientes.

[350] CNCP, Sala III, 30/4/1996, "Pazos, Luis y otros", en "La Ley", Suplemento de Jurisprudencia Penal, Buenos Aires, mayo 1997, ps. 23 y siguientes. No puede existir duda en afirmar que el Congreso de la Nación obra dentro de sus límites de competencia legislativa cuando dicta la ley penal para toda la Nación (CN 75, inc. 12): de este modo, si se parte del supuesto que los arts. 422 y 423 del CPP Nación modifican al CP, 59, inc. 4, en cuanto agregan nuevas causas de extinción de la persecución penal o, dicho de otro modo, interpretan auténticamente el alcance de la *renuncia*, como modo de extinción de las acciones penales privadas, como lo hace el fallo de referencia, la solución parece clara en el sentido de la vigencia nacional –no meramente local– de las reglas discutidas. El título de la ley o la portada del libro en el cual aparecen esas reglas no puede inducirnos a error sobre la competencia legislativa, pues el Congreso nacional tiene competencia para dictar ambas clases de reglas, las penales y las procesales penales: el problema reside sólo en establecer el ámbito reducido o amplio de su vigencia. En todo caso, frente a una regla del Congreso de la Nación el único problema del intérprete consiste en establecer si ella tiene alcance nacional o solamente local (mejor dicho

siempre que, según el principio interpretativo de la ley penal, que reclama la interpretación y aplicación *in bonam partem* de la ley que conduce a una sanción penal, debamos elegir la hipótesis de que el parlamento nacional, cualquiera que haya sido su intención política (que, por otra parte, no es única sino plural, ni es definitoria), modificó o amplió los casos de extinción de la persecución penal por renuncia del agraviado.

Por supuesto, la renuncia o desistimiento de uno de los querellantes, en caso de legitimación conjunta para querellar o de conexión de causas, no perjudica a los otros querellantes y sólo se extiende a los "herederos" del renunciante (CP, 75) en el caso de los delitos contra el honor[351], pues los demás delitos de acción privada no consienten la sucesión por muerte del derecho a querellar (CP, 76). Si se acepta, pues, que el caso de la legitimación del cónyuge, de los hijos, de los nietos y de los padres sobrevivientes después de la muerte del ofendido, en los delitos contra el honor, es un caso de legitimación conjunta y no representa, en cambio, un orden excluyente, que no menciona de modo alguno el CP, 75, la renuncia o el desistimiento de uno de estos sucesores no perjudica a los otros.

---

para la administración de justicia federal o nacional), pues el parlamento nacional posee, a diferencia de las legislaturas provinciales, ambos tipos de facultades o competencias legislativas, de modo que la regla nunca puede ser inválida, por exceso de su poder constitucional, de manera general; el único caso de invasión en la competencia legislativa de otro órgano que puede acometer el Congreso de la Nación en este contexto es, precisamente, el inverso: invasión de las competencias legislativas locales por la sanción, con pretensiones de vigencia en todo el territorio de la República, de una regla claramente procesal, según la opinión dominante, pero el caso no se resuelve por la invalidación total de la regla, sino, antes bien, por la reducción de su vigencia al ámbito territorial o de asuntos penales para el cual el Congreso nacional conserva competencia. Así, el argumento principal de la sentencia referida, invasión legislativa, resulta inexistente y se ofrece en contra de las conclusiones del fallo citado. Ésta es, precisamente, la tesis sostenida por BERTONI, *La constitucionalidad de los arts. 422, inc. 1°, y 423 del Código Procesal Penal de la Nación*, cit., n° 3 y 4; ps. 181 y siguientes.

Distinta puede ser la solución para aquellos que piensan, incluso sobre la base del principio *ne bis in idem*, que la *renuncia* al ejercicio de la acción penal privada (CP, 59, inc. 4) admite formas de expresión presuntas, incompatibles con la persecución penal, incluso omisivas, y que las leyes procesales locales pueden indicar, conforme a su propio sistema, cuáles omisiones o cuáles actos implican esa forma de renuncia, por imposibilitar de manera absoluta el logro de la pretensión penal expresada por el acusador, siempre que conserven racionalidad y, por ende, no representen una derogación, modificación o interpretación irracional de la ley penal; así sucede, por ej., si las leyes locales de procedimiento establecen como motivos de renuncia presunta la incomparecencia al debate del acusador privado, que incluye el alejamiento injustificado durante su transcurso, o el pedido de sobreseimiento del procedimiento o la absolución del acusado. Nótese que todas esas leyes están presididas por el principio que no permite la persecución penal múltiple.

351 Mejor dicho: al cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes, después de la muerte del ofendido, en esos delitos (CP, 75).

Además de lo dicho, un hecho, la muerte del querellante, extingue la persecución penal todavía pendiente, al menos a su respecto, en todos los delitos de acción privada salvo en los delitos contra el honor, pues la acción penal privada, en general, no puede ser objeto de sucesión, en el sentido material (CP, 76), sino tan sólo en los delitos contra el honor (CP, 75).

III. Como consecuencia de lo explicado, entre los deberes fundamentales del querellante exclusivo, con graves consecuencias procesales, cabe incluir la necesidad de *mantener viva* la persecución penal (prohibición de abandono de la querella), en especial, por el acto de asistencia a la audiencia de conciliación, por la asistencia permanente a la audiencia del debate, sin alejarse de ella durante su transcurso, y por la necesidad de concluir en los informes finales del debate por un requerimiento de condena e, incluso, de no requerir el sobreseimiento antes de él, que sigue la misma regla (renuncia presunta). La ley procesal penal positiva incluye más casos de desistimiento, dudosos en cuanto a su legitimidad, según la explicación anterior, alguno de los cuales sería tolerable sometido a algún requisito previo. Empero, si esa reglamentación aparece en el CPP Nación, y afirmamos que se trata de reglas materiales sobre la extinción de la acción penal, la consecuencia inmediata de tal razonamiento no se vincula a pregunta alguna sobre su constitucionalidad, sino a la afirmación sobre su vigencia nacional.

Más allá de ello, el querellante, en el sentido de la legitimación material, esto es, el ofendido, mantiene la obligación de comparecer como testigo y de responder al interrogatorio, sólo que "no se le requerirá juramento"[352]. Resulta evidente que este deber, impuesto por la ley procesal, nos coloca, en caso de incumplimiento, ante el problema de su sanción frente a las reglas procesales y penales.

Es autoevidente que el ofendido por un delito de acción privada está obligado a comparecer a la audiencia si es citado para ser interrogado en ella, aun en aquellos casos en los que litigue por intermedio de un mandatario. Este deber[353], en principio, sólo genera responsabilidades previstas por la ley procesal: compulsión a comparecer

[352] CPP Nación, 430, I.

[353] C PP Nación, 240.

coacto, costas que provocare y hasta su arresto, si su actitud persiste en la audiencia, mediante su omisión de contestar al interrogatorio[354]. Además, la ley prevé la coacción preventiva (arresto), por un tiempo limitado (hasta cumplir satisfactoriamente el acto y máximo de 24 horas), cuando exista la posibilidad de que el ofendido se sustraiga a su obligación[355]. La falta de juramento no exime al ofendido o a su sustituto del deber de todo testigo de contestar al interrogatorio de un modo verdadero acerca de los hechos contenidos en las preguntas que le sean formuladas, pues el tipo objetivo de nuestro delito de falso testimonio no contiene, como el perjurio en la legislación comparada, la necesidad de que concurra el elemento del juramento, de modo tal que afirmar una falsedad, o negar o callar la verdad en su deposición, dolosamente, en todo o en parte, cumple con todos los requisitos de la prohibición del falso testimonio (CP, 275), supuesto que la ley procesal erige al ofendido, según la regla citada, como una de las personas obligadas a comparecer para brindar su información en el debate. Para negar que el hecho típico sea antijurídico, en un contexto determinado, sólo se puede acudir a la garantía general (CN, 18) según la cual "nadie está obligado a declarar contra sí mismo", esto es, una persona no puede ser obligada a brindar una información que pueda perjudicarlo en alguno de sus intereses legítimos, derecho –o facultad– de callar la respuesta a una interrogación determinada, si, en el contexto en el cual el hecho sucede, el perjuicio, según la respuesta eventual, aparece como posible (CP, 34, inc. 4), como, por ej., si perjudica su acción civil. No se trata aquí de una absolución de posiciones, posible en cuanto se recurre al interrogatorio a las partes, para responder por sí o por no a hechos concretos y singulares que constituyen la base del interrogatorio, con el fin de componer el litigio, esto es, de precisar aquellos hechos que deben ser probados y aquellos hechos que son admitidos, para excluirlos del procedimiento probatorio, mecanismo utilizado sobre todo en los litigios de Derecho privado[356].

Por último, el querellante asume la obligación eventual de cargar con las costas del procedimiento, en caso de resultar vencido, salvo el supuesto de excepción consistente en que el tribunal lo exima de esa condena, total o parcialmente, cuando, según su apreciación fundada, haya tenido "razón plausible para litigar"[357]. En relación a las costas del procedimiento, tanto la renuncia expresa a la persecución penal como el abandono de la querella (renuncia tácita o presunta) involucran, ordinariamente, la condena en costas, salvo convenio expreso en contrario de las partes del procedimiento[358]. Por lo demás, el querellante debe ade-

354 CPP Nación, 247 y 154.

355 CPP Nación, 248.

356 Cf. esta obra, t. I, § 6, G, 2, p. 674.

357 CPP Nación, 531.

358 CPP Nación, 420 y 423, I.

lantar los fondos necesarios para la comparecencia al debate de los testigos, peritos e intérpretes en la forma prevista para el juicio común[359].

E. LA ACCIÓN CIVIL[360]

1. Generalidades

1. Más allá de la eficacia de los mecanismos establecidos para lograr el fin de que el autor de un hecho punible o los partícipes en él repa-

[359] CPP Nación, 429 y 362. La regla está mal redactada, pues los gastos del citado como tercero civilmente demandado deben ser anticipados por él y los gastos del imputado por el Estado, según la regla de referencia.

[360] Tres excelentes monografías, debidas a tres de nuestros mejores juristas en materia penal, coronan, entre nosotros, el estudio de la acción civil *ex delito* ejercida en el procedimiento penal: la primera en antigüedad corresponde al profesor NÚÑEZ, Ricardo C., data del año 1948 y se llamó, en su primera edición, *La acción civil para la reparación de los perjuicios en el proceso penal*; pero fue reeditada y puesta al día por el Prof. NÚÑEZ, bajo el nombre abreviado de *La acción civil en el proceso penal*, Ed. Marcos Lerner, Córdoba (RA), 1982, edición que cito no sólo por acercarse más al tiempo en el que escribo, sino por el para mí enorme recuerdo del profesor cordobés, reflejado en su extensa dedicatoria –con esa letra indescifrable que era tan característica en él, tan característica como la claridad de sus conceptos y consejos–, escrita, para mi solaz actual, en "El Refugio", su casa de Santa Catalina, que para mí representa la objetivación de su amistad; la segunda en antigüedad no me trae menos recuerdos, pues me la regaló mi querido profesor y padre académico VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Acción resarcitoria*, Ed. del autor, Córdoba (RA), 1965, con el afecto que consta en su dedicatoria, cuando regresé de la RFA, abandonaba Córdoba para siempre sin saberlo y comenzaba mi carrera académica en la UBA; la tercera monografía, más reciente, pertenece a un querido amigo, el profesor CREUS, *La acción resarcitoria en el proceso penal*, cit., no tiene dedicatoria pero me acerca a su querida ciudad de Santa Fe y a la cercana Santo Tomé, donde su amistad me regaló días y noches de alegría, cariño, buena comida y buena bebida, incluso en su propia casa, junto a frustraciones de pescador, jornadas que, por suerte, aún podemos repetir. Lamento esta disgresión, debida sólo a una feliz coincidencia temática y a mi emoción al iniciar el punto con los tres libros frente a mí. No vale la pena que yo escriba el punto, pues él, en lo sustancial, presentará sólo una síntesis del esfuerzo que representan los libros citados. Debo confesar que, si lo hago, se debe sólo a un prurito de compleción, propio de quien publica una obra –que presume de completa– sobre una materia. Quienes por interés práctico o por interés teórico aborden el tema, conviene que consulten esas obras, pues en el tema se ha dado la feliz coincidencia de tres de nuestros mejores autores y tres de nuestras mejores monografías jurídicas. Hoy sólo se podría agregar a ellas el papel político-criminal que comienza a cumplir la reparación de los daños a la víctima en el Derecho penal actual (acerca de ello cf. MAIER, Julio B. J., *El ingreso de la reparación como tercera vía en el Derecho penal argentino*, en BINDER y MAIER (comps.), *El Derecho penal hoy. Homenaje al Profesor David Baigún*, cit., ps. 27 y ss.; o *¿Es la reparación una tercera vía del Derecho penal?*, conferencia dictada originariamente en el ámbito de la Universidad de Córdoba, República Argentina, con motivo de las jornadas internacionales llevadas a cabo en homenaje al Prof. Dr. Claus ROXIN, quien recibió de esa Universidad el título de *Doctor honoris causa*, y prevista a ser publicada en Chile, en el libro *in memoriam* de mi querido amigo, el Prof. Alfredo DE RIVACOBA Y RIVACOBA).

ren los daños sufridos por la víctima, nuestro sistema penal y sus reglas positivas reconocieron siempre a la reparación como instituto del que debía ocuparse el Derecho penal y a la acción civil *ex delito* como posible de ser planteada en el procedimiento penal, al lado de la persecución penal oficial o privada. La influencia del *positivismo criminológico*, en especial de GARÓFALO y FERRI[361], condujo a nuestro Derecho penal, históricamente, a pensar que la reparación integraba la pena y a que, por ello, en principio, debía perseguirse a quien había delinquido para lograr su condena a reparar, en el mismo procedimiento penal y aun de oficio[362].

Ésta fue la idea originaria del CP (1921) vigente. En verdad, la idea proviene del proyecto de CP de 1891, que, claramente, se opone a la idea privatista que el proyecto Tejedor, arts. 1 y ss., concedía a la reparación: allí se origina, precisamente, el texto sustancial del CP, 29, en tanto pretende que el tribunal penal determine en la condena la reparación, al establecer la pena aplicable (proyecto 1891, art. 47). La exposición de motivos del proyecto explica con claridad la asunción de la idea positivista de la reparación como elemento integrante de la pena[363]. De allí en adelante siguen la propuesta el proyecto de CP de 1906 y 1917[364], antecedentes inmediatos de nuestro CP vigente, proyectos que introducen la fórmula del texto actual del art. 29, que modificó sólo el verbo: "La sentencia condenatoria ordenará: 1°) la indemnización del daño...". La relación de motivos de estos proyectos no deja lugar a dudas acerca de que la reparación se consideraba parte integrante de la pena y de que el juez debía proceder, en la sentencia de condena, a determinarla aun de oficio. Un argumento endeble y casi vacuo[365] condujo al Senado a proponer una –en apariencia insignificante– reforma del texto: en

361 GARÓFALO, *Indemnización a las víctimas del delito* (trad. de P. DORADO MONTERO), cit.; FERRI, *Sociología criminal* (trad. de ANTONIO SOTO Y HERNÁNDEZ), t. 2, n° 67, ps. 153 y ss., n° 74, ps. 199 y ss. y, en especial, n° 88, ps. 275 y siguientes.

362 Este pensamiento, a pesar de que nosotros lo estudiaremos desde el ejemplo del Derecho argentino, influyó, como las ideas de FERRI, en todo el Derecho penal latinoamericano traído de la mano de legislaciones o proyectos europeos: ver, los arts. 91 y ss. del proyecto de FERRI para Italia y su repercusión en nuestro Derecho a través del proyecto COLL-GÓMEZ de Código Penal; art. 92 en NÚÑEZ, *La acción civil en el proceso penal*, cit., p. 19, y VÉLEZ MARICONDE, *Acción resarcitoria*, cit., n° 2, p. 11 y ss., con una síntesis parafraseada del pensamiento del positivismo criminológico, en especial de FERRI. Incluso hoy perdura este pensamiento en la legislación española, por vía de la *Ley de Enjuiciamiento penal*, 108, que prescribe el ejercicio de la acción civil reparatoria por parte de los funcionarios del ministerio público fiscal, aun sin consultar la voluntad de quien tiene derecho al resarcimiento, salvo su renuncia expresa.

363 NÚÑEZ, *La acción civil en el proceso penal*, cit., ps. 30 y ss., transcribe los motivos de la decisión, evidentemente de cuño positivista.

364 Ver sus exposiciones de motivos en NÚÑEZ, *ibidem*, ps. 31 y siguiente.

365 Atribuido a GONZÁLEZ ROURA (NÚÑEZ, *idem*, p. 32), argumento que no negaba la pertenencia de la reparación a la pena.

185

el lugar de "ordenará" ingresó "podrá ordenar", según hoy reza el CP, 29. El nuevo texto pretendía, según los legisladores, evitar mayores complicaciones al procedimiento y a los jueces, en atención al recargo de trabajo que ellos sufrían, de modo tal de tornar obligatoria la decisión de la acción civil, cuando ella había sido interpuesta por el ofendido, y tan sólo facultativa en el caso de la determinación de oficio[366]. Veremos posteriormente que la modificación, aunque pequeña y fundada en argumentos despreciables, no resultó inocente y permitió a nuestros juristas construir la verdadera doctrina acerca del ejercicio en el procedimiento penal de la acción civil reparatoria.

II. Desde el punto de vista del procedimiento penal, el CPCrim. nacional –o Código de procedimientos en materia penal para la capital de la República y los tribunales federales–, con sanción en 1889, juzgó inconveniente permitir el ejercicio de la acción civil *ex delito* en el procedimiento penal. El proyecto que precedió a la sanción, encargado al Dr. Manuel OBARRIO, contenía, en el Título preliminar, Cap. II, la reglamentación del ejercicio de la acción civil reparatoria, cuyo texto fue excluido en la sanción[367].

El Dr. Manuel OBARRIO, encargado de su redacción, indicó en su Exposición de Motivos –inmediatamente después de ocuparse del *juicio por jurados* y de la acción penal que, a pesar del intento de seguir las disposiciones del CC, en gran medida logrado, no pudo conservar su art. 1096, que establece la independencia de las acciones civil y penal, disposición que interpretó en el sentido formal de su planteo en procedimientos y ante jueces distintos. Por ello, reputó que el CC se había extralimitado en su regulación, de índole procesal, y creyó que la mejor doctrina procesal consentía la acumulación de acciones salvo reserva expresa del ofendido.

En cambio, la Comisión de Códigos de la Cámara de Diputados de la Nación, que revisó el proyecto después del dictamen de una comisión revisora nombrada al efecto y propuso las reformas que determinaron el texto final[368], aconsejó que "sean eliminados los artículos del proyecto relativos al ejercicio de las acciones civiles que nacen de los delitos". Sus argumentos: no es materia propia de un CPCrim; la materia ya está regulada en el CC, razón por la cual en tanto el CPCrim. repita sus reglas el texto resulta redundante y, en tanto las modifica, se produce la incongruencia de derogar, por una ley local, disposiciones de una ley de fondo, vigente en toda la República. Sin embargo, esa recomendación no fue seguida al pie de su letra, pues se excluyeron las disposiciones del Capítulo sobre el cual Obarrio habla en su Exposición de motivos, pero, en cambio, quedaron en el Código sancionado pocas disposiciones correlativas al capítulo del ejercicio de la acción civil *ex delito*: como ejemplo cito los arts. 425, referido al

366 Los argumentos en la *Exposición de motivos del CP*; cf. VÉLEZ MARICONDE, *Acción resarcitoria*, cit., Cap. I, 3, ps. 14 y siguientes.

367 Cf. CREUS, *La acción resarcitoria en el proceso penal*, cit., ps. 29 y siguiente.

368 Ver ley nº 2.372, art. 1.

embargo de bienes del tercero civilmente responsable a pedido del damnificado, 463, referido al traslado de la acusación "a las personas civilmente responsables", y 496, 1º, referido a la decisión, en la sentencia, "de todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil"[369]. La Comisión de Códigos de la HCD no había, en definitiva, prohibido el ejercicio de la acción civil *ex delito* en el procedimiento penal, conforme a su opinión que parece estar presidida por una interpretación procesal del CC, 1096, en el sentido de que las acciones penal y civil corresponden a distintos procedimientos y jueces, pero había dejado al CPCrim huérfano de disposiciones claras sobre la competencia del juez penal y sobre la inserción de la acción civil en un procedimiento cuyo fin principal le era extraño.

III. Es sancionado el CP actualmente vigente, en 1921, sobre cuyo art. 29, su texto y su origen ya hemos dado noticia. Ese texto provoca que la doctrina y la jurisprudencia nacionales interpreten de nuevo la regla bajo la óptica del Derecho procesal, pregonen la reforma expresa del CC, 1096, interpretado de la misma manera, y admitan, ahora en forma obligatoria, el ejercicio de la acción civil *ex delito* en el procedimiento penal[370]. Así sucede, incluso en el caso de aquellas leyes de procedimientos penales provinciales, como el texto originario del CPP Buenos Aires (1915), que no permitían el ejercicio de la acción civil acumulada a la persecución penal[371].

El CPPCrim federal, cuyo texto sancionado conservó reglas relativas a la intervención del actor civil y del tercero civilmente responsable, según hemos visto, auxilió con esos preceptos la práctica de la acción civil conforme a la interpretación apuntada. En él, por lo demás, el ofendido estaba facultado a ejercer, incluso en los delitos de acción pública, la acción penal conjuntamente con la fiscalía (querellante conjunto), razón por la cual su intervención como actor civil no reflejaba inconveniente alguno, cuando ejercía la acción penal: ésta fue también la razón que estableció como condición del ejercicio de la acción civil la asunción del papel de querellante penal.

Esta forma de interpretar la ley sustantiva y, en especial, el art. 29 del CP como derogatorio del art. 1096 del CC, fue sustentada, incluso, por la Corte Suprema nacional que, conforme a la tesis del positivismo criminológico, entendió a la reparación civil "como parte integrante de la sanción punitoria, [que] no puede [n] ser modificado [s] por ley, decreto o jurisprudencia provincial, por oponerse a ello el art. 31 de la Consti-

369 Las disposiciones del proyecto OBARRIO excluidas en la sanción del Código, en CREUS, *La acción resarcitoria en el proceso penal*, cit., p. 30.

370 Cf. CREUS, *ibidem*.

371 Cf. BERTOLINO, Pedro J., *Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires. Concordado, comentado y anotado con jurisprudencia [CPP Buenos Aires]* (3ª ed.), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991, art. 86, p. 121.

tución Nacional"[372]. La errónea opinión de que, en nuestro orden jurídico (CP, 29 y ss.), la reparación civil integra la pena, fue criticada con razón, según veremos con más detalle algo más adelante, por quienes se ocuparon monográficamente del tema, y, sin embargo, uno de esos autores, con argumentos mejor elaborados, sigue sosteniendo la competencia legislativa del Congreso de la Nación, vía legislación sustantiva, para imponer el sistema procesal de la acumulación de acciones, penal y civil, en el procedimiento penal: se trata de una regla procesal que protege la sustancia de una institución de Derecho material, la reparación, que, en virtud del sistema de prelación de la acción penal sobre la civil (CC, 1101), puede verse obstaculizada si el titular del derecho carece de intervención en el procedimiento penal[373].

IV. Un próximo paso en la evolución fue la sanción del CPP Córdoba en 1939, ley que preside la reforma procesal penal en nuestro país hasta nuestros días y que determinó la solución legislativa actual del tema estudiado. Él, como la mayoría de los códigos provinciales, con inclusión de sus últimos retoños, y el actual CPP Nación, incorpora una reglamentación completa del ejercicio de la acción civil *ex delito* en el procedimiento penal, tanto en el procedimiento común o correccional, como en el procedimiento por delito de acción privada, cuyas reglas respetan el carácter privado de esa acción para la reparación del daño provocado por el hecho presuntamente punible objeto de conocimiento de la persecución penal, según el CC, 1077 y siguientes. El CPP Córdoba (1939) introdujo en nuestro país, con fuente directa en el CPP de Italia (1911 y 1930), el sistema de la *actio civile*, propio de la legislación francesa[374]. Pero la propuesta del CPP Córdoba (1939) sería mal apreciada en su integridad, con el fin de valorar políticamente su sistema y la participación real de la víctima en el procedimiento penal, si no se advirtiera que ese Código abolió la participación de la víctima como acusador penal (*querellante conjunto*) en los delitos de ac-

[372] *Fallos CSN*, t. 168, p. 342, citado por NÚÑEZ, *La acción civil en el proceso penal*, cit., p. 37.

[373] Cf. NÚÑEZ, *ibidem*, ps. 37 y siguiente: la crítica de este pensamiento más adelante.

[374] Cf. ESER, Albin, *Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren. Nationale und internationale Tendenzen*, cit., IV, 1 y 4, ps. 733 y s., y ps. 738 y ss. (en la trad. castellana, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales*, cit., ps. 32 y s., y ps. 38 y ss.), quien se refiere al proyecto nacional argentino 1986, que sigue la tendencia apuntada en el texto, y nos enmarca en ese contexto legislativo; críticamente HIRSCH, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., ps. 715 y ss. (en la trad. castellana, *Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal*, cit., ps. 119 y siguientes).

ción pública, según motivos políticos ya aclarados[375], solución que, en esos delitos, vino a dejar para el ofendido sólo esta vía de actuación en el procedimiento penal[376]. Resulta importante advertir, también, que el sistema elegido permitía la participación en el procedimiento penal de quien, sin ser perseguido penalmente –porque no se afirmaba su responsabilidad penal–, era demandado como tercero civilmente responsable por el daño, según la ley (CC, 1113 y concordantes).

En el CPP Córdoba (1939) triunfó aquella tesis que luego, en la literatura jurídico-penal, rechazó la conformación jurídica de la reparación como elemento integrante de la pena estatal, en otras palabras, negó la naturaleza pública o estatal de la reparación del daño provocado por un delito a una persona concreta, en nuestro orden jurídico, o, en lenguaje positivo, sostuvo la naturaleza privada de la reparación del daño y, por tanto, de la acción civil *ex delito*, derecho del ofendido o, excepcionalmente, de otra persona legitimada por la ley para reclamar la reparación. Para esta tendencia, correcta a mi juicio, el art. 1096 del CC, al prever la *independencia de las acciones civil y penal*, sólo decidió un problema de Derecho material correspondiente a la naturaleza privada o pública de la acción civil *ex delito*, pronunciándose –según corresponde a la regla casi absoluta del Derecho privado en general[377]– por el carácter privado de la acción civil, decisión legislativa opuesta, precisamente, a la regla general de la acción pública, que rige en materia penal (CP, 71), y, por ello, de ejercicio y titular independientes[378]. El argumento principal para afirmar ese significado material del CC, 1096, y rechazar todo otro significado instrumental relacionado con la organización judicial (competencia de los tribunales) o con la prohibición de la acumulación de su ejercicio con la persecución penal en un único procedimiento, es, precisamente, la división constitucional de la competencia legislativa federal y local entre, por una parte, la ley de fondo, en este caso, el Código Civil, que corresponde al Congreso de la Nación, y, por la otra, las leyes de procedimientos y de organización judicial, correspondientes a las legislaturas provinciales o al Congreso de la Nación, como legislatura local de la organización judicial federal, conforme a la tesis absolutamente dominante presidida por la interpre-

375 Ver este parágrafo, B, 2, *b*, ps. 656 y ss., y C, 1, ps. 680 y siguientes.

376 Modernamente, el Proyecto CPP Nación 1986, que sigue el sistema relativo al ejercicio de la acción civil del CPP Córdoba (1939), acumulada a la persecución penal, admitió también la participación del ofendido como acusador conjunto. El proyecto tuvo influencia sobre el CPP Nación vigente, cuyo proyecto originario seguía al pie de la letra al antiguo CPP Córdoba (1939), y determinó su reforma en la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados (texto actual) y también determinó el texto del CPP Córdoba vigente actualmente, cuyo proyecto incluyó al ofendido como acusador y como actor civil.

377 Excepciones a esta regla en la ley civil: declaración de incapacidad o insanía (CC, 142, 144, incs. 3 y 5, y cc.) y nulidad del matrimonio por impedimento absoluto (CC, 166, 167 y cc., 177, 178, 219, 220 y concordantes).

378 Cf., en adelante, NÚÑEZ, *La acción civil en el proceso penal*, cit., ps. 11 y ss., 24 y ss.; VÉLEZ MARICONDE, *Acción resarcitoria*, cit., ps. 7 y ss.; CREUS, *La acción resarcitoria en el proceso penal*, cit., ps. 28 y siguientes.

tación de la Constitución nacional originaria (CN, 5 y 67, inc. 11, hoy 75, inc. 12)[379]. Apoyados en este argumento y siempre que respeten la independencia sustancial de las acciones civil y penal emergentes de un hecho punible, las provincias y la Nación en su órbita judicial (competencia federal) pueden decidir libremente el tribunal, único o distinto, que resuelva la pretensión civil del ofendido y la pretensión penal, estatal por regla, privada en ciertos casos de excepción. La separación procesal de las acciones en procedimientos distintos o su acumulación en un único procedimiento es, así, también un problema de Derecho local.

Por los mismos motivos, el art. 29, CP, y sus concordantes, cualquiera que haya sido su génesis ideológica, no sólo no era incompatible con la regla del CC, 1096, ni lo derogó –por lo contrario, confirmó la naturaleza privada de la reparación y complementó la ley civil–, sino que, además, no podía ser entendido en sentido procesal, según lo intentó la tesis jurisprudencial inmediata y simplista, como forma de determinar, desde la ley material, la competencia y el procedimiento unificados para ambas acciones[380]: a las legislaciones locales les compete prever el sistema de ejercicio de la acción civil *ex delito*. Sin embargo, cualquiera que fuere el sistema elegido conforme a criterios políticos –separación o acumulación–, la decisión de la cuestión civil está subordinada al ejercicio de la pretensión reparatoria por parte de su titular y no puede expresarse *ex officio* en la sentencia por el tribunal, ni ejercerse directamente por un órgano público, con prescindencia de la voluntad del titular del derecho a la reparación[381]: el agregado proverbial de la forma verbal *"podrá ordenar"* en el texto del CP, 29, en lugar del imperativo *"ordenará"*, proyectado, por razones prácticas, permite, a su vez, una solución sin rechazos o derogaciones explícitas del texto de la ley penal, si se opta por el sistema de la acumulación, en forma de condición para que el tribunal penal se expida, en la sentencia, sobre la cuestión civil.

NÚÑEZ, sin embargo, es quien rescata, en doctrina, un residuo procesal vinculante en el CP, 29, a pesar de coincidir con la vigencia de los postulados antes indicados[382]. Para él, la regla de prelación de la acción penal respecto de la civil (CC, 1101) justifica el hecho excepcional de que el Congreso de la Nación, en la legislación de fondo, pueda incluir preceptos procesales o de organización judicial, cuando con ellos asegura la

[379] El hecho de que pueda ponerse en tela de juicio si la ley básica que regula el juicio penal es una facultad delegada por las provincias al parlamento federal (cf. ZAFFARONI y otros, *DP (PG)*, cit., § 14, I, 4, p. 159), conforme a la obligación del Congreso de la Nación de dictar una *ley general para toda la Nación* que establezca el juicio por jurados (ver esta obra, t. I, ps. 105 y s., 792 y s.) o, como lo postula la tesis dominante, una facultad legislativa reservada por las provincias, no empece, primero, a la afirmación de que, en materia de Derecho privado, la delegación y reserva de las provincias son claras, y, en segundo lugar, a que aun en materia penal la organización judicial y, con ello, la competencia de los tribunales creados por las provincias, en cumplimiento del art. 5, CN, son materia de Derecho local.

[380] VÉLEZ MARICONDE, *Acción resarcitoria*, cit., Cap. I, 4, 5 y 6, I, ps. 17 y ss.; CREUS, *La acción resarcitoria en el proceso penal*, cit., Introducción, nº 5 y ss., ps. 28 y siguientes.

[381] Como prevé la Ley de Enjuiciamiento penal española, 108, erróneamente a nuestro juicio, al conceder la pretensión, de ejercicio obligatorio, al ministerio público fiscal, prescindiendo de la voluntad del titular del derecho a la reparación.

[382] Cf. *La acción civil en el proceso penal*, cit., ps. 37 y siguiente.

vigencia de instituciones del Derecho material: en el caso, se trata de garantizarle al titular de la acción civil un medio idóneo para hacer valer su pretensión sin demoras –en virtud de la regla de prelación– que pueden conducir, según la experiencia, a tornar ilusorio su derecho. El argumento, a mi juicio, no puede ser calificado como erróneo o incorrecto, sino, tan sólo, de aparente. En primer lugar, una visión abstracta nos revela que el ejercicio separado de la acción civil *ex delito* ante un tribunal competente para dirimir pleitos de Derecho privado no espera necesariamente hasta la terminación de la persecución penal, sino que, conforme al mismo art. 1101, CC, la acción civil puede ejercerse, y aun finalizar el procedimiento civil, mientras transcurre el procedimiento penal: sólo la sentencia civil, por la influencia que sobre ella ejerce la decisión de la persecución penal (CC, 1102 y 1103), espera a la sentencia del procedimiento penal, situación también inevitable si la acción civil se ejerce en el proceso penal. En segundo lugar, tampoco la experiencia demuestra indiscutiblemente la preferencia por el ejercicio de la acción civil en el procedimiento penal o las ventajas de ese ejercicio acumulado: en muchos casos, por razones prácticas, los abogados recomiendan o los clientes prefieren su ejercicio, incluso posterior a la decisión del procedimiento penal, ante los tribunales civiles y por la vía del procedimiento civil[383].

Pero el argumento de NÚÑEZ conduce como de la mano a una argumentación correcta acerca de la necesidad de facilitar el ejercicio de la acción civil *ex delito* en el procedimiento penal o, cuando menos, a prever la participación de su titular en ese procedimiento aun cuando no se le permita ejercer la acción resarcitoria en él. La influencia de la sentencia penal sobre la civil (CC, 1102 y 1103), en tanto los hechos y relaciones por aquella decididos vinculan a la última[384], exige, por razones de defensa de un interés legítimo en la reparación (CN, 18), que el titular de ese derecho pueda influir en la sentencia penal que, en gran medida, afectará su pretensión resarcitoria. No sería necesario –al menos no lo sería desde el punto de vista constitucional– que se optara por el sistema que acumula las acciones penal y civil, pero sí que, si ello no sucede, la legislación común prevea una forma de participación del titular de la acción civil que le per-

[383] Una variada gama de criterios influyen para ello: desde el punto de vista de los abogados, no siempre aquel que se especializa en Derecho privado está en condiciones ideales para afrontar el procedimiento penal, en nuestro país bastante distinto al procedimiento civil, y no todo experto en el litigio penal es, a la vez, un experto en el Derecho de la reparación civil (daños) y en los criterios –muchas veces jurisprudenciales– que gobiernan ese aspecto de la cuestión; desde el punto de vista de los clientes se especula, sobre todo en los delitos contra el patrimonio o, de alguna manera, conexos a una situación patrimonial, con el ofrecimiento de una reparación durante la persecución penal y a raíz de ella, con los mayores importes indemnizatorios que, a manera de reparación simbólica, fijan los tribunales civiles frente a los penales, algo remisos a estimar los daños en dinero, y, por último, juega también un papel la disminución de riesgos judiciales, pues una condena penal permite vaticinar confiado el éxito del reclamo civil y hasta la posibilidad de una reparación inmediata y voluntaria por parte del autor o partícipe. Parece que la *praxis* alemana también nos da la razón: cf. HIRSCH, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., ps. 716 y s. (en la trad. castellana, *Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y procesal penal*, cit., p. 121).

[384] Afirmación *de lege lata* para nosotros y para otros países, pero estimada conveniente por razones políticas: cf. HIRSCH, *idem*, p. 717 (en la trad. castellana, p. 122).

mita demostrar, en el procedimiento penal, hechos y circunstancias de valor para su pretensión resarcitoria eventual, que, en varios aspectos, determina y condiciona la sentencia penal.

Resta sólo aclarar que el sistema inaugurado por el código cordobés presenta sólo una opción, pues el titular de la acción civil no debe, necesariamente, plantear su pretensión resarcitoria en el procedimiento penal: puede elegir e interponer la demanda ante la jurisdicción civil y por la vía del procedimiento civil, al tiempo de transcurrir la persecución penal o con posterioridad a ella y a la sentencia que la define. Por lo demás, la acción civil no se puede entender renunciada por no haber planteado su titular la acción penal, cuando está legitimado para ello, o por haber desistido de esa acción después de haberla planteado (CC, 1097), de modo que la elección no entraña riesgo alguno. Esta facultad de opción, concedida a quien estima que ha sufrido un daño emergente directamente de un delito penal, es conocida a través de la caracterización como *eventual* de la acción civil *ex delito* ejercida en el procedimiento penal[385]. Tal caracterización determina, además, que la persecución penal pueda existir y desarrollarse sin ella.

V. La acción civil *ex delito* ejercida en el procedimiento penal tiene carácter *accesorio* respecto de la persecución penal: ello significa que sólo puede ser ejercida mientras esta última, considerada *principal*, esté pendiente[386], esto es, es sólo posible una vez iniciado el procedimiento penal (promovida la persecución penal pública o privada) y caduca con la clausura del procedimiento penal por cualquier razón (desestimación, sobreseimiento u obstáculo para la prosecución de la persecución penal), caso en el cual el actor que desee insistir puede hacerlo en sede civil[387].

Esta regla general, que domina la acción civil ejercida en el procedimiento penal, resulta, sin embargo, acotada por otras reglas específicas, que no la rechazan, sino que la someten a ciertas condiciones. Un primer problema ha derivado del uso de los con-

385 Cf. CREUS, *La acción resarcitoria en el proceso penal*, cit., Caps. I y II, ps. 45 y siguientes.

386 CPP Nación, 16, I.

387 CPP Nación, 17. Cf. la bella metáfora que utiliza VÉLEZ MARICONDE, *Acción resarcitoria*, cit., p. 100, para indicar claramente este significado.

ceptos procesales y se refiere al *dies a quo* del ejercicio de la acción civil en el procedimiento penal: el hecho de haberse utilizado el término *acción penal* (CPP Nación, 16, II), que presume de término técnico, parece indicar algún acto del acusador legitimado, que haya puesto en movimiento realmente el procedimiento penal ante un tribunal judicial. Sin embargo, no es así: basta con que el procedimiento penal haya sido iniciado conforme a alguno de los modos previstos en la ley, esto es, con que la persecución penal esté pendiente, para que pueda proponerse la persecución civil por quien está legitimado para ello[388]; otra cosa distinta es indicar que su ejercicio cesa si el modo según el cual ha comenzado el procedimiento penal no prospera, como en el caso de desestimación de la denuncia, de la prevención policial o del requerimiento del ministerio público para que comience la investigación judicial[389]. Para demostrar que la utilización del término *acción penal* no quiere significar otro concepto que el muy simple de "procedimiento penal en trámite" no es necesario recurrir a la discusión del concepto, traído de la teoría del proceso civil, difícilmente adaptable al procedimiento penal por delito de acción pública e infértil para discutir casos prácticos[390], sino tan sólo observar que el acto de constitución del actor civil puede ser propuesto "en cualquier estado del proceso"[391], que la *querella*, modo de iniciación del procedimiento, puede contener –"en un solo acto"– la instancia de constitución como actor civil[392], que la querella privada misma, único modo de abrir el procedimiento penal en el caso de la persecución de delitos de acción privada, *debe* contener la demanda civil, cuando el querellante persigue también la reparación civil[393], bajo amenaza de caducidad de la facultad respectiva[394] y, por lo demás, que la constitución del actor civil procede aun en el caso en que no hayan sido individualizados los presuntos autores del hecho o partícipes en él[395].

La principal regla limitativa resulta del plazo concedido para introducir la cuestión civil en el procedimiento penal: en la legislación procesal penal argentina ese momento difiere según los diversos códigos de procedimiento penal, aunque, en los procedimientos por delitos de acción pública, puede decirse, en general, que ella es proponible *sólo* hasta la clausura de la investigación preliminar o de la instrucción preparatoria. El acto que fija el final del plazo resulta absolutamente claro para el CPP Córdoba (CPP Tucumán, *idem*), que en su art. 100 refiere ese momento a la "clausura de la investigación penal preparatoria", pues "La investigación penal quedará clausurada cuando se dicte el decreto de remisión a juicio o quede firme el auto que lo ordene"[396]. Algo similar sucede con el CPP Pcia. Buenos Aires, 66, II, cuya manera de fijar el acto

388 Cf. CREUS, *La acción resarcitoria en el proceso penal*, cit., p. 48.

389 CPP Nación, 17.

390 Ver este libro y tomo, § 10, A, II, ps. 190 y siguientes.

391 CPP Nación, 90, I.

392 CPP Nación, 82, IV.

393 CPP Nación, 418, inc. 5.

394 Cf., en el mismo sentido, NÚÑEZ, *La acción civil en el proceso penal*, cit., p. 44.

395 CPP Nación, 88, I.

396 CPP Córdoba, 360, I.

187

es clarísima y recomendable, pues en la previsión citada menciona la regla que prevé el requerimiento de citación a juicio efectuado por la fiscalía como punto final (art. 334). Más complicada, en cambio, resulta la interpretación del CPP Nación, 90, I, que acude también, como el CPP Córdoba, a un concepto –"... hasta la clausura de la instrucción"–, necesitado de interpretación. Si bien el CPP Nación, 353, prevé también, como el CPP Córdoba, que "... la instrucción quedará clausurada cuando el juez dicte el decreto de elevación a juicio, quede firme el auto que lo ordena o el sobreseimiento", su art. 93 obliga a proponer una demanda civil completa dentro del plazo de tres días a contar desde la notificación de la clausura de la investigación efectuada, en principio, por el juez de instrucción[397], con lo cual supone que la acción civil ya ha sido ejercida y el actor civil interviene ya en el procedimiento o, al menos, que éste, el de la demanda, es el último plazo para plantear la acción civil en el procedimiento penal. Con ello la identidad de conceptos entre "clausura de la instrucción" y "clausura de la investigación" quedó destruida en el CPP Nación[398] y, como consecuencia, cabe interpretar que se cancela el plazo para plantear la acción civil con el plazo para interponer la demanda[399] o, incluso, en el momento en que el tribunal competente considere finalizada, definitivamente, la investigación preliminar[400], es decir, antes de la acusación de la fiscalía. En los procedimientos por delitos de acción privada, la cuestión civil *sólo* puede ser propuesta en la querella inicial, primer acto del procedimiento, y en forma de demanda completa, sobre la base de la cual pueda iniciarse el debate sobre ella[401]. Se trata, entonces, de un plazo de actividad cuyo comienzo y fin están fijados por referencia a la realización de actos del procedimiento. Vencido ese plazo, la cuestión civil es improponible, sin perjuicio de su ejercicio ante los jueces naturalmente competentes para litigios de Derecho privado y por la vía del procedimiento civil[402].

Otras reglas limitativas van referidas a los tipos de procedimientos especiales en los cuales la cuestión civil suele ser improponible como, por ej., el procedimiento sobre faltas o contravenciones y el procedimiento contra menores[403]; en ocasiones, la autorización de un *procedimiento abreviado* desplaza la resolución sobre la cuestión civil a los jueces naturalmente competentes para los litigios de Derecho privado y a la vía del procedimiento civil, según propone el CPP Modelo Iberoamérica, 373, III, en homenaje a

397 Cf. CPP Nación, 346.

398 En los Códigos en los cuales la investigación preliminar está en manos de un juez de instrucción, la investigación finaliza en el momento en el que el juez de instrucción corre vista para ello, pues considera completa la instrucción (CPP Nación, 346), o, eventualmente, cuando los acusadores solicitan medidas (CPP Nación, 347, inc. 1), hasta el momento en el que el juez reitera la vista para ser evacuada definitivamente (CPP Nación, 348, I).

399 CPP Nación, 93, I.

400 CPP Nación, 346 a 348.

401 CPP Nación, 418, inc. 5.

402 CPP Nación, 90, II; CPP Pcia. Buenos Aires, 66, III.

403 En el procedimiento federal, el CPP Nación no excluye la acción civil en procedimiento especial alguno (correccional o contra menores) y él no regula el juicio de faltas o contravenciones, que depende de su ley específica. El CPP Córdoba, 26, excluye la proposición de la cuestión civil en el procedimiento de menores.

la simplicidad y celeridad del procedimiento penal, pero, en realidad, no se trata de una regla de exclusión absoluta, sino de una regla de caducidad de la acción civil ya ejercida: una reciente reforma al CPP Nación, 431 *bis*, 7 –ley nº 24.825, que introdujo en la ley procesal penal federal el llamado "juicio abreviado"– adopta ese modelo: la sentencia del procedimiento abreviado sólo puede homologar una transacción de partes y quienes fueron admitidos como partes civiles sólo conservan un recurso contra la sentencia en la medida de que ella pueda influir sobre la acción civil posterior ejercida en su sede natural.

Según su carácter de accesoria a la persecución penal, la acción civil *ex delito* ejercida en el procedimiento penal cesa cuando antes de comenzado el debate la persecución penal concluye o se torna imposible. Pero en alguno de estos casos cesa definitivamente, como en el sobreseimiento, pues el procedimiento penal no volverá a renacer jamás contra el imputado, y, en otros, cesa tan sólo formalmente, hasta que la persecución penal sea otra vez viable, y en ese caso vuelve a renacer la opción de la demanda ante la jurisdicción civil y por la vía del procedimiento civil: así la rebeldía del imputado o su locura sobreviniente, o cualquier otro obstáculo al ejercicio de la acción penal (desafuero y antejuicio) permiten al actor civil esperar en el procedimiento penal la subsanación del obstáculo para que prospere la persecución penal o concurrir a la jurisdicción y al procedimiento civiles, desistiendo del ejercicio de la acción civil *ex delito* en sede penal; el archivo por la desestimación de la denuncia, querella, prevención policial o requerimiento de instrucción de la fiscalía plantea un caso similar, pues la persecución penal puede renacer no bien se convenza al tribunal, con otros elementos (por ej.: la instancia del agraviado o de sus sustitutos, en los casos del CP, 72, o algún otro elemento del delito desconocido u olvidado en el acto inicial), que el caso tiene por objeto un hecho punible y perseguible y, en ese caso, renace la posibilidad de ejercer la acción civil *ex delito* en el procedimiento penal; de manera parecida se presenta el procedimiento abreviado (CPP Nación, 431 *bis*, 7), indicado en el párrafo anterior, y la suspensión del juicio a prueba, cuando quien ejerció la acción civil no acepta la reparación ofrecida y considerada razonable por el tribunal (CP, 76 *bis*, III), pues en ambos casos queda expedito el ejercicio ante la jurisdicción civil y por la vía del procedimiento civil.

Según veremos más adelante, el ejercicio de la acción civil en sede penal cesa también por su desistimiento, pero tal efecto no se vincula a su carácter accesorio, sino a su naturaleza de pretensión de Derecho privado.

Empero, en casi todos los códigos actuales, la acción civil pierde su carácter de *accesoria* a la persecución penal con la sentencia, aunque ella absuelva al imputado. En efecto, la regla que impone al tribunal decidir la cuestión civil planteada, por rechazo o admisión de la demanda, aun en el caso de absolución del acusado (CPP Nación, 16, II), deja subsistente la acción civil aun en el caso de que no prosiga la persecución penal. Con ello, la cuestión civil adquiere el carácter de *principal*, al lado de la penal, prácticamente una vez iniciado el debate, pues la forma de decisión que corresponde frente al debate es la sentencia, absolutoria o condenatoria (CPP Nación, 122, II), aun en el caso excepcional de que no tenga sentido seguirlo sobre la cuestión penal, como ocurre, por ejemplo, ante la extinción de la acción penal du-

rante su transcurso[404]: *principal* pretende significar, en este contexto, que se deberá resolver obligatoriamente la cuestión civil, a pesar de que la persecución penal carezca ya de sentido o haya cesado prácticamente, como cuando, por ejemplo, en el primer caso, sea evidente la absolución del imputado o, en el segundo caso, la sentencia absolutoria no sea recurrida por el acusador, que la consiente, y todavía sean viables recursos vinculados a la decisión civil, caso este último en el cual la cuestión civil es la única subsistente[405].

Pero, precisamente, el caso de la absolución y la necesidad de decidir la cuestión civil, que todavía alberga la posibilidad de triunfo del actor mediante una condena a consecuencias civiles, pone de relieve otro aspecto del significado de caracterizar como *principal*, en este estadio, a la acción civil *ex delito*: el actor civil no debe fundar necesariamente su demanda en el hecho punible objeto del procedimiento penal con todos sus elementos y excluyendo a otros, importantes para la decisión de la cuestión civil; le basta con fundar su demanda en el mismo hecho histórico (acontecimiento) y en el carácter de ilícito civil de ese hecho, o puede fundarla, alternativamente, en ambas características, la de ser un hecho ilícito penal y civil, pues lo determinante para la condena a consecuencias de Derecho privado no es, precisamente, que el comportamiento del autor constituya un hecho punible, sino, antes bien, que las reglas de Derecho privado tornen al demandado responsable por el daño producido y, como consecuencia, lo obliguen a reparar. Para unir la acción civil resarcitoria a la persecución penal sólo es necesario que el comportamiento concreto que provocó la per-

[404] No se trata del caso de interrupción de un debate ya comenzado (CPP Nación, 365, II, última oración), pues, en ese caso, el procedimiento regresa al período de preparación del debate y cualquier causa evidente de extinción de la persecución penal permite sobreseer, sin realizar el debate (CPP Nación, 361).

[405] Cf. Núñez, *La acción civil en el proceso penal*, cit., ps. 44 y s., sobre la cuestión semántica, quien, sin embargo, no parece imaginar que el debate debe continuar aunque la persecución penal no tenga sentido. Sólo el caso de la muerte del imputado durante el debate se presta a dudas, pues, al tiempo de extinguirse la persecución penal, tampoco el juicio puede continuar contra un "ausente"; pero, en ese caso, rige la solución de la nota anterior, ya que, al menos contra el imputado que ha fallecido, será imposible un debate posterior y, por tanto, debe considerarse interrumpido definitivamente a su respecto y regresar al período anterior, momento en el cual el sobreseimiento por extinción de la acción penal cancelará la acción civil ejercida en sede penal.

secución penal sea históricamente único respecto del que pone en juego la acción civil, pero ello no implica que todos los elementos de una y otra persecución judicial sean necesariamente idénticos: así, por ej., la persecución penal por un delito doloso que, como el daño (CP, 183), sólo tolera la imputación a ese título como fundante de la pena, deja subsistente la imputación imprudente –siempre que haya sido deducida en la demanda– como fundamento de la obligación de reparar (CC, 1067 y 1109, I)[406].

VI. El contenido de la pretensión ejercida mediante la acción civil *ex delito*, sintéticamente expresado, es el siguiente:

a) la reivindicación (CC, 2758 y ss.) o restitución (CP, 29, inc. 2) de la cosa obtenida por el delito en poder del autor del delito o de un partícipe en él[407];

b) la reparación del daño provocado por el delito, que a su vez comprende:

[406] Cf. sobre la solución del párrafo, NÚÑEZ, *La acción civil en el proceso penal*, cit., ps. 74 y siguiente.

[407] VÉLEZ MARICONDE, *Acción resarcitoria*, cit., ps. 81 y ss., confunde la acción que llama *restitutoria*, que ubica en la regla del art. 29, inc. 2, CP, con la *reparación natural* y extrae por ello consecuencias procesales inadecuadas, como aquella que postula que la reposición de las cosas al estado anterior es posible de generar por el tribunal penal de oficio, "aun sin necesidad de que el damnificado lo demande", cuando ello sólo procede por restitución a la víctima de cosas secuestradas en poder del autor o de partícipes (CPP, 403, II). Es correcto afirmar que la restitución al patrimonio afectado de la cosa sustraída o cuya tenencia o posesión fue obtenida por un hecho punible (CC, 1091 y ss.) es una forma de reparación natural (CC, 1083), pero la inversa no es correcta, pues, por ejemplo, constituye una forma de reparación natural la obligación impuesta al autor de entregarle al ofendido una cosa similar a la destruída, consumida o transferida después de una apropiación ilegítima, o la de reparar le la cosa dañada, o la devolución al tenedor legítimo (locatario) de un inmueble con las mismas características del locado, usurpado por el mismo propietario (CC, 1095), o la de reconstruir un documento de obligación destruido. Y hasta la retractación pública de una ofensa contra el honor, regulada por el CP, 117, es una forma de reparación natural. De tal manera, la reparación natural es el género, y la restitución de la cosa, una de sus especies: cf. SOLER, *La reparación de perjuicios en el proyecto de Código Penal*, en ORGAZ y SOLER, *Aspectos civiles de la reforma penal*, cit., ps. 47 y siguientes. Si nosotros hemos separado arbitrariamente las obligaciones como si tuvieran contenidos diferentes, es sólo porque la autorización para que el tribunal restituya de oficio, incluso sin ejercicio de la acción civil, se refiere sólo a devolución de la cosa secuestrada en poder de uno de los partícipes en el hecho punible, a quien la deba tener legítimamente (cf. NÚÑEZ, *La acción civil en el proceso penal*, cit., ps. 77 y siguientes).

188

– en principio la reparación natural o reposición de las cosas a su estado anterior (CC, 1083) o, a opción del damnificado, una indemnización equivalente en dinero (CC, 1083)[408];
– aquella ganancia de que fue privado el damnificado por el hecho punible, traducible en "pérdidas e intereses" (CC, 1069);
– el agravio moral ocasionado a la víctima (CC, 1078 y CP, 29, inc. 1°).

Cualquiera de estos objetos se traduce en una indemnización en dinero cuando la prestación distinta se tornare imposible, como sucede, por ejemplo, con la restitución de la cosa objeto de apropiación o la reparación natural solicitada. Las obligaciones pesan solidariamente sobre todos los partícipes en el hecho punible (CC, 1081 y CP, 31), pero satisfechas por uno de ellos cesa la facultad de obtenerlas de los otros (CC, 1082) y sólo queda pendiente la demanda que quienes satisficieron la obligación pueden interponer contra los otros partícipes (CC, 1109, II), cuestión ajena al procedimiento penal.

VII. Este sistema se ha impuesto hoy, prácticamente, en toda la Nación y ha sido trasladado tanto a otros países latinoamericanos (Costa Rica, Guatemala, por ejemplo) como a un proyecto continental (Proyecto Iberoamericano de CPP Modelo), que preside todavía la reforma procesal penal en el ámbito latinoamericano. Si se prescinde de modificaciones de detalle, referidas a diferencias sobre aspectos que estudiaremos en los próximos números, la única modificación importante –y discutible, por cierto– ha sido la incorporación del asegurador como parte civil en el procedimiento penal, incorporación anómala porque la titularidad de la acción civil o, en la vereda opuesta, el carácter de demandado civil, no derivan de la ley directamente, como fuente de

408 La reposición de las cosas al estado anterior al hecho antijurídico (*reparación natural*) constituye la obligación básica del autor de él o de los partícipes en él, a la que sólo puede sustituir la *reparación simbólica* cuando la natural se tornó imposible o el actor opta por ella. Por reparación simbólica no sólo se debe comprender la *indemnización* en dinero, según la solución de nuestro orden jurídico, sino, también, el nacimiento de una obligación distinta por acuerdo de partes, por ej., la que deja de lado la restitución de la cosa dañada (una máquina de cortar césped) por una prestación de obra o de servicio, como la obligación del autor de mantener cuidado el césped del jardín en un plazo determinado. Cf. la polémica, surgida a raíz del proyecto de CP 1960 entre ORGAZ, Alfredo, *Las cuestiones civiles en la reforma penal*, III, ps. 19 y ss., y *La reparación de perjuicios*, ps. 103 y ss., y SOLER, *La reparación de perjuicios en el Proyecto de Código Penal*, ps. 47 y ss., reunidas en el libro de ambos autores acerca de los *Aspectos civiles de la reforma penal*, antes citado.

la obligación –limitación que siempre presidió la admisión de la acción civil en el procedimiento penal–, sino del contrato de seguro[409].

Se ha utilizado como principal argumento político para permitir e, incluso, procurar conceder cierto incentivo para la acumulación de la acción civil a la penal la realidad de que ambas consecuencias jurídicas, la pena y la reparación del daño provocado por el hecho punible, derivan de un mismo comportamiento a dilucidar en un único procedimiento y decisión judicial, esto es, con *economía* de medios y vías procesales, aspecto que, al menos abstractamente, contribuye también a la *celeridad* de una solución pretendidamente integral. Empero, la *praxis* concreta no parece haber verificado el argumento en todos los casos: la acumulación, con su carga probatoria excesiva para verificar el daño civil causado, muchas veces difícil de determinar en detalle, y el aumento considerable en complejidad que representa para el juez penal el manejo de las reglas del Derecho resarcitorio civil (de daños), sobre todo para sistemas de organización judicial que parten de la división rígida de competencias judiciales entre las materias de Derecho privado y el Derecho penal, sin duda regidas por principios diferentes, ha determinado que, en algunos casos, la persecución penal se complique y sufra retrasos con el ejercicio de la acción civil en el mismo procedimiento. Ello ha provocado reiteradas réplicas argumentales desde el lado de los prácticos (abogados, jueces y fiscales) en materia penal.

Desde otro punto de vista, no parece haber duda en afirmar que permitir el ejercicio de la acción civil derivada de un hecho punible en el procedimiento penal, representa un auxilio real para la víctima, que tendrá un aliado natural en la fiscalía, titular del ejercicio de la acción penal. El mismo argumento da mérito a la queja defensiva, pues el imputado y su defensor deben soportar esa sobrecarga y responder, si bien a una única imputación –argumento cierto tan sólo parcialmente–, a dos consecuencias jurídicas cuyas reglas de imputación y de medición no son similares. Empero, también estas especulaciones políticas representan argumentos muy generales y abstractos que, en ocasiones, la práctica no puede verificar: la acción concreta de la fiscalía, como acusador penal en los delitos de acción pública, no siempre se traduce en un auxilio para la víctima, pues los principios de *legalidad* y *objetividad*, incluso de *lealtad*, que rigen su conducta procesal, lo obligan, en ocasiones, a sostener una tesis contraria o, por lo menos, no favorable a la pretensión civil, como cuando requiere el sobreseimiento o la absolución del imputado, o aun una condena pero por un hecho punible que disminuye

409 Estudiaremos el punto con referencia al actor civil y al tercero civilmente demandado, pero desde ya se puede decir que esta incorporación representa una interferencia de la ley comercial de seguros, 17.418, art. 117, con las leyes de procedimiento penal, que sólo toma en cuenta un interés propio de las compañías aseguradoras, sin respeto alguno por los fines del procedimiento penal. La limitación a la fuente legal de actores y demandados en el procedimiento penal siempre tuvo como fin no incorporar a la decisión penal todos los problemas de validez, interpretación y alcance de contratos o cláusulas contractuales, extraños a la función penal, que pueden generar problemas complicados para la decisión: piénsese, por ej., en la importancia que pueden tener, eventualmente, reglas de todo tipo de Derecho foráneo o internacional a través del Derecho internacional privado o de acuerdos entre el asegurador y el asegurado.

considerablemente el valor a reparar o excluye a quien sostiene ser el ofendido como sujeto del derecho al resarcimiento, o cuando la información necesaria frente al imputado no constituye la mejor estrategia para el litigio de Derecho privado.

A manera de propuesta, principalmente para los problemas de complejidad en el procedimiento y en la solución, que se presentan por la determinación y medición del daño resarcible, se ha postulado que la acción y la sentencia penal se reduzcan a la restitución o al resarcimiento natural (CC, 1086) y a la declaración de responsabilidad resarcitoria civil, dejando para el procedimiento de ejecución, ante los jueces civiles, todos los problemas de extensión y medición del daño, limitación que puede ser impuesta ya de oficio por el mismo tribunal o ser resuelta por pedido del propio actor civil o por pedido de alguno de los otros intervinientes en el procedimiento (fiscalía, imputado o tercero civilmente demandado). Pero con ello es escaso, casi mínimo, aquello que se ahorra en tiempo o en labor judicial.

En cambio, en el ámbito latinoamericano se ha producido una reforma política de importancia a través del CPP El Salvador; recientemente sancionado y, hasta donde me fue posible seguir su evolución, todavía en período de *vacatio legis*. El proyecto no aceptó el ejercicio de la acción civil *ex delito* en el procedimiento penal por el sistema de la acumulación de acciones. Él prevé la participación del ofendido durante el procedimiento penal como acusador penal, sin ejercer la acción civil, y regula un *procedimiento monitorio*, posterior a la sentencia penal de condena, para que la víctima del delito demande la reparación del daño ante el tribunal penal, demanda que, después de una audiencia breve y sencilla, sin pretensiones de procedimiento ordinario, culmina en una decisión sobre la cuestión, que incluye el daño resarcible, a manera de una *enmienda* ejecutable de inmediato, enmienda que, sin embargo, puede ser discutida nuevamente por la vía del procedimiento civil[410]. El sistema ha sido seguido hoy por nuestro CPP Chubut, 193 y ss., que reputó conveniente legitimar como actor sólo a quien sufrió daños por un hecho punible, para que demande después de la condena penal, contra el condenado o contra aquél a quien se le aplicó una medida de seguridad y corrección, y contra quien, por disposición directa de la ley civil, responde por el daño provocado por aquellos, incluso con citación en garantía del asegurador que, pretendidamente, responde por el siniestro (el asegurador no puede intentar defensa alguna fundada en el contrato de seguro); el procedimiento es

410 Cf. Trejo, Serrano, Rodríguez y Campos Ventura, *En defensa del nuevo proceso penal salvadoreño*, cit., Cap. III, Sección D, ps. 45 y siguientes.

muy sencillo, similar al *ejecutivo* del Derecho privado (*monitorio*): consta de una citación a audiencia mediante una *orden de reparación*, que prepara la única audiencia prevista para lograr, en primer lugar, un acuerdo entre las partes y, si ello no fuere posible, para que ellas expongan los principales argumentos de conformidad o disconformidad con la orden de reparación y concreten su pretensión; la comparecencia a la audiencia no es obligatoria y si nadie objeta la orden de reparación el tribunal manda cumplirla; de otro modo, dicta sentencia, decisión que no es recurrible y es ejecutable de inmediato, pero cuyo valor puede ser objetado por acción ordinaria ante los tribunales competentes, tanto por el actor, para corregir la reparación ordenada o lograr la que no se le concedió, como para los eventuales condenados para la repetición total o parcial de la reparación ya cumplida. Ha transcurrido muy escaso tiempo de discusión –y nada de práctica– para afirmar si esta solución desplazará al sistema de la *actio civile* en nuestro ámbito, pero, sin duda, representa una solución política distinta al problema de la reparación del daño, mediante el auxilio del procedimiento penal, que, al menos en su valoración abstracta, tiene posibilidades reales de reemplazar al sistema estudiado y de resultar, en la práctica, una solución más viable y expedita para el ofendido por un hecho punible.

El ingreso de la reparación como tercera vía del Derecho penal por diversos mecanismos y para un número relativamente elevado de hechos punibles representa un auxilio más expedito para la víctima de un delito, a pesar de los problemas que esa solución le plantea al Derecho penal tradicional[411].

2. El actor civil

a) Concepto y legitimación

I. A la persona que pretende que le sea reparado el daño emergente del comportamiento que provoca la persecución penal, estatal o privada, en el procedimiento penal, se la denomina *actor civil*. Empero, no todo daño supuestamente emergente de un hecho, en principio punible, es susceptible de ser reclamado por esta vía. Lo es, únicamente, el daño que funda la reparación, cuando constituye la lesión directa del

411 Cf. Maier, Julio B. J., *El ingreso de la reparación como tercera vía al Derecho penal argentino*, en Binder y Maier (comps.), *El Derecho penal hoy. Homenaje al Prof. David Baigún*, cit., ps. 27 y siguientes.

189

bien o interés jurídico que la prohibición o el mandato que presiden la imputación penal tienden a proteger y el daño es la consecuencia directa de su infracción[412]. Así, por ejemplo, si se persigue penalmente por una lesión corporal, los daños relativos a su curación y a la incapacidad sobreviniente constituyen el objeto central de la reparación; en cambio, si por efecto de la lesión el cuerpo de la víctima cayó sobre la vidriera de un comercio y la destrozó, el daño emergente de la rotura de la vidriera, aunque resarcible (CC, 1079), no puede fundar la reclamación civil en el procedimiento penal, supuesto de que la persecución penal no alcanza, también, al delito de daño (CP, 183)[413]. La razón de ser de la limitación, que se encuentra en la base del precepto relativo a la legitimación del actor civil[414], reside en el ingreso excepcional de la acción civil al procedimiento penal y en el carácter *accesorio* de ella[415]. Desde el punto de vista jurídico, el daño debe ser aquel que la ley prevé como fundante de la prohibición o el mandato infringidos y los accesorios a él previstos en la ley civil (genéricamente, CC, 1068 y 1069).

Otros ejemplos: si por la usurpación de un inmueble (CP, 181) tenido por el titular del dominio sobre él, un comodatario futuro no puede albergarse en él y debe, por ello, locar otro, la reparación de ese daño, fundada en la inejecución del comodato, no puede pretenderse en el procedimiento penal por la usurpación; la ofensa contra el honor del ofendido no da derecho a un tercero a reclamar, en el procedimiento penal, el menor valor que pudiera emerger de la ofensa sobre los servicios del ofendido a los que el tercero tiene derecho, como sucedería en el caso de la tasación de un jugador de fútbol a quien se lo caracteriza como drogadependiente, hecho que provoca una baja considerable en su cotización; el incendio u otro estrago culposo (CP, 189) en una estación de transformación de electricidad no da derecho a los usuarios del servicio a reclamar los daños por la falta de prestación del servicio en el procedimiento penal por aquel delito[416].

412 Cf. VELEZ MARICONDE, *Acción resarcitoria*, cit., p. 94.

413 La doctrina ha dividido, para fijar esta distinción, entre daño o damnificado *directo* e *indirecto*: NÚÑEZ, *La acción civil en el proceso penal*, cit., ps. 49 y s., quien cita a ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible*, Ed. Marcos Lerner, Córdoba (RA), 1980, nº 8, p. 23, para indicar la distinción en la misma doctrina de Derecho civil.

414 CPP Nación, 14.

415 Cf. NÚÑEZ, *La acción civil en el proceso penal*, cit., p. 50.

416 Ver más ejemplos casuísticos en VELEZ MARICONDE, *Acción resarcitoria*, cit., nota 10, p. 94; NÚÑEZ, *La acción civil en el proceso penal*, cit., p. 51; aunque alguno de los casos planteados sean cuestionables y serán discutidos *infra*.

II. Con esta introducción, es posible atacar la pregunta acerca de quién es el *titular de la acción civil*; esto es, determinar abstractamente quién es la persona a la que la ley procesal penal autoriza "sólo" –con alguna extensión por sucesión– a demandar el daño sufrido por ella en el procedimiento penal. Se trata, en principio, del *portador del bien jurídico* protegido por la norma infringida que preside la imputación penal o, en otras palabras, el *ofendido* por el hecho punible objeto del procedimiento penal[417].

Claro es que puede existir el caso en el cual más de una persona es ofendida por el hecho punible, de modo distinto. No me refiero con ello al caso sencillo de pluralidad de portadores del bien jurídico, como en el caso de que una cosa hurtada sea detentada por más de una persona, por ejemplo, por condóminos, sino al caso de que la lesión de la que deriva el daño afecte a más de una persona vinculada al bien jurídico de distinta manera: así, por ejemplo, el hurto de una cosa mueble (CP, 162) puede causar perjuicios para su tenedor legítimo (comodatario o locatario) y para su propietario, de distinta manera, porque el tenedor legítimo se verá privado del uso de la cosa y su dueño del dominio y posesión de la cosa misma (CC, 1091 y 1095); y el robo (CP, 164) puede provocar, de la misma manera, perjuicio para su tenedor e, incluso, para su dueño, por el daño inferido a la cosa a raíz de la fuerza ejercida sobre ella[418], o también, a raíz de un caso fortuito o de fuerza mayor (CC, 1091).

Pero la identificación abstracta del titular de la acción civil en el procedimiento penal se torna más compleja cuando la ley civil, sin interferencia de relación civil alguna, no identifica el concepto de víctima del delito con el titular del derecho resarcitorio, como sucede, por ejemplo, en los casos genéricos del CC, 1080, 1084 y 1085. De esos casos resulta indiscutible aquél referido al homicidio (CC, 1085, 2ª oración), pues, a pesar de que la víctima es el muerto y en razón de que el delito provoca el fin de su existencia como persona, estamos acostum-

417 Tras la expresión "damnificado", que utilizan algunos códigos en la fórmula adjudicataria de legitimación para accionar civilmente en el procedimiento penal, intentan señalar a la víctima u ofendido directos por el delito, en el sentido señalado (CPP Pcia. Buenos Aires, 12; CPP Mendoza, 14; CPP Entre Ríos, 15; CPP Santa Fe, 94). La palabra, sin embargo, no introduce claridad alguna.

418 Ejemplos tomados de NÚÑEZ, *La acción civil en el proceso penal*, cit., p. 49, y CREUS, *La acción resarcitoria en el proceso penal*, cit., p. 105.

brados, aun para discernir la legitimación para querellar, a extender el carácter de víctima al cónyuge sobreviviente y a los herederos forzosos (salvo el caso de su participación en el crimen o la omisión de auxilio, introducidos en la regla civil).

Pero la extensión se torna problemática en los dos casos restantes: el reclamo de pérdidas e intereses por parte del marido y los padres a raíz de las injurias sufridas por la mujer y los hijos (CC, 1080)[419] y el derecho a la reparación de quien realmente hizo los gastos para la asistencia y el funeral de la víctima de un homicidio (CC, 1085, primera oración). Si nos decidimos a considerarlos titulares de la acción civil, en el sentido de su legitimación para plantearla en el procedimiento penal es, principalmente, por la influencia que sobre su derecho a la reparación tiene la decisión penal (CC, 1102 y 1103) y porque esa titularidad –que podríamos llamar *anómala*, para distinguirla de aquella que posee el portador del bien jurídico– deriva directamente de la ley. En este sentido, estos titulares anómalos de la acción civil, que no pueden ser considerados como portadores del bien jurídico lesionado, deben ser autorizados a influir en la decisión penal con su actividad procesal (CN, 18: inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos).

Núñez, en cambio, deriva la misma afirmación del hecho de que el derecho reparatorio emerge directamente, sin interferencia alguna, del hecho punible objeto del procedimiento penal[420], argumento atendible, en principio, pero cuestionable cuando antes hemos excluido los *daños indirectos* derivados de una conducta ilícita, sufridos por un tercero, conforme al CC, 1079, según lo acepta el mismo autor citado[421].

El CP, 29, inc. 1°, al extender el derecho a la reparación por daño material y moral, genéricamente, "a la víctima, a su familia o a un tercero", con la intención evidente de que la sentencia penal decida sobre ellos, según aquello que ya se ha explicado, complica más este panorama. A nuestro juicio, la disposición legal sólo puede ser entendida en el sentido de que ese derecho depende de la regulación civil, más detallada, y su interpretación reclama tener siempre presente que la admisión del reclamo (demanda) ante el tribunal penal es materia, en principio, de Derecho local (relativo a la organización judicial), en tanto ese Derecho es quien atribuye competencia a distintos órganos judiciales (tribunales), en este caso en razón de la materia, para la solución de los con-

[419] Caso en el cual queda todavía por discutir si la palabra "injurias" denota tan sólo la ofensa contra el honor o, en general, ha sido utilizada como sinónimo de "delito" (CC, 1072).

[420] *La acción civil en el proceso penal*, cit., p. 51.

[421] *Idem*, p. 50.

flictos planteados ante la autoridad judicial, con el fin de obtener una decisión dotada de fuerza ejecutiva. En este sentido, si, como opinan todos, el reclamo por los *daños indirectos* que sufre un tercero (CC, 1079) no puede acceder al procedimiento penal, conforme al carácter accesorio de la acción civil ejercida en el procedimiento penal, la ley penal sólo se ha referido legítimamente a la familia o a terceros en tanto la ley civil les conceda el derecho a la reparación y la procesal penal el ingreso al procedimiento penal. Es claro, por ejemplo, que el concepto "familia" debe ser definido en el sentido de "cónyuge sobreviviente y herederos forzosos en el homicidio", conforme a la ley civil (CC, 1085), o "marido y padres" en el caso de injurias (CC, 1080).

Por lo demás, la razón básica que determina el ingreso en el procedimiento penal como "titular de la acción civil" de algunas personas distintas a la víctima real del hecho, la influencia decisiva de la sentencia civil sobre la penal, desaparece en el caso de los *daños indirectos sufridos por terceros*, conforme al CC, 1079: ese caso genérico de reparación no depende, necesariamente, de la solución penal del caso, pues, o bien resulta de la interferencia de una relación de Derecho privado con el hecho punible, como en el caso de la inejecución del contrato de transporte por el daño punible que el autor consumó en el medio de transporte (ejemplo de NÚÑEZ[422]), caso en el cual la inejecución de la prestación resuelta por acuerdo de voluntades entre partes resulta ser la base y medida de la obligación extendible al partícipe de un hecho punible, o, de otra manera, resulta de la conexión culposa o fortuita del hecho punible con el daño soportado por el tercero, como en el caso del lesionado que destroza la vidriera al caer (ejemplo nuestro y de VÉLEZ MARICONDE[423]), caso en el cual, si existe responsabilidad civil por daños a un tercero, ella se funda en un hecho ilícito civil, no punible.

Titulares de la acción civil no sólo pueden ser las personas de existencia visible o físicas, sino también las personas de existencia ideal (CC, 30 y ss., 45 y 46). En efecto, ellas pueden ser las portadoras del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, como sucede con claridad, por ejemplo, en los delitos contra la propiedad o el patrimonio[424].

II. Están también autorizados a ejercer la acción civil *ex delito* en el procedimiento penal, o a continuarla si el actor civil fallece durante su transcurso, los herederos de su titular difunto, en los límites de su cuota hereditaria[425]. Son herederos tanto los sucesores *legítimos* como los sucesores *testamentarios*, pero sólo pueden constituirse como actores

[422] *Idem*, p. 51.

[423] *Acción resarcitoria*, nota nº 10, p. 94.

[424] Ver *supra*, este parágrafo, D, 1, IV, ps. 697 y ss., la discusión acerca de si las personas colectivas pueden ser *ofendidas* por un hecho punible, en especial, ser portadoras de honor o crédito.

[425] CPP Nación, 14.

civiles en el procedimiento penal los *herederos*, y no los *legatarios*[426]. Sin embargo, la acción destinada a reclamar el llamado *daño moral* (molestias para la seguridad personal o en el goce de sus bienes o lesión de las afecciones legítimas; CC, 1078) no es transmisible, "sino cuando hubiese sido entablada por el difunto" (CC, 1099), razón por la cual los herederos no pueden constituirse en actores civiles en el procedimiento penal para reclamar esos daños, sino tan sólo en el caso de que el titular hubiere fallecido después de haberla ejercido por ese rubro. La reforma del CC, 1078, II (ley n° 17.711), reafirma este principio, pero aclara que, cuando el hecho punible provocó la muerte de la víctima, sólo los herederos forzosos están autorizados a reclamar el daño moral.

III. La ley autoriza a ejercer la acción civil, en el procedimiento penal, a los *representantes legales* y *voluntarios* (*mandatarios*), mención sin sentido, pues unos y otros no obran por sí mismos, sino a través de la legitimación de aquéllos a quienes representan: los representantes legales obran por quienes no pueden obrar por sí mismos, los incapaces (CC, 54 y ss.; CP, 12; y ley n° 14.394, III, 15 y ss.), las personas jurídicas civiles (CC, 35 y 1676) o comerciales (CCom., 409 y ss.) y los concursados o liquidados administrativamente (ley n° 19.951, 114, 260, 298 y 310); los representantes voluntarios, o convencionales, o simplemente mandatarios, obran por quien no desea obrar por sí mismo, a pesar de estar autorizado a hacerlo, y, por ello, encomienda la misión a un mandatario. La mención pudo haberse evitado y nada agrega[427].

En el CPP Nación no existe regla alguna que exija un mandato especial y concreto respecto del caso, para la representación voluntaria[428]; por lo tanto, el mandato general con poder para representar en juicio e incoar acciones civiles basta, pero se exige que conste en escritura pública (CC, 1184, 7°)[429].

[426] Por supuesto que, a título personal, de víctima directa, un eventual legatario puede ser titular –no sucesor– de la acción civil, como sucede en el caso de la alteración del testamento en su perjuicio, citado por NÚÑEZ, *La acción civil en el proceso penal*, cit., p. 53, nota 53.

[427] Cf. D'ALBORA, Francisco J., *CPP Nación anotado, comentado, concordado* [*CPP Nación anotado*] (4ª ed.), Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, 14, *a*, p. 35.

[428] Según exige VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, con relación a ciertos códigos provinciales en *Acción resarcitoria*, cit., p. 114.

[429] Cf. NÚÑEZ, *La acción civil en el proceso penal*, cit., p. 57.

IV. La ley nacional de *Seguros* (nº 17.418), art. 117, le ha conferido autorización al *asegurador* para constituirse en *parte civil* en el procedimiento penal. Ella implica, según se ha interpretado, la facultad del asegurador de ser titular de la acción civil contra el imputado o contra el tercero civilmente responsable en el procedimiento penal, para reclamar los daños que él ha satisfecho a su asegurado (ley 17.418, art. 80), provocados por el autor del hecho punible o por los partícipes en él, e implica también, la posibilidad del asegurador de ocupar el banquillo opuesto, esto es, de ser demandado o, cuando menos, de ser citado en garantía –total o parcial– de la obligación demandada por el verdadero titular de la acción civil (ley 17.418, art. 118, II)[430]. Todo esto no excluiría la posibilidad de que el titular ejerza también, y al mismo tiempo, la acción civil *ex delito*, cuando el asegurador no toma a su cargo los daños emergentes o no toma a su cargo todos los daños, incluso según el contrato de seguro, por la parte no cedida de la reparación obtenida por esa vía. La disposición –desde ya se puede observar– incorpora un cuerpo extraño a la legislación procesal penal, que parte de la base de excluir todas las relaciones contractuales como fuente de las obligaciones demandadas en el procedimiento penal[431], relaciones demandables por la vía del procedimiento civil y ante la sede judicial competente para los litigios de Derecho privado: el contrato de seguro es, claramente, la fuente de la cual emana el poder de demandar del asegurador, cesionario del crédito de su asegurado, o según la cual él puede ser demandado o citado en garantía por el titular de la acción civil. Tampoco es difícil de observar la razón política de la inclusión aparente del asegurador y menos aún cuando, como se ha expresado[432], goza, según la ley de seguros, de un *privilegio* del que carecen los otros intervinientes en el procedimiento, incluso el imputado y su defensor: la ley le concede la facultad de examinar las actas administrativas o judi-

[430] Cf. D'Albora, *CPP Nación anotado* (4ª ed.), cit., art. 14, *a*, p. 35, art. 87, ps. 134 y s., y art. 97, p. 140; Núñez, *La acción civil en el proceso penal*, cit., Tít. III, Cap. II, 4, ps. 55 y s., y Cap. IV, ps. 69 y siguientes.

[431] Cf. Vélez Mariconde, *Acción resarcitoria*, cit., ps. 107 y 116; claro en Chiara Díaz, Carlos A., *La actuación de las partes civiles en el procedimiento penal*, en "Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, 1988, t. I, ps. 757 y siguientes.

[432] Núñez, *La acción civil en el proceso penal*, cit., ps. 55 y s.; del mismo autor, *CPP Córdoba anotado*, Ed. Lerner, Córdoba-Buenos Aires, 1978, nº 4, p. 189, que adjetiva el privilegio como "irritante" y debido a presiones políticas de ese sector comercial.

ciales sobre la investigación del hecho punible desde un comienzo (ley nº 17.418, art. 117). Tal razón se vincula a intereses sectoriales y corporativos expresados en la ley de seguros, sin atender al interés fundamental de la persecución penal, ni a la defensa de quien es perseguido penalmente, ni a los fines básicos del procedimiento penal, esto es, a la decisión acerca de la aplicabilidad o inaplicabilidad de la ley penal[433].

Empero, desde el punto de vista jurídico, el problema que introduce esa cláusula inconsulta de la ley de seguros se presenta en dos niveles diferentes. El primero de ellos se vincula con el carácter de la regla y, por ende, con el ámbito de su vigencia. Unos solucionan este problema de manera harto sencilla, por cita de la jurisprudencia de nuestra CSN[434], fundada en la mayor jerarquía de las leyes materiales sobre las procesales y en la validez nacional de las instituciones procesales insertas en las leyes de fondo para preservar el funcionamiento de las instituciones creadas por ellas[435]. Otros, en cambio, creen que la autorización para introducirse como actor civil en el procedimiento penal depende sólo de la ley procesal penal, que, por supuesto, suponen de vigencia local; la ley de seguros, en tanto permite al asegurador introducirse en el procedimiento penal, sólo tendría, a lo sumo, vigencia para la organización judicial federal[436]. No tienen razón quienes creen que la ley nacional de seguros prima sobre las leyes de procedimiento penal provinciales, al menos en aquello que se refiere a concederle facultad para demandar en el procedimiento penal y, por ende, para asumir el papel de actor civil. Si la facultad de ejercer la acción civil en el procedimiento penal es sólo una función procesal, relativa a la determinación del órgano judicial competente y del procedimiento mediante el cual ella va a ser resuelta (*legitimatio ad causam*), según todos están de acuerdo, nadie puede dudar en adjudicar la solución del problema al legislador procesal, para el caso de

[433] Cf. Núñez, *ibidem*, quien advierte, para la ley procesal penal cordobesa, el interés sectorial, en relación al privilegio del asegurador, copiado de la ley de seguros nacional, de examinar las actuaciones antes de que imputado y defensor puedan hacerlo, y lo califica como "interés profesional" determinante de la norma (cf. *CPP Córdoba*, art. 212, hoy reemplazado); el intento de que prime sobre las leyes locales y sobre los fines del enjuiciamiento penal denunciado claramente en Chiara Díaz, *La actuación de las partes civiles en el proceso penal*, cit., III, p. 759.

[434] *Fallos CSN*, t. 136, p. 154; t. 138, p. 157; t. 295, p. 606.

[435] D'Albora, *CPP Nación anotado* (4ª ed.), art. 14, *a*, ps. 35 y s., art. 87, ps. 134 y s., y art. 97, p. 140; Núñez, *La acción civil en el proceso penal*, cit., p. 69; ambos con cita del fallo específico en el cual la CSN se refirió a este problema en el sentido indicado: *Fallos CSN*, t. 295, p. 606.

[436] Cf. Creus, *La acción resarcitoria en el proceso penal*, cit., ps. 111 y s., quien, sin embargo, duda al resolver el problema de la citación en garantía del asegurador (p. 138); más decididamente, Chiara Díaz, *La actuación de las partes civiles en el proceso penal*, cit., ps. 750 y siguiente. Un relato sucinto pero completo, hasta la fecha de publicación (1981), de las opiniones vertidas a favor y en contra de la intervención del asegurador, informe del cual se desprende la opinión mayoritaria a favor de su intervención, de ambos lados de la relación procesal, en Vélez Mariconde, *DPP*, cit., t. III (de actualización, escrito por los Dres. Manuel N. Ayán y José I. Cafferata Nores), ps. 50 y siguientes.

las provincias, a los parlamentos provinciales o locales, según la doctrina dominante acerca la interpretación del art. 75, inc. 12, y 5, CN, y aun aquella que no es dominante, que, en todo caso, adjudica a los parlamentos locales la potestad de organizar la justicia en su territorio (CN, 5). En la medida en que esos parlamentos permitan la inclusión del asegurador como actor civil en el procedimiento penal, por razones políticas que suponen la ponderación de las ventajas y desventajas del sistema[437], los aseguradores podrán ejercer la acción derivada de la subrogación del asegurado a quien satisficieron el daño total o parcial provocado por el hecho punible (ley n° 17.418, art. 80); si ése no es el caso, los aseguradores no podían introducirse como actores civiles en el procedimiento penal y deberán demandar los daños reparados por ellos al asegurado ante la jurisdicción civil[438]. La ley nacional y la local no tienen diferente jerarquía, de manera que una pueda disponer sobre la materia de la otra, según supone una de las soluciones, sino que cada una tiene vigencia en el ámbito de regulación para el cual el parlamento que la dictó tiene competencia legislativa: mientras la ley nacional dispone sobre instituciones sustantivas, como el contrato de seguro, está vigente en toda la República, así como la ley provincial que dispone sobre instituciones locales como la competencia de los órganos judiciales de la Provincia y el procedimiento a seguir para dirimir una acción; en este sentido, al fichos por regla, la ley de seguros, art. 117, en tanto institución procesal emanada del Congreso de la Nación, sólo pudo disponer en el ámbito de la organización judicial federal y de su procedimiento judicial[439].

Y, por otro lado, la defensa de instituciones del Derecho sustantivo no puede llegar a tanto que cualquier regulación procesal sobre organización judicial y procedimiento sea admitida con vigencia en toda la República: nada le pasará al contrato de seguro si una o más provincias disponen que la acción del asegurador, como acción no derivada del hecho punible directamente, comparezca ante los tribunales civiles y por la vía del procedimiento civil, como resulta ser el caso del CPP Córdoba y del CPP Pcia. de Buenos Aires actuales, que, ya vigente la ley de seguros, no tolera el ejercicio de la acción civil por el asegurador (art. 24 y arts. 12 y 13, respectivamente) y, sin embargo, permite llamarlo en garantía (arts. 115 y ss., y art. 76, respectivamente); es más, nada le pasaría al contrato de seguro si algún Código provincial no admitiera el ejercicio de la acción civil en sede penal[440]. Por lo tanto, el problema acerca de si se puede ejercer la ac-

[437] Según sucedía en el CPP Córdoba, 14, hoy reemplazado, y sucede en el CPP Salta, 14.

[438] Como resulta del texto del CPP Córdoba, 115 y ss., hoy vigente, que únicamente permite al actor civil, al imputado y al tercero civilmente demandado *citar en garantía* al asegurador.

[439] La misma opinión en CHIARA DÍAZ, *La actuación de las partes civiles en el proceso penal*, cit., III, 759 y siguiente.

[440] No lo permitía el texto del CPP Pcia. Buenos Aires originario, conforme a la conocida opinión de JOFRÉ, contraria al ejercicio de la acción civil en sede penal, aunque después de vigente el CP, 29 (1922), una interpretación ligera de la regla incorporó jurisprudencialmente el ejercicio de la acción civil al procedimiento penal de esa provincia: la ley provincial n° 10.358 permitió definitivamente el ejercicio de la acción civil en sede penal –arts. 86 y 90–, aunque por las reglas del CPCC y por trámite separado (cf. BERTOLINO, *CPP Buenos Aires* (3ª ed.), cit., arts. 86 y 90, ps. 121 y ss., y 134 y siguientes). El nuevo CPP Pcia. Buenos Aires, incorpora el régimen completo del ejercicio de la acción civil en sede penal según nuestra tendencia más moderna.

ción civil en el procedimiento penal y de quién puede constituirse en actor civil en ese procedimiento resulta ser, en principio, un problema de las legislaciones locales.

Ya dentro de la organización judicial federal, aquello que expresa el art. 117 de la ley nº 17.418 en el ámbito propio de su vigencia tampoco es claro y constituye el segundo problema a resolver que plantea la regla. Lo primero que habría que decidir deriva del principio hermenéutico-sistemático relativo a la *lex posterior*, pues el CPP Nación es posterior a la ley de seguros y en regla alguna menciona al asegurador como titular de la acción civil ejercida en el procedimiento penal. La consecuencia parece ineludible: la ley más moderna deroga a la ley más antigua. Pero aun si se ignora ese criterio de solución, el art. 117 nunca le ha conferido al asegurador la titularidad de la acción civil *ex delito*, como varios parecen suponer, sino, tan sólo, la facultad o el deber de asumir como *parte civil* en el procedimiento penal. Aunque la ley no discrimina, en la regla citada, parece ser que ella no se puede referir a la acción subrogatoria o del cesionario de una obligación, dada la prohibición expresa de que ellos desarrollen su acción en el procedimiento penal en razón de los fines especialísimos de ese procedimiento[441], que imponen la limitación de la cuestión civil sólo al debate entre quienes, por mandato de la ley, son titulares de la acción o directos responsables de la obligación de reparar. Parece ser, en cambio, que la institución de la *citación en garantía del asegurador*, por la ley de seguros o la constitución voluntaria del asegurador con ese carácter, según analogía con el tercero civilmente demandado en el proceso penal, le permite tanto al titular del derecho a la reparación como a su responsable directo evitar una discusión posterior sobre el hecho ilícito fuente de la obligación y al asegurador un medio de defensa oportuno y correcto para el hecho generador de su responsabilidad indirecta por el asegurado, imputado o tercero civilmente demandado en una causa penal. Esa institución no cumpliría sus fines si se la relegara a una discusión en otro procedimiento. Pero, para que ella funcione sin complicar la consecución de los fines inmediatos del procedimiento penal, el debate eventual sobre la validez o vigencia e interpretación del contrato de seguro no debe ingresar al procedimiento penal, salvo en tanto se trate de una verificación mínima acerca de su vigencia temporal relativa a alguno de los demandados y al riesgo asumido, con el único fin de admitir al citado en garantía como garante de la obligación eventual de resarcir ventilada en el procedimiento penal; consecuentemente, la condena no lo puede alcanzar[442], aunque sea ejecutable contra él, sino en esa condición y tornará imposible para él la discusión acerca del siniestro sucedido y su modo de ejecución, pero conservará para la ejecución o para un litigio ordinario posterior todas las defensas relativas a su situación contractual.

Por consiguiente, cuando los códigos procesales no incorporan al asegurador como actor civil y limitan su ejercicio al titular de la acción reparatoria según la ley civil, el asegurador no posee título suficiente para demandar en el procedimiento penal, como subrogado o titular

441 VÉLEZ MARICONDE, *Acción resarcitoria*, cit., p. 116.

442 NÚÑEZ, *La acción civil en el proceso penal*, cit., ps. 70 y s.; CHIARA DÍAZ, *La actuación de las partes civiles en el proceso penal*, cit., ps. 759 y siguiente.

de un crédito cedido, los daños reparados por él y debe acudir, en su caso, al procedimiento civil. En el procedimiento penal, por el carácter limitativo de sus reglas acerca del ejercicio de la acción civil, ningún sucesor, salvo el heredero, excepción expresa en la ley, puede ejercer la acción civil. Parece razonable, en cambio, admitir que el asegurador pueda ser *citado en garantía* de la obligación demandada al imputado o al tercero civilmente responsable según la ley[443], o asumir ese papel voluntariamente, para resguardo de la institución de la ley de seguros y garantía de defensa de su interés en la determinación del siniestro; en ese caso su intervención se regirá analógicamente por las reglas aplicables al tercero civilmente demandado, sin que pueda hacer valer las defensas emanadas del contrato de seguro, salvo la evidencia emergente de su texto sobre su caducidad anterior al hecho punible, sobre la carencia de cobertura del hecho objeto de la demanda o sobre su falta de relación contractual con alguno de los demandados, para resistir la citación.

V. Representa una condición de admisibilidad del ejercicio de la acción civil dirigirla contra algún sindicado como partícipe en el hecho punible, pero no es necesario dirigirla contra todos; si el acto de constitución no menciona a nadie se entenderá que la dirige contra todos; por último, en el caso de que no se hubiera individualizado a imputado alguno, la constitución es, sin embargo, posible, para intervenir en el procedimiento de averiguación acerca del responsable[444]; el límite de esta situación lo constituye la demanda, que debe individualizar a los demandados, conforme a la época del procedimiento en la cual ella se debe concretar[445].

b) Constitución, función y límites

I. La facultad de ejercer la acción civil *ex delito* en el procedimiento penal depende del acto denominado *"constitución en actor civil"*, cuya realización sólo es posible hasta el momento en el cual se clausura la

443 Según lo permiten el CPP Córdoba, 115 y ss., y el CPP Pcia. Buenos Aires, 76, sin permitir la constitución en actor civil del asegurador (CPP Córdoba, 24; CPP Pcia. Buenos Aires, 12 y 13).

444 CPP Nación, 88.

445 CPP Nación, 93.

instrucción, plazo de actividad que no se computa por unidades temporales, sino que está referido a otro acto del procedimiento, cuyo cumplimiento importa caducidad y, por ello, torna inadmisible la constitución posterior[446]. La cuestión acerca del acto que fija el final del plazo, establecido por la ley, ha sido tratada anteriormente y no se resuelve unívocamente en todas las leyes procesales penales argentinas[447].

El sobreseimiento, otra forma de finalizar la instrucción preparatoria y el procedimiento en general (sentencia absolutoria anticipada), no se vincula al problema porque, aun constituido el actor civil tempestivamente, clausura toda posibilidad de ejercicio de la acción civil en el procedimiento penal (CPP Nación, 16, J).

El acto de constitución en actor civil es escrito y debe contener la individualización de la persona que pretende ese papel en el procedimiento penal y, en su caso, la del mandatario a quien encargó la persecución civil, el *domicilio legal* de quien acciona civilmente –que interpretado literalmente (CC, 90) forma parte de su individualización, razón por la cual la exigencia se refiere, en términos equivocados, al *domicilio especial* que se fija para notificaciones en el procedimiento (CC, 101)[448]–, y una sucinta explicación de los motivos de hecho y de derecho que fundan la acción. No es necesario individualizar al demandado, pero, si no se menciona a imputado alguno, debe entenderse que la acción se dirige contra todos aquellos que lleguen a asumir ese carácter en el procedimiento[449]; incluso es posible la constitución aun cuando no exista imputado alguno individualizado en el procedimiento[450]. Sin embargo, si hubiere varios imputados o civilmente demandados, el actor puede limitar subjetivamente su pretensión y dirigir su acción sólo contra algunos; pero no es posible dirigir la acción sólo contra el tercero civilmente responsable sin perseguir civilmente también al imputado[451].

446 CPP Nación, 90.

447 Ver este parágrafo, E, 1, V, ps. 728 y siguientes.

448 La correcta terminología en nuestro orden jurídico (contraposición entre domicilio *general* [CC, 89, 90 y 100], real o legal, y *especial* [CC, 101]) surge de la lectura del Título respectivo del CC de la República.

449 CPP Nación, 88, IV.

450 CPP Nación, 88, I.

451 CPP Nación, 88, II y III.

Al interponer la demanda –cuando ella está prevista como acto formal y escrito–, en cambio, la situación difiere: allí debe individualizar a los imputados y terceros civilmente demandados contra quienes dirige la acción, conforme a las reglas comunes del CPCC respectivo, al que las leyes procesales penales remiten[452].

La disposición por la cual se admite a una persona como actor civil en el procedimiento penal debe ser comunicada al imputado –cuando él no esté individualizado, una vez cumplido este requisito– y al tercero civilmente demandado, en su caso, y el actor civil tendrá la intervención que la ley procesal le reserva en el procedimiento a partir de la última notificación, sin perjuicio de la exclusión de oficio en casos excepcionales[453]; en otros, en cambio, no se prevé incidente formal alguno, sin perjuicio de lo cual cualquier interesado puede oponerse a que el tribunal reconozca al pretendiente como actor civil[454]. En algunos códigos está previsto un incidente formal de *oposición* a la constitución en actor civil en el procedimiento penal[455]. La cuestión no es inocente, como parece, sobre todo porque la previsión del incidente de oposición genera un plazo de actividad para las partes, dentro del cual es posible oponerse para que el tribunal decida el incidente por auto fundado, y, sin imposición tempestiva alguna, la constitución en actor civil funciona automáticamente, por disposición judicial simple (sin fundamento alguno)[456]. Es discutible si el rechazo de la solicitud de quien pretende constituirse en actor civil en el procedimiento penal es recurrible por él: normalmente no está previsto expresamente el recurso, pero ello no obsta a la procedencia de la apelación según la cláusula general de admisibilidad de ese recurso –"gravamen irreparable"[457]–, pues, para la pretensión de ejercer la acción civil en el procedimiento penal, que involucra la de intervenir en él, tal rechazo resulta "definitivo" (desde el punto de vista material él no excluye la posibilidad del reclamo ante los jueces regularmente competentes y por la vía del procedimiento civil); la razón aquí invocada, pero, sobre todo, el

452 CPP Nación, 93, II; CPP Pcia. Buenos Aires, 69.

453 CPP Nación, 92.

454 Por ej., CPP Nación y CPP Buenos Aires, que no contienen reglas acerca del incidente de oposición.

455 Por ej., CPP Córdoba, 102 y siguientes.

456 Cf. CPP Córdoba, 102 y 104.

457 CPP Nación, 449.

192

derecho legítimo de intervenir en el procedimiento penal para custodiar el interés que quien pretende reparación considera existente y defendible por esa vía, me inclinan a responder afirmativamente, salvo el caso muy especial de un rechazo extremamente formal (carencia de un requisito extrínseco o meramente formal del acto), cuya razón de ser estribe en una exigencia que pueda ser solucionada en tiempo oportuno[458].

En los delitos de acción privada, el juicio especial previsto para ellos confunde el acto de constitución con la demanda, que debe ser planteada en el mismo momento en el cual se interpone la querella[459].

II. Asuma o no asuma, al mismo tiempo, el papel de querellante (en los delitos de acción privada tal asunción conjunta es un imperativo, porque esos hechos punibles no son perseguibles por un oficio estatal); al actor civil le son concedidas todas las facultades para defender su pretensión civil en la medida de su interés: genéricamente, puede acreditar el hecho punible del que deriva su pretensión y, además, los daños y perjuicios provocados en relación al objeto de su pretensión (reparación natural, simbólica o de perjuicios emergentes en el futuro); puede, también, exigir medidas tendentes a asegurar su pretensión condenatoria[460]. Empero, recuérdese que, si bien el hecho punible objeto de la persecución penal debe ser, históricamente, idéntico a aquel que constituye el fundamento de la persecución civil, ambos pueden diferir en relación a los elementos que ponen en juego como importantes para defender la pretensión respectiva. Pero, además, en virtud de que, en determinado momento procesal –el debate– la acción civil se autonomiza respecto de la persecución penal, pues la sentencia abso-

[458] Como, por ej., la falta de indicación del domicilio especial o la inexistencia en la solicitud de un documento necesario o de su certificación oficial (certificado que verifique el estado civil, el grado de parentesco o su calidad de heredero legítimo: cónyuge, hijo, etc.), pero la exigencia pierde este carácter cuando, en tiempo oportuno para la constitución en actor civil, no puede ser solucionada, según puede suceder con el mismo rechazo por carencia de alguna documentación necesaria, cuando se requiere una certificación de un país extranjero, imposible de obtener en el plazo de caducidad; por supuesto, en este último caso, el recurso debe estar fundado en la ilegitimidad de la exigencia judicial o, con otra palabras, en la falta de necesidad jurídica del requisito exigido. Piénsese, por ej., en la exigencia de la declaratoria judicial de herederos.

[459] CPP Nación, 418, inc. 5.

[460] CPP Nación, 91 y 519.

lutoria (penal) no impide la decisión sobre la cuestión civil[461], que adquiere el carácter de principal, es posible que el fundamento de la pretensión resarcitoria no se confunda o no se confunda totalmente con el objeto de la persecución penal, como sucede en el caso, por ejemplo, de que la pretensión civil resida en una imputación culposa, única o alternativa, que no constituya un hecho punible[462].

La persecución penal se dirige contra el imputado por un delito de daño, sólo punible cuando el comportamiento es doloso (CP, 183 y 184), esto es, va dirigido, directa o eventualmente, a realizar el tipo objetivo del daño, mientras que la acción civil contiene el delito civil provocado por imprudencia, que, si bien habilita la reparación (CC, 1109 y cc.), conforme a reglas propias de la responsabilidad civil, no constituye un hecho punible. Ello es posible porque la absolución penal no determina, necesariamente, el rechazo de la demanda civil, que debe ser resuelta con relativa independencia o autonomía respecto de la persecución penal, en la sentencia[463].

Aquella regla genérica permite resolver casi todos los problemas que la intervención del actor civil suscita en el procedimiento, en términos de facultades procesales. Así, podrá intervenir durante la instrucción de los delitos de acción pública, con las limitaciones propias de los demás intervinientes privados en ella, a semejanza de aquello que ocurre con el querellante, y, como las demás partes, podrá producir requerimientos probatorios, que no habilitan recurso alguno en caso de rechazo; durante los actos preparatorios del debate su papel pro-

461 CPP Nación, 16, II.

462 En el caso, el actor civil no necesita probar el dolo, le basta con demostrar un comportamiento imprudente por parte del demandado, según las reglas civiles, razón por la cual es perfectamente posible una absolución penal y una condena civil.

463 Las reglas de prejudicialidad de la sentencia penal sobre la cuestión civil (CC, 1102 y 1103) no empecen el resultado indicado. Por lo contrario, la sentencia puede aclarar que el daño objetivamente existió, aunque no respondió a la voluntad del autor de destruir o perjudicar la cosa, ni siquiera de manera eventual (con aceptación del daño, aunque la acción no fue dirigida específicamente a ese fin), razón por la cual absuelve al acusado, y la decisión sobre la cuestión civil, que responde a una demanda reparatoria, de fundamento más amplio, comprende al mismo resultado, ya verificado en la sentencia, pero por imprudencia del autor –esto es, da por verificado un comportamiento culposo, que no funda la pena, pero que genera reparación civil– y, como consecuencia, condena al demandado a reparar el daño provocado al actor civil. Hasta es posible pensar que el daño se considere justificado, según el contexto, por hallarse su autor en una situación de necesidad (CP, 34, inc. 3: por ej., realizado para apagar el foco de un incendio posible), y, sin embargo, proceda la obligación de reparar.

cesal se equipara a aquel que cumple el querellante, y otro tanto ocurre en el debate.

El problema principal, que no resuelve esta regla claramente, ni tampoco sus derivadas, referidas a los recursos[464], se ubica en las impugnaciones concedidas al actor civil contra las decisiones judiciales, incluso porque, según veremos, la ley es escasamente cuidadosa de su propio sistema. Literalmente, la ley no le concede recurso contra el sobreseimiento o contra la absolución penal[465], pues, por regla más general[466], al menos en apariencia, sólo le permite recurrir las decisiones judiciales "en lo concerniente a la acción por él interpuesta", que, sin duda, no pretende una consecuencia penal. Empero, no bien se mire al CC, 1102 y 1103, no se podrá desconocer que tanto la condena como la absolución penal influyen sobremanera en la decisión de la cuestión civil, pues, en principio, determinan la imputación correcta o la carencia de fundamento de la imputación[467]. Con ello, es difícil sostener que esas decisiones no "conciernan" en absoluto a la acción civil interpuesta. Si algo faltaba, a pesar de que el sobreseimiento se declara irrecurrible para el actor civil, la misma ley permite a todas las partes recurrir por apelación la resolución judicial que culmina el planteo de una excepción[468], una de cuyas posibilidades es, precisamente, el sobreseimiento, por razones que provocan la extinción de la acción penal y la carencia de una solución sobre el fondo del conflicto social núcleo del caso penal[469].

Para la discusión de filigrana resta aún descifrar el enigma acerca de si la ley civil se ha referido, en los arts. 1102 y 1103, al *sobreseimiento*, verdadera *sentencia absolutoria anticipada*, o absolución sin debate, por carecer de fundamento la persecución penal (sobreseimiento material)[470].

[464] CPP Nación, 95 y 436.

[465] CPP Nación, 95.

[466] CPP Nación, 436.

[467] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Acción resarcitoria*, cit., Cap. VII, 3, ps. 211 y siguientes.

[468] CPP Nación, 345.

[469] CPP Nación, 343.

[470] Ver, como ejemplo, la polémica sobre el punto entre CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, cit., t. I, nº 239, p. 327, y t. IV, nº 1055, ps. 244 y ss.; y VÉLEZ MARICONDE, *Acción resarcitoria*, cit., Cap. VII, 3, IV, con toda la bibliografía hasta la época de aparición de este último libro (desconozco si fue aumentada). Son ciertamente superiores los argumentos que incluyen el llamado *sobreseimiento* –se trata del denominado *definitivo* o sentencia absolutoria anticipada– en los

Una posibilidad de interpretación racional, sin pretensiones de examinar todos los problemas involucrados en ella, consiste en las siguientes afirmaciones:

a) La ley permite, genéricamente, que quien pretende ejercer la acción civil ejerza también la acción penal y asuma el doble papel de querellante y actor civil, suficiente resguardo para evitar que la sorpresa en la decisión penal influya sobre la pretensión civil, salvo casos de excepción difíciles de imaginar.

b) La ley permite que la imputación fundante del derecho a la reparación no coincida con el objeto estrecho de la persecución penal, razón por la cual la demanda por daños puede evitar la influencia desmedida de la sentencia penal sobre la decisión civil.

c) La ley civil (CC, 1102 y 1103) no menciona literalmente al sobreseimiento; se refiere directamente a la condena o la absolución. Pero es racional pensar que la ley civil sólo quiso nombrar, para provocar el efecto característico que enuncia en el art. 1103, la resolución judicial que, cualquiera que sea su nombre legal, descartaba para siempre la imputación penal, por lo tanto, incluso al sobreseimiento material, por resultar evidente que la imputación penal carecía de fundamento[471]. La ley procesal penal cordobesa originaria[472] –párrafo luego suprimido en los códigos emergentes de ese modelo para evitar resolver con la autoridad de la ley una discusión impropia de la ley procesal y local– previó que el valor del sobreseimiento "respecto a la acción civil, se rige por los principios generales aplicables a la sentencia absolutoria", interpretación que no parece del todo errónea, al menos según los motivos principales que autorizan el sobreseimiento. En el caso de un proceso trunco, la remisión a la posibilidad de reclamar la reparación

efectos previstos por las reglas de Derecho civil para la absolución (VÉLEZ MARICONDE, entre otros), que aquellos que lo excluyen (CLARIÁ OLMEDO). Creo que no es preciso tratar aquí el punto específicamente.

471 El hecho no existía o el imputado no había participado en él, como principales aspectos que influyen sobre la decisión civil, pues ni la atipicidad penal del comportamiento, ni su justificación penal, ni la verificación de la inculpabilidad (o imposibilidad de atribuirlo al imputado) o la impunibilidad cancelan la responsabilidad civil de manera terminante: quien utilizó la cosa perteneciente a otro para salvar un bien jurídico de mayor valor (estado de necesidad: CP, 34, inc. 3), responde civilmente por el valor de la cosa dañada (para lo cual sólo comparece ante el principio del *enriquecimiento sin causa legítima*, llamado *enriquecimiento ilícito*).

472 CPP Córdoba (1939), art. 367, II.

ante los tribunales regularmente competentes para los conflictos de carácter privado[473], razón por la cual el sobreseimiento dejaría abierta de manera amplia la discusión civil y no influiría en forma de cuestión "prejudicial" sobre ella, y, por tanto, sería irrecurrible para el actor civil, sólo se justifica cuando él no se pronuncia de manera alguna sobre la existencia de la imputación (hecho y autor) principal que constituye el objeto del procedimiento penal (sobreseimiento por extinción de la persecución penal o por alguna otra razón formal[474]); pero la regla que establece la irrecurribilidad del sobreseimiento material para el actor civil, "en lo concerniente a la acción por él interpuesta", carece de toda justificación, porque ella sí implica una interpretación errónea del CC, 1103, efectuada también por una ley –la procesal penal– que no debería, sólo por motivos de orden, ocuparse del problema ante el riesgo de una interpretación errónea del Derecho material. Me parece, entonces, que la única manera de interpretar las reglas contenidas en la ley procesal penal material, que aparentemente le niegan al actor civil el recurso contra el auto de sobreseimiento por duplicado[475], sin lesionar las reglas de principio que imponen mecanismos judiciales para la defensa de los derechos personales y la posibilidad de acceso a la justicia para defender esos intereses, es limitar el alcance de la primera regla citada al sobreseimiento que no decide sobre "la existencia del hecho principal" objeto de la decisión penal (CC, 1104), es decir, al vulgarmente llamado sobreseimiento formal, que sí permite al actor civil, sin sombra alguna de duda, ejercer "las acciones que pudieren corresponderle en sede civil"[476].

d) Ello no impide que tanto el sobreseimiento como la sentencia absolutoria penal no sean modificables –repito: en lo que hace a sus efectos sobre la pena, exclusivos del Derecho penal– por la sola voluntad recursiva del actor civil, que no ejerció la acción penal como querellante en los delitos de acción pública o no recurrió como tal. Pero tanto la sentencia absolutoria penal como el sobreseimiento son recurribles para el actor civil, por los medios que la ley autoriza, en lo concernien-

[473] CPP Nación, 95.

[474] Cf. CP, 76 *bis*, III, última oración.

[475] CPP Nación, 95, expresamente, y 337, II, interpretado según el art. 432, II (regla de principio para la determinación de la impugnabilidad subjetiva).

[476] Oración relativa final que cierra el CPP Nación, 95.

te al capítulo civil de la sentencia y al que sugiere el sobreseimiento sobre la cuestión civil cuando se pronuncia sobre el fondo (sobreseimiento material), capítulo que puede variar de signo y dirección respecto de la decisión penal, incluso a pesar de no desconocer las verificaciones efectuadas por la decisión penal.

La ejecución civil propiamente dicha, esto es, el procedimiento ejecutivo de las sentencias de condena de carácter privado que resuelven la cuestión civil en el procedimiento penal, queda, regularmente, fuera de los alcances de la jurisdicción y del procedimiento penales: son competentes para ello los tribunales civiles y por la vía reglada para la ejecución de sentencias por el CPCC, salvo que sean ejecutables por simple disposición del tribunal que decidió[477].

Importante es advertir que la demanda civil no sólo se puede dirigir contra el imputado –aunque debe ser dirigida contra él si se pretende utilizar la vía del procedimiento penal[478]–, sino que, además, el actor civil puede demandar en el procedimiento penal también al tercero responsable por la obra del imputado según la ley civil (CC, 1113) e, incluso, citar en garantía al asegurador, conforme a la ley comercial (ley nº 17.418, art. 118, II).

c) Finalización de la actividad, deberes y responsabilidad

I. El actor civil, constituido como parte civil en el procedimiento penal, culmina naturalmente su labor y cesa en el uso de facultades en él con la sentencia firme, cualquiera que sea su signo, tanto si ella acoge su demanda, total o parcialmente, o la rechaza. La ejecución civil, según lo vimos, no pertenece al procedimiento ni a la jurisdicción penales, salvo en aquellos aspectos que puedan ser cumplidos por mandato simple del tribunal (por ejemplo: devolución de cosas secuestradas).

Pero el carácter privado de la acción civil *ex delito* permite pensar en la finalización anticipada de la actividad del actor civil y de la cuestión civil en el procedimiento penal, por voluntad de quien la ejerce. El actor civil puede desistir de su acción en cualquier momento del procedimiento[479], después de haber formulado el acto de constitución y

477 CPP Nación, 516. La excepción se refiere, sobre todo, a la restitución de cosas secuestradas.

478 CPP Nación, 88, III.

479 CPP Nación, 94, I.

antes de que la sentencia sobre la cuestión civil devenga firme. A este desistimiento por voluntad expresa del actor civil, la ley equipara un desistimiento llamado *tácito* o, mejor calificado, *presunto*. Él se produce por omisión de una actividad obligatoria, en el sentido expresado (bajo la sanción de tenerlo por desistido): para el caso[480], la omisión de la demanda en el plazo indicado por la ley[481], y la incomparecencia al debate, inicial o posterior, pero siempre sin haber formulado sus conclusiones en la oportunidad fijada por la ley[482].

La ley procesal, de ordinario, concede efectos sustanciales al desistimiento, esto es, no tolera la simple *renuncia a la instancia*, con reserva de un planteo posterior –como lo permiten las leyes procesales civiles–, pues, según lo prevé, él "importa renuncia de la acción civil"[483]. A la inversa, la renuncia a la acción civil, incluso por convenios sobre el pago del daño con los responsables o demandados (CC, 1097), implica desistimiento en el procedimiento y renuncia de la acción criminal.

II. Sólo en el sentido de que la omisión de la realización del acto implica desistimiento, el actor civil está obligado, si desea permanecer como parte de él y lograr una sentencia sobre la cuestión planteada, a concretar la demanda y asistir al debate hasta presentar conclusiones en el informe final.

Desde otro punto de vista, su papel de actor civil no lo exime de comparecer y declarar como testigo[484].

III. Su principal responsabilidad procesal –excluida la que pueda derivar del proceso como daño inferido por la acción interpuesta y, en

480 CPP Nación, 94, II, última oración.

481 CPP Nación, 93, I.

482 CPP Nación, 393, I.

483 CPP Nación, 94, II. El CC, 1097, señala la diferencia entre desistimiento de la acción y renuncia al eventual derecho a la reparación; ello puede plantear problemas acerca de la vigencia de las leyes procesales, prácticamente, acerca de la validez del efecto concedido al desistimiento de la acción, sobre todo el presunto, como renuncia al derecho resarcitorio. Pero el tema, que pretende conocer si a quien desiste de la acción civil planteada en el procedimiento penal le está permitido luego demandar ante la jurisdicción civil, excede los límites impuestos para este libro. Una afirmación es segura: la acción civil *ex delito*, ejercida en el procedimiento penal, aborta en él, al menos formalmente, esto es, no puede ser proseguida más en él –aunque su plazo de constitución no haya caducado aún– cuando desiste el actor civil, de modo expreso o presunto.

484 CPP Nación, 96.

especial, por las medidas cautelares trabadas a su pedido– se resume en las costas del procedimiento, por las que responde, total o parcialmente, si es vencido, salvo si es eximido de responder por ellas por disposición del tribunal, fundada en la razón para litigar[485]. El hecho de que el tribunal distribuya el pago de las costas entre todos los vencidos no excluye la responsabilidad total por las costas, según la solidaridad establecida por las leyes civiles[486]. Sin acuerdo regulatorio de la obligación de afrontar las costas entre quienes transan un litigio y aun con él, cuando la transacción no abarca a todos los intervinientes en el procedimiento, el desistimiento implica la condena en costas del actor civil, de aquellas provocadas por el ejercicio de la acción civil, hasta el momento en el que se produce[487].

3. El demandado civil

a) El imputado

Quien es perseguido penalmente es, como ya quedó dicho, quien soporta naturalmente la demanda civil: es, por así decirlo, parte necesaria o nata de la persecución civil. No existe persecución civil posible, en el procedimiento penal, si la acción reparatoria no se dirige directamente contra el imputado. Sin embargo, esta afirmación sólo puede ser sostenida como regla general para la comprensión del sistema: el precepto que así lo determina[488] requiere de una inteligencia especial para ser comprendido en su alcance correcto. En atención al carácter privado de la acción civil, esto es, del derecho disponible de demandar ante los tribunales una reparación por el daño, la pretensión, en principio, se puede dirigir, según la voluntad del actor, contra cualquiera que él considere obligado a reparar. Como consecuencia, el actor no está obligado a demandar a todos los partícipes en el hecho punible y puede elegir, según su criterio, a alguno o a algunos de ellos[489]. Empero, en el caso de la responsabilidad refleja del art. 1113 y cc., CC, quien ejerce la acción civil sólo puede demandar a quien considere tercero civilmente responsable, esto es, a quien, sin participar en el hecho pu-

485 CPP Nación, 531, 533 y 535.

486 CPP Nación, 535.

487 CPP Nación, 94, I.

488 CPP Nación, 88.

489 CPP Nación, 88, II.

nible, responde, según la ley civil, por el daño causado por quien ha participado en él[490], si también demanda a algún imputado por quien el tercero esté obligado a responder[491].

La regla se expresa con un texto confuso. Si suponemos un conductor imprudente que utiliza el automóvil de otra persona, con el cual provoca lesiones punibles por imprudencia (CP, 89 y ss.), la acción no puede dirigirse contra el titular del dominio del automóvil sin demandar al conductor, autor del hecho punible. Si un dependiente de un negocio me defrauda entregándome una cosa de menor calidad a la estipulada para el precio, disfrazada de alguna manera para que se parezca a la correspondiente al precio pagado, con el fin de engañarme (CP, 172), no puedo demandar al empleador como tercero civilmente responsable sin dirigir también la demanda contra el autor del hecho punible. En el caso de varios imputados como partícipes del hecho punible, la demanda contra uno solo de ellos, cualquiera que sea el título de su participación, habilita la demanda contra el tercero responsable civil, a condición de que haya demandado a aquel partícipe del cual pueda derivarse la responsabilidad civil refleja: en el segundo caso planteado, si con el dependiente, autor del hecho punible, ha colaborado (instigación o complicidad: CP, 45 y 46) una persona que no es dependiente del comercio, la acción civil sólo contra este colaborador –posible según el derecho de elección– no habilita la demanda contra el empleador del autor no demandado, pues el vínculo al que se refiere el CC, 1113, no existe con el demandado principal. La corrección a la regla, entonces, reza: para demandar a un tercero, que no ha participado en el hecho punible, debo, necesariamente, demandar a la persona, supuesto partícipe en el hecho punible, de cuya acción u omisión, objeto de la imputación penal, se deriva eventualmente el daño y guarda con el tercero la relación prevista en el art. 1113 del CC. Si la imputación es plural y se dirige contra varios dependientes del comercio, en el caso planteado, basta que demande a uno de ellos.

La misma norma posee una regla accesoria de interpretación para el caso de pluralidad de imputados: cuando la acción civil no mencione, en principio, a los demandados ya individualizados como imputados, se debe entender que se dirige contra todos aquellos que participan como tales en el procedimiento[492]. Sin embargo, esa interpretación rige tan sólo hasta el momento en el cual es obligatorio interponer la demanda[493], pues la remisión a la regulación del mismo acto previsto por el CPCC, exige en este momento la individualización completa de las personas a las cuales se demanda[494].

490 CPP Nación, 97.
491 CPP Nación, 88, III.
492 CPP Nación, 88, IV.
493 CPP Nación, 93 y 418, inc. 5.
494 CPCC Nación, 330, inc. 2.

Por lo demás, la estructura específica del procedimiento penal común, uno de cuyos períodos, el procedimiento preliminar (instrucción o investigación preparatoria), tiene como una de sus metas la individualización del imputado[495], ha determinado la posibilidad de una constitución (en todo caso *provisional*) del actor civil en el procedimiento, incluso para el caso de que el imputado todavía no estuviere individualizado[496]. La demanda civil para ser tratada en el juicio[497] exige, en cambio, la dirección precisa de la acción contra personas individualizadas, esto es, contra demandados concretos. En el procedimiento por delito de acción privada no existe esta constitución anticipada y provisional, pues la demanda debe ser interpuesta con la querella[498], en el mismo acto, y ella exige, en principio, la individualización del demandado; pero el hecho de que la ley permita una *investigación preliminar* para obtener los datos necesarios para individualizar al acusado[499], mediante el auxilio del tribunal de juicio, cuando quien querella ignora esos datos y sólo puede conocerlos mediante la intervención oficial, obliga a interpretar que la demanda, en este aspecto y en este caso, puede ser completada una vez realizada la investigación propuesta para alcanzar los datos de individualización del querellado y demandado.

b) El tercero civilmente demandado

I. *Concepto y legitimación*. La ley procesal penal[500] remite a la ley sustantiva (CC, 1113 y ss. y 1561; C.Com., 126, 127 y 162; CP, 32) para determinar quién puede ser demandado civilmente, en el proceso penal, a pesar de no haber sido autor del hecho punible o de no haber participado en él (de allí: demandado como *tercero responsable*). Se trata de quien, en razón de que sus dependientes –en sentido amplio,

495 CPP Nación, 193, inc. 3.

496 CPP Nación, 88, I.

497 CPP Nación, 93.

498 CPP Nación, 418, inc. 5.

499 CPP Nación, 426. La regla se refiere al *autor* del hecho punible y, por tanto, su texto es incorrecto: debió decir *acusado* o *imputado*, no sólo porque, en todo caso, será todavía supuesto autor, sino porque, además, también los demás partícipes (instigadores, cómplices) pueden ser querellados.

500 CPP Nación, 97.

comprensivo de las relaciones antes citadas en las disposiciones de la ley– cometen el ilícito penal que provoca el daño resarcible o colaboran en él, en tareas propias de esa dependencia o con ocasión de ella, o en razón de que la cosa utilizada para provocar el daño le pertenece, con las excepciones fijadas en la misma regla, o en el hecho de participar a título de lucro de los efectos del hecho punible, hasta el valor de su participación, responde también por los efectos dañinos del hecho punible.

Por supuesto, al comienzo del procedimiento o al demandar, el acto de constitución del tercero como civilmente demandado sólo requiere la afirmación hipotética de la relación supuestamente real que conduce a esta determinación, cuya prueba concreta durante el procedimiento, en especial, durante el debate, constituye la tarea del actor civil, si desea que la demanda contra el tercero triunfe. Pero la afirmación hipotética del nexo debe existir desde el comienzo, pues, por ejemplo, la suposición de que el automóvil con el cual se cometió el ilícito y se produjo el daño fue utilizado contra la voluntad del dueño o tenedor legítimo, ya que había sido sustraído con anterioridad, no autoriza a citar al dueño o tenedor legítimo como tercero demandado.

Quizá la legitimación del tercero para ser demandado en el procedimiento penal se observe mejor desde su costado negativo o remarcando ese punto de vista: la ley ha querido que sólo aquéllos cuya responsabilidad refleja (o por el hecho de otro) se derive directamente de la la ley –y no de un acuerdo de voluntades o de cualquier contrato, esto es, convencionalmente, como es el caso del asegurador y del contrato de seguro– pueda ser demandado en el procedimiento penal y lo pueda ser por exactamente la misma obligación que le incumbe al demandado directo, el imputado. El fundamento de la acción es, entonces, tanto el hecho punible de otro, como la existencia de los elementos de la regla legal que lo obliga a responder por ese hecho ajeno. Existen hoy leyes procesales penales argentinas que permiten la *citación en garantía* del asegurador, por el actor o por alguno de los demandados, para que intervenga por la obligación propia del siniestro que ha tomado a su cargo conforme a un contrato de seguro, pero ello, según fue dicho ya *supra*, no implica la discusión, en el procedimiento penal, del alcance de ese contrato, sino sólo hasta el límite para poder decidir si el daño reclamado en el proceso penal resulta cubierto por la póliza de seguro[501].

[501] CPP Córdoba, 115 y ss.; CPP Pcia. Buenos Aires, 76.

II. *Constitución, función y límites*. La mayoría de nuestras leyes, incluso originariamente, permitían la constitución del tercero civilmente demandado tanto por voluntad propia (la llamada *intervención voluntaria* o *espontánea* del tercero[502]) o por llamado del actor civil al procedimiento (la llamada *intervención coactiva* del tercero[503]). Ésta es, todavía, la situación normal[504]. Pero la ley procesal penal nacional, en cambio –por razones que, como siempre, no expresa–, ha eliminado la posibilidad de la intervención voluntaria o espontánea: sólo procede aquella que responde al llamado del actor civil[505].

No sólo ello caracteriza –negativamente o por resta– al CPP Nación. En las leyes procesales modernas, la constitución del tercero civilmente demandado genera un incidente en el cual puede ser discutida por los intervinientes y por el tercero, según los casos, la legitimación del citado o de quien pretende constituirse espontáneamente, y su capacidad para intervenir en el procedimiento penal[506]. El CPP Nación, 102, reconduce la solución al planteo de excepciones conforme al CPCC Nación y su regulación (arts. 346 y ss.), sólo posibles para el demandado, citado por el actor civil, esto es, para el caso de intervención coactiva del tercero. Por supuesto que entre esas excepciones se hallan las de falta de personería y de legitimación (CPCC Nación, 347, 2° y 3°). El régimen de recursos se rige por el mismo Código citado. Notable es, sin embargo, la autorización concedida al tribunal para evitar la decisión de la excepción y remitir esa decisión a la sentencia[507], que, a pesar de exigir una explicación de parte del tribunal (fundamento), no es susceptible de recurso alguno (poder discrecional del tribunal).

Cuando sólo el actor puede traer a juicio, coactivamente, al tercero civilmente demandado, la constitución anterior a la demanda –sólo en el procedimiento por delito de acción pública, común o correccional– es meramente provisional, pues si el actor no concreta la demanda en la oportunidad fijada o no lo hace en contra del tercero civilmente demandado[508], tal comportamiento procesal importa, cuando menos –con prescindencia de su efecto material–, un desistimiento formal que hace cesar la intervención del tercero civilmente demandado cons-

502 Cf. Palacio, *Derecho procesal civil*, cit., t. III, ps. 230 y ss., y CPCC Nación, 90.

503 Cf. Palacio, *Derecho procesal civil*, cit., t. III, ps. 246 y ss., y CPCC Nación, 94.

504 CPP Córdoba, 109 y 113; CPP Costa Rica, 119 y 121.

505 CPP Nación, 97.

506 CPP Córdoba, 114; CPP Costa Rica, 122.

507 CPP Nación, 102, III.

508 CPP Nación, 94.

tituido antes como tal en el procedimiento[509]. Conviene reparar en que, según la ley, tal desistimiento tiene efecto de renuncia al derecho material a la reparación (discutible según la ley civil, CC, 1097). En cambio, cuando se autoriza al tercero a constituirse voluntariamente en el procedimiento de persecución penal, para defender su posición aunque no haya sido citado, la cesación de su actividad no parece depender –salvo renuncia total a la pretensión, al menos a su respecto– de la voluntad del actor.

El tercero civilmente demandado en el procedimiento penal es un litisconsorte del imputado como demandado civil y, por ende, su función se vincula a su derecho de resistencia frente a la demanda, a pesar de que entre ellos existen cuestiones comunes y cuestiones que atañen a cada uno de ellos, en las cuales no funcionan como socios en un litigio[510]. En este sentido, el tercero demandado civilmente, una vez constituido en el procedimiento, tiene en él facultades similares a las del imputado, según las diversas leyes: por vía de ejemplo, tiene un plazo de seis días para contestar la demanda y, eventualmente, plantear excepciones[511] durante el procedimiento intermedio, una vez notificado de la interposición de la demanda[512]; si ha sido demandado es citado a juicio y ostenta en él el carácter de parte demandada, ofrece prueba para el debate e interviene en sus actos preparatorios con todas las facultades de las demás partes; interviene en el debate con las mismas facultades de los demás intervinientes, entre ellas, la de interrogar a testigos y peritos[513] y producir el informe final[514]; en los recursos, como es natural, su posición se establece por comparación con la del imputado[515], pero adviértase que al tercero civilmente demandado le son aplicables los límites para recurrir en casación la sentencia, para el ca-

509 CPP Nación, 100: al no estar prevista la intervención voluntaria o espontánea.

510 Al tercero civilmente demandado le basta con rechazar la relación de dependencia con el imputado y convencer de ello al tribunal para evitar la condena civil; al imputado le puede convenir rechazar el carácter doloso de un hecho, no previsto como hecho punible por imprudencia, mientras que al tercero civilmente demandado tal defensa le es casi irrelevante.

511 CPP Nación, 101.

512 CPP Nación, 93, II.

513 CPP Nación, 389.

514 CPP Nación, 393, I.

515 CPP Nación, 437 y 461: dos reglas idénticas o una regla repetida, sin razón suficiente.

so, los límites referentes a la cuestión civil[516], pues están ausentes los motivos que, para el capítulo penal de la sentencia, obligaron a aceptar en todo caso el recurso del imputado contra la condena penal, la imposición de una pena o de una medida de seguridad y corrección[517].

Otra particularidad del CPP Nación, 101 y 102, que los demás códigos no contienen ni toleran en su sistema, consiste en la posibilidad de que el tercero civilmente demandado plantee, al contestar la demanda, una *reconvención*, esto es, demande, a su vez, al actor civil, conforme lo permite el CPCC Nación, 357. Nótese que esta facultad no la posee, al menos según el texto del Código, el imputado como demandado civil directo. La concesión de esta facultad, interpretada en forma textual, conduce al absurdo, pues permitiría introducir en el procedimiento penal una demanda –del demandado– de cualquier tipo (por ej., el reintegro de un mutuo, garantizado con una hipoteca, constituido por el actor civil a favor del tercero civilmente demandado) y yo creo, realmente, que quien redactó la cláusula no comprendía el problema. Necesariamente se debe reducir al mínimo esta posibilidad, mediante la misma exigencia que, para plantear la demanda por el daño sufrido a raíz del hecho punible, se le impone al actor civil: ello sólo tornaría posible una reconvención, por ejemplo, en el caso de lesiones u ofensas recíprocas, y, quizá, en algún otro caso en el cual, por conexión, sean tramitadas conjuntamente dos persecuciones penales en las cuales los papeles de autor y de víctima se repitan, pero en sentido inverso, en cada una de ellas[518]. El texto, sin embargo, menciona sólo la "reconvención", sin limitación alguna. Quizás la remisión oportuna al CPCC Nación –que, en verdad, sólo se refiere a la forma de la contestación de la demanda– haya evitado una extensión desmesurada de esta facultad para el procedimiento penal. La ley nº 22.434 incorporó al CPCC, 357, un párrafo final que limita la posibilidad de reconvenir: la pretensión deducida en la reconvención debe derivar de la misma relación jurídica o ser conexa con aquella invocada en la demanda.

A contrario de aquello que sucede con otros códigos[519], el CPP Nación ha olvidado regular la rebeldía del tercero civilmente demandado

[516] CPP Nación, 459, inc. 5.

[517] Ver esta obra, t. I, § 6, H, ps. 705 y siguientes.

[518] Creo, sin embargo, que es necesario dejar de lado los casos de procesos con pluralidad de objetos, como, por ej., aquellos en los que se ventilan injurias o calumnias recíprocas (CP, 116) o aquellos en los cuales se ha unido diversas imputaciones por conexión y en los que el tercero civilmente demandado en una de ellas es, a la vez, quien está legitimado para obrar como actor civil por otra de las imputaciones, pues la multiplicidad de objetos permite que las demandas encontradas funcionen naturalmente y ellas no necesitan regla alguna que permita la reconvención. El problema consiste, en cambio, en imaginar una reconvención en un proceso singular: *A* es imputado por haber provocado un incendio en la casa de *X* (CP, 186 o 189); *X*, por ello, demanda a *A* para la reparación del daño en el procedimiento penal y cita a *B*, de quien *A* es dependiente, como tercero civilmente demandado en el procedimiento; *B* reconviene porque apagó el incendio después de su iniciación con una prenda de vestir propia, que quedó destruida, y requiere que *X* le devuelva una prenda similar o el dinero para comprarla.

[519] CPP Córdoba, 112, por ejemplo.

y sus efectos. Sin embargo del propio sistema del código, similar a aquellos que contienen la regulación, de los arts. 99 y 101, referidos a la invalidez de su notificación y a la contestación de la demanda, y de la referencia, siempre presente, al CPCC Nación, debe inferirse que la falta de comparecencia del tercero civilmente demandado al procedimiento o la falta de contestación de la demanda que le trasladaron no mella el procedimiento posterior en su ausencia, que se sigue dirigiendo contra él y cuya sentencia, en su capítulo relativo a la reparación civil, lo abarcará, salvo que alguna de las notificaciones resulte inválida por alguna razón[520], caso en el cual el procedimiento penal seguirá su curso sin objeciones, pero él deberá ser demandado ante la jurisdicción civil en proceso independiente, si no es posible ya citarlo de la manera correspondiente al procedimiento penal.

Ésta no es otra que la solución de los códigos que se ocupan del tema[521], para los cuales se declara la rebeldía del tercero civilmente demandado si no comparece en el plazo de citación a juicio, se continúa con el procedimiento como si él estuviera presente y, si hubiere sido citado por edictos, se designa un letrado que tome a su cargo la defensa de sus intereses.

III. *Finalización de la actividad, deberes y responsabilidad.* Del hecho de que la acción civil sea accesoria a la penal, hasta la sentencia, momento en el cual adquiere autonomía[522], se deriva también que cualquier medio de terminación anticipada del procedimiento, en especial el sobreseimiento, culmine con la intervención del tercero civilmente demandado.

Adquiere especial relevancia el desistimiento del actor civil, expreso o presunto[523], no sólo porque, procesalmente, da por finalizada también la intervención del tercero civilmente demandado en el procedimiento[524], sino, antes bien, porque aun el desistimiento presunto implica, según la ley, la renuncia al derecho material de ser reparado: de tener sentido esta disposición legal interpretativa de la voluntad del actor, caducaría también el derecho de demandar la reparación del da-

520 CPP Nación, 99, II.
521 CPP Córdoba, 112.
522 CPP Nación, 16.
523 CPP Nación, 94.
524 CPP Nación, 100.

ño ante los tribunales naturalmente competentes y por la vía del procedimiento civil. Empero, según antes dijimos, la imposición de la ley procesal penal –más allá de que, en el caso, está sancionada por quien también tiene competencia para sancionar la ley sustantiva–, resulta sumamente discutible según el texto del CC, 1097. Si se desconociera el efecto desmesurado que, por interpretación, han reconocido algunas leyes procesales penales y si, al mismo tiempo, esas leyes contuvieran tanto la intervención voluntaria del tercero civilmente demandado (excluida en la ley nacional) como la intervención coactiva o por citación del actor civil, según resulta común, no parece que la intervención voluntaria debiera caducar por el desistimiento de la acción civil, ejercida en el procedimiento penal, por parte del actor civil.

En el procedimiento penal, la actividad del demandado termina también con la sentencia firme del proceso de conocimiento, pues no existe ejecución civil ante los jueces penales[525], salvo aquella que no precisa procedimiento ejecutivo alguno, pues puede ser cumplida directamente por el tribunal[526].

II. A contrario de aquello que sucede con el actor civil, no existen amenazas para la inactividad del tercero civilmente demandado en el procedimiento; pero, como pudo observarse, con o sin rebeldía declarada, si ha sido bien citado al procedimiento penal, su sentencia lo abarca y lo obliga, aunque no se haya defendido en él, esto es, *v. gr.*, aunque no haya contestado la demanda, no haya ofrecido prueba, ni haya intervenido en el debate.

La posición que el tercero civilmente demandado tiene en el procedimiento como sujeto procesal no cercena o altera sus obligaciones como testigo, si es citado en tal carácter al procedimiento.

Se trata, además, de otro de los sujetos del procedimiento que puede ser condenado en costas[527].

c) El asegurador y su citación en garantía

I. La ley nacional de seguros (n° 17.418), art. 117, con texto confuso, permite la constitución del asegurador como *parte civil* en el proce-

525 CPP Nación, 516.

526 CPP Nación, 516 y 523.

527 CPP Nación, 530, 531 y concordantes.

dimiento penal. Representa un pequeño misterio aquello que pudiera querer significar esta cláusula legal, porque ha invadido esferas que no le corresponden, conforme a la doctrina dominante acerca de la procedencia legislativa de las leyes procesales penales y de organización judicial, para esa doctrina de carácter local, sin discusión.

La doctrina dominante concede siempre a las provincias y al Congreso de la Nación, como legislatura local (prescindamos del problema autonómico de la Ciudad de Buenos Aires, aún no solucionado o no solucionado todavía en el sentido de que la Legislatura de la Ciudad reemplace al Congreso de la Nación como legislatura local a los efectos de dictar la ley procesal penal para la ciudad), el poder político legiferante en materia procesal penal. Supongamos ahora, para tornar el problema más sencillo por vía de ejemplo, que la ley local no consienta el ejercicio de la acción civil en el procedimiento penal, en un intento válido por especializar la jurisdicción penal y quitarle complejidad al procedimiento y sentencia penal, ya de por sí suficientemente complejo en todos los casos. Tal decisión política no sólo no sería irracional, sino que, además, preside leyes procesales penales bien afamadas. No cabe duda en afirmar que las disposiciones de la ley de seguros responden a presiones políticas sectoriales –las compañías de seguros– que carecen de todo interés en el procedimiento penal como no sea el de posibilitar la defensa de sus intereses. Si la doctrina de la Corte Suprema (*Fallos CSN*, t. 295, p. 607), que canonizó las disposiciones procesales de la ley de seguros, tuviera razón, en el sentido de que las leyes locales deben subordinarse a la decisión de la ley nacional, una provincia y el mismo Congreso de la Nación, como legislatura local, no podrían evitar la reglamentación de la acción civil en el procedimiento penal. Ese resultado final es absolutamente insatisfactorio para quien sostenga la premisa consistente en la doctrina dominante, también acogida, en general, por nuestra Corte Suprema, órgano judicial que, sin embargo, ya nos acostumbró a las excepciones de tipo voluntarista en sus decisiones. Las provincias –y ello aun por fuera de la doctrina dominante– tienen derecho a su propia organización judicial y el deber de organizar su administración de justicia (CN, 5, 121 y 125); ello significa, entre otros rubros, la necesidad de dictar la ley de competencia de los tribunales que crean y así dirimir legislativamente los asuntos que deben ser ventilados en cada uno de ellos: de allí a impedir que la reparación del daño se ventile ante los jueces penales o a limitar la posibilidad de la demanda civil en el procedimiento penal a algunos actores o a algunos demandados, sólo existe un problema, político, de mayor o menor exclusión, nunca un problema distinto.

Una interpretación armónica de los textos de la ley de seguros relativos al problema (117, última parte, y 118, II) debe depender del texto de la ley procesal. Así, el asegurador sólo podrá constituirse como *actor civil*, para demandar al autor del siniestro o partícipe en él que ha provocado el daño por él reparado, cuando la ley procesal penal permita, en general, la demanda en el procedimiento penal de quien en definitiva ha soportado el daño, incluso por una relación contractual con la víctima o por cesión.

Ésta no es la posición normal de las leyes de procedimiento penal, de texto limitativo por razones ya apuntadas: titular del derecho a la reparación emergente de la ley

y sus herederos (CPP Nación, 14), quizá con la salvedad del CPP Córdoba, 24, de texto confuso, que permite demandar, en primer lugar, al *damnificado directo* –¿a quien sufre el daño según la ley: el portador del bien jurídico protegido?–, para aclarar, posteriormente, que también puede ocupar esta posición en el procedimiento *quien no sea la víctima*. El asegurador no es la víctima, sino quien, oblicuamente, accede a la acción de aquélla, por haberle reparado el daño en la medida del contrato de seguro.

II. Existe consenso en relación a la posibilidad de que, tanto el actor civil, como el demandado, a su vez el imputado o el tercero civilmente demandado, *citen en garantía* de la obligación de reparar demandada, al asegurador[528]. Tal consenso no sólo se relaciona con la doctrina, sino con la práctica de los tribunales y hasta con la ley[529].

Pero en la mayoría de las leyes procesales penales brilla por su ausencia el citado en garantía, a más de que ellas poseen textos absolutamente limitativos sobre el demandado civil, que, en todo caso, impiden ingresar al procedimiento penal la responsabilidad emergente de las relaciones contractuales, como el contrato de seguro. Así sucede en el CPP Nación, que ignora al asegurador: ¿se podrá utilizar la ley de seguros citada, 118, II y IV, como complemento de su regulación sobre la acción civil o implicará el nuevo texto del Congreso de la Nación, en todo caso *lex posterior*, la derogación, implícita pero válida, de la disposición que facultaba a los aseguradores a intervenir en el procedimiento penal? En cambio, el CPP Córdoba y el CPP Pcia. de Buenos Aires, según se advirtió, dedican un capítulo a la citación en garantía del asegurador, en el sentido antes indicado, y tornan aplicables para esta intervención las reglas relativas al tercero civilmente demandado.

La opinión dominante también aclara que la eventual sentencia de condena civil no es, sin más, extensiva al asegurador citado en garantía, ni su defensa se puede vincular al contrato de seguro y a sus cláusulas, aspectos que quedan fuera del debate en el procedimiento penal[530]. Toda su intervención se reduce a la obligación principal por la reparación del daño y, a lo sumo, puede discutir su legitimación para ser citado en garantía, frente a quien lo citó, rechazando su carácter de asegurador por elementos extrínsecos del contrato (inexistencia, vencimiento). El fin de su intervención sólo reside en proporcionarle defensas, con la finalidad de que el reconocimiento de la obligación de reparar de aquel que eventualmente sea condenado por ella –su asegu-

528 NUÑEZ, *La acción civil en el proceso penal*, cit., Tít. III, Cap. IV, ps. 69 y ss.; CREUS, *La acción resarcitoria en el proceso penal*, cit., Cap. 3, nº 35 y ss., ps. 137 y siguientes.

529 Cf. CPP Córdoba, 115 y ss.; CPP Pcia. de Buenos Aires, 76.

530 NUÑEZ, *La acción civil en el proceso penal*, cit., ps. 70 y ss.; CREUS, *La acción resarcitoria en el proceso penal*, cit., nº 36 y ss., ps. 138 y siguientes.

rado– le sea oponible posteriormente, en una demanda independiente, ésta sí con centro en el contrato de seguro.

F. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

I. La tendencia político-criminal que ha conseguido devolverle a la víctima su papel de protagonista del hecho punible –acerca de la cual informamos en el comienzo de este parágrafo[531]– insiste en lograr reglas que le aseguren una posición de privilegio en la consideración del hecho punible, pero, sobre todo, en el procedimiento estatal de persecución penal, incluso por fuera de sus posibilidades de intervenir en él. Tal tendencia es multifacética y no implica, por el momento, un movimiento único dirigido a un fin determinado: en ocasiones se manifiesta en reacción frente al autor, en otras oportunidades en derechos frente al Estado y aun en otras, como lo hemos puesto de manifiesto, en privilegiar la reacción del autor, favorable al interés de la víctima, frente a la actuación del sistema penal.

La proposición máxima frente al Estado consiste en que él sea responsable, ante el fracaso de su deber genérico de brindar seguridad a los habitantes, del deber de reparar inmediatamente el daño sufrido, sin perjuicio de que el Estado pueda regresar contra el autor. Ningún Estado ha aceptado, de manera general, esta consecuencia de su deber genérico de brindar seguridad, pero algunos sí han aceptado, para ciertos hechos catastróficos, fundamentalmente para casos de terrorismo –tanto "privado" como ejercido por funcionarios estatales (violación indiscriminada de derechos humanos básicos)–, su obligación de indemnizar el daño causado; en el segundo de los casos, el "terrorismo" ejercido desde la función pública, la consecuencia es natural, amparada por el orden jurídico y, por tanto, demandable, pero los estados han accedido a facilitar la reparación en una medida adecuada, como lo ha hecho nuestro país, ante reclamos de la comunidad internacional, frente a la violencia ejercida por el mismo Estado argentino durante el último gobierno militar (1976-1983).

El Estado, sin embargo, ha dado una respuesta de menor compromiso final, pero igualmente valiosa, cuando ha reconocido, al menos, corresponsabilidad (fracaso de los mecanismos de prevención), derivada de su deber de brindar seguridad común, por el acaecimiento de hechos punibles: se puede apreciar, al menos en los países centrales, la creación de oficinas de auxilio, no sólo jurídico, sino también psicosocial, para las víctimas de hechos punibles. Entre nosotros podemos mencionar la experiencia del *Centro de asistencia a la víctima del delito*, creado por la Provincia de Córdoba y dirigido por la Dra. Hilda MARCHIORI, que ha creado, incluso, su propio órgano de difusión[532].

[531] Bajo la letra A, ps. 582 y siguientes.

[532] La revista "Victimología", editada por el Centro de Asistencia a la Víctima del Delito, en Córdoba (RA), con domicilio en Pje. Santa Catalina 66, (5000) Córdoba, República Argentina.

II. Las leyes de procedimiento penal o conexas con ellas les reconocen a las víctimas de los hechos punibles, en el sentido indicado, esto es, por fuera de la asunción de un determinado papel en la persecución penal, derechos frente al Estado y a sus órganos competentes, relativos a su protección física y psíquica, con extensión a su familia inmediata, a un trato al menos similar al que, en general, debe recibir quien es perseguido penalmente, que, en caso de menores o incapaces, abarca la posibilidad de asistencia para los actos procesales que requieren su intervención personal, de sus representantes o guardadores, y a la información sobre la marcha del procedimiento y sus facultades en él.

El CPP Nación, 79 y ss., pretende establecer esos derechos frente al Estado y sus órganos. La disposición abarca no sólo a la víctima, sino, también, a los testigos y comprende: el derecho a un trato digno por parte de las autoridades ante las cuales deba comparecer la víctima o el testigo; derecho a que sus gastos de traslado sean sufragados por el Estado; derecho a la protección de la integridad física y moral, extendido a su familia inmediata; en casos particulares –valetudinarios, mujeres embarazadas o enfermos graves–, derecho de cumplir el acto procesal en su residencia; derecho de asistencia de personas de su confianza para menores e incapaces; diversos derechos de información que van desde sus facultades procesales, en especial aquéllas referidas a la persecución penal y civil en el procedimiento penal, y llegan hasta el conocimiento general acerca del estado de la causa y la situación del imputado y los resultados del acto en el cual ha participado (por ej., la sentencia emanada del debate en el que ha sido testigo).

Una clasificación correcta de los derechos de la víctima que no pretende intervenir en el procedimiento penal por delito de acción pública o, al menos, no ha expresado su voluntad de intervenir en él, debería dividir esos derechos como sigue: a) *derechos relativos a la información*, como los de ser notificada de los actos principales del procedimiento, aquéllos que lo concluyen o clausuran, como el sobreseimiento, el archivo y la sentencia, incluso para ejercer los eventuales derechos que, frente a alguno de ellos, pudieran corresponderle, o aquellos importantes del curso del procedimiento, como la acusación fiscal, el auto de apertura del debate, la integración del tribunal y la fijación de la fecha del debate, y dentro de los cuales se puede comprender también su derecho a examinar actas y documentos, y, a su requerimiento, el de ser informada de la marcha del procedimiento por la fiscalía o, en su caso, por el funcionario que el tribunal designe; b) *derechos de intervención*, como el de tomar la palabra al final del debate, si está presente en él, después de los informes finales de los intervinientes (alegatos) y antes de concederle la última palabra al acusado, o el de impugnar por la vía jerárquica del ministerio público o ante algún tribunal especial, por razones de legalidad, la clausura del procedimiento (sobreseimiento o archivo) dispuesta por la fiscalía, o el derecho de recusar al funcionario de la fiscalía o a los jueces que integran el tribunal por los mismos motivos, en la forma y según el procedimiento previstos para el imputado; y c) *derechos de protección*, como el de ser interrogado en su residencia cuando por su edad, su condición física o psíquica, el estado de gravidez o de enfermedad no le permitan racionalmente concurrir al tribunal o impliquen una dificultad especial imposible de superar de modo sencillo, el de recibir protección especial de quien detenta la fuerza pública cuando, según el papel que desempeña en el procedimiento, se tema fundadamente por la vida o la integridad física o psíquica de la víctima o su familia, el

de recibir asesoramiento jurídico por intermedio de un abogado, incluso para querellar al imputado o impugnar algún acto procesal, si expresara meditadamente esa voluntad; y, en caso de ser menor o incapaz, el de ser acompañado a los actos procesales por su padre, su madre, su representante legal o su guardador, quien permanecerá a su lado durante todo el acto y observará la conducta que le indique quien lo preside, con el objeto de no impedir la averiguación de la verdad. Por supuesto que también le corresponden una serie de derechos que las leyes regulan naturalmente en relación con el imputado, pero que también le corresponden a cualquier ciudadano, como aquellos derechos que derivan de la *intimidad* (domicilio, papeles privados, comunicaciones), o de la prohibición de coerción (*incoercibilidad física y psíquica*, aun del testigo) o de la protección de la propiedad privada (reglas para el secuestro). En el CPP Chubut, 186 y ss., intentamos describir estos derechos de la víctima de un hecho punible, por el solo hecho de serlo, aunque no asuma papel alguno como sujeto del procedimiento.

III. El hecho trágico de la *desaparición de personas*[533] en nuestra vida social e institucional, hoy convertido en delito internacional por una convención regional[534], ha conducido a la jurisprudencia argentina a admitir el derecho de las víctimas o, mejor dicho, de sus familiares, a conocer la verdad acerca del hecho punible presunto y del destino final del cuerpo de las personas privadas de libertad, en principio, por órganos del propio Estado –sus fuerzas armadas o de seguridad– o por su encargo, y de requerir para ello la investigación judicial pertinente, aun cuando resulte imposible la persecución penal de autores y partícipes, de hecho o por decisión estatal[535].

La CNA en lo Crim. y Corr. Federal con asiento en la Ciudad de Buenos Aires se ha enfrentado reiteradamente con el problema.

El Procurador General de la Nación, jefe del ministerio público federal, ha sostenido ante la Corte Suprema, en la causa "Aguiar de Lapacó, Carmen s/recurso extraordi-

[533] Cf. *Nunca más. Informe de la Comisión nacional sobre la desaparición de personas* (17ª ed.), Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1992.

[534] *Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas*, Asamblea General de la OEA, Belém do Pará, Brasil, 9/6/1994, XXIV período ordinario de sesiones, ratificada por el gobierno argentino (ley nº 24.556, depósito del instrumento ratificatorio del 28/2/1996) e incorporada al inc. 22 del art. 75 de la CN, por ley nº 24.820 (publicada en el Boletín Oficial el 29/5/1997); cf., además, *La desaparición forzada como crimen de lesa humanidad*, Coloquio de Buenos Aires: 10 al 13 de octubre de 1988, Ed. Paz Producciones, Buenos Aires, 1989.

[535] Aun cuando la Convención declara *imprescriptible* el crimen de *desaparición forzada de personas* (art. VII, 1), expresión que equivale a decir que su persecución penal no se extingue por causa o motivo alguno –salvo, quizá, la muerte del autor–, no sólo las leyes de amnistía anteriores a ella, sino también, por ejemplo, motivos como la muerte del autor o del partícipe, pueden conducir a tornar imposible la persecución penal.

nario", en dictamen del 8/5/1997[536], el derecho de la madre de una hija "desaparecida" a la obtención de las medidas de investigación judiciales tendentes a determinar el destino final de la hija, sobre la base del derecho a conocer la verdad y del derecho al duelo (respecto de una persona que se presume fallecida), sin relación con persecución penal alguna de un autor determinado. El jefe del ministerio público fiscal ha insistido reiteradamente ante la Corte Suprma sobre la existencia del derecho al duelo y a conocer la verdad de los familiares de las víctimas desaparecidas durante el régimen del último gobierno militar[537]. La CSN, sólo a partir del caso "Urteaga, Facundo Raúl c/Estado Nacional –Estado Mayor Conjunto de las FF.AA.– s/amparo ley 16.986"[538], ha reconocido también este derecho a conocer la verdad de los familiares de los desaparecidos[539].

PODER JUDICIAL
SECRETARIA DE DERECHOS PENALES
F. 27-11-2003
N. 13155

536 *Fallos CSN*, t. 321, ps. 2031 y siguientes).

537 "Adur, Jorge Oscar", *Fallos CSN*, t. 322, ps. 2896 y ss.; "Palacio de Lois, Graciela" y otro c/PEN s/amparo ley 16.986", *Fallos CSN*, t. 324, ps. 232 y ss.; "Cabeza, Daniel Vicente y otros", *Fallos CSN*, t. 324, ps. 735 y ss.; "Corres, Julián Oscar y otros", *Fallos CSN*, t. 324, ps. 1683 y ss., entre otros.

538 *Fallos CSN*, t. 321, ps. 2767 y siguientes.

539 Cf., entre otros, "Palacio de Lois, Graciela" y otro c/PEN s/amparo ley 16.986", *Fallos CSN*, t. 324, ps. 232 y siguientes.

Bibliografía

Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales* (2ª ed.), Ed. Del Puerto/ CELS, Buenos Aires, 1998.

Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* [*Bases*], Eudeba, Buenos Aires, 1966.

Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *Derecho procesal penal*, Ed. Kraft, Buenos Aires, 1945.

– *El allanamiento en el proceso penal*, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1962.

Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1974.

Alfano, Sebastián N. y Bellofiore, Daniel C., *Artículo 348 CPP Nación. El ocaso de una polémica norma*, en "La Ley", Buenos Aires, t. 2000/E.

Almagro Nosete, José; Gimeno Sendra, Vicente; Cortes Domínguez, Valentín y Moreno Catena, Víctor, *Derecho procesal, parte general, proceso civil* (3ª ed.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1988.

Almeyra, Miguel Ángel (h.), *Situación y declaración del imputado*, en "Jurisprudencia Argentina", Reseñas, Buenos Aires, 1971.

Alsina, Hugo, *La justicia federal*, Ed. Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1931.

– *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial* [*Tratado*], Ed. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941.

Álvarez, Alejandro E., *El control jurisdiccional de los requerimientos acusatorios o conclusivos del ministerio público*, en Maier, Julio B. J. (comp.), *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Análisis crítico*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

– *El principio acusatorio: garantía de imparcialidad*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996/B.

Ambos, Kai, *Elementos del crimen y reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional*, *www.eldial.com.ar* (consultado el 22/4/2002).

– *Impunidad y Derecho penal internacional* (2ª ed.), Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

– *Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshof*, en "ZStW" 111 (1999), Heft 1.

Antony, Carmen, *La victimología en América Latina*, en "Ilanud", año 5, nº 13-14, Costa Rica, 1982.

Aragoneses Alonso, Pedro, *Instituciones de Derecho procesal penal*, s/ed., Madrid, 1981.

ARCE, Enrique y DÍAZ CANTÓN, Fernando, *Obligatoriedad de los fallos plenarios. Su inconstitucionalidad*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996/A.

ARISTÓTELES, *La política* (10ª ed.), Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1965.

– *Política* (trad. de Antonio GÓMEZ ROBLEDO), Ed. Porrúa, México, 1967.

ARSLANIÁN, León Carlos, *La prescripción de la pena*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981.

AYARRAGARAY, Carlos A., *El ministerio público*, Ed. Lajouane, Buenos Aires, 1928.

BACIGALUPO, Enrique, *Delito y punibilidad*, Ed. Civitas, Madrid, 1983.

– *Delitos impropios de omisión*, Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1970.

– *Derecho penal. Parte general [DP (PG)]* (2ª ed.), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1987.

BACIGALUPO, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998.

BAIGÚN, David, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000.

– *Naturaleza de la acción institucional en el sistema de doble imputación. Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en *De las penas*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997.

– *Sistematización y contenido de los delitos contra el honor en la reforma*, en "Revista de Derecho Penal y Criminología", Ed. La Ley, Buenos Aires, 1968.

BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio R. (dirs.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 1, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1997.

BALBE MALLOL, Manuel, *Modelos policiales comparados: el horizonte europeo*, en "Harlax", nº 3 y 4, Ed. Servicio de Formación, Perfeccionamiento y Estudios de la Policía del País Vasco (*Ertzaintza*), 1991.

BARATTA, Alessandro, *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal*, en "Poder y Control", Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1986.

BASSIOUNI, Cherif (ed.), *Commentaries on the International Law Comission's 1991 Draft of Crimes against the peace and security of mindkind*, Ed. Éres (Association Internationale de Droit Pénal, Nouvelles Études Pénales), Toulouse (Francia), 1993.

BAUMANN, Jürgen, *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozeßrechts [Grundbegriffe]* (3ª ed.) (trad. castellana de Conrado A. FINZI, *Derecho procesal penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986), Ed. W. Kohlammer, Stuttgart-Berlin-Mainz, 1979.

BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene* (trad. al castellano [entre otras] de Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *De los delitos y de las penas*, Ed. Aguilar, Madrid, 1974, con un estudio recomendable del traductor), en *Opere*, Ed. Mediobanca, Milano, 1984.

BELING, Ernst, *Derecho procesal penal* (trad. de Miguel FENECH), Ed. Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Rio de Janeiro, 1943.

– *Derecho procesal penal* (trad. de Roberto GOLDSCHMIDT y Ricardo C. NÚÑEZ), Ed. Imprenta de la Universidad, Córdoba (RA), 1943.

– *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß* (reimp. de la 1ª ed., 1903), Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, s/fecha.

BELLOFIORE, Daniel C. y ALFANO, Sebastián N., *Artículo 348 CPP Nación. El ocaso de una polémica norma*, en "La Ley", Buenos Aires, t. 2000/E.

BELOFF, Mary, *Niños y jóvenes: los olvidados de siempre*, en MAIER, Julio B. J. (comp.),

El nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Análisis crítico, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

– *Protección integral vs. situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar*, en "Justicia y Derechos del Niño", nº 1, Ed. UNICEF, Santiago de Chile, 1999.

– *Teorías de la pena: la justificación imposible*, en MAIER, Julio B. J. (comp.), *Determinación judicial de la pena*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

BERGALLI, Roberto, *Sistema político y jurisdicción*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997/A.

BERIZONCE, Roberto O., *Efectivo acceso a la justicia*, Ed. Platense, La Plata, 1987.

BERNAT DE CELIS, Jaqueline, *La abolición del sistema penal contra la reforma*, en *Reformas penales en el mundo de hoy*, Ed. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1984.

BERNAT DE CELIS, Jaqueline y HULSMAN, Louk, *Sistema penal y seguridad ciudadadana: hacia una alternativa* (trad. castellana de Sergio POLITOFF de *Peines Perdues. Le Système pénal en question*), Ed. Ariel, Barcelona, 1984.

BERTOLINO, Pedro J., *Código de procedimiento penal de la Provincia de Buenos Aires. Concordado, comentado y anotado con jurisprudencia [CPP Buenos Aires]* (3ª ed.), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991.

– *El juez de garantías*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000.

BERTONI, Eduardo A., *El artículo 32 de la Constitución nacional y la jurisdicción en materia de imprenta en el ámbito de la Ciudad de Buenos* Aires, en *Libertad de expresión en el Estado de Derecho*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2000.

– *La constitucionalidad de los arts. 422, inc. 1, y 423 del CPP Nación*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996/A.

– *La organización del ministerio público*, en AA.VV., *El ministerio público en el proceso penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

BERTRAND GALINDO, Francisco; TINETTI, José Albino; KURI DE MENDOZA, Silvia Lizette y ORELLANA, María Elena, *Manual de Derecho constitucional* (1ª ed.), Centro de Investigación y capacitación, San Salvador (El Salvador), 1992.

BEULKE, Werner, *Empirische und normative Probleme der Verwendung neuer Medien in der Hauptverhandlung*, en "ZStW" 113 (2001), Heft 4.

– *Strafprozeßrecht*, Ed. C. F. Müller, Heildelberg, 1994.

BIANCHI, H., *Hacia un Derecho penal privado* (trad. de G. A. GUTIÉRREZ), en "Concilium. Revista Internacional de Teología", nº 107, 1975.

BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1997.

– *Tratado elemental de Derecho constitucional argentino*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995.

BIERBAUER, FALKE, KOCH, *Konflikt und Konfliktertedigung. Eine interdisciplinäre Studie über die Rechtsgrundlage und Funktion der Schiedmannsinstitution*, en BIERBAUER y otros (al cuidado de), *Zugang zum Recht*, 1978.

BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho procesal penal [Introducción]*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, y 2ª ed., 1999.

– *Prescripción de la acción penal: la secuela del juicio*, en *Justicia penal y Estado de derecho*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

– *Sobre el origen histórico de la palabra "escabino"*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996/B.

– *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

– *Justicia penal y Estado de Derecho*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

– *Política criminal: de la formulación a la praxis*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

BINDING, Karl, en *Die Normen und ihre Übertretung* (reimp. de la 4ª ed.), Ed. Scientia, Aalen, Leipzig, 1922, 1965.

BOCKELMAN, Paul, *Die Unverfolgbarkeit der Abgeordneten nach deutschem Immunitätsrecht*, Ed. Vanderhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1951

BOGGIANO, Antonio, *Derecho internacional privado* (4ª ed.), Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

BOVINO, Alberto, *Contra la legalidad*, en "No Hay Derecho", año III, nº 8, s/ed., Buenos Aires, 1992.

– *El control del pedido de desestimación del fiscal*, trabajo presentado en el Seminario de Derecho penal del Departamento de Derecho penal de la Facultad de Derecho - UBA, Buenos Aires, 1994 (inédito).

– *El debate*, en MAIER, Julio B. J. (comp.), *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

– *El juicio y la Constitución Nacional*, en MAIER, Julio B. J. (comp.), *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

– *Imparcialidad de los jueces y causales de recusación no escritas en el nuevo CPP Nación*, en "La Ley", Buenos Aires, 22/12/1993.

– *Ingeniería de la verdad. Procedimiento penal comparado*, en *Problemas del Derecho procesal penal contemporáneo*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998.

– *La persecución penal pública en el derecho anglosajón*, en "Pena y Estado", nº 2, Ministerio Público, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.

– *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001.

– *La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos*, en "Lecciones y Ensayos", nº 59, Ed. Facultad de Derecho - UBA, Buenos Aires, 1994 (existe una publicación idéntica, en "Ciencias Penales", San José [Costa Rica], 1998, nº 15).

– *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998.

– *Publicidad del juicio penal: la televisión en la sala de audiencias*, en AA.VV., *Libertad de prensa y Derecho penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.

– *Imparcialidad de los jueces y causales de recusación no escritas en el nuevo Código procesal penal de la Nación*, en *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998.

BOVINO, Alberto y MAIER, Julio B. J., *Ensayo sobre la aplicación del art. 14 de la ley 23.771. ¿El ingreso de la reparación como tercera vía?*, en MAIER, Julio B. J. (comp.), *Delitos no convencionales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1994.

BRUZZONE, Gustavo A., *Proyectos de reforma al Código procesal penal de la Nación*, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

– *Sobre la garantía del juez imparcial*, en "Nueva Doctrina Penal", Buenos Aires, 1996/B.

BÜLOW, Oskar, *Die Lehre von den Prozeßeinreden und den Prozeßvoraussetzungen*, Gießen, 1868.

BULYGIN, Eugenio, *Sentencia judicial y creación de derecho*, en "La Ley", Sección Doctrina, t. 124, Buenos Aires, 1966.

BULYGIN, Eugenio y ALCHOURRÓN, Carlos E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1974.

CAFFERATA NORES, José I., *Introducción al nuevo CPP de la Provincia de Córdoba*, Ed. Marcos Lerner, Córdoba (RA), 1992.

– *Los frutos del árbol envenenado (la prueba obtenida por quebrantamientos constitucionales)*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986.

CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Briant, *El acceso a la justicia* (trad. de Samuel AMARA), Ed. Colegio de Abogados de La Plata, La Plata (RA), 1983.

CARRANZA, Elena, *Alternativen zur Freiheits- und Geldstrafe unter besonderer Berücksichtigung der Wiedergutmachung*, Ed. E. Shaker, München, 1995.

– *Alternativen zur Freiheits- und Geldstrafe unter besonderer Berücksichtigung der Wiedergutmachung – ein Rechtsvergleich mit Südamerika und Vorschläge zum Ausbau des südamerikanischen Sanktionensystems [Wiedergutmachung]*, Ed. Shaker, Aachen (RFA), 1996.

CARRÉ DE MALBERG, *Contribution a la théorie générale de l' Etat*, sied., Paris, 1920/2.

CARRIÓ, Alejandro, *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1990.

CARRIÓ, Genaro R., *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971.

– *Notas sobre Derecho y lenguaje* (6ª reimp.), Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976.

– *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1973.

CARSTEN, Ernst, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland*, Ed. Scientia, Aalen (RFA), 1971 (Neudruck der Ausgabe Breslau, 1932).

CASANOVAS, Jorge, *El procedimiento preparatorio en el Proyecto. La cuestión constitucional y el propósito unificador*, en AA.VV., *Estudios sobre el Proyecto de CPP Nación 1986*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988.

CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo* (2ª ed.), Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986.

– *En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado*, Ed. El Derecho, Buenos Aires, 1982.

CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, *Derecho de impugnación de la sentencia condenatoria y derechos humanos*, en "Revista de Ciencias Jurídicas", Ed. Colegio de Abogados, San José (Costa Rica), 1980.

CAVALLERO, Ricardo Juan, *Acerca del Derecho penal humanitario*, en "Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, 1987/II.

CAVALLERO, Ricardo J. y HENDLER, Edmundo S., *Justicia y participación. El juicio por jurados en materia penal*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1988.

CEREZO MIR, José, *La acción y la omisión como primer elemento del delito* (separata del libro homenaje a Emilio GÓMEZ ORBANEJA), Ed. Aroneda y Crédito, Madrid, 1977.

CERLETTI, Marco L. y FOLGUEIRO, Hernán L., *Ministerio público en el nuevo CPP Nación*, en AA.VV., *El ministerio público en el proceso penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

CHIARA DÍAZ, Carlos A., *La actuación de las partes civiles en el procedimiento penal*, en "Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, 1988.

CHIOVENDA, Giuseppe, *La acción en el sistema de los derechos*, en *Ensayos de Derecho procesal civil*, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1949.

– *Principios de derecho procesal civil* (trad. de J. CASAIS Y SANTALÓ), Ed. Reus, Madrid, 1922.

CHRISTIE, Nils, *Conflicts as property*, en "The British Journal of Criminology", London, 1977, vol. 17, nº 1 (trad. castellana de Alberto BOVINO Y FABRICIO O. GUARIGLIA, *Los conflictos como pertenencia*, en *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992).

– *Los límites del dolor* (trad. de Mariluz DE CASO, de *Limits to pain*, Universitetsforlaget, Oslo, 1981, 1ª ed. en castellano, 1ª reimp.), Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1984.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Competencia penal en la República Argentina*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1945.

– *Tratado de Derecho procesal penal* [*Tratado*], Ed. Ediar, Buenos Aires, 1960-1968.

CÓRDOBA, Fernando J., *La posición de la víctima*, en MAIER, Julio B. J. (comp.), *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Análisis crítico*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

CÓRDOBA, Gabriela, *El control abstracto de constitucionalidad en Alemania*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.

CORDÓN MORENO, Faustino, *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Ed. Aranzadi, Elcano (España), 1999.

CORSO, Piermaria, *El nuovo Codice di Procedura Penale* (4ª ed.), Ed. La Tribuna, Piacenza, 1995.

COURTIS, Christian y ABREGÚ, Martín, *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales* (2ª ed.), Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998.

COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho procesal civil*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1966.

CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte general* (3ª ed.), Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992.

– *La acción resarcitoria en el proceso penal*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe (RA), 1985.

D'ALBORA, Francisco J., *CPP Nación anotado, comentado, concordado* [*CPP Nación anotado*] (4ª ed.), Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.

– *La justicia federal (su competencia penal)*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

DE CABIEDES, Eduardo G. y PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho procesal penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1982.

DE LA COLINA, Salvador, *Derecho y legislación procesal*, Ed. J. Lajouane, Buenos Aires, 1916.

DE LA RÚA, Fernando, *El recurso de casación en el Derecho positivo argentino*, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1968.

– *Imputado*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1961.

– *La casación penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994.

– *Proceso y justicia*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1980.

DE LA RÚA, Jorge, *Código Penal argentino* (2ª ed.), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997.

– *Un agravio federal*, en "La Ley", Buenos Aires, t. 1997/D.

DE LÁZARO, Juan F., *La acción social de la policía en la época de Rivadavia*, separata del "Boletín de la Universidad Nacional de La Plata", La Plata, 1936, t. XIX, nº 6.

DE LUCA, Javier A., *Sobre la garantía del juez imparcial y el procedimiento penal nacional*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998/B.

DENCKER, Friedrich, *Criminalidad organizada y procedimiento penal* (trad. castellana de Laura ELBERT y Fabricio GUARIGLIA del artículo *Organisierte Kriminalität und Strafverfahren*, en *Organisierte Kriminalität und Verfassungsstaat*, Ed. C. F. Müller, Heildelberg [RFA], 1998), en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998/B.

– *Verwertungsverbote im Strafprozeß*, Ed. Karl Heinmann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1977.

DENNINGER, Erhard, *Polizei in der freiheitlichen Demokratie*, en AA.VV., *Polizei und Strafprozeß im demokratischen Rechtsstaat*, Ed. Suhrkamp (tb Wissenschaft), Frankfurt, 1978.

DÍAZ CANTÓN, Fernando y ARCE, Enrique, *Obligatoriedad de los fallos plenarios. Su inconstitucionalidad*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996/A.

DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, *La intervención del querellante en los delitos de acción pública*, en "Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, t. 1942/II.

DÖHRING, Erich, *Die deutsche Staatsanwaltschaft in ihrer geschichtlichen Entwicklung*, en "Deutsche Richterzeitung" [DRiZ], Ed. Karl Heimann, Köln-Berlin, 1958 (36. Jahrgang).

DOMÍNGUEZ HINAÍN, Daniel, *Ley 24.390. Prisión preventiva. Plazo máximo. Cómputo del encarcelamiento cautelar*. Ed. Juris, Rosario (RA), 1996.

DOMÍNGUEZ VIAL, Andrés, *Policía y derechos humanos*, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Santiago de Chile, 1996.

DR. JECKYLL y MR. HYDE, *La introducción del llamado agente encubierto a la legislación argentina*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996/A.

DUCE J., Mauricio y RIEGO R., Cristián, *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, Ed. Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2002.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ed. Planeta-Agostini, Barcelona-México-Buenos Aires, 1993.

ESER, Albin, *Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren. Nationale und internationale Tendenzen*, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Ed. Carl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989 (trad. al castellano de Gabriela E. CÓRDOBA y Fabricio GUARIGLIA, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992).

ESMEIN, A., *Histoire de la procédure criminelle en France*, Ed. Larose et Porcel, Paris, 1882.

FAUSTIN HÉLIE, M., *Traité de l'instruction criminelle* (2ª ed.), Ed. Plon, París, 1886, t. 1.

FENTANES, Enrique, *La policía judicial. Teoría y realidad*, Ed. Biblioteca Policial (PFA), Buenos Aires, 1968.

FERNÁNDEZ BLANCO, Carolina y JORGE, Guillermo, *Los últimos días de la víctima (hacia una revalorización del rol del ofendido)*, en "No Hay Derecho", año IV, nº 9, Buenos Aires, 1993.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, *La posible inconstitucionalidad de la acumulación de las funciones de instrucción y fallo en un mismo órgano jurisdiccional*, en "Jueces para la Democracia", Madrid, 2/1987.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, y 3ª ed., 1998.

– *Diritto e raggione* (2ª ed.), Ed. Laterza, Roma-Bari, 1990.

– *Giustizia penale e democrazia: il contesto extra-processuale*, en *Hacia una nueva justicia penal*, Ed. Presidencia de la Nación (Consejo para la Consolidación de la Democracia), Buenos Aires, 1989.

FERRI, Enrico, *Sociología criminal* (trad. de Antonio SOTO Y HERNÁNDEZ), Ed. Centro Editor de Góngora, Madrid, s/fecha.

FEUERBACH, Anselm Ritter von, *Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege*, Ed. Georg Friedrich Heyer, Gießen (RFA), 1821.

– *Ueber die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren Frankreichs, insbesonderer Beziehung auf die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege*, Ed. Georg Friedrich Heyer, Gießen (RFA), 1825.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm, *Betrachtungen über das Geschwornen Gericht*, Ed. Philipp Krüll (Universitätsbuchhändler), Landshut (RFA), 1813.

FEZER, Gerhard, *Grundfragen der Beweisverwertungsverbote*, Ed. C. F. Müller, Heidelberg (RFA), 1995.

– *Strafprozeßrecht* (2ª ed.), Ed. C. H. Beck, München, 1995.

FIERRO, Guillermo J., *La ley penal y el Derecho internacional* (2ª ed.), Ed. Tea, Buenos Aires, 1997.

FILIPPINI, Leonardo G., *La inconstitucionalidad del artículo 348, segundo párrafo, del CPP Nación*, en "La Ley", Suplemento de Jurisprudencia Penal, 29/7/2002.

FLORIÁN, Eugenio, *De las pruebas penales* (trad. de Jorge GUERRERO), Ed. Temis, Bogotá, 1982.

– *Elementos de Derecho procesal penal* (trad. de L. PRIETO CASTRO), Ed. Bosch, Barcelona, s/fecha.

– *De las pruebas penales* (3ª ed.), Ed. Temis, Bogotá, 1982.

– *Elementos de Derecho procesal penal* (trad. de L. PRIETO CASTRO), Ed. Bosch, Barcelona, 1933.

FOLGUEIRO, Hernán L. y CERLETTI, Marco L., *Ministerio público en el nuevo CPP Nación*, en AA.VV., *El ministerio público en el proceso penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho penal* (2ª ed. actualizada por Guillermo LEDESMA), Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

FONTÁN BALESTRA, Carlos y MILLÁN, Alberto S., *Las reformas al Código penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas* (3ª reimp.), Ed. Gedisa, México, 1988.

FRÍAS CABALLERO, Jorge, *Imputabilidad penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1981.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Infancia. De los derechos y de la justicia*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998.

– *Para una historia del control penal de la infancia. La informalidad de los mecanismos formales de control social*, en "Lecciones y Ensayos", nº 53, Ed. Astrea/Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho - UBA, Buenos Aires, 1989.

GARCÍA, Luis M., *La noción de tribunal imparcial en los instrumentos internacionales de derechos humanos*, en "La Ley", Buenos Aires, t. 1999/F.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *La aportación de la criminología al estudio del problema criminal*, en "Doctrina penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989.

GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno (sobre el carácter contramayoritario del poder judicial)*, Ed. Ariel, Barcelona (España), 1998.

GARITA VILCHEZ, Ana Isabel, *La defensa pública en América Latina desde la perspectiva del Derecho procesal penal moderno [La defensa pública en América Latina]*, Ed. Ilanud, San José (Costa Rica), 1992.

GARITA VILCHEZ, Ana Isabel y SABORÍO, José, *La defensa pública en América Latina desde la perspectiva del Derecho procesal penal moderno*, Ed. Ilanud, San José (Costa Rica), 1992.

GARÓFALO, R., *Indemnización a las víctimas del delito* (trad. de P. DORADO MONTERO), Ed. La España Moderna, Madrid, 1929.

GARRAUD, R., *Précis de Droit Criminel* (11ª ed.), Ed. R. Sirey, Paris, 1926.

GARTH, Briant y CAPPELLETTI, Mauro, *El acceso a la justicia* (trad. de Samuel AMARA), Ed. Colegio de Abogados de La Plata, La Plata (RA), 1983.

GEISLER, Werner, *Stellung und Funktion der Staatsanwaltschaft im heutigen deutschen Strafverfahren*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" [ZStW], Ed. W. de Gruyter, Berlin-New York, 1981.

GETTEL, Raymond G., *Historia de las ideas políticas* (trad. de Teodoro GONZÁLEZ GARCÍA), Ed. Labor, Barcelona, 1930.

GIESZEN, Hans P. J., *Criminología emancipadora y manejo de situaciones-problema. Un estudio en Buena Vista, Maracaibo*, Ed. Universidad de Zulia, Maracaibo (Venezuela), 1989.

GIL LAVEDRA, Ricardo, *Legalidad vs. acusatorio*, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", año III, nº 7, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

GOLDSCHMIDT, James, *Der Prozeß als Rechtslage*, Berlin, 1925.

– *Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei in Frankreich*, en "Goldammer's Archiv für Strafrecht und Strafprozeß", t. 67, Ed. Deck, Berlin, 1919.

GOLDSTEIN, Howard W. y STARK, James, *The rights of crime victims*, Ed. Bantam Books, Toronto-New York-London-Sydney-Auckland, 1985.

GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito constitucional e teoría da Constituiçao* (2ª ed.), Ed. Livraria Almedina, Coimbra (Portugal), 1998.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *El proceso penal alemán*, Ed. Bosch, Barcelona, 1985.

GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de Derecho penal*, Ed. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939.

GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho constitucional argentino* (3ª ed.), Ed. Lajouane, Buenos Aires, 1931.

GONZÁLEZ, Daniel A., *La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense*, Ed. Colegio de Abogados, San José (Costa Rica), 1986.

GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina 1853/1860*, Ed. Ángel Estrada, Buenos Aires, 1983 (reedición de 1897).

GORANSKY, Mirna, *Un juicio sin jurados*, en MAIER, Julio B. J. (comp.), *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Análisis crítico*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

GORANSKY, Mirna y RUSCONI, Maximiliano A., *Nuevamente sobre el art. 348 del CPP Nación*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1999/A.

GÖRCKE, Hans-Helmuth, *Weisungsgebundenheit und Grundgesetz*, en "ZStW", t. 73, Berlin, 1961.

GOSSEL, Karl-Heinz, *La defensa en el Estado de derecho y las limitaciones relativas al de-*

fensor en el procedimiento contra terroristas, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980.

– *Reflexiones sobre la situación del ministerio público en el procedimiento penal de un Estado de Derecho y sobre sus relaciones con la policía [Reflexiones]*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981.

GRÜNHUT, Max, *Die Bedeutung englischer Verfaharensnormen für die deutsche Strafprozeßreform*, en *Festschrift für H. v. Weber*, Ed. L. Röhrscheid, Bonn, 1963.

GUARIGLIA, Fabricio O., *Creación de la Corte Penal Internacional: algunos aspectos del Estatuto de Roma*, en "Revista Jurídica de Buenos Aires", I, Ed. Facultad de Derecho - UBA, Buenos Aires, 1998.

– *Der verdeckte Ermittler im Straverfahren Argentiniens*, en "ZStW", 109 (1997).

– *El agente encubierto. ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal?*, en "Ciencias Penales", San José (Costa Rica), 1996.

– *El nuevo sistema de defensa de oficio en el procedimiento penal*, en "Jurisprudencia Argentina", nº 5777, 20/5/1992.

– *La investigación preliminar en el nuevo CPP Nación: instrucción jurisdiccional vs. investigación fiscal preparatoria*, en AA.VV., *El ministerio público en el proceso penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

– *La justicia penal ingresa al mercado*, en "Nueva Doctrina Penal" (nota editorial), Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997/A.

– *Las prohibiciones probatorias*, en MAIER, Julio B. J. (comp.), *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Análisis crítico*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

– *Creación de la Corte penal internacional. Algunos aspectos del Estatuto de Roma*, en "Revista Jurídica de Buenos Aires", I, Ed. Facultad de Derecho - UBA, Buenos Aires, 1998.

GÜNTHER, Hans, *Staatsanwaltschaft, Kind der Revolution*, Ed. Ulstein, Frankfurt Main-Berlin-Wien, 1973.

HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *La prueba obtenida ilícitamente por particulares*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001/B.

HART, H. L. A., *El concepto de Derecho* (trad. de Genaro CARRIÓ), Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

HARTMANN, Nicolai, *Ethik* (3ª ed.), Berlin, 1949.

HASSEMER, Winfried, *Vorverurteilung durch die Medien?*, en "Neue Juristische Wochenschrift", München-Frankfurt a. M., 1985.

HASTIE, Reid; PENROD, Steven D. y PENNINGTON, Nancy, *La institución del jurado en los Estados Unidos. Sus intimidades* (versión castellana de César P. GUIDINI JOUBERT revisada por Santos PASTOR PRIETO), Ed. Civitas, Madrid, 1986.

HENDLER, Edmundo S., *Derecho penal y procesal penal de los EE.UU.*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.

HENDLER, Edmundo S. (dir.), *Sistemas procesales penales comparados*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

HENDLER, Edmundo S. y CAVALLERO, Ricardo J., *Justicia y participación. El juicio por jurados en materia penal*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1988.

HENKEL, Heinrich, *Strafverfahrensrecht* (2ª ed.), Ed. W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1968.

HENKEL, Heinrich, *Strafverfahrensrecht*, Ed. Kohlhammer, Stuttgart-Köln, 1953.

HENOCH AGUIAR, D., *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, Ed. Tea, Buenos Aires, 1950/1952.

HEREDIA, José Raúl, *La reforma en la Provincia del Chubut*, Ed. El Copista/Centro de Estudios e Investigaciones Patagónico, Córdoba (RA), 1995.

HEYDE, Wolfgang, *La jurisdicción*, en AA.VV., *Manual de Derecho constitucional* (2ª ed. en castellano del *Handbuch des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, W. de Gruyter, Berlin, 1994), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001.

HIRCHBERG, Max, *Das amerikanische und deutsche Strafverfahren*, Ed. Luchterhand, Berlin, 1963.

HIRSCH, Hans-Hoachim, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Ed. Carl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989 (trad. castellana de Julio B. J. MAIER y Daniel PASTOR, *Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992).

– *La reparación del daño en el marco del Derecho penal material*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

– *Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, en "ZStW" 107 (1995).

HORTEL, Eduardo C., *Acerca de la investigación preliminar en manos del ministerio público fiscal*, en AA.VV., *Estudios sobre el Proyecto de CPP Nación 1986*, Ed. Depalma, 1988.

HUBER, Bárbara, *Funktion und Tätigkeit des Anklägers in England und Wales*, en AA.VV., *Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörde im ausländischen Recht*, coord. por Hans-Heinrich JESCHECK y Rudolf LEIBINGER (Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg i. Br [RFA]), Ed. Nomos, Baden Baden (RFA), 1979.

HULSMAN, Louk y BERNAT DE CELIS, Jaqueline, *Sistema penal y seguridad ciudadadana: hacia una alternativa* (trad. de Sergio POLITOFF de *Peines Perdues. Le Système pénal en question*), Ed. Ariel, Barcelona, 1984.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil* (4ª ed.), Ed. Duncker & Humblot, Berlin, 1988.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Estudios de Derecho penal y criminología ("La llamada victimología")*, Ed. Biblioteca Argentina, Buenos Aires, 1961.

JOFRÉ, Tomás, *Manual de procedimientos (civil y penal)* (5ª ed.), Ed. La Ley, Buenos Aires, 1941.

JORGE, Guillermo y FERNÁNDEZ BLANCO, Carolina, *Los últimos días de la víctima (hacia una revalorización del rol del ofendido)*, en "No Hay Derecho", año IV, nº 9, s/ed., Buenos Aires, 1993.

JUNG, Heike, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß*, en "ZStW" 93, Ed. W. de Gruyter, Berlin-New York, 1981.

– *Öffentlichkeit - Niedergang eines Verfahrensgrundsatzes*, en *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Ed. W. de Gruyter, Berlin-New York, 1986.

KAISER, Günther, *Kriminologie* (2ª ed.), Ed. C. F. Müller, Heidelberg, 1988.

KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Ed. Otto Schwarz, Göttingen, 1954.

KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, Heidelberg, 1961.

KAUFMANN, Hilde, *Kriminologie III - Strafvollzug und Sozialtherapie*, Ed. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1977.

– *Strafanspruch-Strafklagrecht*, Ed. Otto Schwatz, Göttingen, 1968.

KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, en "Revista Colombiana de Derecho Constitucional", año 2, nº 3, Medellín (Colombia), 1998.

– *Reine Rechtslehre* (2ª ed.) (trad. castellana de Roberto VERNENGO, *Teoría pura del Derecho*, Ed. Universidad Nacional Autónoma, México DF, 1986), Ed. Franz Deuticke, Wien, 1960-1976.

– *Reine Rechtslehre* (1ª ed.) (trad. castellana de Moisés NILVE de la versión francesa preparada por KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1971), Ed. Franz Deuticke, Leipzig-Wien, 1934.

KERN, Eduard, *Das neue Gerichtsverfassungs- und Strafprozeßrecht*, Ed. Jos. Waibel, Freiburg i. Br. (hoy RFA), 1934.

– *Die Grundgedanken des neuen Gerichtsverfassungsrechts*, Ed. J. C. B. Mohr, Tübingen (hoy RFA), 1936.

– *Gerichtsverfassungsrecht* (1ª ed.), Tübingen, 1948, sus sucesivas ediciones de la Ed. C. H. Beck, München-Berlin, 1954 (2ª ed.), München-Berlin, 1959 (3ª ed.), München-Berlin, 1965 (4ª ed.), proseguidas por Manfred WOLF, KERN-WOLF, *Gerichtsverfassungsrecht*, Ed. C. H. Beck, München-Berlin, 1975 (5ª ed.).

– *Geschichte des Gerichtsverfassungsrecht*, Ed. C. H. Beck, München-Berlin, 1954.

KINDLER, Waldemar, *Organización de la Policía Bávara*, en "Harlax", nº 10, Ed. Servicio de Formación, Perfeccionamiento y Estudios de la Policía del País Vasco (*Ertzaintza*), 1994.

KLEINKNECHT, Theodor y MEYER, Karlheinz, *Strafprozeßordnung* (3ª ed.), Ed. C. H. Beck, 1989.

KRAUS, Erwin y VON TUREGG, Kurt Egon, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht* (4ª ed.), Ed. W. de Gruyter, Berlin, 1962.

KÜHL, Jorn, *Prozeßgegenstand und Beweisthema im Strafverfahren* [*Prozeßgegenstand*], Ed. Nomos, Baden-Baden, 1987.

LANGBEIN, John H., *Comprendiendo la breve historia del plea bargaining*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001/A.

LANGER, Máximo, *La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*, en MAIER, Julio B. J. y BOVINO, Alberto (comps.), *El procedimiento abreviado*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001.

– *La requisa personal en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996/A.

LANGER, Máximo y MAIER, Julio B. J., *Acusación y sentencia*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996/B.

LECHNER/ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* (4ª ed.), Ed. C. H. Beck, München, 1996.

LEGÓN, Faustino J., *Las inmunidades de funcionarios provinciales y la jurisdicción federal*, en "Jurisprudencia Argentina", t. 43, Buenos Aires.

LEVENE (h.), Ricardo, *El Proyecto de CPP Nación frente a las necesidades de la gran reforma procesal penal que anhelamos*, en AA.VV., *Estudios sobre el Proyecto de CPP Nación 1986*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988.

LEVENE (h.), Ricardo y FRANK, Jorge L., *Síntesis de las observaciones y modificaciones propuestas al proyecto de ley del Poder Ejecutivo de reformas al Código Procesal Penal de la Nación*, Ed. H. Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires, 1989.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho civil. Obligaciones* [*Tratado*], Ed. Perrot, Buenos aires, 1978.

LOIÁCONO, Virgilio, *Los jueces naturales y el ámbito temporal de la nueva ley de competencia* [*Los jueces naturales*], en "Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, 1971.

LUDOVICI, Mauricio, *La organización de la policía en Italia*, en "Harlax", nº 10, Ed. Servicio de Formación, Perfeccionamiento y Estudios de la Policía del País Vasco (*Ertzaintza*), 1994.

MAIER, Hans, *Die ältere deutsche Staats- und Verwältungslehre*, Ed. Dtv, München, 1986.

MAIER, Julio B. J., *Anfechtung der Verurteilung: Garantie für den Angeklagten oder Entscheidungskontrolle?*, en *Festschrift für Hans Joahim Hirsch*, Ed. W. de Gruyter, Berlin-New York, 1999.

– *Delincuencia socio-económica y reforma procesal penal*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989.

– *Dimensión política de un poder judicial independiente*, en "Nueva Doctrina Penal", Buenos Aires, 1998/B.

– *El imputado y sus derechos*, en *Sobre la libertad del imputado*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1981.

– *El ingreso de la reparación como tercera vía al Derecho penal argentino*, en MAIER, Julio B. J. y BINDER, Alberto (comps.), *El Derecho penal hoy. Homenaje al Profesor David Baigún*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1995.

– *Entre la inquisición y la composición*, en "No Hay Derecho", año 2, nº 6, s/ed., Buenos Aires, 1992.

– *Entre la inquisición y la composición*, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos (in memoriam)*, vol. II, Ed. de las universidades de Castilla-La Mancha y Salamanca, España, 2001.

– *¿Es la reparación una tercera vía del Derecho penal?* (conferencia dictada en Universidad de Córdoba [RA], con motivo de las jornadas internacionales llevadas a cabo en homenaje al Prof. Dr. Claus ROXIN, próxima a ser publicada en Chile, en el libro *in memoriam* al Prof. Manuel de RIVACOBA Y RIVACOBA).

– *¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho?*, en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Ed. Marcos Lerner/La Lectura, Córdoba (RA), 2001.

– *Extraterritorialidad penal y juzgamiento universal*, en *Estudios en homenaje al Profesor Enrique Véscovi*, Ed. Instituto Uruguayo de Derecho Procesal/Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, s/fecha.

– *Función normativa de la nulidad*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980.

– *La cesura del juicio penal*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984.

– *La investigación penal preparatoria del ministerio público*, Ed. Lerner, Buenos Aires-Córdoba, 1975.

– *La investigación penal preparatoria del ministerio público* [*La investigación penal*], Ed. Lerner, Buenos Aires-Córdoba, 1975.

– *La Ordenanza Procesal Penal alemana*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982.

– *La renuncia a la acción penal privada y el abandono de la querella*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997/B.

– *La víctima y el sistema penal*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

– *Los niños como titulares del derecho al debido proceso*, en "Justicia y Derechos del Niño", nº 2, Ed. UNICEF, Buenos Aires, 1999.

– *Mecanismos de simplificación del procedimiento penal*, Ed. Consiglio Nazionale delle Ricerche, Roma, 1991.

– *Nacimiento y desarrollo de la policía institucional*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996/A.

– *Rechtsstaatliches Denken und Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten des Angeklagten*, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Ed. Carl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989.

– *Sistema penal y sistema contravencional*, en "Actualidad en el Derecho Público", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, mayo-agosto 2000.

– *Sobre la libertad del imputado*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1981.

MAIER, Julio B. J. (comp.), *Delitos no convencionales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1994.

– *Determinación judicial de la pena*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

– *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

MAIER, Julio B. J. y BOVINO, Alberto, *Ensayo sobre la aplicación del art. 14 de la ley 23.771. ¿El ingreso de la reparación como tercera vía?*, en MAIER, Julio B. J. (comp.), *Delitos no convencionales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1994.

MAIER, Julio B. J. y BINDER, Alberto M. (comps.), *El Derecho penal hoy. Homenaje al Profesor David Baigún*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1995.

MAIER, Julio B. J. y BOVINO, Alberto (comps.), *El procedimiento abreviado*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001.

MAIER, Julio B. J. y LANGER, Máximo, *Acusación y sentencia*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996/B.

MALAMUD GOTI, Jaime, *Las penalidades a sociedades y sus directivos por el hecho del agente (dos modelos del Derecho comparado: la República Federal Alemana y los Estados Unidos)*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980.

– *Persona jurídica y penalidad*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981.

MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, *Policía judicial: modelo y perspectiva de futuro*, en "Harlax", nº 16-17, Ed. Servicio de Formación, Perfeccionamiento y Estudios de la Policía del País Vasco (*Ertzaintza*), 1996.

MARTÍNEZ, María Josefina, *Situación carcelaria*, en *Informe anual sobre la situación de los derechos humanos en la Argentina 1995*, Ed. CELS, Buenos Aires, 1996/1997.

MAYER, Jorge M., *El Derecho público de prensa*, Ed. Imprenta de la Universidad, Buenos Aires, 1944.

– *La legislación sobre prensa en la Provincia de Buenos Aires*, en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", año I, nº 1, Tercera época, Buenos Aires, 1946.

MENÉNDEZ PIDAL, Ramón, *Idea imperial de Carlos V* (3ª ed.), Ed. Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1946.

MILLÁN, Alberto S. y FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Las reformas al Código Penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

MOLINARIO, Alfredo J., *Derecho penal*, 2º curso, compilación de Antonio TOSCANO, La Plata, 1943.

Bibliografía

MOMMSEN, Theodor, *Derecho penal romano* (trad. de P. DORADO), Ed. Temis, Bogotá, 1976.

MONET, J. C., *La policía en Francia*, en "Harlax", nº 10, Ed. Servicio de Formación, Perfeccionamiento y Estudios de la Policía del País Vasco (*Ertzaintza*), 1994.

MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*. *Del espíritu de las leyes*, Ed. Porrúa, México, 1992.

MOONEY, Alfredo, *El juicio por jurados* (3ª ed.), Ed. Francisco Ferreyra, Córdoba (RA), 1998; y 4ª ed., 1999.

MORA MORA, Luis Paulino, *La independencia del juez, como derecho humano*, en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Ed. Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José (Costa Rica), 1998.

MORENO, Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, Ed. H. A. Tommasi, Buenos Aires, 1923.

MÜLLER, Jorge, *Estructura y funciones del Ministerio fiscal (algunas observaciones sobre su dependencia y naturaleza jurídica)*, en "Doctrina Judicial", año 5, nº 37, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1989.

NARVAIZ, Pedro, *El fiscal y la acción penal pública*, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

NELLES, Ursula, *Europäisierung des Strafverfahrens – Strafprozeßrecht für Europa?*, en "ZStW" 109 (1997), Heft 4.

NIESE, Werner, *Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, ein Beitrag zur allgemeinen Prozeßrechtslehre*, Ed. Vanderhoeck u. Ruprecht, Göttingen.

NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992.

– *Introducción al análisis del Derecho* (2ª ed.), Ed. Ariel, Barcelona (España), 1984.

NÚÑEZ, Ricardo C., *CPP Córdoba anotado*, Ed. Lerner, Córdoba-Buenos Aires, 1978.

– *Derecho penal argentino* [*DP arg.*] (2ª ed.), Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1965.

– *Inconstitucionalidad del art. 449, inciso 1º, del C. de P.P., de Córdoba*, en "Revista de Derecho Procesal" (Hugo ALSINA, dir.), Ed. Ediar, Buenos Aires, 1950.

– *La acción civil para la reparación de los perjuicios en el proceso penal* (1ª ed.), Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1948 (reeditada y puesta al día por el Prof. NÚÑEZ, bajo el nombre abreviado de *La acción civil en el proceso penal*, Ed. Marcos Lerner, Córdoba [RA], 1982).

– *La acción civil en el proceso penal* (2ª reed. actualizada de *La acción civil para la reparación de los perjuicios en el proceso penal*, 1948), Ed. Marcos Lerner, Córdoba (RA), 1982.

– *Un desfiguramiento de la Constitución*, en "Jurisprudencia Argentina", Sección Doctrina, Buenos Aires, 1973.

– *Otro desfiguramiento de la Constitución*, en "Jurisprudencia Argentina", Sección Doctrina, Buenos Aires, 1974.

– *Una regla que se debe derogar (art. 449, inc. 1º, del C. de P.P.)*, en "Comercio y Justicia", 11/10/1970.

ODERIGO, Mario A., *Derecho procesal penal* (2ª ed.), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1973.

– *Lecciones de Derecho procesal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980.

ODERSKY, Walter, *Staatsanwaltschaft, Rechtspflege und Politik*, en "Festschrift für Karl Bengl", Ed. C. H. Beck, München, 1984.

ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible*, Ed. Marcos Lerner, Córdoba (RA), 1980.

– *Hechos y actos o negocios jurídicos*, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1963.

– *La culpa (actos ilícitos)*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1970.

– *La ilicitud (extracontractual)*, Ed. Lerner, Córdoba-Buenos Aires, 1973.

– *Las cuestiones civiles en la reforma penal*, en ORGAZ y SOLER, *Aspectos civiles de la reforma penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.

ORGAZ, Alfredo y SOLER, Sebastián, *Aspectos civiles de la reforma penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.

OTTO, *Die preußische Staatsanwaltschaft*, Ed. Guttentag, Berlin, 1899.

OTTO, H., *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden*, Schriftenreihe der Juristischen Wissenschaft zu Berlin, Berlin-New York, 1993.

PALACIO, Lino E., *Acerca de la declarada inconstitucionalidad del art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación*, en "La Ley", Buenos Aires, t. 1997/E.

– *Derecho procesal civil*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967, 1983, 1999.

– *La acción y la pretensión en el proceso penal*, en *Problemática actual del derecho procesal*, Ed. Platense, La Plata (RA), 1971.

– *Los recursos en el proceso penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

– *Manual de Derecho procesal civil*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

– *Un fallo ejemplar sobre la regla de exclusión probatoria en materia penal*, en "La Ley", Suplemento de Jurisprudencia Penal, Buenos Aires, diciembre 2001.

PASTOR, Daniel R., *¿Es conveniente la aplicación del proceso penal "convencional" a los delitos "no convencionales"?*, en MAIER, Julio B. J. (comp.), *Delitos no convencionales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1994.

– *Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales*, en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las ciencias penales*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Ed. Marcos Lerner y La Lectura, Córdoba (RA), 2001.

– *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.

– *Recurso de casación y anulación de oficio*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997/B.

PAVARINI, Massimo, *¿Abolir la pena? La paradoja del sistema penal. Introducción a "Los límites del dolor" de Nils Christie*, reproducida en "No Hay Derecho", año I, nº 1, sfed., Buenos Aires, 1990.

PEÇO, José, *Delitos contra el honor*, Ed. Revista Jurídica y de Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1936.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *Novas tendências do direito processual*, Ed. Forense Universitaria, Rio de Janeiro-San Pablo (Brasil), 1990.

– *Relación general a las XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho procesal*, Montevideo, 2002 (inédita).

PEREYRA, Pablo E., *Modelo acusatorio y persecución estatal. Sobre los aciertos y desaciertos en la disputa por la relevancia de las conclusiones del ministerio público fiscal*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2002/A.

PERRON, Walter, *Auf dem Weg zu einem europäischen Ermittlungsverfahren?*, en "ZStW" 112 (2000), Heft 1.

– *Sind die nationale Grenzen des Strafrechts überwindbar?*, en "ZStW" 109 (1997), Heft 2.

PETERS, Karl, *Der neue Strafprozeß*, Ed. C. F. Müller, Karlsruhe (RFA), 1975.

– *Strafprozeß*, Ed. C. F. Müller, Karlsruhe (RFA), 1952, 1966.

PIOMBO, Horacio Daniel, *Tratado de la extradición (internacional e interna)*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998.

PLATÓN, *República* (trad. de Antonio CAMARERO), Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1963; 6ª ed., 1972; 19ª ed., 1988.

PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L. y DE CABIEDES, Eduardo G., *Derecho procesal penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1982.

RADBRUCH, Gustav, *Rechtsphilosophie*, Ed. K. F. Koehler, Stuttgart, 1975.

RAMOS, Juan P., *Los delitos contra el honor* (2ª ed., actualizada por Eduardo AGUIRRE OBARRIO), Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958.

RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas constituyentes argentinas 1813-1898*, Ed. Peuser, Buenos Aires, 1937.

REBAGLIATI, Orlando R., *La Corte penal internacional*, en "Revista Jurídica de Buenos Aires", I, Ed. Facultad de Derecho - UBA, Buenos Aires, 1998.

RIEGO, Cristian, *Aproximación a una evaluación del proceso penal chileno*, en *Reformas Procesales en América Latina*, Ed. Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1993.

RIEß, Peter, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren, Gutachten C. zum. 55. Deutschen Juristentag*, Ed. C. H. Beck, München, 1989.

RIGHI, Esteban, *Derecho penal económico comparado*, Ed. de Derecho reunidas, Madrid, 1991.

RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *Elementos de criminología*, Ed. Edeval, Valparaíso (Chile), 1982.

– *Incongruencia e inconstitucionalidad de la llamada ley argentina de obediencia debida*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1987.

– *La obediencia jerárquica en el Derecho penal*, Ed. Edeval, Valparaíso (Chile), 1969.

RODRÍGUEZ, Adolfo Enrique, *Cuatrocientos años de policía en Buenos Aires*, Ed. Biblioteca Policial (PFA), Buenos Aires, 1981.

– *Evolución policial. Síntesis histórica*, Ed. Junta de Estudios Históricos San José de Flores, Buenos Aires, 1971.

ROGALL, Klaus, *Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten*, en "ZStW", t. 91, Ed. W. de Gruyter, Berlin, 1991.

ROIG BUSTOS, Ladislao, *Por un fiscal del Estado de designación parlamentaria*, en "Jueces para la Democracia", Madrid, 1/1993.

ROSEMBERG, Leo, *Tratado de derecho procesal civil* (trad. de A. ROMERA VERA, E. B. CARLOS y E. KROTOSCHIN), Ed. Ejea, Buenos Aires, 1955.

ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal* [*DPP*] (trad. castellana de la 25ª ed., Ed. C. H. Beck, München, 1998, de Gabriela E. CORDOBA y Daniel R. PASTOR), Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2000.

– *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, en *Wiedergutmachung und Strafrecht*, al cuidado de SCHÖCH, Heinz, Ed. W. Fink, München, 1987 (trad. castellana de Julio B. J. MAIER y Elena CARRANZA, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992).

– *Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público*, en AA.VV., *El ministerio público en el proceso penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

202

– *Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft* [*Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben*], en "Deutsche Richterzeitung" [DRiZ], Ed. Carl Heymann, Köln, 1969, 47. Jahrgang.

– *Strafrecht. Algemeiner Teil* [*Strafrecht AT*] (3ª ed.), Ed. C. H. Beck, München, 1997.

– *Strafverfahrensrecht* (22ª ed.), Ed. C. H. Beck, München, 1987, y 25ª ed., 1998.

ROXIN, Imme, *Die Reclusfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege* (3ª ed.), Ed. V. Florenz, München, 2000.

RUIZ, Alicia E., *Idas y vueltas por una teoría del derecho*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001.

RUSCONI, Maximiliano A., *El problema del lugar sistemático del consentimiento del ofendido*, en *Justicia Penal y Sociedad*, Guatemala, 1991.

– *Persona jurídica y protección penal del honor*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998/A.

– *Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del ministerio público*, en AA.VV., *El ministerio público en el proceso penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

RUSCONI, Maximiliano A. y GORANSKY, Mirna, *Nuevamente sobre el art. 348 del CPP Nación*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1999/A.

SABORÍO, José y GARITA VILCHEZ, Ana Isabel, *La defensa pública en América Latina desde la perspectiva del Derecho procesal penal moderno*, Ed. Ilanud, San José (Costa Rica), 1992.

SABSAY, Daniel A. y ONAINDIA, José M., *La Constitución de los argentinos* (5ª ed.), Ed. Errepar, Buenos Aires, 2000.

SACK, Fritz, *Selektion und Kriminalität*, en "Kriminologisches Journal", 1971.

SAGÜÉS, Nestor Pedro, *Derecho procesal constitucional* (2ª ed.), Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989.

SAID, José Luis, *Sobre la facultad de las provincias para reglar el principio de oportunidad en la persecución penal*, en "La Ley", Buenos Aires, t. 1997/F.

SALT, Marcos G., *Comentarios a la nueva ley de ejecución de la pena privativa de libertad*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996/B.

SANCINETTI, Marcelo A., *Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1988.

– *Disvalor de acción y teoría del ilícito. El dolo como caracterizador del ilícito*–, hoy publicada con el nombre de *Teoría del delito y disvalor de acción*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1991.

– *La nulidad de la acusación por indeterminación del hecho y el concepto de instigación*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

– *La violación de la garantía de imparcialidad del tribunal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

– *Obediencia debida y Constitución nacional*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1987.

SANDRO, Jorge Alberto, *Una distorsión de las garantías constitucionales: el agente encubierto, la inviolabilidad del domicilio y el debido proceso legal*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992.

SARMIENTO, Domingo F., *Obras completas*, t. VIII (*Comentarios de la Constitución*), Ed. Luz del Día, Buenos Aires, 1948.

SATTA, Salvatore, *Manual de Derecho procesal civil*, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1972.

SCHEFFLER, Uwe, *Die überlange Dauer von Strafverfahren*, Ed. Duncker & Humblot, Berlin, 1999.

SCHIFFRIN, Leopoldo M., *El "forum delicti comissi" como exigencia del art. 102 de la Constitución nacional*, en "El Derecho", Buenos Aires, 1974.

– *La primacía del Derecho internacional sobre el Derecho argentino*, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Cristhian (comps.), *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales* (2ª ed.), Ed. Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 1998.

– *Pro jure mundi*, en "Revista jurídica de Buenos Aires", Ed. Facultad de Derecho - UBA, Buenos Aires, 1998.

SCHILKEN, Eberhard, *Gerichtsverfassungsrecht* (2ª ed.), Ed. Carl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1994.

SCHLAICH, Klaus, *Bundesverfassungsgesetz. Lechner(Zuck)kommentar* (4ª ed.), Ed. C. H. Beck, München, 1996.

– *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen* (4ª ed.), Ed. C. H. Beck, München, 1997.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Objektive Strafbarkeitsbedingungen*, en "ZStW" 71, Ed. W. de Gruyter, Berlin, 1959.

SCHMIDT, Eberhard, *Deutsches Strafprozeßrecht*, Ed. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1968.

– *Die Rechtsstellung der Staatsanwälte im Rahmen der rechtsprechende Gewalt und ihre Einbeziehung in das Richtergesetz*, en "DRiZ", Ed. Carl Heymann, Köln, 1957, 37. Jahrgang.

– *Fiskalat und Strafprozeß*, München-Berlin, 1921.

– *Gustav Radbruch als Kriminalist*, en "ZStW" 63, Ed. W. de Gruyter, Berlin-New York, 1951.

– *Zur Rechtsstellung und Funktion der Staatsanwaltschaft als Justizbehörde*, en "MDR" 18, Jahrgang, Ed. Gesellschaft, Hamburg, 1964.

SCHÖCH, Heinz, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, en "Neue Zeitschrift für Strafrecht", Ed. C. H. Beck, München-Frankfurt, 1984.

SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch-Kommentar* (19ª ed.), Ed. C. H. Beck, München, 1978.

SENDRA, Gimeno; MORENO CATENA, Víctor; ALMAGRO NOSETE, José y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho procesal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia (España), 1987.

SENTÍS MELENDO, Santiago, *In dubio pro reo*, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1971.

SIMON, Helmut, *La jurisdicción constitucional*, en AA.VV., *Manual de Derecho constitucional* (2ª ed. en castellano del *Handbuch des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Ed. W. de Gruyter, Berlin, 1994), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001.

SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino* [*DP arg.*] (4ª ed.), Ed. Tea, Buenos Aires, 1978.

– *La interpretación de la ley*, Ed. Ariel, Barcelona, 1962.

– *La reparación de perjuicios en el Proyecto de Código Penal*, en ORGAZ y SOLER, *Aspectos civiles de la reforma penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.

SOLER, Sebastián y ORGAZ, Alfredo, *Aspectos civiles de la reforma penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.

SOLIMINE, Marcelo A., *Carácter no vinculante del dictamen fiscal desestimatorio*, en "La Ley", Buenos Aires, t. 1993/C.

– *Limitación temporal al encarcelamiento preventivo y su cómputo a los fines del art. 24 del Código penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996.

SORIANO, Román, *El nuevo jurado español*, Ed. Ariel, Barcelona, 1985.

STARK, James y GOLDSTEIN, Howard W., *The rights of crime victims*, Ed. Bantam Books, Toronto-New York-London-Sydney-Auckland, 1985.

STIPPEL, Jörg y MARCHISIO, Adrián (coords.), *Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.

STÖRMER, Rainer, *Beurteilungsspielräume im Strafverfahren*, en "ZStW", t. 108, Ed. W. de Gruyter, Berlin, 1996.

STRATENWERTH, Günther, *Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines StGB 1959*, en "ZStW" 71, Ed. W. de Gruyter, Berlin, 1959.

STRUENSEE, Eberhard, *La prueba prohibida*, en "Justicia Penal y Sociedad", nº 3/4, Guatemala, 1993.

SUPERTI, Héctor, *Quien investiga no debe juzgar*, en "La Ley", Buenos Aires, t. 1999/E.

SUBIZ, Gustavo, *Algunos problemas en torno del procedimiento de consulta del art. 348 del CPP Nación*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1999/A.

SYDOW, Franz, *Kritik der Lehre von den "Beweisverboten"*, Ed. Holzner, Würzburg, 1976.

TARRÍO, Mário Carlos, *El querellante*, en MAIER, Julio B. J. (comp.), *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

TIFFER SOTOMAYOR, Carlos; LLOBET RODRÍGUEZ, Javier y DÜNKEL, Frieder, *Derecho penal juvenil*, Ed. Hanud-DAAD, San José (Costa Rica), 2002.

TISCORNIA, Sofía, *La violencia policial en la Capital Federal y el Gran Buenos Aires*, en *Informe anual sobre la situación de los derechos humanos en la Argentina 1995*, Ed. CELS, Buenos Aires, 1996.

– *Violencia institucional, seguridad ciudadana y derechos humanos*, en *Informe anual sobre la situación de los derechos humanos en la Argentina 1996*, Ed. CELS, Buenos Aires, 1997.

TRIJO, Miguel A.; SERRANO, Armando A.; RODRÍGUEZ, Delmer E. y CAMPOS VENTURA, José D., *En defensa del nuevo proceso penal salvadoreño*, Ed. Centro de Investigación y Capacitación (Proyecto de Reforma Judicial), El Salvador, 1994.

TUPMAN, W. A., *La estructura del servicio británico de policía*, en "Harlax", nº 10, Ed. Servicio de Formación, Perfeccionamiento y Estudios de la Policía del País Vasco (*Ertzaintza*), 1994.

VASALLI, Giuliano, *La potestà punitiva*, Ed. Unione Tipográfico-Editrice Torinese, Torino, 1942.

VEGEZZI, Santiago, *Algunas consideraciones acerca de la constitucionalidad del artículo 348, CPP, y su derogación tácita*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001/A.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Acción resarcitoria*, Ed. del autor, Córdoba (RA), 1965.

– *Derecho procesal penal [DPP]*, Ed. Lerner, Córdoba (RA), 1969.

VERNENGO, Roberto J., *Curso de teoría general del Derecho* (2ª ed.), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986.

VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo, *Potestad del fiscal vs. potestad jurisdiccional. A propósito de la consulta prevista en el art. 348 del CPP Nación*, en "La Ley", Suplemento de Jurisprudencia Penal, Buenos Aires, 30/6/1999.

VITALE, Gustavo L., *Suspensión del proceso penal a prueba*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996.

VITURRO, Paula, *Sobre el origen y el fundamento de los sistemas de control de constitucionalidad*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2002.

VOLK, Klaus, *Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht*, Ed. E. R. Gremer, Ebelsbach, 1978.

– *Strafprozeßrecht*, Ed. C. H. Beck, München, 1999.

VON KRIES, August, *Die Prozeßvoraussetzungen des Reichstrafprozesses*, en "Zeitschrift für die gesamte deutsche Strafrechtswissenschaft", n° 5, Ed. J. Guttentag, Berlin-Leipzig, 1885.

VON MUTIUS, Albert, *Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht*, en "Jura", 1987.

VON TUHRGG. Kurt Egon y KRAUS, Erwin, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht* (4ª ed.), Ed. W. de Gruyter, Berlin, 1962.

VON WRIGHT, G. Henrik, *Norma y acción. Una investigación lógica* (trad. de Pedro GARCÍA FERRERO), Ed. Tecnos, Madrid, 1970.

WAGNER, Walter, *Der objektive Staatsanwalt-Idee und Wirklichkeit*, en "Juristenzeitung" [JZ], 29, Jahrgang. Ed. J.C.B. Mohr (P. Siebeck), Tübingen, 1974.

WALDMANN, Peter, *El nacimiento de la policía moderna en la Alemania del siglo XIX y algunas conclusiones relacionadas con la América Latina de hoy* [*El nacimiento de la policía moderna*], en AA.VV., *Justicia en la calle. Ensayos sobre la policía en América Latina*, Ed. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín (Colombia), 1996.

WEIGEND, Thomas, *Tagungsbericht (Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1981 in Bielefeld)*, en "ZStW" 93, Ed. W. de Gruyter, Berlin-New York, 1981 (trad. de Julio B. J. MAIER para *La víctima y el sistema penal*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992).

– *Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", Ed. W. de Gruyter, Berlin-New York, 1984.

WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht* (11ª ed.), Ed. W. de Gruyter, Berlin, 1969.

WOISCHNIK, Jan, *Untersuchungsrichter und Beschuldigtenrechte in Argentinien*, Ed. Iuscrim, Max-Planck-Inst. für Ausländisches und Internat. Strafrecht, Freiburg i. Br. (RFA), 2001.

WOLF, Manfred, *Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenszweige* (6ª ed., toda renovada, del libro originario de Eduard KERN), Ed. C. H. Beck, München, 1987

WOLTER, Jürgen, *Tatidentität und Tatumgestaltung im Strafprozeß* [*Tatidentität*], en "Goltdammer's Archiv für Strafrecht", Ed. Decker, Heidelberg, 1986.

YAMUI, Liliana Nurit y KAUS, Laura Yael, *Justicia mediática*, publicado en www.forensisargentina.com/monografias/justiciadintroducciónJum (consultada el 12/03/2002).

ZAFFARONI, Eugenio R., *Manual de Derecho penal. Parte general* (2ª ed.), Ed. Ediar, Buenos Aires, 1979.

ZAFFARONI, Eugenio R. y otros (ALAGIA - SLOKAR), *Derecho penal. Parte general*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000.

ZIELINSKI, Diethart, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Ed. Duncker & Humblot, Berlin, 1973 (trad. parcial del capítulo A, IV, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988).

– *Strafantrag - Strafantragsrecht, zur Frage der Funktion des Strafantrages und seinen Wirksamkeitsvoraussetzungen*, en *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Ed. W. de Gruyter, Berlin-New York, 1986.

ZIFFER, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.

203

Obras de autores varios y sin autor

AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

AA.VV., *El ministerio público en el proceso penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

AA.VV., *Estudios sobre el Proyecto de CPP Nación 1986*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988.

AA.VV., *Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörde im ausländischen Recht*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 1979.

AA.VV., *Hacia una nueva justicia penal*, Ed. Presidencia de la Nación/Consejo para la Consolidación de la Democracia, Buenos Aires, 1989.

AA.VV., *I Jornadas sobre el Jurado* (libro coordinado por Juan Burgos Ladrón de Guevara), Ed. Universidad de Sevilla (España), 1995.

AA.VV., *Juicio por jurados en el proceso penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

AA.VV., *Justicia en la calle. Ensayos sobre la Policía en América Latina*, Ed. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín (Colombia), 1996.

AA.VV., *Las reformas procesales penales en América Latina*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

AA.VV., *Libertad de prensa y Derecho penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1987.

AA.VV., *Manual de Derecho constitucional* (2ª ed. en castellano del *Handbuch des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, W. de Gruyter, Berlin, 1994), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001.

AA.VV., *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Ed. Marcos Lerner/La Lectura, Córdoba (RA), 2001.

AA.VV., *Polizei und Strafprozeß im demokratischen Rechtsstaat*, Ed. Suhrkamp (tb Wissenschaft), Frankfurt, 1978.

Anteproyecto de Ley Orgánica para la justicia penal y el ministerio público, separata nº 2 de "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988.

Carta africana sobre derechos humanos y de los pueblos, "Carta de Banjul", XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, 27/7/1981.

Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial (David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni [dirs.]), t. 1, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1997.

Constitución de la Confederación Argentina sancionada el 1° de mayo de 1853, anotada con las reformas hechas por la Convención del Estado de Buenos Aires-1860, Imprenta del "Comercio del Plata", Buenos Aires, 1860.

Constitución política de la República de Costa Rica, Ed. Juricentro, San José (Costa Rica), 1985.

Constitución y justicia (Fallos TSJ Buenos Aires), Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

Convención americana sobre derechos humanos, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 22/11/1949.

Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, Roma, 4/11/1950.

Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas, Asamblea General de la OEA, Belém do Pará, Brasil, 9/6/1994.

Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, resolución XXX de la Novena Conferencia Internacional Americana, 1948.

Declaración universal de derechos humanos, Asamblea General de la ONU resolución 217 A (III), 10/12/1948.

Diario de sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la Constitución federal, Ed. Imprenta del Comercio del Plata, Buenos Aires, 1860.

Exposición de motivos, CPP Córdoba (1939), Ed. oficial, Córdoba, 1941.

Exposición de motivos, CPP Nación (2ª ed.), Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

La desaparición forzada como crimen de lesa humanidad, Coloquio de Buenos Aires, 10 al 13 de octubre de 1988, Ed. Paz Producciones, Buenos Aires, 1989.

Nunca más, Informe de la Comisión nacional sobre la desaparición de personas (17ª ed.), Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1992.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Asamblea General de la ONU, resolución 2.200 (XXI), 16/12/1966.

Proyecto CPP Modelo para Iberoamérica, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

Proyecto de Ley Orgánica para la justicia penal y el ministerio público, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988.

REVISTAS USUALMENTE CONSULTADAS

"Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires.

"Deutsche Richterzeitung" ["DRiZ"], Ed. Carl Heymann, Köln.

"Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires.

"Harlax", Ed. Servicio de Formación, Perfeccionamiento y Estudios de la Policía del País Vasco (*Ertzaintza*), España.

"Juristenzeitung" ["JZ"], Ed. J.C.B. Mohr (P. Siebeck), Tübingen.

"Lecciones y Ensayos", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

"Monatsschrift für deutsches Recht" ["MDR"], Ed. Gesellschaft, Hamburg.

"No Hay Derecho", s/ed., Buenos Aires.

"Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires.

"Poder y Control", Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona.

"Revista Jurídica de Buenos Aires", Ed. Facultad de Derecho - UBA, Buenos Aires.

"Zeitschrift für die gesamte deutsche Strafrechtswissenschaft" ["ZStW"], Ed. W. de Gruyter, Berlin.

ÍNDICE TEMÁTICO

A

ABANDONO DE LA DEFENSA TÉCNICA 264, 279

ABANDONO DE LA QUERELLA 88, 106, 175, 660, 670, 689, 692, 697, 709

ABOGADO DE LA CORONA 295

ABOLICIONISMO 585, 591

ACCIÓN CIVIL EX DELITO 38, 50, 380, 584, 615, 644, 677, 692, 720
- Carácter accesorio 728
- Carácter principal 731
- Cese de su ejercicio 731
- Contenido de la pretensión reparatoria 733
- Delegación de su ejercicio en un funcionario público 632, 684
- Desestimiento tácito o presunto 756
- Ejercicio de la 728, 735, 747
- Legitimación activa o titulares de la 737
- Legitimación pasiva 747, 755
- Naturaleza privada 725
- Renuncia al ejercicio de la 755

ACCIÓN PENAL
- Concepto 728, 729
- Dependiente de instancia privada 67, 97, 109, 201, 237, 416 /616, 618, 635, 640
  - Retractación o revocación de la 618, 635
- Ejercicio de la 79, 81, 712
- Extinción de la 79, 81, 87, 254, 712
- Privada 36, 56, 46, 49, 66, 72, 97, 103, 174, 201, 237, 246, 416, 609, 616, 617, 635, 640
  - Renuncia o desestimiento expreso de la 105, 652, 670, 692, 696, 709
- Pública 46, 49, 294, 416

ACTIVIDAD PROCESAL 20

ACTOS PROCESALES 17, 22
- Definitivos e irreproducibles 245, 251, 271
- Nulidades 125

ACTOR CIVIL 50, 658, 678, 753
- Concepto 737
- Costas como responsabilidad penal básica 757
- Deberes 755

ACUSACIÓN 36, 124, 368, 649
- Ampliación 28, 249, 368
  - En el derecho procesal argentino vigente 37
  - En el derecho procesal argentino antiguo 37
  - En el derecho procesal alemán 37
- Correlación con la sentencia 28, 37
- Contenido 131

ACUSADO 15, 188, 196

ACUSADOR 15, 121
- Popular 55, 63, 317, 432, 612, 667
- Privado 46, 55, 317, 613
- Profesional 667
- Público 16, 20, 55, 294, 317

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL 490, 499

ADULTERIO 106

AFORO 534

AGENTE ENCUBIERTO 135, 428

AGENTE
- Explicaciones satisfactorias del 672
- Retractación del 672

AGRAVIADO 694

ALLANAMIENTO 425

ÁMBITO DE VALIDEZ DE LA LEY PENAL 453
- Extraterritorialidad 455, 466
- Principio de impenetrabilidad 455

Principio de personalidad o nacionalidad activa 460
Principio de personalidad o nacionalidad pasiva 460, 462
Principio real o de defensa 457, 462
Principio territorial 455
Principio universal 462
Regla de la ubicuidad 466

AMIGABLE COMPONEDOR 622

AMNISTÍA 84

ANTEJUICIO 98, 113, 640
Mediático 499, 501

APLICACIÓN DE LA LEY PENAL 453

ARCHIVO 99, 160, 200, 219

ASEGURADOR DE DAÑOS 679, 734, 765
En su carácter de actor civil 743
En su carácter de citado en garantía 747

ASESOR DE MENORES 651

ASOCIACIONES INTERMEDIAS 49, 156, 361, 432, 588, 605, 612, 637, 666, 684

AUCTORITAS NON VERITAS FACIT LEGEM 446

AUTO DE APERTURA O DE ELEVACIÓN A JUICIO 37, 369

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD 13, 73, 146, 610, 620, 635, 669

AUTORIZACIÓN ESTATAL 618, 635

AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD 139, 150, 293, 426, 443, 530

B

BIENES JURÍDICOS
Individuales 49, 61, 153, 156, 443, 583, 641
Colectivos 49, 156, 432, 587, 605, 637, 666, 681, 684
Teoría de los 292
Ubicación 458

BIS IN IDEM 84, 86

C

CAPACIDAD PROCESAL 202
Como presupuesto procesal 206
Específica 213
General 204

CAREO 256

CASACIÓN
Motivos absolutos de 100, 131, 562, 575

CARGA
De la prueba 14
Procesal 14

CASO PENAL 23, 34, 149, 452
Conflicto social como su base 291, 617, 670

CESURA DEL DEBATE 132, 156

CIENCIA JURÍDICA 7

CITACIÓN DIRECTA 45, 169, 363, 366, 381

CITADO EN GARANTÍA 52, 747

COMISIONES ESPECIALES 117

COMPETENCIA 508, 509
Conflicto de 550
Interjurisdiccional 551, 553
Positivo 551
Negativo 551
Con relación a la Ciudad de Buenos Aires 526
Con relación a crímenes o delitos internacionales 533
Federal 514, 516, 520, 542
Características 520
Coexistencia con la justicia local o provincial 516, 518
Puntos de conexión 524
Incompetencia 552
Múltiple o universal 542
Penal 43, 453, 479, 481, 508
Características 509
Improrrogable 509
Perpetuatio iurisdictionis o carácter de inalterable 509, 533
Como presupuesto procesal 94, 96, 117
Delimitación a través del objeto proceso 31
Puntos de conexión 508, 511, 524
En razón de la materia 118, 530
En razón de las personas que intervienen en el proceso 534, 536
En razón del territorio 118, 516, 524

COMPOSICIÓN PRIVADA DEL CONFLICTO PENAL 582, 590

CONCEPTO ANALÍTICO 9

CONCEPTO SINTÉTICO 9, 15

CONCILIACIÓN AUTOR-VÍCTIMA 587, 613, 635

CONDENA MEDIÁTICA PREVIA 145, 499, 501

CONDENADO
Derecho al recurso 165, 196

CONDICIONES DE PERSEGUIBILIDAD
Negativas 79
Positivas 79

CONDICIONES DE VALIDEZ DEL PROCEDIMIENTO 82

CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD 74

CONDICIÓN RESOLUTORIA 81, 86

CONDICIÓN SUSPENSIVA 81, 86

CONFESIÓN 247, 420

CONFIANZA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA 490

CONFLICTO
Composición privada del 582, 590
Medios pacíficos de solución del 148

CONJUECES 576

CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA 642

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA 496

CONSULTOR TÉCNICO 48, 127, 261

CONTRADICCIÓN 218

CONTRAVENCIONAL
Derecho 67, 635
Procedimiento 171
En la Ciudad de Buenos Aires 172

CONTROL
Concentrado de constitucionalidad 452
Difuso de constitucionalidad 452
Normativo abstracto 437, 452

CONTROL JUDICIAL DE LOS REQUERIMIENTOS FISCALES 342, 625
Requerimiento de instrucción 343
Requerimiento de juicio público 343, 352, 369, 372, 653

CONTUMACIA 98, 126, 217

CORRECCIONAL 119, 486
Procedimiento 169

CORRESPONSABILIDAD DEL ESTADO 768

CORTE PENAL INTERNACIONAL 471, 533

COSA JUZGADA 18, 24, 26, 43, 87
Como obstáculo procesal 111

CRIMEN LOESA MAIESTATIS 61

CUERPO DE DECISIÓN JUDICIAL 375, 477, 540
Pluripersonal o colegiado 43, 64, 119, 565
Unipersonal 43, 119

CUESTIÓN CIVIL 38, 628, 659, 677, 720
Oportunidad para introducir la cuestión civil en el proceso penal 729
Procedimientos en los cuales se torna improponible 730

CUESTIONES PREJUDICIALES 114, 201, 238, 640

CUESTIONES SEMÁNTICAS 84, 436

CURADOR 48

D

DAÑO MATERIAL RESARCIBLE EN EL PROCESO PENAL 629, 738

DAÑO MORAL 613, 629, 659, 742

DEBATE
Continuidad y concentración de sus actos 133
Función 164
Incorporación de actas de la instrucción 367
Oral y público 16, 126, 132, 216, 248, 347, 505
Preparación del 162, 372, 487
Televisación de la audiencia pública del 500

DEBIDO PROCESO 9

DECISIÓN CONCLUSIVA 83

DECLARACIÓN DEL IMPUTADO 243, 247
Como medio de defensa material 257
Incoercibilidad 256

DECLINATORIA 553

DEFENSA
Derecho de 29, 122, 192, 246, 445
Material 256
Inviolabilidad en juicio 218
Personal o por el propio imputado 261
Principio de 25, 26, 29, 217, 529
Pública o de oficio 259, 262, 267, 546

Técnica 257
Actos para los cuales es necesaria o imprescindible 258
Facultad excepcional de representar al imputado 259

DEFENSA TÉCNICA 47, 127, 192, 196, 361

DEFENSOR 47
Autonomía o ejercicio de facultades exclusivas 266
Cantidad que puede designar un imputado 263
Regla de sustitución 264
Como complemento de la capacidad del imputado 214
Común o de varios imputados 278
Concepto 260
Deberes u obligaciones 273
De lealtad 273
De parcialidad 273
De reserva o de guardar secreto 276
Derechos o facultades 268
De asistir a los actos instructorios 271
De comunicación con su defendido 269
De controlar la prueba 272
De leer las actas o examinar el sumario 272
Durante el juicio 375
Elegido por el imputado o de confianza 48, 127, 261
Exclusión 281
Función 265
Oficial 48, 127, 262, 432
Su presencia como presupuesto procesal 48
Sustituto 279, 281

DEFENSOR DEL PUEBLO
Inmunidades y privilegios 222, 234

DELINCUENCIA DE BAGATELA 587, 617

DELITOS
A distancia 459
Contra el honor 67, 104, 673, 695, 698
Con relación a las personas jurídicas 698, 704
Contra el orden público 682
Contra la fe pública 682
Contra la honestidad 68
Contra la salud pública 682
Contra la seguridad pública 682
De prensa 498
Efectos de los 458
No convencionales 382, 666
Políticos 667
Teoría del 8
Tributarios 645

DEMANDADO CIVIL 50, 679, 757

DENUNCIA 650, 690

DERECHO ANGLOAMERICANO 136, 318, 347

DERECHO ANGLOSAJÓN 54, 64, 254, 307, 349

DERECHO ÁTICO 16

DERECHO CANÓNICO 54

DERECHO CIVIL 213
Concepto base 8

DERECHO DE LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL 481

DERECHO GERMANO 15

DERECHOS HUMANOS 134, 422, 444

DERECHO INTERNACIONAL DE CARÁCTER PENAL 455

DERECHO INTERNACIONAL
De los derechos humanos 88, 106, 127, 129, 143, 165, 190, 254, 384, 532, 560
Internacional Público o de gentes 234, 462, 464

DERECHO MATERIAL 8

DERECHO OBJETIVO 19, 448

DERECHO PENAL 20, 203, 290, 441, 590, 615
Autoritario 633
Como delimitador del objeto procesal 24, 27
Concepto base 8
De acto 33, 452
De autor 33
De doble vía 436
Inflación del 61
Internacional 454, 468
Juvenil 210
Material 454
Máxima subsidiariedad o *ultima ratio* del 656
Privatización del 156, 590, 614, 617, 619
Separación del derecho procesal penal 73, 616

DERECHO POSITIVO 7, 26
Alemán 26, 29, 94, 119, 126, 270, 282, 564
Argentino 26, 28, 37, 45, 59, 64, 87, 94, 111, 118, 136, 216, 309, 310, 350, 496, 555, 616, 673

DERECHO PRIVADO 14, 20, 36, 38, 157, 214, 447, 647, 651, 669

DERECHO PROCESAL
Concepto base 9

DERECHO PROCESAL CIVIL 14

DERECHO PROCESAL PENAL 14
Concepto base 9
De la organización judicial 481
Privatización del 156
Propiamente dicho 481
Separación del derecho penal 73; 6161
Su relación con los derechos humanos 422

DERECHO REPARATORIO
Estatalización o publicización del 592, 600

DERECHO ROMANO 16, 54

DERECHO VIGENTE 7

DESAFUERO 98, 113, 201

DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS 770

DESESTIMIENTO TÁCITO O PRESUNTO DE LA QUERELLA 88, 106, 175, 660, 670, 689, 692, 697, 709

DESPENALIZACIÓN 585, 591

DESTITUCIÓN 224, 227

DISCULPA 613, 620

DOBLE CONFORMIDAD JUDICIAL O DOBLE INSTANCIA 254
Colisión con la garantía del juicio público 504

DOGMÁTICA PROCESAL PENAL 19

DOUBLE JEOPARDY O SEGUNDO RIESGO DE CONDENA 124

E

EFECTOS DEL DELITO 458

EJECUCIÓN PENAL 46, 157, 378

EQUILIBRIO PROCESAL 57, 122, 244, 248, 265, 361, 608, 613, 626, 663

EQUIPARACIÓN DE ARMAS 244

ESTABLECIMIENTOS DE UTILIDAD NACIONAL 525

ESTADO DE DERECHO 10, 16, 60, 62, 89, 122, 136, 282, 331, 423, 427

ESTADO-NACIÓN 10, 15, 35, 53, 291, 293, 441, 634

ESTATALIZACIÓN O PUBLICIZACIÓN DEL DERECHO REPARATORIO 592, 600

ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL 471, 533

ETIQUETAMIENTO 596

EXAMEN DE OFICIO 89

EXCEPCIONES 193, 195, 254, 513

EXCLUSIÓN
Del defensor 281
Abandono de la defensa técnica 264, 279
Abuso de sus facultades 285
Cuestiones procesales 286
Defensor común 278
Encubrimiento 284
Imposibilidad de que quien haya participado del hecho punible ejerza la defensa técnica de un posible coimputado 284
Imposibilidad de que un testigo ejerza la defensa técnica en el mismo procedimiento 282
Del juez 121, 481, 483, 487, 502, 554
Causales de exclusión no escritas 560
Clasificación de los motivos de exclusión 562, 566
Procedimiento 572
Temor de parcialidad como motivo genérico de exclusión 559

EXCUSACIÓN 558, 558, 562, 572

EXCUSAS ABSOLUTORIAS 68, 74
Sobrevinientes o *ex post facto* 92, 645

EXTRADICIÓN 454, 461, 532

EXTRATERRITORIALIDAD 114

F

FAIR PLAY 319, 349

FAIR TRIAL 101, 444

FALLOS PLENARIOS 346

FALTAS
Procedimiento 171

FEDERALISMO 75, 117

205

FISCAL
Independencia interna 325
Legitimación procesal 648
Motivos de apartamiento 326
Sustitución del agente fiscal 326

FISCALÍA 44, 59, 71
Derecho a recurrir la sentencia 124, 377
Nombramiento y remoción de sus funcionarios 354
Relación entre la fiscalía y el ofendido 627
Relación entre la fiscalía y la policía 382, 432
Separación de funciones entre la fiscalía y los jueces 58, 62, 322, 362, 430, 444, 446

FORMAS BÁSICAS DEL PROCEDIMIENTO 99, 151

FORMAS ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO 129

FORUM DELICTI COMISSI 528, 535, 536, 538

FUERZA PÚBLICA 46, 53

FUEROS PERSONALES 220

FUNCIÓN JUDICIAL
Características 450
Desdoblamiento 444

FUNCIÓN LEGISLATIVA
Características 451

G

GARANTÍAS 28
Procesales penales 35, 56, 100, 103, 117, 128, 141, 152, 190, 216, 252, 422, 427, 539, 556

GUARDADOR 695

H

HECHO 24, 27

I

IGUALDAD PROCESAL 57, 244, 248, 265, 361, 608, 613, 626, 663

IMPARCIALIDAD
Del tribunal 57, 121, 122, 163, 308, 318, 344, 345, 368, 444, 483, 544, 554
Institucional 554
Universal 556, 560

IMPEDIMENTOS U OBSTÁCULOS PROCESALES 74
En razón de la representación o función que cumple una persona 237, 466
En relación con las prohibiciones probatorias 424
Objetivos a la persecución penal 237

IMPERATIVOS
Teoría de los 13

IMPERIUM 11

IMPERSEGUIBILIDAD DE CIERTAS PERSONAS 112, 223

IMPUTADO 14, 47, 70, 72
Asistencia 127
Atribución objetiva de un suceso 33
Atribución subjetiva de un suceso 33
Capacidad mental 213
Capacidad para estar en juicio 202
Como demandado civil 757
Como incapaz relativo 265
Como objeto de la coerción penal 244
Como órgano de prueba 154, 241
Concepto 188
Cuando se adquiere la calidad de 190
Cuando se pierde la calidad de 197
Deberes u obligaciones
De comparecencia a los actos del proceso 218
Derechos o facultades 196, 197, 240
A la información 255
A indicar defensor 261
A interrogar órganos de prueba o coimputados 256
Al silencio 255
De asistencia o de presenciar actos 245
De comunicarse con su defensor 269
De controlar la prueba de los adversarios 251
De interponer excepciones de especial y previo pronunciamiento 254
De interponer recursos contra las decisiones desfavorables 252
De lograr un sobreseimiento material 255
De presentarse espontáneamente 247
De probar aquello que afirma 249, 250
De ser oído o de hacerse escuchar 217, 247
Durante el juicio 375
Lectura de actas 246
Participación 126, 216
Poder para inhibir la persecución penal 67
Representación 128

INCAPACIDAD DEL IMPUTADO
Específica 219
General 219

Irremediable y permanente 219
Sobreviniente o de persecución penal 215

INCOMPETENCIA
Declaración de oficio 552
Declinatoria 553
Inhibitoria 553

INCOMUNICACIÓN 269

IN DELICTIS ATROCISSIMIS IURA TRANSGREDI LICET 424

INDEMNIDAD 112, 220

INDEPENDENCIA DEL TRIBUNAL 242, 331, 448, 492, 513
Nombramiento de jueces 494, 496
Prensa y administración de justicia penal 499
Remoción de jueces 493

IN DUBIO PRO REO 57, 150, 423, 447, 594, 663

INHIBICIÓN O INHIBITORIA 553, 555, 562, 572

INIMPUTABLE 246

INMEDIACIÓN 128, 133, 217, 339, 505

INMUNIDAD PARLAMENTARIA 112, 466
Antecedentes legislativos 225
Como excusa absolutoria 220
Excepciones 222
Extensión a los funcionarios del Poder Ejecutivo interpelados por el Congreso 221
Punibilidad de la participación culpable 220
Vigencia de las inmunidades dispuestas por las constituciones locales 221

INQUISICIÓN 16, 54, 55, 59, 293, 582

INSTANCIA PRIVADA 67, 97, 109, 201, 237, 416, 616, 618, 635, 640, 649, 674
Conflictos entre varios autorizados a instar 110
Retractación o revocación de la 618, 635

INSTRUCCIÓN PREPARATORIA 35, 44, 159, 540
Como presupuesto procesal 52

INSTRUCCIÓN SUMARIA 45, 169, 363, 366, 381

INTÉRPRETE 48, 127

INVESTIGACIÓN PREPARATORIA 35, 44, 159, 540
Como presupuesto procesal 52

IRRETROACTIVIDAD
Con relación a las medidas de coerción procesales 83
Con relación a los presupuestos procesales 92
Excepción a la regla de la 79, 80
Regla de la 79

IUDICIUM PRIVATUM 16

IUDICIUM PUBLICUM 16

IURA NOVIT CURIA 28, 132

J

JUEZ
Accidental 576
Actuación durante el juicio 373
Correccional 486, 511, 512
De garantías 511
De instrucción 35, 43, 45, 54, 159, 303, 305, 348, 363, 487, 511, 663
Diferenciación entre juez instructor y sentenciante 485, 487, 544, 571
Exclusión o apartamiento de los jueces 121, 481, 483, 487, 502, 554
Identidad personal entre quien juzga y quien presencia el debate 120, 134, 165
Idoneidad 494
Natural o legal 117, 509
Profesional o letrado 43, 478, 493
Relación con la administración 502
Relación con la legislación 503
Separación de funciones entre la fiscalía y los jueces 58, 62, 322, 362, 430

JUICIO 16
Abreviado 68, 158, 216, 256, 730
De menores o para jóvenes 170, 210, 246
Justo 9, 444, 504
Leal e imparcial 89
Oral y público 63, 126, 164, 216, 373, 541
Colisión con la garantía de la doble conformidad judicial 504
Político 493
Por jurados 176, 384
Previo 377
Rápido 89, 106, 143, 507

JURADOS 43, 120, 479, 488, 490, 498, 539, 558, 576
Escabinos 43, 120, 479, 488
Garantía de un jurado de vecindad 539
Clásico 43, 488

JURISDICCIÓN 436, 445, 450, 508
Penal 438, 508
Argentina 453
Internacional 468
Personalización de la tarea 446
Universal 473

JURISPRUDENCIA OBLIGATORIA 346

JUSTICIA DE BARRIO O VECINAL 514, 634

JUZGADO 477, 479, 511, 540

L

LEGALIDAD
Principio de 13, 55, 59, 71, 304, 321, 322, 338, 347, 353, 440, 444, 638, 675

LEGISLADOR
Actuación racional 147

LEGITIMACIÓN PROCESAL 647

LEX FORI 463

LEY
Contradicción con la decisión judicial 449
Interpretación de la 449
Natural 80
Penal
Aplicación o ámbito de validez 453
De emergencia 428
Material o sustantiva 10
Más benigna 80
Procesal penal 10

LIMITACIONES PROBATORIAS 134, 270, 278, 420, 421, 424, 427

LITIS PENDENTIA 26
Como obstáculo procesal 111

M

MECANISMOS DE SUSTITUCIÓN DEL SISTEMA PENAL 514, 622

MEDIDAS DE SEGURIDAD Y CORRECCIÓN 171, 203
Aplicación sin juicio previo 216

MEDIOS DE AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD PROHIBIDOS 35

MENORES 170, 210, 246

MINISTERIO PÚBLICO 311, 328
De la defensa 350, 351
Fiscal o penal
Control judicial de los requerimientos fiscales 342, 625
Requerimiento de instrucción 343
Requerimiento de juicio público 343, 352, 369, 372, 653
Deber de objetividad 44, 378
Deber de lealtad 44
Delegación de la instrucción 45
Derecho a recurrir la sentencia 124, 377, 431
Desestimiento o alegato absolutorio 304
Ejercicio de la acción civil 379
Facultades
De dar instrucciones generales o particulares 328, 338
De devolución 329, 340, 341
De sustitución 329, 341
Durante el juicio 375
Funciones y tareas 44, 71, 361, 432
Durante la discusión final 376
Durante la ejecución penal 378, 384
Durante la etapa recursiva 376, 384, 386
Durante la investigación preliminar 363, 381
Durante el juicio 373, 383
Durante el procedimiento intermedio 368
Historia de su génesis 294
Advocatus fisci 296, 300
Como hijo de la Revolución Francesa 300
Derecho franco 296
Fiscal del *Land* de Hessen 299
Fiscal prusiano 298
Nuevo ministerio público 351, 385
Ministerio público fiscal moderno 300, 302
Procurator caesaris 296
Procurator fisci 300
Legitimación procesal 648
Nombramiento y remoción de sus funcionarios 354
Organización interna 312, 359
Horizontal 329, 330, 334
Monocrática y jerárquica 328, 330, 332
Principio de unidad e indivisibilidad 328, 331, 432
Posición institucional 312, 331, 336, 357, 546
Como órgano extrapoder 45, 315, 335, 349, 358
Como dependiente del Poder Legislativo 334, 357, 358
Equiparación con la actividad de los jueces o tesis judicialista extrema 319, 322, 325, 328, 334, 356
Pertenencia institucional a la administración 308, 314
Reglas que lo gobiernan 19

Relación entre la fiscalía y el ofendido 627
Relación entre la fiscalía y la policía 382, 432
Separación de funciones entre la fiscalía y los jueces 58, 62, 322, 362, 430, 444, 446
Temor o sospecha de parcialidad 44, 577
Ley orgánica del 326, 328, 350, 358, 359

MONOPOLIO DE LA FUERZA PÚBLICA 440

MOTIVOS DE IMPUNIDAD 84

MOTIVOS ABSOLUTOS DE CASACIÓN 100, 131, 562, 575

N

NE BIS IN IDEM 25, 26, 43, 155, 255, 384, 431, 594, 670, 697
Competencia penal concurrente entre dos o más Estados 465
Con relación a la renuncia o abandono de la querella en los delitos perseguibles por acción privada 712
Con relación a los presupuestos procesales 84, 86, 124

NEMO IUDEX SINE ACTORE 54, 63, 121, 303, 309, 343, 347

NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE 135, 154, 242

NE PROCEDAT IUDEX EX OFFICIO 54, 63, 121, 309, 343, 347, 371

NORMA
De deber 18
Potestativas o facultativas 18

NOTITIA CRIMINIS 13, 159, 617, 638

NULIDADES 125

NULLA POENA SINE LEGE PRÆVIA 594

O

OBJETIVIDAD
Principio de 323, 347, 348

OBJETO DEL DEBATE 132

OBJETO DEL PROCEDIMIENTO 32

OBJETO PROCESAL PENAL 25, 26, 70
Accesorio 38
Ampliación 28, 37, 40
Como criterio para fijar la competencia 31
Como criterio para medir la pena 33
Como criterio sobre la admisibilidad de la prueba 30
Construcción 36
Identidad 23, 29
Personal 23
Fáctica u objetiva 23
Indivisibilidad 23, 29
Modificación 36, 37, 40
Múltiple 22, 34
Conexión objetiva 34
Conexión subjetiva 34
Presupuestos procesales relativos al 103
Principal 38, 39

OBSTÁCULOS O IMPEDIMENTOS PROCESALES 74
En razón de la representación o función que cumple una persona 237, 466
En relación con las prohibiciones probatorias 424
Objetivos a la persecución penal 237

OFENDIDO 49, 104, 440, 534, 582
Como contrapeso y control externo de la fiscalía y de la policía 612
Como titular de la acción civil 739
Concepto 665, 681
Consentimiento 642, 672
Delegación de la acción civil 632
Derechos y facultades 630, 637, 660
En el CPP Nación 644
En el nuevo CPP Córdoba 645
Expropiación de sus derechos 583
Obligación de comparecer en el proceso como testigo 631
Participación en el procedimiento penal 587, 657
En las acciones dependientes de instancia privada 674
En los delitos de acción privada 669
En los delitos de persecución oficial 624, 646
Como querellante adhesivo o coadyuvante 624, 626, 654, 655, 664
Como querellante conjunto 624, 654, 664
Relación con el Ministerio Público fiscal o fiscalía 627
Roles a desempeñar en el proceso penal 636

OFICIALIDAD 110, 617, 676

OMISIÓN 18

ONUS PROBANDI 14

OPORTUNIDAD
Principio de 55, 88, 327, 330, 340, 347, 382, 619, 636, 653, 675

ORGANIZACIÓN JUDICIAL
Con relación a la Ciudad de Buenos Aires 546
Federal argentina 516, 537, 545
Rígida o feudal 479, 480

ORGANIZACIÓN NO GUBERNAMENTAL 684

P

PARTES 15, 19, 54, 59, 65

PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LOS ÓRGANOS DE DECISIÓN JUDICIALES 478, 490, 491, 497, 628

PARTÍCIPES O PARTICIPANTES EN EL PROCEDIMIENTO PENAL 183

PENA
De proceso 143
Determinación de la 584, 635
Estatal 53, 59, 290, 439, 441, 492, 583, 595, 634
Medición 33
Perdón de la 652, 671, 707

PERITO 40, 283

PERSECUCIÓN PENAL
Internacional 469
Privada 54, 609, 616, 617, 635, 640, 669, 693
Acusador 673
Audiencia de conciliación 706
Como presupuesto procesal 103, 123
Como realidad contingente 290
Concurrencia de legitimados 105
Procedimiento 705
Renuncia 105 /652, 670, 692, 696, 709
Pública o estatal 35, 53, 103, 123, 331, 440, 510, 609, 638
Autolimitaciones 426
Como pilar del derecho penal autoritario 54
Como rasgo histórico del proceso penal actual 60
Evolución y consolidación 441
Irretractabilidad 321, 322, 638
Su relación con los derechos humanos 422

PERSONAS JURÍDICAS 206

PIRATERÍA 464

PLAZO RAZONABLE
Para perseguir penalmente a una persona 89, 106, 142, 239, 507

PODER DE POLICÍA 389

POLICÍA 45, 191
Concepto material y concepto formal 389
Evolución y bases materiales
Bien común o buen orden social 387
Defensa contra los peligros 388
Institucional
Concepto 392, 406
Deberes 421
Facultades 417
Funciones 392, 407
De investigar o policía represiva, de investigación o judicial 408
De prevenir o policía de protección 408
Historia institucional de la policía argentina 395
Antecedentes 397
Conversión de la policía de la Capital en la policía federal 403
Creación de la policía del Estado o institucional 401
Nacimiento de la policía de la Capital y de la policía de la provincia de Buenos Aires 402
Limitaciones a la actividad policial 421
Nacimiento de la policía institucional moderna 391
Modelo francés 393
Modelo inglés 393
Organización personal de la policía institucional argentina 405
Posición institucional 410
Provincia de Córdoba (RA) 412
República de Costa Rica 413
Internacionalización de la institución policial 407
Relación entre la fiscalía y la policía 382, 432
Su relación con los derechos humanos 423

POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO 584, 593, 721

PREJUDICIALIDAD 114, 201, 238, 640

PRENSA Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL 499

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL 84, 93

PRESENTACIÓN ESPONTÁNEA 196

PRESUPUESTOS DE LA SENTENCIA DE CONDENA 75, 96, 99

PRESUPUESTOS PROCESALES 12, 74
Concepto 95, 101, 142

Distinción con las condiciones objetivas de punibilidad 74
En particular 102
Con relación a la capacidad del tribunal 117
Con relación a la participación del acusador 121
Con relación a la participación y asistencia del imputado 126
Con relación al objeto del procedimiento 103
Formas esenciales del procedimiento 129
Observancia de los derechos humanos 134
Fracaso de la teoría 99
Propios o en sentido estricto 96
Oportunidad para su examen de oficio 90

PRESUPUESTOS SENTENCIALES 78

PRETENSIÓN
Punitiva 23, 659
Reparatoria 659, 733

PREVENCIÓN INTEGRAL 596

PREVENCIÓN POLICIAL 303

PRINCIPIO
Acusatorio 29, 54, 55, 63, 162, 364, 510
Fines 122
De defensa 25, 26, 29, 217, 529
De la autonomía de la voluntad o dispositivo 13, 73, 146, 610, 620, 635, 669
De legalidad 13, 55, 59, 71, 304, 321, 322, 327, 330, 338, 340, 347, 353, 440, 444, 638, 675
De objetividad 322
De oficialidad 110, 157, 676
De oportunidad 55, 88, 327, 330, 340, 347, 382, 619, 636, 653, 675
Dispositivo 376

PRIVATIZACIÓN DEL DERECHO PENAL 156, 590, 614, 617, 619

PRIVILEGIO DE NO SER PERSEGUIDO PENALMENTE 223
Antecedentes legislativos 225
Carácter funcional 224, 225
Carácter personal 234
Distintos supuestos 224
Funcionarios de organismos internacionales 236
Jefe de Gabinete de Ministros 227
Jueces de los tribunales inferiores de la Nación 229
Legisladores nacionales 230
Miembros de la CSJN 227
Miembros del ministerio público 232, 349
Ministros 227
Presidente de la Nación 227
Representantes diplomáticos de los países extranjeros 234, 466
Vicepresidente de la Nación 227
Vigencia de los privilegios dispuestos por las constituciones locales 232

PROCEDIMIENTO 11, 15
Civil 36
De ejecución penal 157, 166
Intermedio 161, 372, 541
Penal común u oficial 157
Penales especiales 169
Abreviado 172
Correccional 169
De faltas o contravencional 171
De menores o para jóvenes 170, 210, 651
Juicio por jurados 176
Por delitos de acción privada 174
Presencia del imputado 216, 217
Preliminar 35, 44, 159
Como presupuesto procesal 52
Principal o juicio público 164
Semiacusatorio 67

PROCESADO 187, 196

PROCESO 9, 13, 17, 22, 146
Acusatorio 15, 308, 321
De conocimiento 157
De partes 20, 54, 55, 56, 62, 65, 322, 373, 377, 535, 590
Inquisitivo 16, 321
Judicial 22
Mixto o inquisitivo reformado 16, 62, 374
Naturaleza o teorías acerca del 11
Como contrato judicial o cuasi-contrato 11
Como empresa 14
Como institución 14
Como relación jurídica 12
Como situación jurídica 13
Penal
Definición 21
Idea básica o rectora 52, 53
Metas o fines 21, 146, 151
Misión 23
Su relación con los derechos humanos 422
Tensión 153
Utilidad del concepto 10
Sin partes 54

PROHIBICIÓN DEL MÚLTIPLE JUZGAMIENTO 25, 26

PROHIBICIONES PROBATORIAS 134, 270, 278, 420, 421, 424, 427

PROTAGONISTAS DEL PROCESO PENAL
Privados 47
Públicos 43
División de tareas tribunal y fiscalía 58, 62, 322, 362, 430
División de tareas fiscalía y policía 71

PROTECCIÓN A LA VÍCTIMA-TESTIGO 631, 637

PROYECTO DE LEY ORGÁNICA PARA LA JUSTICIA PENAL Y EL MINISTERIO PÚBLICO DEL AÑO 1988 333

PRUEBA
Admisibilidad 26, 30
Efecto extensivo o doctrina del *fruto venenoso* 140
Imputado como objeto de 241
Limitaciones y prohibiciones 134, 270, 278, 420, 421, 424, 427
Manifiestamente impertinente o superabundante 250
Objeto del medio de 30
Regla de la exclusión 137

PUBLICIDAD 133, 272

PUBLICIZACIÓN O ESTATALIZACIÓN DEL DERECHO REPARATORIO 592, 680

Q

QUERELLA
Contenido del escrito de 691
Desestimiento tácito o presunto o abandono de la 88, 106, 175, 660, 670, 689, 692, 697, 702
Respecto de un partícipe del hecho punible 715
Respecto de uno de los querellantes 717
Renuncia o desestimiento expreso 105, 652, 670, 692, 696, 709
Respecto de un partícipe del hecho punible 715
Respecto de uno de los querellantes 717

QUERELLANTE
Ampliación de la facultad de querellar 683, 695
Citado como testigo 718
Concepto 680
Exclusivo 46, 49, 123, 694
Costas como responsabilidad penal básica 692, 719
En los delitos de acción privada 695
Derechos y facultades durante el proceso de conocimiento 705, 708
Prohibición de abandono de la querella 718
Legitimación de las personas jurídicas para intervenir como 697
Organismos estatales facultados para intervenir como 685
Particular, adhesivo o conjunto 46, 49, 123
En los delitos de acción pública 681, 686
Derechos y facultades durante el proceso de conocimiento 686

R

REBELDÍA 98, 126, 217

REBUS SIC STANTIBUS 86

RECURSO 18, 68, 101, 165, 249, 303, 541
De casación 215, 377, 625
De inaplicabilidad de la ley 347
De reposición 250, 375
De revisión
Como regla de garantía 155, 165, 377, 505
Del condenado contra la sentencia condenatoria 122, 506
Derecho al 165, 252, 254, 384
Fundamentos 506
Garantía de la doble conformidad judicial 254, 431, 504
In forma pauperis 274, 275
Prohibición de la *reformatio in peius* 145, 332, 384, 431

RECUSACIÓN 556, 557, 558, 572

REFORMATIO IN PEIUS 145, 332, 384, 431

REGLAS DE TURNO 480, 511, 551

REHABILITACIÓN 584

REMOCIÓN 224

REPARACIÓN INTEGRAL 583, 585, 587, 590, 597, 620, 635, 644, 658, 660
Civil 659
Como parte integrante de la sanción punitoria o naturaleza pública 721
Como uno de los fines de la pena 661
Concepto 604
Con relación a las funciones del derecho penal 595
Contenido de la pretensión reparatoria 735
Ingreso al sistema penal 602, 703

Naturaleza privada 725
Objetivos 601

REPRESENTANTES DIPLOMÁTICOS DE LOS PAÍSES EXTRANJEROS
Competencia penal argentina 534
Privilegio de no ser perseguido penalmente 234, 466

REQUERIMIENTO DE APERTURA DEL JUICIO 36, 44

RESERVA DE LAS ACTUACIONES O SECRETO 273

REVISIÓN 18, 165
Como regla de garantía 155, 165, 377, 505
Juicio de revisión 190

S

SECRETO O RESERVA DE LAS ACTUACIONES 273

SENTENCIA 83
Base 133
Concepto 148
Condenatoria 38
Correlación con la acusación 28, 37
De absolución 38
De absolución anticipada o sobreseimiento 38, 85, 86
Final o definitiva 449, 504
Firme 198, 199
Objeción de la 164

SEPARACIÓN DERECHO PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL 73, 616
Consecuencias de la distinción 79
Decisión conclusiva 83
Examen de oficio 89
Prohibición de la aplicación retroactiva 79
Valor de la decisión 86
Diversas teorías 76

SEPARACIÓN DERECHO PRIVADO Y DERECHO PENAL 586, 598, 606

SERVICIO PÚBLICO DE LA DEFENSA 48

SISTEMA PENAL
Actual 53
Universal 475, 476

SOBRESEIMIENTO O CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL PROCEDIMIENTO 83, 101, 200, 219, 255, 652
A causa de la renuncia o del abandono de la querella en los delitos perseguibles por acción privada 710

Competencia legislativa federal y local 710
Discrepancia entre el ministerio público fiscal y el acusador particular 653
Funciones 38
Material 160
Motivos 86
Oportunidad 85
Por acuerdo de fiscales 327
Provisional 160

SUJETOS PROCESALES PENALES 19, 40, 183
Accesorios, eventuales o secundarios 52
Básicos 66
Esenciales o principales 51
Privados 47
Públicos 43

SUSPENSIÓN 224, 230

SUSPENSIÓN DEL JUICIO O DEL PROCEDIMIENTO A PRUEBA 68, 89, 156, 158, 173, 202, 383, 621/623, 633, 635, 652

SUSTITUCIÓN DEL DEFENSOR 264

T

TEMA
De la prueba 30
Del proceso 30

TEMOR O SOSPECHA DE PARCIALIDAD 559
En el caso del ministerio público fiscal o fiscalía 44, 577
En el caso de los jueces accidentales 576
En el caso de los jueces profesionales o letrados 57, 121, 345, 483, 554
En el caso de los jurados 576

TERCERA VÍA DEL DERECHO PENAL 383, 737

TERCERO CIVILMENTE DEMANDADO 50, 629, 659, 679, 759

TERRITORIO 456

TERRITORIOS NACIONALES 526

TESTIGO 40, 151, 283, 616
Protección a la víctima-testigo 631, 637

TIEMPO DE DURACIÓN DEL PROCEDIMIENTO PENAL 142

TRIBUNAL 43, 69, 512
Actuación durante el juicio 373
Competencia 117
Concepto 477, 479, 540

Constitucional o cuasijurisdiccional 437
De tipificación 512
De casación 431
De juicio 489, 512
Función 444, 445
Idoneidad 494
Imparcialidad 57, 121, 122, 163, 308, 318, 331, 344, 368, 444, 483, 544, 554
Independencia 242, 331, 448, 492, 513
Integración o constitución 117, 134, 481, 504, 505, 513, 540, 566
Exclusión o apartamiento de jueces 121, 481, 483, 487, 502, 554
Penal internacional *ad hoc* 471
Relación con la administración 502
Relación con la legislación 503
Separación de funciones entre la fiscalía y los jueces 58, 62, 322, 362, 430, 444, 446
Sujeción a la ley 451
Superiores o Cortes Supremas 512

TURNO
Reglas de 480, 511, 551

U

UBICUIDAD
Regla de la 460, 529, 538

ÚNICA INSTANCIA 504

V

VALIDEZ DE LA LEY PENAL 453
Extraterritorialidad 455, 466
Principio de impenetrabilidad 455
Principio de personalidad o nacionalidad activa 460
Principio de personalidad o nacionalidad pasiva 460, 462
Principio real o de defensa 457, 462
Principio territorial 455
Principio universal 462
Regla de la ubicuidad 466

VENGANZA PRIVADA 606, 612, 643, 657

VERDAD
Averiguación de la 139, 150, 293, 426, 443, 446, 530
Derecho a la 770

VERITAS NON AUCTORITAS FACIT IUDICIUM 446

VÍCTIMA 15, 49, 72, 104, 156, 440, 534, 582, 590, 605, 611, 630, 636, 681
Como mayor colaborador del acusador público y de la policía 661
Como problema político-criminal 586
Con relación a la organización judicial 632
Consentimiento de la 642
Derechos de la 615, 768
A la verdad 770
Al duelo 771
A participar en el procedimiento 123
De intervención 769
De protección 769
Relativos a la información 769
Discusión en el derecho penal material 590
Problema en el derecho procesal penal 605
Protección a la víctima-testigo 631, 637

VICTIMOLOGÍA 585

