

Julio Maier

**“El Derecho procesal penal y su inserción en la
historia política”.**

En “Derecho Procesal Penal. Fundamentos”. Editores del Puerto, Buenos Aires,
2002, 2ª. ed. t.1., pp. 442-468.

H. RESUMEN

Un estudio adecuado del Derecho procesal penal debe comenzar por la comprensión del problema cultural y político que tras él reside. Él, quizá más que ninguna otra rama del Derecho, toca de cerca al ser humano y sus principales atributos jurídicos, que le permiten desarrollar su vida social. De allí que los sistemas de enjuiciamiento penal han ido a la par de la historia política y guardan perfecta correspondencia con ella. Si la expresión más vigorosa del poder del Estado es, precisamente, su poder penal, la afirmación de Ernst BELING de que el Derecho penal (material) no le toca al delincuente un solo pelo, sino que es el Derecho procesal penal el que se entiende de cerca con el hombre de carne y hueso —que muchas veces no es un delincuente—, aun factible de demostrar como exagerada, explica por sí sola el fenómeno indicado, el cual, reducido a su exacta dimensión, se debe limitar a afirmar que, a pesar de que todo el Derecho es hijo

de la cultura humana y de las ideas políticas que ella acuña, los cambios de orientación política aparecen más “a flor de piel” en el Derecho procesal penal.

No existe otra manera de apreciar este fenómeno que con el estudio de la historia del Derecho procesal penal, sus instituciones y los principios que lo gobernaron en cada época, y, en especial, los sistemas de enjuiciamiento penal que se sucedieron a través de la historia. Si esta recomendación tiene vigencia universal, cuánto más vigor alcanzará en el Derecho argentino —también en el hispanoamericano—, que conserva en su seno instituciones procesales penales que, en ocasiones, no se compadecen con el sistema republicano de gobierno que establece su ley fundamental, la Constitución política, ni con el mismo nombre de República que, orgullosamente, se eligió para el país. De allí que el problema que presenta el Derecho procesal penal de nuestro país —y el de Hispanoamérica en general— no es técnico, como muchas veces se pretende, sino, muy por el contrario, cultural y político: se trata de un problema de adaptación cultural o, si se quiere, de definición y determinación del sistema político bajo el cual queremos —o podemos— vivir.

No se me ha ocurrido mejor síntesis de este párrafo que presentar los diversos tipos de enjuiciamiento penal que existieron y existen, sin analizar ninguno vigente en determinado tiempo y lugar como Derecho positivo, sino agrupando principios y características comunes para recrear sistemas genéricos, por otra parte ordinarios en los estudios sobre la materia²⁶¹, aunque no siempre bien entendidos. Se debe aclarar, sin embargo, que los diferentes derechos positivos casi nunca operaron con la pureza de principios y características con los que aquí pretendemos explicar cada uno de los tipos²⁶².

1. Sistemas de enjuiciamiento penal

a) Acusatorio

En general, se puede decir que esta forma de llevar a cabo el enjuiciamiento penal dominó todo el mundo antiguo. No bien la reacción

²⁶¹ Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, 1ª parte, cap. 1, 2, ps. 19 y ss., CLARÍA OLMEDO, *Tratado*, t. I, n.º 115, ps. 160 y siguientes.

²⁶² Inglaterra, por ejemplo, conserva aún hoy los rasgos de un sistema acusatorio; sin embargo, admite y organiza, cada vez más, la persecución penal pública (Cf. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 75, A, ps. 476 y ss.). España, aun cuando sigue la tendencia general de Europa continental, por reforma del sistema inquisitivo que la regía hasta 1882, conserva rastros del procedimiento de oficio (*per inquisitionem*) y admite el acusador popular y el privado, a un mismo tiempo.

frente a la ofensa grave del orden jurídico dejó de ser un mero ejercicio del poder autoritario del príncipe (*cognitio* durante la monarquía romana, por ejemplo) o de la venganza física del ofendido o su tribu, en las sociedades primitivas que no poseían todavía ni un atisbo de poder político central (según sucedía en el primitivo Derecho germano), la reacción, privada o popular, se canalizó por la vía de lo que hoy llamaríamos una "acción procesal" (jurídica u objeto de regulación normativa): allí nació el "juicio" con intervención del ofensor y frente a un árbitro, el tribunal, el cual, de alguna manera, decidiría la cuestión.

La característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la división de los poderes ejercidos en el proceso, por un lado, el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro, el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defenderse, y, finalmente, el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir. Todos estos poderes se vinculan y condicionan unos a otros: su principio fundamental, que le da nombre al sistema, se afirma en la exigencia de que la actuación de un tribunal para decidir el pleito y los límites de su decisión están condicionados al reclamo (acción) de un acusador y al contenido de ese reclamo (*nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*) y, por otra parte, a la posibilidad de resistencia del imputado frente a la imputación que se le atribuye. El paralelo y correspondencia que se puede establecer fácilmente con el sistema republicano de ejercicio del poder político resulta evidente; de allí que no sea casualidad la aplicación de este sistema en épocas de apogeo de las repúblicas, tanto las antiguas (Grecia, Roma) como las modernas (Francia y el movimiento de reforma operado a fines del siglo XVIII y en los primeros años del siglo XIX).

Son notas comunes al sistema acusatorio de enjuiciamiento penal, las siguientes:

I. La *jurisdicción penal* reside en tribunales populares, en ocasiones verdaderas asambleas del pueblo o colegios judiciales constituidos por gran número de ciudadanos (Grecia y los comicios romanos), en otras, tribunales constituidos por jurados (los *iudicis iurati*, avanzada la República y al comienzo del Imperio en Roma, el típico jurado anglo-sajón y los que emergieron en Europa continental a partir de la República francesa).

Internamente, en el procedimiento, el tribunal aparece como un árbitro entre dos partes, acusador y acusado, que se enfrentan en pos

del triunfo de su interés; incluso el enjuiciamiento de la antigüedad consistía en un combate entre dos adversarios y frente a un árbitro (Derecho germano antiguo).

II. La *persecución penal* se coloca en manos de una persona de existencia visible (no de un órgano del Estado), el *acusador*; sin él y la imputación que dirige a otra persona no existe el proceso; el tribunal tendrá como límites de su decisión el caso y las circunstancias por él planteadas (*nemo iudex sine actore - ne procedat iudex ex officio*). En ocasiones, este sistema ha sido caracterizado como *privado*, porque era el ofendido quien estaba autorizado a perseguir penalmente (regla general del Derecho germano antiguo); en otras, como *popular*, porque se concedía el derecho de perseguir penalmente a cualquier ciudadano o a cualquier persona del pueblo (los sistemas acusatorios de Grecia y Roma, para los delitos públicos, cuya característica pervivió en el Derecho anglo-sajón y, parcialmente, en la Ley de enjuiciamiento criminal española).

III. El *acusado* es un sujeto de derechos colocado en una posición de igualdad con el acusador, cuya situación jurídica durante el procedimiento no varía decididamente hasta la condena; si bien se conciben medidas de coerción, su privación de la libertad, durante el enjuiciamiento, es una excepción.

IV. El *procedimiento* consiste, en lo fundamental, en un *debate* (a veces un combate) *público, oral, continuo* y *contradictorio*. Los jueces que integran el tribunal perciben los medios de prueba, los fundamentos y las pretensiones (alegatos) que ambas partes introducen y deciden según esos elementos (*secundum allegata et probata*). En la antigüedad, incluso, el juicio se llevaba a cabo al aire libre, en el foro o plaza pública; más tarde, sin renegar de la publicidad popular, fue introduciéndose lentamente en ambientes cerrados, en las casas de justicia, como hoy se practica.

V. En la *valoración de la prueba* impera el sistema de la *íntima convicción*, conforme al cual los jueces deciden votando, sin sujeción a regla alguna que establezca el valor probatorio de los medios de prueba y sin exteriorizar los fundamentos de su voto.

VI. La *sentencia* es el resultado del escrutinio de los votos de una mayoría determinada o de la unanimidad de los jueces, según hoy se practica en el jurado anglo-sajón. Como se trata de tribunales populares que, o bien detentan directamente la soberanía (asambleas del pueblo), o bien pretenden representar al pueblo soberano (jurado), la

cosa juzgada constituye su efecto normal y son de conocidos los recursos o ellos resultan, en ocasiones, concebidos a la manera de una gracia o de un perdón.

El procedimiento acusatorio rigió, prácticamente, durante toda la antigüedad (Grecia, Roma) y en la Edad Media hasta el siglo XIII (Derecho germano), momento en el cual, sobre las bases del último Derecho romano imperial, antes de la caída de Roma, fue reemplazado por la Inquisición.

Inglaterra es el país que aún hoy conserva, relativamente, un procedimiento penal que se asemeja al procedimiento de tipo acusatorio antiguo.

b) Inquisitivo

La Inquisición es el sistema de enjuiciamiento penal que responde a la concepción absoluta del poder central, a la idea extrema sobre el valor de la autoridad, a la centralización del poder de manera que todos los atributos que concede la soberanía se reúnen en una única mano. El escaso valor de la persona humana individual frente al orden social, manifestado en toda su extensión en la máxima *salus publica suprema lex est*, se tradujo al procedimiento penal y redujo al imputado a un mero objeto de investigación, con lo cual perdió su consideración como un sujeto de derechos, y, también, en la autorización de cualquier medio, por cruel que fuese, para alcanzar su fin: reprimir a quien perturbaba el orden creado (*expurgare civitatem malis hominibus*). De allí las máximas fundamentales que crea el sistema inquisitivo conforme a su fin: la *persecución penal pública* de los delitos, con la característica de la obligatoriedad (deber) de su ejercicio, para no depender de una manifestación de voluntad particular en la represión, y el procedimiento dirigido a la meta principal de *averiguar la verdad*, objetivo para cuyo cumplimiento no se reparaba en los medios de realización.

Desde el punto de vista histórico-político, la afirmación de universalidad de la Iglesia católica (Derecho canónico) y la formación de los Estados nacionales bajo el régimen de la monarquía absoluta, y sus luchas de predominio contra los "infieltes", por una parte, y contra el poder feudal, por la otra, condujeron necesariamente a este tipo de procedimiento. La fuente jurídica de inspiración fue el Derecho romano imperial de la última época (*cognitio extra ordinem*), con su tenue introducción de los rasgos principales de la Inquisición, conservado por la Iglesia y perfeccionado por el Derecho canónico, el cual, a su vez, constituyó la fuente donde abrevó la Inquisición laica, de paso triunfante por toda Europa continental a partir del siglo XIII.

La característica fundamental del enjuiciamiento inquisitivo reside en la concentración del poder procesal en una única mano, la del inquisidor, a semejanza de la reunión de los poderes de la soberanía (administrar, legislar y juzgar) en una única persona, según el régimen político del absolutismo. Perseguir y decidir no sólo eran labores concentradas en el inquisidor, sino que representaban una única y misma tarea; la de defenderse no era una facultad que se le reconociera al perseguido, por aquello de que, si era culpable no lo merecía, mientras que, si era inocente, el investigador probó lo descubriría; claro está, en el mejor de los casos y después de un martirio, que pesaba como carga sobre quien integraba el cuerpo social, en homenaje a la misma sociedad. La fuerza de la dialéctica y de la crítica no pertenecen a esta idea de vida, que desconfía de ellas, y, por tanto, desaparece la contradicción del procedimiento. La extrema oposición con el sistema acusatorio es evidente y se va a traducir en las características totalmente diferentes del procedimiento.

Las notas comunes del sistema inquisitivo son:

I. El monarca o el príncipe es el depositario de toda la *jurisdicción penal*. En él reside todo el poder de decisión (juzgar) y, como el número de casos no le permite ejercerlo directa y personalmente en todos ellos, delega ese poder en sus funcionarios y lo reasume cuando es necesario. La administración de justicia se organiza, así, jerárquicamente, por delegación de la atribución de juzgar en consejos o funcionarios de mayor y menor jerarquía, y a la inversa, regresa (devolución) hacia el príncipe de la misma manera, cuando se torna necesario revisar los fallos de los funcionarios inferiores.

II. El poder de *perseguir penalmente* se confunde, según hemos visto, con el de juzgar y, por ello, está colocado en las manos de la misma persona, el inquisidor.

En ocasiones se conoció también un delegado del rey para denunciar y perseguir a los infractores, sobre todo en Francia (*procureur du roi*), pero ello no redujo un ápice los poderes del juez inquisidor, quien siguió facultado a iniciar el procedimiento y perseguir de oficio (*per inquisitionem*).

III. El *acusado* representa ahora un objeto de persecución, en lugar de un sujeto de derechos con la posibilidad de defenderse de la imputación deducida en su contra; de allí que era obligado a incriminarse él mismo, mediante métodos crueles para quebrar su voluntad y obtener su confesión, cuyo logro constituye el centro de gravedad del procedimiento.

IV. El *procedimiento* consiste en una investigación *secreta* (encuesta), cuyos resultados constan por *escrito*, en actas que, a la postre, constituirán el material sobre la base del cual se dicta el fallo (*quod non est in acta non est in mundo*). El secreto responde a las necesidades de una investigación sin debate y la protocolización escrita de los resultados a la conservación del secreto y a la necesidad, impuesta por el mismo régimen, de que otro, que delegaba por escalones el poder de juzgar, pudiera revisar la decisión, reasumiendo el poder de juzgar. Como toda investigación, ella se llevaba a cabo *discontinua-mente*, a medida que los rastros aparecían y eran fijados en las actas. Investigación, secreto, escritura, discontinuidad, falta de debate y delegación son, en realidad, caras diferentes de un mismo método para alcanzar fines políticos claramente definidos, y por ello resultan características interdependientes del procedimiento²⁶⁵.

V. El *sistema de prueba legal* domina la *valoración probatoria*: la ley estipula la serie de condiciones (positivas o negativas) para tener por acreditado un hecho; por ejemplo, se necesitan dos —o más— testigos hábiles y contestes para verificar un hecho (*testis unus, testis nullus*), los indicios deben ser varios, conducir a una misma conclusión (concordantes) y partir de hechos probados en forma directa, etc., para comprobar un hecho.

Se dice que el sistema intentaba reducir el poder del juez en la sentencia, después de habérselo otorgado en demasía durante el procedimiento, de manera tal que él *podía* acudir a cualquier medio para averiguar la verdad, pero *debía* reunir un número suficiente de elementos de prueba para condenar. La verdad es otra; el sistema no puede funcionar sin la autorización para obtener la *confesión* compulsivamente, mediante la *tortura*, centro de gravedad de toda la investigación, y la regulación probatoria sólo cumple el fin de requerir mínimos recaudos para posibilitar el tormento. De tal manera, lo importante políticamente no son tanto las condiciones de la *plena prueba*, sino las de la llamada *semiplena*, que abre paso a la tortura. La tortura es, por ello, sinónimo de Inquisición.

²⁶⁵ Es por ello que han fracasado, entre nosotros, todos los intentos dirigidos a lograr la desaparición de la delegación en auxiliares judiciales, la intermediación del tribunal y las partes con el material probatorio, la concentración y continuidad del procedimiento, cuando se insistió con el proceso escrito; por definición, ello es imposible, mientras no se organice un debate oral y continuo, al final del cual se dicte la sentencia. Todo lo demás son palabras vanas, y, más que ello, ficciones, que tanto daño le hacen al Derecho cuando abundan.

VI. El fallo era, casi por definición, impugnable; aparece la *apelación* y, en general, los recursos contra la sentencia, íntimamente conectados con la idea de delegación del poder jurisdiccional que gobernaba la administración de justicia. En efecto, el poder, que se delegaba en funcionarios inferiores, debía devolverse en sentido inverso a aquél de quien procedía y ello permitía el control de la utilización correcta del poder delegado. Allí nace el hoy conocido *efecto devolutivo* de los recursos, y también la propensión a la organización jerárquica de los tribunales, propia de los procedimientos escritos, efecto que, traducido a términos actuales, individualiza a aquellos recursos cuya interposición provoca el nuevo examen y la nueva decisión por un tribunal distinto al que dictó la resolución impugnada, por regla general —aunque no necesaria—, jerárquicamente superior a éste.

El procedimiento inquisitivo se extendió por toda Europa continental, triunfando sobre el Derecho germano y la organización señorial (feudal) de la administración de justicia, desde el siglo XIII hasta el siglo XVIII. De triste recuerdo, por los excesos que permitió en aras de lograr por cualquier medio sus fines, concebidos como absolutos, y las injusticias notorias que prohió (procesos contra herejes y brujas), al menos desde nuestro punto de partida cultural y nuestros conocimientos actuales, subsistió hasta la caída del régimen de organización política que lo sustentaba. El punto final, por ende, lo marcó el comienzo de la nueva república representativa, con la *Revolución Francesa*, que representa el triunfo político del *Iluminismo*, a cuyo abrigo, y por influencia de la dominación napoleónica posterior, se renueva toda la organización política de Europa continental. Nació también para el enjuiciamiento penal una nueva era, cuyo tipo de procedimiento ha sido denominado por algunos como *mixto*, aunque, en realidad, sólo se trata de la *reforma del sistema inquisitivo*. Es errónea la afirmación que indica la muerte total de la Inquisición por abrogación de todos los principios que la gobernaban.

c) *La reforma del sistema inquisitivo o el nacimiento del sistema mixto*

De la Inquisición perduran hasta nuestros días sus dos máximas fundamentales: la *persecución penal pública* de los delitos, por lo menos como regla, considerados los máximos exponentes del comportamiento desviado en el seno social, y, por ello, intolerables para el orden y la paz social, al punto de que deben ser perseguidos por el mismo Estado y sin atención a ninguna voluntad particular; y la *ave-*

riguación de la verdad histórica, como meta directa del procedimiento penal, sobre cuya base se debe fundar la decisión final. El triunfo político del Iluminismo, a partir de la Revolución Francesa y de la independencia de los EE.UU., y, consecuentemente, la creación de un nuevo orden social y jurídico no lograron abrogar esos postulados, los cuales, considerados como un progreso, representan el legado de la Inquisición al enjuiciamiento penal actual.

A pesar de que en los comienzos de la Revolución la idea de República postuló consecuentemente el regreso al sistema acusatorio con acusación popular, creado por los griegos, perfeccionado por la República romana y conservado en Inglaterra, la solución que se impuso fue, en realidad, un compromiso: siguieron rigiendo ciertas reglas de la Inquisición, en especial, los principios mencionados, e hicieron irrupción otros, provenientes del regreso a las formas acusatorias, que condicionaron la significación de aquéllos. De allí el nombre con el que en nuestro país se conoce el nuevo sistema: *mixto*.

Si se quiere expresar en pocas palabras ese compromiso, se dirá que la persecución penal pública y la averiguación de la verdad histórica, comprendidas como metas *absolutas* en el enjuiciamiento inquisitivo, al punto de tolerar la utilización de cualquier medio para alcanzar esos fines, se transformaron en valores *relativos*, importantes en sí pero superados en rango por ciertos atributos fundamentales de la persona humana, que prevalecían sobre aquellos y condicionaban los medios por los cuales podían ser alcanzadas aquellas metas. Esos atributos se tradujeron en reglas de garantías y derechos individuales, que impusieron el tratamiento como inocente de una persona hasta que los tribunales designados según la ley no dictaran una sentencia firme de condena, para lo cual resultó absolutamente imprescindible un juicio previo, conforme a reglas que estableció la ley, en el cual se garantizara la libertad y eficacia de la defensa, prohibiéndose toda coacción utilizada contra quien lo sufría para obligarlo a revelar datos que pudieran perjudicarlo. Se entiende, así, cómo estos valores, referidos a la dignidad humana individual, fueron preferidos a la misma eficacia de la persecución penal y a la posibilidad de averiguar la verdad, y debían ser observados aun a costa de esos principios.

La colisión entre ambas ideas fue inevitable, al punto de que el enjuiciamiento penal moderno está dominado políticamente por la solución legislativa sobre el conflicto de estos intereses, y, al menos para darle solución, aunque no para evitarlo, las necesidades fueron pergeñando un nuevo método de procedimiento penal. Éste consiste

en dividir el procedimiento en dos períodos principales, enlazados por uno intermedio: el primero es una investigación, a la manera inquisitiva, aunque con ciertos límites, que reconoce la necesidad del Estado, como persecutor penal, de informarse, previo a acusar penalmente a alguien ante un tribunal judicial; el segundo paso, intermedio, busca asegurar la seriedad y pulcritud del requerimiento penal del Estado, antes de convocar al juicio público, evitando, de esta manera, juicios inútiles, y controlar las decisiones del Estado que cierran la persecución penal anticipadamente, sin juicio; el tercero, imitación formal del juicio acusatorio, consiste, principalmente, en un debate público y oral ante el tribunal de justicia, con la presencia ininterrumpida del acusador y del acusado, que culminará con la absolución o la condena, fundadas únicamente en los actos llevados a cabo durante ese debate. Las principales características del sistema son:

I. La *jurisdicción penal* es ejercida, en principio, por tribunales con fuerte participación popular (jueces accidentales), sea que se acuda, como en el siglo XIX, a tribunales de jurados o que, según ahora ocurre en varios países, colaboren en un mismo tribunal de juicio, jueces profesionales (en minoría) y jueces accidentales (mayoría), como escabinos. En algún país (España, por ejemplo) se optó, ante el fracaso de la convocación del jurado, por constituir los tribunales con jueces profesionales, según sucedió entre nosotros, casi sin excepciones.

Existe también en algunos países un juez profesional, llamado *de instrucción*, que tiene a su cargo la investigación preliminar, tarea que, propiamente, corresponde al órgano estatal que lleva a cabo la persecución penal, el ministerio público.

Las *cortes de casación* son los típicos tribunales de instancia superior, compuestas por jueces profesionales, que responden a la necesidad de tornar revisable la sentencia de los tribunales de juicio, desde el punto de vista del derecho aplicable, pues, en cuanto a los hechos, estos últimos son, casi siempre, soberanos en su decisión.

II. La *persecución penal* está en manos de un órgano estatal específico, el ministerio público, considerado unas veces como un órgano administrativo *sui generis* y otras como un órgano judicial, o, por lo menos, con una posición institucional similar a los magistrados judiciales.

Existen, sin embargo, excepciones al principio de la persecución penal pública, admitiéndose algunos delitos perseguibles sólo por el ofendido e, incluso, aunque infrecuentemente, la acusación popular (España).

III. El *imputado* es un sujeto de derechos, cuya posición jurídica durante el procedimiento se corresponde con la de un inocente —hasta tanto sea declarado culpable y condenado por sentencia firme—, razón por la cual es el Estado —acusador— quien debe demostrar con certeza su culpabilidad (*in dubio pro reo*) —y destruir ese estado—, y, al contrario, no es el imputado quien debe construir su inocencia. Derivado del mismo principio, su privación de libertad durante el procedimiento, pese a estar admitida, es excepcional. Goza también de entera libertad de defensa, pero la ley, durante la investigación preliminar, limita sus facultades en ese sentido, para no imposibilitar la averiguación de los rastros del delito hipotéticamente cometido, aun cuando, para balancear los intereses comprometidos, establezca que esos actos carezcan de valor para fundar la sentencia; durante el debate, base de la sentencia, posee amplia libertad de defensa y está equiparado al acusador. Tan apreciada es la necesidad de garantizar la defensa, que la ley, por lo menos en los casos graves, asumió como público ese interés, y tornó imprescindible la defensa técnica, complemento necesario de la capacidad del imputado, y deber del Estado de designar de oficio un defensor cuando el imputado no puede o no quiere nombrarlo.

IV. El *procedimiento* muestra una de las principales facetas de la mixtión y del juego alternado del interés público por sancionar los delitos y el privado —aunque a la vez público— por conservar las libertades ciudadanas. Comienza por una investigación preliminar, a cargo de quien persigue penalmente, el ministerio público, o de un juez de instrucción, según las leyes y los casos, que tiene por fin recolectar los elementos que, eventualmente, den base a la acusación o requerimiento para la apertura del juicio público, o, en caso contrario, determinen la clausura de la persecución penal. Esta investigación, de ordinario llamada *instrucción preparatoria* o *procedimiento preliminar*, mantiene los principales rasgos del sistema inquisitivo —de allí la limitación defensiva—, aunque, para compensar, los elementos que allí se reúnen no sirven para fundar la condena (carácter preparatorio de los actos), que sólo puede ser fundada en los actos del debate posterior. Esta instrucción consta en actas escritas y nació secreta, pero en la última parte del siglo XIX se reconoció la necesidad de admitir la participación del imputado y de su defensor en ella, quienes, de ordinario, tienen acceso a los actos y a las actas labradas sobre ellos.

Le sigue un *procedimiento intermedio* que procura servir de control para los actos conclusivos del ministerio público sobre la instrucción: el requerimiento del juicio público o acusación, que puede ser recha-

zado por la decisión final de este período del procedimiento, o la clausura de la persecución (sobreseimiento en nuestra lengua), cuyo rechazo final implica la orden de apertura del juicio público.

Por último, el *juicio* o *procedimiento principal*, cuya misión es obtener la sentencia de absolución o condena que pone fin al proceso. Su eje central es el *debate*: allí perviven todas las formas acusatorias, la *oralidad* y *publicidad* de los actos que lo integran, su *concentración* en una única audiencia y su *continuidad*, la presencia ininterrumpida de todos los sujetos procesales en el procedimiento (*inmediación*), la *libre defensa* del imputado, equiparado en todas sus facultades al acusador. De ese debate, con formas predominantes acusatorias, emergen los únicos elementos capaces de fundar la sentencia, decisión que, por lo demás, debe guardar íntima *correlación con la acusación*, en el sentido de que no puede ir más allá, en perjuicio del imputado, de los hechos y circunstancias contenidos en ella y que son objeto de la defensa.

V. Según los casos —tribunal integrado por jueces no profesionales y accidentales o sólo por jueces profesionales, o por ambos conjuntamente—, se regresa al sistema de *íntima convicción* en la valoración de la prueba —fundamentalmente en el primer caso— o se prefiere la *libre convicción*, también llamada método de la *sana crítica*. La virtud republicana de fundar todos los actos de gobierno determina, en la actualidad, el avance de este último sistema.

VI. El fallo del tribunal del juicio es recurrible, pero, en general, tal facultad está fuertemente limitada. Lo ortodoxo es que sólo se permite el *recurso de casación*, mediante el cual el recurrente puede poner de manifiesto los errores jurídicos del fallo, tanto de Derecho material, para obtener una decisión ajustada a las reglas jurídicas de Derecho penal vigentes, como de Derecho procesal, por errónea utilización de las reglas que rigen el procedimiento o la misma sentencia, caso en el cual el triunfo del recurso determina necesariamente la realización de un nuevo juicio público (reenvío).

Algunos ordenamientos procesales penales admiten también la *apelación*, pero, en ese caso, si funcionan consecuentemente con sus principios, deben recurrir a un nuevo debate, total o parcial, según el alcance de los motivos del recurso.

El *recurso de revisión*, o, simplemente, la *revisión*, también admitido, procura, por excepción, rescindir sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada cuando se verifica fehacientemente que alguno de los elementos que le dieron fundamento es falso o distinto, de ma-

nera tal que pudo conducir a un error judicial. El recurso carece de plazo, están legitimados para su interposición no sólo el imputado o el ministerio público a su favor, sino también de ordinario, parientes o cualquier persona, y procede aun después de muerto el imputado. Las leyes procesales penales de cuño liberal admiten este recurso sólo a favor del condenado, pero existen otras que lo admiten aun en contra del imputado absuelto o del condenado por una infracción menor²⁶⁴.

Éste, que hemos descrito sintéticamente, es el verdadero enjuiciamiento que lleva el nombre de *mixto* y traduce el resultado político final, en la materia, emergente de la *reforma del sistema inquisitivo* en Europa continental durante el siglo XIX. Su ley base es el *Code d'instruction criminelle* francés de 1808, expandido por Europa continental por imperio del triunfo de las ideas que fundaron la Revolución Francesa y de la dominación napoleónica. El sistema trasciende hasta nuestros días y su comparación con algunas leyes argentinas e hispanoamericanas muestra, muy claramente, el atraso cultural en el que, parcialmente, vivimos²⁶⁵.

2. El siglo XX

a) La consolidación de los derechos humanos

Este siglo sigue gobernado por los principios fundamentales que estructuraron la reforma del sistema inquisitivo. Si eliminamos los excesos a que condujeron las aventuras políticas del fascismo y del nacionalsocialismo, que no trascenderán históricamente por haber fundado un nuevo orden, el siglo se ha ocupado, precisamente, de consolidar cultural y jurídicamente esos principios, a pesar de las repetidas transgresiones que, de hecho, aún suceden sistemáticamente y de las que nosotros, confesadamente, también hemos sido testigos. Como prueba de ello han quedado varias convenciones internacionales (multilaterales) que ya forman parte del Derecho internacional público y del Derecho interno de muchos países: la *Declaración universal de los derechos del hombre* (10/12/1948), la *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre* (2/5/1948), la *Convención ame-*

²⁶⁴ Cf. MAIER, *La Ordenanza procesal penal alemana*, vol. II, ps. 302 y siguientes.

²⁶⁵ La sanción del CPP Nación, por discutible que sea desde el punto de vista político criminal actual, y la sanción de otros códigos provinciales según este sistema, ha reducido sensiblemente esta afirmación, sobre todo al territorio de las provincias más poderosas, Buenos Aires y Santa Fe.

ricana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica [22/11/1969]), ratificada por nuestro país (Ley n° 23.054), el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (16/12/1966), también ratificado por nuestro país (Ley n° 23.313), ambas incorporadas al texto de la Constitución nacional (CN, 75, inc. 22) y la Convención (europea) sobre salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales (1950)²⁶⁶.

Se trata así de un siglo predominantemente conservador o, mejor dicho, sin reformas revolucionarias en nuestra materia. Pero lo interesante del caso es que la cultura universal, por sobre la diversidad ideológica, ha reconocido una serie de principios fundamentales en nuestra materia, antes mencionados, que superan la lucha política e ideológica. Es de esperar que en un futuro no lejano el reconocimiento de los estados como parte de la comunidad internacional dependa de la ratificación y observancia de estos principios. Bastante se ha avanzado, por ejemplo, al crear cortes internacionales sobre los derechos humanos y al reconocer carácter internacional a sus transgresiones, pero ello no parece ser todavía suficiente.

El reconocer la falta de reformas fundamentales en el enjuiciamiento penal no le resta un ápice de dignidad en nuestra materia a la época en la que vivimos. Como se observa, la labor de consolidación práctica de estos principios es tan o más difícil que su afirmación inicial y teórica.

En nuestro país, por ejemplo, las convenciones sobre derechos humanos incorporadas ahora al texto de la Constitución nacional deben provocar un estudio acerca de la adecuación de nuestros códigos de procedimientos penales a los principios básicos por ellas establecidos y, en su caso, impulsar las reformas pertinentes. Cualquiera que sea la valoración política de la ley nacional n° 24.390 —que no cuenta con nuestro juicio positivo—, ella representa un ejemplo de esta índole; lo representa también el actual debate jurisprudencial y doctrinal acerca del derecho al recurso del condenado contra el fallo que lo declara culpable y le impone una consecuencia jurídico-penal, frente a las limitaciones que para recurrir, existen en la legislación argentina.

b) La política criminal

Sin embargo, la finalización de la Segunda Guerra Mundial parece haber marcado el comienzo de un gran debate político acerca de la

²⁶⁶ A la par de estos convenios fundamentales se ha suscripto, a través del tiempo, una gran cantidad de convenciones y pactos parciales sobre el genocidio, nacionalidad, esclavitud, trabajo forzado, discriminación racial, religiosa o por sexo, tortura y tratos degradantes, etc.; cf. VINUESA (comp.), *Derechos humanos: instrumentos internacionales*.

función que cumple el Derecho penal —en sentido amplio— como instrumento del poder del Estado. La segunda mitad del siglo y, especialmente, la actualidad asisten a la eclosión de un doble fenómeno que, por encima de toda discusión dogmática, impone nuevos rumbos al Derecho penal, aún no del todo claros ni suficientemente evaluados: por un lado, la crítica de los instrumentos que el Derecho penal utiliza para cumplir ciertos fines proclamados y, por el otro, la *proposición* de instrumentos más idóneos para cumplir los mismos fines, parcialmente renovados en su contenido. El avance colosal de las ciencias empíricas, en especial de aquellas que versan sobre el comportamiento humano, ha dado apoyo y fundamento firme al movimiento.

I. En el Derecho penal material, el movimiento ha traducido dos exigencias que parecen contradictorias. Por una parte, la crítica ha alcanzado al sistema de reacción penal —con su centro de gravedad en la pena privativa de libertad—, y a los comportamientos amenazados penalmente; se sostiene que la pena privativa de libertad no cumple con eficacia los fines que teóricamente persigue, en particular, la prevención especial, sobre la base, incluso, de investigaciones empíricas, y que no todo el comportamiento desviado debe ser alcanzado por el Derecho penal, pues él debe intervenir tan sólo allí donde otro método —menos destructivo— de control social no pueda lograr los fines queridos (*ultima ratio*). Se propone variar el centro de gravedad de la reacción penal colocándolo en las penas alternativas a la privación de libertad (restricción de la libertad, multa, etc.) o mecanismos sustitutivos de la reacción penal y limitar los comportamientos amenazados penalmente, erradicando de los códigos penales todos aquellos comportamientos que sólo son fruto de la intolerancia ideológica y representan, únicamente, una desobediencia civil, sin peligro para bienes jurídicos objetivamente reconocidos por un consenso general; se trata, también, de crear algunos instrumentos dogmáticos que permitan evitar la aplicación del poder penal del Estado allí donde se puede prescindir de él (*probation, diversion, prescindencia de pena*).

Por otra parte, se reclama insistentemente por el ingreso a la zona del Derecho penal de otros comportamientos, antaño no alcanzados o no alcanzados suficientemente por la amenaza penal y por la necesidad de eficacia en la persecución de estas infracciones. Me refiero a los llamados *Derecho penal económico* y *Derecho penal relativo a la conservación del medio ambiente* (incluso delitos contra la salud pública referente al tráfico y comercialización de drogas o sustancias controladas), protectores de diferentes bienes jurídicos colectivos —los siste-

mas económicos nacionales, las naturaleza y las riquezas naturales, la salud pública—, hoy agredidos incluso por centros de decisión supraindividuales y, aun más, transnacionales (es decir, que superan las limitaciones éticas, políticas y económicas de un determinado orden jurídico), con enorme poder técnico-económico.

II. El Derecho procesal penal, vinculado estrechamente a las decisiones políticas que adopta el Derecho penal material, integra, por supuesto, este movimiento y elabora sus propias respuestas para apoyar esas proposiciones. Pese a que la meta principal del procedimiento sigue respondiendo a la idea de un *Derecho penal de acto* (culpabilidad por el hecho y no de carácter), razón por la cual él continúa sirviendo, fundamentalmente, para la reconstrucción histórica del hecho imputado y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, una serie de problemas han invadido el ámbito propio de sus decisiones.

El primero, que se corresponde con la tendencia del Derecho penal de desplazar a la pena privativa de libertad como centro de gravedad o de referencia del sistema penal, intenta reducir el papel que el encarcelamiento preventivo juega en el enjuiciamiento penal. Aparte del desarrollo consecuente de sus limitaciones, conforme a los principios que rigen en un Estado de Derecho, el principal logro en este ámbito está representado por las limitaciones temporales absolutas que actualmente son impuestas para el encarcelamiento preventivo, algunas, incluso, de rango constitucional, para que él no supere, aun en el caso de ser necesario, un plazo compatible con la idea del enjuiciamiento penal en un Estado de Derecho²⁶⁷. Según las diversas leyes, el plazo es máximo y único, después del cual debe cesar obligatoriamente el encarcelamiento preventivo, o existen varios plazos diferentes, conforme a la naturaleza y gravedad del delito imputado.

La aparición en el sistema penal de las escalas punitivas y de las penas alternativas, en reemplazo de las penas fijas, por una parte, y la verificación de que la decisión sobre la pena depende exclusivamente de la subjetividad de los jueces, cuyas sentencias acerca de la individualización de la pena sólo reposan en fundamentos aparentes (meras abstracciones o motivos carentes de verificación), por la otra, condujo a afirmar la necesidad de racionalizar el juicio sobre la reacción penal y a dotar al procedimiento que lo precede de todas las garantías que existen para el fallo de culpabilidad. Aunque la iniciativa

²⁶⁷ Recientemente, entre nosotros, la ley nacional n° 24.390.

no ha superado todavía la teoría y alcanza sólo en mínimas proporciones a la práctica, se postula principalmente la cesura del debate penal en dos partes: aquel que funda el fallo de culpabilidad, como primer paso que culmina con el llamado *interlocutorio de culpabilidad*, y, posteriormente, el dedicado a fundar el fallo sobre la pena concreta a imponer, estructurado de manera tal que funcionen todas las garantías individuales que rigen para el procedimiento y el fallo sobre la culpabilidad. Tal iniciativa ha encontrado, sin embargo, numerosos escollos prácticos y técnicos que han detenido su concreción legislativa. La prolongación del tiempo de duración de los procedimientos, la respuesta a la pregunta sobre cuándo debe comenzar el estudio personal para reunir elementos que funden racionalmente el requerimiento penal, a fin de respetar las garantías propias de un Estado de Derecho y ser, a la vez, eficaz en la investigación a practicar, el contenido real de cada sección del debate y de las decisiones, la determinación de la cesura como informal o formal, la integración del tribunal que escuchará el debate sobre la pena y fallará sobre ella —especialistas en ciencias del comportamiento humano o los mismos jueces que determinaron la culpabilidad del acusado—, la organización de los recursos contra las decisiones, son algunos de los graves problemas a superar para poder llevar a cabo aquello que se considera, teóricamente, un progreso en la aplicación del poder penal. Sin embargo, la institución se practica desde antaño, de diferentes maneras, y sin demasiada conciencia de aquello que significa, por ej., por efecto del juicio ante un jurado o, parcialmente, en el enjuiciamiento penal de menores.

Así como el Derecho penal ha dejado atrás las teorías absolutas sobre la pena (KANT-HEGEL) y, más allá de ello, pretende evitar la aplicación del poder penal allí donde se puede, incluso acudiendo a otros medios, de la misma manera el Derecho procesal penal reduce la vigencia del *principio de legalidad* (persecución penal necesaria y obligatoria) y apoya a su opuesto, el *principio de oportunidad*, aun en aquellos países que tradicionalmente han defendido la legalidad. La ciencia empírica verificó hace tiempo la utopía práctica que se esconde tras el principio de legalidad (decisiones informales pero reales de los particulares y de los órganos de persecución penal del Estado); ello provocó la necesidad de racionalizar estas decisiones y ponerlas en manos de los órganos con responsabilidad política, a fin de evitar la persecución en aquellos casos en los que esa decisión resulte apoyada por algún fundamento plausible, determinado en la ley. Por otra parte, resulta imposible para la organización estatal ocuparse de

todas las infracciones reales a las normas penales que son cometidas, y con el mismo celo, razón por la cual, en aras de la eficacia de la persecución penal, en aquellos casos importantes que la merecen, la solución ha concluido por permitir el funcionamiento de una decisión política responsable acerca de los casos en los cuales se puede evitar la persecución penal. Ello, incluso, supera algunos inconvenientes de la aplicación de un sistema penal a casos límites de delincuencia o conducta desviada (adecuación social del hecho, mínima infracción, mínima culpabilidad), pues cualquier descripción normativa, por su carácter abstracto, supera el universo de casos pensado por el legislador; así se evita también, en ocasiones, contrasentidos en la aplicación de la ley penal (extorsión fundada en la denuncia de un delito menor que no llega a conocerse por el temor del denunciante de revelar su falta) y se permite aplicar al transgresor medidas no penales, más adecuadas al caso para alcanzar los fines que persigue un Derecho penal de sentido preventivo, provocando el menor daño posible al infractor (*probation-diversion*).

Precisamente, reservar los medios y las energías para la persecución penal de aquellos casos, en los cuales se juzga imprescindible la aplicación del poder penal del Estado, permite intentar la búsqueda de una solución a los reclamos de efectividad postulados para áreas particulares del Derecho penal. Nos referimos, específicamente, al llamado *Derecho penal económico* y al de *protección del medio ambiente*, tan necesitados de esfuerzos adicionales, por las características ya señaladas, que revelan, de ordinario, la comisión de estos delitos. Una moderna organización judicial, incluso diferenciada, con mayores medios técnicos a su alcance y una adecuada organización del ministerio público, dedicada a la persecución de estos delitos, representan los reclamos más significativos en esta área parcial del Derecho procesal penal.

IV. La política criminal de finales del siglo XX, precursora del siglo XXI, ha traído consigo dos temas principales de preocupación en materia procesal penal.

En primer lugar, la víctima del delito ha renacido de aquel ostracismo en el que la sumió la persecución penal pública, y reclama no sólo acceso al procedimiento como acusadora de un hecho punible que la tiene por protagonista y la ofende, sino, también, aun cuando no asuma ese papel en el procedimiento, el derecho a ser informada de las vicisitudes del procedimiento y a ser protegida en él. La definición de víctima se ha ampliado considerablemente respecto de la tradicional, relativa a bienes jurídicos o intereses individuales, para aco-

ger en su seno realidades sociales tales como las asociaciones intermedias, constituidas para defender bienes jurídicos individuales o supraindividuales.

El movimiento político-criminal en la materia se debate de la mano del sistema penal en su conjunto, esto es, muy unido a las posiciones que, en el Derecho penal, critican a la pena estatal como mecanismo idóneo para la solución del conflicto social que se halla en la base de todo hecho punible. Tendencias *abolicionistas* de la pena estatal o más tradicionales que definen los fines de esta institución, coinciden hoy en desplazar la pena por otras soluciones favorables a la víctima, principalmente a través de la *reparación* de las consecuencias del hecho punible.

El mismo movimiento tiende a introducir al procedimiento ciertas formas *consensuales* para la finalización del conflicto, que recuerdan al procedimiento cuya base era la composición, o, cuando menos, dependientes de la voluntad de sus protagonistas reales.

Se postula también un regreso a las formas acusatorias del procedimiento penal y, aun cuando no se prescinda de la persecución penal pública, a un enjuiciamiento en el cual los papeles de los sujetos que actúan en el proceso son definidos de manera más ortodoxa. Ello implica una disminución de los poderes del tribunal para investigar la verdad y una redefinición de su papel, más semejante a la de árbitro de una contienda que a la de inquisidor; al tribunal le corresponde, básicamente, la responsabilidad por el respeto a los derechos y garantías individuales por parte de los órganos de persecución penal. Al mismo tiempo, se define el papel del ministerio público, quien, en lugar de estar puesto allí para el control de las decisiones judiciales, asume el papel de inquisidor, de conductor de la persecución penal y de responsable por su eficiencia.

3. Derecho procesal penal argentino

I. La emancipación de España no varió el sistema de enjuiciamiento penal que, como procedimiento común, aplicaron las colonias, ahora independientes, que conformaban el antiguo Virreinato del Río de la Plata. Por fuera de las discusiones acerca de si aquí rigió la Novísima Recopilación, lo cierto es que tanto ella, como la Nueva Recopilación, referían al Código de las Siete Partidas como Derecho común. Y este Código, de tanta trascendencia cultural para el Derecho español, introdujo en América el sistema inquisitivo, que siguió aplicándose después de la independencia de la metrópoli.

De ese período se rescata, únicamente, como Derecho patrio, el ingreso de las nuevas ideas republicanas a través de los diversos intentos constitucionales para la organización nacional. Así, comienzan a esbozarse ciertos principios liberales, tanto en la organización judi-

cial como en el procedimiento penal, a través, principalmente, de los reglamentos provisorios para el funcionamiento del gobierno de las Provincias Unidas (1810, 1811, 1815, 1817), del Decreto de Seguridad Individual de 1811, de la célebre Asamblea General Constituyente de 1813 y de la Constitución de 1819. Aunque incipientemente, y siempre rodeados de contradicciones y retrocesos, aparecen aquí los primeros intentos de una administración de justicia independiente del poder político y sometida a la ley, la necesidad del juicio previo y de la condena firme para tener a alguien por culpable y someterlo a una pena, la eliminación de la tortura y de toda forma de coerción para obligar al imputado a declarar contra sí mismo (juramento), la inviolabilidad del domicilio y de los papeles privados, que no podían ser registrados sin orden escrita de la autoridad competente, la libertad de entrar, permanecer o salir del territorio del Estado, y otras garantías menores que hoy nucleamos entre los derechos y seguridades del hombre.

A no confundirse: esos intentos están referidos al principio legal formulado, nunca a la operatividad práctica de esos principios, pues se seguía aplicando en el juzgamiento las formas procesales incorporadas por la Inquisición española.

II. Prosigue la época del aislamiento y de la guerra civil, en la que los avances, en el sentido indicado, son prácticamente inexistentes. Al contrario, de esta época procede el enjuiciamiento frecuente por *comisiones especiales* y la razón de ser de su prohibición en la Constitución de 1853.

De ella se rescata, solamente, la organización judicial de la provincia de Buenos Aires, antes del advenimiento de ROSAS (1821), la Constitución de 1826, que insiste en la proclamación de los derechos individuales, y la creación del *Tribunal de Recursos Extraordinarios*, con su obligación de motivar las sentencias, creado por el gobierno de ROSAS y suprimido, a su caída, en 1852.

III. La Constitución de 1853-1860 representa no sólo el comienzo de la organización nacional, sino también, en materia procesal penal, el ingreso de la República Argentina al sistema de organización judicial y de enjuiciamiento penal que regía en el mundo moderno. Sus principios son claros en la materia: administración de justicia separada de los demás poderes del Estado (CN, 95); prohibición de las comisiones especiales y garantía del juez natural (CN, 18); juicio por jurados (CN, 24, 67, inc. 11, y 102 —hoy 24, 75, inc. 12, y 118—), hecho que implica también reconocer que el eje central del enjuiciamiento pe-

nal debe ser un debate público, oral, continuo y contradictorio; necesidad del proceso previo, tramitado conforme a una ley que lo regule (CN, 18); reconocimiento de la inocencia del imputado hasta que una sentencia firme no lo declare culpable y lo someta a una pena (CN, 18); libertad de defensa (CN, 18); incoercibilidad del imputado como órgano de prueba (CN, 18); privación de la libertad procesal excepcional y sólo por orden escrita de la autoridad judicial competente (CN, 18); inviolabilidad del domicilio y de los papeles privados (CN, 18); y supresión absoluta de la tortura (CN, 18).

La Constitución, siguiendo el sistema federal, coloca en las manos de las administraciones judiciales de las provincias, a cuya organización autónoma obliga (CN, 5), la interpretación y aplicación última de la ley penal común (CN, 67, inc. 11, y 104 y cc. —hoy 75, inc. 12, y 121 y cc.—), y federaliza así la administración de justicia y, según la opinión dominante, la legislación procesal penal; sólo unos pocos casos de excepción son reservados para la competencia de los tribunales de la Nación (CN, 100 y 101 —hoy 116 y 117—).

IV. Por lamentable que sea, la legislación posterior a la Constitución no siguió inmediatamente este curso, quizás debido a la dificultad que tienen los habitantes de este país para llevar a la práctica los principios republicanos que declaman.

Después de dos proyectos frustrados por implantar el juicio por jurados (1871/1873), el Poder Ejecutivo emprende la obra (1882) que va a transformarse en el Código de procedimientos en materia penal, que rigió durante más de un siglo —y aún hoy rige residualmente— el enjuiciamiento criminal en casos de competencia de los tribunales nacionales; el doctor Manuel OBARRIO es su proyectista; el Código recibe sanción legislativa en 1888 y rige desde 1889.

La obra, en realidad, significó dejar de lado el sistema de enjuiciamiento penal que surgía de los principios e ideas políticas consagrados en la Constitución nacional. Tiene su fuente en el Derecho inquisitivo español anterior a la reforma de 1882 (Ley de Enjuiciamiento Criminal española), la cual significó para España el ingreso pleno al movimiento reformista del siglo XIX, desconocida por el proyecto y por el Código sancionado.

En el Código son consagrados, precisamente, todos los principios procesales inversos a los que emergen de aquel movimiento político: prácticamente, todos los actos del procedimiento son escritos, esto es, son protocolizados en actas; el secreto campea durante todo el procedimiento, absolutamente durante la instrucción (*sumario*), limitadamente durante el llamado *plenario* que, por su estructura, no posibi-

lita la publicidad popular, de la que aquí hablamos; se desconoce el principio de inmediación, pues no existe un debate con la presencia ininterrumpida del acusador y del acusado frente a los jueces del tribunal que dictarán el fallo; los elementos reunidos en el período previo, de investigación preliminar, sirven plenamente para fundar la decisión final sobre la condena o la absolución, a pesar de ser recibidos con vigencia del secreto instructorio; fallan jueces profesionales —tribunal unipersonal— y la decisión es recurrible ampliamente (apelación) ante un tribunal jerárquicamente superior, que dicta la sentencia definitiva y que adquiere su conocimiento sobre el hecho imputado de las actas escritas que integran el procedimiento.

V. Un primer intento por variar la situación del enjuiciamiento penal y acomodarlo a las previsiones de la Constitución nacional emerge del esfuerzo del doctor Tomás JOFRÉ, erudito en Derecho procesal, que proyecta los códigos sancionados para la provincia de Buenos Aires y la de San Luis, en 1915.

Lamentablemente, el proyectista no tuvo confianza en la posibilidad de ingreso de nuestro país a una forma cultural actual de administración de justicia penal. Por ello, aun reconociéndoles ciertas liberalidades, esos códigos no modificaron fundamentalmente el sistema de enjuiciamiento penal que ya imperaba en el CPCrim. nacional (1889). Su principal innovación fue permitir el debate oral y público para ciertos delitos y bajo la condición de que lo solicitara el propio acusado. En este último sentido, el fracaso práctico fue rotundo, pues al seguir los códigos, en esencia, el ejemplo del nacional, el debate público y oral, con vigencia del principio de inmediación y plena libertad de defensa, es, aún hoy, poco más que un motivo de curiosidad en la provincia de Buenos Aires.

VI. Un siglo después de la reforma (siglo XIX) del enjuiciamiento inquisitivo en Europa continental, se introduce en la República Argentina, por intermedio del Código de procedimiento penal para la provincia de Córdoba (1939), una ley de enjuiciamiento moderna, que respeta, en general, los postulados políticos de la CN, cualquiera que sea la crítica que esa obra merezca. Sus proyectistas fueron los entonces profesores de la Universidad de Córdoba, doctores Sebastián SOLER y Alfredo VÉLEZ MARICONDE, con auxilio parcial del doctor Ricardo C. NÚÑEZ. El Código se sancionó en 1939 y comenzó a regir en 1940; aun cuando fue reemplazado en 1970, según un nuevo proyecto de Alfredo VÉLEZ MARICONDE, el Código sigue al pie de la letra los mismos principios que el anterior y sólo significa una reforma parcial de aquél.

Las fuentes principales que influyeron para la redacción del CPP Córdoba fueron los códigos italianos de 1913 y 1950, reproducidos en gran parte por el Proyecto nacional de Mario ANTELO, iniciador de esta reforma, el Código de Instrucción criminal francés de 1808, con las reformas introducidas en 1897, la Ley de enjuiciamiento criminal de España (1882) y la Ordenanza procesal penal alemana (1877). Fueron tenidas en cuenta, también, fuentes nacionales, en especial los proyectos MARTÍNEZ PAZ (1918) ROTHE (1924) y las bases que preparara Alfredo VÉLEZ MARICONDE (1928) para la provincia de Córdoba, el mismo CPCrim. nacional (1889), el antiguo CPP Córdoba (1889), similar al nacional, y el CPP Buenos Aires (1915), pero con la advertencia de que estas últimas leyes influyeron sólo para algunas reglas y no en el sistema, diametralmente opuesto, del nuevo Código.

El CPP Córdoba se decidió por los tribunales de jueces letrados y permanentes, pero constituyó los tribunales de juicio como cuerpos colegiados. Reguló una instrucción preliminar eminentemente preparatoria, pues sus actos sólo sirven para fundar el requerimiento de juicio público (acusación) o la clausura de la persecución penal (sobreseimiento), y carecen de valor para determinar la sentencia de absolución o condena, cuyos elementos fundantes sólo pueden ser obtenidos a través de los incorporados a un debate público y oral. El procedimiento preliminar (instrucción), por lo demás, se liberaliza, deja atrás al secreto instructorio, una excepción permitida, pero con limitaciones. La innovación principal la constituye el debate, con sus características: la forma *oral* de los actos, cumplidos en presencia ininterrumpida del acusador y del acusado y frente a los jueces que pronunciarán la sentencia (*inmediación*), *continuadamente*, en una audiencia que los *concentra* y con la posibilidad de que el público asista a ella y así controle la administración de justicia (*publicidad*). Otras innovaciones están representadas por el ingreso regulado de la cuestión civil que emerge del delito penal, susceptible de ser discutida y decidida en el mismo procedimiento penal, por la aplicación del sistema de libre convicción en la valoración de la prueba y por la colocación en manos del ministerio público —y no del juez de instrucción, según es tradición en nuestro país— del procedimiento preparatorio (citación directa a juicio), para los casos de delitos leves o de fácil investigación. Por último, la sentencia no es recurrible por apelación, esto es, en cuanto a los hechos que ella fija, que quedan firmes después de su pronunciamiento, pero sí lo es por la vía de la *casación*, recurso limitado a postular y examinar los vicios jurídicos de que pudiera adolecer la decisión, tanto en la aplicación del Derecho penal material, en cuyo caso la corte de casación corrige directamente (sin reenvío) los errores, aplicando la ley penal correctamente a los hechos ya fijados, como en la aplicación del Derecho procesal, ya en el

procedimiento seguido para arribar a la sentencia o en el procedimiento interno de la misma sentencia, caso en el cual el error faculta a la corte a anular la decisión y, como consecuencia, también el debate, mandando llevarlo a cabo nuevamente, para posibilitar que se dicte una nueva sentencia válida (con reenvío).

El CPP Córdoba representa para la legislación argentina algo similar a lo que significó el Código de instrucción criminal francés de 1808 para la reforma europeo-continental del siglo XIX. Su ejemplo cundió rápidamente y fueron varias las provincias que siguieron sus principios fundamentales: Santiago del Estero (1941), La Rioja (1950), Mendoza (1950), Jujuy (1950), Catamarca (1959), San Juan (1961), Salta (1961), La Pampa (1964), Entre Ríos (1969), Corrientes (1971), Chaco (1971) y la ley n° 1.940 de la provincia de San Luis (1947), que introdujo el juicio con debate oral según la reforma cordobesa, aunque limitadamente, para delitos graves.

La reforma, sin embargo, no fue lo suficientemente vigorosa para imponerse en el orden nacional, a pesar de los varios proyectos oficiales (1933, 1942, 1943, 1948, 1960, 1969, 1974) y de los esfuerzos privados en ese sentido (proyecto de la Universidad Nacional de Córdoba [1958/9]; proyecto tipo de Código procesal penal [1965]; y proyecto de Código uniforme en materia procesal penal [1965]). Se puede decir, en general, que a partir de la década que comienza en 1970 la reforma del enjuiciamiento penal perdió ímpetu en nuestro país; ello se debe, a nuestro juicio, en parte, a la gravedad de los acontecimientos políticos que terminaron por borrar todo resabio de régimen republicano, y, en buena parte, al fallecimiento del profesor Alfredo VÉLEZ MARICONDE, promotor principal de la reforma desde las aulas cordobesas, quien, con su bien ganada fama y respeto científico, imponía también sus ideas por fuera del debate meramente académico.

El movimiento reformista tuvo su influencia también en provincias que no aceptaron plenamente su innovación principal, el debate oral, público, contradictorio y continuo como fundamento único de la sentencia penal: Tucumán (1968) y Santa Fe (1971) reformaron sus códigos, con aceptación de gran cantidad de reglas provenientes del CPP Córdoba y sus consecuentes, y, conforme a ello, liberalizando así el antiguo procedimiento penal que antes seguían. Un orgullo para la reforma argentina lo representa la designación del CPP Córdoba como el modelo para la determinación de un enjuiciamiento penal uniforme en América Latina y la sanción del Código de procedimientos penales de la República de Costa Rica (1973), que sigue de cerca al modelo de la reforma argentina.

VII. A partir de la nueva institucionalización democrática de la República Argentina, en 1983, comienza un nuevo esfuerzo para transformar la administración de justicia penal. Dos proyectos de Código procesal penal de la Nación adquirieron estado parlamentario: uno en el Senado de la Nación (senador MARTIARENA, del Partido Justicialista, similar al Proyecto 1974) y otro en la Cámara de Diputados de la Nación (proyecto del Poder Ejecutivo nacional de 1986). Este último proyecto se discutió públicamente, incluso con el anteproyecto de una nueva organización judicial en materia penal y con ciertas propuestas de reforma en el ámbito del Derecho penal sustantivo (ejercicio de las acciones, alternativas y sustitutos penales). El proyecto fue aprobado en comisión y propuesto para el debate parlamentario en pleno, que nunca se realizó.

En 1987 fueron sancionados dos nuevos exponentes de la legislación que lidera el CPP Córdoba originario (1939): los códigos de las provincias del Neuquén y Río Negro. Les siguieron los códigos de las provincias de Formosa (1987), Chubut (1988), Misiones (1989) y dos códigos de reemplazo de las provincias de San Juan (1990), Catamarca (1991), y, por último, la nueva provincia de Tierra del Fuego (1994), dentro del mismo sistema. Hoy tan sólo las provincias de Buenos Aires, Santa Fe y Santa Cruz continúan administrando justicia penal, en líneas generales, conforme al procedimiento histórico, ya perimido culturalmente.

Por fin, en 1991, se sancionó el nuevo CPP Nación, conforme al proyecto inicial del senador MARTIARENA, con modificaciones originadas en el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1986, código que hoy rige en la jurisdicción nacional y que derogó el centenario CPCrim. nacional (1889), hoy sólo con vigencia residual.

El nuevo CPP Nación establece el juicio público y oral presidido por tribunales con integración fija de jueces permanentes y, como muchos códigos de la tendencia llamada moderna, deja la instrucción preliminar del caso en manos de un juez de instrucción, que procede por actas escritas. Las innovaciones al proyecto originario se refieren, básicamente, a la posibilidad del juez de instrucción de delegar la investigación en el fiscal del caso y a la introducción del ofendido como querellante en los delitos de acción pública.

En el año 1991 fueron sancionados los CPP de la provincia de Córdoba y de Tucumán, este último sobre la base del proyecto para aquél. Estos códigos pretenden seguir la tendencia iniciada por el Proyecto del Poder Ejecutivo nacional de 1986. En este sentido, eliminan prácticamente la llamada *instrucción jurisdiccional*, para colocar

en su lugar, de manera genérica, al procedimiento de citación directa en manos del ministerio público, con control judicial para los actos que interesen derecho individuales básicos (*investigación fiscal preparatoria*). Más allá de ello, el CPP Córdoba acentuó correctamente el carácter acusatorio del juicio público, en procura de dividir mejor los papeles que cumplen los sujetos del procedimiento, estableció en casos de excepción la intervención de jueces accidentales (ciudadanos) en el tribunal de juicio y reguló un procedimiento abreviado que procura simplificar el rito judicial por acuerdo de los intervinientes.

Sin embargo, no parece la ley procesal la que tiene en este momento la palabra. El Congreso de la Nación, a través de la modificación o sanción de la ley penal, ha comenzado a delinear instituciones con una influencia procesal evidente. Paradigmáticos son los casos de la suspensión del juicio a prueba (CP, 76 bis y ss.) y el art. 14 de la ley penal tributaria (nº 23.771) —reparación en lugar de pena—, que, según mi juicio adelantado, están destinados a provocar una transformación profunda de los procedimientos judiciales, aparte de la función que cumplan en el Derecho penal material.

La organización judicial continúa, pese a todos los cambios realizados, huérfana de toda consideración: nadie se ocupa, en verdad, de ella y, cuando alguien lo hace, sólo repite esquemas históricos; una excepción en este sentido fue el Proyecto de 1986.

VIII. Las conclusiones finales son visibles. Nuestra República se ha acomodado parcialmente al sistema de enjuiciamiento penal que determina el proyecto político positivo plasmado en nuestra Constitución nacional. En general, ha introducido las instituciones del Derecho procesal penal decimonónico de Europa continental y se resiste a contemplar la evolución habida en el siglo XX, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial.

Paradójicamente, sus provincias más pobladas, Buenos Aires y Santa Fe, se resisten al cambio estructural operado (ambas poseen proyectos que modificarían esta situación, proyectos que, al parecer, sus legisladores no quieren sancionar).

A pesar de ello, se puede decir que, al menos jurídicamente, ya hemos alcanzado un sistema uniforme de enjuiciamiento penal tolerado, genéricamente, por nuestra Constitución nacional, pero los problemas políticos que hoy son discutidos universalmente nos son todavía, en gran medida, extraños.

Si se intentara una revitalización reformista —y si mi consejo sirviera de algo—, convendría no descuidar, sino, al contrario, colocar en

primer lugar, los aspectos referidos a la organización judicial y a la composición de los tribunales de justicia, aspectos descuidados, tanto por el Estado nacional como por las provincias que establecieron sistemas de enjuiciamiento penal relativamente modernos. En segundo lugar, sería imprescindible discutir aspectos político-criminales modernos, de la mano del Derecho penal como una unidad política, para acceder a cierta racionalidad en la aplicación del poder penal estatal.

IX. Nuestra Constitución nacional ha sido reformada recientemente en forma parcial. Si bien ha quedado intacto todo el capítulo relativo a las garantías individuales, algunas reformas interesan a la administración de justicia penal. En orden de importancia, se debe citar: la incorporación de las convenciones internacionales sobre derechos humanos, regionales y universales, que ligan a nuestro país (CN, 75, inc. 22), refuerzo actual para la definición de nuestras garantías procesales, ya contenidas en el texto originario de la Constitución nacional y reconocimiento de los organismos internacionales de protección para los derechos humanos, cuyas decisiones son hoy *supremas* para nuestros tribunales; el reconocimiento constitucional del ministerio público (CN, 120) como "órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera" (*órgano extrapoder*); una nueva forma de designación, remoción y disciplina de los jueces que integran los tribunales de la Nación, inferiores a la Corte Suprema, con la creación y organización del *Consejo de la Magistratura* (CN, 114 y 115); la edad máxima para todos los jueces de la Nación (75 años), quienes, al alcanzar esa edad, no pierden sus cargos, que requieren una nueva designación, por períodos de cinco años (CN, 99, inc. 4, III); no menos importante resulta el mantenimiento del ideal de nuestro enjuiciamiento penal, en toda su extensión originaria, esto es, el *juicio por jurados* (CN, 24, 75, inc. 12, y 118).