



UNIVERSIDAD DE CIENCIAS EMPRESARIALES Y SOCIALES
DEPARTAMENTO DE INVESTIGACION

Pautas para un futuro Código procesal penal de Tierra del Fuego
A la vez, un breve repaso sobre el estado de la legislación procesal penal
en la Argentina

por Eugenio C. Sarrabayrouse y Cecilia P. Incardona

sarrabay@hotmail.com

I. Presentación

Este trabajo ha sido escrito dentro del marco del Proyecto de Investigación “**Bases para la elaboración de un nuevo Código Procesal Penal para la provincia de Tierra del Fuego**” desarrollado en la Sede de la Carrera de Abogacía dictada por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES) en convenio con la Universidad Tecnológica Nacional (UTN), Facultad Regional Río Grande, Tierra del Fuego.¹

Tal como ocurre en el resto del país, desde hace algún tiempo se discute en la más joven provincia argentina la posibilidad de reformar su ordenamiento adjetivo penal. Por tal razón, emprendimos hace algún tiempo el estudio de cuál serían las bases de esa posible reforma, atendiendo también qué institutos actualmente vigentes en el CPP Tierra del Fuego deberían conservarse. Al mismo tiempo, el análisis nos condujo a repasar de manera general y sintética, cuál es el estado de la legislación procesal argentina, para examinar las experiencias en otras provincias y establecer qué provecho podrían brindar a la nuestra.

¹ Integran el equipo de investigación, además de quienes elaboramos este trabajo, los abogados Elizabeth Aguilar Barría, Lorena Nebreda, Roberto Gómez, y los estudiantes Matías Pérez Iglesias y Aldo Marín. Durante el transcurso del Proyecto, lamentamos la muerte de nuestra compañera y querida amiga Graciela Figliuolo, a quien le dedicamos este trabajo.

Ofrecemos al lector, entonces, el resultado del trabajo realizado con la esperanza de que, por un lado, se conozca el proceso penal fueguino, sus falencias y virtudes, y al mismo tiempo se obtenga con esta lectura una visión general del estado de la reforma procesal penal en la Argentina.

II. El estado de la legislación procesal penal y el CPP de Tierra del Fuego: la necesidad de su reforma

La situación del proceso penal en la Argentina se caracteriza por su *particularismo* que recuerda las etapas previas de la codificación ilustrada. A lo largo y ancho de nuestro país nos encontramos con 25 cuerpos legislativos que regulan el proceso penal con estructuras y principios totalmente diferentes. En este sentido, se destaca la paradoja del CPPN y del CPP CABA, que conviven geográficamente en el mismo territorio pero son totalmente distintos.²

Apunta Ángela Ledesma que pueden distinguirse tres momentos en la evolución del movimiento reformador. El primer eje de discusión lo constituyó el Proyecto Maier de 1986, seguido luego por los códigos de Córdoba (ley 8123), Tucumán (ley 6203), Buenos Aires, (ley 11.922), Chaco (ley 4538) y Catamarca (ley 5097). Parcialmente podría incluirse a Mendoza (ley 6730) aunque en opinión de la autora citada, este código se asemeja más al de Costa Rica. En una segunda etapa, la aparición de los códigos y proyectos patagónicos renovó los debates e incorporó a la discusión nuevos temas; se destacan el código de Chubut (ley 4566) elaborado por Julio Maier, que si bien no entró en vigencia, posibilitó el nacimiento de uno nuevo sobre sus bases (ley 5478); a éste se suman los proyectos de Neuquén y Río Negro

² Señala Daniel Pastor que los particularismos comenzaron con la paulatina incorporación del CPP Córdoba de 1940 en las provincias dando lugar, entre ese año y 1992, a la convivencia de dos estilos de enjuiciamiento. Desde esta última fecha “...*la atomización es enorme y poco a poco los particularismos son tan marcados que ya se va perfilando la idea de un derecho procesal penal diferente para cada jurisdicción (así, tenemos hoy los modelos Córdoba-Tucumán, Nacional, Tierra del Fuego, Provincia de Buenos Aires y Chubut, por citar sólo algunos ejemplos de legislación que no tienen ya mucho en común entre sí)*...”; cfr. autor citado, *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pp. 136; cinco años después de aparecida esta obra de Pastor, podemos agregar nuevos modelos de enjuiciamiento: Entre Ríos (2005, ley 9754), Santa Fe (2007, ley 12.734), Santiago del Estero (2009, ley 6941). A todo ello deben sumarse distintos proyectos en el ámbito federal, el más importante elaborado por la Comisión Asesora para la Reforma de la Legislación Procesal Penal, constituida por decreto del PEN 115 del 13.02.2007 (B.O. del 16.02.2007); véase Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Revista de Derecho Procesal Penal, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007.

(influidos ambos por la labor del INECIP y el primero, además, por la tarea de Ricardo Mendaña); la tercera generación se conforma con el código de Chubut ya mencionado (2007), los de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ley 2303), Santa Fe (ley 12.734), Entre Ríos (ley 9754) y La Pampa. Asimismo, encontramos reformas parciales en San Juan, La Rioja y Salta.³

Desde otra perspectiva, el CPPN [el llamado código Levene (h)], además de sus problemas congénitos, sufrió sucesivas reformas inconexas, declaraciones de inconstitucionalidad de la Corte Suprema y creaciones jurisprudenciales que lo han convertido hoy en un atado de normas incomprensible y asistemático.⁴

Por su parte, el CPP Tierra del Fuego vigente se originó en el proyecto remitido a la Legislatura por el Superior Tribunal de Justicia el 4 de febrero de 1994, en uso de la atribución conferida por el art. 156, inc. 8°, de la Constitución local (en adelante, CPTDF). El legislador fueguino se decidió por adoptar como modelo, con ligeras variantes, el llamado “Código Levene (h)” ya vigente en aquel momento, determinación basada en cuestiones prácticas: se pretendió evitar a los operadores un nuevo cambio de paradigma, que se suponía, ya había significado abandonar el viejo “Código Obarrio” y seguir otro bajo los lineamientos del ordenamiento procesal cordobés de 1939. En la exposición de motivos que acompañó la remisión del proyecto, el Superior Tribunal aclaró que su preparación partió de la siguiente premisa: “...*aceptado*

³ Cfr. autora citada, *Proceso de reforma procesal penal y judicial, Momentos y ejes rectores*, Revista de Derecho Procesal Penal, GARCÍA YOMHA, Diego / MARTINEZ, Santiago, *El proceso penal adversarial*, t. 2, pp. 22-24.

⁴ Basta mencionar para mostrar la situación caótica del CPPN los distintos supuestos en que la investigación preliminar queda a cargo del fiscal: art. 196 inc. 1 (instrucción delegada discrecionalmente por el juez); inc. 2 (que no se aplica por desuetudo); último párrafo (casos de secuestros extorsivos de los arts. 142 bis y 170, CP); arts. 196 bis, causas con autores no identificados; 353 bis (casos de flagrancia sin prisión preventiva). A ello se suma la declaración de inconstitucionalidad del procedimiento de consulta previsto en el art. 348, CPPN; el carácter vinculante del pedido de absolución del fiscal al finalizar el debate (doctrina de la CSJN, autos “Tarifeño”, “García”, “Cattonar” y “Moustaccio”), y la creación jurisprudencial del carácter autónomo del querellante (CSJN, “Santillán”, Fallos 321:2021); “Storchi” [sentencia de la CCC, Sala I, del 8.3.2004; ver también el fallo reciente de la CNCP, Sala II, 15.07.2010 (cfr. documento elDial.com – AA6138)]. Sobre el estado del CPPN, véase el trabajo de PASTOR, Daniel, *El derecho procesal penal nacional de los años noventa: balance y memoria de un fracaso rotundo*, en *Tensiones. ¿Derechos fundamentales o persecución penal sin límites?*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp. 223-248; sobre el papel del querellante en el proceso penal puede verse NAMER, Sabrina (comp.), *Las facultades del querellante en el proceso penal. Desde “Santillán” a “Storchi”*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008.

que el llamado ‘Código Levene’ es instrumento idóneo en la materia, adecuado a las características del medio (en particular por sus núcleos de asiento poblacional), se estimó conveniente seguir tal régimen procedimental. Por otro lado, en nuestra comunidad los auxiliares del Servicio de Justicia han realizado un importante esfuerzo a fin de conocer y aplicar dichas reglas, como consecuencia de la reforma instrumentada en el orden nacional. Ante ello, un nuevo cambio de las pautas esenciales de esta legislación (de tanta relevancia –además–), sólo parece admisible de resultar necesaria en forma palmaria. Así, cabe seguir las previsiones del Código Procesal Penal de la Nación (Ley 23.984), inspirado en la obra del Dr. Ricardo Levene (h), salvo en aquellos aspectos que la experiencia –en particular las exigencias locales–, muestran con claridad la conveniencia de un trato distinto...”.⁵

De esta manera, tanto el Superior Tribunal como la Legislatura locales optaron por un modelo de CPP que, según vimos, para algunos autores, al igual que el antiguo Código de Procedimientos en Materia Penal, había nacido “viejo y caduco”, según la cáustica definición de Alfredo Vélez Mariconde⁶. Además, aquel modelo padecía de varios vicios de origen: el legislador nacional en vez de adoptar el Código Levene en su versión “original” lo retocó durante el trámite parlamentario y luego, como vimos, lo reformó permanentemente hasta desnaturalizarlo por completo. Señalamos sólo dos ejemplos: la figura del querellante no prevista por Levene (h) e incluida durante la discusión legislativa del proyecto o la instrucción jurisdiccional (que no tolera una investigación preparatoria fiscal, introducida por la ley 24.826).

Pese a las falencias de su ejemplo, el Código fueguino presentó algunas novedades importantes con respecto al ordenamiento nacional: la duración máxima de la prisión preventiva, el sobreseimiento por vencimiento del plazo de instrucción, la supresión de las discusiones y oposiciones previas a la etapa del juicio, la omisión de debate con un sistema donde el imputado

⁵ Cfr. pp. 1-3 de la Exposición de Motivos que acompañó al Proyecto de Código Procesal Penal enviado por el Superior Tribunal de Justicia (de acuerdo con la Acordada 3/94)

⁶ Cfr. autor citado, *Derecho procesal penal*, t. I, Lerner, Córdoba, 1969, p. 197; la cita ha sido tomada de PASTOR, Daniel, *Código Levene, ¿nacerá viejo y caduco?*, en *Tensiones*, op. cit., pp. 214 y sigs.

no reconoce su responsabilidad en el hecho y por ende la ventaja que su aceptación no conduce necesariamente a la condena del acusado.⁷

Todas ellas deben ser vistas como un avance y una mejora que, en algunos aspectos, colocaron al rito fueguino en un lugar de avanzada dentro de nuestro país.

Sin embargo, tras más de quince años de funcionamiento, el CPP TDF muestra algunos signos de agotamiento, todos ellos consecuencia necesaria de las falencias que acarrea el sistema adoptado: la delegación de

⁷ Establece el art. 285, CPP Tierra del Fuego: “La prisión preventiva del imputado cesará en forma automática cumplido el término de un (1) año sin que hubiese sentencia condenatoria; y de dos (2) años sin que hubiese adquirido firmeza o se encuentre agotada la instancia recursiva local. Este derecho estará sujeto a las condiciones prescriptas por el artículo 306.”; art. 309: “El sobreseimiento procederá cuando:..6) Vencido el plazo máximo previsto en el art. 189 y corrida la vista prevista en su último párrafo, no se hubiera producido la requisitoria fiscal de remisión a juicio de la causa dentro del plazo establecido al afecto en el artículo 318...”; art. 324: “Cualquiera fuese la posición asumida por el imputado en orden a su culpabilidad, cuando el Ministerio Público Fiscal estime suficiente la imposición de una pena no mayor a tres (3) años de privación de libertad, de multa o de inhabilitación, aun en forma conjunta, dentro del plazo previsto por el artículo 323 podrá manifestar tal apreciación y proponer omitir el debate. La propuesta y su trámite no suspenderán el plazo referido en el primer párrafo del artículo precedente, a los fines allí contemplados. Si estuviere de acuerdo con ello la parte querellante, se conferirá vista al imputado quien, dentro de los cinco (5) días, podrá expresar al Tribunal su conformidad con la petición. Ratificada la manifestación en forma personal ante el Tribunal de juicio, por el imputado y su defensor, el proceso será llamado para resolver, dentro de los tres (3) días, si corresponde omitir el debate. Si el imputado actuase con asistencia de la defensa pública, la ratificación deberá ser prestada con la intervención del Defensor ante el Superior Tribunal de Justicia, cuando el mismo hubiese delegado su actuación. Si el Tribunal de juicio también considerase innecesario el debate y adecuado el límite de la condena estimada por el Ministerio Público Fiscal, comenzará a deliberar hasta dictar sentencia. Dará a conocer ésta en audiencia pública, que tendrá lugar dentro de los tres (3) días de dictado el pronunciamiento. El Tribunal podrá absolver o condenar, según corresponda, fundando su resolución en la prueba ya incorporada; pero la condena nunca podrá superar la pena mayor requerida por el agente fiscal o la parte querellante. Rechazada la petición, la estimación sancionatoria expresada no constituirá limitación alguna a la cuantía de la pena que resulte precedente. La existencia de varios imputados en un mismo procedimiento no inhibirá la aplicación de esta regla a alguno de ellos.” Sobre estos institutos pueden verse los siguientes artículos: SARRABAYROUSE, Eugenio, *La omisión de debate en el Código Procesal Penal de Tierra del Fuego. Su régimen legal y aplicación práctica*, en MAIER, Julio B. J. / BOVINO, Alberto (comps.), *El procedimiento abreviado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, pp. 299-310; del mismo autor, *El vencimiento del plazo de instrucción y el sobreseimiento. Sobre la constitucionalidad de la solución prevista por el art. 309, inc. 6to. del Código Procesal Penal de la Provincia de Tierra del Fuego*, CDJP 7, pp. 691-714; *Algunas garantías individuales y el proceso penal en la Prov. de Tierra del Fuego*, revista *Ley, Razón y Justicia*, Año 4, N° 6, enero-julio de 2002, pp. 237-259, Alveroni Ediciones, Neuquén. Con respecto a la omisión de debate, las estadísticas del Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte, por ejemplo, muestran que de las sentencias dictadas según este procedimiento durante 2007 y 2008 las absoluciones duplicaron a las condenas.

funciones propias del sistema de actas que impide al mismo funcionario estatal (juez o fiscal) cumplir al mismo tiempo todas las tareas que se le asignan (por ejemplo, presenciar las declaraciones indagatorias y los testimonios, producir personalmente otras medidas de prueba), la duración excesiva de los procesos consecuencia de una instrucción formalizada y escrita (con la nulidad y su sistema que originan un torneo cuya meta final es eliminar la mayor cantidad de actos posibles para que no puedan influir en la sentencia), el sistema de recursos, el control del cumplimiento de las prescripciones de la instrucción a cargo del mismo órgano que debe intervenir en el juicio, las múltiples autorizaciones para que el tribunal domine esa etapa e intervenga de oficio, comportándose como un interesado más en la resolución del caso con el consecuente desequilibrio de la precaria balanza acusador-acusado; también, cabe mencionar problemas de gestión íntimamente vinculados con las cuestiones ya enumeradas, por citar sólo algunos puntos críticos.⁸

Además de estos problemas, el CPP Tierra del Fuego sufrió sucesivas reformas aisladas que rompieron con la lógica del sistema adoptado: la ley 351, dirigida a “morigerar” los efectos del sobreseimiento por vencimiento del plazo de la instrucción, autorizando al fiscal a requerir la remisión a juicio pese al cumplimiento del tiempo previsto para la realización de la investigación preparatoria;⁹ luego, la ley 792 estableció un procedimiento especial para los casos de flagrancia cuya investigación y dirección queda a cargo del fiscal con las mismas facultades que el juez de instrucción (nuevo

⁸ Los defectos que cualquier reforma debe intentar superar son descriptos magistralmente por MAIER, Julio B. J, *Exposición de Motivos. Proyecto de Código Procesal Penal para la Provincia de Chubut*, CDJP 10 “A”, en particular pp. 587-597.

⁹ La ley 351 al modificar los arts. 189, 309, inc. 6º, 318 y 322 del CPP Tierra del Fuego alteró profundamente el sistema originario del código. Su aplicación originó, además de una ardua polémica acerca de su constitucionalidad, problemas de interpretación que fueron zanjados por el Superior Tribunal en la causa “Canaviri, Oscar Luis y otros s/ tentativa de robo” con un gran esfuerzo dialéctico (expte.267/98 SR, sentencia del 18.02.1999, libro V, folios 38/43, jueces Carranza y Hutchinson). El principal efecto negativo de esta reforma fue agregarle una condición al sobreseimiento por vencimiento del plazo de la instrucción tornándolo inaplicable en la práctica. Así, uno de los avances y méritos del CPP Tierra del Fuego fue dejado de lado.

art. 402 bis);¹⁰ y la ley 804 que introdujo varias modificaciones derivadas todas ellas de la celebración de un acuerdo dentro de un proceso de mediación: así, la derivación del caso a un centro especializado (el CE.DE.ME) se presenta como una alternativa a las posibilidades tradicionales en las distintas etapas del proceso penal: tanto el juez de instrucción como el fiscal al iniciarse el procedimiento pueden enviar el caso para mediar y obtener la celebración de un acuerdo, el cual se constituye en una nueva causal de sobreseimiento ya sea en la investigación preparatoria o en la etapa preliminar del juicio común (arts. 309, inc. 7º; 334, CPP Tierra del Fuego).¹¹

Además, el CPP fueguino enfrenta nuevos desafíos a partir de los fallos más recientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. De manera general y en lo que al sistema de enjuiciamiento penal se refiere, la Corte ha definido claramente un modelo normativo acusatorio, a partir del cual, algunas veces ella misma o en otras los intérpretes, fijan el *sistema procesal que debe ser*.¹² En palabras de la misma Corte: “...la Constitución Nacional estableció como objetivo legal un proceso penal acusatorio y con participación popular. La legislación nacional no se adecuó a este objetivo, pero la

¹⁰ Con excepción de las previstas en el art. 41 CPTDF, es decir, el allanamiento de domicilios y la intervención de la correspondencia, los papeles privados, los sistemas de almacenamientos de datos, los teléfonos y cualquier otro medio de comunicación. Sobre esta clase de procesos puede verse, RIQUERT, Marcelo, *El proceso de flagrancia. Oralidad, simplificación y garantías*, Ediar, Buenos Aires, 2006.

¹¹ Sin perjuicio de lo que diremos mas abajo, sobre la multiplicidad de problemas que acarrea la introducción de estos institutos (posibilidad de que la mediación sea establecida por una legislatura local o si modifica el régimen sustancial de la acción penal y el principio de oficiosidad que la rige, de acuerdo con el CP) véase el trabajo de SANCINETTI, Marcelo, *Avenimiento y mediación: ¿la pena como “objeto de negocios jurídicos”?*, revista electrónica www.elDial.com.ar, visita del 14.06.2010.

¹² Sobre la dicotomía inquisitivo – acusatorio y sus diferentes significados, véase el trabajo de LANGER, Máximo, *La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*, publicado en la revista electrónica www.elDial.com.ar, donde se señala que la definición acusatorio - inquisitivo como modelos normativos está íntimamente ligada a su concepción como tipos ideales descriptivos. En este último caso, el acusatorio es un tipo puro o ideal que sirve para analizar y entender el mundo del ser, mientras que en el primero, es una herramienta normativa. Es perfectamente posible que ambas clases de modelos presenten los mismos elementos. La diferencia radica en que unos servirían para describir los sistemas penales reales y otros para establecer los elementos que deberían integrar esos sistemas. Además, la diferencia entre lo acusatorio como principio y como modelo normativo es una cuestión de grados (cfr. autor y op. cit., punto II.6). Véase también la obra de HENDLER, Edmundo S. (Director), *Sistemas procesales penales comparados*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

perspectiva histórica muestra una progresión hacia la meta señalada, posibilitada por el subjuntivo empleado en el originario art. 102 y actual 118 constitucional. La jurisprudencia constitucional fue acompañando este progreso histórico, sin apresurarlo. Es decir que en ningún momento declaró la inconstitucionalidad de las leyes que establecieron procedimientos que no se compaginaban con la meta constitucional, lo que pone de manifiesto la voluntad judicial de dejar al legislador la valoración de la oportunidad y de las circunstancias para cumplir con los pasos progresivos. Justo es reconocer que esta progresión legislativa se va cumpliendo con lentitud a veces exasperante, pero respetada por los tribunales...” (cfr. considerando 7°, sentencia del caso “Casal”, citado, voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti).¹³

A partir de esta definición modélica, la Corte se ha encargado de prescribir los elementos que debe reunir el sistema procesal real, empresa que a su vez no está exenta de problemas, derivados de la misma naturaleza de las decisiones que toman los órganos judiciales: no pueden establecer reglas generales, con lo cual, muchas situaciones imprevistas quedan libradas a la interpretación de otros tribunales o la misma doctrina; en otras ocasiones, se trata de decisiones que resuelven cuestiones que, por regla, se encuentran fuera de la competencia de la Corte, es decir, son de derecho común; también, más allá de su peso institucional, se plantean dudas acerca de la obligatoriedad de estos fallos.

Pero más allá de estas definiciones generales y sus dificultades, las normas del CPP Tierra del Fuego se vieron directamente confrontadas con la doctrina establecida por la Corte. En este aspecto, el último párrafo del art. 362 prevé que al finalizar el debate “...*cualesquiera fuesen las conclusiones del Ministerio Público Fiscal, el Tribunal dictará sentencia absolutoria o*

¹³ En otras sentencias la Corte se encargó de establecer las pautas del modelo de enjuiciamiento penal conforme a la Constitución: la separación del juez y la acusación (considerando 15 del fallo “Quiroga”), la imparcialidad del juzgador definida como la ausencia de prejuicios o intereses frente el caso a decidir (considerandos 10 y 14, fallo “Llerena”).

condenatoria conforme a lo prescripto en el artículo 367 segundo párrafo...,¹⁴ disposición que colisiona directamente con los criterios establecidos por la Corte en los casos “Tarifeño”, “García”, “Cattonar” y “Moustaccio”. La afirmación de la constitucionalidad de esta regla por parte del Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Norte en la causa “Cárdenas Almonacid” motivó la intervención de la misma la Corte Suprema (causa C.1925. XLIII “Cárdenas Almonacid, José Rolando y otros s/ robo en poblado y en banda y lesiones leves” del 17.03.2009). El máximo tribunal de la República revocó tal decisión y obligó al Superior Tribunal local a declarar la inconstitucionalidad de la norma cuestionada (voto de los jueces Löffler y de la Torre, sentencia del 12.08.2009).

Además de lo hasta aquí narrado (problemas congénitos del CPP Tierra del Fuego; signos de agotamiento; sucesivas reformas parciales; colisión de sus normas con las reglas establecidas por la Corte Suprema) se agrega la preocupación misma del Superior Tribunal en promover su modificación; así, por Acta Acuerdo 373 del 2007, suscripta por los magistrados Carlos Gonzalo Sagastume y María del Carmen Battaini, se dispuso la creación de una comisión integrada por jueces y funcionarios para elaborar un proyecto de transformación del sistema procesal fueguino. Además, varios jueces se han pronunciado públicamente sobre la necesidad de reformar el CPP Tierra del Fuego.¹⁵

A partir del panorama enunciado, afirmamos que existe la necesidad de producir una reforma del CPP: ello se apoya en primer lugar en la jurisprudencia de la Corte Suprema que lentamente ha declarado la inconstitucionalidad de distintos institutos también contemplados en el proceso penal fueguino. De esta forma, encontramos una *necesidad jurídica* que

¹⁴ Que establece las normas de la deliberación para dictar sentencia redactado de manera similar al art. 398, CPPN.

¹⁵ Véanse las declaraciones del juez del Superior Tribunal de Justicia, Javier Darío Muchnik publicadas en <http://www.sur54.com.ar/muchnik-no-somos-los-encargados-de-generar-politicas-de-estado>, consulta del 7.07.2010, quien hizo hincapié en la necesidad de contar con más jueces, consensuar un nuevo código y atender la cuestión presupuestaria al respecto; también las del juez de la Sala Civil de la Cámara de Apelaciones, Ernesto Löffler publicadas en <http://www.sur54.com.ar/inseguridad-hay-que-combinar-flagrancia-con-innovacion-tecnologica#>, consulta del 20.07.10.

justifica el proyecto que aquí emprendemos. A ello se suma una *necesidad fáctica* caracterizada por las falencias estructurales del CPP vigente (delegación de tareas, procedimiento por actas, mayor importancia de la instrucción), que debe ser superada mediante una norma procesal más moderna y adecuada al modelo constitucional.¹⁶

III. Pautas para una futura reforma procesal. Aspectos que quedan abiertos a la discusión

Dejando de lado ciertos “slogans” que a veces suelen dominar la discusión reformista (“acusatorio” vs. “inquisitivo”; “adversarial” como nueva panacea del proceso penal) entendemos que el contenido de cualquier modificación del CPP Tierra del Fuego debería orientarse sobre las siguientes pautas, sin perjuicio de que varios aspectos de ellas deberán ser sometidas a la discusión entre todos los actores de cualquier reforma seria: los tres poderes del Estado, los Colegios de Abogados y la Universidad.

a. La instrucción preparatoria y la organización futura del ministerio público fiscal

Quizás uno de los méritos más importantes del movimiento de reforma iniciado por el Proyecto de 1986 fue el de establecer que la preparación de la acción pública le corresponde a su órgano específico, el ministerio público fiscal. Sin embargo, no basta con este traslado de las funciones del juez de instrucción a otro departamento (mejor organizado para la tarea) *si no implica una reforma del método burocrático y registrado de investigar*. Esto significa ampliar el procedimiento por audiencias para decidir cuestiones capitales para el progreso de la investigación preparatoria: la prisión preventiva (desde su imposición hasta su cese, pasando por su control, cauciones, lugar y tiempo de la detención), las otras medidas de coerción tanto reales como personales, la ejecución de ciertos medios de prueba

¹⁶ En el mismo sentido en el ámbito federal y atento a la jurisprudencia de la Corte Suprema se pronuncia DUTTO, Giorgina, *Pronunciamientos judiciales que evidencian la necesidad de reforma del Código Procesal Penal de la Nación*, Revista de Derecho Procesal Penal, *El proceso penal adversarial*, t. 1, op. cit., pp. 19-48.

(allanamiento de domicilio, secuestros, extracción de sangre, piel o cabello con fines comparativos, comparecencia forzada para la ejecución de un acto procesal), suspensión del juicio a prueba, etc. Todas estas cuestiones deben decidirse necesariamente ante un juez mediante el método de audiencias públicas lo cual lleva de manera ineludible a “horizontalizar” la organización de los jueces.¹⁷

De esta manera, al ministerio público fiscal tendría a su cargo promover y ejercer la acción penal pública, dirigir la policía judicial (en caso que se decida su creación) o la que actúe en función judicial. Para practicar la investigación penal preparatoria debería adecuar sus actos a un criterio objetivo, elaborando sus requerimientos e instancias conforme a este parámetro, incluso a favor del imputado;¹⁸ además, su actividad tendría que regirse por los principios de unidad de actuación y de dependencia jerárquica, actuando con conocimiento y control de un juez (llamado de garantías o de control, según los distintos regímenes). Excepcionalmente, cuando exista peligro en la demora, podría disponer registros, requisas, secuestros o interceptación de correspondencia, con conocimiento del juez, quien debe convalidarlo en un plazo perentorio.

Otro aspecto importante es la organización del ministerio público fiscal sobre la base de los principios de flexibilidad, trabajo en equipo, debiendo evitarse la existencia de compartimientos estancos, la realización de

¹⁷ Cfr. MAIER, Julio B. J., *Las reformas procesales penales*, conferencia pronunciada en Río Grande, Tierra del Fuego, manuscrito, pp. 3-5.

¹⁸ Así, por ejemplo, el art. 200 del CPP Chubut (ley 4566) establecía con respecto al acusador público: “...El funcionario que lo representa en un caso deberá obrar, durante todo el procedimiento, con absoluta lealtad hacia el acusado y su defensor, hacia el ofendido, aunque no asuma el papel de acusador, y hacia los demás intervinientes en el procedimiento. El deber de lealtad comprende al deber de información veraz sobre la investigación cumplida y los conocimientos alcanzados, y al deber de no ocultar a los intervinientes elemento alguno que, a su juicio, pudiera resultar favorable para la posición que ellos asumen, sobre todo cuando ha resuelto no incorporar alguno de esos elementos al procedimiento. En este sentido, su investigación para preparar la acción pública debe ser objetiva y referirse tanto a los elementos de cargo como de descargo, con el fin de determinar, incluso, el sobreseimiento...”. El Proyecto de CPPN (2004) prevé en su art. 78 que el ministerio público fiscal debe dirigir la investigación preparatoria formulando sus peticiones y resoluciones en forma motivada y con un criterio objetivo.

trámites innecesarios y los excesos rituales.¹⁹ También debería preverse la creación de unidades especializadas en la investigación de delitos complejos.²⁰

b. El principio de oportunidad y las alternativas al proceso penal. El estado de la discusión en Tierra del Fuego y los hechos consumados

Todas las reformas procesales provinciales han acogido el principio de oportunidad, a través de diversos mecanismos: el principio de insignificancia, la proporción entre la pena y el daño sufrido, la aplicación de métodos alternativos (composición con la víctima, reparación del daño).²¹

Esto plantea dos universos de problemas: por un lado, las facultades de las provincias para regular este principio (opuesto al de oficiosidad previsto en el art. 71, CP) y por el otro, la contradicción que supone con respecto a los fines de la pena y la función misma del Derecho penal.

Un ejemplo tomado del Derecho alemán ilustrará este último aspecto. En el periódico "Süddeutschen Zeitung" del 29.09.2000 (ejemplar nº 225, p. 16) se informó sobre el siguiente hecho, ocurrido en una pequeña ciudad del estado de Hessen: "...Una niña de piel oscura jugaba con sus amiguitos en la calle. Un hombre detuvo el auto que conducía, bajó, tomó un cuchillo del baúl y se lo colocó a la niña sobre la garganta diciéndole: '¿debo cortarte el cuello? No perteneces aquí. Regresa a tu país de origen. De lo contrario, deberemos 'gasearte'. Tras ello, el hombre partió. Cuando la hermana mayor de la niña se dirigió a la casa de éste sólo para conversar con él, la estranguló y la ahuyentó con un palo, tras causarle previamente varias hematomas. El proceso penal iniciado fue sobreesido por la fiscalía tras el pago de una multa de 300 marcos conforme al § 153 a del StPO..."²²

Señala Reichenbach que uno de los más populares manuales de Derecho penal describe sus fines de la siguiente forma: "El interés de la sociedad estatal en mantener sus

¹⁹ Así lo prevé el art. 50 de la ley 6924 de Santiago del Estero.

²⁰ Un germen de esta organización ya existe en Tierra del Fuego; los Fiscales Mayores tienen a su cargo, uno en cada Distrito Judicial en que se divide la provincia, la investigación de los delitos cometidos por funcionarios públicos.

²¹ A manera de ejemplo, el art. 44 del CPP Chubut (ley 5478) regula cinco criterios de oportunidad; luego, los arts. 47, 48 y 49 prevén la conciliación, la reparación y la suspensión del proceso a prueba; el CPP Santa Fe (ley 12.734) prevé mecanismos similares en el art. 19 y sigs.; el CPP Santiago del Estero (ley 6.941) en su art. 61 hace lo propio bajo la denominación "criterios de archivo".

²² El caso ha sido tomado de REICHENBACH, Peter, *Kriminalpolitik und Strafrecht*, en LANGE, Hans – Jürgen (comp.), *Kriminalpolitik. Studien zur inneren Sicherheit*, Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2008, p. 307.

valores fundamentales y la conservación de la paz jurídica dentro de la sociedad sólo pueden obtenerse a través de que el ordenamiento jurídico prohíba con penas determinadas formas de comportamiento socialmente lesivas.” Y “a través de la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal sirve a la realización del bien común y la conservación de la paz jurídica. Es un orden de protección y de paz basado en la escala de valores ético-sociales constitucionales, orientado a su aplicación”.²³ Por estas razones, explica el autor citado, el legislador colocó bajo pena los comportamientos narrados en el inicio, tipificándolos como lesiones corporales e injurias; podría discutirse alguna calificación jurídica adicional. Sin embargo, la fiscalía sobreescribió el caso contra el pago de una multa, pues tal tipo de sanción se consideró adecuada para apartar el interés estatal en la persecución y, además, no se observó en el caso una culpabilidad grave (§ 153 a párr. 1, oración 1, StPO).

A partir de la solución brindada a aquellos hechos, Reichenbach se pregunta si este Derecho penal sirve en verdad al mantenimiento de los valores fundamentales y la conservación de la paz jurídica dentro de la sociedad.

Desde otra perspectiva, Daniel Pastor critica la aplicación del principio de oportunidad al que juzga una consecuencia de la inflación penal creadora permanente de nuevos tipos penales que necesariamente requiere de aquél para evitar la congestión de los tribunales. *“Igualmente provienen del neopunitivismo y del ‘caos’ actual de la legislación penal, especialmente de su insólita inflación, actitudes restrictivas de los derechos fundamentales en el ámbito del enjuiciamiento. Aquí se produce, como consecuencia del fenómeno disfuncional señalado, una afectación de los fundamentos axiológicos de la jurisdicción penal, en general justificada únicamente en simples criterios de eficiencia. Así pues, bajo la invocación de lograr eficacia en la persecución y el castigo de los delitos y ante la enorme cantidad de procesos que inevitablemente genera el neopunitivismo con su política criminal inflacionaria, se ha recurrido a instrumentos inconstitucionales que derogan los valores que insoslayablemente deben ser respetados por el sistema penal de un Estado constitucional de derecho. Ejemplos de esta patología son: a) la introducción de criterios de oportunidad de la persecución que derogan los valores democráticos e igualitarios de la vigencia de la ley penal sancionada por el Parlamento, órgano temporal y representativo, al otorgar a la fiscalía una discrecionalidad más propia de la administración que de un órgano auxiliar de la judicatura”.*²⁴

²³ La cita corresponde a WESSELS, Johannes / BEULKE, Werner, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 36ª ed., Heidelberg, 2006, nm. 4 y 6 ; y ha sido tomada de REICHENBACH, Peter, op. cit., p. 307.

²⁴ Cfr. PASTOR, Daniel, *Recodificación penal y principio de reserva de código*, op. cit., p. 46 y sigs. En la nota 27 señala: “No hay más oportunidad procesal que la discrecional: si la oportunidad es “reglada”, tal como en ocasiones se menciona, ya no es oportunidad en un sentido relevante para reflexionar con sentido sobre ella, pues en ese caso se trataría de la oportunidad de decisión (en abstracto) propia y normal del Parlamento representativo y no de la decisión (en concreto) de no perseguir dispuesta autónomamente por un abogado, funcionario del ministerio público, recluido en la soledad de su oscuro gabinete. Los casos

En cuanto a la potestad provincial de regular formas de extinción de la acción penal, la jurisprudencia de Tierra del Fuego fue zigzagueante. La primera decisión importante resolvió la controversia planteada acerca de la constitucionalidad del art. 309, inc. 6º, CPP Tierra del Fuego (texto anterior a la reforma por ley 341) en cuanto se sostuvo, como vimos, que la provincia regulaba una causal de extinción de la acción penal. El 21.3.1997 el Superior Tribunal por mayoría (jueces Hutchinson y Carranza) en la causa “Loncomilla Coyopae” consideró que dicha norma era constitucional en tanto establecía el plazo de duración del proceso. El entonces juez Hutchinson señaló: “...el art. 309 inc. 6º es cualitativamente distinto (comparado con el art. 59, CP) puesto que cesa la pretensión punitiva del Estado para el caso concreto, el del procesado que habiendo el Estado ejercido la actividad persecutoria no la ha ejecutado en tiempo oportuno, y por la entidad de los principios o derechos afectados y naturaleza del proceso debe haber una pronta resolución. Acá el Estado no se ha abstenido de ejercer la acción en tiempo oportuno; sino que habiéndola ejercido, no la instó en tiempo propio. La acción no puede volver a ejercerse, no porque haya prescripto, sino porque hay cosa juzgada...” (cfr. el considerando 4º del voto citado; el agregado entre paréntesis nos pertenece).

Sin embargo, con otra integración, el mismo Superior Tribunal declaró la inconstitucionalidad de los arts. 393 inc. 1º y 394 en cuanto establecían para los delitos de acción privada el sobreseimiento por falta de

denominados de “bagatela” o insignificancia no son supuestos de oportunidad, sino que se trata de hechos no punibles según las reglas de la teoría del delito. El no punir un hecho ínfimo, por ejemplo, porque traería para el país un grave conflicto internacional o porque con la pena se podría destruir la unidad de una familia (casos de lesiones leves, dolosas o imprudentes, entre parientes), responde a una determinación legislativa que reconoce la supremacía de esos intereses respecto del interés general en la represión, aunque ponga en peligro el principio de igualdad; *por lo demás, los criterios de oportunidad procesal buscan descongestionar las oficinas y, no obstante ello, un hecho de bagatela no debería ser punido aunque hipotéticamente fuera el único posible delito cometido en mucho tiempo en una sociedad determinada...*” (el destacado nos pertenece); sobre el principio de oportunidad véase también FALCONE, Roberto A., *La disponibilidad de la acción penal pública: cuestión procesal o sustancial*, JA 2003-II, pp. 1020-1025; también el trabajo de Marcelo Sancinetti, *Avenimiento y mediación*, ya citado. En este sentido, Naucke apunta críticamente que en vez de limitarse la creación de más Derecho penal, el Estado se libera de estos excesos afirmando que el ciudadano tenía una culpa leve en el caso concreto; cfr. NAUCKE, Wolfgang, *Über das Strafrecht des 1. Weltkrieges*, Rechtshistorisches Journal 9, pp. 335-339.

impulso del proceso durante 60 días (normas similares a los arts. 422 inc. 1º y 423, CPPN). En este aspecto, señaló el juez Robbio: *“...La facultad de las provincias en materia procesal se circunscribe a lo que positivamente debe comprenderse en ella, vale decir, las reglas de acuerdo con las cuales han de sustanciarse y terminarse los procesos vinculados con los códigos dictados por el Congreso Nacional a tenor del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Pero tal atribución local no autoriza a destruir ni anular los preceptos de las leyes de fondo. ‘Las leyes procesales, cuando emplazan o conminan para la realización de cierto acto dentro de determinado plazo, sólo pueden sancionar el incumplimiento o la omisión por la vía de la caducidad del derecho a cuyo ejercicio se insta, y aún avanzar cancelando definitivamente la secuela, pero no decidir la pérdida de acciones propias de una materia distinta de la que conforma la sustanciación solemne y prolija de los juicios...”* (cfr. considerando 4º). Mas adelante, el mismo fallo agrega: *“Así las cosas, los arts. 393 inc. 1º y 394 del CPP pretenden legislar sobre una materia exclusiva y excluyente del Congreso Nacional. Ello conduce a su invalidez constitucional...”* (cfr. voto citado, considerando 6).

Los mismos jueces que suscribieron esta sentencia dictaron luego la Acordada 49/05 donde se proyectaba la modificación de la ley 110, orgánica del Poder Judicial; se preveía en un nuevo art. 66 la facultad del agente fiscal de *“...prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal o limitarla a algunas de las personas que intervinieron en el hecho, de oficio o a petición de parte, en los casos y con los requisitos que reglamentará el Superior Tribunal de Justicia por acordada...”*. Dicho en otras palabras: el proyecto de ley incorporaba el principio de oportunidad como forma de extinción de la acción penal. Tal como lo señaló el juez Varela, estas contradicciones (propias de la condición humana y demostrativas de la imposibilidad de asignar un carácter infalible a las decisiones hechas por los hombres) muestran, desde

otra perspectiva, el carácter ilusorio del fin político de la casación penal, esto es, uniformar la interpretación judicial de la ley.²⁵

Lo cierto es que, más allá de todos los reparos que genera el establecimiento de formas alternativas al proceso penal y las contradicciones apuntadas, el legislador fueguino ya se ha pronunciado al respecto. Y de esta manera, también ha seguido la tendencia de la reforma procesal en general que consagra tanto el principio de oportunidad y la aplicación de medios alternativos al proceso penal.

c. La oficina de gestión judicial

Uno de los temas esenciales que abarca cualquier intento de reforma es el cambio de la gestión de la tarea de los tribunales cuestión que, según distintos autores, nunca ocupó un lugar central en la discusión jurídica.

La idea medular de las reformas en este punto consiste en separar nítidamente las funciones administrativas que recargan a los tribunales con las de decidir. Así, el pensamiento en este punto podría resumirse en que el juez debe limitarse a tomar decisiones jurisdiccionales.²⁶

Para lograr este propósito se han creado las llamadas oficinas judiciales orientadas a brindar asistencia organizativa para la realización de las tareas administrativas (confeccionar la agenda de audiencias, establecer los espacios para realizarlas, realizar las tareas referidas a su registración, publicidad, organización y asistencia de las partes). Se trata de garantizar la “logística” para poner en práctica las audiencias.²⁷

d. Creación de un gabinete de criminalística

²⁵ Cfr. voto del juez Varela, Tribunal de Juicio en lo Criminal, Distrito Norte, causa “Hernández Hernández, Florencio Arturo s/ abuso deshonesto agravado”, sentencia interlocutoria del 29.11.2005, registro nº 130, folios 167/177, considerando F; se citó a PASTOR, Daniel, *La nueva imagen de la casación penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 35-37.

²⁶ Cfr. GARCÍA YOMHA, Diego, *La gestión de los tribunales como herramienta esencial para un funcionamiento eficaz del sistema judicial*, Revista de Derecho Procesal Penal, El proceso penal adversarial, t. 2, p. 250.

²⁷ Cfr. el art. 12 de la ley 26.374; art. 4, ley 13.811, provincia de Buenos Aires; véase también SOLIMINE, Marcelo / PIROZZO, Jorge D., *Recursos y otros remedios para el control de las decisiones de jueces y fiscales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, pp. 330-331

Otra tendencia que se observa en algunas provincias es la creación de una policía judicial, dependiente del ministerio público fiscal (el caso pionero es el de la provincia de Córdoba).²⁸

En lo que respecta a la provincia de Tierra del Fuego, consideramos que en lo inmediato tal creación o traspaso resulta impracticable. Más sencillo y acorde con la situación política y económica actual sería crear un gabinete de criminalística dotado con profesionales especializados y, particularmente, provisto de los medios necesarios para hacer sencillas operaciones que hoy no pueden realizarse en la provincia.²⁹ Este cuerpo debería tener a su cargo la realización de las pericias e informes técnicos para comprobar nexos causales o probabilísticos, los vínculos personales para establecer la autoría y la participación frente a un hecho delictivo. En cuanto a su integración, tendría que conformarse con especialistas en criminalística, encargados de concurrir al lugar del hecho, con distintas funciones: confeccionar planos, tomar fotografías, realizar peritajes balísticos y documentológicos, reconstrucciones gráficas del rostro, tomar huellas dactilares y de pie calzado, efectuar análisis propios de accidentología vial y química legal, etc.³⁰

e. Libertad probatoria y nuevas tecnologías

Hasta ahora, uno de los principios indiscutidos en el proceso penal ha sido el de la libertad probatoria:³¹ salvo algunos particulares (que podríamos denominar prueba tasada negativa vinculados básicamente a la verificación del estado civil de las personas) todo puede probarse por cualquier medio. Sin embargo, el avance y la aparición de nuevas tecnologías

²⁸ Cfr. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *Propuesta de reorganización de la policía judicial de Córdoba*, Revista de Derecho Procesal Penal, El proceso penal adversarial, t. II, pp. 269-286.

²⁹ Por ejemplo, se registran casos de falta de reactivos para realizar ensayos de alcoholemia.

³⁰ Seguimos en este punto el trabajo de PÉREZ BARBERÁ, ya citado, p. 271.

³¹ El art. 188 CPP Tierra del Fuego establece: "*Limitaciones sobre la prueba. No regirán en la instrucción las limitaciones establecidas por las leyes civiles respecto de la prueba, con excepción de la relativas al estado civil de las personas.*" (concuera con el art. 206 CPPN); sobre la posible inconstitucionalidad de esta regla, cfr. D'ALBORA, Francisco J., *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, t. I, 6ª ed., Lexis Nexis Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 440-443. El art. 192 CPP Córdoba establece: "*Todos los hechos y circunstancias relacionadas con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba, salvo las excepciones previstas por las leyes.*"

ha generado, por lo menos, la discusión acerca de la necesidad de asegurar la vigencia del principio de legalidad en tanto ninguna medida de coerción o invasiva de la privacidad puede realizarse sin una ley previa que la autorice. Si bien la CPTDF establece en su art. 41 que los sistemas de almacenamiento de datos, los teléfonos y cualquier otro medio de comunicación no pueden ser intervenidos sin orden del juez competente, basado en indicios vehementes, ni la norma fundamental fueguina ni su CPP regulan específicamente la aparición de instrumentos vinculados con tecnologías modernas (video cámaras, micrófonos, información obtenida desde antenas y celdas de telefonía celular) útiles para la investigación criminal.³²

En este ámbito, también debería discutirse el alcance del principio del *nemo tenetur* frente a las inspecciones corporales y la obtención de muestras biológicas, pues el CPP Tierra del Fuego no contiene ninguna regla al respecto.³³ Constituye otra tarea ineludible de una futura reforma completar este vacío legal.

³² Por ejemplo, el art. 181 del Proyecto de CPPN (2004) regula la cuestión de la siguiente forma: *“Obtención de datos informáticos y electrónicos. El juez podrá ordenar, a requerimiento de parte y por auto fundado, el registro de un sistema informático o de parte de él, o de un medio de almacenamiento de datos informáticos o electrónicos, con el objeto de secuestrar los componentes del sistema, obtener copia o preservar datos o elementos de interés para la investigación, bajo las condiciones establecidas en el art. 167. Aun antes de ese requerimiento el fiscal podrá ordenar la conservación y protección de datos informáticos o electrónicos cuando existan razones para suponer que esos datos pueden ser perdidos o modificados. Esta medida podrá extenderse por un plazo de hasta noventa (90) días a fin de obtener la orden judicial necesaria para su revelación. Una vez secuestrados los componentes del sistema, u obtenida la copia de los datos, serán examinados por el fiscal, que decidirá si deben mantenerse secuestrados los componentes o conservarse los datos. En caso negativo dispondrá la devolución de los componentes o la destrucción de las copias de los datos. El interesado podrá recurrir al juez para obtener la devolución de los componentes o la destrucción de los datos.”*; sobre los distintos temas implicados véase la tesis doctoral de GARIBALDI, Gustavo, *Las modernas tecnologías de control y de investigación del delito*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009; fundamental la conferencia pronunciada por PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *Nuevas tecnologías y libertad probatoria en el proceso penal*, “Homenaje en el fin del mundo al Prof. Dr. Dr. h.c. Claus Roxin”, 1.10.2009, Río Grande, Tierra del Fuego; DIAZ CANTON, Fernando / SGRO, Marcelo, *Retos del Derecho procesal penal*, ponencia presentada en el Seminario del CEDEP, Universidad de Palermo, manuscrito, § 4. En la legislatura de Tierra del Fuego se ha presentado un proyecto de ley para regular la utilización de video cámaras y otros mecanismos de captación y grabación de imágenes y sonidos en lugares públicos (elaborado por los legisladores Frate, Löffler y Urquiza, registrado bajo el n° 262 del 2010). Por su parte, el Superior Tribunal se refirió a la validez en el proceso penal de las filmaciones obtenidas con cámaras ocultas en el caso “Wolaniuk” del 18.08.2009

³³ Véase al respecto el nuevo art. 218 bis CPPN; sobre este tema puede verse CÓRDOBA, Gabriela, *Nemo tenetur se ipsum accusare: ¿principio de pasividad?*, en AA.VV, *Estudios*

f. Necesidad de contar con un modelo racional de valoración de la prueba

De manera relativamente reciente, puede señalarse que se ha consolidado la tendencia a considerar la fundamentación de la sentencia como una garantía que abarca no sólo la cuestión jurídica sino también, y de manera particular, la cuestión fáctica. Mediante el cumplimiento de esta obligación estatal pueden conocerse los motivos de la decisión del juez y posibilitar su control posterior, cuestión trascendental atento el derecho del condenado al recurso.³⁴

Así, se afirma que para condenar, resulta necesario que la hipótesis de la acusación reúna los requisitos de no refutación, confirmación y mayor confirmación que sus concurrentes.

“...Este método responde a una concepción sobre la búsqueda de la verdad en el proceso penal, los principios que lo informan de acuerdo con el Estado de Derecho, y los límites del conocimiento humano. Si partimos de que es metodológicamente imposible alcanzar una verdad absolutamente cierta en el proceso penal (problema de la inducción), esto nos obliga a establecer unas reglas metodológicas que permitan la mayor aproximación posible a aquél objetivo. Estas reglas, denominadas ‘epistemológicas’ o ‘garantías de verdad’, señalan, entre otras cosas, que una hipótesis está justificada si cumple con los requisitos de no refutación, confirmación y mayor confirmación

sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp. 279-301; también la ponencia presentada en el Seminario del Proyecto de Investigación “Bases para la elaboración de un nuevo Código Procesal Penal para la provincia de Tierra del Fuego”, (UCES sede Río Grande, en convenio con la UTN) por AGUILAR BARRÌA, Elizabeth, *Los medios de prueba invasivos del cuerpo humano y su incidencia en el proceso penal de un Estado de Derecho*, manuscrito.

³⁴ En este punto son fundamentales las obras de FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibañez et al., Trotta, Madrid, 1995; ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia*, DOXA 12, (1992), pp. 271 y sigs. (falta libro); DIAZ CANTÓN, Fernando, *La motivación de la sentencia penal y otros estudios*, Editores del Puerto, 2005, en particular el trabajo *El control judicial de la motivación de la sentencia penal*, pp. 99-142; también PASTOR, Daniel, *El deber judicial de motivar las condenaciones*, en *Reflexiones sobre el procedimiento penal. Una tarde con Julio Maier. Homenaje al Prof. Dr. h.c. Julio B. J. Maier en celebración de su 70° cumpleaños*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, pp. 51-61; véase también la obra colectiva, *La prueba y la decisión judicial*, Sello Editorial, Universidad de Medellín, 2010.

que otras. Esto permite afirmar a algunos autores que dentro del proceso penal, la conjetura perjudicial para el imputado debe tener una probabilidad preponderante, condensada con la frase que el resultado esté probado más allá de toda duda razonable. En términos prácticos, esto significa que frente a dos hipótesis igualmente aceptables debe resolverse a favor del imputado...³⁵

Este estándar de prueba referido a la duda razonable ha sido incorporado expresamente por algunos ordenamientos latinoamericanos³⁶ y merece algunas consideraciones adicionales para precisar aún más la concepción a la cual responden.

La expresión “más allá de toda duda razonable” proviene del derecho anglosajón y está vinculada con el sistema de valoración de la prueba propio del juicio por jurados. Su alcance y contenido ha sido objeto de controversia, según explicaremos a continuación.³⁷

En el proceso penal confluyen dos principios antagónicos: la averiguación de la verdad acerca de la comisión de un supuesto delito y cómo

³⁵ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pp. 83-94, 104, 114-115 y 213-223; también IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan, *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 43-45; con mayor detalle, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, op. cit., capítulo 3, ‘El poder punitivo entre verificación y valoración’, pp. 117-205).

³⁶ Así, el art. 340 del CPP Chile establece: “Nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, **más allá de toda duda razonable**, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley. No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración.” Al respecto, CHAHUÁN SARRÁS señala correctamente que se trata de una regla importada de Estados Unidos de Norteamérica y que duda razonable “...es una duda que llevaría a las personas prudentes a dudar antes de actuar en materias de importancia para ellos mismos. Es duda basada en evidencia o en falta de evidencia...”; cfr. autor citado, *Manual del nuevo procedimiento penal*, 6ª ed. actualizada y aumentada, Legal Publishing, 2009, pp. 323-324 y sus citas (en especial, nota 193). Por su parte, el art. 381 del Código de Procedimiento Penal colombiano establece: “Conocimiento para condenar. Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio. La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia...”; cfr. Código Penal y de Procedimiento Penal, anotado por VALLEJO, Mario Arboleda, 26ª ed., Leyer, Bogotá, 2009.

³⁷ Sobre este tema véase LAUDAN, Larry, *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*, DOXA, 28 (2005), pp 96-98; allí se reproduce el debate mantenido en la mesa redonda reunida alrededor del tema “Racionalidad y estándares de prueba” durante el XI congreso ítalo-español de teoría del derecho, en septiembre de 2005; véase también FERRER BELTRÁN, Jordi, *Presentación*, DOXA, op. cit., pp. 93-94; en respuesta a Laudan intervinieron Michelle Taruffo, Marina Gascón Abellán y Juan Igartúa Salaverría, cuyas opiniones citaremos más adelante.

puede reducirse el error en esa búsqueda, falla que puede expresarse tanto en el castigo del inocente como en la absolución del culpable. En cuanto al primero, esta averiguación de la verdad se encuentra fuertemente matizada por una serie de garantías que la limitan: la prohibición de declarar contra sí mismo (principio del nemo tenetur), las prohibiciones probatorias, la inviolabilidad del domicilio, entre otras. Con respecto al error en la decisión del caso, el “núcleo duro” de la epistemología jurídica intenta establecer cómo debe estructurarse un juicio para elevar al máximo la probabilidad de que la sentencia sea verdadera, es decir, coincida con la realidad de lo efectivamente ocurrido; por su parte, el “núcleo débil” busca no tanto reducir los errores sino la manera de distribuirlos, lo cual constituye una decisión política, pues ciertas equivocaciones son menos aceptables que otras: aquí deben incluirse la presunción de inocencia y el in dubio pro reo, claramente receptados en nuestras Constituciones (CN, art. 18; CPTDF, 34, primer párrafo; 36, último párrafo) y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN; art. 8.2, CADH; art. 14.2, PIDCyP). Como dijimos, se trata de decisiones políticas donde se ha privilegiado la dignidad humana sobre otros valores. La historia nos muestra cómo la duda en otros sistemas no tan lejanos en el tiempo autorizaba el pedido de consejo a peritos en derecho y la imposición de la tortura vinculada, además, con el alto valor que se otorgaba a la confesión.³⁸ Incluso esta opción política se observa claramente en otros institutos vinculados tanto con la creación como la aplicación del Derecho penal: interpretación restrictiva de las normas que coartan la libertad durante el proceso penal (art. 1, CPP Tierra del Fuego, art. 37, primer párrafo, CPTDF); la vigencia del principio de legalidad y sus corolarios (mandato de certeza, irretroactividad de la ley penal más gravosa, proscripción de la costumbre y necesidad de contar con una ley escrita emanada del Congreso).

³⁸ Al respecto véase SARRABAYROUSE, Eugenio, *Responsabilidad penal por el producto*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, pp. 417 y sigs..

El objetivo de Laudan en el trabajo citado es establecer en qué consiste un estándar de prueba, cómo funciona y cuál sería uno sólido. Las rutas convencionales en el tema son la “duda razonable” (equivalente a la convicción íntima de los jurados) y la probabilidad bayesiana, propia de los ámbitos académicos, donde para condenar se exige una probabilidad del 90 o del 95 %.³⁹ En verdad, aquí se trata del uso de la probabilidad para *valorar* la prueba o para *probar* un hecho a través de una regla de la experiencia probabilística; en el primer caso, puede verse, entre otros, el trabajo de Andreas Hoyer,⁴⁰ donde exige para condenar una probabilidad del 95,74 %. En estos planteos (tributarios de las ideas de Condorcet) entendemos que existe una confusión entre el grado de convencimiento exigible al juez, hecho eminentemente psíquico, y el grado de probabilidad que muestra una regla empírica sobre la aparición de un suceso. Una ley estadística describe una relación del mundo exterior y brinda una posibilidad, mientras que la “probabilidad”, en sentido psicológico, marca un determinado grado de convencimiento, ubicado entre la seguridad y la inseguridad. En definitiva, las hipótesis que se discuten en el proceso penal *no se comprueban numéricamente sino que se valoran*.⁴¹

Retornando al trabajo de Laudan, considera que la duda razonable no es más que una alta confianza subjetiva, con lo cual, ella “...*queda reducida a cualquier duda que un jurado quiera utilizar para absolver a alguien...*”.⁴² Sin embargo, este estándar, tal como nosotros lo entendemos, intenta reducir la subjetividad al máximo posible. Los estándares de prueba se insertan en un proceso de valoración racional, y en consecuencia su papel de guías para valorar primero y para justificar después será incompleto si esa valoración y justificación no se acompaña de los criterios racionales exigidos por la confirmación. Y en este aspecto juega un papel fundamental la obligación de los jueces de motivar la sentencia. De esta forma, una decisión

³⁹ Cfr. el (de Laudan citado, pp. 98-99.

⁴⁰ *Der Konflikt zwischen richterlichen Beweiswürdigungsfreiheit und dem Prinzip in dubio pro reo*, ZStW 1993, pp. 523-556.

⁴¹ Cfr. SARRABAYROUSE, Eugenio, op. cit. pp. 373-377 y la bibliografía que allí se cita.

⁴² Cfr. autor y op. cit. p. 100.

jurisdiccional será legítima en tanto sólo una duda bien razonada acredite ser una “duda razonable”. En definitiva, no se trata de controlar lo que se enclaustra en la mente del juzgador sino lo que él expresa en su sentencia; y éste será el punto esencial que dirima la cuestión: la necesidad de fundar correctamente la cuestión fáctica de la sentencia que debe constituir un procedimiento intersubjetivo, verificable, que permita reconstruir críticamente los pasos que llevaron al juez a tomar su decisión. En este contexto, duda razonable significa duda razonada, o mejor, duda justificada razonablemente, donde “razonable” equivale a carente de arbitrariedad. La consistencia de la duda no se justifica en sí misma sino contrastándola con los argumentos proclives a la condena; y a la inversa, la contundencia de la hipótesis condenatoria tampoco se mide en sí, sino según su capacidad para desbaratar la presunción de inocencia y la propuesta absolutoria.⁴³

⁴³ Véase al respecto, las intervenciones de GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28 (2005), pp. 127-139; Igartúa Salaverría, Juan, *Prolongaciones a partir de Laudan*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28 (2005), pp. 141-150; también Sarrabayrouse, Eugenio, op. cit., p. 471; Igartúa Salaverría, Juan, *El caso Marey*, op. cit., pp. 43-45). La jurisprudencia de Tierra del Fuego registra diversos casos donde se han aplicado estos criterios. Así, el Tribunal de Juicio en lo Criminal explicó los alcances del principio in dubio pro reo y la duda razonable, en un caso donde la hipótesis expuesta por el imputado se encontraba en un pie de igualdad con la desplegada por la fiscalía, donde era tan posible la una como la otra. *“Esta situación constituye una duda razonable que torna aplicable el principio in dubio pro reo, previsto en el art. 36, último párrafo, CPTDF. En este sentido, no basta con que el juez se convenza de la efectiva realización de un hecho sino que, además, debe justificar racionalmente esa convicción, de tal forma que excluya cualquier duda razonable. “Cuando un juez afirma que ‘A cometió el hecho T’ sin utilizar la palabra probablemente, dice que existen buenas razones a favor de la verdad de su afirmación y, a la vez, que no existe ninguna duda digna de mención. También señala que cree lo afirmado y se hace responsable de ello. Es imposible, por estas razones, hablar de grados de certeza: sólo puede afirmarse que el convencimiento del juez se basa en razones que justifican su convicción sobre la verdad de la hipótesis acusatoria, según reglas de la vida práctica. Para que los terceros puedan convencerse de la verdad de la afirmación del juez, tienen que existir buenas razones intersubjetivas además de las subjetivas. La convicción del juez debe ser un convencimiento justificado, con fundamentos que lo hagan aceptable para un tercero, lo cual presupone una cuidadosa explicación de los hechos que incluya **la eliminación de todas las hipótesis alternativas cercanas**. Las razones que fundan la sentencia deben ser adecuadas para contradecir la presunción de inocencia **que protege no sólo al imputado individual sino, y principalmente, los intereses de la generalidad (porque todos los integrantes de la sociedad están expuestos a caer bajo la sospecha de haber cometido un delito)**. Es ineludible que también las hipótesis empíricas cuenten con un fundamento suficiente; por eso se comprende por sí mismo el hecho de que una sentencia insatisfactoriamente fundada es insuficiente, sin importar el convencimiento alcanzado por el juez...”, “...las dudas relativas al caso particular resuelto por el juez siempre son relevantes y es preciso ubicarlas en el ámbito*

Por lo tanto, consideramos que una futura reforma debería incorporar expresamente el estándar de prueba de la duda razonable.

g. El sistema de recursos

Una de las principales causas que tornó complejo el procedimiento penal y lo extendió temporalmente ha sido y es el sistema de recursos, que en su génesis, era un mecanismo para permitir el control jerárquico. “*A tal punto ello es así, que, originariamente (inquisición), existía una innumerable cantidad de casos en los que no era necesaria la voluntad de un perjudicado para poner en marcha el mecanismo de control (recurso de oficio – justice retenue).*”⁴⁴ De allí que una de las claves para agilizar los procesos penales sea la reforma del sistema de impugnación y abandonar la idea del recurso como medio de control jerárquico y concebirlo como una garantía del imputado. Para ello debe pensarse en lograr una mayor estructura de deliberación en la construcción de la sentencia lo que, por lo menos, garantiza mayor seriedad en la elaboración del fallo. En este sentido, no resulta importante la creación de varias instancias sino cuántos jueces y de qué clase son necesarios para resolver una determinada cuestión lo que conduce necesariamente a una “horizontalización” del oficio judicial.⁴⁵

Esto implica incorporar más jueces en las decisiones cruciales para el progreso de la investigación preparatoria o la imposición de medidas de coerción lo cual, a su vez, significará tanto una modificación radical de las prácticas y los modos judiciales como así también una reforma profunda de la ley orgánica.

de la libre valoración de la prueba. Al juez le compete establecer la dimensión de esta duda porque pesa sobre él la responsabilidad de condenar o absolver al imputado...” (cfr. la sentencia dictada por el Tribunal citado, del 30.09.2008 dictada en autos “Nieto, Félix Adrián y o. s/ incendio agravado”, registro nº 38, t. III, folios 414/438, protocolo 2008. En ella se citó SARRABAYROUSE, Eugenio, *Responsabilidad penal por el producto*, op. cit., pp. 452-453; también KINDHÄUSER, Urs, *Das Beweismaß des Strafverfahrens – Zur Auslegung von § 261 StPO*, Jura 1988, pp. 290-296.

⁴⁴ Cfr. MAIER, Julio B. J., Exposición de Motivos, op. cit., p. 589; véase también la conferencia dictada en Río Grande, Tierra del Fuego, el 20.08.2010, *¿Hacia un nuevo sistema de control de las decisiones judiciales?*.

⁴⁵ Seguimos en este punto las ideas de Julia Maier en la conferencia citada, pp. 5-10.

h. La participación popular

Si bien existen tres normas constitucionales que se refieren a la implementación del juicio por jurados, en el orden nacional no se puesto en práctica hasta la fecha. Dentro de las provincias, solamente Córdoba lo ha regulado tibiamente: se trata de un jurado de escabinos integrado por ocho jueces accidentales que se agregan a tres jueces permanentes y profesionales; juzgan los delitos comprendidos en el fuero penal económico y anticorrupción administrativa previsto en el art. 7° de la ley provincial 9181, a los que se agregan otros delitos agravados.⁴⁶ Algunas constituciones provinciales contemplan el juicio por jurados pero tampoco se aplican en la práctica.⁴⁷

La CPTDF no contempla el juicio por jurados; sin embargo, entendemos que ante la omisión del legislador, la provincia podría regular alguna forma de participación popular en la administración de justicia, que en nuestra opinión, debería recoger la forma de escabinos, es decir, la mezcla entre jueces profesionales y legos, fundamentalmente, por el valor que asignamos a la fundamentación de la sentencia.⁴⁸

La provincia registra varios intentos de introducir la institución del jurado. Dentro de ellos, se destacan los proyectos de ley planteados por el entonces bloque del ARI con el objeto de crear "*tribunales de jurados de actuación instructoria en determinados procesos*".⁴⁹

En los periodos legislativos 2006 y 2007 esta agrupación política presentó dos propuestas en el mismo sentido, registradas con los números 238 y 188. En líneas generales,

⁴⁶ Cfr. MAIER, Julio B.J., en AA.VV., *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009., pp. 1024-1025.

⁴⁷ Así CPP Chubut, art. 301 y ss.

⁴⁸ Sobre este tema puede verse ESER, Albin, *La participación de legos en la administración de justicia alemana en perspectiva comparada*, en AA.VV, *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, op. cit., pp. 303-315.

⁴⁹ Estas iniciativas legislativas se encuadran dentro de un conjunto de proyectos destinados a luchar contra la corrupción. Con la misma finalidad pueden citarse el proyecto 190/07 que proponía la incorporación del art. 74 bis en el CPP Tierra del Fuego para ampliar los legitimados para querellar en los casos de delitos que violen derechos humanos fundamentales y otros delitos cometidos por funcionarios públicos; el 192/07 sobre el régimen provincial de testigos; y el 181/08 para modificar el art. 370, CPP Tierra del Fuego con el objeto de limitar las facultades del Tribunal para imponer penas en los casos del inciso 2) del art. 37, ley 26.097.

ambos son muy similares; la principal diferencia radica en los fundamentos que acompaña al primero de ellos; otra importante se refiere a la integración del jurado (art. 5°); en los dos, el tribunal de jurados se integra con cinco miembros titulares y tres suplentes; el proyecto 188/07 establece que uno de los integrantes debe ser un magistrado, elegido por sorteo, cualquiera fuese su competencia por la materia y con asiento en el distrito judicial de radicación del caso. En cuanto a los fundamentos del Proyecto 238/06 presentado por los legisladores Raimbault y Martínez, más allá de contener alguna afirmación exagerada (véase el folio 21 vta. donde sus firmantes proclaman “...una concepción más democrática de la justicia penal, y ajena –entre otras turbias corrientes- a la casta aristocrática, sectaria y profesionalizada que retiene el poder de impartir justicia y de limitar los ámbitos y sujetos procesales...”⁵⁰) es cierto que el establecimiento del juicio por jurados constituye una materia pendiente del legislador, tema que ha sido actualizado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁵⁰ Sin embargo, el sistema propuesto por este proyecto no consistía en introducir el jurado pensado en la Constitución Nacional (es decir, aquel que *decide y autoriza la imposición de una pena*) sino otra clase, *el gran jurado*, que interviene en una etapa anterior y permite el avance de la causa para su decisión *por otro grupo de jurados*. Para entender mejor este aspecto, conviene que recordemos el origen histórico del instituto.

En el sistema anglosajón, el jurado de acusación siempre se desempeñó en parte como inquisidor y en parte como control, es decir, a manera de “filtro” para acusaciones

⁵⁰ En la causa “Casal” ya citada, los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti, en el considerando 15 expresan: “..el proceso penal de un sistema judicial horizontalmente organizado no puede ser otro que el acusatorio, público, porque de alguna forma es necesario compensar los inconvenientes de la disparidad interpretativa y valorativa de las sentencias. De allí que nuestra Constitución previera como meta el juicio criminal por jurados, necesariamente oral y, por ende, público. Posiblemente sea necesaria –aquí sí- una interpretación progresiva para precisar el sentido actual de la meta propuesta por la Constitución. Habría que determinar si el jurado que ese texto coloca como meta es actualmente el mismo que tuvieron en miras los constituyentes, conforme a los modelos de su época, o si debe ser redefinido según modelos actuales diferentes de participación popular. Pero cualquiera sea el resultado de esta interpretación, lo cierto es que, desde 1853 la Constitución reitera en su texto la exigencia de la publicidad del proceso penal al recalcar la necesidad de establecer el juicio por jurados, como una de las más idóneas para lograr la publicidad. La circunstancia de que el deber ser no haya llegado a ser por la vía legislativa no puede ocultar que la Constitución optó por un proceso penal abiertamente acusatorio, al tiende la lenta progresión de la legislación argentina a lo largo de un siglo y medio...”. Con anterioridad, la Corte consideró que las normas constitucionales relativas a los jurados “...no han impuesto al Congreso el deber de proceder inmediatamente al establecimiento del juicio por jurados, al igual que el primero no le impuso términos perentorios para la reforma de la legislación...” (cfr. Fallos 115:92 del 7 de diciembre de 1911, autos “Vicente Loveira c/ Eduardo T. Mulhall s/ injurias y calumnias”), doctrina reiterada en decisiones posteriores: “Ministerio Fiscal c/ Director del Diario La Fronda” (Fallos 165:258), “Tribuna Democrática” (Fallos 208:21) y “David Tieffemberg” (Fallos 208:225), interpretación receptada por otros tribunales, entre ellos, CNPE, Sala II, 30/4/1991, autos “Gino, A. Martellos” (LL 1991- E – 216); estas citas han sido tomadas de BARRANCOS Y VEDIA, Fernando, *El juicio por jurados*, Comunicación en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 26/10/2005.

infundadas. Se lo conocía con ese nombre o “Gran Jurado” por su número de integrantes, normalmente mayor que el del jurado del juicio al que se lo denomina, por esta razón, “Pequeño Jurado”.⁵¹ En la práctica, se convirtió en un verdadero tribunal de instancia intermedia, es decir, una instancia crítica de control sobre las investigaciones y la suficiencia de los cargos que se pretendían llevar a juicio.⁵² En Inglaterra fue suprimido por la ley de Administración de Justicia de 1993 mientras que en los Estados Unidos se encuentra regulado en la Enmienda V y la Corte Suprema de ese país ya en 1884 entendió que sólo se aplica para el gobierno federal y que no afecta el “debido proceso legal”. “...Lo importante, sin embargo, a pesar de eso, es que la institución se mantiene y se señala, como una de sus principales misiones, la investigación de las actividades del gobierno...”. Siempre se destacó su utilidad como fiscalizador contra la corrupción pública.⁵³

Ahora bien, aquel proyecto del ARI planteaba varios interrogantes, entre ellos, qué sentido tenía introducir una institución propia de otro sistema totalmente distinto *en la etapa intermedia y sólo para algunas causas* Además, el proyecto presentaba otros aspectos discutibles: por un lado, consideraba al gran jurado una garantía disponible y por el otro lo convertía en obligatorio para los casos donde se encontraban involucrados funcionarios públicos, sin aclararse bien cuáles eran las razones de esta diferenciación, habida cuenta que la decisión popular *únicamente autorizaba remitir la causa a juicio*.

Asimismo, si se piensa que el trámite para la selección del jurado y su conformación no resulta sencillo, el sistema propuesto podía acarrear más demoras en los procesos penales.

Por lo demás, los jurados no decidían sobre pruebas producidas en su presencia sino sobre alegatos de las partes, lo cual contradecía el espíritu de la inmediación. El proyecto nada decía sobre las facultades inquisitivas de los tribunales de juicio que, entre otras, controlan el cumplimiento de las prescripciones de instrucción, lo cual podía generar algún conflicto con el jurado intermedio, amén de que aquel órgano jurisdiccional mantenía intacta la posibilidad de sobreseer (art. 331, CPP Tierra del Fuego).

Tampoco se había pensado en las necesidades edilicias y de gestión que un proyecto de esa naturaleza acarrea: salas acordes para la intervención de los jurados, ámbitos adecuados para deliberar, por citar sólo algunos aspectos.

Finalmente, este proyecto no se convirtió en ley.

⁵¹ Cfr. HENDLER, Edmundo S. *El juicio por jurados. Significados, genealogías, incógnitas*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 32.

⁵² Cfr. HENDLER, Edmundo S., *Jurados de acusación y fiscales especiales: La corrupción y la experiencia de los Estados Unidos*, LL 1996-B, p. 1135.

⁵³ Cfr. HENDLER, Edmundo S., *Jurados de acusación*, op. cit., p. 1135. El mismo autor informa que actualmente sólo 19 estados conservan la obligación del gran jurado, principalmente en la investigación de casos de corrupción (cfr. autor y op. cit., p. 1136).

i. El papel de la víctima

Otra de las cuestiones delicadas que deberá enfrentar cualquier intento de reforma es el papel asignado a la víctima en el proceso penal y su intervención como querellante.

La reaparición de la víctima ha desplazado del centro de la escena al “autor” (el “delincuente”) y provoca para algunos autores un verdadero cambio de paradigma.⁵⁴

Tal como ya lo hemos señalado, la jurisprudencia le ha otorgado un carácter autónomo al querellante pues, incluso, puede continuar con la persecución penal aún sin la presencia del fiscal. Además, los proyectos de reforma y los códigos más recientes prevén la posibilidad de transformar la persecución penal pública en privada cuando el fiscal decide el sobreseimiento de la causa, reglas que nos parecen francamente inconstitucionales y que conmueven todas las bases filosóficas del Derecho penal.⁵⁵

Asimismo, la presencia de varios querellantes autónomos sumados al fiscal genera otro universo de problemas: la multiplicidad de acusaciones y la realidad de que, cada derecho que se le otorga a la víctima, significa la pérdida o limitación de una garantía del imputado.⁵⁶

Por eso, nos inclinamos por la figura del querellante adhesivo acompañada de una fuerte política de Estado que brinda toda la asistencia y protección necesaria a la víctima pero que no altere el equilibrio (endebles e inestable) del proceso penal. En este punto, consideramos como la más adecuada la regulación realizada por el CPP Chubut (ley 4566) en sus arts. 185 y sigs. que debería ser seguida en este punto.

j. Prueba piloto en el Distrito Judicial Norte

La experiencia recogida hasta el presente en los distintos procesos de reforma muestra que las mayores resistencias a los cambios surgen del

⁵⁴ Cfr. HASSEMER, Winfried / REEMTSMA, Jan, *Verbrechensopfer. Gesetz und Gerechtigkeit*, Beck, Múnich, 2002, en particular pp. 13-15.

⁵⁵ Art. 12, Proyecto 2004; art. 45, CPP Chubut (ley 5478).

⁵⁶ Sobre este tema véase KINHÄUSER, Urs, *La posición del damnificado en el proceso penal*, en ALBRECHT, Hans-Jörg y o. *Criminalidad, evolución del Derecho penal y crítica al Derecho penal en la actualidad*, Simposio argentino – alemán, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, pp.143-157.

mismo Poder Judicial.⁵⁷ Por ello, entre otras cosas, resulta necesario que todos los integrantes del sistema judicial se sientan parte y no espectadores de la reforma.

También existen necesidades de capacitación en las nuevas tareas, aspecto íntimamente vinculado con los puntos desarrollados precedentemente: deslinde de tareas administrativas, oralización del proceso, y la organización horizontal de los jueces.

La índole de los cambios involucrados y la experiencia recogida en otras provincias muestran que para no fracasar, el nuevo sistema debe iniciarse con una “carga cero” y su implementación debe ser gradual para controlar el funcionamiento del régimen y, especialmente, para posibilitar el entrenamiento de los operadores en las prácticas necesarias que la reforma exige.⁵⁸

Por estas razones, la futura reforma debería implementarse gradualmente y comenzar con una prueba piloto en el Distrito Judicial Norte. Si bien Tierra del Fuego cuenta con dos núcleos poblacionales similares en número, el Distrito Norte (que abarca la ciudad de Río Grande) presenta la ventaja de que es el asiento del mayor número de jueces penales (dos de la cámara de apelaciones; tres del tribunal de juicio; dos de instrucción, uno correccional y otro de ejecución) con lo que aquí podría implementarse la organización horizontal propuesta y, de acuerdo con los resultados que se obtengan, extenderla a toda la provincia.

k. Los institutos que deberían mantenerse

Tal como señalamos anteriormente, el CPP Tierra del Fuego reguló institutos novedosos con respecto a su modelo nacional y que deberían mantenerse: la duración máxima de la prisión preventiva y el sobreseimiento por vencimiento del plazo de instrucción, reglas que tendrían que integrarse con una general que establezca la duración razonable del proceso penal; y la

⁵⁷ Citar GARCIA YOMHA

⁵⁸ Sobre este punto véase DÍAZ CANTÓN, Fernando / SGRO, Marcelo, *Retos del Derecho procesal penal*, op. cit., § 14.

omisión de debate, donde el imputado sólo presta su consentimiento para aplicar esta forma de juicio, salvándose así gran parte de las críticas que se formulan a los procedimientos abreviados.

I. Modelo para la discusión

Por último, consideramos adecuado para discutir la reforma procesal penal tomar como base el CPP Chubut (ley 4566) pues, en nuestra opinión, es el que más adecuadamente regula el proceso penal y no case en los excesos de proyectos y códigos más recientes (en particular, el papel que le otorgan a la víctima y la conversión de la acción penal pública en privada). Quizás deberían discutirse algunos aspectos de técnica legislativa (por ej., si es necesario que cuente con un capítulo introductorio donde se enumeren las garantías procesales) pero sin lugar a dudas, él constituye una plataforma inmejorable para iniciar la postergada y ansiada transformación del rito fueguino

IV. Conclusión

Este pequeño trabajo ha intentado revisar los puntos salientes de una reforma procesal penal en Tierra del Fuego. Muchos temas quedaron en el tintero: la necesidad de contar con límites más precisos para aplicar la prisión preventiva, reglas para controlar el cumplimiento de las condiciones impuestas en la suspensión del juicio a prueba, la modificación del proceso intermedio, la configuración del recurso del condenado y los límites del acusador en este ámbito. Todos ellos deberán ser objeto de debate y discusión. Pero en cualquier caso, no debe pensarse que un nuevo código por sí sólo traerá soluciones mágicas. El cambio normativo debe ir acompañado de la reorganización del sistema judicial, de la gestión y la capacitación. *“Esto nos permitirá –como señala Binder- superar el fetichismo normativo pues*

*existe una creencia casi ilimitada en el poder transformador de las normas legales.*⁵⁹

⁵⁹ La cita ha sido tomada de GARCÍA YOMHA, Diego, *La gestión de los tribunales como herramienta esencial para un funcionamiento eficaz del sistema judicial*, en *Revista de Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 250.