

JORGE A. CLARIÁ OLMEDO

DERECHO PROCESAL PENAL

Tomo I

actualizado por

JORGE E. VÁZQUEZ ROSSI



**RUBINZAL - CULZONI
EDITORES**

DERECHO PROCESAL PENAL

JORGE A. CLARÍA OLMEDO

DERECHO PROCESAL PENAL

Tomo I

Actualizado por

JORGE EDUARDO VÁZQUEZ ROSSI

Profesor titular de Derecho Procesal II y Director de la Maestría en Derecho y de la Carrera de Abogado especializado en Derecho Procesal Penal en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional del Litoral. Miembro titular de los Institutos Panamericano e Iberoamericano de Derecho Procesal

Apéndices de legislación y jurisprudencia actualizados por

JOSÉ MARÍA MEANA

Juez del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de La Pampa

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

Talcahuano 442 - Tel. (01) 373-0755 - 1013 Buenos Aires

Túcumán 2644- Tel. (042) 555520 - 3000 Santa Fe

La presente obra de Jorge Clariá Olmedo consta de tres tomos que han sido actualizados por los Dres. Jorge E. Vázquez Rossi, Carlos A. Chiara Díaz y Jorge Montero, respectivamente.

Cada uno de los actualizadores ha prologado el volumen a su cargo.

ISBN 950-727-153-8

RUBINZAL - CULZONI EDITORES
de Rubinzal y Asociados S. A.
Talcahuano 442 - Tel. (01) 373-0755 - 1013 Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

PRESENTACIÓN

Publico estas Lecciones animado por el deseo de contribuir en la medida de lo posible a un mejoramiento en la administración de la justicia penal. Se trata de un conjunto de temas diversos pero unificados por la nota común de pertenecer a una disciplina jurídica, que he tratado de acomodar dentro de un sistema relativamente poco extenso y adecuado en lo posible a la variedad legislativa existente en nuestro país. Como orientación fundamental, he seguido el régimen vigente en el ordenamiento judicial de la Nación y en la Provincia de Córdoba por ser las legislaciones procesales penales que representan el tipo antiguo y el tipo moderno sobre la materia, y a los cuales se han adaptado en gran medida los códigos de las otras provincias.

El desarrollo técnico-doctrinal, que es la parte central de la obra, aparece complementado por conjuntos bibliográficos, legislativos y jurisprudenciales que se agrupan en lugares adecuados, evitándose la llamada nota de página.

Los temas teóricos, que en su mínima expresión se determinan por numeración arábica del 1 al 1005, se distribuyen primero en una introducción (Capítulo único) sobre el Orden jurídico penal, y tres Partes sobre nociones fundamentales, la estructura del proceso penal y los procedimientos penales. La Primera Parte se fracciona directamente en Capítulos, y las otras dos en Títulos que a su vez se dividen en Capítulos. De esta manera la obra consta en total de veintisiete Capítulos, cada uno de los cuales se divide en Secciones identificadas con números romanos, y muchas de ellas divididas a su vez en Subsecciones determinadas con letras mayúsculas.

Los conjuntos bibliográficos están ubicados bajo la denominación de

cada una de las Partes, de los Títulos y de los Capítulos de manera que aparezcan en el comienzo de ellos. En el total de los agrupamientos se ha tratado de ordenar las referencias bibliográficas de lo general a lo particular, pero en cada uno de ellos la distribución es por orden alfabético de los autores, salvo algunos agregados puestos al final.

Tanto la legislación como la jurisprudencia aparecen integrando apéndices para cada uno de los diversos capítulos. Por lo general ambos tipos de apéndices son amplios porque se persigue obtener un panorama integral de leyes y fallos sobre cada tema, captando así el contenido de la respectiva Sección. Sólo en casos de conveniencia se hacen citas de legislación y de jurisprudencia dentro del texto doctrinal.

En lo que respecta a la legislación, los apéndices están actualizados hasta el mes de marzo de 1981. Después de esa fecha no existe nueva legislación que revista importancia fundamental, pudiendo citarse la actualización del decreto-ley 1285/58 al 1º de noviembre de 1981, el nuevo régimen de matriculación de abogados; reactualización de multas y de otros montos del Código nacional; plenarios de Cámara en la Provincia de Buenos Aires; defensores oficiales de la Provincia de Mendoza, y algunas modificaciones al Código Procesal Penal de Santa Fe. Con respecto a la Provincia de San Luis se tiene en cuenta el Proyecto de Código Procesal Penal de la pasada década que no alcanzó a entrar en vigencia, y el único Código extranjero que se incluye es el de Costa Rica, por responder a los lineamientos de la legislación cordobesa siendo ésta su fuente directa.

Para la anotación de jurisprudencia han sido consultadas las siguientes colecciones: Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (citada "Fallos" sin indicar el tribunal); Boletín Judicial de Córdoba (citado "B. J. C." sin que se indique el Tribunal por ser en todos los casos el Superior Tribunal de Justicia del cual es su publicación oficial), y Fallos de la Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital, tribunal al que pertenecen también todas las citas. Asimismo se han consultado colecciones como La Ley, El Derecho, Jurisprudencia Argentina, Comercio y Justicia, Gaceta del Foro, Juris, Digesto de Jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires y Boletín Judicial de Mendoza. Para seleccionar estos fallos y sintetizar su contenido, se ha tratado de dar una visión lo más completa posible de las distintas instituciones conforme han sido analizadas por los diversos tribunales; por lo tanto no está limitada a apoyar los argumentos y conclusiones vertidas en el texto expositivo de la obra. De aquí que en muchas

oportunidades se citen fallos contradictorios cuya existencia llevan a la reflexión, y quizás a una mejor interpretación y análisis del tema.

No he trabajado solo en este esfuerzo por transmitir en forma compendiada y con propósito de síntesis mi pensamiento integral sobre un Derecho procesal penal legislativamente extendido a toda la Nación a través de múltiples cuerpos legales. Han colaborado en esta labor, con inteligente y dedicado empeño, tres miembros del Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, docentes y profesores en esa Facultad y también en la correspondiente de la Universidad Católica de Córdoba, precisamente en las cátedras de Derecho Procesal Penal. Son ellos el doctor José Ignacio Cafferata Nores y los abogados Cristina José de Cafferata y Jorge Montero con quienes, durante la realización de la tarea, he compartido largas sesiones de reflexión y aprendizaje recíproco, sumamente provechosas para la decantación de los conceptos jurídicos. Con ellos he compartido muchas de las ideas expuestas.

J. A. CLARIÁ OLMEDO

PALABRAS PREVIAS

La generación a la que pertenezco se formó bajo la influencia de la obra de Jorge Clariá Olmedo. Su vasto *Tratado* y sus muchas otras publicaciones constituyeron una guía indispensable para adentrarnos sistemáticamente en el estudio de la materia procesal penal.

Junto a Vélez Mariconde, constituye el firme cimiento desde el que fue edificándose el edificio del procesalismo penal argentino, que ha extendido sus aportes a toda Iberoamérica.

Y si bien los progresos de los últimos años han sido vertiginosos —como es propio de todo conocimiento científico—, nadie puede dudar de que, en una necesaria continuidad académica, seguimos ligados a ese trabajo verdaderamente encomiable.

Se ha observado con acierto que la verdadera prueba de los méritos y vigencia de un autor está dada por la relectura. Volver a recorrer páginas que en otros momentos provocaron nuestro entusiasmo y admiración, a veces provoca nostálgicas decepciones; ciertamente, no es éste el caso de Clariá Olmedo, que en un estudio actual continúa deslumbrándonos y resultando no sólo útil sino estimulante. De ahí lo acertado de la decisión de acometer una nueva edición de su obra, que iniciamos con este volumen.

La idea ha sido la de mantener el texto; ello, a más de elementales razones de respeto, porque la estructura es impecable, el estilo seguro y el desarrollo orgánico. Pero es indiscutible que el paso del tiempo ha agregado datos, han sido muchas e importantes las reformas legales y nuevos algunos de los temas y preocupaciones que han ocupado lugares protagónicos en el cambiante escenario de nuestra disciplina. De ahí que el problema haya sido resuelto mediante el método de

agregados que se suman al texto original, dando cuenta de cuestiones o informaciones que, lógicamente, el autor desconocía, salvo cuando se ha tratado de meras actualizaciones.

También es cierto que en algunos puntos podría plantearse una polémica con el maestro; es probable que discrepásemos en torno al mantenimiento de la instrucción formal (aunque Clariá ya adelantaba su adhesión a la citación directa y la necesidad de valorizar funcionalmente la figura del fiscal, como pleno titular del ejercicio de la acción pública) y, especialmente, en la legitimación como querellante del particular ofendido o el juzgamiento ante un tribunal de jurados legos.

Pero, en definitiva, éstas son cuestiones menores, ya que las coincidencias de fondo resultan muchas e importantes, al extremo de que al leer nuevamente textos sobre los que estudiamos y trabajamos, advertimos que su permanente abogar por un proceso científicamente estudiado y racionalmente comprendido, por la permanente aproximación al modelo acusatorio, por el carácter preparatorio de la etapa instructoria y por la plenitud del método oral de enjuiciamiento, no sólo mantienen actualidad sino que también siguen constituyendo aportes para la exacta comprensión de las reformas logradas o proyectadas, en la que mucho tuvieron que ver sus ideas.

En la presentación de la edición original de este *Derecho procesal penal* señala el autor que publica sus lecciones “animado por el deseo de contribuir en la medida de lo posible a un mejoramiento de la administración de justicia penal”. De más está decir que compartimos este propósito que ha guiado, con dispar fortuna, los esfuerzos de todos los que batallamos contra los graves males que aquejan a nuestro deficiente sistema. Pero más allá de obvios defectos, que una amplia producción monográfica ha denunciado con crudeza, ha habido progresos significativos que, a veces, resulta imperioso defender, ya que toda conquista en el avance racional nunca es definitiva y siempre está expuesta a los avatares de retrocesos e incomprensiones; ello resulta especialmente necesario en esta época en que la justicia penal se ha convertido en mercancía mediática y donde asistimos azorados a debates de una liviandad apabullante. Volver a obras como la de Clariá es un buen recurso para encontrarnos con una imprescindible seriedad académica.

A poco de su fallecimiento, propuse al doctor Alvarado Velloso, director de la *Revista de Estudios Procesales*, la preparación de un número de homenaje, el que se concretó con aportes valiosos de todos los que, de una u otra manera, nos sentíamos deudores de esa generosa entrega intelectual; hoy, esta nueva edición de su obra tiene también ese sentido de auténtico y profundo homenaje.

JORGE VÁZQUEZ ROSSI

INTRODUCCIÓN

EL ORDEN JURÍDICO PENAL

SUMARIO: I. Conceptos generales. I. Constitución del orden. II. Realización del orden.

1. El Estado moderno cuenta con un sistema convergente de normación jurídica a través del cual se determina un orden en el correspondiente grupo social. Se trata de un orden jurídico preestablecido cuya significación es la de obtener una ubicación general cada vez más próxima a la idea de la justicia: el deber ser del derecho.

Frente a este avance en el progreso de las instituciones, toma un sentido concreto el orden jurídico de cada Estado, el que se mantiene por sí mismo al estar provisto de coerción. La conducta conformada a ese orden será actuación justa, e injusta será la que lo contradiga. La posibilidad de desorden surgirá ante la mera noticia de una ilicitud, y se pondrá en acto la coacción como instrumento del orden. Mantener el orden significará hacer justicia.

Esa coacción jurídica tiene dos pasos que se manifiestan en la persecución y en la sanción: no se puede penar sin previa declaración de culpabilidad. La jurisdicción debe agotarse en la condena para que recién pueda ejecutarse una pena.

El derecho penal objetivo se manifiesta en toda su amplitud a través de las normas jurídicas determinantes de ese orden, socialmente enfocado para custodiar los valores jurídicos fundamentales de la colectividad. Pero ese conjunto normativo penal debe regir y aplicarse sin desmedro de la libertad individual. Surgen aquí dos intereses, que si bien se contraponen en los hechos, corresponde armonizarlos jurídicamente, prevaleciendo el individual en caso de duda frente al respeto a la dignidad humana. Ese doble contenido de protección jurídica se

synetiza en nuestro preámbulo constitucional con el afianzamiento de la justicia y los beneficios de la libertad.

Mas la conformación total de ese orden jurídico penal muestra dos aspectos tangibles dignos de consideración. Debemos conocerlo en cuanto a su constitución y en cuanto a su realización, lo que en cierta manera coincide con la estática y la dinámica del orden, pero no con lo sustantivo y lo procesal (material o formal). Esto se aclarará mejor más adelante.

I. CONSTITUCIÓN DEL ORDEN

SUMARIO: 2. Noción. 3. Establecimiento. 4. Garantía de la manutención.

2. El patrimonio político de la colectividad se mantiene y protege a través del conjunto de normas jurídico-penales que describen y sancionan determinadas conductas. Primero exhiben una limitada pluralidad de relaciones abstractas emanadas del delito en cuanto violación del orden jurídico y de la sanción en cuanto medio para man-

tenerlo o reordenarlo. Esto sin menoscabo de las relaciones normadas por las otras ramas del derecho, las que utiliza como base para el sistema sancionador: unidad del orden jurídico.

La norma penal describe modos de conducta materialmente perjudicial y formalmente antijurídica, y sanciona a quien incurre en lo descripto. Elípticamente prohíbe la conducta descripta (norma secundaria), pero por exclusión, al prohibir permite (norma también secundaria presupuesta). Lo sancionado está prohibido (o impuesto); lo no sancionado queda permitido (o tolerado).

En su descripción, cada norma penal configura una ilicitud (antijuridicidad), conducta (acción u omisión) que puede producir un daño público (perjudicialidad). Esa conducta está conminada con sanción (punibilidad) fijándose la pena o medida a aplicar (criterio de sancionabilidad) al que incurra culpablemente (culpabilidad) en la acción descripta (tipicidad). Con más generalidad, otras normas condicionan el contenido de aquéllas: en lo descriptivo, justificando la lesión ocurrida (causas de justificación); en lo sancionador, impidiendo la pena

previendo hipótesis de obrar incompleto (tentativa) o combinado objetiva o subjetivamente (concurso y participación).

Todo esto nos permite distinguir dos subaspectos en la constitución del orden jurídico penal. Uno es el de su establecimiento y el otro el de custodia y garantía de lo establecido. Ambos son estáticos, pero de distinta manera: el primero es inerte y el segundo conminatorio. Las distinciones no son sencillas, pero una vez obtenidas permitirán aclarar muchos conceptos. En lo posible nos orientaremos por la finalidad específica de las normas.

3. Las ilicitudes penales se configuran en una serie cerrada y discontinua de acciones típicas específicamente sancionadas. De aquí que no sea sancionable la conducta no adecuada típicamente a esa serie descriptiva *in specie*. Pero tampoco ha de serlo la conducta típica que no sea antijurídica y culpable, salvo que correspondan medidas de seguridad. Esto demuestra el contenido permisivo del orden establecido: lo no captado por las descripciones sancionadas, lo justificado o no culpable, lo no punible. Y esto es también normación jurídica aunque no sea ley penal; es la segunda parte del artículo 19 de la Constitución Nacional.

Pero a más de esto, existe un ámbito de licitud infranqueable para el legislador que surge de la primera parte de esa misma norma constitucional. No podrá ser declarada legalmente injusta (sancionada) la conducta que de ningún modo ofenda el orden o la moral pública ni perjudique a un tercero. La Constitución determina al legislador un límite infranqueable de ilicitud posible, fuera del cual existe una zona de licitud extensible a todos los derechos constitucionalmente consagrados (C. S. J. N., *Fallos*: 234:408).

Dentro de la esfera de posible ilicitud podrá el legislador fijar otro ámbito variable que separe lo lícito de lo ilícito, quedando lo primero fijado con la determinación específica de lo segundo. Pero le está prohibido penetrar en las acciones privadas de los hombres. Si lo hiciere, prevalecerá el texto constitucional.

4. La existencia práctica de la ilicitud se advierte a través de la sanción correlativa presta a ser actuada ante la declaración de responsabilidad. Por eso el elemento "sancionable" integra el concepto de la imputación delictiva.

La sanción es una conminación abstracta y general que en primer lugar guía a los individuos por la senda de lo justo, y en segundo lugar es instrumento de reconstrucción del orden ante la violación acaecida y jurisdiccionalmente declarada. Lo primero muestra el fin preventivo de la pena; lo segundo, su función represiva. Tal es la significación de este aspecto del orden.

Entendido como libertad de la conducta, el campo de lo lícito penal se integra por lo constitucionalmente no sancionable y por lo legalmente no sancionado. Objetivamente es lícito lo que no es o no puede ser sancionado.

Dado que el orden jurídico es unitario, el carácter sancionador del derecho penal debe entenderse como garantizador de los intereses jurídicos que todas las normas regulan. Pero como la pena integra cada norma con la descripción, conceptualmente ha de ser "lícito penal" la conducta no adecuada típicamente a alguna de las figuras previstas en abstracto por la ley penal, sin perjuicio de que pueda ser injusta en su proyección a otra norma no penal.

Lo cierto es que la relación abstracta de contradicción en que consiste lo ilícito se muestra entre el hecho hipotizado en el precepto y el orden jurídico general. Pero puede ocurrir que así lo sea desde el punto de vista del derecho civil (no pagar una deuda) sin estar la conducta conminada con sanción del derecho penal (exclusión de la prisión por deudas): falta de antijuridicidad penal.

Queremos insistir en el criterio positivo para la determinación de lo ilícito por ser él una de las más preciosas garantías de los individuos en su defensa contra los avances de la autoridad: determinación de lo punible significa establecer la regla de la libertad.

II. REALIZACIÓN DEL ORDEN

SUMARIO: 5. Necesidad. 6. Contenido. A) El poder de realización. B) Actividad realizadora. C) Garantía de realización.

5. El aspecto constitutivo del orden jurídico penal se manifiesta, pues, en la normación de lo justo y la especificación de lo antijurídico respecto de la valoración de los intereses fundamentales

de la colectividad. Las Constituciones norman la libertad y los derechos humanos o sociales, previendo adecuadas garantías para su concreta efectivación. Entre esas garantías están las conocidas por "procesales", dirigidas directamente al aspecto realizador del orden jurídico cuya importancia en lo penal es extraordinaria.

En efecto, el derecho positivo no pudo conformarse con la constitución del orden. Debió enfrentar también la realidad de su alteración o quebrantamiento, resultante de una efectiva puesta en peligro o de la destrucción de un bien jurídicamente tutelado. El orden alterado requiere su reconstrucción y a ella se llegará mediante la concreta declaración de responsabilidad o irresponsabilidad penal (y en su caso civil), seguida de sus necesarias consecuencias cuando se toma conocimiento oficial de una conducta afirmada como delictiva.

6. El mantenimiento y reconstrucción del orden jurídico en peligro o quebrantado plantea la vigencia de un aspecto realizador de ese mismo orden, reflejado en un derecho penal que llamaremos de realización, dispuesto para actuar las normas constitutivas del orden. Éste es algo más que el derecho procesal, puesto que también son realizadoras algunas normas sustantivas.

Dicho aspecto realizador es normación del mismo orden jurídico constituido normativamente, aunque contemplado desde otro punto de vista. Se resuelve en la efectividad del carácter coactivo del derecho en su tarea de custodiar (el penal) los intereses fundamentales de la colectividad. Ya no obra en abstracto sino frente al asunto concreto de la vida.

La realización jurídica tiene también su apoyo en lo lícito-ilícito (descripción) y en la sanción, pero para declararlo y aplicarla. La sentencia contendrá una declaración de culpabilidad o de inocencia. En el primer caso sancionará; en el segundo absolverá aplicando las normas de licitud.

Se trata de una función genérica de realización del orden, manifestada en tres subaspectos que están normados independientemente: poder de realización, actividad realizadora y garantía de realización.

A) *El poder de realización*

SUMARIO: 7. Contenido. 8. Naturaleza. 9. Teoría realista. 10. El poder y la libertad individual.

7. La idea de realización supone la existencia de una voluntad dispuesta a realizar, o sea de un poder munido de esa voluntad. En abstracto, ese poder es capacidad del ente que lo posea, y en concreto, se manifiesta frente al acontecer para el cual existe. Por ese poder resulta posible realizar el derecho cuando entran en acto las normas que lo constituyen.

Las normas garantizadoras del orden establecido, a más de la función constitutiva cumplen también la de atribuir al Estado el poder punitivo, delimitándole su ejercicio práctico en resguardo de la zona de libertad: sólo puede ser declarada delito y punirse la conducta descripta y sancionada por la ley (*nullum crimen nulla poena sine lege previa*); a cada descripción de conducta delictiva corresponderá una sanción (*quot delicta, tot poena*); sólo una vez puede perseguirse por el mismo hecho (*non bis in idem*).

A su vez, y para su ejercicio, el poder punitivo requiere el previo ejercicio de otro poder, lo que tiene su razón de ser en la exigencia constitucional del juicio previo (*nulla poena sine iudicio*). Nadie puede ser penado sin que su culpabilidad sea concretamente declarada por el órgano jurisdiccional: principio de inocencia.

Este poder previo al punitivo, pues, se manifiesta en la función jurisdiccional, resuelta en la actuación del derecho ante el caso concreto. Pero como la jurisdicción no puede ponerse en acto de oficio surge la necesidad de otro poder condicionante que consiste, precisamente, en excitar la jurisdicción: *ne procedat iudex ex officio*. Este último poder se concreta penalmente en lo que se conoce por principio de acusación. Se trata de conseguir que la jurisdicción declare o no la culpabilidad de alguien con respecto a un hecho que le sea presentado por un órgano extraño al jurisdiccional.

8. Esos tres poderes corresponden al Estado y se unifican en la función realizadora penal. No obstante la sucesividad en el ejercicio, coexisten en el tiempo y tienen su fuente en las normas san-

cionadoras. Su ejercicio se distribuye en diversos órganos, y a veces la acusación corresponde a particulares. El ejercicio de estos poderes está impuesto por las normas penales cuando se dan las condiciones para ello, salvo casos excepcionales fundados en la protección de otro interés más valioso. De aquí que los órganos públicos encargados no puedan como regla disponer de él. El único que puede disponer es el Estado y dentro de los límites que la ley establezca.

El carácter sancionador del derecho penal objetivo determina que el Estado sea el titular exclusivo de este poder en las tres manifestaciones. La descripción legalmente punida limita la actuación de ese poder en cuanto debe orientarse a la punición; no así cuando se lo concibe inserto en la totalidad del orden jurídico.

Esto nos hace ver cómo no resultan convenientes las doctrinas de la autolimitación del Estado o de la norma límite en cuanto afirman la existencia de un derecho penal subjetivo que no se extiende más allá del derecho penal objetivo dictado por el mismo Estado. Se habla, así, de un derecho subjetivo de punir del Estado cuyo límite es la norma penal emanada del mismo Estado. Las normas sustanciales y procesales serían otros tantos límites a esa función punitiva en cuanto ejercida por los órganos estatales.

El deber de actuar y la limitación funcional del propio Estado, conforme se plantea por estas doctrinas, llevan a la necesidad de sostener la existencia de otro poder del mismo Estado, lo que conduce a una indeterminación conceptual por ausencia de una base realista. Toda garantía de los ciudadanos resultaría ilusoria.

9. Aceptamos, por cierto, que la sanción garantiza la normal convivencia social ante lo ilícito y que el precepto descriptivo prefiere inextensiblemente la conducta prohibida. Pero es más trascendente observar que la norma constitucional permisiva, y diversas previsiones genéricas de la ley penal, garantizan la libertad del individuo mientras obre fuera de lo ilícito. Esto ha de ocurrir también cuando la conducta no puede ser punida por dogma constitucional o por no acomodarse a las prohibiciones o mandatos legales, como tampoco cuando ante una compulsa de perjuicios e intereses convenga al orden jurídico justificarla, no culparla o excusarla de pena.

La necesidad de orientar el proceso por carriles regulares y legales

justifica que la ley penal sea actuada por órganos, medios y formas legislativamente prefijados; pero esas normas de actuación tienen su valla infranqueable en las normas constitucionales en cuanto defensa de la libertad individual.

Esto nos lleva a una consideración dual del panorama realizador del orden. Al mismo tiempo que un derecho subjetivo, poder o potestad de punir correspondiente al Estado, con la correlativa obligación de los individuos de soportar la persecución y la pena, debe advertirse la presencia del derecho subjetivo de los individuos de ser penalmente respetados y al que correlativamente corresponde en el Estado la obligación de soportar ese límite.

Nos parece adecuado hablar, pues, de una garantía de justicia y de libertad ínsita en cada una y en el conjunto de las normas penales. Por ella se evita la arbitrariedad de los órganos estatales, protegiéndose tanto al Estado mismo en su estabilidad y a los individuos para la conservación y reintegro del orden jurídico, como a las funciones ejercitadas por los órganos del Estado para que ese reintegro o conservación sea más justo.

10. El pueblo da la atribución de dictar la ley penal a los órganos del Estado, pero les prohíbe su aplicación arbitraria. Esto es así porque el individuo conserva el poder de no ser sancionado por el Estado mientras actúe dentro de lo lícito, manteniendo la condición de inocente mientras no se declare su culpabilidad por sentencia firme del juez natural conclusiva de un proceso regular y legal.

En el Estado moderno debe amoldarse el concepto de libertad a la idea de justicia, nivelando armónicamente la compulsa de ambos intereses. La libertad individual debe ser un ingrediente indispensable en la realización del derecho penal objetivo, no sólo respecto de las condiciones y garantías que son contenido y fin de ese derecho sino también de la realización y seguridad de los derechos subjetivos individuales que tienen su fundamento en el derecho objetivo y que éste garantiza. Por eso el poder del Estado, al mismo tiempo que es para punir al transgresor de la ley, lo es para no punir a quien no fuere merecedor de pena. Si a ello se agrega que ese poder dual es de cumplimiento inevitable, se comprenderá mejor por qué lo hemos caracterizado como potestad.

Esto favorece la idea del individuo enfrentado pero no contrapuesto al Estado o a los órganos públicos. No hay contradicción alguna de intereses entre el imputado y el juez, y la que se advierte entre el imputado y el acusador público ha de ser sólo formal para una mejor defensa de aquél.

En realidad la justicia es fruto del reconocimiento de la libertad individual encuadrada en las exigencias del orden jurídico establecido. Mejor aún; la noción de justicia debe comprender la idea de libertad, ya que se incurrirá en injusto si se la sojuzga o restringe más de lo tolerado por la necesidad de justicia. Concretamente, el interés social de justicia comprende el respeto de las garantías individuales en la realización del orden jurídico.

B) *Actividad realizadora*

SUMARIO: 11. Concepto. 12. Naturaleza. 13. Extensión. 14. Realización de las condenas.

11. El poder penal del Estado se traduce en actividad mediante su ejercicio cuando el órgano público respectivo adquiere la noticia de un daño público proveniente de un supuesto hecho delictuoso. Desencadenada esa actividad, no debe detenerse como regla hasta que el orden resulte mantenido o restablecido, y esto puede ocurrir en cualquier momento de la trayectoria realizadora. Por excepción puede paralizarse o truncarse ante la protección de otro interés público prevaleciente para el orden jurídico, tanto en su inicio como durante su desarrollo.

El medio idóneo para el desenvolvimiento de esta actividad es el proceso jurisdiccional en el que actúa el juez como autoridad decisoria, y ante él el acusador y el imputado. Queda excluida toda realización directa del derecho penal, lo que es una importante diferencia con otras ramas del derecho material.

Tres fuerzas son las que actúan para dar vida y equilibrio a este proceso penal. Hacen de trípode para la realización de la justicia, apoyándose en una misma base y dirigiéndose a un mismo resultado. El juez decide porque existe una acusación contra un imputado que ha

podido defenderse. El acusador generalmente es oficial, y la defensa técnica también lo es en caso de indefensión particular.

12. Se trata, pues, de tres poderes objetivados en la respectiva actividad, cuya cuna es aquel poder del Estado dirigido a la punición de quien resulte penalmente responsable. Con el ejercicio de la jurisdicción, el tribunal proporciona o cierra el paso a la sanción amenazada. Esto lo decidirá frente al ejercicio de la persecución penal, o sea de la acción concretada en la acusación del Ministerio Fiscal (o particular, en su caso). Pero sólo podrá punirse legítimamente al acusado que haya podido defenderse, ejercitando la excepción materialmente por sí o técnicamente por su defensor.

El poder de acción se pone en acto con la *notitia criminis*, y al ejercitarse excitará la actividad jurisdiccional, la que sólo podrá decidir punitivamente si se ha ejercitado en el proceso el poder de la defensa. No obstante, la protección de otros intereses que el orden jurídico establece puede impedir, paralizar o extinguir el ejercicio de estos tres poderes, demorando o impidiendo la decisión, impedimentos para la realización jurídico-penal.

Los poderes penales de realización deben ejercitarse de oficio por el Ministerio Fiscal, salvo la protección de otro interés más valioso que imponga la instancia privada. Una vez excitada, también la jurisdicción debe continuar activándose de oficio mientras la acción se ejercite incriminadoramente o desincriminadoramente. El tribunal debe provocar la efectividad de la defensa durante todo el proceso, cuidando con su función tuitiva la debida intervención del imputado.

13. El derecho procesal penal objetivo reglamenta las atribuciones de los órganos de realización, da criterios de distribución de las causas y regula los medios y formas de actuación: garantía de la formalidad judicial. La fase cognoscitiva del proceso debe concluir en condena para que se dé paso a la punición, pero la actividad realizadora penal continuará mientras la pena se cumple, aunque más no sea como contralor.

De aquí que el proceso tenga dos manifestaciones sucesivas: una dialéctica de conocimiento para decidir sobre la inocencia o la culpabilidad; otra práctica de ejecución en caso de condena para agotar el cumplimiento de la sanción. Primero un conocer; al final un obrar;

pero entre ambos se interpone un querer consistente en la voluntad de la norma sustantiva declarada por el juez: aplicación.

El momento cognoscitivo se manifiesta en una imputación cuyo fundamento tiende a confirmarse o desvanecerse. La puesta en acto de los tres poderes se materializa en el entrecruzamiento de afirmaciones, alegaciones, investigaciones y decisiones, hasta obtener el pronunciamiento firme sobre el fondo que mantendrá o dispondrá mantener el orden jurídico alterado a través de la ejecución de lo resuelto. En todo esto estamos dentro del estricto marco procesal, sin interferencias sustantivas durante el momento cognoscitivo y coordinado con la función administradora durante la ejecución forzosa, satisfecha con el contralor jurisdiccional: derecho penal ejecutivo.

14. La afirmación de que con la pena impuesta y su efectivo cumplimiento queda reintegrado el orden jurídico que el delito alteró no permite concluir que las normas punitivas cumplen simultáneamente una función realizadora aunque sustancial. Las normas previsoras de las penas son las constitutivas que garantizan el orden establecido. En cambio, si son realizadoras las que actúan la sanción impuesta.

Pero estas normas de actuación referidas a la ejecución penal son algunas sustanciales y otras procesales. Tienen el primer carácter las que condicionan la ejecución de la pena estatuida por las normas constitutivas, y tienen el carácter de procesales las que fijan el modo y forma jurisdiccionalmente controlado de esa ejecución dentro de las condiciones fijadas por la ley penal.

En general, la diferencia entre estatución y actuación de la pena sirve para distinguir las funciones constitutiva y realizadora en lo jurídico penal. Pero en cuanto a las normas reguladoras de la ejecución penal todas son realizadoras aunque algunas de ellas integren el derecho material.

Dado que nuestro sistema permite introducir la cuestión civil en el proceso penal, ha de entenderse que las normas reguladoras de esta cuestión interesan directamente en la consideración penal del orden jurídico. Se trata de un criterio de unificación procesal que tiene su fundamento en la conveniencia de una integral reintegración del orden alterado por el hecho juzgable.

Un sustento de garantía judicial impone el carácter voluntario de la actuación civil en sede penal. Ya no es el Estado sino el particular quien aparece como destinatario del poder requirente, en su condición de damnificado por el hecho supuestamente delictuoso. Es él quien decidirá si actúa o no, si lo hace en sede penal, y, en su caso, fijará los límites sustanciales de la actuación jurisdiccional.

C) *Garantía de realización*

SUMARIO: 15. Naturaleza. 16. Previsiones de derecho positivo. 17. Eficacia.

15. También la realización debió ser garantizada por el mismo orden jurídico para prevenir la justa actuación de las normas constitutivas. No sólo se conmina la irregularidad de los actos procesales sino también el incorrecto comportamiento de los sujetos actuantes.

El imperativo de actuación para los órganos públicos debió garantizarse mediante normas sancionadoras bifuncionales. Así son por cuanto, al constituir el orden, tienen también en miras asegurar su realización declarando ilícito y puniendo conductas contrarias a la administración de justicia, a la protección de la libertad personal y a otros aspectos de similar trascendencia.

Diríase que aquí se cierra el círculo del orden jurídico en su conformación integral. Infringido el orden, se realizará la sanción que lo constituye; pero quien no lo realice conforme a lo mandado merecerá sanción cuando esa conducta encuadre en el ilícito conminado. Por cierto que se trata de normas sustantivas porque no obstante su destinación constituyen el orden. "Procesales" son las que aseguran el regular desarrollo de la actividad procesal.

Estas normas bifuncionales se encuentran en todas las ramas del derecho. Sin embargo, son más características las de derecho penal en cuanto dirigidas a punir a quienes atentan contra el público interés de la administración de justicia y el interés privado de la libertad individual, ambos comprometidos en el proceso penal.

16. La Constitución Nacional y, con más amplitud, las provinciales sientan las bases fundamentales para esta garantía de realización jurídica. Los códigos de fondo y de forma las desarrollan y regla-

mentan. Se reprime la calumnia (art. 109, Cód. Pen.). La detención, la incomunicación o el allanamiento indebidos (arts. 141; 143, inc. 3º, y 151, Cód. Pen.). De ello resulta permitida la privación de la libertad cuando la ley procesal lo establezca, siempre que se cumpla en virtud de orden escrita emanada de autoridad competente (art. 18, Const. Nac.) y no extendiéndose más allá de lo estrictamente indispensable.

Se castiga al funcionario que no respete las inmunidades y privilegios (art. 221, Cód. Pen.) imponiéndose la paralización del proceso para evitar el avasallamiento de los poderes públicos. Se reprime al que divulgue actuaciones o procedimientos secretos o perturbe el orden en las audiencias judiciales (arts. 156, 157 y 241, Cód. Pen.), y con ello se autoriza el secreto limitado a las primeras investigaciones y se garantiza el normal desenvolvimiento del proceso. Se pune al testigo que no comparece (art. 243, Cód. Pen.), el falso testimonio (arts. 275 y 276, Cód. Pen.) y la violación de sellos y documentos probatorios (arts. 254 y 255, Cód. Pen.) para asegurar la obtención de la verdad. Se castiga al encubridor (arts. 277 a 279, Cód. Pen.). Hay más ejemplos.

Por otra parte, se reprime la usurpación de autoridad (arts. 246 y 247, Cód. Pen.), el cohecho (arts. 256 a 259, Cód. Pen.), el prevaricato (arts. 269 a 272, Cód. Pen.), el retardo y denegación de justicia (arts. 273 y 274, Cód. Pen.). Con ello quedó impuesta la función legítima, limitado el contenido de las resoluciones, garantizada la imparcialidad y la justicia del fallo, autorizada la coerción procesal dentro de sus justos límites, establecida la inevitabilidad de la ejecución penal y del fallo para imponer una pena.

17. A la par que garantizan, estas normas también impulsan la realización jurídica. En muchos casos otorgan poderes de realización positiva o negativamente. Ahora interesa su función de garantía para complementar el cuadro de la realización penal.

En efecto; las normas bifuncionales que nos ocupan proporcionan mayor seguridad que las simplemente conminadoras de la irregularidad procesal. La desviación de la actividad procesal hace incurrir al funcionario o al particular en responsabilidad penal y también civil cuando su conducta encuadra en alguna de aquellas previsiones o en la ilicitud del derecho privado.

En esto contribuyen también las normas de derecho disciplinario.

Elas garantizan el regular desempeño de la función y la seguridad de la actividad particular durante la realización de la justicia. Muchas normas disciplinarias están contenidas en los códigos procesales penales y en las acordadas judiciales. Sus sanciones conminatorias pueden ser aplicadas aun a los jueces por un tribunal de jerarquía superior al personificado por aquél.

PRIMERA PARTE

NOCIONES FUNDAMENTALES

Capítulo I

EL DERECHO PROCESAL PENAL

SUMARIO: 18. Diversidad jurídica. I. Concepto y naturaleza. II. Evolución de la doctrina. III. Vinculación con otras disciplinas. IV. Fuentes. V. Bases constitucionales.

18. Se ha dicho que el Estado es una sociedad jurídicamente organizada, porque el derecho constituye el elemento orgánico de la vida social que es su materialidad. Al constituirse el orden jurídico, queda captado en su plenitud un determinado sector de la realidad. Su delimitación es triple, por cuanto hace a la materia, al tiempo y al lugar: lo *jurídico* de *este* concreto grupo social en una *época* dada.

Pero la normación extrajurídica, y el derecho histórico y el extranjero, se muestran como objetos de observación complementaria, sumamente útiles para la comprensión de los objetos jurídicos actuales y locales, o sea de *nuestro* derecho positivo vigente. Proporcionan datos significativos de extensión, evolución y comparación que, si son correctamente utilizados, proporcionarán claridad en la comprensión de las instituciones y principios.

Hemos expresado que el concreto orden jurídico es unitario al captar en plenitud un determinado sector de la realidad social; pero también se advirtió la posibilidad de considerarlo desde diversos enfoques, tanto en su manifestación constitutiva como en la realizadora. Surgen así las ramas en la normación jurídica, las que van adquiriendo independencia legislativa y doctrinal, sin perjuicio de que los principios de una de ellas influyan en las otras con variable eficacia.

I. CONCEPTO Y NATURALEZA

SUMARIO: 19. Ubicación de la materia. 20. Objeto de conocimiento. 21. Método de estudio. 22. Materialidad a utilizar. 23. Contenido. 24. Definición. 25. Denominación. 26. Carácter científico. 27. Derecho público de realización. 28. Accesoriedad y autonomía.

19. La rama que ahora debemos considerar viene a circunscribir un sector de la realidad jurídica concreta en una sociedad. En su referencia a los dos grandes aspectos del orden jurídico se proyecta al de la realización, y esto haría posible, en principio, caracterizar a esta rama del derecho como *procesal*. En efecto; está integrada por normas jurídicas procesales dirigidas a realizar fundamentalmente la materia penal. Es un conjunto de normas realizadoras del derecho penal objetivo, pero que no se agotan —como ya se aclaró (ver Nº 7 y 12)— todo el derecho realizador, por cuanto hay normas penales sustantivas con función realizadora, y por lo tanto con eficacia procesal penal.

Lo cierto es que a este derecho se lo denomina *procesal penal* porque el más importante objeto de estudio es el proceso, y la materia principal sobre la cual el proceso versa es una hipótesis de infracción penal. Después se verán los ensanches de ese objeto de estudio y de ese objeto del proceso. Lo expuesto basta para individualizar la rama jurídica que ha de ocuparnos en adelante.

No obstante esta delimitación conceptual, en todo caso debemos tener en cuenta el resto del ordenamiento jurídico por la decisiva influencia que las otras disciplinas ejercen en la procesal penal. A veces, más que influencia hay compenetración plena, como ocurre con las bases constitucionales y, entre otros aspectos más particulares, con las consecuencias civiles del hecho penal. De aquí que, en su oportunidad, tengamos que dedicar a estos aspectos una consideración en particular.

20. La independencia que ha adquirido el derecho procesal penal permite concluir que tiene actualmente para su estudio tanto un objeto propio como un método diferenciado. Los conceptos resultarán más claros si se hace un correcto análisis de ese objeto y una adecuada aplicación de ese método.

Como objeto de conocimiento del derecho procesal penal encontramos, en primer lugar, la efectiva realización de la justicia penal mos-

trada a través de la actividad de órganos públicos y de particulares interesados. Dado que esa realización no puede ser sino jurisdiccional, y que la actividad se concentra en el *proceso penal* a través del cual el Estado cumple su función, corresponde concluir que este *proceso penal* es el principal objeto de estudio de nuestra disciplina jurídica.

Pero el proceso penal, como así también las diversas instituciones que contribuyen a su desenvolvimiento, son el resultado de las normas que lo prevén y regulan. De aquí que, en última instancia, las normas procesales penales resulten ser el objeto de conocimiento o materia sobre la cual versa el estudio del derecho procesal penal positivo. Esto sin perjuicio de que se agregue toda esa serie de normas dirigidas a explicar y cimentar el proceso penal en sus diversas proyecciones: principios generales que lo gobiernan, las derivaciones y aplicaciones concretas de estos principios, órganos que actúan, la actividad que éstos desenvuelven y el rito en que esa actividad se cristaliza.

21. El método habrá de conformarse a ese objeto de estudio, ya que se trata del modo de conocerlo. Para ello, tres aspectos escalonados se presentan a nuestra consideración.

Primero debemos ocuparnos de los principios generales que gobiernan la realización de la justicia penal. Se trata de los problemas básicos de la disciplina, tendientes a obtener un conocimiento integral y de conjunto referido a los fundamentos, a las fuentes, a los poderes y a los principios que determinan la naturaleza, el contenido, el objeto y el resultado del proceso penal.

Después pasaremos al análisis de los elementos que estructuran el proceso, considerados desde un doble punto de vista: los elementos subjetivos referidos a los órganos o personas que actúan y los elementos objetivos referidos a la actividad que se cumple en el desenvolvimiento del proceso.

Por último se estudiará el procedimiento, lo que nos permitirá advertir los distintos caminos a recorrer para la específica actuación del derecho sustantivo. Se verá la combinación de aquellos elementos estructurales, una vez puestos en acto a través del recorrido hacia el resultado procesal.

De esta manera tenemos los siguientes grandes puntos:

- 1) Una plataforma científica del derecho procesal penal, sobre la cual se asientan indefectiblemente los otros aspectos.

- 2) Una estructura técnica del proceso que comprende:
 - a) La estática, representada por los elementos subjetivos, y
 - b) la dinámica, representada por los elementos objetivos.
 - 3) Una realización práctica resuelta en el procedimiento, que será la cinemática procesal.
22. Nuestro estudio quedará limitado al derecho argentino, extendido a la diversidad legislativa que rige en materia procesal. Aún quedan algunos códigos anticuados por cuya sustitución se brega persistentemente, y uno de ellos es el federal. Dada la importancia de este código desde el punto de vista institucional, deberá ser considerado muy fundamentalmente a la par de los más modernos que rigen, por ejemplo, en las provincias de Córdoba y de Corrientes.

Esto no impedirá, sin embargo, la labor comparativa proyectada a la mayor parte de los códigos argentinos y también en algunos casos de interés, a las fuentes extranjeras; sin perjuicio de incursionar, en la medida de lo indispensable, por los más importantes proyectos de nuestro país. Por cierto que serán materia de nuestro estudio las demás fuentes argentinas, como las Constituciones tanto de la Nación como de algunas provincias, y una serie de leyes penales que en su contenido procesal complementan los códigos: leyes orgánicas, leyes especiales del Congreso de la Nación y a veces leyes de otras ramas del derecho pero con eficacia procesal penal.

La jurisprudencia de nuestros tribunales no puede dejarse totalmente de lado, por cuanto nos ayudará a obtener el sentido de las normas. Más de una vez se han remozado con ella los arcaicos principios mantenidos en la ley o se han conciliado criterios frente a normas aparentemente diversas.

Habrá de utilizarse principalmente la doctrina argentina, y en lo indispensable la de Europa occidental y la latinoamericana. Se evitará citarla específicamente, salvo casos excepcionales, por el carácter que tiene esta obra; al final se hace un prolijo detalle bibliográfico.

23. Lo expuesto nos permite obtener el contenido del derecho procesal penal. Como advertencia previa, no debemos olvidar que, en cuanto derecho objetivo, se muestra como el conjunto de normas jurídicas que disciplinan la realización jurisdiccional del orden

jurídico en su enfoque penal, y aun la realización de normas materiales no penales que de alguna manera se refieran al objeto y al desarrollo del proceso penal.

Todas estas normas jurídicas tienen por destino, en consecuencia, realizar el derecho penal objetivo, y aun subsidiariamente el derecho no penal si con aquél se vincula en el caso concreto. Para ello han de ponerse en acto los poderes de realización que hemos analizado en la Introducción (Nº 7 a 10) y en su caso la potestad punitiva (supra Nº 14). A estos fines, las normas procesales penales regulan el proceso en sus diversos momentos, fijando los actos y formas de actuación, instituyendo los órganos públicos que deben cumplirlos y regulando las atribuciones o sujeciones de éstos y de los particulares intervinientes.

De aquí que, a más del proceso en su conformación externa y en su trámite, el derecho procesal penal deba ocuparse también de la organización judicial penal y de la distribución de sus funciones. En esto no se comprende la regulación penitenciaria, porque está ya fuera del proceso; pero sí el contralor jurisdiccional de la ejecución de las penas y medidas de seguridad.

24. Estamos ya en condiciones de obtener una definición de esta rama jurídica. Para ello buscamos reunir en una síntesis los elementos más salientes o, si se quiere, las notas imprescindibles. Pretendemos superar otras definiciones que, por abreviadas, resultan incompletas, o a la inversa, por demasiado extendidas terminan por ser imprecisas.

Nuestra definición no será, en definitiva, sino una especificación a lo penal del concepto que se tenga del derecho procesal en su visión unitaria. Esto nos permite expresar que el derecho procesal penal es la *ciencia que estudia, sistemáticamente, el conjunto de principios y normas referidos a la actividad judicial que se cumple a través del proceso, dirigida fundamentalmente a la efectiva realización jurisdiccional del orden jurídico penal*. Si a ello se le quisiera agregar el elemento modal, podría continuarse esa definición con lo que viene a ser la tarea a cumplir: *organizando la magistratura penal con especificación de las respectivas funciones y estableciendo los presupuestos, modos y formas del trámite procesal*.

En la parte sustancial de la definición encontramos, como concreto elemento de referencia, el conjunto de principios y normas científica-

mente sistematizadas. Es cierto que las normas están orientadas por los principios, pero también lo es que en muchos casos éstos las superan. Ese elemento concreto se refiere a la actividad judicial cumplida a través del proceso penal, aspecto éste que se proyecta directamente al objeto de conocimiento en su principal manifestación, y que se integra con la nota modal de la organización tribunalicia y las condiciones del trámite procesal penal. La otra referencia se hace al destino de esa actividad, en cuanto dirigida a la efectiva realización jurisdiccional del orden jurídico penal, lo que significa unificar la finalidad del proceso y de la jurisdicción dentro del área del derecho penal. Pero ésta es la orientación fundamental, puesto que eventualmente también se extiende a la realización de normas de derecho privado.

25. En la actualidad, la denominación más correcta para esta rama jurídica es la que nosotros utilizamos: *derecho procesal penal*. Quedó consagrada, como criterio unitario para todas las ramas, como consecuencia de la célebre polución de Chiovenda del año 1903. Ya han perdido toda su vigencia algunas denominaciones clásicas como las de *práctica*, *procedimientos* o *enjuiciamiento penal o criminal*, no obstante mantenerse aún en algunos cuerpos legales.

La voz "derecho" proporciona la nota científica de esta disciplina jurídica. La voz "procesal" hace referencia directa al objeto y esencia de esos principios y normas en cuanto dirigidos a la efectiva realización del orden jurídico. La voz "penal" muestra el aspecto de ese orden jurídico a realizarse. Resultan insuficientes otras denominaciones como las de *derecho judicial penal* o *derecho jurisdiccional penal*.

Goldschmidt nos habla de un "derecho justicial", pero corresponde aclarar que éste puede ser tanto procesal como material o sustantivo, siendo derecho justicial material el derecho penal sustantivo y formal el derecho procesal penal. Algo semejante ocurre con la conocida expresión "derecho instrumental", surgida de la división que hace Carnelutti de las normas en materiales e instrumentales.

Igual o semejante observación se nos haría si pretendiéramos hablar de un "derecho penal realizador" teniendo en cuenta, como lo hemos dicho ya (Nº 7 y 8), que hay normas sustantivas de realización. Es decir que el campo jurídico realizador es más extenso que el procesal, el que está comprendido en aquél, por lo cual participa de su carácter.

Aún suele ser frecuente hablar de “derecho formal o adjetivo” en oposición a “derecho material o sustantivo”. Son expresiones arcaicas que sólo tienen un valor convencional.

26. En cuanto a la materia procesal penal, se la consideró *derecho* y ya no mera praxis o procedimiento, se la ubicó en el cuadro de las disciplinas científicas. En las facultades de derecho deja de ser un simple estudio de organización judicial y procedimientos penales, para orientar la materia con la sistemática de una verdadera ciencia con objeto de conocimiento y método explicativo propios.

Su jerarquía científica fue conseguida paralelamente y como consecuencia de la concepción científica del derecho procesal civil, cuando se obtuvo la desvinculación de sus principios teóricos de los que rigen el derecho material. Supremo esfuerzo de la mitad del pasado siglo, que aún perdura ante los acelerados vaivenes de la convivencia social.

27. Como todo el derecho procesal, el procesal penal integra el derecho público porque regula una función y una actividad estatal. Para esta conclusión no es necesario recurrir al carácter público del derecho penal que se realiza, por cuanto casos hay en que también se actúan normas de derecho privado (cuestión civil). Sin embargo, ese contenido público de las normas penales aleja toda discusión sobre el particular.

La razón de la naturaleza pública de todo el derecho procesal radica en la inevitable intervención del Estado para la efectiva realización de la justicia. La función jurisdiccional es ejercida por sus órganos pre-dispuestos, ejercicio provocado en lo penal generalmente por otro órgano estatal, y a ello se agrega la posibilidad de imponer el defensor oficial.

Es interno del Estado, aunque pueda hablarse de un derecho internacional privado; rama jurídica ésta que, desde nuestro enfoque, constituye una disciplina auxiliar frente a determinadas situaciones de actuación proyectada a países extranjeros.

Se ha dicho ya que el derecho procesal penal se ubica en el aspecto de la realización del orden jurídico, sin perjuicio de que también haya normas sustanciales de realización jurídica. Es un carácter propio del derecho procesal.

Todas las normas procesales penales son de actuación, aun las destinadas a controlar el cumplimiento de la condena impuesta. Ellas actúan generalmente las normas constitutivas del orden, y a veces las propias normas de realización, tanto sustanciales (extintivas, impeditivas) como procesales (nulidades e impedimentos de trámite).

28. Dado que el carácter de realizador del derecho procesal penal resulta de la existencia de otro derecho dispuesto a ser actuado, con respecto a éste pasa a ser secundario. A dicha conclusión ha de llegarse si consideramos el orden jurídico en su integridad, por cuanto se advierte que dentro de él unas normas se dictan para la realización de las otras. Si omitiéramos el derecho sustantivo no habría qué realizar; las normas procesales estarían vacías, y por lo tanto serían inútiles por no tener materia para actuar.

La importancia de este carácter se hace más notable ante la necesidad de marcar la preexistencia del derecho sustantivo con respecto a la realización. En lo penal se lo expresa como principio de reserva. A su vez quedan bien delimitadas ambas funciones de las normas jurídicas, impidiéndose que los jueces se consideren libres para actuar jurisprudencialmente el derecho.

Pero no por ello el derecho procesal penal ha de ser simplemente un medio carente de un fin en sí mismo. Su fin propio se pone en evidencia si se advierte que su conjunto normativo tiende a asegurar la garantía judicial en la realización del orden jurídico penal, restableciéndose en cuanto fuere alterado. Se persigue la vigencia del derecho y la eliminación de la justicia de hecho.

Esto permite afirmar que, no obstante su carácter de secundario, debe asignársele la nota de autonomía. En efecto; el derecho procesal penal es independiente en su desenvolvimiento, contenido y finalidad. Tiene normas propias y principios rectores que le pertenecen, aunque se influyen recíprocamente con los de las otras disciplinas jurídicas.

El derecho procesal penal asume la realidad delictiva captada por el derecho material sólo como posibilidad o existencia de futuro: hipótesis a concretar conforme al derecho. Esto demuestra correlación entre lo sustantivo y lo procesal pero al mismo tiempo implica independencia en cuanto al sentido y fines de la normación. Doctrinalmente,

el *juicio penal* no es ya un mero capítulo de un programa de derecho penal, como lo mostrara Carrara, junto con el delito y la pena.

II. EVOLUCIÓN EN LA DOCTRINA

SUMARIO: 29. Primeros vestigios. 30. Derecho romano y germano. 31. Los judicialistas y los prácticos. 32. Procedimentalismo y cientificismo. 33. La influencia española. 34. Influencia francesa, italiana y alemana. 35. El derecho argentino y latinoamericano.

29. No es del caso que nos extendamos en este tema por corresponder más al derecho procesal en general; pero resulta necesario proyectarlo en alguna medida y con cierto método para advertir concretas particularidades referidas a lo procesal penal. En efecto; su contenido se ha ido modulando a través de la evolución doctrinal hasta lograr sistematizarse como disciplina autónoma. Lo ha hecho más lentamente que el derecho procesal civil, pero ha llegado a ser una rama vigorosa en la actualidad, poniéndosele a la par de éste.

La legislación procesal penal ha sabido captar los principios de la doctrina e incursiona modernamente por los carriles institucionales para encontrar equilibrio entre los intereses tutelados. Los fallos de los tribunales y los escritos judiciales muestran un avanzado sentido interpretativo de la ley y una preocupación por la efectividad de la garantía judicial en el desarrollo del proceso.

Como visión de futuro se advierte puja entre dos posturas aparentemente antagónicas: o el hombre ha de estar sujeto al principio de autoridad o ésta ha de mantenerse frente al hombre para protegerlo en su proyección social. Los sacudones de estas dos tendencias son recibidos directamente por las bases y principios que gobiernan el proceso penal. Es aún prematuro adelantar cuál será la futura orientación.

Los primeros vestigios de una normación punitiva de alguna importancia aparecen cuando los intereses trascienden de lo meramente individual con tendencia comunitaria. Es el germen de la penalidad como idea pública. Antes de ello, las transgresiones al orden se resolvían, primero por la reacción directa del ofendido, y después con la mediación de un particular y aun de un órgano público.

La reacción privada comenzó en forma individual y con el tiempo

se transformó en colectiva, directa satisfacción de un interés personal o del grupo. Era una reacción ciega, impelida por un sentimiento de venganza y no de justicia. La aparición del intermediario representa un notable progreso. También para los delitos actuaba como en los conflictos privados aunque se tratara de un órgano de la autoridad o de carácter popular. A veces esa idea privatista del conciliador fue complementada por los germanos con la intermediación divina.

30. Se trata de embriones de un procedimiento penal en su gestación publicística que se han ido conformando a los requerimientos de la vida colectiva hasta desembocar en la cultura greco-romana. Cuando en Roma se distingue entre *delicta publica* y *delicta privata*, se proporciona el cimiento de todo un conjunto normativo que caracterizará el contenido de nuestra disciplina.

Sin desplazar el privado, surge en Roma un tipo de procedimiento penal público que introdujo varios principios ya conocidos por los griegos y otros nuevos. Su esplendor se advierte en los últimos siglos de la República, cuando más se reconocieron las libertades individuales y se protegió la cosa pública: la *acusatio* o *questio*, que significó un poderoso instrumento jurídico y político, perdurando hasta bien avanzado el imperio, con sus características de liberal, orgánico y popular. Fue siendo reemplazado paulatinamente por elementos técnicos, producto de exigencias de la época, tomando entrada la *cognitio extra ordinem* que fue dejando a un lado las garantías individuales. Al extenderse por toda Europa debió enfrentar el rudimentario procedimiento de los germanos.

Ambos sistemas pujaron a lo largo de toda la Edad Media hasta la instauración de las monarquías absolutas que extendieron al derecho laico el procedimiento de la inquisición. Pero no faltaron embates individualistas, de fuerte empuje, que cimentaron una serie de principios aún mantenidos como base orientadora del derecho procesal penal.

31. En el siglo XI y principalmente en Italia surge la llamada escuela de Bolonia, con gran empuje en la formación judicialista del derecho. Significó un serio avance en el perfeccionamiento de las instituciones procesales que habían caído en desprestigio. Se tendió a revivir el proceso penal imperial, sobre todo en sus manifestaciones técnicas.

Sigue un largo período de codificación y de glosa pero los comentaristas no superaron el aspecto práctico o ritual. Sin embargo, tanto los glosadores como los posglosadores comienzan por distinguir primero entre el procedimiento civil y el penal, y después concluyeron por distinguir también la materia, es decir el derecho civil del penal. La distinción entre el derecho sustantivo y el procesal fue un progreso posterior.

El procedimiento penal marcha despacio hacia su concepción científica, aprovechando los avances del procedimiento civil, pero escasamente cristalizó en los cuerpos legales de aquellos tiempos. Al final de esta época se advierte el auge del sistema inquisitivo, siendo el más alto exponente la Ordenanza francesa de 1670.

Con el ponderable esfuerzo de algunos posglosadores y de otros comentaristas posteriores, los procedimientos penales toman un nuevo y ponderable empuje. Puede afirmarse que con ellos queda cimentada en Europa la base teórica del actual derecho procesal penal. En ella se asientan los códigos dictados hasta varios siglos después. Pero también muchos de esos principios han servido para apoyar el más crudo inquisitorialismo de los siglos inmediatos.

32. Innovadoras concepciones permiten entrar al período del procedimentalismo, con lentitud al comienzo pero ya decididamente a mediados del siglo XVIII. Propensos al dogmatismo y al positivismo, los cultivadores de esa época suelen limitarse a la repetición de la ley en los textos de enseñanza y orientación profesional, con simples aclaraciones para su mejor entendimiento. El procedimiento penal aparece como un mero apéndice del derecho penal sustantivo.

Pero el romanticismo del siglo XVIII fue de gran influencia en los procedimientos penales, lo que se manifestó en toda Europa a través del Código de Instrucción Criminal de 1808. El sistema mixto que este Código entroniza dio vida nueva al procedimiento penal. Sus comentaristas amplían el vigor de sus exposiciones, cuya alta jerarquía tiene hoy gran merecimiento.

La etapa brillante del procedimentalismo preparó con éxito la época científicista. El derecho procesal penal entró en ella a la zaga del procesal civil. Así fue cortándose el cordón umbilical que mantenía al derecho procesal nutriéndose del sustantivo. A su vez fueron separándose, en

sus características salientes, las dos ramas procesales, tanto en la legislación como en la doctrina.

Grande fue el esfuerzo teórico para entronizar y desarrollar la ciencia procesal. Empieza Windscheid en 1856 con su tentativa de separar la acción del derecho subjetivo. Lo siguen Muther, Bülow, Kohler, Wach y otros talentosos juristas, en la demostración de la autonomía de las disciplinas procesales, y remata en Chiovenda.

Desde allí en adelante, la teoría procesal penal se ubica paralelamente a la procesal civil en el esfuerzo por el progreso de las instituciones. Sin embargo, recién en el presente siglo aparecen obras integrales referidas al derecho procesal penal. La legislación va adecuándose paulatinamente al avance de la doctrina, aunque flanqueada por los vaivenes político-sociales.

33. El abandono del procedimentalismo en Latinoamérica se advierte ya avanzado el presente siglo en toda la materia procesal. El cientificismo tuvo mayor empuje en lo procesal civil pero no demoró en extenderse a lo penal.

En los períodos de organización nacional, los centros universitarios permanecieron por varios años inspirados en orientaciones tradicionales y rutinarias, resistentes al empuje innovador. En las universidades argentinas los procedimientos penales recién toman estado como materia independiente de las facultades de derecho, cuando ya ha avanzado el presente siglo, y ello da decidida entrada a la corriente científica, con enorme influencia en el progreso legislativo.

Es enorme y meritoria la influencia española en América sobre esta materia, no obstante la escasez de obras doctrinales. A fines del siglo XIX y a comienzos del actual tuvieron expansión en América las obras de Frábega y Cortés, de Lastres y de Covián. Después se divulgaron las de Miguel y Romero, de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y García Valdez, y de R. de Pina.

La doctrina española decae sensiblemente a mediados de este siglo pero en las dos últimas décadas vuelve a resurgir con obras muy importantes en materia procesal penal, como las de Miguel Fenech, Carlos Viada López, Enrique Jiménez Asenjo, Víctor Fairen Guillén, Pedro Aragoneses Alonso y Carlos de Miguel y Alonso. Entre los comentarios

puede recordarse la obra de Aguilera de Paz y algunas otras conocidas en América.

34. A más de la española, la influencia europea en América latina se limita a las doctrinas francesa, italiana y alemana. En Francia aún subsiste el procedimentalismo, que en cierta medida influyó en América a comienzos del siglo. Italia, en cambio, fue la fuente más directa del cientificismo americano, aunque en gran medida lo haya bebido de Alemania.

Como obra cumbre del procesalismo francés podemos citar la de Faustin Helie del siglo pasado. La obra de René y Pierre Garraud es también monumento pero de este siglo. Ambas fueron muy divulgadas en América. También corresponde recordar los trabajos de Esmein, de Bertrand, de Lyon Caén, y entre otros más, últimamente, los de Stefani y Lavasseur.

Entre las primeras obras italianas con influencia en América pueden citarse las de Crivellari, Alimena y Lucchini. Después de los Códigos de 1913 y 1930 surgen las obras de Manzini (tres ediciones), Florian (dos ediciones) y de los colaboradores del *Commento...* aparecido desde 1913. Son numerosos los continuadores en la labor científica del derecho procesal penal, destacándose actualmente Giovanni Conso, Francesco Cernelutti, Gaetano Foschini y varias más.

Alemania fue la fundadora indiscutible de la época cientificista. Decayó en el presente siglo pero a mediados del mismo resurge. Han llegado a América las obras de Ernst Beling, Rosemfeld, Graf zu Dohna, James Goldschmidt y Eberhard Schmidh.

34 bis. El desarrollo de la doctrina procesal penal de otros países con influencia sobre nuestro medio ha sido variada, sujeta muchas veces a las alternativas de las traducciones y del conocimiento personal adquirido por los diversos autores y, por ello, difícil de sintetizar. Sin embargo y a modo de mero apunte indicativo, no puede dejar de mencionarse la influencia sistematizadora del *Tratado de derecho procesal penal* del italiano Giovanni Leone que en la traducción de don Santiago Sentís Melendo se publicó en la década del sesenta y que fue una guía insustituible para la interpretación del sistema mixto del Código italiano de 1913, tomado como modelo por el Código de la Provincia de Córdoba de 1939 y los muchos que lo siguieron.

Posteriormente comienza a notarse una mayor difusión de la construcción germana que, como es sabido, ejerce una decisiva influencia en los estudios sobre la parte general del derecho penal y, de modo particular, sobre la teoría del delito. Pero dado el enfoque integral de la materia penal, no han sido pocos los aportes hechos por esta doctrina en relación a cuestiones realizativas. De tal modo debe señalarse lo concerniente a una perspectiva que integra lo sustantivo con lo procesal y que procura atender a ambas desde un enfoque político-criminal. Ello resulta especialmente relevante para nuestro medio, ya que por diversas circunstancias, ocurre que dentro de los estudios penales se enfocan temas preponderante o exclusivamente procesales, como ser los relativos a la acción y su ejercicio, la extradición, requisitos de procedibilidad, etcétera.

Así mismo, la difusión de la Ordenanza Procesal Penal alemana (traducciones de Julio Maier y del español Gómez Colomer) permitió acceder al conocimiento de un digesto que seguía una línea diferente a la que predominaba en nuestro medio, lo que se acentuó con la difusión de la breve pero clara obra de J. Bäumann. Ello se complementó con diversos artículos monográficos principalmente publicados en traducciones en la revista *Doctrina Penal*.

En el caso de Francia, tuvo singular repercusión la obra del filósofo Foucault, que si bien no se ubica dentro de lo que podríamos considerar los estudios tradicionales sobre el derecho, analizó agudamente las particularidades del fenómeno jurídico y del poder penal dentro de la historia; sus obras *La verdad y las formas jurídicas* y, sobre todo, *Vigilar y castigar* alcanzaron difusión mundial y ejercieron especial influencia en nuestro medio.

En lo que atañe a España, luego de la caída del régimen franquista se produce una notoria revitalización de los estudios jurídicos, siendo de importancia señalar, en lo que respecta a nuestra materia, el intento de profundizar en las garantías constitucionales y el reciente debate en orden a la instalación y funcionamiento de los jurados populares. Entre las muchas obras que regularmente llegan a la Argentina pueden citarse los trabajos de Gimeno Sendra, Vázquez Sotelo, Moreno Catena, Almagro Nosete y José Tomé Paule, entre otros, a más de la esclarecedora doctrina del tribunal constitucional.

Las reformas en la legislación italiana y portuguesa, que entre otras modificaciones adoptaron la investigación fiscal preparatoria, generaron la debida atención, destacándose al respecto la obra del profesor de Coimbra Jorge Figueredo. Los análisis sobre la nueva legislación de Italia no han tenido traducciones que circulen en nuestro medio pero sí la influyente e importante obra de Ferrajoli que aparece como un aporte insoslayable.

También, y a diferencia de lo que ocurría en otros años, se ha prestado particular atención al sistema anglosajón, siendo varios los trabajos de nuestros doctrinarios que han acercado estudios sobre diferentes aspectos del enjuiciamiento penal norteamericano.

En lo que respecta a Latinoamérica, es sabido que la denominada teoría del proceso tuvo un desarrollo influyente en su propósito de elaborar una visión unitaria del fenómeno procesal, correspondiendo citar los nombres del uruguayo Couture y luego los del mexicano Briseño Sierra y del colombiano Devis Echandía. Pero en el campo específico de lo procesal penal, ha sido la Argentina la que ha marcado rumbos sobre el resto de la región. En Brasil, corresponde mencionar el aporte de la profesora de San Pablo Ada Pellegrini.

De todas formas, es indudable que la globalización que impera en nuestros días, el constante intercambio entre las universidades y la frecuencia de los congresos han contribuido a una fluidez de comunicaciones que posibilitan como nunca antes el intercambio de ideas y conocimientos.

Como conclusión final de esta evolución, puede tenerse en claro que en la hora actual existe una comunicación dinámica entre las diferentes contribuciones del pensamiento jurídico, sin que pueda hablarse —como ocurrió en años anteriores— de una determinada preponderancia o influencia. De igual modo, está en claro que en los aspectos y contribuciones más relevantes se advierte una profunda superación de los enfoques dogmáticos tradicionales por una apertura hacia visiones político-penales de mayor riqueza.

35. El derecho procesal argentino se ha ido formando con todas estas influencias. Así ocurre también en toda América latina. En materia procesal penal, su arranque como ciencia se encuentra en el *Manual* de Tomás Jofré que empezó con la edición de 1914. Antes

existieron los comentarios generales de Canale, de Castellano, de Sobral, de Tejedor y de Malagarriga y Sasso.

Mientras las ediciones de la obra de Jofré se iban sucediendo, aparecieron trabajos de J. H. Frías y de Máximo Castro, como también de Corellano, Gil Elizalde y Pizarro Miguens. Próximo al año 1940, se advierte un auge inusitado en la prospectiva procesal penal argentina. Como obras generales aparecen las de Alcalá Zamora y Levene, de Artemio Moreno, de Bartoloni Ferro, de Oderigo y otras menores. En las dos últimas décadas se publican las obras de Vélez Mariconde y de Clariá Oimedo.

Entre las obras sobre procesal penal de América que más han circulado entre nosotros pueden mencionarse las de Ary de Azevedo Franco y la de José Federico Marqués, ambos brasileños. De México hemos tenido a nuestro alcance los trabajos de Franco Sodi, Manuel Riera Silva y González Bustamante. Deben citarse también, entre varios otros, a R. C. Castellanos de Guatemala, a José Portuondo y De Castro de Cuba, al chileno Fontesilla Riquelme, a Percy Mac Lean Estenós de Perú, a Víctor M. Riquelme de Paraguay, a los venezolanos Arminio Borjas y Julio César Acosta, y ya en esta década al panameño Torres Gudiño y muy especialmente al ecuatoriano (de Guayaquil) Jorge E. Zabala Baquerizo.

35 bis. Puede advertirse en la evolución de los estudios procesal penales argentinos un notorio dinamismo y una sólida fundamentación que han colocado mercedamente a esta disciplina en un lugar de vanguardia dentro del pensamiento jurídico, influyendo en los movimientos de reforma latinoamericanos.

En primer lugar es de señalar que la cuestión se encuentra, al igual que en España, estrechamente relacionada con la recuperación del Estado de Derecho democrático y con la consolidación de un clima de libertad intelectual que posibilitó el amplio debate sobre las cuestiones judiciales, sometiendo a crítica instituciones y enfoques caducos y postulando modificaciones integrales.

La normalización de las universidades nacionales y el acceso a las cátedras mediante concursos abiertos y públicos de oposición y antecedentes permitieron contar con cuerpos docentes capacitados, debiendo mencionarse a este respecto la realización regular de encuentros de pro-

fesores de derecho procesal penal en los que se consideraron la actualización de los programas de estudio y se propiciaron las reformas legislativas de mayor trascendencia; en tales sesiones participaron activamente, entre otros, los profesores Julio Maier y Francisco D'Albora, de Buenos Aires; Pedro Bertolino, de La Plata; José Ignacio Cafferata Nores, Jorge Montero y Víctor Vélez, de Córdoba; Héctor Superti, Adolfo Alvarado Velloso, Víctor Corvalán y Ramón Ríos, de Rosario; Ángela Ledesma y Marcelo Bourgignon, de Tucumán; Efraín Quevedo Mendoza, de Mendoza, y Jorge Vázquez Rossi y Carlos Chiara Díaz, del Litoral.

También deben mencionarse la regular realización de congresos internacionales y nacionales de la materia en los principales centros culturales del país y el frecuente intercambio desde y hacia naciones extranjeras, como así también el dictado de maestrías y cursos de posgrado en diversas universidades.

La producción bibliográfica ha sido considerable, correspondiendo indicar primero aquella aparecida en publicaciones especializadas tales como la *Revista de Estudios Procesales* y, especialmente, *Doctrina Penal*, a más de *La Ley*, *Jurisprudencia Argentina*, *El Derecho*, *Zeus*, *Juris*, la polémica *No hay Derecho*, etcétera, cuyos índices reflejan una atención preponderante a cuestiones relativas al enjuiciamiento penal.

En segundo término cabe señalar las obras exegéticas de la legislación vigente, principalmente destinadas a su utilización profesional; entre ellas destacamos las referidas al Código Procesal Penal de la Nación, tales como la de Vázquez Rossi, Chiara Díaz y Pessoa; Francisco D'Albora; Raúl W. Ábalos, y Edgardo Donna; el nuevo Código de la Provincia de Buenos Aires (obra colectiva bajo la dirección de Chiara Díaz); el Código Procesal Penal de Santa Fe, de Büsser e Iturralde; la reforma de la legislación cordobesa, analizada bajo la dirección de quien fue su principal impulsor, Cafferata Nores; el Código de Entre Ríos, por Carlos Chiara Díaz, y los códigos de las provincias del Nordeste, por Nelson Pessoa. También debe mencionarse la obra de Vázquez Irubietta y Castro sobre el procedimiento mixto.

En tercer lugar corresponde aludir a la extensa serie de libros referidos a cuestiones o enfoques particulares sobre la materia procesal penal; entre esa abundante producción pueden destacarse por su difusión los trabajos de Alvarado Velloso (*Introducción al estudio del de-*

recho procesal, 1988), Ayán (*Recursos en materia penal*, 1985), Bergalli (*Estado democrático y cuestión judicial*, 1985), Bertolino (*El debido proceso penal*, 1986; *Proceso penal y servicio de justicia*, 1992), Binder (*Introducción al derecho procesal penal*, 1993), Cafferata Nores (*El imputado*, 1982; *Medidas de coerción en el proceso penal*, 1983; *La excarcelación*, 1986; *La prueba en el proceso penal*, 1986), A. Carrió (*Garantías constitucionales en el proceso penal*, 1984), Cavallero y Hendler (*Justicia y participación*, 1988), F. de la Rúa (*La casación penal*, 1994), De Olazábal (*La libertad del imputado*, 1991; *Suspensión del proceso a prueba*, 1994), Elbert y Gulco (*Ejercicios de derecho penal y de derecho procesal penal*, 1992), Hendler (*Derecho penal y derecho procesal penal de los Estados Unidos*, 1996), Jauchen (*La prueba en materia penal*, 1992), J. Miller, Cayuso y Gelli (*Constitución y derechos humanos*, 1991), Nino (*Ética y derechos humanos*, 1989), Pessoa (*Fundamentos constitucionales de la exención de prisión y de la excarcelación*, 1992), Sosa Arditi y Fernández (*Juicio oral en el proceso penal*, 1994), Vázquez Rossi (*El derecho penal de la democracia*, 1993; *La defensa penal*, 1996), etcétera.

Por último cabe hacer mención a las obras generales, cuya importancia se destaca. En 1985 se publica el *Curso de derecho procesal penal* de Jorge Vázquez Rossi y en 1987 el de Francisco D'Albora. Moras Mom edita en 1992 su *Manual de derecho procesal penal*. Julio Maier, quien fue proyectista del Código Procesal Penal de la Nación (1987) y uno de los autores del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica y autor de numerosos e influyentes trabajos, publica su *Derecho procesal penal argentino*, que luego (1996) reedita como *Derecho procesal penal* a la manera de la primera parte de lo que aparece como un intento de vasto tratado; en 1995 y 1997 salen a luz los dos tomos del *Derecho procesal penal* de Jorge Vázquez Rossi.

III. VINCULACIÓN CON OTRAS DISCIPLINAS

SUMARIO: 36. Generalidades. 37. Vinculación de las ramas procesales. 38. Límite a la tendencia unificadora. 39. Derecho constitucional y administrativo. 40. Derecho privado e internacional. 41. Otras disciplinas.

36. No cabe duda de la influencia que sobre nuestra disciplina tienen casi todas las otras ramas del derecho, principalmente aquellas a las que más se aproxima por su origen. De aquí que el procesalista,

el legislador y el juez deban acudir de continuo a ellas para explicar, regular e interpretar con mayor adecuación los fenómenos procesales penales. Aunque más remota, se advierte asimismo la influencia de otras disciplinas no jurídicas con sus aportes lógicos, empíricos o técnicos.

La vinculación con el derecho penal sustantivo y carcelario ha sido puesta de manifiesto al identificar nuestra disciplina, y lo será más adelante al deslindar las normas (véase N° 66 a 69). No hay duda de que la cuestión penal de fondo sobre la cual versa el proceso exigirá tener en cuenta continuamente la norma penal sustantiva para las decisiones de mérito o referidas a la situación del imputado o a la competencia.

No menos trascendente es la vinculación con el derecho procesal civil. El auxilio que éste presta al procesal penal es enorme y ponderable. Lo hemos visto ya al estudiar la evolución doctrinal de nuestra disciplina, cuya fuente más directa ha sido la doctrina procesal civil.

Debe reconocerse la comunidad que existe entre ambas ramas procesales, lo que explica y justifica la marcada tendencia unificadora; pero ello no debe llevarnos a identificarlas hasta el punto de concluir que el conflicto penal sólo provoca un mero procedimiento especial por la diversidad que muestra con el civil ordinario o general.

Por otra parte, en muchos casos las normas procesales civiles son de aplicación subsidiaria en el trámite del proceso penal: acción civil en sede penal, coerción real y algunas formalidades. También se da esta coordinación como consecuencia de normas sustantivas sobre pre-judicialidad, efectos de la sentencia, ejecución civil, etcétera.

37. La verdad es que entre ambas ramas del derecho procesal se advierten aspectos diversos y también comunes. Los códigos procesales son distintos; pero otras leyes, como las orgánicas de los tribunales, conjugan ambas ramas en la mayoría de los Estados.

Autores de nota se oponen a toda idea de unidad, tanto en lo doctrinal como en lo legislativo; otros se esfuerzan por encontrar acercamientos o zonas de confluencia, a través de tipos intermedios de proceso; otros, en fin, son partidarios más o menos decididos de la unificación.

Entre ambas ramas no hay, ciertamente, diferencias fundamenta-

lísimas, salvo las que surgen de la materia a actuarse, y, por ende, de la ley sustantiva que la rige. Este distinto objeto y finalidad impiden que la normación sea idéntica por cuanto, desde el punto de vista sustancial, derivará de principios diversos. Pero la similitud de todos los demás aspectos que hacen al enfoque instrumental, o por lo menos de muchos de ellos, facilita una comunidad normativa orientada por reglas derivadas de principios que toleran excepciones con mayor o menor amplitud.

Ambas disciplinas se han planteado los mismos problemas fundamentales y siguen luchando parejas por su perfeccionamiento. Sostenemos la unidad científica del derecho procesal, sin perjuicio de que se distinga la legislación en lo que respecta al procedimiento.

38. Es tendencia moderna introducir en el proceso civil elementos que lo desvían de su cauce tradicional: deber de veracidad, poderes del juez, asistencia obligatoria. Y es también de tendencia moderna la fortificación del sistema acusatorio en el proceso penal: supresión del secreto, amplio contradictorio, relativa disposición del contenido sustancial en causas leves, representación por mandatario, etcétera.

Sin embargo, en la actualidad aún resulta imposible la unidad total. La instrucción no se concibe en lo civil con la amplitud que aún tiene en lo penal. La acusación no se concilia con la demanda civil ni la indagatoria con la contestación, no obstante ser unas y otras las bases del contradictorio. Sin embargo, existen hoy muchos elementos que permiten la unidad conceptual dentro de ciertos límites.

Por encima de la diversidad de actos y formas puede construirse una ciencia uniforme que ponga en evidencia los aspectos no coincidentes. También puede formularse una teoría general del proceso que sistemáticamente distinga el respectivo rito. Muy ventajoso sería unificar muchas normas que ahora se repiten en ambos códigos.

Un ejemplo legislativo está representado por el Código de Suecia del año 1942. Su parte general prevé, unificados para lo civil y lo penal, muchos institutos procesales. Nosotros pensamos en el apartamiento de los jueces, en las cuestiones de competencia, en los actos en general, la comunicación, los plazos y las sanciones procesales, en muchas normas sobre prueba y resoluciones judiciales, en los recursos e impugnación extraordinaria, etcétera.

39. Las relaciones del derecho procesal penal con otras ramas del derecho público tienen manifestaciones muy importantes, entre ellas el constitucional, el político y el administrativo.

Más adelante se estudiarán las bases constitucionales en que se asienta el proceso penal (véase N° 46 y ss.). La trascendencia de ellas implica una estrechísima vinculación entre ambas ramas: organización de la justicia penal de la Nación y de las provincias; garantía judicial, que las leyes procesales deben reglamentar; independencia de los jueces penales, etcétera.

El derecho político influye también directamente en el proceso penal, a través de las diversas concepciones que se tienen del Estado y de la colectividad jurídica. Esas concepciones, puestas en práctica, explican las variaciones legislativas para la custodia de los intereses tutelados por el proceso penal: el individual y el colectivo.

La organización de los tribunales penales muestra el contacto inmediato con el derecho administrativo. Agréguese a ello las atribuciones disciplinarias que se otorgan a los jueces, el carácter de las acordadas de los tribunales superiores para una mejor administración de justicia y muchas actividades de órganos públicos no jurisdiccionales que actúan en el proceso penal, como la Policía y el Ministerio Fiscal.

40. Las relaciones con el derecho privado, aunque menores, no dejan de ser importantes. Piénsese que un asunto civil puede ser tema del proceso penal. Así ocurre cuando se ejerce la acción civil en sede penal o cuando la configuración delictiva se asienta en previsiones civiles. Así es como puede actuarse el derecho privado en sede penal. Además, como ya lo expresáramos, las normas de derecho privado sobre prejudicialidad, ejecución civil, eficacia de la cosa juzgada, limitaciones probatorias y algunas otras deben ser continuamente aplicadas por el juez penal.

En cuanto integrante del derecho interno de una Nación, el procesal penal resulta ser contenido del internacional privado al ser proyectado en alguna medida hacia el exterior. Se habla de normas procesales penales internacionales integrantes de la legislación nacional que frecuentemente ha de tener en cuenta nuestra disciplina, sin perjuicio de que otras normas de derecho internacional público sirvan para la defensa de la soberanía en el aspecto procesal penal. Véase todo lo relativo al

trámite de la extradición; a las rogatorias de notificaciones, citaciones, embargos y ejecuciones de sentencias; a las inmunidades diplomáticas; al principio universal o de defensa en la aplicación de la ley penal, etcétera.

41. Otras disciplinas aun no jurídicas contribuyen doctrinalmente a una mejor interpretación de las instituciones procesales penales: técnicamente, a una más correcta aplicación de sus normas, y prácticamente, a favorecer la realización jurisdiccional del orden jurídico.

La historia nos enseña la evolución de la cultura humana en sus connotaciones con nuestras disciplinas, mostrándonos las oscilaciones que han sufrido sus instituciones en los diversos pueblos y las influencias que las han ido moldeando. Hemos visto ya esa evolución en la doctrina y enseguida la analizaremos en la legislación (véase N° 89 y ss.).

La filosofía no puede ser despreciada como cosa ajena a nuestra disciplina si se quiere evitar la caída en un crudo utilitarismo. Aplicada a lo jurídico, nos trae los conceptos universales que el derecho procesal penal no puede desconocer sin entrar en un vacío demoledor de las más fundamentales estructuras. Véase si no penetran en lo filosófico los conceptos de ordenamiento jurídico positivo, justicia, relación jurídica, fenómeno procesal, unidad del derecho, constitución y realización jurídica, fuentes, sujeto y objeto procesales, etcétera.

La lógica judicial proporciona reglas a seguir en el razonamiento contenido en el juicio penal. Esas reglas determinan los sistemas para la valoración de las pruebas. La sana crítica no es sino el recto entendimiento humano.

Son múltiples y provechosas las aplicaciones que tiene la psicología, principalmente en el descubrimiento de la verdad: recepción y valoración del testimonio. También para la apreciación de condiciones subjetivas del imputado, el tratamiento de los menores o seniles, la graduación de la pena, etcétera.

Es grande asimismo el auxilio de la medicina legal en sus manifestaciones de carácter físico, psíquico, biológico y experimental. Favorece el descubrimiento de la verdad y el conocimiento orgánico y mental del imputado. A ello responden las peritaciones necesarias y la institución del médico forense.

Como ciencias más modernas pueden mencionarse la criminología y la policía científica, verdaderos auxiliares de carácter técnico para la justicia penal. La lucha contra la delincuencia organizada impone la formación del policía en aspectos médicos, técnicos, profesionales, de artes aplicadas, antropométricos, químicos, balísticos, caligráficos, dactiloscópicos, antropológicos, etcétera. Agréguese la importancia que tienen los datos aportados por todas las ciencias criminológicas, la política criminal y la psicopatología forense.

Finalmente, la sociología proporciona al derecho procesal penal importantes elementos para su estudio, en cuanto referido a la receptabilidad de los sistemas y reformas procesales por el grupo social donde deben regir, a la colaboración de los individuos en la acusación y en la formación de los jurados, al contralor social de la actividad procesal y al régimen de la publicidad.

IV. FUENTES

SUMARIO: 42. Aplicación del concepto. 43. Enumeración. 44. Manifestaciones directas. 45. Manifestaciones indirectas.

42. Aquí entendemos por *fuentes* aquello donde el derecho procesal penal positivo vigente se manifiesta. Es, en realidad, ese derecho mostrándose a sí mismo para generar la energía y marcar el camino que empuja y conduce a la efectiva realización de la justicia penal. Esta noción elemental es, ciertamente, general para todo derecho legislado; pero está justificado que ahora nos ocupemos de las fuentes, con esa significación, si se tienen en cuenta las particularidades que al respecto se advierten en el derecho procesal penal.

A nuestro modo de ver, éste es el único concepto adecuado y directo de "fuentes" en el campo del derecho. La llamada "fuente de origen o de producción" conduce a considerar una cuestión distinta al de las fuentes en sí; es el problema de su origen, es decir de donde ellas emanan, nacen y se hacen. En cambio, nosotros queremos conocer dónde está, se muestra o se manifiesta el derecho. El estudio del origen del derecho va más allá de la fuente por cuanto se refiere a su producción. Si la fuente fuera la ley, será cuestión de determinar

quién la dicta, problema que entre nosotros tiene más importancia que en otros países, dado el tipo de sistema federal de gobierno que nos rige.

En nuestro régimen republicano, las leyes deben ser dictadas por el Poder Legislativo. Pero a más de la ley, existen otras fuentes que no emanan del legislador, como los decretos del Poder Ejecutivo, las ordenanzas municipales y las acordadas del Poder Judicial.

A su vez, el sistema federal de gobierno influye directamente en nuestra disciplina, por cuanto las leyes provinciales son de resorte provincial; no así el Código Penal que es derecho de fondo cuyo dictado corresponde al Congreso de la Nación (art. 75, inc. 12, Const. Nac.). Además, a éste le corresponde legislar en materia procesal penal para la justicia de la Nación o federal.

Las provincias organizan sus respectivas justicias y dictan sus propios códigos procesales penales (arts. 5º y 121, Const. Nac.). La Nación lo hace para todo su ordenamiento judicial. De aquí que haya leyes orgánicas y códigos procesales penales para cada una de las veintitrés provincias, y para la Capital Federal y justicia federal; como también que los decretos y acordadas sean provinciales y nacionales, según el poder de donde emanen.

43. La función específica de estas normas, cualquiera sea su origen, nos permitirá distinguirlas con criterio muy general. Veamos. Unas instituyen y organizan la magistratura penal. Esta magistratura es una rama del Poder Judicial, poder del Estado que las Constituciones de la Nación y de cada provincia establecen como integrante del sistema tripartito de gobierno.

Otras normas determinan las reglas de competencia para los tribunales penales. Con ellas se predetermina el juez de la causa y suelen integrar las leyes orgánicas o los códigos procesales.

Otras normas regulan la actividad a cumplir para la actuación de la ley penal. Son las que integran los códigos procesales penales propiamente dichos, a menudo complementados por reglas prácticas y consuetudinarias.

Queda entendido desde ya que en materia procesal penal no corresponde afirmar, como ocurre en derecho penal sustantivo, que la

ley en sentido estricto es la única fuente. El principio de reserva y el carácter sancionatorio que justifican esa conclusión limitativa no trascienden del derecho sustantivo penal.

El desenvolvimiento práctico del proceso penal requiere a menudo una adaptación de la actividad a circunstancias particulares y concretas. Ello exige flexibilidad normativa en algunos aspectos no fundamentales del rito, mediante ensanches que cubran las lagunas de la ley.

De aquí que, a la par de las normas constitucionales, la ley sea la más directa y principal fuente del derecho procesal penal objetivo. Al lado de ella están las leyes supletorias que pueden ser tenidas en cuenta para el trámite del proceso penal. Las demás son fuentes de segundo orden: decretos reglamentarios, acordadas, también llamadas normas prácticas y prácticas del foro.

44. Se ha dicho ya que los cuerpos legales más comprensivos de la materia procesal penal son los códigos procesales penales que cada Estado (nacional o provincial) dicta para el integral desarrollo del proceso penal. Las leyes orgánicas suelen ser más generalizantes por cuanto se refieren a todo el Poder Judicial. Sin embargo, existen algunas que se limitan a la justicia penal, organizando sólo los tribunales de este fuero.

Existen leyes que suelen referirse a asuntos penales y específicos, como ser el juicio de menores, el de faltas, el proceso por delitos de imprenta, etcétera. Esas leyes suelen contener tanto normas orgánicas como de procedimiento, sistematizadas en diversos capítulos.

• Los decretos y las acordadas son normas complementarias y de agilización práctica de la ley. Pueden llenar vacíos de ella pero sin que se altere su alcance. Los llamados decretos-leyes rigen temporariamente durante el gobierno de facto (véase C. S. J. N., *Fallos*: 217:1122) y la Corte nacional ha declarado su vigencia mientras no fueran derogados aun después de la vuelta a la normalidad institucional (*Fallos*: 218:298; 222:63; 224:922; 243:265). Las acordadas pueden ser interpretativas o integradoras de la ley, no estando permitido que se refieran al caso particular ya planteado en juicio. Su origen está en el artículo 18 de la ley 48.

45. A fin de agotar todos los aspectos, corresponde hacer ligera referencia a la práctica del foro, a los tratados internacionales, a la jurisprudencia, a la doctrina y a los antecedentes.

La práctica del foro comprende los usos tribunalcios respecto de cierta actividad procesal. En materia penal, generalmente limita a actuaciones de rutina en actas, oficios, decretos y constancias.

La doctrina y la jurisprudencia procesal penal y los antecedentes parlamentarios y legislativos quedan fuera del concepto de fuentes. Lo mismo ocurre con las exposiciones de motivos y con las notas al articulado de los códigos procesales penales. Sin embargo, han de servir para la interpretación de la ley procesal penal y para unificar los criterios de su aplicación. Ni aun los fallos plenarios de acatamiento obligatorio pueden ser considerados fuentes directas, no obstante la orientación definitiva que con ellos adquiere la interpretación de la ley.

45 bis. *Los instrumentos normativos internacionales.* La importancia de los denominados instrumentos normativos internacionales ha sido considerable en nuestra materia y ha cumplido una función de guía en el fortalecimiento de las garantías individuales.

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial y tomando en cuenta las dramáticas experiencias derivadas del conflicto y las graves violaciones a los derechos humanos perpetradas por los gobiernos dictatoriales, se procura consolidar un marco regulador que establezca límites al poder estatal y fortalezca la defensa de la dignidad del hombre.

En primer lugar debe señalarse, como base normativa, la Carta de las Naciones Unidas, aprobada en la Conferencia de San Francisco, la que fue abierta a la firma y ratificación de los representantes de los países signatarios en 1945. En este texto se alude de manera directa al tema de los derechos humanos en el Preámbulo y en los artículos 13, 55, 56, 62, 68 y 76, destacándose en todos ellos la necesidad de modos efectivos de protección de las libertades fundamentales, avanzándose hacia un propósito, de índole programática, de una protección supranacional de los antedichos derechos humanos. De este estatuto fundacional se deriva la necesidad de establecer instrumentos reguladores que precisen los ámbitos de protección.

En ese sentido debe mencionarse la Declaración Universal de los

Derechos del Hombre emanada de la Asamblea General de las Naciones Unidas y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, este último de 1966.

Con especial referencia a temas específicos del proceso penal, la Organización de Estados Americanos aprueba en 1969 en la ciudad de San José de Costa Rica la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, en cuyo artículo 8º (*Garantías judiciales*) se norma una amplia y minuciosa regulación de preceptos atinentes a la realización penal.

• La doctrina constitucional coincidía en señalar que los tratados internacionales no son fuentes en sí mismos, necesitando ser ratificados por leyes del Congreso, mediante las cuales se convierten en fuente directa; ello ocurrió a través de numerosas leyes (corresponde citar, entre otras, las 23.313 y 23.054) pero, a más, con la reforma constitucional de 1994 (art. 75, inc. 22) tales disposiciones han adquirido rango constitucional, formando parte de nuestro ordenamiento positivo fundamental y siendo de plena aplicación y directa operatividad.

Desde otro punto de vista, también deben mencionarse las disposiciones bi o multifaterales que regulan aspectos puntuales del enjuiciamiento penal, tales como las atinentes a la extradición.

Así mismo, en los últimos años se ha vigorizado una tendencia hacia organizaciones regionales, como es el caso del Mercosur, propiciándose una unificación legislativa y aun la creación de organismos judiciales supranacionales para temas comunes.

A modo de síntesis, podemos concluir que el sistema internacional de protección de los derechos humanos, con directa vinculación a derechos judiciales y cuestiones penales, se encuentra conformado por: la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así mismo se han estructurado sistemas regionales, como el europeo y el americano; este último surge de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del que a su vez deriva la estructuración de normas configuradoras de un derecho procesal internacional para la tutela de los derechos humanos en América.

V. BASES CONSTITUCIONALES

SUMARIO: 46. Nociones comunes. A) El juicio previo. B) El juez natural. C) Inviolabilidad de la defensa. D) *Non bis in idem*. E) Otras bases constitucionales.

46. La Constitución del Estado es fuente primaria de realización del derecho y a ella deben ajustarse todas las normas procesales penales. Los principios que sienta funcionan como reguladores de la actividad represiva, garantizando el interés público y el individual.

En nuestro régimen de gobierno la Constitución Nacional es *ley suprema* (art. 31) a la que deben conformarse las de las provincias, que son a su vez *Ley Suprema* para la respectiva provincia. A éstas deben ajustarse los respectivos códigos procesales penales y las otras leyes sobre la materia.

Cada uno de estos códigos debe ser dictado por la Legislatura local, y conforme sus previsiones los tribunales de la respectiva provincia deben aplicar el Código Penal. A la Nación se le ha delegado también la función de dictar su propio código procesal para que conforme a él los tribunales federales apliquen el Código Penal cuando las cosas o las personas cayeran bajo su jurisdicción (art. 75, inc. 12, Const. Nac.). La extensión de la justicia federal está prevista en los artículos 108 y 116 de la Constitución Nacional.

Las provincias deben asegurar la administración de la justicia (art. 5º) al dictar y aplicar la ley. Así lo imponen vigorosamente las Constituciones provinciales, concordando con la Nacional.

En materia procesal penal la Constitución sienta principios básicos para la garantía de la libertad individual que a su vez aseguran la justicia penal. Esa garantía debe ser reglamentada por las leyes procesales pero sin alterarla (art. 28, Const. Nac.). Tampoco debe alterarla la realización de la justicia, lo que aún no se consigue plenamente en los primeros momentos de la investigación.

• Analizaremos enseguida las bases más características del derecho procesal penal, agrupándolas conforme al orden expositivo de la Constitución: garantía del juicio previo que contiene varios principios expresos o implícitos, imposición del juez natural, inviolabilidad de la defensa en

juicio, *non bis in idem* y otros más referidos a la institución judicial en lo penal, a la situación del imputado y a la actividad procesal penal.

A) El juicio previo

SUMARIO: 47. Desarrollo de la fórmula. 48. Reserva de la ley penal. 49. Extensión e importancia de la fórmula. 50. Constituciones provinciales. 51. Formulación del estado de inocencia. 52. Su fundamento y alcance.

47. El artículo 18 de la Constitución Nacional preceptúa que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin *juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*. Se trata de una prohibición de punir si antes no se ha formulado un juicio fundado en una ley ya vigente al producirse el hecho que se juzga y contenido ese juicio en un proceso regular y legal.

Debe tratarse de un juicio realizado con la garantía judicial y por el órgano jurisdiccional, mostrado en definitiva en una sentencia que, con imposición de pena, concluya un procedimiento cuyo objeto haya sido el hecho enjuiciado. Además, esa pena impuesta debe estar prevista en una ley anterior a ese hecho, vale decir que éste debe estar punido legalmente cuando se comete.

De esta fórmula constitucional se obtienen las siguientes bases:

- a) Reserva de la ley penal, en su doble manifestación del delito y de la pena;
- b) proceso regular y legal previo (enfoque objetivo), integrado por la acusación, defensa, prueba y sentencia, y
- c) estado de inocencia (enfoque subjetivo) resultante de la necesidad de un juicio condenatorio firme para que haya un culpable.

48. El principio *nullum crimen, nulla poena sine lege previa* determina, en primer lugar, la esfera de la licitud penal con incidencia directa en la prohibición de la aplicación analógica de la ley y de la eficacia retroactiva de la ley penal que no sea más benigna. Está contenido en el artículo 18 de la Constitución Nacional, por cuanto de su primera fórmula surge que nadie puede ser penado sino en virtud de una ley preexistente al hecho que en el proceso se atribuye al imputado.

De ello se deduce que ningún juez puede declarar que se ha cometido un delito si la conducta juzgada no estaba descripta en la ley penal antes de su producción y tampoco puede aplicar pena a su autor si esa ley no pune dicha conducta determinada y concretamente (C. S. J. N., Fallos: 237:636).

Algunas Constituciones provinciales receptan este principio en forma más amplia y lo distinguen mejor del juicio previo. Los códigos procesales penales lo refieren por lo general al inicio del procedimiento; algunos lo repiten innecesariamente y otros lo dan por supuesto. Otros, como el nacional (art. 1º), lo refieren sólo a la iniciación del proceso. No obstante, todos prevén la desestimación de la instancia, el sobreseimiento, y por cierto la absolución, cuando el hecho no encuadre en una norma penal *ante factum*.

La aplicación procesal del principio se advierte en tres momentos:

- 1) El inicio del proceso y para evitarlo: posibilidad de desestimar la instancia de promoción instructoria.
- 2) Durante la instrucción, al resolverse la situación del imputado: falta de mérito por no haber elementos de convicción suficientes para estimar que el hecho esté previsto y castigado por la ley anterior.
- 3) En el momento crítico de la instrucción y para evitar la apertura del juicio: sobreseimiento (definitivo), cuando el hecho no encuadra en una norma penal.

No cabe duda de que estas previsiones desincriminatorias se extienden al caso de la ley posterior que elimine el hecho del elenco de los delitos.

Esto nos permite obtener una amplia significación de la fórmula constitucional. No es posible que alguien sea condenado, llamado a juicio, procesado o puesto en causa penal si una ley vigente en el momento del hecho no lo califica a éste como delito y lo sanciona a ese título.

48 bis. El principio de legalidad, verdadera base del sistema penal liberal, enfáticamente defendido desde los tiempos de Beccaria, es uno de los elementos fundamentales de la seguridad jurídica. Conforme a él, puede señalarse que dentro del orden jurídico del Estado

de Derecho la regla es la juridicidad y la excepción la antijuridicidad, lo que en nuestra Constitución aparece refrendado por el artículo 19.

Por lo general, el tema ha encontrado amplio tratamiento dentro de los tratadistas dedicados a la Parte General del Derecho Penal de fondo, pero indudablemente tiene directa incidencia sobre el proceso penal. El mismo limita la actividad promotiva, ya que no puede accionarse por hechos que, en principio, no guarden una apariencia delictiva y no que puedan subsumirse dentro de una figura vigente de la parte especial. Si un hecho no se encuentra descrito como infracción punible, no puede haber actividad persecutoria y, si la misma por alguna razón se ha iniciado, corresponde el inmediato cese, lo que los códigos disciplinan, según los casos, a través de institutos como la desestimación de la denuncia, el archivo de las actuaciones, el requerimiento negativo y el sobreseimiento definitivo.

49. Conforme al principio *nulla poena sine iudicio*, a nadie se le puede aplicar una sanción sino como resultado de un juicio jurisdiccional previo. Este juicio previo objetivamente hace referencia a un proceso regular y legal, el que debe necesariamente preceder a la sentencia condenatoria. Su íntegro desenvolvimiento es inevitable en materia penal.

Algunas Constituciones provinciales repiten el texto nacional pero la mayoría se refiere a la sentencia motivada en la ley anterior al hecho del proceso. Los códigos por lo general traducen *juicio* por *proceso*, proyectando su legalidad a las normas del mismo código que sienta el principio.

De esto resulta que el poder punitivo del Estado está condicionado por la actividad jurisdiccional desenvuelta en un proceso regular y legal que contiene el "juicio" constitucional: acusación, defensa, prueba y sentencia firme. En efecto; esta sentencia exige una acusación que sea base del plenario, y en éste la defensa y la prueba deben estar regularmente aseguradas. La acusación es la *tesis*, la posibilidad de contestarla es la *antítesis* y ambas son presupuesto del "juicio jurisdiccional" que es la *síntesis*. Éste es el esquema mínimo de realización jurídica impuesto por el dogma constitucional para que pueda punirse.

De lo expuesto podemos concluir que el principio *ne procedat iudex ex officio* es una consecuencia inmediata del dogma constitucional que

nos ocupa, o sea del *nulla pœna sine iudicio*. Esto sin perjuicio de que también derive de la inviolabilidad de la defensa en juicio (C. S. J. N., Fallos: 134:242) como se verá más adelante.

Esta base constitucional pone un infranqueable límite al legislador en el dictado de leyes orgánicas y de procedimientos. En efecto; no será posible que la ley establezca medios, formas o circunstancias de los actos procesales que alteren el proceso previo a la pena conforme lo impone la Constitución. Las normas que así lo hicieren no pueden prevalecer.

49 bis. La idea apuntada de que la Constitución Nacional ha puesto límites y condiciones que el legislador común no puede franquear ni modificar ha encontrado un vigoroso impulso en los últimos años y ha dado fundamento seguro a las críticas efectuadas hacia legislaciones o instituciones de dudosa constitucionalidad. Al respecto, corresponde mantener en claro una interpretación "según Constitución" (Vázquez Rossi, 1985) y efectuar en la búsqueda de los mecanismos procesales una profunda "hermenéutica constitucional" (Maier, 1987) que interroge letra y espíritu de la Ley Fundamental, que debe constituir el paradigma interpretativo (Vázquez Rossi, 1995).

En este sentido y conforme a los antecedentes históricos que marcaron el comienzo de nuestra nacionalidad y los movimientos independentistas de la patria latinoamericana, está en claro el rechazo hacia el sistema inquisitivo consustancial del absolutismo monárquico y de los regímenes autoritarios y la adopción del modelo acusatorio. Sin embargo, es sabido que el sistema acusatorio perduró durante siglos en los países de la región, generando una verdadera "cultura inquisitiva" (Binder, 1994) y apartando a la legislación procesal de los parámetros de la Constitución (Jofré, 1915).

De tal manera, está en claro que la idea de debido proceso que deriva del principio *nulla pœna sine iudicio* no es la de cualquier procedimiento y que el mismo, para ser válido, debe asentarse sobre la neta diferenciación de las funciones investigativas respecto de las decisorias; desterrar la promoción de oficio; limitar el ámbito del pronunciamiento jurisdiccional a la petición punitiva; potenciar y nivelar la intervención de las partes; establecer con claridad la exclusión de la prueba producida o introducida en violación de las garantías consti-

tucionales; dar adecuado funcionamiento a la defensa técnica; prolongarse durante un plazo razonable y no generar otros gravámenes que los estrictamente necesarios para la realización del proceso; dar protección e intervención a la víctima; realizar el juicio o debate, como instancia fundamental, de modo oral, plenamente contradictorio y público; asegurar una racional aplicación del derecho vigente a los hechos de la causa y otorgar recursos efectivos al condenado.

Los principales movimientos de reforma que se han sucedido en el orden nacional y provincial y en diversos países latinoamericanos (Costa Rica, Guatemala, El Salvador, Ecuador, Paraguay, Bolivia, etc.) han tenido como meta los requisitos antedichos, habiendo obtenido algunos de los proyectos la esperada sanción legislativa y logrado, en todos los casos, introducir con vigor ideas renovadoras que, en definitiva, se encuentran desde años atrás en los textos constitucionales y en los instrumentos internacionales.

50. Las Constituciones provinciales incluyeron entre sus disposiciones normas atinentes a las garantías individuales en el proceso penal que avanzaron sobre aspectos que, si bien podían deducirse del texto y espíritu de la nacional, se entendió necesario enumerar expresamente. Así fueron apareciendo principios tales como el de la publicidad del proceso, el propender a la oralidad, las condiciones para el debido proceso, la prohibición de múltiple persecución, el amparo y el hábeas corpus, etcétera. También son de importancia los preceptos orgánicos que ubican al Ministerio Público dentro del Poder Judicial o como poder independiente (Salta), aseguran el acceso a la justicia y los recursos.

Pero son las reformas posteriores a 1983 las que acentúan los aspectos garantistas, incluyendo entre sus disposiciones normas tomadas de los instrumentos internacionales.

Por su importancia, se entiende pertinente atender a las que podemos considerar como más representativas de las direcciones preponderantes.

1) *Córdoba*. En este sentido, la Constitución de Córdoba de 1987 dedica específicos preceptos a las garantías relativas al proceso penal. En la Primera Parte, Título Primero, Sección Cuarta, regula de modo prolijo y exhaustivo la cuestión. Así, el artículo 39 reproduce lo básico

del artículo 18 de la Constitución Nacional ("Nadie puede ser penado sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a esta Constitución..."), agregando la prohibición de múltiple persecución y el mandato de que "Todo proceso debe concluir en un término razonable". El 40 dispone sobre la inviolabilidad de la defensa, consagrando de modo expreso la de índole técnica, que debe ser efectiva "desde el primer momento de la persecución penal" y normando que "carece de todo valor probatorio la declaración del imputado prestada sin la presencia de su defensor", a más de la prohibición de obligar a declarar contra sí mismo. En el artículo 41 se otorga jerarquía constitucional a la doctrina de la regularidad probatoria: "Los actos que vulneren garantías reconocidas por esta Constitución carecen de toda eficacia probatoria. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueren consecuencia necesaria de ellas". En el último párrafo se consagra el *in dubio pro reo*. El texto contiene así mismo disposiciones sobre la privación de libertad, la incomunicación y la custodia de los detenidos; regula el hábeas corpus (art. 47) y dispone sobre el derecho de los ciudadanos al acceso a la justicia, conformando un completo cuadro de preceptos de directa aplicación a la materia procesal penal.

2) Buenos Aires. De modo similar la Constitución de la Provincia de Buenos Aires reafirma en sus artículos iniciales su integración dentro de la unión nacional y la prevalecencia de las facultades no delegadas, enfatizando sobre el principio de soberanía popular. En lo que hace a la materia que nos ocupa, establece en su artículo 10 que nadie puede ser privado de su libertad, reputación, seguridad y propiedad "sino por vía de penalidad con arreglo a ley anterior al hecho del proceso y previa sentencia legal del juez competente". El 11 norma sobre el principio de igualdad ante la ley y la plena vigencia de los derechos y garantías de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales. El artículo 15 reza: "La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial. Las causas deberán decidirse en tiempo ra-

zonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas constituyen falta grave". En el artículo 16 se habla de las condiciones necesarias para la válida privación de libertad, lo que se refrenda en el siguiente. El 18 prohíbe el juzgamiento por comisiones especiales y el 19 ordena la obligación de comunicar al detenido las causas de su detención. De igual modo, se consagra la acción de hábeas corpus, la inviolabilidad de la correspondencia y papeles privados y la prohibición de obligar a declarar contra sí mismo, como así también la garantía del *non bis in idem*.

3) *Ciudad autónoma de Buenos Aires*. La reciente Constitución para la ciudad de Buenos Aires "organiza sus instituciones autónomas", lo que implica la institucionalización de los tribunales de justicia para la aplicación del derecho común dentro de sus límites territoriales. Contiene específicas disposiciones sobre el gobierno democrático. En el artículo 10 se afirman los derechos y garantías de la Constitución Nacional y tratados internacionales y el inciso 6º del artículo 12 habla del acceso a la justicia y de la asistencia profesional. En los diferentes incisos del artículo 13 se habla de la libertad de todos los habitantes y de que nadie puede ser privado de la misma sin orden escrita y fundada, emanada de autoridad judicial competente; el inciso 3º establece que rigen los principios de legalidad, determinación, inviolabilidad de la defensa en juicio, juez designado por la ley antes del hecho de la causa, proporcionalidad, sistema acusatorio, doble instancia, inmediatez, publicidad e imparcialidad, sentándose la disposición operativa de que son nulos aquellos actos que vulneren garantías procesales y todas las pruebas que se hubieren obtenido como resultado de los mismos. El inciso 4º establece que toda persona debe ser informada del motivo de su detención y de los derechos que le asisten. El 5º prohíbe las declaraciones ante autoridad policial.

51. La condición de "penado" no podrá existir sin una previa y concreta declaración jurisdiccional de responsabilidad penal, contenida en un pronunciamiento firme conclusivo del proceso regular y legal. Tal es la significación lógica del "juicio previo a la pena" que las Constituciones provinciales desarrollan con mayor precisión.

Se trata del fallo condenatorio, definitivo y firme, que convierte en culpable al sometido a proceso. Antes de ese fallo el imputado gozará

de un estado de inocencia, al igual que ocurre con cualquier habitante de la Nación aún no sometido a proceso. Ese estado no se destruye ni con el procesamiento ni con la acusación; tampoco lo destruye la sentencia que no ha obtenido autoridad de cosa juzgada.

Esto permite afirmar que el *principio de inocencia* está previsto expresamente en el artículo 18 de la Constitución Nacional. En efecto; sin ese "juicio previo" sintetizado en la sentencia firme que concluye el proceso, nadie puede ser penado porque aún no está declarado culpable; hasta ese pronunciamiento firme permanece en estado de inocente.

52. El principio de inocencia que nos ocupa tiene ya su trayectoria histórica como poderoso baluarte de la libertad individual en función de la seguridad jurídica. En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el principio fue formulado como "presunción" (IX) pero no cabe duda de que es más correcto expresarlo como "estado", ya sea en su formulación positiva como en la negativa: de inocencia o de no culpabilidad. Es un *estado* que se conserva (se mantiene invariable) hasta que una sentencia firme, conclusiva de un proceso regular y legal, declare la culpabilidad del imputado.

En lo que respecta a la proyección del principio dentro del proceso penal, entre otros aspectos importantes nos permite explicar el alcance meramente procesal de las medidas de coerción que pueden limitar o restringir la libertad del imputado. Esto es, en realidad, lo que más justifica que se hable de "estado" y no de "presunción", por ser con respecto a dicho tema donde se han expuesto las más fuertes críticas al principio de "presunción de inocencia". Lo cierto es que, en cuanto se lo considere un "estado", no resulta incompatible con ninguna de las decisiones u órdenes provisionales que se dictan en el proceso, como la detención, el procesamiento, la prisión preventiva, la elevación a juicio, etcétera, ni con la existencia de una acusación.

Sin embargo, aunque no la afecten en cuanto a *estado*, no puede negarse que, en los hechos, todos esos actos del proceso ponen en jaque la idea misma de inocencia. En efecto; se requiere una sospecha contra el imputado en su vinculación con el delito, sea de participación para su llamamiento a indagatoria, sea de culpabilidad para el procesamiento,

fundada en elementos de convicción suficientes. Pero esta sospecha, traducida en los hechos como presunción de culpabilidad (de no inocencia), no puede afectar el principio en cuanto se lo entienda objetivamente como un estado jurídico, resistente a toda declaración que no sea de certeza.

La "presunción" de culpabilidad podría conducirnos a sostener la necesidad de que el imputado deba destruirla, y no es así. No lo es porque jurídicamente no existe tal presunción sino simples méritos objetivos de posibilidad que en definitiva sólo pueden concretarse afirmativamente en la sentencia firme, si la sospecha se confirma por la obra de la acusación y de la jurisdicción: no puede imponerse al imputado la prueba de la inocencia o de una menor responsabilidad.

B) *El juez natural*

SUMARIO: 53. Extensión de la fórmula. 54. Alcance de comisiones especiales.

53. "Juez natural" es el tribunal impuesto por la Constitución para que intervenga en un proceso dado. Tanto "juez" como "comisiones" expresan el órgano jurisdiccional que se manifiesta en el tribunal.

Se prohíbe el tribunal *ex post facto* y el especial o el extraordinario, cualquiera sea la persona sometida a juzgamiento. Éste es el sentido de la fórmula según la cual nadie puede ser "juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa".

Los códigos procesales desarrollan el principio localmente con fórmulas similares. Se prohíbe proseguir y terminar el juicio "ante otros jueces que no sean los ordinarios". La fórmula actual es: Nadie podrá ser "juzgado" por otros jueces que los instituidos por la ley antes del hecho y de acuerdo con la Constitución provincial, agregando algunos el requisito de que sean "competentes".

Al término "juzgado" hay que entenderlo en sentido amplio, comprensivo de todo el proceso penal y no sólo de la sentencia o el juicio. La imposición de "tribunal competente" resulta del principio del juez natural.

54. Son “comisiones especiales” los tribunales de carácter extraordinario que se constituyen o integran para intervenir en un proceso por un hecho imputado a una persona determinada (C. S. J. N., *Fallos*: 223:436). También lo son los que actúan sin tener competencia para el caso. No se respeta el principio cuando alguien es sometido a proceso ante juez nombrado sin observancia de la Constitución o las leyes o que no se aparta oportunamente cuando corresponda conforme a la ley.

Mientras el tribunal sea permanente y competente y el juez imparcial, no interesa que la persona del juez se sustituya o que se modifique la integración del oficio (C. S. J. N., *Fallos*: 237:673; 244:164; 214:42). Pero la sustitución o cambio de integración debe producirse conforme a la ley, evitando que se alteren los principios que gobiernan el proceso: por ejemplo, identidad del juzgador (C. S. J. N., J. A. 1959-IV-512). Los códigos modernos conminan con nulidad la inobservancia de los preceptos concernientes a la constitución, nombramiento y capacidad del juez o tribunal, la que para algunos es absoluta si se viola la garantía constitucional.

Este principio es garantía para el imputado durante todo el proceso pero ello no impide la actuación policial y la del Ministerio Fiscal en la citación directa y en la investigación preparatoria, ajustada a correctos límites. También se extiende a quien sea citado a prestar declaración como testigo o producir informe como perito, sin perjuicio de lo previsto por las “leyes convenio” para la tramitación de exhortos y comunicaciones y la extradición interprovincial.

C) *Inviolabilidad de la defensa*

SUMARIO: 55. Formulación. 56. Manifestaciones. 57. Aseguramiento.

55. Enfáticamente, la Constitución Nacional (art. 18) declara la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos. No puede ser quebrantada ni por el legislador ni por el tribunal. Aquí “juicio” equivale a todo el proceso penal desde su comienzo (C. S. J. N., L. L. 36-305), y por cierto que capta también los otros procedimientos aun no jurisdiccionales.

Una de sus manifestaciones, normada también constitucionalmente, es la prohibición de obligar a declarar contra sí mismo en causa penal. A través de ella se vincula estrechamente con los principios de incoercibilidad del imputado y otros similares que más adelante se analizarán (infra, N° 63/4).

Las Constituciones provinciales reafirman esta base, y además la apuntalan prohibiendo la detención arbitraria, el juramento del imputado, los procedimientos sumarios, etcétera. Se trata de la mejor garantía de la libertad individual que conforme al artículo 28 de la Constitución Nacional debe ser reglamentada pero sin alterar su esencia (C. S. J. N., *Fallos*: 239:142).

En el proceso penal es garantía que corresponde a todos los particulares que intervengan haciendo valer intereses jurídicos, más precisamente al imputado, al querellante y a las partes civiles, pero muestra mayores exigencias con respecto al primero. En lo fundamental, las manifestaciones irrestrictibles son idénticas para los procesos pero los códigos son más explícitos y preceptivos en materia penal.

56. Esto es así porque la defensa penal no puede evitarse ni impedirse: irrenunciabilidad de la defensa técnica. Proveer de ella a quien no pueda o no quiera ejercitarla constituye un deber para los órganos del Estado: nombramiento de defensor oficial (C. S. J. N., *Fallos*: 237:158).

De aquí que sean manifestaciones irrestrictibles de la defensa del imputado durante todo el desarrollo del proceso penal las siguientes:

- a) Su intervención en el proceso, o sea la posibilidad de estar jurídicamente en él como imputado para hacer valer sus intereses materiales y las garantías formales. Cuando está en contumacia no pueden darse por cumplidos los actos en los cuales la ley requiere su presencia.
- b) La posibilidad de declarar cuantas veces quiera, mientras no perturbe la marcha del proceso. Es el poder de expresarse libremente y en sentido negativo implica el derecho del imputado de negarse a declarar.
- c) La elección de defensor de confianza y la posibilidad de que se le nombre defensor de oficio cuando se den las circunstancias

para ello. Se complementa con la imposición para el tribunal de nombrarle el defensor oficial para proveer a la defensa técnica cuando el imputado no pueda o no quiera elegir uno de su confianza.

- d) La introducción de pruebas para confirmar su inocencia o acreditar circunstancias de menor responsabilidad. A lo menos durante el juicio, sólo es lícito limitar la prueba en caso de impertinencia o de superabundancia.
- e) La alegación para contradecir el fundamento de las pretensiones dirigidas en su contra: discusión, informes, interrogatorios a testigos y peritos, análisis y méritos.

57. El ejercicio de la defensa se asegura con la debida regulación de estas manifestaciones pero también contribuyen a ello otras reglas esenciales de carácter general: prohibición del procedimiento de oficio, indagatoria previa al procesamiento, juicio basado en una acusación, sentencia basada en un debate con pleno contradictorio, facultades de impugnación, etcétera. Esto ha de comprender todo el procedimiento penal, o sea toda la actividad persecutoria, por ser ése el sentido de la voz "juicio" en este dogma constitucional.

Muchas deficiencias en la reglamentación de la defensa por los códigos antiguos, como el Nacional de 1888, han venido siendo rectificadas en las últimas décadas y las han superado los códigos modernos. Los antiguos digestos permitían el procedimiento instructorio de oficio o por simple denuncia y el relativo secreto de la instrucción, como también que la sentencia pueda basarse en las pruebas del sumario y tienden a dar valor de prueba a la indagatoria.

Los códigos modernos han corregido la mayoría de estos defectos y han fortificado la garantía mejorando la intervención de la defensa en la instrucción, regulando el pase a juicio de la causa con normas más precisas y estableciendo la nulidad absoluta en todos los casos en que no se observen las normas relativas a la intervención, asistencia y representación del imputado en los casos y formas previstos.

57 bis. Puede advertirse en la evolución doctrinaria y legal una clara evolución hacia la idea operativa de que el derecho de defensa debe garantizarse a través de la amplia participación del defensor. Esto

es lo que se entiende como "defensa técnica" (Vázquez Rossi, *La defensa penal*), que aparece como imprescindible complemento e integración de la defensa material. La asistencia, asesoramiento, contralor y representación letradas se configuran como un requisito esencial del debido proceso y como el necesario contrapeso de la intervención de la Fiscalía, lo que, como hemos visto, se consagra en las recientes Constituciones y aparece en el esquema de garantías de los instrumentos internacionales. En esta inteligencia, los códigos modernos otorgan la facultad de contar con defensor desde el mismo inicio de los procedimientos, como lo hace el nacional en sus artículos 72 y 73, el de Córdoba en sus artículos 80 y 118 y el de la Provincia de Buenos Aires en sus artículos 1º, 60 y 89. El derecho a instituir defensor es de índole personal del imputado, pudiendo modificar su designación según lo entienda conveniente. Para aquellos supuestos en que no pueda o quiera efectuarlo, el Estado debe proporcionarle un defensor de oficio. Las disposiciones de los digestos otorgan facultades para el pleno ejercicio de esta actividad, permitiendo el conocimiento de las actuaciones, la libre comunicación entre defensor y defendido, estableciendo la necesidad de su intervención en determinados actos fundamentales, la proposición de diligencias probatorias y el control de las mismas, las alegaciones y el planteamiento de recursos.

D) "*Non bis in idem*"

SUMARIO: 58. Extensión de la fórmula. 59. Identidad del hecho. 60. Los agregados normativos.

58. Las normas constitucionales prohíben que se persiga penalmente a una persona más de una vez por el mismo hecho. Este principio, consagrado desde antiguo, ha sido respetado en la práctica, salvo algunos errores de concepto.

En la Constitución Nacional no está expreso pero fluye del contexto de las declaraciones, derechos y garantías y de los pactos internacionales (S. T. J. de Córdoba, *Comercio y Justicia* VIII-69). La mayoría de las Constituciones provinciales son expresas.

Se trata de un ensanche del efecto negativo de la cosa juzgada penal.

Ese ensanche se advierte en el empleo del participio “perseguido” o “encausado” en vez de “penado”, lo que comprende la litispendencia, el sobreseimiento y la absolución a más de la condena.

La palabra “delito” de las Constituciones ha sido correctamente reemplazada por “hecho” en los códigos, por cuanto no interesa la calificación jurídica sino lo fáctico. Lo que no se puede es “perseguir penalmente”.

59. ¿Cuándo ha de estarse frente al mismo hecho? El hecho es la materialidad de la conducta con sus elementos objetivo, subjetivo y condicionantes de la imputación, con abstracción de su calificación penal. Resulta práctico echar mano a las tres identidades clásicas de la elaboración de la cosa juzgada: persona, objeto y causa de persecución, las que deben coexistir para la identidad total.

Eadem personam es la proyección subjetiva. Sólo se protege a la misma persona que está siendo perseguida, o cuya persecución concluyó ya por sobreseimiento, absolución o condena firme. Quedan excluidos los posibles partícipes aún no perseguidos (S. C. J. B. A., J. A. 73-65) y los imputados cuya persecución haya concluido por pronunciamiento no definitivo: desestimación, archivo, etcétera.

Eadem re es la proyección objetiva. Se atrapa el hecho en su materialidad sin atender a su significación jurídica; capta el acontecimiento y no el delito; la conducta básica imputada sin atender a las circunstancias. Es intrascendente el distinto encuadramiento penal: hurto o robo, lesiones graves o leves y homicidio simple o infanticidio. Tampoco interesa el grado de participación o delictuosidad, o de desarrollo punible: autor o cómplice; tentativa o consumación.

Eadem causa petendi es el elemento causal que pone en juego el agotamiento o no agotamiento de la pretensión deducida. Es cuestión del poder de acción ejercitado que de nuevo se intenta ejercitar con idéntico objeto o imputado. El principio regirá si el caso está pendiente o ha sido decidido pudiendo agotarlo en cuanto al fondo. Si el proceso feneció sin esta decisión por no estar el tribunal en condiciones de pronunciarse legítimamente, el principio no regirá: incompetencia, archivo por impedimento u otra cuestión dilatoria, paralización por irregularidades, etcétera.

60. Las dificultades para una exacta comprensión de este dogma provocaron agregados en los últimos proyectos y códigos argentinos, los que no han resultado muy felices. Éstos se iniciaron con el proyecto de código uniforme de 1965 (art. 40) al agregarse: "salvo que el procedimiento anterior hubiere concluido por resolución que no sea sentencia sobre la cuestión penal, o sobreseimiento", pero en el anteproyecto nacional de 1970 se eliminó el agregado por considerarlo peligroso ante una inadecuada interpretación.

Posteriormente, en los nuevos códigos de Córdoba y de Corrientes se hizo a la fórmula el siguiente agregado: "...aunque se modifique su calificación legal o se afirmen nuevas circunstancias. Esta última prohibición no comprende los casos en que no se hubiere iniciado el proceso jurisdiccional anterior o se hubiere suspendido en razón de un obstáculo formal al ejercicio de la acción". A pesar de aclararse algunos aspectos, consideramos perturbadoras estas cláusulas por las siguientes razones:

- 1) Con respecto al objeto, quedan sin preverse otras hipótesis como el distinto grado de participación y la tentativa o consumación.
- 2) En cuanto a la causa, se habla de proceso "suspendido" por obstáculo formal, lo que no es correcto porque en esos casos el proceso está pendiente, y después continuará la misma persecución primera.
- 3) Queda excluida indebidamente la litispendencia en sede policial y fiscal por cuanto se requiere que se haya "iniciado el proceso jurisdiccional". El agente fiscal podría investigar un hecho que contra la misma persona investiga ya otro agente fiscal (citación directa) o un juez, o a la inversa.

E) *Otras bases constitucionales*

SUMARIO: 61. Independencia del órgano jurisdiccional. 62. El jurado popular. 63. Garantías de la libertad individual. 64. Límites al encarcelamiento.

61. El sistema tripartito de gobierno se resuelve en la separación de los poderes y, por ende, en la independencia de los órganos judiciales. Esto tiene mayor trascendencia en el campo de la represión

penal que no puede quedar librada a los vaivenes de los criterios políticos. *Independencia* significa no subordinación de los tribunales penales a ningún órgano ejecutivo o legislativo, sin perjuicio de la coordinación y contralor constitucionalmente establecidos.

A más de las normas generales de independencia que garantiza la imparcialidad del órgano jurisdiccional, el artículo 109 de la Constitución Nacional prohíbe de modo terminante al presidente de la República el ejercer funciones judiciales, lo que es repetido por las Constituciones provinciales.

También se ha avanzado notoriamente en asegurar la independencia del Ministerio Público, lo que ahora tiene rango constitucional en el artículo 120, que lo define como un órgano independiente, dotado de autonomía funcional y autarquía, cuya función es la de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. De tal modo, se lo ha colocado como un órgano que aparece en alguna medida fuera de la ubicación tripartita de los poderes del Estado, caracterizándolo por una plena separación de los restantes. Esto es seguido por algunas Constituciones, mientras que otras lo mantienen dentro del Poder Judicial, pero diferenciado de la actividad jurisdiccional.

Del mismo modo, la tendencia preponderante lleva a separar el Ministerio Público de la Defensa Pública que, por sus mismas características y funciones, debe estructurarse de modo independiente.

61 bis. En los últimos años, el tema del jurado se ha instalado vigorosamente dentro del pensamiento jurídico argentino. Luego de haber sido soslayado durante largas décadas y, en algunos casos, directamente ignorado, la cuestión se ha convertido en un centro de atento debate, apareciendo en congresos, seminarios y proyectos. De igual modo, la tradicional postura negativa respecto de la implantación del instituto, sustentada por constitucionalistas, penalistas y procesalistas, ha evidenciado un notorio cambio, siendo muchas y autorizadas las voces que abogan por la necesidad de cumplir con el mandato constitucional y llevar a cabo una experiencia que se estima necesaria.

Debe señalarse que el discutible argumento que sostenía que se había producido una suerte de derogación tácita de los preceptos constitucionales derivada del extenso lapso sin ser implementado por el

Poder Legislativo ha caído por completo, toda vez que la reforma constitucional de 1994 mantuvo en todos sus términos el texto del artículo 24 y de los ahora obrantes bajo los números 75, inciso 12 *in fine*, y 118. De acuerdo con esto, existe un mandato renovado y expreso que obliga a los legisladores a dictar las leyes correspondientes.

A más de este aspecto de estricto derecho positivo, se ha señalado que uno de los motivos de la grave crisis que afecta al Poder Judicial, especialmente en materia penal, deriva en gran parte del profundo divorcio existente entre el aparato oficial de justicia y la sociedad; de tal modo, como lo vieron con claridad los hombres de la organización nacional, asegurar la participación ciudadana se convierte en una exigencia de publicidad y transparencia, fundamental en el afianzamiento democrático y en la cultura cívica.

Así mismo es importante tener en cuenta que el instituto del jurado aparece consagrado en la legislación de la mayoría de los países occidentales, no sólo en aquellos pertenecientes al ámbito anglosajón sino también —con diversas modalidades— a los ubicados dentro de la tradición románica. Por lo cercana, tiene especial relevancia la experiencia española que en 1995 adoptó el juicio por jurados, luego de un amplio y rico debate, cumpliendo con el mandato de la Constitución de 1974.

Dentro de nuestra Constitución, el jurado aparece dentro de la parte dogmática, en el capítulo de derechos y garantías, por lo que es indudable que se lo entiende como un requisito para la justa aplicación del derecho punitivo; así mismo se lo regula en relación a las obligaciones del Congreso y en lo que atañe al Poder Judicial, asegurando la intervención popular directa en la administración de justicia.

Como se sabe, el derecho comparado nos muestra básicamente dos tipos de conformación de los jurados: el íntegramente compuesto por ciudadanos legos o jurado popular o puro y el mixto o escabinado, que se integra, en diferentes números, por jueces técnicos y legos.

Debe señalarse que los principales proyectos que a lo largo del tiempo se presentaron para establecer el juicio por jurados en el país se inclinaron por el primero de los sistemas, que aparece como el más acorde con lo preceptuado en la Constitución; sin embargo, el Proyecto de Código Procesal Penal del Poder Ejecutivo de 1987 diseñó una conformación mixta, lo que también adopta el nuevo Código cordobés.

En 1996 el Poder Ejecutivo de la Provincia de Entre Ríos presentó un proyecto de juicio penal ante jurados, optando por el popular.

62. Debe reconocerse que, por lo menos en materia penal, la Constitución Nacional impone el jurado, aunque no exigió su inmediata implantación. El artículo 24 exige al Congreso "promover" el establecimiento del juicio por jurados como afianzamiento de la justicia con elementos populares, coincidiendo con el artículo 75, inciso 12 *in fine*, que entre las leyes generales prevé las que "requiera el establecimiento del juicio por jurados". A su vez el artículo 118 es más categórico al imponer un tribunal popular para todos los juicios criminales ordinarios "luego que se establezca en la República" el jurado.

Por estas normas, las provincias delegan la regulación del órgano y de la estructura del proceso a la Nación pero consideran expresamente su implantación en el ámbito local, con reserva total en lo relativo a imprenta: Buenos Aires, 15; Jujuy, 35.

No es exacto que la Constitución recepta el jurado en forma limitada. Se prevé como derecho y garantía de ser juzgados por sus pares. Los argumentos utilitarios no deben sofocar la razón dogmática. Sin embargo, debemos reconocer que el tiempo ha adormecido el empuje de las normas, aunque éstas nos hagan recordar su vigencia.

Para concluir con la preocupación ante los escrúpulos de la experiencia adversa deberá provocarse la eliminación de las normas constitucionales que lo prevén. Ninguna razón existe para sostener que no está impuesto, a lo menos en materia penal.

62 bis. En los últimos años, el tema del jurado se ha instalado vigorosamente dentro del pensamiento jurídico argentino. Luego de haber sido soslayado durante largas décadas y, en algunos casos, directamente ignorado, la cuestión se ha convertido en un centro de atento debate, apareciendo en congresos, seminarios y proyectos. De igual modo, la tradicional postura negativa respecto de la implantación del instituto, sustentada por constitucionalistas, penalistas y procesalistas, ha evidenciado un notorio cambio, siendo muchas y autorizadas las voces que abogan por la necesidad de cumplir con el mandato constitucional y llevar a cabo una experiencia que se estima necesaria.

Debe señalarse que el discutible argumento que sostenía que se

había producido una suerte de derogación tácita de los preceptos constitucionales derivada del extenso lapso sin ser implementado por el Poder Legislativo ha caído por completo, toda vez que la reforma constitucional de 1994 mantuvo en todos sus términos el texto del artículo 24 y de los ahora obrantes bajo los números 75, inciso 12, *in fine* y 118. De acuerdo con esto, existe un mandato renovado y expreso que obliga a los legisladores a dictar las leyes correspondientes.

A más de este aspecto de estricto derecho positivo, se ha señalado que uno de los motivos de la grave crisis que afecta al Poder Judicial, especialmente en materia penal, deriva en gran parte del profundo divorcio existente entre el aparato oficial de justicia y la sociedad; de tal modo, como lo vieron con claridad los hombres de la organización nacional, asegurar la participación ciudadana se convierte en una exigencia de publicidad y transparencia, fundamental en el afianzamiento democrático y en la cultura cívica.

Así mismo, es importante tener en cuenta que el instituto del jurado aparece consagrado en la legislación de la mayoría de los países occidentales, no sólo en aquellos pertenecientes al ámbito anglosajón sino también —con diversas modalidades— a los ubicados dentro de la tradición románica. Por lo cercana, tiene especial relevancia la experiencia española, que en 1995 adoptó el juicio por jurados, luego de un amplio y rico debate, cumpliendo con el mandato de la Constitución de 1974.

Dentro de nuestra Constitución, el jurado aparece dentro de la parte dogmática, en el capítulo de derechos y garantías, por lo que es indudable que se lo entiende como un requisito para la justa aplicación del derecho punitivo; así mismo se lo regula en relación a las obligaciones del Congreso y en lo que atañe al Poder Judicial, asegurando la intervención popular directa en la administración de justicia.

Como se sabe, el derecho comparado nos muestra básicamente dos tipos de conformación de los jurados: el íntegramente compuesto por ciudadanos legos o jurado popular o puro, y el mixto o escabinado, que se integra, en diferentes números, por jueces técnicos y legos.

Debe señalarse que los principales proyectos que a lo largo del tiempo se presentaron para establecer el juicio por jurados en el país se inclinaron por el primero de los sistemas, que aparece como el más acorde con lo preceptuado en la Constitución; sin embargo, el Proyecto

de Código Procesal Penal del Poder Ejecutivo de 1987 diseñó una conformación mixta, lo que también adopta el nuevo Código cordobés.

En 1996 el Poder Ejecutivo de la Provincia de Entre Ríos presentó un proyecto de juicio penal ante jurados, optando por el popular.

63. Entre otras bases de garantía frente a la persecución penal pueden mencionarse las siguientes:

- Para apuntalar la inviolabilidad de la defensa se consagra la prohibición de obligar a declarar contra sí mismo. Penalmente consiste en la absoluta incoercibilidad del imputado y en la imposibilidad de utilizar cualquier medio tendiente a obtener de él prueba en su contra. Las Constituciones provinciales repiten la base y los códigos procesales penales la reglamentan, a veces minuciosamente.
- La detención se autoriza pero con la garantía de la "orden escrita de autoridad competente", o sea de la autoridad judicial con atribuciones legales para ello, quedando excluida la detención en flagrancia (art. 68, Const. Nac.). Las Constituciones provinciales son más claras.
- El hábeas corpus es el medio constitucional de asegurar este derecho a la libertad ambulatoria. Si bien la Constitución de 1853 no lo consagró de manera expresa, doctrina y jurisprudencia entendieron que surgía de modo implícito pero claro del texto del artículo 18. En el orden nacional, la ley 48 reguló el instituto en su artículo 20, efectuándose con posterioridad diversas modificaciones (leyes 18.799 y 22.383), que culminaron con la sanción de la ley 23.098. Así mismo, como medio de defensa de garantías fundamentales aparece en diversos instrumentos internacionales a los que nuestro país ha adherido. La reforma constitucional de 1994 lo consagró de modo expreso en el artículo 43, bajo la denominación de "acción de amparo". Dentro del derecho público provincial, el hábeas corpus aparece en todas las Constituciones, a más de ser reglamentado a través de leyes especiales o bien dentro de los códigos de procedimientos penales.
- Se consagra la inviolabilidad del domicilio y de los papeles privados. La ley debe fijar los casos y condiciones para su allana-

miento u ocupación (C. S. J. N., L. L. 6-427). El Código Penal sanciona estas violaciones (arts. 150/2 y 153 y ss.) y los procesales penales regulan los casos de excepción. Algunas Constituciones provinciales dan bases para su reglamentación, en ocasiones de modo detallado.

- Finalmente, los artículos 14 y 32 garantizan la libertad de imprenta, prohibiendo su atribución al fuero federal. Las Constituciones provinciales reglamentan su régimen previendo la ley sobre la materia.

64. Si damos significación amplia a la última cláusula del artículo 18 de la Constitución Nacional, puede afirmarse que de ella surge el derecho a la excarcelación o no encarcelación del imputado (C. S. J. N., Fallos: 7:368; 102:219). En efecto, por esa fórmula, las cárceles de la Nación (todas las de la República) no son para castigo sino para *seguridad*, no pudiendo *mortificarse* a los detenidos en ellas, más allá de lo que la *precaución* exige.

APÉNDICE DE LEGISLACIÓN

V. BASES CONSTITUCIONALES. EL JUICIO PREVIO

Nación, 1º; Córdoba, 1º; Córdoba (ley 8123), 1º; Buenos Aires, 1º; Mendoza, 1º; La Pampa, 1º; Salta, 1º; Jujuy, 1º; Corrientes, 1º; Entre Ríos, 1º; Río Negro, 1º; Neuquén, 1º; Chubut, 1º; La Rioja, 1º y 2º; Chaco, 1º; Catamarca, 1º; Santiago del Estero, 1º; Misiones, 1º; Tucumán, 1º; Santa Cruz, 1º.

EL JUEZ NATURAL

Nación, 1º; Córdoba, 1º; Córdoba (ley 8123), 1º; Buenos Aires, 1º; Mendoza, 1º; La Pampa, 1º; Salta, 1º; Jujuy, 1º; Corrientes, 1º; Entre Ríos, 1º; Río Negro, 1º; Neuquén, 1º; Chubut, 1º; La Rioja, 1º y 2º; Chaco, 1º; Catamarca, 1º; Santiago del Estero, 1º; Misiones, 1º; Tucumán, 1º; Santa Cruz, 1º.

INVIOLABILIDAD DE LA DEFENSA

Buenos Aires, 1º.

NON BIS IN IDEM

Nación, 1º; Buenos Aires, 1º; Córdoba, 1º; Córdoba (ley 8123), 1º; Mendoza, 1º; La Pampa, 1º; Salta, 1º; Jujuy, 1º; Corrientes, 1º; Entre Ríos, 1º; Río Negro, 1º; Neuquén, 1º; Chubut, 1º; La Rioja, 1º y 2º; Chaco, 1º; Catamarca, 1º; Santiago del Estero, 1º; Misiones, 1º; Tucumán, 1º; Santa Cruz, 1º.

APÉNDICE DE JURISPRUDENCIA

V. BASES CONSTITUCIONALES. EL JUICIO PREVIO

La garantía constitucional de la defensa en juicio asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma, ya se trate de procedimiento civil o criminal.

Fallos: 268:266

Si bien las cuestiones que se suscitan en torno a los hechos, prueba y derecho procesal son ajenas, como regla, a la vía del artículo 14 de la ley 48, ello no es óbice para que la Corte pueda conocer en los casos cuyas particularidades hacen excepción al principio, con base en la doctrina de la arbitrariedad, toda vez que con ésta se tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, exigiendo que las sentencias de los jueces sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas en la causa.

C. S. J. N., 4-12-90, S. T. LXII-86

La lectura de los derechos y garantías tiende a asegurar, desde los primeros momentos del proceso, el ejercicio de la garantía de la defensa en juicio y como ésta tiene carácter sustancial y no meramente formal, es menester que aquel que alegue su conculcación demuestre cuáles han sido los concretos perjuicios padecidos, vale decir, qué pruebas se ha visto impedido de aportar o qué argumentos esenciales no pudo someter a conocimiento de la justicia, así como su influencia en el resultado final del juicio.

C. N. C. P., sala I, 14-3-95

El artículo 18 de la Constitución Nacional garantiza el debido proceso legal en función de los derechos fundamentales del hombre, esto es, los

llamados derechos humanos, que se refieren a los derechos individuales y a las libertades públicas.

Fallos: 310:2342

La garantía del debido proceso fundamentalmente ha sido concebida a favor del acusado; significa que nadie puede ser condenado sino en función de un proceso llevado en legal forma, sobre todo teniendo en cuenta que el Estado cuenta con órganos específicamente instituidos al respecto, con todos los medios conducentes para aportar los elementos de juicio que estimó útiles para la procedencia de su pretensión punitiva.

C. N. C. P., sala II, 26-4-95

Los requisitos del debido proceso comprenden, para el imputado, la oportunidad de ser oído, de conocer los cargos que se le formulan en su contra y de producir prueba en su favor (voto del Dr. Bacqué).

Fallos: 310:1162

La doble instancia judicial no constituye, por sí misma, requisito de naturaleza constitucional, por lo que no constituye infracción al principio del debido proceso la norma de la ley 23.049 en cuanto prevé la supresión de la instancia militar al permitir el avocamiento de la justicia civil.

Fallos: 311:896

No existe violación a la garantía de defensa en juicio si el imputado tuvo la posibilidad durante el debate de negar o explicar los hechos que se le atribuyen, o de afirmar alguna circunstancia que excluye o atenúa su responsabilidad u ofrecer prueba que estimara pertinente en su oportunidad procesal.

C. N. C. P., sala II, 21-2-95

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Desde el punto de vista material, el principio de legalidad establecido por el artículo 18 de la Constitución Nacional, al exigir que la conducta y la sanción se encuentran previstas con anterioridad al hecho por una ley en sentido estricto, pone en cabeza exclusiva del Poder Legislativo la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante amenaza penal del ataque que representan determinadas ac-

ciones, y en qué medida debe expresarse esa amenaza para garantizar una protección suficiente.

Fallos: 314:425

El principio de legalidad en materia penal exige indisolublemente la doble precisión de los hechos punibles y de las penas a aplicar.

Fallos: 311:2453

Del principio de legalidad consagrado por el artículo 18 de la Constitución Nacional nace la necesidad de que haya una ley anterior que mande o prohíba una acción para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido, y que además se determinen previamente las penas a aplicar.

Fallos: 312:2084

El principio de legalidad es una garantía reservada al proceso penal exclusivamente y prohíbe la retroactividad de la ley penal. La Corte Suprema ha interpretado que el principio de legalidad exige indisolublemente la doble precisión de los hechos punibles y de las penas a aplicar.

C. N. C. P., sala III, 15-5-95

IN DUBIO PRO REO

El estado de duda no puede reposar en una pura subjetividad ni se compadece con el convencimiento íntimo acerca de la culpabilidad del acusado declarado por los jueces.

Fallos: 311:2547

Si bien el principio *in dubio pro reo* presupone un especial estado de ánimo del juez, por el cual no alcanza la convicción de certidumbre sobre los hechos, dicho estado no puede sustentarse en una pura subjetividad sino que debe derivarse racional y objetivamente de la valoración de las constancias del proceso.

Fallos: 311:948

1. El estado de duda no puede reposar en una pura subjetividad ni se

compadece con el convencimiento íntimo acerca de la culpabilidad del acusado, declarado por los jueces.

2. El estado de duda debe derivarse de la racional y objetiva evaluación de las constancias del proceso.

C. S. J. N., "Romero", R. 26-6-90, J. P. B. A. 74-83

Acerca de la pretensa aplicación del brocárdico *in dubio pro reo*, recientemente la Corte dejó establecido que la duda que se traduce en una actitud íntima de los juzgadores de mérito, sin posibilidad de asignarle objetividad alguna, con mayor razón en hipótesis como la ocurrente en que los sentenciantes, en punto a los hechos, proceden como jurados, expidiéndose por la afirmativa o por la negativa, sin fundar su opinión (arts. 392 y 393 del Código de Justicia Militar) y sin que, en la especie, se haya dejado traslucir vacilación alguna.

Fallos: 300:1173

La aplicación del principio *in dubio pro reo* constituye una regla procesal relativa a la comprobación de la existencia del delito y la participación del imputado. Esta apreciación corresponde al juicio de la libre convicción del tribunal en la valoración de las pruebas, quedando excluido en general del control de casación.

C. N. C. P., sala II, 12-6-95

Es justamente en la sentencia definitiva donde la garantía del *in dubio pro reo* —obligada derivación del principio de inocencia— adquiere superlativa relevancia. En efecto, en este estado procesal corresponde al juez alcanzar certidumbre respecto de todos y cada uno de los extremos que conforman la imputación delictiva. Sólo así le será permitido aplicar el poder penal del Estado a quien ejecutó un punible.

C. F. A. de La Plata, sala III, 16-2-95

EL JUEZ NATURAL

Debe dejarse sin efecto la sentencia condenatoria si se utilizaron en contra de los acusados pruebas cuya obtención ha dependido directa y necesariamente de violaciones a normas legales que tienden a garantizar la intervención del juez natural, la defensa en juicio y el debido proceso.

Fallos: 308:2481

El verdadero fundamento en la formulación, en su doble aspecto, de la

garantía de los jueces naturales consiste en la voluntad de asegurar a los habitantes de la Nación una justicia imparcial, cuyas decisiones no pudieran presumirse teñidas de partidismo en contra del justiciable, completando así el pensamiento de implantar una justicia igual para todos, que informara la abolición de los fueros personales.

Fallos: 310:804

Si los jueces designados por la ley antes de los hechos de la causa han dejado de serlo, o su jurisdicción ha sido restringida por obra de la ley, entonces no puede afirmarse que sigan teniendo poder para juzgar las causas de que se trate.

Fallos: 310:2845

Las reglas que rigen las cuestiones de competencia tienden a tutelar la garantía del juez natural, de modo tal que no pueden considerarse violatorios de la misma a aquellos actos procesales razonables y oportunos, en la medida en que no estén desviados de su objeto propio sino inspirados en una eficaz administración de justicia.

Fallos: 298:312

La garantía de los jueces naturales tiene por objeto asegurar una justicia imparcial, a cuyo efecto prohíbe sustraer arbitrariamente una causa a la jurisdicción del juez que continúa teniéndola para casos semejantes, con el fin de atribuir su conocimiento a uno que no la tenía, constituyendo de tal modo, por vía indirecta, una verdadera comisión especial disimulada.

Dicha garantía no resulta, pues, afectada por la intervención de nuevos jueces en los juicios pendientes, como consecuencia de reformas en la organización de la justicia o en la distribución de la competencia.

Fallos: 234:482

El artículo 18 de la Constitución Nacional sólo prohíbe los juicios por comisiones especiales designadas para el caso. Tal garantía no sufre menoscabo porque sea uno en vez de otro de los jueces permanentes el que intervenga en la causa, con arreglo a la competencia que le corresponda —que deriva no de la norma constitucional sino de las respectivas leyes procesales—, ni autoriza a la Corte a revisar por vía del recurso extraordinario la interpretación de las leyes locales hechas por los tribunales respectivos en cuanto se refiere a la competencia de sus propios jueces.

Fallos: 303:1582

La cláusula del artículo 18 de la Constitución, que establece que ningún habitante de la Nación puede ser sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa, no impide la inmediata aplicación de nuevas normas generales de competencia, inclusive a las causas pendientes (principio de la *perpetuatio jurisdictionis*), excepto que ello significara despojar de efecto a actos procesales válidamente cumplidos.

Fallos: 306:2101

La garantía constitucional de los jueces naturales no guarda relación con la distribución de la competencia entre los jueces permanentes que integren el Poder Judicial de la Nación, y las provincias, por lo que aquélla no sufre menoscabo porque uno u otro de ellos intervenga en la causa con arreglo a lo que disponga la respectiva legislación procesal.

Fallos: 308:817

En modo alguno se afecta la garantía constitucional del juez natural, como se pretende, toda vez que el principio del artículo 18 de la Constitución Nacional –según el cual, nadie puede ser sacado de los jueces designados por la ley, antes del hecho de la causa– ha sido invariablemente interpretado por una conocida jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el sentido de que no sufre menoscabo por la intervención de nuevos magistrados en los procesos pendientes, como consecuencia de reformas en la organización de los tribunales o en la distribución de la competencia, excepto que ello significara despojar de efecto a actos procesales válidamente cumplidos.

C. N. C. P., sala II, 28-7-93

INVOLABILIDAD DE LA DEFENSA

Esta Corte tiene dicho que en materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa. La tutela de dicha garantía ha sido preocupación del tribunal desde sus orígenes, en lo que señaló que el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, que asegure la realidad sustancial de la defensa en juicio.

C. S. J. N., 20-8-96

Los reclamos de quienes se encuentran privados de su libertad, más allá

de los reparos formales que pudieran merecer, deben ser considerados como una manifestación de voluntad de interponer recursos de ley, y que es obligación de los tribunales suministrar la debida asistencia letrada que permita ejercer la defensa sustancial que corresponda.

C. S. J. N., 5-3-96

La garantía de la defensa en juicio impone un especial cuidado cuando se encuentran involucradas personas privadas de su libertad y que carezcan de asistencia legal particular; rechazar el escrito de interposición del recurso extraordinario contra la resolución que no hizo lugar a la excarcelación, por carecer de determinados requisitos formales respecto de cuyo cumplimiento se ha previsto expresamente el patrocinio letrado, constituye una lesión al derecho constitucional a ser oído de acuerdo con las formas previstas por la ley.

Fallos: 310:492

Debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio el derecho de todo imputado de obtener, después de un juicio tramitado en legal forma, un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción que comporta el enjuiciamiento penal. Tal pronunciamiento puede consistir en la declaración de prescripción de la acción penal.

Fallos: 312:2075

Es potestad legislativa dictar las normas penales que estime pertinentes y adecuadas a la naturaleza de los delitos, particularmente a los de carácter económico, sin que su ejercicio afecte la garantía de la defensa en juicio, en tanto las circunstancias fácticas contempladas por la ley sustenten razonablemente la presunción de la existencia del acto ilícito y siempre que se acuerde al procesado la oportunidad de audiencia y prueba.

Fallos: 254:301

El cambio de calificación no configura agravio constitucional alguno cuando, como ocurre en el caso, la sentencia recurrida versa sobre el mismo hecho del proceso motivo de la condena en primera instancia y de acusación por parte del Ministerio Público, máxime cuando el recurrente no indica cuáles habrían sido las probanzas de las que se había visto privado.

Fallos: 302:482

Es violatoria de la garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional, y corresponde dejar sin efecto la sentencia de Cámara que agravó la pena sobre la base de un hecho que no había sido objeto del proceso anteriormente, pues la cuestión planteada excede los casos de cambio de calificación operada de oficio por el tribunal de alzada en materia penal, al tratarse además de ello, del juzgamiento de un hecho sobre el cual la defensa no tuvo ocasión de hacerse oír.

Fallos: 302:791

Es violatoria de la defensa en juicio la sentencia que, sin fundamento legal que lo autorice, invierte la carga de la prueba, exigiéndola al imputado de infringir la ley 5530 de Santa Fe sobre la base de que ésta se hallaba vigente cuando se comprobó la infracción y que aquél no demostró haber vendido el vino antes.

Fallos: 275:9

NON BIS IN IDEM

La garantía constitucional examinada (*non bis in idem*) protege a los individuos contra la doble persecución por un mismo hecho sin importar los diversos encuadramientos que se pueden efectuar respecto de aquél.

C. S. J. N., 6-2-96, "Peluffo, Diego P."

No es atendible la pretendida violación de la defensa en juicio resultante de que una misma conducta puede ser objeto de investigaciones paralelas, en sede administrativa y judicial. Se trata de determinar responsabilidades de diferente naturaleza ante jurisdicciones también distintas.

Fallos: 273:66

La prohibición de la doble persecución penal tiene raigambre constitucional.

El principio *non bis in idem* prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena —entendida ésta como un dato objetivo y formal— a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal.

Fallos: 311:1451

El artículo 14 del Código Penal, al disponer que la libertad condicional

no podrá ser concedida a los reincidentes, no vulnera la garantía del *non bis in idem*.

Fallos: 311:552

La decisión del juez federal que en la causa iniciada con motivo de la colisión entre un rodado particular conducido por el imputado y un tren, sobreseyó respecto de la presunta interrupción del tráfico ferroviario (art. 194 del Cód. Pen.) y declinó su competencia para entender en lo concerniente a las lesiones (art. 94 del Cód. Pen.) sufridas por los ocupantes del automóvil, importa violar la prohibición de la doble persecución penal, de rango constitucional, en cuanto propicia, en función de aquellas calificaciones, un juzgamiento por separado del único acontecimiento por el cual el procesado resultó inculcado. En consecuencia, corresponde que la justicia federal prosiga en el conocimiento de las actuaciones.

Fallos: 308:1678

Habiéndose sobreseydo definitivamente en la causa penal seguida al procesado por contrabando, por considerarse que el hecho no constituía delito, aquél se encuentra amparado por la garantía constitucional de la cosa juzgada, y respecto a ese delito no puede ser nuevamente juzgado, ni pueden serle aplicadas las sanciones accesorias del artículo 191 de la Ley de Aduanas, sin perjuicio de que el mismo hecho, o aspecto de éste, sean comprendidos por la previsión del artículo 197 bis de la ley 21.898.

Fallos: 305:246

La prohibición de la doble persecución penal no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho. El solo desarrollo del proceso desvirtúa el derecho invocado, dado que el gravamen que es materia de agravio no se disiparía ni aun con el dictado de una ulterior sentencia absolutoria.

Fallos: 314:377

La garantía del *non bis in idem* funciona sólo en caso de identidad total del "hecho", la que existirá cuando entre la primera y la segunda persecución penal exista una triple identidad: de persona, de objeto y de causa de persecución. Las tres identidades deben coexistir en el caso concreto. Si una falta, ya no se estará frente al mismo hecho, haciéndose posible la segunda persecución.

C. N. C. P., sala I, 11-6-97

Capítulo II

LA NORMA PROCESAL PENAL

SUMARIO: 65. Concepto y alcance. I. Naturaleza jurídica. II. Aplicación. III. Interpretación e integración. IV. Evolución legislativa. V. Los códigos argentinos.

65. Se ha dicho que la ley procesal penal es la principal fuente de nuestra disciplina. Aclaremos que dentro del concepto de "ley" ha de quedar comprendida la norma constitucional, en cuanto sienta las bases del ordenamiento procesal penal. Además, las otras normas que hemos analizado se adecuan a los mismos principios de la ley. De aquí que la teoría de la norma procesal penal se resuelva, en definitiva, en el estudio teórico y evolutivo de la ley vigente, y en especial de la legislación sobre la materia.

Aquí estudiaremos la ley procesal penal desde un doble punto de vista: primero en cuanto a su esencia (enfoque general) y después en cuanto a su existencia (enfoque en particular). Se trata de problemas referibles a toda norma jurídica pero nosotros los concretaremos a lo que más interesa respecto de nuestra disciplina.

Para distinguirla de la norma procesal civil debe recurrirse a la función jurídica específica que cada tipo de norma cumple. Ambas son procesales pero la procesal penal sirve principalmente para la actuación del derecho penal sustantivo y la procesal civil sirve, en general, para la actuación del derecho privado. Si se tratara de una norma idéntica para ambas ramas del derecho procesal, la distinción se hará teniendo en cuenta el cuerpo legal donde se encuentra, y si éste fuera único para ambas ramas procesales, corresponderá atenerse al derecho sustantivo que efectivamente se esté actuando.

Sin embargo debe anotarse que hay normas procesales penales dirigidas a la actuación del derecho privado. Principalmente esto ocurre cuando se plantea en sede penal la cuestión civil surgida del mismo hecho delictivo. Son procesales penales porque su destino es el de regular conductas y actos del proceso penal, aunque proyectadas a su objeto accesorio.

I. NATURALEZA JURÍDICA

SUMARIO: 66. Distinciones. 67. La norma realizadora. 68. Significación. 69. Eficacia de la norma realizadora sustancial. 70. Actividad reglada por las normas procesales penales.

66. El deslinde entre la norma procesal penal y la norma penal no resulta fácil en algunos casos. Hay ciertas zonas jurídicas llamadas grises o de penumbra, porque aparentan ser intermedias o superpuestas, pero que con un examen adecuado pueden ser descubiertas. Al respecto hemos adelantado algunas nociones en la Introducción (Nº 2 y ss.).

Como criterio general para una correcta distinción, debemos atender al destino que cada norma tiene dentro del orden jurídico al cual pertenece. De acuerdo a ello, en primer lugar se advierte que estas llamadas zonas de penumbra son, en realidad, instituciones bifuncionales para cuya regulación convergen normas sustantivas y procesales, o que se trata de normas penales, evidentemente sustantivas pero con eficacia procesal de un modo directo.

Hemos advertido ya que todas las normas constitutivas del orden jurídico son materiales o sustantivas, y que las realizadoras pueden ser tanto sustantivas como procesales (Nº 10 y ss. de la Introducción). Las constitutivas establecen el orden jurídico penal y lo garantizan mediante la sanción correlativa a la conducta descripta; pero son también constitutivas las normas que condicionan directamente la punibilidad, no las que orientan o impiden el pronunciamiento sobre el fondo.

La norma penal constitutiva es la que debe determinar el contenido del fallo en cuanto al fondo (mérito). Este fallo se obtiene conforme a la voluntad manifestada en las normas realizadoras destinadas a componer el orden alterado. Para ello determinan poderes, condiciones,

medios y formas, y aseguran el cumplimiento de la actividad así reglamentada.

Las normas de realización entran en acción frente al drama penal para actuar las normas constitutivas que, desde ese momento, son realizadas para el mantenimiento del orden. La unidad de este orden conjuga todas las normas que vienen a distinguirse por su específica función.

67. Pero la realización del derecho supone un movimiento progresivo orientado hacia un fin. Se resuelve en un proceso con objeto concreto y finalidad determinada que está impulsado por sujetos con poderes y deberes. Muchas de estas normas de realización deben ubicarse entre las sustantivas penales dentro del concepto que hemos dado antes, aunque dirigidas a controlar la actividad procesal. Así ocurre con las normas que genéricamente impiden o imponen la actividad de los órganos judiciales o permiten la disposición del contenido sustancial del proceso, con las que proveen el efectivo cumplimiento de la pena, con las que garantizan la actividad realizadora, etcétera. Por cierto que todas estas normas tienen también eficacia penal de fondo.

Son procesales penales las normas de realización que establecen los órganos de actuación, fijándoles poderes y deberes concretos respecto del contenido formal del proceso, y las que reglamentan el modo, forma y condiciones de la actuación de esos órganos y de los demás intervinientes. Los poderes genéricos de jurisdicción, acción y excepción son sustanciales pero se desenvuelven en virtud de atribuciones y sujeciones procesales.

El total de normas procesales penales se integra con previsiones sobre los objetos, las atribuciones y las formas para la realización de la justicia penal a través de toda la trayectoria del proceso. Pero hay algunos aspectos del derecho penal realizador regulados por normas sustanciales y procesales que, conforme ya hemos expresado, se conocen como zonas de penumbra: sirvan de ejemplo la acción penal, la querrela, la instancia privada, la prescripción, la renuncia o el desistimiento, la libertad condicional, etcétera. El panorama se aclarará si identificamos debidamente las respectivas normas.

68. Para obtener el significado de la norma procesal penal conviene referirse a la sentencia ya que es el acto jurisdiccional por excelencia. Con respecto al imputado, confirmará un estado pre-

existente de inocencia o creará uno nuevo de culpabilidad: la absolución libera del proceso y la condena conduce al cumplimiento de la pena impuesta.

Esa sentencia es el contacto supremo del derecho material con el procesal. Se trata de un acto procesal de contenido material por ser de mérito sobre el fondo. Esto sin perjuicio de que, en sentido amplio, pueda haber sentencia penal de contenido procesal: cuestiones previas sobre competencia o falta de personería, por ejemplo. Pero cuando el contenido del fallo penal es el derecho sustantivo realizador, como es el caso de la prescripción y de otras circunstancias obstativas al procedimiento sobre el fondo, tampoco se tratará de sentencia en sentido propio.

La normación sustantiva que es contenido de la sentencia en sentido propio alimenta a su vez el proceso durante toda su trayectoria. Podría representar el eje del proceso, flanqueado como en espirales por instancias y decisiones, y por las demás declaraciones en que se manifiesta la actividad procesal.

Esta materialidad jurídica que es contenido de los fundamentales actos del proceso se resuelve en una síntesis conclusiva de la tesis del acusador y la posible antítesis del defensor que tienden a aclararse con la prueba y la discusión. Tiene vida extraprocesal ya que precede al proceso. Surge con la alarma o daño público emergente del posible hecho delictuoso cometido, lo que pone en acto la actividad requirente, y a través de ella la jurisdiccional.

La determinación del órgano público que debe actuar como requirente y los casos de su exclusión (querellante) y de la existencia de requisitos previos para su actuación (instancia privada) es materia sustantiva realizadora (previsiones del Código Penal). Lo procesal es la organización del elenco de funcionarios y la adjudicación de funciones en la labor requirente (leyes orgánicas de los tribunales).

69. En cuanto surge un daño público como consecuencia de un hecho delictuoso, adquieren vida los mandatos normativos dirigidos a la realización del derecho penal. La Policía Judicial, el Ministerio Fiscal y el tribunal penal deben actuar imperativamente, salvo las excepciones legales que funcionan como impedimentos de actuación. Tanto en la regla como en las excepciones se está frente a las normas

realizadoras del orden jurídico penal, ya que su destino específico es determinar en concreto cuándo se debe y cuándo no se puede actuar, eliminando todo criterio discrecional. Ellas sientan y delimitan el principio de oficialidad.

Todas estas normas son realizadoras pero no son procesales penales. Sólo están como en la puerta de la realización pero escapan a la constitución del orden, y aun cuando se las advierta durante la tramitación del proceso por incidir directamente sobre su contenido sustancial, no organizan la magistratura ni proporcionan medios o formas para la actividad procesal.

Las normas impeditivas que hacen de excepción al imperativo de actuar se dirigen a la iniciación del proceso, al pronunciamiento de la sentencia o al trámite ejecutivo. Son de naturaleza material pero tienen una función procesal. Producen eficacia directa en el proceso, impidiéndolo o paralizándolo. Las preceptivas, que son la regla, imponen su tramitación.

Insistimos en que ninguna de estas normas son procesales porque no se refieren ni al *quién* ni al *cómo* de la realización de la justicia penal. Son materiales porque regulan y limitan el poder del Estado, y en ciertos casos se refieren al derecho de los particulares para condicionarlo. Pero no son constitutivas del orden jurídico porque no lo establecen ni garantizan, aunque se apoyen en normas constitutivas penales y aun no penales.

Recuérdese que muchas normas de garantía del orden establecido (sustantivas de constitución) tienen también eficacia procesal en cuanto se dirigen a asegurar la recta administración de la justicia. Esto significa que se dictan para respaldar a todas las demás normas de realización, especialmente las procesales.

70. La materia reglada por las leyes procesales penales se limita a los órganos que ejercitan los poderes en el proceso y a los medios y formas de realización con las circunstancias de tiempo, lugar y modo. Regulan la efectiva realización de la justicia penal a través de la jurisdicción, comprendiendo en ella la persecución y la defensa.

La decisión que pone fin a la fase cognoscitiva del proceso penal puede limitarse a decidir una cuestión procesal: falta de competencia o falta de acción. También puede referirse a una cuestión regida por normas realizadoras materiales: causal extintiva, menor inimputable.

En ambos casos no habrá propiamente sentencia por faltar la decisión de mérito. Pero ello nos demuestra que el proceso tiene a su vez un contenido formal que se proyecta en todo el trámite. Es la actividad reglada por las leyes procesales. Se resuelve en poderes y deberes de los intervinientes, que inciden en las meras formas y posibilidades de actuación: ejercicio del poder y cómo se lo debe ejercitar para la vida regular del proceso penal.

II. APLICACIÓN

SUMARIO: 71. Delimitación del tema. A) Eficacia espacial. B) Eficacia temporal. C) Eficacia personal.

71. Para no extendernos demasiado en temas generales, referiremos el estudio de la aplicación de la ley procesal penal, en cuanto a su eficacia espacial, temporal y personal, circunscribiéndonos al análisis de las cuestiones que presenten algún interés para nuestra disciplina.

Las notas de “procesal” y de “penal”, propias de la ley que ahora nos ocupa, la apartan, profundamente a veces, de los principios generales, atribuyéndole distinta eficacia con respecto a otras leyes. Agréguese a ello la influencia que sobre este tema tiene el régimen federal de gobierno de la República Argentina.

Por otra parte, es común confundir el tema con los problemas suscitados por la aplicación de la ley penal sustantiva en lo que respecta a la eficacia temporal. Otras veces se comete error cuando se proyectan los problemas al objeto del proceso y no a las formas y modos de la actividad. Todo esto debe ser cuidadosamente deslindado para evitar dificultades.

A) *Eficacia espacial*

SUMARIO: 72. Distintos aspectos. 1º) Aspecto externo. 2º) Aspecto interno.

72. La eficacia espacial de la ley procesal penal se refiere al ámbito territorial de su aplicación, y en la República Argentina permite una doble consideración, a saber:

- 1º) Ley argentina con referencia al extranjero y viceversa, o sea en lo externo, y
- 2º) ley interna de cada ordenamiento procesal con relación a la de los otros ordenamientos (nacional y provinciales), o sea en lo interno.

Sin confundirse, estos dos aspectos se vinculan con la aplicación de la ley penal y con la competencia en materia penal. Para lo primero basta considerar los distintos incisos del artículo 1º del Código Penal. Con respecto a lo segundo, más adelante veremos la importancia que tiene el momento y el lugar de la comisión del delito (ver Nº 276 y 285/7).

El primer aspecto es externo y se resuelve internacionalmente en la territorialidad o extraterritorialidad de la ley procesal penal de un país con respecto a los otros. El segundo aspecto es interno y comprende:

- a) La eficacia espacial de la ley federal que rige en toda la República Argentina frente a las autonomías provinciales, o de la ley local frente a los territorios federalizados (nacionales), y
- b) la eficacia de la ley local de una provincia frente a la autonomía de las otras provincias.

1º) *Aspecto externo*

SUMARIO: 73. Territorialidad. 74. Extradición internacional.

73. El principio que rige en el aspecto externo (único a considerar en los países unitarios) es el de territorialidad, dentro de los límites en que se ejerce la soberanía. El Código Penal argentino debe ser actuado por los jueces argentinos, aplicando en el trámite la ley procesal penal nacional o de alguna de las provincias según los casos.

Una sentencia penal extranjera no puede producir eficacia en nuestro territorio, salvo que exista convenio internacional que lo autorice, y ni esa sentencia ni cualquier otro acto procesal penal cumplido en el extranjero puede ejecutarse válidamente en el país. Con esto se marca una diferencia frente al Derecho Procesal Civil y Comercial de la Nación. A la inversa, el derecho de asilo no rige en nuestro sistema institucional,

por lo cual ninguna fracción del territorio argentino puede quedar excluida de la vigencia del derecho procesal penal.

Las excepciones a la territorialidad se darían en la República Argentina:

- 1) Cuando para juzgar un delito cometido dentro del ámbito espacial captado por el artículo 1º del Código Penal intervinieran tribunales extranjeros, o
- 2) cuando tribunales argentinos aplicaran la ley procesal penal extranjera para juzgar cualquier delito.

En cuanto al primer aspecto, todo el territorio jurídico argentino está sometido a nuestras leyes procesales penales aunque se dé la posibilidad de actuar la ley penal extranjera. Sin embargo, la extraterritorialidad puede darse con respecto a naves extranjeras de mar y aire: con amplitud si son públicas, y si son privadas sólo cuando no se afecte el orden público interno del país donde se encuentra la nave extranjera.

Aclaremos que si se considera a las naves como integrando el territorio jurídico del Estado, la posible extraterritorialidad ocurrirá a la inversa: se actuará conforme a nuestra ley procesal penal si al cometerse el hecho la nave extranjera (privada) está en nuestros puertos o aguas jurisdiccionales y se afecte el orden público interno.

En realidad, la regla debe ser la siguiente: siempre que deba actuarse el derecho penal argentino, nuestros jueces procederán conforme a la ley procesal penal del correspondiente ordenamiento jurídico argentino.

74. Los tratados internacionales sobre extradición han debido solucionar algunos casos para facilitar el juzgamiento de imputados que se encuentran en otro país y fuera del alcance de las autoridades que deberían juzgarlo, o que deberían ejecutar la pena en su caso. Lo cierto es que la extradición internacional trasciende de lo procesal penal para integrar el contenido de lo procesal internacional. Sus normas fundamentales son de realización pero sustantivas. Se refieren al poder penal del Estado para imponer o impedir su ejercicio en su extensión extranacional.

En este campo de la extradición internacional sólo será procesal penal la regulación de las formas y medios para solicitarla, para discutir

sobre su procedencia y para decidir y garantizar la regularidad y justicia del trámite.

2º) *Aspecto interno*

SUMARIO: 75. Ley procesal penal de la Nación. 76. Ley procesal penal de las provincias. 77. Prioridad en delitos conexos. 78. Unificación de penas. 79. Extradición interprovincial.

75. En lo que respecta al aspecto interno del derecho argentino, debe tenerse en cuenta la vigencia de múltiples códigos procesales penales y de un único Código Penal dictado por el Congreso de la Nación. Lo normal es que coincida el tribunal con la ley procesal penal en cada ordenamiento judicial para aplicar el mismo Código Penal.

Desde este punto de vista, como regla rige el principio territorial, conforme al cual cada provincia y la Nación tienen determinado un territorio dentro del cual sus respectivos tribunales aplican el Código Penal conforme a su propia ley procesal. Pero la justicia federal se extiende por sus materias propias de conocimiento por todo el territorio argentino, y en virtud de ello parece más conveniente hablar de "ordenamientos judiciales", mejor que de territorios, a los efectos de la eficacia de la ley procesal penal.

De acuerdo con esto, los jueces federales proceden conforme a la ley nacional para aplicar el Código Penal aun dentro del territorio de las provincias, y éstas lo harán de acuerdo con la ley local dentro de sus respectivos territorios, cuando no deba intervenir la justicia federal. Desde el punto de vista del tribunal, se estará frente al problema de competencia (ver infra, Nº 264); pero dado que la justicia federal actúa conforme a la ley procesal de la Nación, resulta ser también problema de aplicación de la ley procesal.

En consecuencia, como regla, en cada provincia rige la ley procesal provincial (local), y, por excepción, los tribunales federales aplicarán la ley procesal penal nacional en los casos expresamente previstos como de derecho federal. Los códigos procesales penales modernos resuelven

la cuestión sentando la regla de la territorialidad, con excepción de los delitos de jurisdicción federal o militar.

76. En cambio, entre las provincias, la regla de la territorialidad es más precisa. Tiene su fundamento en la garantía del juez natural, y se obtiene más concretamente del artículo 118 de la Constitución Nacional conforme al cual la actuación de los juicios penales se hará de acuerdo con la ley procesal penal de la respectiva provincia donde el delito aparece cometido.

Las escasas excepciones surgen de la misma Constitución Nacional. Y mientras no se altere el principio del juez natural esas excepciones pueden establecerse por medio de tratados interprovinciales conforme a lo previsto por el artículo 116 de la misma Carta Magna.

Se discute la posibilidad de actuar conforme a la ley procesal de otra provincia por delegación (vía del exhorto). La solución se obtiene por medio de la aplicación del artículo 7º de la Constitución Nacional, en cuanto "los [...] procedimientos judiciales (entiéndase 'actuaciones procesales') de una provincia gozan de entera fe en las demás" (problema de autenticidad), lo que no implica el deber de aceptar sus efectos por cuanto con éstos podría afectarse la jurisdicción local. El tribunal exhortado deberá cumplir el trámite conforme a la ley procesal penal de la provincia a que pertenece el tribunal exhortante si no se afecta la jurisdicción local o un principio de la Constitución Nacional. Esto sin perjuicio de tener en cuenta lo previsto en la ley convenio sobre extradición interprovincial que analizaremos en el Nº 79.

En función de las leyes convenio sobre exhortos y comunicación procesal, la regla es la de actuar conforme a la ley procesal del tribunal exhortado. La extraterritorialidad debe estar indicada expresamente en el exhorto, con transcripción de la disposición legal en que se funda (art. 2º de las ya derogadas leyes 17.009 y 21.642 y de la vigente 22.172).

77. Como consecuencia del principio del juez natural y del artículo 118 de la Constitución Nacional, no pueden acumularse causas conexas en un mismo proceso cuando por la naturaleza del delito (federal o provincial) o por el lugar de comisión, su juzgamiento originario corresponde a distintos ordenamientos judiciales (véase el número siguiente). Cada hecho ha de ser objeto de y juzgarse en un proceso separado y regido por la correspondiente ley.

Pero en consideración a la defensa del imputado y al normal ejercicio de la jurisdicción, debe existir un sistema que prevea situaciones de prioridad para el juzgamiento de las causas, extensible al trámite procesal previo en la medida que pueda afectar aquellos intereses. Cuando no medien dichos obstáculos, los procesos habrán de tramitarse simultáneamente pero las sentencias (y en su caso los debates orales) serán sucesivas.

Los códigos procesales penales dan solución expresa a este problema. Son muy precisos los modernos posteriores a 1940 que sientan como regla entre lo federal y lo provincial la previsión del Código nacional, y entre provincias, las de mayor gravedad del hecho si lo fuera el cometido en la provincia; pero se permite la tramitación simultánea cuando no se obstaculice el ejercicio de las jurisdicciones o la defensa del imputado. La ley toma cuidado de no invadir con sus normas el poder legisferante de otra provincia.

Conforme al Código nacional, la solución a estas cuestiones se da de manera inversa. Como regla permite la tramitación simultánea de los procesos y no rige prioridad alguna para las sentencias, salvo inconvenientes de carácter práctico, "especialmente los que se relacionan con la defensa en juicio". En este caso rige la prioridad para los tribunales federales frente a los de la Capital Federal y a los de las provincias. Cuando se tratare de jueces nacionales de igual competencia, la prelación se determina por la fecha de iniciación de los sumarios.

Pensamos que estas cuestiones deben ser regidas por una ley nacional, vale decir del Congreso de la Nación, pero que no tenga carácter local o de exclusividad para la justicia nacional. No obstante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reiteradamente ha dado jerarquía nacional a las normas del Código de Procedimiento Penal para la Capital y justicia nacional, haciéndolas prevalecer frente a las normas de los códigos locales (*Fallos*: 127:371; 244:527; 183:69). El criterio de la mayor gravedad del delito sólo solucionaría el problema si todos los códigos lo previeran uniformemente, se dé o no preferencia a la justicia federal.

Nosotros pensamos que para determinar la prioridad debe predominar el criterio de la mayor gravedad del delito que se juzga, y en segundo lugar el criterio temporal. Ésta sería la regla: juzgará primero

el tribunal de la provincia donde se cometió el delito más grave, y a igual gravedad, donde se cometió el primer delito en el tiempo, y en caso de ignorarse, donde primero se iniciaron las actuaciones (el que previno).

Pero estas reglas sólo pueden ser establecidas por una ley uniforme de carácter nacional, por la que sería posible acordar a los jueces la facultad de autorizar prioridades con un criterio de mejor justicia. Los códigos locales no pueden atribuir prioridad a otro ordenamiento judicial porque extralimitarían la atribución legislativa, defecto en el que incurre el artículo 22 *in fine* del Código de Santa Fe en cuanto acuerda prioridad al tribunal que previniere si los delitos fueren de la misma gravedad. La Corte Suprema Nacional ha sostenido el criterio de antelación en el tiempo de comisión para la prioridad (*Fallos*: 226:501; 244:345), haciendo caso omiso de las normas provinciales.

78. El artículo 58 del Código Penal es una norma sustantiva de realización del orden jurídico. Impone la unificación de penas conforme a los criterios sentados en los artículos anteriores (concursos de delitos). Se trata de la determinación del monto total de condena a cumplir como consecuencia de las penas impuestas en dos o más sentencias condenatorias, lo que puede hacerse cuando se dicta la última de ellas o con posterioridad.

De esto último surge que la norma tiene como contenido procesal lo referente al tribunal que debe practicar la unificación: el que dice la sentencia o el juez que haya aplicado la pena mayor. Se trata de una norma supletoria de la legislación provincial a regir mientras ésta no disponga otra cosa, por cierto que sin desvirtuar el principio sustantivo de las reglas del concurso.

La dificultad surge cuando las penas son impuestas por tribunales de distinto ordenamiento judicial. ¿Qué ley debe regir para el trámite procesal que sobreviene a esa unificación? Los códigos procesales penales siguen en cierta forma el criterio del Código Penal: el tribunal solicitará o remitirá copia de la sentencia, según que haya dictado la pena mayor o la menor. Tanto en este aspecto como con respecto al establecimiento en el que debe cumplirse la condena privativa de la libertad, corresponde también el dictado de una ley nacional que dé uniformidad a la cuestión.

79. El artículo 8º de la Constitución Nacional impone la extradición interprovincial de los procesados y penados. Es una norma realizadora sustancial de afianzamiento de la justicia en el país (C. S. J. N., L. L. 11-1095), la que puede y debe ser debidamente reglamentada por una ley especial del Congreso de la Nación.

De esta base constitucional se deriva la posibilidad de cumplir en una provincia actos procesales regidos por la ley de otra. Un ejemplo sería el de la procedencia de la detención, respecto de lo cual no son uniformes los códigos procesales.

Sobre el particular rige actualmente el convenio celebrado por el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires con el Ministerio de Justicia de la Nación, que el Congreso Nacional aprobó por ley 20.711. Fue celebrado el 25 de abril de 1973 y han adherido ya todas las demás provincias. Por él se establece el procedimiento a seguir entre distintas jurisdicciones para facilitar la detención y extradición de imputados y condenados.

Conforme a este convenio interprovincial, la orden de detención debe hacerse conocer documentalmente, sin necesidad de exhorto. Sus normas son exigentes para la consignación de los recaudos, imponiendo que sea expreso en cuanto a la condición de incomunicado, y se da intervención de contralor al juez de instrucción del lugar de la ejecución para no prolongar indebidamente la detención.

B) *Eficacia temporal*

SUMARIO: 80. Vigencia de la ley. 81. Regla de irretroactividad. 82. Excepciones a la regla.

80. Se trata de resolver el problema aplicativo de la ley procesal penal en caso de sucesión temporal en su vigencia. Dictada una ley que modifica a la anterior, se plantean las siguientes cuestiones:

- 1º) ¿Qué actos procesales deben estar regidos por la nueva ley al entrar en vigencia: todos los actos posteriores o parte de ellos?
- 2º) ¿Qué actos procesales pueden cumplirse conforme a la ley derogada: algunos actos o ninguno de los aún no cumplidos?

La ley entra en vigencia cuando el propio legislador que la dicta

lo establece en el mismo acto de dictarla; pero supletoriamente rige el artículo 2º del Código Civil (en contra, C. S. J. N., *Fallos*: 144:111), o sea ocho días después de su obligatoria publicación.

Hay derogación expresa cuando entra en vigor una ley nueva que deja sin efecto la anterior; si esto último sólo se infiere, la derogación será tácita.

En materia de sucesión de leyes procesales penales, los problemas de eficacia temporal se plantean frente a los poderes y deberes de los sujetos procesales, y al acto cumplido o en trámite de cumplimiento, en cuanto se refieren a la actividad prolongada en el tiempo, y a los criterios de garantía individual o resguardo del interés social.

81. Excluidas las normas de derecho transitorio, corresponde resolver si la nueva ley procesal penal tiene o no tiene efecto retroactivo. La mayoría de los códigos procesales penales argentinos resuelven este problema siguiendo el criterio de la irretroactividad; se aplicará desde su vigencia "aun en los procesos por delitos anteriores", dejando a salvo las posibles excepciones: "salvo disposición en contrario", expresa el artículo 2º del Código de Córdoba. En lo que no hay uniformidad es sobre el momento de su vigencia.

La regla de la irretroactividad significa que la nueva ley regirá para todo proceso a iniciarse y para la continuación de todo proceso ya iniciado. Las posibles excepciones deben ser expresas y se las encuentra entre las disposiciones transitorias de esos códigos. En realidad, estas normas transitorias regulan la ultraactividad de la ley derogada. Para reafirmar el principio, se expresa que conservarán plena validez los actos cumplidos de acuerdo con el Código derogado, antes de la vigencia del nuevo Código.

Esta regla tiene su fundamento en el carácter público de todo el derecho penal, tanto el sustantivo como el procesal (Cám. Crim. Cap., J. A. 1958-173). Cuando algunos autores sostienen la regla de la retroactividad (Alcalá Zamora y Castillo, Levene, Florián) se ubican en el plano sustantivo, con descuido completo del plano procesal. En este sentido pueden citarse también casos de jurisprudencia (Cám. 1ª de La Plata, J. A. 1959-I-73). Es claro que con respecto al delito (el hecho objeto del proceso pendiente o futuro) la inmediata aplicación de la

ley significará que es retroactiva, a diferencia de la penal que no puede aplicarse si no es más benigna (irretroactividad).

Lo cierto es que el problema debe plantearse en el plano estrictamente procesal por ser las manifestaciones de ese carácter el contenido normativo de la ley que nos ocupa: órganos judiciales, sus atribuciones, poderes y deberes que se ejercitarán y actividad a cumplirse en el proceso. En cuanto a esto no es retroactiva como regla, pues los actos cumplidos conforme a la ley anterior quedarán firmes.

82. La verdad es que una ley procesal penal creadora o modificadora de una actividad o situación, regirá de presente y de futuro, no afectando la actividad ya cumplida ni las situaciones adquiridas. A su vez, la norma derogada no regirá como regla para la actividad a cumplir o situaciones a adquirir: no ultraactividad de la ley derogada. En algunos códigos se adoptó el sistema de mantener la vigencia de trámites con comienzo de ejecución (anterior de Buenos Aires y San Luis). También hubo casos en que se estableció el criterio, de índole sustantivista, de aplicación de la ley más benigna. De todas maneras, se encuentra fuera de discusión la idea de que los actos anteriores a las modificaciones, cumplidos con arreglo a la ley entonces vigente, mantienen su validez.

Sostenemos que estas regulaciones deben ser consideradas como de excepción, expresa o tácita, a la regla de la irretroactividad. Estas excepciones rigen en lo que respecta a la situación y libertad del imputado. La ley nueva no puede empeorar una situación ya adquirida; en cambio, sí se aplicará si favorece al contemplado en la norma por otorgarle una situación más beneficiosa que la adquirida por aplicación de la ley anterior. Se plantean casos semejantes con respecto a los efectos de los recursos, a los plazos judiciales y a las fianzas. Como casos jurisprudenciales pueden citarse los registrados en *Jurisprudencia Argentina* 1956-I-18 y 1959-I-245, y como criterios generales, véase el de la Corte Suprema Nacional registrado en *Jurisprudencia Argentina* 1959-III-3, Nº 9, y en *Fallos*: 231:32; también Cámara en lo Criminal de la Capital, en *Jurisprudencia Argentina* 1959-V-498.

82 bis. Es indudable que el paso de un sistema procesal a otro genera problemas a veces difíciles de solucionar, sobre todo cuando la transformación es integral, como ha ocurrido con el reciente Código

para la Provincia de Buenos Aires y antes para el orden federal. Por lo común, se establece un período temporal considerable para la entrada en vigencia del nuevo digesto, período en el que se busca la adecuación institucional y la difusión y conocimiento del nuevo método. El tema aparece por lo común regulado en las denominadas *Disposiciones transitorias*. El artículo 536 del Código de la Provincia de Buenos Aires dispone que se aplicarán las disposiciones anteriores si a la fecha de entrar en vigencia el nuevo régimen se encontraba firme el auto de clausura del sumario y existiese acusación, es decir, concluida la etapa instructoria, consagrando el 537 la validez de los actos anteriores y que las nuevas disposiciones se aplicarán desde la estación o período en que se encontrasen, con excepción de los trámites que hayan comenzado a ejecutarse.

En otros casos de reformas integrales, se adoptó la decisión política de que todo trámite debía adecuarse a la nueva formulación a partir de una determinada fecha.

C) *Eficacia personal*

SUMARIO: 83. Extensión. 84. Autoridades públicas. 85. Representantes de soberanías extranjeras.

83. Los problemas que se plantean con respecto a la proyección personal de la eficacia de la norma procesal penal deberán tener mayor desarrollo al explicarse los obstáculos para el ejercicio de la acción y la jurisdicción (ver N° 152/5) y la calidad del imputado (ver N° 362/4). En cuanto a la aplicación de la ley, las soluciones deben apoyarse en la extensión personal de la ley penal.

La norma procesal penal es aplicable a todo aquel que pueda ser penalmente perseguido y condenado. Luego, quedan excluidas las personas a quienes no les alcanza la ley penal por motivos funcionales. La regla es la de la eficacia personal plena; la excepción se da con quienes no pueden ser sometidos a proceso penal ni condenados desde un punto de vista general.

En primer término han de mencionarse las personas que están fuera del alcance del derecho penal, vale decir de la ley penal vigente,

como ocurre con los menores de catorce años en nuestro actual ordenamiento jurídico penal, no obstante que para ellos se establece un régimen correlativo de medidas de seguridad. Además, algunas autoridades públicas están excluidas transitoriamente del alcance de la ley procesal penal; se trata de una protección constitucional de la función pública. En efecto, por razones de orden constitucional, tanto en su proyección interna como internacional, se establecen determinadas inmunidades y privilegios. Las primeras son absolutas; los segundos relativos y a veces limitados en nuestro país a la ley local.

La exención se fundamenta en la investidura pública de la persona, en cuanto calidad reconocida política o internacionalmente y que la distingue de las demás, permitiéndole prevalerse de inmunidades o privilegios de orden público. Protege a las autoridades superiores de los poderes de cada Estado y a los dignatarios o representantes de Estados extranjeros acreditados en el país.

84. Son autoridades públicas constitucionales el presidente y vicepresidente de la República, los gobernadores y vicegobernadores de las provincias y los ministros de los Poderes Ejecutivos nacional y provinciales, los legisladores y los jueces.

Los miembros del Congreso de la Nación gozan de inmunidad penal por las opiniones o discursos que emitan desempeñando su mandato (art. 68, Const. Nac.); no pueden ser acusados ni interrogados judicialmente, ni molestados. Igual ocurre con los legisladores provinciales: no pueden ser acusados con respecto a esas opiniones. Unos y otros están exentos de toda ley procesal penal, tanto de la Nación como de las provincias. Esto aunque fuere un legislador provincial conforme lo ha sostenido la Corte Suprema de la Nación en *Fallos*: 169:76 (en contra, *Fallos*: 119:291).

Esta inmunidad del legislador tutela el libre ejercicio de la función legislativa, por lo cual es irrenunciable (C. S. J. N., *Fallos*: 1:297). Se extiende a toda opinión del miembro del cuerpo vertida mientras obra en el desempeño de su mandato.

El privilegio corresponde a todas las personas mencionadas como autoridades. En cuanto tales, pueden ser sometidas sólo relativamente a la ley procesal penal, incluso los legisladores cuando no media la inmunidad. El privilegio rige mientras se desempeña la función propia

de cada autoridad pero pueden ser desaforados o destituidos por el procedimiento constitucionalmente previsto: antejuicio.

Los favorecidos por el privilegio pueden ser perseguidos *ab initio* y aun detenidos en flagrancia, pero éste funciona como obstáculo para procesar, en el sentido de continuar en su contra el trámite procesal. Producido el desafuero o destitución el obstáculo queda liberado al igual que si la autoridad hubiera cesado por otra causa: renuncia o terminación del período.

Nuestras leyes incluyen algunos trámites para provocar el antejuicio con el propósito de no afectar el privilegio. Sin embargo, éste corre riesgo en cuanto se ordena practicar una "información sumaria". Pensamos que este trámite sumario sólo debe autorizarse en la medida que no vulnere el privilegio del afectado.

De estas normas se deriva propiamente un sometimiento a la ley procesal penal del protegido con el privilegio. Sólo se trata de arbitrar un trámite para garantizar la realización del antejuicio cuando aparezca necesario. No obstante, con un sentido práctico se ha sostenido que podría autorizarse el sobreseimiento cuando, como consecuencia de esa investigación sumaria, el juez concluyera que evidentemente existe una causa legal. Más adelante haremos la crítica de las respectivas posiciones sobre el particular (*infra*, N° 152/155).

85. En cuanto a los representantes de soberanías extranjeras, la exención de nuestras leyes procesales penales se extiende a todos los agentes diplomáticos, a las personas que integran la legación y a los familiares y servidumbres. Todos están sometidos directamente a la jurisdicción de su país, principio del derecho de gentes que nuestras leyes aceptan. Nuestros tribunales sólo podrán enjuiciarlos cuando medie conformidad del gobierno que representan, aun en caso de renuncia del afectado (C. S. J. N., *Fallos*: 148:208; 224:549). De esa manera se protege el libre ejercicio de la función representativa extranjera.

Desaforado el funcionario o aceptada la renuncia al privilegio, podrá ser penalmente perseguido, pero estará exento de las leyes procesales penales de provincia. En efecto, por el artículo 117 de la Constitución Nacional debe entender la Corte Suprema de Justicia de la Nación originariamente.

III. INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN

SUMARIO: 86. Principios generales. 87. Interpretación sistemática y exegética.
88. Analogía y remisiones legales.

86. Sobre el tema a considerar es necesario destacar algunos aspectos de interés para nuestra materia, aclarando que resulta de mayor utilidad distinguir entre interpretación e integración. Interpretar es aclarar las dudas sobre la voluntad de la norma, desentrañándola del texto legal mediante un procedimiento que no nos aparte de la noción jurídica, vale decir obtener lo que la ley dice efectivamente y no lo que se quiso decir o conviene que diga.

Los antecedentes y notas de la ley sirven para ayudar en la tarea interpretativa pero no deben determinar el resultado. Tampoco debe determinarlo el desenvolvimiento histórico de la institución, ya que las leyes tienen visión de futuro en cuanto rigen hechos posteriores a su sanción (C. S. J. N., *Fallos*: 241:291).

Desde el punto de vista de la fuente, sólo interesa la interpretación auténtica. Dado que en realidad se trata de una ley interpretativa, resulta obligatoria *erga omnes*, sin perjuicio de que a su vez necesite ser interpretada. No es interpretación la palabra de los miembros informantes de la ley (en contra, véase S. C. J. B. A., J. A. 1959-IV-155, Nº 6).

La técnica alcanzada en los códigos procesales penales hacen que actualmente sea muy reducido este método. Sin embargo, hay ocasiones en que el propio legislador incorpora definiciones de los conceptos y categorías utilizadas, como ha ocurrido con el reciente Código Penal de la República del Paraguay y en el Proyecto de nuevo Código Procesal Penal.

87. Tiene mucha aplicación en el campo procesal penal la llamada interpretación sistemática, considerada desde el punto de vista del método, por tratarse de una materia codificada. Las disposiciones generales de los códigos deben iluminar a todas las demás reglas particulares, en cuanto éstas han de contener implícitamente la significación de la que le sea más general.

Cuando la norma especial contradiga a la general se estará frente a un caso de derogación de ésta en lo específico y concreto del procedimiento o acto de que se trate. Igual ha de ocurrir con normas aún

más generales que el propio Código Procesal Penal, a las que podría acceder el intérprete en una labor sistemática. En este particular corresponde actuar con cautela para no considerar especiales normas que en realidad no lo son o para no alterar el sentido de normas que sean especiales (C. S. J. N., *Fallos*: 242:73; 128:247).

Es común que los artículos de un código no estén correctamente ubicados o que modificaciones posteriores dejen subsistentes normas que también debieron reformarse o eliminarse. Todo esto tiene que ser advertido por el intérprete, como también la posibilidad de incluir preceptos por estar implícitos (véase S. T. J. de Córdoba, en *Boletín Judicial de Córdoba*, t. II-2, p. 114).

En cuanto al resultado o exégesis de la norma, el intérprete debe considerar la finalidad del acto y el modo y forma previstos, teniendo en cuenta si la ley persigue a través del proceso la custodia de un interés público o privado. Esto le permitirá, por ejemplo, optar para la prevalecencia de dos reglas aparentemente contradictorias u opuestas.

Sobre este particular, los códigos procesales penales modernos tienen una previsión orientadora. Se impone interpretar restrictivamente las normas que tengan por finalidad:

- 1º) Coartar la libertad personal de los intervinientes en el proceso;
- 2º) limitar el ejercicio de un poder conferido a cualquiera de los sujetos del proceso, y
- 3º) establecer una sanción procesal, vale decir a los actos procesales.

Fuera de este contenido normativo que tiene bastante amplitud, la ley procesal penal puede, en general, interpretarse extensivamente.

88. Existen otros dos aspectos que no son propiamente de interpretación pero que se vinculan con ella, teniendo relativo interés frente a la ley procesal penal. Nos referimos a la analogía y a las remisiones legales.

La analogía no atañe a la interpretación sino más bien a la aplicación de la ley: extensión de la voluntad de la norma para captar lo que en realidad ella no comprende. En el derecho procesal penal se la utiliza eficazmente aun con respecto a normas de otras ramas jurídicas, suplemento analógico que no tolera el derecho penal sustantivo ni se tolera en el proceso penal cuando esté en peligro la libertad u otra

garantía individual. En cuanto a la intervención de las partes civiles, es muy frecuente recurrir a normas del derecho procesal civil: código del respectivo ordenamiento judicial.

Es corriente que los códigos o leyes procesales penales hagan remisiones a otras normas del mismo código o de otros cuerpos legales. Así ocurre en el primer aspecto (internamente), por ejemplo, cuando los actos de prueba del juicio penal deben practicarse conforme a las previsiones respectivas de la instrucción, y en el segundo aspecto, cuando el código procesal penal expresamente se remite a la ley orgánica de los tribunales o al código procesal civil (también internamente), o como ocurre en casos de prioridad de juzgamiento por conexión de causas, en que la ley provincial se remite a la nacional (externamente).

IV. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

SUMARIO: 89. Los sistemas procesales. 90. Sistemas en la Argentina. A) Antigüedad. B) Edades Media y Moderna. C) La reforma en Europa continental.

89. La evolución histórica de la legislación debe ser analizada sin perder de vista nuestro régimen procesal penal para mostrarlo después en su plenitud conforme a sus dos corrientes diametralmente opuestas en sus orígenes. Ahora esbozaremos rasgos muy generales de los antecedentes útiles. Un desarrollo más detallado se hará al tratar las respectivas instituciones.

Debe tenerse presente la estrecha vinculación que la Historia permite descubrir entre las legislaciones procesales penales y los regímenes políticos: ya despóticos, ya liberales o atemperados. Es que las leyes represivas suelen ser eficaz instrumento de opresión, sin perjuicio de su indispensabilidad para el mantenimiento de las instituciones en los momentos de crisis política. Todo esto condujo a la instauración de dos sistemas opuestos y otro intermedio para los procedimientos penales: el acusatorio, el inquisitivo y el mixto, este último sirviéndose de los anteriores en diferentes proporciones.

El sistema acusatorio ha tenido fuertes rasgos liberales, desenvolviéndose sin reservas y llanamente. El sistema inquisitivo, en cambio, surgió de las tinieblas, rodeado de las precauciones propias de su an-

tipopularidad y las reservas del autoritarismo. El sistema mixto ha provocado, en general, la división del proceso en una fase instructoria y otra de juicio (sumario y plenario), con predominio inquisitivo para la primera y acusatorio para la segunda; pero los matices son muy variados en consideración al concepto que se tenga de la necesidad de tutelar el interés privado o el público.

90. Los códigos argentinos se orientan en su totalidad por el sistema mixto pero los que consideramos antiguos tienen una instrucción fuertemente inquisitiva y un juicio cuyos rasgos acusatorios están muy desvirtuados frente al predominio o penetración en él de la fase sumarial. La instrucción de los códigos considerados modernos ha perdido mucho de lo inquisitivo y el juicio tiene un alto porcentaje acusatorio.

Los rasgos inquisitivos se caracterizan, en realidad, por la centralización en la persona del juez de todos los poderes, impidiendo la libre defensa del imputado. En cambio, es rasgo típico del sistema acusatorio que la acción, la jurisdicción y la defensa se distingan con precisión en la ley, la que atribuye cada poder a un órgano diferente: acusador (público o privado), juez (técnico) e imputado y su defensor (de confianza u oficial), dándosele al imputado la calidad de sujeto procesal.

La instrucción de todos nuestros códigos es escrita pero existen muchas variantes en cuanto a la intervención que se da en ella al imputado y la defensa. En cuanto a la segunda fase, mientras el plenario de los códigos que siguen la corriente antigua es escrito, los modernos legislan un juicio con debate oral ante tribunal técnico predominantemente colegiado, el que actúa en única instancia. En los primeros, la prueba del sumario es utilizada directamente para la sentencia y valorada conforme al sistema legal relativamente amortiguado; para los segundos, esta prueba del sumario sólo da base a la acusación, y la recibida en el juicio es valorada por el sistema de la sana crítica o libre convicción.

90 bis. En la evolución que ha seguido la legislación procesal argentina puede advertirse una tendencia creciente hacia el sistema mixto que busca aproximarse al acusatorio, lo que se acentúa en aquellos (Córdoba, Tucumán y Buenos Aires) que disciplinan la investigación

fiscal preparatoria (lo que así mismo aparece en todos los proyectos modificatorios). Por otra parte, salvo el caso de la Provincia de Santa Fe, todos los digestos establecen el juicio oral y público y determinan que la sentencia puede fundarse únicamente en la prueba introducida durante la audiencia de debate. Al mismo tiempo, debe señalarse que los antedichos principios figuran como expresas normas en algunas Constituciones y en los instrumentos internacionales, ya que se entiende que la adecuación al sistema acusatorio es una garantía del debido proceso.

A) *Antigüedad*

SUMARIO: 91. Leyes primitivas. 92. La *cognitio* y la *accusatio* en Roma. 93. La cuna del sistema inquisitivo.

91. Los hebreos siguieron criterios consuetudinarios: un proceso oral y público ante un tribunal llamado "sanedrín" que presidía el Sumo Sacerdote. Ni el Libro de Josué ni las Leyes de Manú, que contienen escasas referencias a los procedimientos penales, tuvieron influencia posterior.

En Atenas, en cambio, surge ya un régimen de procedimiento penal aunque limitado a los ciudadanos libres y para algunas transgresiones. El rito penal se caracteriza por la intervención del pueblo tanto para integrar el tribunal como para producir la acusación dentro de un tipo acusatorio puro. Quedan a salvo de este régimen las causas por hechos gravísimos, en las que se daba intervención a la Asamblea.

La jurisdicción se distribuía entre el Tribunal de los Ephetas, el de los Heliastas (muy numeroso) y el Areópago, y para los delitos públicos la acusación era popular: correspondía a cualquier ciudadano libre, quien asumía fuertes responsabilidades. Sólo subsidiariamente la acusación popular era reemplazada por un embrión de acusador público.

El Arconte recibía la acusación con la que se iniciaba el proceso, quien convocaba al Tribunal y cumplía las formalidades previstas. El imputado tenía un plazo para preparar su defensa, y ante el Tribunal se actuaba en forma oral y pública. El debate era una lucha franca y honorable.

El sistema germano antiguo tiene escasa importancia como antecedente. El procedimiento penal era una lucha entre dos contendores violentos; muy ritualista, oral, público y contradictorio; pero otros rasgos lo separan del sistema acusatorio. Se iniciaba por querrela del ofendido, y para llegar a la condena bastaba, en un primer tiempo, el clamor del público, y después el juramento sobre la flagrancia del hecho apoyado por conjuradores.

La confesión aparejaba inmediata condena. Si no la había se dictaba sentencia probatoria de valor condicional, indicando cuál de las partes debía probar. Los principales medios de prueba eran los conjuradores y los juicios de Dios.

92. El más antiguo período romano, o sea el de la Monarquía, no tiene mayor trascendencia para nuestro estudio. Durante él rigió la *cognitio* cuyo trámite era sumario y no ofrecía garantías. El Rey acusaba y juzgaba, a veces con el auxilio del Senado. En algo se mejoró el sistema cuando se introduce la *provocatio ad populum*, especie de revisión o de pedido de clemencia concedido a los varones ciudadanos.

La *cognitio* se mantiene hasta ya avanzado el período de la República. Pero las leyes *Valeriae* van organizando las *comitia centuriata*, integradas por patricios y plebeyos. Éstas, y las *questiones* que más tarde se hicieron *perpetuae*, permitieron la entrada al procedimiento de la *accusatio* o *questio* al comenzar el último siglo de la República.

La *accusatio* es un procedimiento acusatorio puro, con los fundamentales rasgos del tipo ateniense pero perfeccionado. En la preparación el Pretor actuaba como magistrado; recibía la acusación popular; elegía al acusador de mejor solvencia y condiciones; lo investía como investigador (*inquisitio*) por un período de treinta días (a modo de instrucción de parte), formulando la *nomine delatio* (imputación) y dando fianza (*suscriptio de calumnia*). Después el Pretor fijaba el *dies dictio*, o sea la audiencia para el juicio.

El juicio era oral, público ante el tribunal popular (*iurati*) presidido por el Pretor, el que no influía en la decisión. Se recibía la acusación y la defensa, se incorporaban las pruebas, y el jurado decidía por votación. Podía condenar, absolver o abstenerse de resolver por falta de pruebas (*non liquet*). La pena era aplicada por el magistrado.

93. Con el correr del tiempo y ya avanzado el imperio, la acusación fue escrita, lo que proporcionaba mayores garantías. Después fue también escrita la sentencia. Si el acusador abandonaba, se procedía *publica sollicitudinem curia*. El imputado se mantenía generalmente en libertad.

Pero al lado de la *accusatio* fue creciendo un procedimiento excepcional que con el tiempo sirvió de arma al despotismo. Cuando éste se extendió en el Imperio, dicho procedimiento excepcional quedó convertido en regla aun cuando siguiera denominándose *cognitio extraordinem*. Desaparece la acusación popular reemplazándose el órgano por funcionarios *ad hoc* quienes previamente realizaban una actividad de tipo policial: *curiosi, stationarii, irenarchi*.

El Tribunal dejó también de ser popular. Pasó a manos de representantes del Emperador con tendencia a ser permanentes, y en algunos casos excepcionales actuaba el Emperador en persona.

El proceso se iniciaba con una verdadera inquisición (prevención) por aquellos funcionarios policiales que hemos mencionado, quienes actuaban de oficio, y entregaban lo actuado al Pretor, el que designaba al acusador. El magistrado ratificaba o ampliaba de oficio la inquisición, y abría el juicio que seguía siendo oral y público como regla. Podría encontrarse aquí el germen del sistema mixto.

Corresponde destacar, sin embargo, que durante este período se acunan muchos principios liberales referidos a la garantía de la libertad y de una más recta justicia. Es la era de la humanización de las costumbres frente a las prácticas de los pueblos bárbaros.

B) *Edades Media y Moderna*

SUMARIO: 94. Auge del sistema inquisitivo. 95. Expansión del derecho laico. 96. Legislación española.

94. A lo largo de la Edad Media el derecho germano se entremezcla con el derecho romano decadente y con el surgimiento del canónico. La costumbre conservó el tipo acusatorio de algunos procedimientos pero la concentración monárquica de los poderes terminó

por eliminarlo en toda Europa continental. Inglaterra, sin embargo, lo conserva y perfecciona, con importantes limitaciones en la actualidad.

Los primeros pasos de la Iglesia fueron humanizadores, atemperando la crueldad de la venganza y de las ordalías con la composición y el juramento, el derecho de asilo y la tregua de Dios. Sin embargo, en la Iglesia se acuna el tipo inquisitivo y ella lo desarrolla hasta los más extremos resultados: instituyó el procedimiento de oficio y la denuncia como delación y aplicó la tortura desmedida y refinadamente practicada. Así es como se extiende el derecho canónico al campo laico dentro del continente, prolongándose hasta la Revolución Francesa; pero en España persiste aun a mediados del siglo XIX.

La entronización de la denuncia es el primer germen del procedimiento inquisitivo. Convertida después en delación, se echa por tierra la publicidad y el principio de acusación, adquiriendo notable auge el procedimiento *ex officio*. El hecho delictuoso se investigaba con toda reserva para averiguar después sobre su autor responsable. El sindicado era tratado como objeto de la investigación, cuya confesión debía ser obtenida para salvar su alma: torturas, interrogatorios capciosos, espionaje, etcétera.

Dado que se lo tenía por culpable, rara vez el imputado gozaba de libertad. Sufría encierros más crueles aún que el que se consideraba propio de los penados. La defensa técnica resultaba ineficaz por las limitaciones impuestas, a tal punto que la esencia del juicio no pasaba de consistir en un simulacro de debate.

Como una especie de tardío arrepentimiento, se limitaba legalmente la valoración de las pruebas (sistema de prueba legal) y se impuso la congruencia del fallo con lo alegado y probado; pero en la práctica, estos límites fueron muchas veces ignorados.

95. El sistema de tipo inquisitivo se expande al derecho laico durante los siglos XII y XIII, principalmente en Francia y en España. Se fortalece en el siglo XV con el procedimiento del Tribunal de la Santa Inquisición, cuyo absolutismo desmedido se proyecta en América latina con funestos resultados.

Francia sistematiza con más tecnicismo el tipo inquisitivo de procedimiento penal. Ya la Ordenanza de 1539 lo consagra en toda su

amplitud pero la de 1670 lo perfecciona hasta el detalle. Por esta Ordenanza de Luis XIV se instituye el juez técnico y permanente, colegiado para el debate final y el fallo. El proceso se iniciaba generalmente de oficio (*per inquisitionem*), sin perjuicio de que se ejerciera la acción por el Procurador Público. La defensa del imputado estaba totalmente restringida y la excarcelación limitada al extremo.

El proceso tenía tres fases: la inquisición general, la inquisición especial y el juicio. Las tres fases eran escritas y las dos primeras secretas. El fallo definitivo podía ser apelado. El sistema de pruebas legales tenía una amplitud inusitada. El juicio en contumacia no era de carácter definitivo.

En Alemania desarrolló el sistema la *Constitutio Criminalis Carolina* del año 1532. Su norma característica es el artículo 129 que prohíbe la guerra como forma de poner coto al sistema germano. El tribunal popular desaparece como realidad porque sus fallos eran revisados por tribunales o consejos técnicos cuyos dictámenes constituían la verdadera sentencia. Después sigue avanzando el sistema hasta asumir todas sus características típicas.

96. En cuanto a la evolución de la legislación española, el Fuero

Juzgo no prevé nada orgánico sobre procedimientos penales. Como compilación propia de la época, mantiene aún el tipo acusatorio privado. En cambio, el *Espéculo* dedica ya una parte importante de su texto a la administración de justicia. Más aún el Fuero Real que reglamenta las acusaciones y pesquisas, los retos y desafíos, introduciendo la acusación popular aunque en forma muy desnaturalizada. Sin embargo, se advierte ya la introducción del procedimiento *ex officio*.

Las Siete Partidas legislan los procedimientos penales fundamentalmente en el Título XVII de la Tercera y en las Partidas V y VII. El proceso puede iniciarse por denuncia, por acusación o de oficio, conservándose muchos esquemas localistas. Existen normas sobre competencia territorial. El tormento podía aplicarse pero con limitaciones, y estaban separadas la función de investigar y la de juzgar. El juicio era público y contradictorio.

Se advierte que con las Partidas entra en España el sistema inquisitivo en forma bastante tenue. Sin embargo, la práctica lo fue ampliando hasta receptarlo íntegramente, y así es como lo legislan la Nueva

y la Novísima Recopilación. Pero al surgir el Tribunal de la Santa Inquisición instituido por los Reyes Católicos, se pone en práctica el sistema con el mayor de los rigores. La Santa Hermandad le agregó el procedimiento sumario. Trascendió en América a través de las Leyes de Indias y la Nueva Recopilación, siendo abolido en nuestro país recién en 1820.

C) *La reforma en Europa continental*

SUMARIO: 97. La Revolución Francesa. 98. El sistema mixto. 99. Los códigos de mayor influencia en nuestro derecho.

97. El celo puesto en Inglaterra para el respeto de las libertades ciudadanas tuvo un claro reflejo en los procedimientos penales. Durante las Edades Media y Moderna conservó sin contaminación inquisitiva un sistema originario, o sea el acusatorio popular que instituyó al superar el régimen de los bárbaros.

Son características de este sistema inglés que sólo en casos muy graves puede procederse de oficio o en base a denuncia y que la acusación corresponde a los particulares, sin perjuicio de que se practique una investigación preliminar por funcionarios de la Corona y jueces de paz. Ya en 1789 se había instituido la Dirección de Acusaciones Públicas, la que acusaba en causas por determinados hechos importantes o a falta de acusador particular.

El Tribunal era popular. Un gran jurado ejercía el control de las acusaciones para evitar que se realizaran juicios infundados. Para el juicio se estableció el pequeño jurado con funciones de dirección técnica a cargo de juez letrado y desarrollado en forma oral, pública y contradictoria.

La Revolución Francesa de 1789 echó por tierra la Ordenanza de 1670 pero no pudo sepultarla. Primero se trasplanta el sistema acusatorio inglés con el doble jurado popular, manteniéndose un momento preliminar de instrucción breve, no del todo secreta y meramente preparatoria, a cargo de los jueces de paz, quienes interrogaban al imputado e iniciaban el trámite de oficio o por denuncia. El acusador era público, pero nombrado por elección popular, y a su lado se mantenía el Comisario.

98. El cambio no perduró pero tuvo enorme influencia en la legislación napoleónica. En efecto, el Código de 1808 respetó la tradición en cierta medida, coordinándola con el régimen inglés. Así es como se instituye un sistema mixto con rasgos generales bien definidos: perfecta separación de las dos etapas del proceso.

La instrucción preparatoria era de corte inquisitivo y no podía ser valorada para el fallo por cuanto sólo fundamentaba la acusación. Era obligatoria para los crímenes y facultativa para los delitos. Una vez concluida, el juez pasaba los autos a la Cámara de Consejo (la que después fue Cámara de Acusación) que dictaminaba sobre la elevación a juicio. Esta fase de juicio, que se la llamaba "instrucción definitiva", era decididamente acusatoria; se realizaba ante las *Cortes de Assises* permanentes y los jurados populares; el acusador era público y el ofendido sólo ejercía la acción civil. La prueba del debate se valoraba conforme a la íntima convicción y el fallo debía ser después fundamentado por los jueces técnicos.

Europa continental recepta la legislación napoleónica pero después de transcurrido el medio siglo comienza a advertirse una benéfica renovación que no repercute en ese entonces en la Argentina, agilización del trámite para elevar a juicio la causa, quiebra del secreto de la instrucción preparatoria, recuperación de los actos irreproducibles.

Austria dicta un ponderado Código en 1873 pero fueron más liberales los de España de 1882 y de Noruega de 1887, como también la llamada Ley Constans (Francia) de 1897. Estos cuerpos legales facilitan en general durante la instrucción la intervención de la defensa, imponen la defensa técnica y reconocen el derecho a no declarar del imputado.

España fue entrando despacio en la reforma, a pesar de que la Constitución de Cádiz había recogido principios liberales. La Novísima Recopilación fue derogada en 1835 y el Reglamento Provisional de ese año mejora el sumario pero deja subsistente el juramento del imputado y la confesión con cargo (ambos eliminados en 1854), manteniendo el plenario escrito y otros rasgos inquisitivos.

La Ley del año 1872 se mantiene en retraso y, aun cuando instituyó el jurado, tres años después fue suprimido por ineficaz, pasando a ser

escrito el juicio. La Recopilación de 1879 significó otro retroceso que tuvo efectos desfavorables entre nosotros.

99. El Código español vigente es el de 1882, con algunas modificaciones importantes. Bien orientado por los principios vigentes en su época, reglamenta una instrucción con rasgos acusatorios, y un juicio oral y público ante un tribunal técnico y colegiado. La acción penal es de ejercicio público, y se autoriza la acción popular. La instrucción tiene el valor de preparatoria.

El Código italiano de 1913 constituye un alto exponente del presente siglo. En el año 1930 lo sustituyó el actual Código vigente que sufrió importantes modificaciones. Ambos han sido fuentes directas de nuestra legislación moderna. El segundo es menos liberal que el primero; en el de 1930 se advierte un retroceso que en alguna escala es aminorada por reformas posteriores: secreto de la instrucción, sistema de nulidades, etcétera. Es muy extenso, y está orientado conforme a la teoría de la relación jurídica procesal. El Primer Libro trata de las acciones, los sujetos y los actos procesales; el Segundo, de la instrucción, incluyendo la coerción personal y las investigaciones sumarias, los medios de prueba y la indagatoria, la clausura y la reapertura de la instrucción, institución peligrosa esta última para la seguridad jurídica de los ciudadanos. El Libro Tercero se ocupa del juicio común y de los juicios especiales, estableciendo la doble instancia; el Libro Cuarto trata de la ejecución, y el Quinto de las relaciones jurisdiccionales con autoridades extranjeras.

99 bis. El Código italiano de 1913/30 fue integralmente modificado en 1988. La tradicional instrucción formal fue sustituida por la investigación preparatoria a cargo del Ministerio Público, dotado de amplias facultades. Se consagra la posibilidad de consenso entre la pretensión punitiva concreta mantenida por el órgano de acusación y el imputado y su defensa, como así también varios procedimientos sumarios diferentes del ordinario; para éste, se mantiene el juzgamiento oral y público, de neto perfil acusatorio.

Una reforma semejante se produjo en Portugal en 1991, por lo que tomando en cuenta los diversos códigos europeos, la tendencia absolutamente mayoritaria es la de confiar todo lo atinente a la persecución penal y la preparación de la acusación en los delitos de acción pública

a la fiscalía, lo que también se ha adoptado en las reformas, vigentes y proyectadas, del ámbito latinoamericano.

Respecto de España, si bien se ha mantenido la antigua estructura del sistema mixto, se han introducido modificaciones significativas, tales como la del procedimiento abreviado (consenso) y, especialmente, a partir de 1995, la adopción del juzgamiento ante jurados populares.

Igualmente han aparecido dentro del derecho comparado europeo tendencias alternativas a la privación cautelar de la libertad, una fuerte aproximación entre los estudios y soluciones sustantivas y realizativas, la adopción del principio de oportunidad reglado y con control judicial, la protección y legitimación de la víctima y el efectivo control de constitucionalidad a través de tribunales superiores específicos.

V. LOS CÓDIGOS ARGENTINOS

SUMARIO: A) Antecedentes. B) Los códigos vigentes.

A) *Antecedentes*

SUMARIO: 100. Tribunales de la Colonia. 101. El procedimiento en la Colonia. 102. Período preconstitucional. 103. La organización nacional.

100. Durante el largo período colonial la Recopilación de Indias tuvo escasa vigencia práctica en América. El Consejo de Indias, radicado en España, era el tribunal jerárquicamente más alto (última instancia) para los asuntos judiciales de la Colonia. A su vez la Casa de Contratación, radicada en Sevilla, entendía en asuntos criminales que afectaban el comercio y la navegación.

Los demás tribunales estaban ya radicados en América. El más elevado jerárquicamente de éstos era la Audiencia, que entendía por apelación en causas civiles y penales falladas por los Gobernadores, los Tenientes y otros funcionarios. La presidía el Virrey cuando estaba radicada en su sede. La Audiencia de Buenos Aires fue instituida definitivamente en el año 1783 y fue reemplazada por la Cámara de Apelaciones en el año 1812.

Los Gobernadores y sus Tenientes ejercían jurisdicción de alzada dentro de sus respectivos territorios. Los Corregidores y los Alcaldes

Mayores tenían también funciones judiciales penales. Igual ocurría con los Alcaldes de Cabildo, cuyas resoluciones finales eran apelables ante el mismo Cabildo. Pero los Alcaldes del Crimen constituían los verdaderos tribunales penales de primera instancia. También los Oidores ejercían funciones penales en determinada circunscripción, sin perjuicio de que se les atribuyera jurisdicción apelada.

Los Alcaldes de Hermandad y los Pesquisadores ejercían funciones policiales y los tribunales eclesiásticos entendían en las causas criminales relacionadas con el personal del clero.

101. Por disposición expresa de la Recopilación de Indias, en América debían aplicarse sus leyes en primer término y después correspondía aplicar el derecho castellano; pero el exceso de casuismo de aquella Recopilación hizo que este derecho pasara a primer plano. De aquí que en materia penal se aplicaran las Siete Partidas con algunas modificaciones.

El procedimiento penal era decididamente inquisitivo. El sistema de prueba legal se aplicó en forma amplia, decididamente exagerada. No había independencia en el ejercicio de la función judicial pero se propendía a que la ley fuera aplicada por funcionarios con experiencia jurídica.

La tortura era utilizada con escasa frecuencia por los jueces, siendo más común en determinadas épocas que las pusieran en práctica los tribunales eclesiásticos. Desde el año 1778 dejaron de fundamentarse las sentencias.

Los procedimientos se eternizaban por la falta de fijación de plazos, por la reproductividad de incidentes, por el engorroso trámite impreso a las cuestiones planteadas y por las numerosas instancias. Pero un análisis particular de las prácticas judiciales penales permite advertir una tendencia localista de adecuación a las circunstancias del medio y a las necesidades político-sociales de cada grupo.

102. La primera manifestación de un Poder Judicial independiente en nuestro país se encuentra en el Reglamento del 25 de Mayo de 1810 dictado por el Cabildo de Buenos Aires. Por él se crea la Real Audiencia, prohibiéndose a la Junta intervenir en asuntos judiciales. No siempre esta norma básica de independencia fue receptada en la práctica.

El principio de juicio previo toma vigencia por el Decreto de Seguridad Individual del 23 de noviembre de 1811. Este cuerpo legal mejoró la situación procesal del imputado, reglamentó el allanamiento del domicilio y dejó planteado el problema de la humanización de las cárceles. Al año siguiente se dicta el Reglamento para la Administración de Justicia que implanta la doble instancia penal, crea la Cámara de Apelaciones en sustitución de la Audiencia y fortifica la posibilidad de defensa material y técnica.

La Asamblea del año 1813 elimina el Tribunal de la Inquisición y toda clase de tormento y suprime también el juramento o promesa de decir verdad en la declaración del imputado. Por su parte el Estatuto provisional de 1815 autoriza al imputado a nombrar defensor antes de la declaración indagatoria, incorporando los principios de reserva de la ley penal y del juez natural.

La Constitución de 1819 prevé el juicio por jurados y crea una Alta Corte de Justicia; establece la publicidad de los juicios y de los votos de la sentencia. La jurisdicción de imprenta se establece en 1822, perfeccionándose en 1828.

Durante el gobierno de Rosas las prácticas penales fueron sumidas en un crudo inquisitorialismo. Se eliminó la independencia del Poder Judicial, siendo muy frecuente la implantación de comisiones especiales. Sin embargo, se estableció que el Tribunal de Recursos Extraordinarios debía motivar sus sentencias.

103. Con la Constitución de 1853-60 el país entra en el período de la organización nacional. Las bases que ella sentó para la legislación procesal penal aún perduran: independencia del Poder Judicial, libertad individual y garantías procesales. Impuso esas bases a las provincias; instituyó una Corte Suprema de Justicia para toda la Nación, facultando al Congreso para establecer los demás tribunales inferiores, y delimitó la competencia federal.

La primera ley sobre organización de la justicia nacional es la N° 27 pero actualmente está derogada, como ocurre también con las leyes 49 y 50 del año 1863. Sin embargo, la ley 48, de igual fecha, aún rige en la mayoría de sus artículos. El artículo 3° de esta ley reglamenta la competencia penal federal y el artículo 14 prevé el recurso extraordinario de inconstitucionalidad. La ley 49 era penal de fondo sobre delitos

de naturaleza federal y la N° 50 regulaba los procedimientos, con algunas referencias a la materia procesal penal.

El Código de Procedimiento en materia criminal que rigió para la Capital Federal y la Justicia Federal en el interior lleva como ley el N° 2372 y fue sancionado el 17 de octubre de 1888. Esa legislación fue preparándose a través de algunos proyectos. En 1873 los doctores Florentino González y Victorino de la Plaza presentan un proyecto de Ley Orgánica sobre jurados y otro sobre Enjuiciamiento en las causas penales ordinarias de Jurisdicción Federal. En esta época, el establecimiento del jurado era una preocupación del Congreso y del Ejecutivo, pero a la par de los jurados de acusación y de juicio se institúan tribunales técnicos que realizaban una información preparatoria para la acusación y la Corte Suprema de Justicia conocía en grado de apelación. La acción penal era pública y como accesoria se instituye la acción popular. El defensor intervenía desde el primer momento, los trámites eran acelerados y la excarcelación liberal. El veredicto sobre los hechos era del jurado pero, en caso de confesión y de delitos leves, el juicio se tramitaba ante tribunal técnico, el que en los demás casos resolvía las cuestiones de derecho. La prueba tasada se mantenía en alguna medida.

Después de nueve años de espera se encargó otro proyecto formal a Manuel Obarrio y Emilio A. Coni, el que fue presentado por el primero el 3 de julio de 1882. En él se abandona radicalmente el jurado y se adopta el sistema con plenario escrito y de pruebas legales.

El Proyecto Obarrio tuvo por fuente más directa la retrógrada ley española de 1879. Es revisado y mejorado en varios aspectos por la Comisión Posse-Barra-Leguizamón, la que propone correcciones importantes en su informe del año 1884. Entrado ya al Congreso, su comisión interna se expide en 1888 introduciéndole muy pocas modificaciones. Se aprobó a libro cerrado sin tener en cuenta el progreso legislativo de esa época en toda Europa continental.

103 bis. La Convención Constituyente reunida en Santa Fe, a resultas de la ley 24.309, sancionó el 22 de agosto de 1994 la nueva Constitución de la Nación Argentina. Si bien se mantuvo inalterable lo relativo a *Declaraciones, derechos y garantías* se agrega como Capítulo II lo relativo a *Nuevos derechos y garantías* que tienden a asegurar la

plena vigencia del orden democrático, a más de otros relativos a intereses generales de la comunidad.

En lo que atañe a nuestra materia, se mantiene, como ya hemos señalado, todo lo relativo a las garantías judiciales y a la institución del jurado, otorgándose expreso rango constitucional al hábeas corpus y a los instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, todos los cuales tienen jerarquía superior a las leyes ordinarias y deben reconocerse como complemento de los derechos y garantías ya establecidos.

En lo que atañe al Poder Judicial se establece el Consejo de la Magistratura para la selección y remoción de los jueces de la Nación y se instituye el Ministerio Público como órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera, con la función de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

B) *Los códigos vigentes*

SUMARIO: 104. Sistema del Código nacional. 105. La orientación moderna. 106. Los últimos códigos de juicio oral. 107. Progreso del sistema escrito. 108. Fuentes de la legislación moderna. 109. La tendencia unificadora.

104. Ha sido indiscutido mérito de la denominada Escuela cordobesa de Derecho Procesal Penal el permanente batallar contra las concepciones realizativas imperantes en el Código Federal de 1888 y las prácticas judiciales de él derivadas. Al respecto, es clásica la observación de Vélez Mariconde sobre que ese digesto nació viejo y caduco, influyendo negativamente durante más de un siglo sobre gran parte de nuestra legislación, a la que condenó a un notorio atraso cultural.

De tal modo, aunque afortunadamente el antiguo Código de Procedimientos en Materia Criminal ha sido ya derogado, se ha entendido

conveniente mantener inalterables los párrafos que el autor dedica a esa cuestión; ello, tanto por el criterio de no quebrar la unidad de la obra como así también por la necesidad de recordar una estructura legal que rigió durante tanto tiempo.

El Código Procesal Penal para la Nación se orienta por el sistema mixto pero tiene fuertes rasgos inquisitivos. El plenario es escrito, habiéndose eliminado la audiencia verbal y actuada que se establecía para el proceso correccional. El secreto absoluto de la instrucción recién es morigerado en 1963. La investigación instructoria tiene valor definitivo para el fallo, no siendo necesaria su ratificación en el plenario. La publicidad del juicio resulta ilusoria ante la falta de oralidad. El contradictorio pierde eficacia por no ser factible la inmediación ni la continuidad. La última reforma (ley 22.383) mantuvo estos rasgos fundamentales.

La acción penal es por regla pública y se permite la intervención del querellante particular, quien puede ejercer la acción civil, pero el juez puede iniciar la instrucción de oficio o ante la presentación de una denuncia. Se regula la indagatoria con tendencia a ser considerada como medio de prueba, habiéndose agregado en 1962 el instituto de la "declaración informativa" del "simple imputado". Predomina el sistema de las pruebas legales y la doble instancia es amplia.

Con posterioridad se han dictado diversas leyes, varias de ellas referentes a organización judicial, como las N° 4055 y 4162, que culminaron con el decreto-ley 1285 de 1958, ratificado por ley 14.467 y parcialmente modificado por leyes posteriores. Pero lo que fundamentalmente reformó y mejoró el sistema del Código Procesal Penal de la Nación, a más de las leyes 16.903, 19.812 y otras, son los decretos-leyes 13.911/62, 2021/63 y 4933/63 (ratificados por ley), y posteriormente la ley 20.516 que facilitó en gran medida la eximición o evitación de prisión y la excarcelación, modificada nuevamente en cuanto a esta última por ley 21.306. Además se han dictado otras leyes tendientes a adecuar el trámite procesal a los requerimientos de la lucha contra la subversión, y la citada ley 22.383 que adecua algunos institutos importantes.

El Código para la Nación fue adoptado por Catamarca y Tucumán hasta mediados de este siglo e influyó profundamente en las demás

provincias. Algunas de las nuevas provincias (ex territorios nacionales) continúan rigiéndose por él: Chubut, Formosa, Misiones, Neuquén, Río Negro y Santa Cruz. A más de ellas, sólo San Juan mantiene un código anticuado no obstante haber convertido en ley un excelente proyecto en el año 1962, cuya vigencia se suspendió definitivamente.

104 bis. La evolución legislativa seguida por el derecho procesal penal de las provincias que a partir del Código de Córdoba de 1939 adoptaron el sistema mixto, el conocimiento de las soluciones imperantes en los países adelantados y el notorio desarrollo de una doctrina crítica fueron marcando cada vez con mayor evidencia las graves fallencias del Código Federal vigente desde 1888.

Ello, porque las diversas reformas que a lo largo de los años se hicieron sobre el texto original del proyecto de Obarrio nunca modificaron la estructura básica que, como se señaló en el punto anterior, se configuró como una secuencia discontinua, de neto corte inquisitivo, con total predominio de la etapa instructoria, lenta y formalista, y con una instancia plenaria escrita con mínima incidencia, toda vez que la sentencia se basaba en las pruebas recogidas durante la instrucción. De igual modo, el sistema de valoración de las pruebas, con claras reminiscencias del sistema de las pruebas legales o tasadas, el fenómeno de la delegación de funciones y el régimen de doble instancia fueron defectos notorios ampliamente señalados.

También resultó fácil advertir el desdibujamiento de las funciones y ubicación del Ministerio Público, las limitaciones de la defensa durante el transcurso de la larga etapa instructoria, el contrasentido de la existencia de un juzgador que podía decidir sobre la promoción investigativa, valorar sus propias investigaciones y, en definitiva, juzgar sobre el resultado de las mismas, lo arcaico de los procedimientos ante los tribunales de grado y la preponderancia de tales órganos y la general ineptitud del método para enfrentar adecuadamente las cuestiones complejas.

De tal manera, puede afirmarse que el Código Federal —y la legislación vinculada a tal diseño— resultó gravoso para el imputado, insatisfactorio para los afectados y decepcionante para la sociedad, generando una justicia burocrática y autoritaria, alejada de los principios orientadores de un Estado democrático.

Entre los intentos modificatorios que propendieron, sin éxito, a la modernización y a la adecuación de los procedimientos al mandato constitucional merecen citarse, entre otros, aquellos que prefirieron la implementación del juicio ante jurados, como los de Eduardo Wilde de 1886 y Enrique del Valle Ibarlucea de 1920. Por su calidad técnica y por su influencia se destaca el proyecto del diputado Antelo, de 1933, que propició el sistema mixto.

Más próximos a nuestro tiempo debe recordarse que en 1975 ingresa al Congreso nacional un proyecto del Poder Ejecutivo, basado en un trabajo del doctor Ricardo Levene que seguía al Código de la Provincia de La Pampa que, a su vez, se cimentaba en el de Córdoba. El golpe militar de 1976 impidió la sanción de este proyecto, proliferando por aquellos años una legislación de neto corte represivo que se concretó en la actuación de una justicia autoritaria que convirtió en ilusorias las garantías constitucionales.

Recuperada la normalidad institucional, el gobierno surgido de las elecciones de 1983 acometió una serie de importantes reformas, las que, en un primer momento, se dirigieron a derogar la legislación de la dictadura y consolidar la defensa de los derechos humanos y el régimen democrático. Fue así como se retornó al Código Penal de 1921 y se incorporó el Pacto de San José de Costa Rica (23.054); igualmente, se sanciona la Ley de Hábeas Corpus (23.098) y se regula el procedimiento para el juzgamiento de los atentados al orden constitucional (23.077).

Dentro de ese espíritu, el Poder Ejecutivo, por intermedio del Consejo para la Consolidación de la Democracia encara la preparación de un proyecto de nuevo Código Procesal Penal de la Nación, cuya redacción correspondió al doctor Julio Maier.

El trabajo fue precedido por una fundada Exposición de Motivos en la que se explicaba la necesidad de una reforma integral y se efectuaba un análisis de las bases constitucionales, a más de explicitarse los elementos esenciales del diseño.

En dicho proyecto, la instrucción formal era sustituida por una investigación preparatoria a cargo del fiscal y con control judicial, concluida la cual se pasaba a una etapa intermedia, en la que un tribunal analizaba la procedencia de la acusación; admitida ésta, se realizaba el

juicio oral y público ante un tribunal escabinado compuesto por dos jueces profesionales, dos abogados conjuces y dos legos.

Lamentablemente, este importante aporte, valorado y defendido por nuestra mejor doctrina, no alcanzó a convertirse en ley. Pero la difusión alcanzada y los notorios méritos del trabajo ejercieron una notable influencia sobre otros proyectos (en especial, el Código Procesal Modelo para Iberoamérica) y códigos del país y del extranjero.

El 8 de mayo de 1985, el antiguo proyecto elaborado por el doctor Ricardo Levene fue presentado por los senadores Martiarena y Benítez, recibiendo luego de 1989 amplio apoyo oficial. La Cámara de Diputados le introdujo algunas modificaciones actualizadoras y finalmente se convirtió en ley bajo el N° 23.984, comenzando a regir en los tribunales nacionales y federales en 1993.

Como se señaló, este Código responde al sistema mixto y sigue el modelo del de Córdoba de 1939. La instrucción escrita y de carácter reservado comienza por requerimiento fiscal y está a cargo de un juez de instrucción, quien define la situación del imputado a través de un auto de mérito (en el que puede procesar, sobreseer o declarar falta de mérito).

Finalizada la instrucción, pasan las actuaciones al fiscal a los efectos de que requiera juicio o bien solicite nuevas medidas o el sobreseimiento; en el primer y más habitual supuesto, luego de la notificación al defensor (quien puede oponerse por motivos formales —excepciones— o de mérito, en cuyo caso la incidencia será resuelta por el juez mediante auto) se envía el expediente al tribunal de juicio, realizándose éste conforme al trámite oral y público ante un tribunal formado por tres jueces técnicos permanentes.

Se mantiene el recurso de apelación contra las resoluciones del juez de instrucción ante las Cámaras de Apelación y la sentencia del tribunal oral sólo es impugnabile respecto a cuestiones de derecho a través del recurso extraordinario de casación, tramitado ante la Cámara Federal de Casación.

El Código disciplina también procedimientos de índole correccional y por delitos de acción privada.

Respecto de los sujetos, avanza en una mayor definición de la Fis-

calía, a la que otorga facultades más amplias, lo que ha sido potenciado a través de recientes reformas. Igualmente contiene disposiciones de protección a la víctima, autoriza la participación del querellante particular en delitos de acción pública y otorga legitimación a las partes civiles respecto de cuestiones patrimoniales.

Reformas posteriores incorporaron la suspensión del juicio a prueba (*probation*, ley 24.316), procedimiento abreviado (ley 24.825) y supuestos de investigación fiscal preparatoria.

105. San Luis y Buenos Aires iniciaron una corriente innovadora con sus Códigos de 1908 y 1915 respectivamente, completado el de San Luis con la ley 654 de juicio oral optativo. Son obras de Tomás Jofré, quien introdujo principios modernos importantes: amplitud de la defensa técnica, publicidad del sumario, intervención del damnificado, garantía de la acusación y principalmente la oralidad a opción del imputado. Sin embargo se mantuvo mucho del régimen nacional, y el sistema optativo de oralidad no tuvo aplicación práctica. Este sistema fue introducido en San Luis, pero ya en forma obligatoria aunque no total, por ley 1940 del año 1947, y en los últimos años fue sancionado un código con oralidad obligatoria amplia que no entró en vigencia al ser antes derogado.

Buenos Aires comenzó a introducir progresivamente el juicio oral obligatorio. Alcanzó a extenderse a casi toda la provincia y por la mayoría de los delitos, pero circunstancias que no han sido aún explicadas claramente propendieron a su eliminación. Se trató de la ley 8067 del 22 de mayo de 1973, que permitía la tramitación en juicio oral cuando así se expedía por acuerdo de fiscales en los lugares en que aún no era obligatorio el juicio oral, a las que siguieron otras que continuaron con la expansión. La suspensión de la vigencia de esta ley se produjo por ley 8656 de 1976.

Córdoba entró decididamente en un nuevo régimen procesal penal con su Código del año 1940 (ley 3831). Rigió hasta fines de 1970 con escasas modificaciones, y desde el año 1971 entró en vigencia el nuevo Código por ley 5154, que perfeccionó técnicamente el mismo régimen. Tuvo algunas reformas importantes por leyes 5303, 5859, 5949 y 6221.

Por este sistema se instituyó el juicio oral, público, contradictorio y continuo, en forma obligatoria y amplia; una instrucción solamente

preparatoria y limitadamente contradictoria; instancia única para el juicio y con alzada en casación; la indagatoria como medio de defensa; la prohibición de la instrucción *ex officio* o por simple denuncia; la eliminación del querellante particular; el régimen de la acción civil y de la citación directa; la valoración de las pruebas conforme a la libre convicción, etcétera. El tribunal era técnico, habiendo apelación instructoria ante tribunal colegiado como lo era también el de juicio común, siendo unipersonal el de juicio correccional. La investigación instructoria era escasamente reservada para la defensa, siendo totalmente públicos los actos definitivos e irreproductibles; se sistematizaron correctamente las nulidades y los recursos.

105 bis. Ya hemos hecho referencia a la importante modificación registrada por la legislación provincial penal de la Provincia de Buenos Aires, en cuya redacción colaboraron en diversa medida muchos de los más destacados procesalistas argentinos. El poder político adoptó en 1995 la decisión de implementar una reforma integral, creando para ello una comisión especial (ver Chiara Díaz y otros, *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997) dedicada a la modernización del procedimiento y a restablecer la deteriorada confianza social en el aparato oficial de justicia. Así se llegó a la sanción de la ley 11.922 que estableció el nuevo digesto, cuyas líneas fundamentales son: investigación fiscal preparatoria a cargo del Ministerio Público; potenciación del juicio oral y público; protección e intervención de la víctima y un claro régimen de garantías para el imputado, receptando la normativa internacional sobre la materia; modernización del régimen de recursos; aceptación de la acción civil resarcitoria e intervención del particular ofendido e incorporación de institutos alternativos tales como la *probation* y los procedimientos abreviados.

Del mismo modo, hemos considerado la reforma del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, que fue uno de los primeros –como había acontecido antes con la adopción del sistema mixto– en impulsar una renovación integral del sistema de enjuiciamiento hasta entonces vigente.

106. Desde 1940 en adelante, las provincias argentinas fueron siguiendo en general el régimen de Córdoba. En algunos casos mejoraron el sistema, como ocurrió con Mendoza y Salta, y en otros

receptaron los fundamentales rasgos manteniendo aspectos de la legislación anterior, como ocurrió en Santiago del Estero, Santa Fe y Tucumán, muy pronunciadamente en esta última.

Santiago del Estero fue la primera provincia que siguió a Córdoba, pero quedó rezagada en cuanto a la regulación del sumario y la declaración indagatoria. Poco tiempo después dictaron códigos Jujuy, Mendoza y La Rioja. El Código de la primera, que después sufrió profundas modificaciones, preveía un auto de calificación provisional como complementario del procesamiento anterior a la indagatoria; mantenía el sobreseimiento provisional, y confusamente daba intervención al querellante en el ejercicio de la acción privada. La reforma de 1973, orientada por la simplificación de los tribunales y del trámite, perjudicó en cierta manera el sistema; pero el Código de 1978 tuvo una orientación moderna conformada a la de los últimos códigos del país.

Los otros dos códigos (de Mendoza y La Rioja) siguieron desde el comienzo los lineamientos modernos, experimentando modificaciones beneficiosas. Fue más técnico el de Mendoza, y el de La Rioja conservó al querellante particular pero en forma no autónoma.

En la década del sesenta dictaron sus códigos Salta y Catamarca. El primero sufrió modificaciones importantes, y el segundo fue sustituido por el Código del año 1974 (ley 2897) cuya vigencia quedó suspendida por ley 3092 de abril de 1976. En Catamarca se estableció el *in dubio pro reo* aun para la interpretación de la ley, no se legisló la citación directa, y se adecuó el trámite a la economía procesal. El Código de Salta (ley 3645) sufrió al poco tiempo algunas modificaciones, entre ellas la que suprimió la citación directa por considerarla inadecuada.

En 1964 entró en vigencia el Código de La Pampa (ley 227). Este Código reemplazó la citación directa por una instrucción abreviada jurisdiccional; suprimió el contralor fiscal del sobreseimiento, la indagatoria policial y la fianza excarcelatoria, e impuso concretar la demanda civil al comienzo del juicio. Y ya en la última década del setenta entraron en vigencia los códigos de Entre Ríos (ley 4843), Corrientes (ley 3945) y Chaco (ley 1062) que siguieron la corriente iniciada por Córdoba; de éstos, el que sufrió reforma importante fue el de Corrientes, introduciendo la institución del querellante particular.

106 bis. La desaparición de los territorios nacionales, convertidos en provincias, llevó a que éstas adoptasen sus propias legislaciones que, en la mayoría de los casos, siguieron los lineamientos de la ley 23.984, aunque se advierte en los últimos tiempos una tendencia a incorporar reformas similares a la de Córdoba y Buenos Aires.

Como ya fue señalado, Tucumán adoptó este sistema, lo que también ocurre con un proyecto del Chaco y el presentado para la Provincia de Santa Fe.

107. Por influencia de las ideas que dieron fundamento al Proyecto del Poder Ejecutivo de Código Procesal Penal de 1987 y que no alcanzó sanción legislativa, se produjo dentro del procesalismo argentino un fuerte movimiento renovador que dio impulso a importantes proyectos modificatorios que, en algunos casos, se convirtieron en nuevos códigos y, en otros, se encuentran aún en período de discusión.

Correspondió a la Provincia de Córdoba ser otra vez centro de un movimiento de cambio, impulsado en gran parte por el profesor doctor José Ignacio Cafferata Nores. En 1987 se reforma la Constitución, incluyéndose importantes disposiciones de índole procesal penal, sobre cuya base se emprendió la reforma integral del anterior Código. El cambio de mayor significación se centró en la sustitución de la antigua instrucción formal por una más dinámica investigación fiscal; se incorporó la figura del querellante particular, a la que la anterior doctrina cordobesa había sido hostil; se potenció y extendió la participación y control defensivo, se acotaron los plazos y se reglamentó con mayor precisión el sentido acusatorio de la etapa del juicio. Igualmente incorpora para el juzgamiento de delitos graves la presencia de dos jurados legos al tribunal.

El Código fue sancionado como ley 8123 luego de un extenso e intenso trabajo de discusión y difusión en el que colaboraron activamente las cátedras del país.

Diversas alternativas demoraron primero la sanción y luego la plena vigencia del nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, que, a más, sancionó diferentes reformas (leyes 8549, 8550, 8560, 8585), que modificaron o suspendieron aspectos importantes de la reforma original, por lo que correspondió a Tucumán el mérito de ser la primera provincia en aceptar las ideas renovadoras a las que se ha hecho refe-

rencia. Una comisión redactora en la que tuvo activa intervención la profesora doctora Ángela Esther Ledesma presenta el proyecto que obtuvo estado legal en 1991 (ley 6203) y que reemplazó al anterior digesto escriturista e inquisitivo.

Se ha dicho que la Provincia de Buenos Aires sancionó su Código Procesal Penal en 1915 sobre la base de un proyecto de Tomás Jofré, quien también elaboró el de la Provincia de San Luis. El digesto en cuestión otorgó mayor participación a la defensa, limitaciones al secreto de las actuaciones, intervención del damnificado y el juicio de trámite oral para algunos supuestos, lo que significó un progreso respecto de la legislación nacional, a la que Jofré criticó con dureza. Así mismo, la posterior evolución fue registrando un avance hacia la oralidad (ley 8067), la que se frustró drásticamente con el golpe militar de 1976 que retornó al sistema escrito (ley 8656).

Las tendencias renovadoras a que hicimos referencia y los graves problemas en la justicia de uno de los territorios más vastos y poblados del país condujeron al convencimiento de la necesidad de una reforma integral, que se concretó con la sanción de la ley 11.922 impulsada por la Subsecretaría de Justicia a partir de 1995 y en la que colaboraron, entre otros, los doctores Carlos Chiara Díaz, Federico Domínguez y Pedro Bertolino.

El nuevo Código aparece como uno de los más modernos del país, destacándose tanto por su factura técnica como por las soluciones que arbitra. Se inspira en los antecedentes nacionales del Proyecto Maier, Proyecto para la Provincia de Santa Fe de 1994 y en los Códigos de Córdoba y Tucumán y, respecto al extranjero, en el Código italiano de 1988. Disciplina la investigación fiscal preparatoria y el juicio plenamente oral, otorga correcta operatividad al sistema de garantías y admite las figuras de las partes civiles y el particular damnificado, a más de dar adecuada protección e intervención a la víctima. Regula sobre el juicio a prueba y el procedimiento abreviado y simplifica el régimen recursivo, conteniendo también disposiciones apropiadas para el control judicial de la ejecución.

Especial mención merece el Proyecto de Código Procesal Penal para la Provincia de Santa Fe elaborado por los profesores de la ciudad de Rosario doctores Víctor Corvalán y Ramón Ríos y de Santa Fe doctores

Julio De Olazábal y Jorge Vázquez Rossi y presentado por la Comisión Bicameral; a pesar de no haber sido sancionado y de regir en dicha provincia el vetusto Código escriturista (ley 6740 y sus modificatorias), ejerció considerable influencia.

Las nuevas ideas también han nutrido los proyectos de reforma actualmente en trámite en las provincias del Chaco, Mendoza, Entre Ríos y Santiago del Estero.

De tal manera puede concluirse afirmando que el estado actual de la legislación procesal argentina responde en su casi totalidad al sistema mixto, lo que aparece acentuado hacia una aproximación al modelo acusatorio en la tendencia predominante hacia la sustitución de la instrucción formal por la investigación fiscal preparatoria.

108. Las principales fuentes de la moderna legislación en la Argentina fueron recibidas por el derogado Código para Córdoba del año 1940 y de allí transmitida a la posterior legislación con algunos agregados que iban mejorando el sistema. Se persiguió respetar las bases constitucionales, aprovechando lo que resultaba conveniente de la legislación anterior, fundamentalmente cuando se trataba de normas arraigadas por la costumbre.

El Proyecto para la Capital Federal de Mario Antelo del año 1933 es muy citado como fuente del Código de Córdoba, y en cuanto a la legislación extranjera se ha dicho ya que son fuentes directas los dos últimos Códigos italianos de 1913 y 1930, y a través de ellos gran parte de normas de origen alemán. Ahora influye el Código de 1988.

Como fuentes de menor importancia, entre otros merecen citarse: la Ordenanza del Reich de 1877, el Código Francés de 1808, el Código de Noruega de 1887 y el Proyecto Gómez Moreno para la Provincia de Buenos Aires del año 1935. Esto sin perjuicio de otras fuentes para normas particulares. El Proyecto Maier de 1987 ejerce singular importancia.

109. Durante la expansión de la corriente moderna se han realizado en la Argentina una decena de congresos nacionales de Derecho Procesal, a los que deben sumarse cuatro del Litoral argentino y otros locales de zonas. En todos ellos se han considerado con profundidad temas generales y específicos de derecho procesal penal.

En el año 1943 se presenta al Congreso de la Nación un proyecto muy similar al Código Procesal Penal entonces vigente en Córdoba, el que no fue sancionado. Igual suerte tuvieron los proyectos nacionales de los años 1948, 1960, 1966, 1970 y 1975. También corresponde mencionar el proyecto que con valor técnico redactó el Instituto de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Córdoba en 1958/59, los proyectos tipo y uniforme presentados al Congreso de Mar del Plata en 1965 y el importante proyecto redactado en 1969 para Buenos Aires.

El 19 de mayo de 1970 una Comisión Oficial presentó al Ministerio de Justicia el Anteproyecto de Código Procesal Penal para el Ordenamiento Judicial de la Nación redactado por su Presidente, y en mayo de 1978 salió a publicidad con la colaboración de la Organización de Estados Americanos, las Bases completas para orientar en Latinoamérica la Unificación legislativa en materia procesal penal.

Toda esta codificación, vigente o simplemente proyectada, tiende a unificar la legislación procesal penal argentina conforme a bases que, en general, pueden resumirse así:

- 1º) Jurisdicción ejercida por tribunales técnicos: unipersonales los de instrucción, de faltas y correccionales, y colegiados para el juicio común (en lo criminal).
- 2º) Acción pública a cargo del Ministerio Fiscal, primero orientada a suprimir al querellante particular y después con tendencia a restituirlo en forma no autónoma.
- 3º) Regulación de la cuestión civil, con tendencia a que la demanda se concrete al iniciar el juicio.
- 4º) Centralización de normas sobre la situación del imputado y carácter de la indagatoria en cuanto medio de defensa y no de prueba.
- 5º) Ordenación de normas sobre actos procesales y sanciones a la violación de las formalidades previstas.
- 6º) Investigación instructoria con intervención de la defensa, la que se limita escasamente.
- 7º) Tendencia a eliminar la citación directa, donde sus resultados no son satisfactorios.

8º) Juicio oral, público, contradictorio y continuo, con excepciones taxativamente enumeradas.

9º) Sistema de la sana crítica racional para la valoración de las pruebas.

10) Juicio en única instancia con alzada casatoria.

109 bis. Entre los posteriores encuentros de mayor importancia debe mencionarse el *simposium Hacia una nueva justicia penal* llevado a cabo en 1988 en la Universidad Nacional de Buenos Aires y al que concurrieron las más relevantes figuras del penalismo y procesalismo penal del extranjero y de nuestro país. En este encuentro se analizaron en profundidad las bases de la reforma, por aquellos días en discusión, tratándose, entre otros temas, de la configuración del sistema penal, la investigación penal preparatoria, el principio de oportunidad, la participación ciudadana, la protección de la víctima, el servicio oficial de defensa y los procedimientos abreviados.

Igualmente, los Congresos Nacionales de Derecho Procesal llevados a cabo en diversas ciudades del país dieron amplio espacio a la materia realizativa penal, pudiendo recordarse el de Rosario de 1983 en el que se analizaron las bases del debido proceso y se modificó la anterior postura hostil a la figura del querellante particular en los delitos de acción pública, y los sucesivos (llevados a cabo cada dos años) de Mar del Plata, Tucumán, Córdoba, Buenos Aires, Termas de Río Hondo, Santa Fe y Corrientes (1997), en cuyos temarios figuró la protección operativa de las garantías judiciales y la influencia de los pactos internacionales, la sustitución de la instrucción formal por la investigación fiscal preparatoria, el papel y ubicación institucional del Ministerio Público, el avance hacia un sistema acusatorio, la protección e intervención de la víctima, el juicio penal en rebeldía, los procedimientos abreviados de carácter monitorio, la simplificación de los procedimientos y la necesidad de límites temporales, el carácter vinculante de los dictámenes de la Fiscalía, el juzgamiento ante jurados, el funcionamiento del recurso de casación, etcétera.

Del mismo modo deben mencionarse las sesiones del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, que redactó el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, y del Instituto Panamericano, que efectuó importantes recomendaciones para la actualización de la justicia penal en Latinoa-

mérica. Ambos organismos contaron en todas sus reuniones con la activa intervención, como ponentes y relatores, de procesalistas argentinos, los que a su vez difundieron en nuestro medio las conclusiones.

El interés por la materia penal quedó evidenciado en los Congresos Universitarios de Derecho Penal y Criminología, multitudinarios encuentros organizados por los centros de estudiantes y en los que se prestó particular atención a las cuestiones del procedimiento penal.

Ya se ha aludido a la trascendencia de los Encuentros Nacionales de Profesores de Derecho Procesal, donde se consideraron tanto aspectos académicos de la enseñanza como temas relativos a la reforma del enjuiciamiento.

También debe mencionarse la eficaz labor de los Colegios de Abogados que, como el de La Plata, organizó jornadas internacionales sobre la oralidad en materia de juzgamiento penal y el papel de los jurados, y los de la Provincia de Santa Fe, que en sucesivas reuniones trataron sobre la modernización del sistema de enjuiciamiento y analizaron proyectos al respecto.

Por último, no pueden dejar de citarse las sesiones académicas de la magistratura y, especialmente, del Ministerio Público. Así mismo, es destacable la labor en toda Latinoamérica del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) que impulsó proyectos concretos.

De toda esta labor existe una frondosa bibliografía a través de los libros de ponencias y actas de congresos.

A modo de síntesis final puede concluirse que el estado actual de nuestra disciplina marca una tendencia notoriamente predominante en el sentido de propiciar:

- 1) El estudio interdisciplinario del fenómeno penal, analizando de manera interrelacionada los aspectos sustantivos con los procesales y ambos desde una perspectiva político-criminal.
- 2) La firme defensa del sistema de garantías que limitan racionalmente el poder penal del Estado, efectuando en tal sentido una clara y firme apuesta al mantenimiento, consolidación y ampliación del régimen democrático, sin cuya plena vigencia son ilusorios los derechos individuales.

- 3) Como derivación de lo anterior, la permanente indagación de la letra y espíritu constitucional, como paradigma interpretativo, como así también de los instrumentos internacionales.
- 4) La atención hacia aspectos institucionales, tales como la designación y remoción de los magistrados, la ubicación y representatividad del Ministerio Público, la independencia del Poder Judicial, el control de gestión y formas de intervención ciudadana (defensorías del pueblo, centros de atención a la víctima, jurados populares, etc.).
- 5) La crítica hacia los resabios inquisitivos aún vigentes y el abogar por una mayor profundización y aproximación hacia el modelo acusatorio, distinguiendo con claridad la función requirente de la decisoria, lo que conduce a confiar la investigación al Ministerio Público y dar a las partes un papel protagónico en la producción e introducción probatoria. Así mismo, se entiende que no puede haber otro método de juzgamiento que el de trámite oral, concentrado y continuo, con inmediatez probatoria y pública.
- 6) La necesidad de establecer mecanismos racionales de selección de las causas perseguibles y juzgables, propiciándose la adopción de márgenes controlables de discrecionalidad en la promoción y acusación (principio de oportunidad) y estableciéndose procedimientos alternativos al ordinario, tales como la suspensión del juicio a prueba, procedimientos abreviados y monitorios.
- 7) Generar mecanismos de intervención de los directamente involucrados, otorgándose legitimación no sólo a la víctima sino a entidades representativas. Relevancia de la voluntad de los interesados (ampliación de los delitos de acción de ejercicio privado y de las facultades del ofendido en los dependientes de instancia privada); igualmente, avance hacia soluciones de índole consensual y, en infracciones leves, modos conciliatorios y reparatorios.
- 8) Simplificación del régimen recursivo, recursos como garantía y a favor del imputado, ampliación de los supuestos de casación y disminución de los requisitos de admisibilidad formal.

APÉNDICE DE LEGISLACIÓN

II. APLICACIÓN. EFICACIA ESPACIAL. EXTRADICIÓN. REGLA DE TERRITORIALIDAD

Nación, 18; Buenos Aires, 15; Córdoba, 18; Córdoba (ley 8123), 28; Mendoza, 18; La Pampa, 15; Salta, 18; Jujuy, 15 y 16; Corrientes, 18; Entre Ríos, 19; Río Negro, 19; Neuquén, 19; Chubut, 20; La Rioja, 24; Chaco, 21; Catamarca, 14; Santiago del Estero, 18; Tucumán, 28; Misiones, 19; Santa Cruz, 19.

PRIORIDAD DE JUZGAMIENTO

Nación, 19; Buenos Aires, 16; Córdoba, 19-21; Córdoba (ley 8123), 29-31; Mendoza, 19; La Pampa, 16; Salta, 19; Jujuy, 17; Corrientes, 19; Entre Ríos, 20; Río Negro, 20; Neuquén, 20; Chubut, 21; La Rioja, 26; Chaco, 22; Catamarca, 15; Santiago del Estero, 21; Tucumán, 29-31; Misiones, 20; Santa Cruz, 20.

REGLA DEL DELITO MÁS GRAVE

Nación, 20; Buenos Aires, 17; Córdoba, 20; Córdoba (ley 8123), 30; Mendoza, 20; La Pampa, 17; Salta, 20; Jujuy, 18; Corrientes, 20; Entre Ríos, 21; Río Negro, 21; Neuquén, 21; Chubut, 22; La Rioja, 25; Chaco, 23; Catamarca, 16; Santiago del Estero, 20; Tucumán, 30; Misiones, 21; Santa Cruz, 21.

**UNIFICACIÓN DE PENAS POR EL
TRIBUNAL QUE IMPUSO LA PENA MAYOR**

Nación, 21; Buenos Aires, 18; Córdoba, 22; Córdoba (ley 8123), 32; Mendoza, 21; La Pampa, 18; Salta, 21; Jujuy, 19; Corrientes, 22; Entre Ríos, 22; Río Negro, 22; Neuquén, 22; Chubut, 23; La Rioja, 27; Chaco, 24; Catamarca, 23; Santiago del Estero, 28; Tucumán, 32; Misiones, 22; Santa Cruz, 22.

EFICACIA TEMPORAL

Buenos Aires, 4º; Córdoba, 2º; Córdoba (ley 8123), 2º; La Pampa, 2º; Mendoza, 2º; Salta, 2º; Entre Ríos, 2º; Río Negro, 2º; Neuquén, 2º; Chubut, 2º; La Rioja, 5º; Chaco, 2º; Catamarca, 3º; Santiago del Estero, 2º; Tucumán, 2º; Misiones, 2º; Santa Cruz, 2º.

III. INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN

Nación, 2º; Buenos Aires, 3º; Córdoba, 3º; Córdoba (ley 8123), 3º; Mendoza, 3º; La Pampa, 3º; Salta, 3º; Jujuy, 2º y 3º; Corrientes, 3º; Entre Ríos, 3º; Río Negro, 3º; Neuquén, 3º; Chubut, 3º; La Rioja, 6º; Chaco, 3º; Catamarca, 2º; Misiones, 3º; Tucumán, 3º; Santa Cruz, 3º.

APÉNDICE DE JURISPRUDENCIA

II. APLICACIÓN. EXTRADICIÓN

La extemporaneidad de la introducción formal del pedido de extradición no puede invocarse como una excepción legal contra la entrega del requerido.

Fallos: 314:133

Por ser el de extradición un proceso de derecho público y más aún de naturaleza penal, donde el orden público cobra relevancia particular, la actuación del Estado a través de los fiscales estará presidida por el principio de legalidad, es decir inspirada, ante todo, por el propósito de que las disposiciones del ordenamiento jurídico logren cabal realización, aun cuando, en definitiva, ellas arrojen un resultado adverso a la pretensión que originalmente se decidió representar (disidencia de los Dres. Belluscio y Petracchi).

C. S. J. N., 27-8-93

La autoridad penitenciaria federal debe formular ante la justicia provincial y no ante la federal, los planteos contra la autorización conferida por la justicia local, para que un interno que se halla a su disposición, se traslade al domicilio de su cónyuge a fin de mantener una visita íntima.

Fallos: 314:95

Las declaraciones de competencia deben hallarse precedidas de la investigación elemental necesaria para encuadrar el caso, *prima facie*, en alguna figura determinada, pues sólo en relación a un delito concreto es que cabe pronunciarse acerca del juez a quien compete investigarlo.

C. S. J. N., 9-8-94, causa "Flores, Ceferino s/Denuncia", *Boletín de Jurisprudencia* C. S. J. N.

Constituye un requisito indispensable para someter a un magistrado nacional a la jurisdicción de los tribunales ordinarios en procesos civiles o penales que se le sigan por actos realizados en el ejercicio de sus funciones, la previa destitución de aquél mediante el juicio político regulado en los artículos 45, 51 y 52 de la Constitución Nacional [arts. 53, 59 y 60, según reforma de 1994] o el cese de sus funciones por cualquier otra causa.

C. S. J. N., 12-4-94, L. L. del 3-2-95

Para evitar que se dicten en jurisdicciones distintas resoluciones que en definitiva resulten contradictorias, corresponde que el magistrado a cuyo cargo está la investigación del hurto continúe entendiendo las actuaciones sustanciadas con motivo del presunto encubrimiento, en razón de la relación de alternatividad existente entre ambas infracciones.

C. S. J. N., 13-2-96

Si bien el conocimiento de las causas penales compete a los magistrados de la jurisdicción en la cual se ha consumado el hecho, no es posible descartar el principio conforme al cual el delito se estima cometido en todas las jurisdicciones en las que se ha desarrollado alguna parte de la acción y también en el lugar de verificación del resultado.

C. S. J. N., 10-5-94, causa "Calle-Ehilverir s/Muerte dudosa causa 33.162", *Boletín de Jurisprudencia C. S. J. N.*

III. INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN

Si los motivos del adherente debieran atenerse a los del recurrente, sobraría la imposición de expresar sus motivos, como lo hace nuestro ordenamiento procesal, bajo pena de inadmisibilidad. Dicha coincidencia de motivos no surge del texto legal, ni se podría interpretar de ese modo debido a la regla que establece el artículo 2º del Código Procesal Penal: interpretación restrictiva en relación a la limitación del ejercicio del derecho atribuido.

C. N. C. P., sala II, 16-9-93

La interpretación no puede ceñirse a los escuétos preceptos de la ley sino que debe armonizarse con el conjunto del ordenamiento jurídico del país (interpretación sistemática) teniendo en cuenta el tiempo (interpretación progresiva). La interpretación consiste en la voluntad objetiva de la ley, y no en la del legislador.

C. N. C. P., sala III, 15-5-95

Las leyes deben interpretarse atendiendo a los fines que las informan, y debe preferirse siempre la interpretación que favorezca y no aquella que dificulte los fines previstos por el legislador de manera que su aplicación se compadezca con los principios y garantías constitucionales.

C. N. C. P., sala III, 3-3-95

Es tema específico del Poder Judicial e indispensable para el ejercicio de su ministerio, la determinación del sentido jurídico de las normas en función de las circunstancias del caso y dicha función interpretativa no queda proscripta por la naturaleza penal de la norma en cuestión, aun cuando la atribución encuentre límite solamente en la necesidad de que el ordenamiento contenga una remisión suficientemente clara al contexto valorativo condicionante de la aplicación del precepto.

Fallos: 310:191

El derecho represivo no tolera por la naturaleza de los objetos que trata, ningún tipo de integración por analogía a completar los elementos esenciales de las figuras creadas por la ley.

Fallos: 305:2174

A diferencia de lo que sucede en el derecho penal de fondo (art. 2º, Cód. Pen.), la analogía resulta procedente en la ley procesal en los casos en que determinada situación no se encuentre establecida en forma expresa, toda vez que con ese mecanismo pueden sortearse aquellas situaciones no resueltas.

Cám. Nac. Crim. y Corr., sala IV, 14-5-96

Capítulo III

PODERES DE REALIZACIÓN PENAL

SUMARIO: 110. Concepto y extensión. 111. Naturaleza. 112. Poder y función penal. 113. Manifestaciones lógicas. 114. Origen. 115. Imperatividad. I. Los poderes en particular. II. Poderes frente a la cuestión civil. III. Impedimentos al ejercicio de los poderes.

110. Corresponde enfocar procesalmente el análisis de los poderes dirigidos a la realización efectiva del derecho penal. Se trata ahora de analizar la naturaleza y contenido de esos poderes para abrir el camino de la regulación de su eficacia y ejercicio. Quedará excluida de esta consideración el poder de realizar la pena una vez que haya sido impuesta pero no el del contralor jurisdiccional de su cumplimiento.

De acuerdo a esto, el área de los poderes oficiales queda limitada a la acción y la jurisdicción, que en el proceso se manifiestan en la persecución y la decisión. Pero, como contrapeso de la primera frente a la segunda, surge la excepción manifestada en la defensa. Con los tres se integra el cuadro de poderes para la realización penal a través del proceso. En efecto, estos poderes son los que gobiernan la actividad de los sujetos procesales a lo largo del desenvolvimiento del proceso para obtener el resultado perseguido. Se resuelven en el proceso pero existen antes que él; lo vivifican como el alma al cuerpo.

Ello nos permite concluir que los poderes de realización penal, concretados en la persecución, la decisión y la defensa, tienen su fuente en las normas sustantivas consecuentes con las previsiones constitucionales. Esto sin perjuicio de que el derecho procesal reglamente directamente su eficacia y ejercicio a través de normas descriptivas de conductas específicas o de sus modos y formas generales. Por cierto

que no se confunden con el poder punitivo que corresponde al Estado conforme a las normas constitutivas del orden.

111. Los poderes de realización emanan de esas normas sustantivas pero están dirigidos directamente al proceso para proveer a su inicio, desarrollo y resultado. Con esa finalidad los tres poderes se complementan de manera que ninguno puede faltar para la subsistencia válida del proceso. Las leyes procesales deben regular su ejercicio conforme a las previsiones constitucionales y a los límites de las normas materiales, manteniendo el equilibrio de los intereses en juego.

Si se tiene en cuenta que el interés del imputado comprometido en el proceso debe ser aquilatado por la sociedad en el sentido de que sólo se castigue a quien resulte culpable, se comprenderá que la realización procesal penal es de derecho y de interés público. Esto permite concluir que, en cuanto a su ejercicio, los tres poderes de realización en alguna medida deben tener por titular a órganos del Estado.

El órgano jurisdiccional para la decisión ha de ser siempre estatal por exigencia de la naturaleza pública del objeto procesal. El órgano de la acción para perseguir, en los sistemas actuales, es predominantemente estatal por habersele dado el carácter de una función pública. El poder de excepción, que en materia penal se identifica con el ejercicio del derecho de defensa, corresponde también a órganos del Estado como función supletoria a la del defensor de confianza.

En estos casos el poder es del Estado mismo. Los respectivos órganos públicos del proceso son titulares de su ejercicio. Cada Estado tiene esos poderes dentro del correspondiente ordenamiento judicial: entre nosotros, de la Nación o de cada provincia.

112. En la tripartición de poderes que caracteriza nuestro sistema republicano, el Poder Judicial se desenvuelve independientemente pero a la vez en forma coordinada con el Ejecutivo y el Legislativo. Como función específica, tiene asignada la de realizar la justicia penal por la vía del proceso que el legislador le instituye, y por intermedio de los órganos nombrados con intervención del Ejecutivo y Legislativo como regla.

Fundamentalmente, los tribunales penales deben actuar en concreto

el derecho penal. Insistimos que aquí no se comprende la práctica ejecución de la pena por cuanto ésta es labor administrativa (realización directa), aun cuando su contralor deba ser jurisdiccional. Se capta, en cambio, toda la realización del derecho penal sustantivo a través del proceso, hasta obtener el agotamiento de su actuación con el mantenimiento o restablecimiento del orden jurídico. Por eso estos tres poderes constituyen el basamento de la función jurídica del Estado en su enfoque realizador.

La jurisdicción, la acción penal y la excepción para la defensa del imputado han de ser, pues, el basamento de la función judicial en lo penal. Son poderes que tienen fuente sustantiva y proyección judicial, cuya eficacia y ejercicio se rige por las leyes procesales.

113. Dado que la jurisdicción actúa concretamente el derecho, en sentido lógico su manifestación decisoria debe ser mentada antes que los otros dos. La justicia no se concibe sin la actividad del órgano imparcial de la jurisdicción, por lo cual ésta es la expresión más eminente de la función judicial sin confundirse con ella.

Sin embargo, en el obrar, el poder de acción se adelanta al jurisdiccional por cuanto debe excitarlo presentándole el caso concreto a decidir. Esto no excluye que en el transcurso del proceso la persecución y la decisión tengan apoyo recíproco para el logro del resultado: la investigación del juez instructor sirve de fundamento a la acusación, y ésta pone límite fáctico a la sentencia. La defensa aparece después lógicamente, pero en la práctica es como si se aparejara a la persecución contraponiéndosele. Ambas van en procura de la decisión conforme al interés que los respectivos órganos pretenden hacer prevalecer.

La restricción de la justicia por mano propia como consecuencia de las primeras manifestaciones del Estado traslada la represión directa al plano de la decisión imparcial. Suprimida esta defensa de hecho después de larga evolución, sólo la autoridad queda a cargo de la administración de la justicia, lo que pasa a ser un deber funcional del Estado. De aquí que se instituya en titular del poder jurisdiccional y que la jurisdiccional sea una función pública fundada en el deber público material de garantizar la justicia. Garantía colectiva, es cierto, pero también individual ya que a nadie puede hacérsele cumplir una pena sin que la decisión abra paso al poder punitivo del Estado.

114. Reconocido el poder jurisdiccional del Estado surgen los otros dos poderes judiciales de persecución y de defensa. El primero ha sido caracterizado como poder de acción penal y el segundo se muestra como la excepción del perseguido penalmente. Ambos tienen su fuente en las normas del orden jurídico en su conformación integral, sea en cuanto determinan responsabilidad o en cuanto dejan subsistente la libertad.

Persecución y defensa son dos fuerzas contrarias que una vez puestas en acto se complementan frente a la jurisdicción. Pero la contradicción es permanente sólo en su manifestación formal puesto que materialmente pueden coincidir: pedido fiscal de absolución.

Al asumir el Estado el poder de decidir para que sea posible el castigo, la incipiente actuación del derecho se transforma de instintiva en racional, haciendo imposible el sentido de venganza y el abuso: juicio imparcial. Pero también la punición pasa a poder del Estado, o sea que se resuelve administrativamente, por lo cual la jurisdicción debió extenderse al contralor de esa función ejecutiva. A su vez la jurisdicción se encuentra limitada en los Estados democráticos por las garantías constitucionales de los derechos individuales.

115. La primera limitación consiste en la prohibición de proceder de oficio. Luego, la actividad jurisdiccional requiere el ejercicio del poder de acción para obtener una decisión que dé paso a la pena. Este poder fue primero reconocido como derecho al ofendido; después se transformó en poder público atribuido a cualquier miembro de la colectividad (popular) o al Estado en cuanto ente organizado (estatal).

A su vez, tanto la jurisdicción como la acción aparecen limitadas en su ejercicio por la excepción manifestada en el poder de defensa, en cuanto éste presupone que el tribunal y el acusador observen en el ejercicio de sus funciones los requisitos formales establecidos para el pronunciamiento válido en cuanto al fondo. Hay que dar en el proceso debida intervención a la defensa, la que en lo penal debe traducirse en una participación efectiva.

Pero la custodia de otros intereses más valorizados que la persecución penal producen interferencias o alteraciones en el ejercicio de estos poderes. Ello lleva a considerar los impedimentos de actuación que funcionan como obstáculos materiales a la efectiva realización del

orden jurídico en su enfoque penal. En atención a este efecto las normas que los prevén serán de realización, y no constitutivas, aunque desde un punto de vista negativo.

I. LOS PODERES EN PARTICULAR

SUMARIO: A) Potestad jurisdiccional en lo penal. B) Poder de acción penal. C) Poder de excepción.

A) *Potestad jurisdiccional en lo penal*

SUMARIO: 116. Concepto. 117. Extensión. 118. Contenido.

116. La jurisdicción es una función soberana del Estado que se desenvuelve unitariamente frente a todo el derecho actuable; pero es lógico que podamos proyectarla en su referencia al derecho penal y subsidiariamente al derecho civil en cuanto deban tenerse en cuenta las consecuencias civiles del delito. Nada impide, asimismo, que se actúe jurisdiccionalmente el propio derecho realizador como camino para obtener un pronunciamiento válido sobre el mérito.

La idea de potestad implica el ejercicio impuesto del poder estatal por los órganos preestablecidos. En materia penal es aún más clara esta imposición de su ejercicio puesto que no es posible la autocomposición.

El órgano de ejercicio es el tribunal penal que debe actuar conforme a un procedimiento legalmente regulado: el código procesal penal, lo que integra el aspecto formal del concepto junto con la prohibición de proceder de oficio. El aspecto sustancial debe obtenerse conforme a una idea objetiva representada por la actuación concreta del derecho penal. "Actuar", para comprender también el contralor de la ejecución; "el derecho", porque se aplican además las normas que resguardan la zona de libertad.

Ello nos lleva a conceptualizar este enfoque penal de la jurisdicción como la potestad estatal ejercida por los tribunales penales conforme a un procedimiento legalmente regulado de actuar en concreto el derecho penal vigente para mantener su imperio.

De esta manera, en lo sustancial abandonamos la orientación sub-

jetivista que antes había predominado para el proceso civil, y complementamos el concepto con elementos formales y orgánicos necesarios para integrarlo. Por otra parte, la noción queda limitada a su significación estricta, eliminando sus proyecciones políticas, las puramente territoriales o las de cualquier otro contenido.

117. La jurisdicción debe circunscribirse dentro de los límites de la función judicial, lo que no tiene excepciones en materia penal. De aquí que no sea jurisdiccional, por ejemplo, la actuación de las comisiones investigadoras del Poder Legislativo (Cám. Crim. 2ª de Córdoba, *Comercio y Justicia* IV-251). Esto no agota la función judicial, pero es su aspecto más trascendental. Los demás aspectos, como la actuación fiscal, la policial, la actividad procesal de otros funcionarios y aun la de algunos particulares, están al servicio de la jurisdicción.

En cuanto ente soberano, el Estado es el titular de la jurisdicción. Entre nosotros lo son tanto el Estado nacional como el de cada provincia, que tienen su respectivo órgano jurisdiccional, integrado entre otros por los tribunales penales: órganos públicos predispuestos para la actuación del derecho penal (arts. 1º, 5º y 22, Const. Nac.).

No son jurisdiccionales los llamados tribunales de policía o municipales, por lo cual se viola la garantía judicial cuando sus decisiones condenatorias no son revisadas con juicio previo por un tribunal penal. Tampoco debió aceptarse (C. S. J. N., *Fallos*: 30:112) lo que se dio en llamar "jueces de la ley" mientras se mantuvo la dualidad de fueros en la Capital Federal. Sólo puede haber jueces de la Constitución.

Todo tribunal penal ejerce jurisdicción, vale decir que también la ejerce el tribunal de instrucción, aunque sobre esto no haya pleno acuerdo en la doctrina. No la ejercen el Ministerio Fiscal o el Pupilar ni la Policía en su función judicial (que no son tribunales en sentido técnico) ni tampoco los llamados tribunales militares aun cuando apliquen el Código Penal. Estos últimos están en la órbita de la administración.

118. Hemos dicho que la jurisdicción actúa en concreto el derecho penal objetivo vigente, vale decir la voluntad del orden jurídico penal conforme lo ha reglado el legislador. Es el sistema legal de formulación del derecho que la jurisdicción se limita a aplicar, cuanto más en materia penal, donde rige el principio de reserva.

Tratándose del derecho penal constitutivo del orden, su actuación jurisdiccional consistirá, prácticamente y conforme al sistema de formulación legal, en asumir el hecho ocurrido en la realidad (positiva o negativamente) y confrontarlo con el orden jurídico establecido para poner en práctica la sanción (pena o medida de seguridad conminada en la ley) o declarar la falta de responsabilidad penal. Si se aplica pena o medida de seguridad controlará su efectivo cumplimiento por aplicación de las normas que lo regulan.

Manifiéstanse así los tres momentos de la jurisdicción: el mero conocer con respecto al hecho y a su relevancia jurídico-penal, el querer como momento aplicativo de la norma obtenida en función del hecho que se considera que exista o no y que sea o no delictuoso, y el obrar para que la ejecución de la sanción impuesta, en su caso, se cumpla conforme a derecho.

Pero también la jurisdicción puede actuar las normas penales realizadoras, entre las que se cuentan las procesales. No dudamos de que se ejercita la jurisdicción cuando se decide acerca de si corresponde o no fallar sobre el fondo. Comprende aun el no avocarse al conocimiento de la causa, aunque ello prácticamente implique negar la prestación de jurisdicción: desestimación de la requisitoria. Diríase jurisdicción de segundo orden.

B) *Poder de acción penal*

SUMARIO: 119. Excitación de la jurisdicción. 120. Carácter. 121. Poder público sustancial. 122. Autonomía. 123. Teorías procesalistas. 124. Postulación de la pretensión penal.

119. La prohibición del procedimiento de oficio exige la excitación extraña para que la jurisdicción pueda ejercitarse válidamente. Esta regla no se satisface siempre en la actualidad por la instrucción penal; hay códigos que permiten iniciarla de oficio o en base a una denuncia. La regla rige sin excepciones para el plenario como exigencia del juicio previo y por extensión debería ser igual para el período instructorio puesto que es jurisdiccional.

La excitación extraña no sólo debe ser para el impulso inicial, debe

también mantenerse hasta el agotamiento o la imposibilidad de agotar el objeto procesal. Esto es, en nuestro concepto, de la esencia misma de la jurisdicción en su alcance formal, coincidente con el rasgo acusatorio del procedimiento. He ahí el vínculo indisoluble entre jurisdicción y acción.

En el procedimiento penal mixto ocurre también a la inversa: la jurisdicción sirve a la acción. Así, el juicio penal está precedido de una declaración jurisdiccional que dé curso a la acusación; ésta presupone como regla una investigación jurisdiccional. Por otra parte, la acción delimita el objeto procesal, el que no puede ser excedido por la jurisdicción.

Son dos poderes del Estado que ejercitan órganos diversos. Ambas actividades son judiciales pero la acción es excitante y la jurisdicción excitada. No obstante, ésta va dando base al ejercicio de aquélla en el progresar del proceso y aunque lo fuere con significación desincriminatoria, vale decir de liberación del imputado.

119 bis. A la fecha, la iniciación de los procedimientos penales por propia decisión del órgano jurisdiccional ha desaparecido por completo (sólo perdura como posibilidad facultativa, de hecho frecuentemente utilizada, en el vetusto Código de la Provincia de Santa Fe). De igual modo, existe coincidencia doctrinaria respecto a entender que el único medio idóneo de provocar la actividad instructoria consiste en el requerimiento fiscal, ya que aun en los casos en que se haya llevado a cabo un sumario de prevención, éste debe ser evaluado por el representante del Ministerio Público y carece de virtualidad para provocar por sí mismo la investigación judicial.

La exclusiva facultad promotora de la acción pública por parte del fiscal aparece nítida y sin ningún género de confusiones en los modernos códigos que le otorgan la investigación preparatoria y la fundamentación de la acusación sobre la base de su propia labor. De tal forma, queda en claro que corresponde a la Fiscalía el ejercicio de la acción, en una neta diferenciación respecto de las facultades decisorias propias del órgano jurisdiccional.

Un examen objetivo de la cuestión evidencia que resulta poco racional el método de la denominada instrucción formal o judicial, toda vez que el fiscal debe requerir el juicio y fundar su demanda de justicia

sobre la base de la labor investigativa hecha por otro y en cuya preparación ha tenido mínima intervención, apareciendo, a mayor abundamiento, condicionado por las valoraciones de mérito ya efectuadas. Ello, a más de advertirse una grave confusión o inversión de papeles y funciones, ya que quien debe juzgar y controlar investiga y quien debe investigar controla, a lo que debe agregarse que el juez de instrucción aparece como un personaje híbrido que, por un lado, averigua y, al mismo tiempo, merita los resultados de su propia labor.

El Código de la Provincia de Buenos Aires, coincidente con los demás digestos que asumen el método, establece que corresponde al Ministerio Público promover y ejercer la acción penal, dirigiendo a la Policía en función judicial y practicando la investigación fiscal preparatoria (art. 56); para ello, tendrá amplias facultades y discrecionalidad técnica dentro del marco legal, procediendo directa e inmediatamente a la averiguación de los hechos presuntamente delictivos ocurridos dentro de su ámbito de competencia territorial. Dentro de los plazos establecidos y cuando estimare el fiscal contar con los elementos suficientes para fundar la acusación, efectuará por escrito el requerimiento de juicio ante el órgano jurisdiccional competente. Tal acusación, como su posterior petición conclusiva, establece el marco dentro del cual se dictará la sentencia.

Quedan, de tal manera, perfectamente diferenciadas las funciones de requerir y decidir y los poderes de acción y de jurisdicción.

120. Esto último muestra una nota diferencial de importancia en la valoración del poder de acción desde el punto de vista penal o del derecho privado: en lo penal, el titular del poder es siempre el Estado; en lo civil lo es el particular y en rarísimos casos el Estado (nulidades absolutas) a la par de aquél. Esto sin perjuicio de que existan casos en que el ejercicio de la acción en lo penal se concede al particular ofendido, al ciudadano o a entidades profesionales, como veremos en su oportunidad.

De aquí que la acción penal sea de ejercicio ineludible una vez dadas las condiciones para ello, lo cual no ocurre con la acción en lo civil. Es el principio de promoción inevitable de la acción en el proceso penal, extendido también al ejercicio posterior a lo largo del proceso conforme al principio que se conoce por de irrefragabilidad de la acción:

su ejercicio sólo podrá suspenderse, interrumpirse o hacerse cesar en los casos expresamente previstos (art. 5º, Córdoba).

Esto se explica porque el Estado, con el ejercicio de la acción, cumple una función pública judicial. El órgano que lo representa ante la justicia tiene vedado todo criterio discrecional, salvo las excepciones que algunas leyes hacen en favor del criterio de oportunidad. El interés punitivo del Estado no puede ser satisfecho extrajudicialmente: transacción o autocomposición. Esto aunque se tratare de delitos perseguibles por el ofendido.

En conclusión, el Estado sólo puede disponer de la acción en los casos, formas y condiciones autorizadas por la ley.

El poder de acción está gobernado en lo penal, pues, por el principio de autoridad, lo mismo que la jurisdicción. De aquí que consista en una potestad pública indispensable para la realización del derecho penal. Surge de la integralidad del orden jurídico y como poder abstracto del Estado, único y exclusivo custodio del interés social.

121. Cuando una situación de hecho pone en tensión la norma penal (posibilidad delictual) debe promoverse la acción, generalmente por los propios órganos públicos y de oficio (art. 14, Cód. Nac.; art. 5º, Córdoba), o sea sin requerimiento extraño de un particular o de otro órgano (art. 71, Cód. Pen.). El ejercicio de la acción exclusivamente por el ofendido (art. 73, Cód. Pen.) o por el órgano estatal condicionado a requerimiento (instancia) del ofendido (art. 72, Cód. Pen.) son excepciones al principio de oficiosidad.

El régimen para la promoción y posterior ejercicio de la acción está regulado por los códigos procesales (arts. 14 a 18, Cód. Nac.; arts. 5º a 13, Córdoba). Allí se fijan las atribuciones y sujeciones del acusador para ese ejercicio y las causas que pueden evitarlo o detenerlo.

Aunque el poder de acción puede tener su fuente en el derecho penal sustantivo o, mejor dicho, aunque no pueda explicarse sino en función de la existencia de normas de sancionabilidad penal, es equivocado confundirlo con el poder punitivo del Estado. Aunque el Estado sea el titular de ambos, no corresponde enrolarnos en la corriente monista que unificaba el derecho con la acción como si ésta fuera un

elemento de aquél o como si se tratara de las dos caras de una misma moneda.

Conforme a estas teorías monistas (clásicas) el mismo poder punitivo (subjetivismo) o derecho penal (objetivismo) sería acción penal cuando entra en movimiento al ser lesionado. Así la conocida definición de Carrara, quien concibe la acción penal como la exteriorización del derecho penal sustantivo una vez ocurrida su violación para restablecer su imperio (en sentido similar, Stoppato y Allegra). Luego, la acción sería el movimiento del derecho penal que tiende a eliminar la lesión que ha sufrido aplicando la sanción al violador de la norma.

122. En realidad la acción es un poder del Estado distinto al punitivo o diverso del derecho penal sustantivo cuya actuación se persigue en el proceso. Esto nos ubica en las doctrinas autonomistas en cuanto afirman un dualismo entre derecho subjetivo (poder punitivo) y acción. En lo penal ambos son poderes del Estado que fluyen del orden jurídico integral como dos rayos perfectamente diferenciados por su dirección y contenido.

Por el poder punitivo el Estado debe castigar al infractor de la ley; por el de acción debe exigir un pronunciamiento jurisdiccional acerca de si existe o no un infractor. El primero se concreta cuando hay un culpable declarado por sentencia firme; el segundo, cuando se dan las circunstancias fácticas de posibilidad delictual. El primero tiende al castigo del culpable; el segundo, con criterio imparcial, persigue la decisión que dé o no paso a la pena, y en su caso que la pena se ejecute, conforme a su imposición y a la ley penal.

Esa autonomía surge con más claridad si se advierte que la acción se ejercita aun cuando se inste el sobreseimiento o la absolución del imputado; negación del poder punitivo en el caso concreto. Esto, y el hecho de que la acción resulte ejercida válidamente aunque la sentencia rechace la acusación, excluye la orientación concreta de la acción que tuvo amplio desarrollo en el derecho procesal civil (Wach, Chiovenda, Calamandrei). Ocurre que el imputado también es protegido por el público y autónomo poder de acción en cuanto ejercitado por el órgano estatal.

123. Pero tampoco la corriente caracterizada como abstracta en la consideración de la acción resulta aplicable en lo penal. No obstante, ha servido de guía a la mayor parte del procesalismo penal orien-

tado por la doctrina civilista. Florián, por ejemplo, concibe la acción como el poder de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre el fundamento de una relación de derecho penal sustantivo. Más modernamente, Vélez Mariconde la concibe como el poder jurídico de provocar la actividad jurisdiccional del Estado a fin de que el juez natural emita, en un proceso legalmente definido, una decisión sobre el fundamento de la pretensión jurídica que se hace valer.

Para obtener un concepto más cabal de la acción es correcto recurrir a la idea de pretensión penal, evitando entenderla como "punitiva" por cuanto, como se ha dicho, puede ser también de orientación desincriminadora.

Para Massari, la acción penal es el poder jurídico de activar el proceso a fin de obtener sobre la *res deducta* un pronunciamiento jurisdiccional, pero esto comprende también la excepción. Por otra parte, se limita a la instancia que hasta puede corresponder al tribunal, lo que coloca a la acción en la zona de la pura actividad.

La idea de pretensión, conforme nosotros la entendemos, facilitará la obtención del concepto. Marca el nexo entre la acción y el poder punitivo y permite corregir la exageración de las doctrinas abstractistas que conciben la acción como un derecho abstracto de obrar, y también permite rechazar las doctrinas concretas que la conciben como derecho a la tutela jurídica o pretensión de tutela del derecho.

124. A pesar del dualismo de la corriente concreta, sigue siendo sustancialista al igual que el monismo clásico, ya que sólo habrá acción cuando realmente se tenga el derecho cuya tutela se reclama. Por eso las teorías abstractas rechazan la idea del reclamo de una sentencia justa o favorable, fijando el destino de la acción en una decisión sobre el objeto procesal con abstracción de que se tenga o no razón.

La exageración de la corriente abstracta resulta de presentar el poder de acción como descarnado de toda materialidad, olvidando que su contenido es la pretensión y ésta es sustancial de naturaleza. En lo penal esa pretensión debe tener un fundamento jurídico penal sustantivo afirmado a lo menos como posible, con miras a una sentencia que decida sobre esa posibilidad delictual afirmativa o negativamente, no teniendo cabida otra solución (prohibición del *non liquet*). El poder

de acción es el que se ejercita postulando la pretensión así penalmente fundada para que el tribunal la satisfaga con la sentencia sobre el fondo.

En conclusión, el poder de acción es autónomo del poder punitivo o norma que da relevancia jurídica penal al fundamento de la pretensión, siendo indiferente la realidad de ese fundamento para la vigencia de la acción. Sin embargo, para que esté realmente vigente como expresión del orden jurídico penal debe presentarse la posibilidad de que haya un sujeto penalmente responsable.

El juzgador no tendrá más alternativa que la de pronunciarse en favor o en contra de esa posibilidad: condena o absolución. La pretensión debe ser afirmada de manera que muestre la posibilidad de ser efectivamente fundada en el derecho penal. Si así no fuera, equivaldría a no postular una pretensión penal, y tendríamos el absurdo de una acción vacua, o sea no acción, incapaz de provocar una sentencia de mérito.

Aquí está el ligamen de la acción con el orden jurídico penalmente constituido y no tan sólo con la razón fundadora de la pretensión; con el orden jurídico integrado tanto por lo ilícito penal como por lo lícito frente a todo el campo de la responsabilidad: razón y falta de razón del imputante.

De aquí que en lo penal, la acción sea el poder de presentar y mantener ante el órgano jurisdiccional una pretensión fundada en la afirmación de la existencia de un delito, postulando una decisión sobre ese fundamento que absuelva o condene al imputado.

C) *Poder de excepción penal*

SUMARIO: 125. Significación. 126. Naturaleza y contenido. 127. Intervención y audiencia. 128. Complemento de estas manifestaciones. 129. Prueba y discusión. 130. Otras manifestaciones formales.

125. Quien resulta perseguido en el proceso penal como consecuencia del ejercicio de la acción y aun de los actos que preparan su promoción, está munido del poder de plantear pretensiones con fundamento opuesto o diverso al de la imputación, postulando se lo absuelva o se dé una declaración de menor responsabilidad. También

puede pretenderse la eliminación, la paralización o el cierre del proceso, por no ser viable el ejercicio de la acción o mediar impedimento para resolver sobre el fondo.

Todo esto significa ejercitar el poder de excepción, concebida ésta en sentido amplio y generalizante como corresponde en doctrina. Pero en lo que hace a la cuestión penal, se concentra en el ejercicio del derecho de defensa que constitucionalmente se reconoce al imputado. Nos hemos referido a él entre las bases del derecho procesal penal. Ahora lo analizaremos como poder que se desenvuelve en el proceso para contradecir la persecución.

En su sentido amplio, la defensa corresponde a todo particular que deba intervenir en el proceso penal. Pero ahora nos interesa limitarla a la persona del imputado como sujeto esencial del proceso enfrentado formalmente al acusador en su posición ante el tribunal.

La razón de la defensa está en el reconocimiento de la libertad. De aquí que se la haya considerado como una base constitucional y que su fuente sea el orden jurídico en su conformación integral. La ley procesal regula su actividad. Su contenido es una pretensión de inocencia o de menor responsabilidad en lo material, o de ineficacia de la persecución en lo formal.

126. Titular de la defensa es cualquier persona que deba soportar una persecución penal. Se trata del imputado, a quien se le reconocen los derechos de tal desde el primer acto de procedimiento dirigido en su contra (art. 70, Córdoba), vale decir desde que su libertad individual u otros intereses aparezcan amenazados en concreto. No es necesario que se haya abierto el proceso. Su ejercicio se integra por la defensa material y la técnica. Esta última es obligatoria, respondiendo a un criterio de mejor justicia. Actuará un defensor con capacidad jurídica reconocida por el Estado; pero si no lo elige, se le nombrará un defensor oficial. De aquí el grave error de restringir la defensa más de la cuenta en la instrucción, y por ende el de alguna jurisprudencia demasiado extendida: Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 236:657; Cámara Nacional de la Capital, *Jurisprudencia Argentina* 1857-II-365. La defensa puede reglamentarse, pero sin alterarla: Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 135:197; 134:242.

Al tratar la base constitucional de la inviolabilidad de la defensa

en juicio expusimos sus manifestaciones irrestrictibles en cuanto a la intervención, a la audiencia, al nombramiento de defensor, a la prueba y a la alegación. Se muestran en la actividad de defensa del imputado a lo largo de todo el procedimiento. No se discute que toda persona tiene derecho al proceso cuando es penalmente imputado, para que en él le sea acordada la defensa con la extensión constitucional.

127. En realidad, el derecho a intervenir es la manifestación genérica, de la cual las otras son proyecciones específicas. Sea por sí o por su defensor, el imputado debe tener la posibilidad de enterarse de todo lo que ocurre en el proceso y de participar en los actos que se cumplen. Puede tolerarse la reserva de algunos actos de investigación, pero la condena no puede fundarse válidamente en ningún acto en el cual el imputado no haya tenido la debida intervención (S. C. J. B. A., J. A. 1959-V-60, doct. N° 101). Sólo excepcionalmente podría establecerse la reserva de la instrucción después de la declaración indagatoria, y sólo por un lapso breve. Se justificaría como una medida cautelar tendiente a evitar la dispersión o adulteración de las pruebas que habrán de fundamentar la acusación.

Pero el fallo condenatorio sólo puede fundamentarse en los actos del debate donde el imputado haya tenido efectiva intervención. Los actos instructorios practicados en reserva no pueden ser introducidos en forma válida a ese debate, precisamente por la falta de intervención del imputado en el momento de practicarse.

La garantía de hacerse oír en juicio se refiere a todas las etapas del proceso (C. S. J. N., J. A. 21-584). Es el eje en el cual gira la efectividad de la defensa porque en la audiencia se formulan las cuestiones que son contenido de la excepción. Fundamentalmente ha de oírse al imputado (defensa material) antes del procesamiento o de la condena, o sea de los méritos inculpativos provisional o definitivo. Esto justifica que se imponga la indagatoria en la instrucción y en el debate, debiendo al final de éste darse al imputado la última oportunidad para expedirse.

128. Pero la eficacia de la audiencia requiere el contradictorio. A su vez, éste requiere la debida intimación de la imputación, todo lo cual integra la esencia del juicio previo. Sin que haya una imputación, sea provisional para el desenvolvimiento de la instrucción, sea definitiva como base del juicio (acusación), y sin que ésta sea puesta

plenamente en conocimiento del imputado, la audiencia dada a éste será incompleta, insuficiente, y por ello ilegal.

El derecho del imputado a nombrar un defensor de confianza complementa y hace eficaz el ejercicio de la intervención y de la audiencia del imputado. De aquí que deba ser nombrado en la primera oportunidad, como lo exigen los códigos modernos. La posibilidad de defenderse personalmente en el aspecto técnico (autodefensa) tiene su límite en la necesidad de asegurar su eficacia.

Pero es importante advertir que la intervención, la audiencia y su complemento el nombramiento de defensor, a su vez se muestran como imposiciones para el tribunal, dada la absorción del interés particular del imputado por el interés social de justicia que el proceso tutela.

La prohibición del juicio penal (no el civil) en rebeldía evita la posibilidad de una condena sin intervención ni audiencia del imputado. Pero como debe proveerse a que la causa se resuelva por exigencia del interés social, se justifica la coerción para eliminar ese estado impeditivo del trámite.

129. Tanto el imputado como su defensor deben tener la posibilidad de allegar al proceso todo elemento que consideren eficaz para acreditar la inocencia o la menor responsabilidad de aquél, o las circunstancias que impidan llegar al fallo condenatorio. También han de poder discutir, alegando o informando o concluyendo sobre todo el contenido de la imputación, y sobre la forma y circunstancias de los actos cumplidos (C. S. J. N., *Fallos*: 243:201; 181:28) tanto en el juicio de mérito como en las impugnaciones o incidentes.

Las limitaciones a estos dos derechos sólo serán legítimas, en general, si se las hace dentro de la misma medida que para el acusador: principio de igualdad procesal. Además, ese límite debe responder a un criterio de oportunidad, y dentro de ella, en la etapa definitiva, sólo fundada en impertinencia o exceso, dejando siempre a salvo la posibilidad de impugnar.

El estado de inocencia justifica que la prueba no pueda significar imposición ni carga para el imputado. El derecho a discutir o alegar implica la culminación del principio del contradictorio.

Debe darse oportunidad para discutir en los momentos más fun-

damentales del proceso, o sea en el debate y en el procedimiento para la elevación de la causa a juicio. Asimismo, en la alegación está comprendido el derecho a impugnar.

130. La necesidad de defensa del imputado condiciona y orienta el ejercicio de los otros dos poderes a lo largo del proceso. Los regímenes inquisitivos no consideraron esta correlación por cuanto subordinaban la defensa a la actividad jurisdiccional. Atento a que al imputado se lo consideraba culpable desde el primer momento, en el proceso estaba como un objeto de persecución y por ello carente de todo derecho.

La acusación debidamente intimada es condición inomitible para el debido ejercicio de la defensa. A su vez, la sentencia debe estar debidamente correlacionada con la acusación para que no se condene por un hecho no intimado. La indagatoria debe ser presupuesto del procesamiento para que la situación del imputado se resuelva en artículo sustanciado. Las pruebas del sumario no pueden ser definitivas si la defensa no ha podido controlarlas ampliamente, etcétera.

En las causas con pluralidad de imputados pueden encontrarse otros tipos de manifestaciones del derecho de defensa, defensor común con la limitación de la incompatibilidad, efecto extensivo de las impugnaciones, valor del testimonio del coimputado, etcétera. A su vez, cuando la complejidad de la causa es objetiva, se plantearán problemas como los de la competencia por conexión, acumulación de causas, prioridad de juzgamiento, cúmulo de penas, etcétera.

II. PODERES FRENTE A LA CUESTIÓN CIVIL

SUMARIO: 131. Planteamiento general. 132. Naturaleza de la cuestión civil. 133. Proyección realizadora. 134. Suspensión del pronunciamiento civil. 135. Prejudicialidad penal. 136. Unificación de sede. 137. La norma del Código Penal. 138. Poderes civiles de realización.

131. Por lo general los códigos admiten, con determinadas limitaciones, el tratamiento de la cuestión civil surgida del hecho imputado penalmente en el mismo proceso. Esto impone considerar en qué medida los poderes de realización analizados se proyectan a la trascendencia extrapenal de la conducta atribuida como delictuosa.

El derecho privado prevé la ilicitud de la conducta humana dañosa, cuyo aspecto sancionador consiste en la responsabilidad civil por delitos o cuasidelitos. Para que surja esta responsabilidad debe estarse a lo previsto por los artículos 1066, 1067 y siguientes del Código Civil.

El daño resarcible puede ser material o moral, pudiendo el primero consistir tanto en el lucro cesante como en el daño emergente. Esto no excluye la reposición de oficio de las cosas (objeto) al estado anterior (art. 1083, Cód. Civ.), aun provisionalmente, cuando fuere posible.

La ilicitud civil puede ser o no a su vez penal. Además, no todo delito penal ha de tener consecuencias que impliquen responsabilidad civil. La reparación del agravio moral se limita al damnificado directo, y a los herederos forzosos en caso de homicidio (art. 1078, Cód. Civ.).

132. Cuando el delito imputado puede producir también daño privado, la relevancia jurídica del fundamento de la pretensión puede ser civil y penal. Mejor aún, pueden postularse ante el órgano jurisdiccional dos pretensiones: una de derecho penal y otra de derecho civil. Si esto ocurre en el mismo proceso penal, habrán de introducirse en él otros sujetos sólo vinculados con la cuestión civil, y por ello accesorios al igual que éste.

La escuela positivista del derecho penal dio significación publicística a la cuestión civil, con lo cual negó o anuló la eficacia dispositiva en el interés privado. Entendemos que esta corriente saca el problema de la responsabilidad civil de su verdadera ubicación. Al sostener la indispensabilidad de una reparación integral para conseguir la tranquilidad social, el aspecto civil se convierte en una enmienda de la cual se beneficia indirectamente el damnificado aun contra su voluntad.

Consideramos correcta la orientación privatista de nuestras leyes, y con ello la independencia de la pretensión civil frente a la penal conforme lo establece el artículo 1096 del Código Civil. No obstante el único hecho, las cuestiones son diversas, y es distinta la naturaleza y titularidad de la pretensión penal y civil. La unidad del hecho puede facilitar un único proceso y decisión o la influencia recíproca de las decisiones, pero no la absorción de la consecuencia civil por la penal. Mas esto no ha de significar que el Estado asuma para sí, como extensión de la función pública penal, la persecución de la reparación del daño

sufrido por el particular, aunque éste fuera el propio Estado en cuanto persona jurídica.

133. El carácter privatista de la reparación civil permite la autocomposición del conflicto sin que influya para nada en la cuestión penal. Si se recurre a la jurisdicción, todo conduce a aceptar que se permita actuar en el mismo proceso predispuesto para la cuestión penal. Pero habrá de requerirse la instancia del particular interesado, vale decir el ejercicio del poder de acción, haciendo valer la respectiva pretensión. Se trata de un poder del particular enraizado en el orden jurídico y enfocado desde el punto de vista civil en cuanto se prevé responsabilidad por las conductas dañosas en el campo extracontractual.

Este poder de acción de quien se considere damnificado surge independiente del derecho subjetivo a la reparación concedido por las normas constitutivas del orden. Su ejercicio está regulado procesalmente, aun cuando ello ocurre dentro del proceso penal, sin perjuicio de que las partes puedan disponer de la pretensión hecha valer. Como se ha dicho, esa disposición carece de toda eficacia para la cuestión penal.

Frente al ejercicio de la acción, la pretensión reintegradora patrimonial del actor civil en sede penal vincula en primer lugar al imputado y después a quien deba responder por su hecho conforme a las leyes civiles. Esto hace que el poder de defensa se extienda también a la cuestión civil, teniendo como titulares al imputado y al tercero que fuere civilmente demandado.

134. En un ordenamiento judicial determinado la jurisdicción es única. No obstante, las cuestiones penal y civil resultantes de una misma hipótesis fáctica responden a pretensiones de distinta naturaleza, las que deben ser decididas en distintos extremos aunque se trate de una sentencia única. Ante ello, no se justifican pronunciamientos contradictorios, lo que ha llevado a establecer prevalecencia vinculante del proceso y de la decisión penal sobre la civil.

En un capítulo rotulado "Del ejercicio de las acciones para la indemnización de los daños causados por los delitos", el Código Civil establece un sistema al respecto. El Código Penal lo ha completado con lo previsto en el artículo 29 y los códigos procesales lo reglamentan.

El artículo 1101 del Código Civil prohíbe la "condenación" civil si promovido el proceso penal no se hubiere condenado al acusado, o sea que establece la prioridad del pronunciamiento de la cuestión penal frente a la solución de la civil (J. A. 1953-I-226) y no frente al ejercicio de la acción civil como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en *Fallos*: 45:237.

Pendiente el proceso penal, en sede civil el proceso debe detenerse al entrar a fallo. Si ambas pretensiones son contenido del proceso penal, en la sentencia debe resolverse primero la penal y después la civil. Las excepciones de la ley civil rigen para el primer supuesto; se refieren a la muerte y a la rebeldía del imputado.

135. Esa prioridad es la base para la solución de los artículos 1102 y 1103 del Código Civil: la declaración de existencia o de inexistencia del hecho o de la culpa del condenado al resolverse la cuestión penal no puede ser contradicha al resolverse la cuestión civil. Especie de cosa juzgada en cuanto a su efecto dentro de esos límites; o más bien medio de impedir un pronunciamiento contradictorio sobre una misma conducta, dándose prevalecencia al fallo penal para proteger el interés más valioso.

De acuerdo a esto, la absolución penal vinculará al tribunal civil cuando se fundamenta en la inexistencia del hecho o en la no participación del imputado, pero si se fundamenta en que el hecho no constituye delito o media una causa de inimputabilidad o exculpabilidad, será posible la condena civil fundada en la imputación del hecho productor de daño conforme a las leyes civiles.

Ni la doctrina ni la jurisprudencia han llegado a soluciones uniformes sobre el particular. Corresponde citar por su trascendencia el fallo plenario de la Cámara Civil de la Capital registrado en *Jurisprudencia Argentina* 1946-I-803. Los fallos más modernos han conseguido unificar criterios en varios aspectos tanto frente a la condena como a la absolución penal, pero aún quedan algunos dudosos en lo que respecta a la valoración de la culpa y al efecto del sobreseimiento. Dado que estas normas son de orden público, el tribunal puede aplicarlas de oficio.

136. El posible planteamiento de la cuestión civil juntamente con la penal conduce a considerar el problema de la unificación de sede por acumulación de pretensiones. La separación entre el fuero

civil y el penal es de regla en nuestro país. Pero aun cuando un solo tribunal entienda en ambos tipos de causa, la regla suele ser la no acumulación procesal. Entre las excepciones se cuenta la posibilidad de introducir en el proceso penal el tratamiento conjunto de las consecuencias civiles surgidas del mismo hecho imputado penalmente.

Esta posibilidad se limita, por lo tanto, al caso en que la acción penal haya sido promovida y se mantenga pendiente. No se trata, pues, de un simple problema de competencia sino de acumulación procesal que, en su caso, produce unificación de sede. La cuestión civil resulta trasladada a la sede penal porque frente a la imputación delictiva adquiere el carácter de accesoria.

No es correcto afirmar que el artículo 1096 del Código Civil imponga la separación de sedes. Al disponer que la indemnización "sólo puede ser demandada por acción civil independiente de la acción criminal", prohíbe que se confundan ambas pretensiones en el sentido de que la acumulación penal absorba la cuestión civil permitiendo al juez decidir sobre ella sin demanda del particular interesado. Queda excluida toda idea de competencia o de acumulación, que no son problemas de la ley de fondo sino procesales. Es terminante al respecto la nota del Codificador a los artículos 1102 y 1103 del Código Civil. Se impone la naturaleza privada de la pretensión civil aunque se fundamente en un delito penal.

137. Pero los antecedentes del Código Penal de 1921 se orientaron decididamente por la corriente positivista: la sentencia condenatoria ordenará la indemnización del daño (art. 35 del Proyecto de 1906). Sin embargo el artículo 29 actual expresa que "podrá ordenar" esa reparación, cambio que resulta muy significativo.

Cualquiera fuere la intención del legislador de fondo, ese cambio permite obtener el sistema legal en armonía con nuestro ordenamiento jurídico. La "posibilidad" de ordenar la indemnización permite mantener las normas antes citadas del Código Civil y a su vez evitar que con este precepto se altere la garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional. Esa "posibilidad" o facultad para ordenar la indemnización se presenta cuando ha sido demandada en favor del damnificado por el delito, es decir por su titular o en su beneficio.

No obstante la eficacia procesal de esta norma, entendemos que

está bien incluida en el Código de fondo como poder implícito del Congreso para integrar el cuadro normativo de la interrelación de las cuestiones penal y civil cuya base es el mismo hecho. De aquí que sean constitucionales las normas de los códigos procesales que además acuerdan al tribunal la facultad de resolver la cuestión civil demandada aun en caso de absolverse penalmente.

138. Radicada la cuestión civil en sede penal, el poder jurisdiccional amplía su campo de actuación del derecho a las normas privadas de constitución del orden, sin modificarse en su esencia. Pero esta actitud ya no se mantiene en lo que respecta a los poderes de acción y de defensa.

En su esencia el poder de acción es único cualquiera sea la relevancia jurídica del fundamento de la pretensión hecha valer, pero es diverso el titular y la naturaleza del interés cuya protección jurídica se pretende. De aquí que, no obstante la naturaleza pública de la acción, proyectada al daño privado el titular del poder sea el particular damnificado en vez del Estado, y que el ejercicio de la acción sea disponible. Este ejercicio sólo condiciona a la jurisdicción en cuanto a la cuestión civil, no interfiriendo para nada la cuestión penal.

En el proceso penal, el damnificado pretenderá que se condene al imputado o tercero responsable a la reintegración de su patrimonio afectado por el delito. De aquí que la pretensión sea privada aun cuando para algunos códigos la acción pueda ser ejercida por el Ministerio Fiscal (art. 15, Córdoba, y art. 15, Mendoza). Este carácter privado de la pretensión reintegradora patrimonial le da sentido unilateral, por cuanto es parcial el interés cuya tutela jurídica se reclama.

En lo que hace a la defensa frente a la cuestión civil, es poder que tiene el imputado o el tercero demandado en el proceso penal que responde a la garantía constitucional de su inviolabilidad. Pero debe aclararse que este poder también corresponde al actor civil, en cuanto particular que hace valer sus intereses jurídicos en el proceso. En cuanto a los demandados, se manifiesta fundamentalmente a través del ejercicio del poder de excepción, sea en cuanto al mérito o en cuanto al rito.

III. IMPEDIMENTOS AL EJERCICIO DE LOS PODERES

SUMARIO: 139. Principios comunes. A) Ejercicio de la acción por el ofendido. B) La instancia privada. C) Cuestiones prejudiciales. D) Privilegios constitucionales. E) Causas extintivas.

139. Se ha explicado ya la regla de la oficialidad y su derivada regla de la legalidad en el ejercicio de la acción y de la jurisdicción en materia penal. No obstante, suele ocurrir que el orden jurídico sacrifique el interés de justicia para proteger otros intereses cuya afectación con el proceso puede resultar más gravosa. Cuando así ocurre, las normas respectivas prevén impedimentos de actuación para los órganos públicos del proceso. Son normas de realización por su destino y sustantivas por su esencia, aunque muchas veces atrapan conductas o circunstancias relevantes desde el punto de vista procesal.

No deben confundirse estos impedimentos con la irregularidad procesal. Sin embargo, su inobservancia producirá nulidad de lo actuado (invalidez) precisamente por haberse actuado sin poder perseguir o decidir. La observancia de estas normas es imperativa para el acusador y el tribunal. Éste puede actuarlas de oficio o a instancia del acusador o de la defensa.

Las normas que prevén estos impedimentos y sus efectos están en distintos cuerpos legales, o sea también en normas no penales. Tienen base constitucional las relativas al desafuero o destitución de autoridades públicas con efecto paralizante del proceso en su inicio. Las cuestiones prejudiciales se encuentran en el Código Civil. Los demás impedimentos están previstos fundamentalmente en el Código Penal, salvo algunos casos contemplados en leyes procesales penales.

Estas leyes procesales reglamentan a su vez el procedimiento á seguir para que las normas impeditivas sean aplicadas cuando se presente la causal. Pero no deben incluirse aquí las referidas a paralización del proceso por locura o rebeldía del imputado, o a su agotamiento como la absolución firme o la condena cumplida. La paralización que producen las primeras se debe a la imposible intervención del imputado, y la jurisdicción se mantiene activa para controlar el estado de incapacidad o para capturar al rebelde. La cosa juzgada impide, ciertamente, el inicio del proceso, pero no por ser un impedimento a su desarrollo

sino porque ya se desarrolló plenamente, siendo la más clara manifestación del *non bis in idem*.

A) *Ejercicio de la acción por el ofendido*

SUMARIO: 140. Casos que comprende. 141. Limitaciones. 142. Impedimentos secundarios.

140. La regla es que la acción penal sea ejercida por el Ministerio Fiscal (órgano del Estado), sin perjuicio de que pueda promoverla también la Policía y de que el ofendido intervenga como querellante conjunto. Por excepción, en los casos previstos por el artículo 73 del Código Penal los órganos públicos no pueden ni promover ni ejercitar la acción. El poder es del Estado pero su ejercicio se atribuye exclusivamente al particular ofendido, o a sus representantes o herederos en algunos casos.

El Código Penal llama "acciones privadas" a las pretensiones "que nacen" de los delitos de calumnias e injurias, violación de secretos (salvo arts. 154 y 157), concurrencia desleal del artículo 159, e incumplimiento de los deberes de asistencia familiar al cónyuge. Son las pretensiones penales por las que no "deberá iniciarse de oficio" la persecución conforme al inciso 2º del artículo 71 del Código Penal.

No puede iniciarse ni proseguirse de oficio el ejercicio de la acción penal en estos casos como surge con claridad de los artículos 75 y 76 del Código Penal. Quien la ejerza debe constituirse en querellante exclusivo, vale decir con exclusión del órgano público de la acusación.

El interés individual subordina la realización jurídico-penal. Ésta queda condicionada a la pretensión penal del ofendido, quien puede disponer de ella no ejerciendo la acción o abandonando su ejercicio, y aun perdonando al condenado. Tanto este perdón como la renuncia son causales extintivas de la persecución penal.

141. Este poder dispositivo del ofendido sufre, sin embargo, algunas limitaciones cuya extensión ha sido discutible en ciertos casos, principalmente cuando se ha planteado el problema conocido en doctrina por indivisibilidad de la acción. Nosotros pensamos que se trata de resolver si la pretensión penal privada dirigida contra un supuesto partícipe

es o no extensible a los demás, y nos decidimos por la solución negativa por ser la que respeta la garantía del juicio previo constitucional.

Esa extensibilidad no puede ser regida por normas procesales por ser cuestión de fondo, y la ley penal no la prevé sino para un caso excepcional: el perdón del ofendido en favor de un partícipe favorecerá a los demás. La extensibilidad tiene significación liberatoria de una condena ya impuesta (art. 69, apartado segundo).

Otra limitación consiste en la prohibición de ceder el concreto poder de ejercicio de la acción o de transigir con el culpable o imputado. La extinción no puede tener por causa una compensación económica.

Pensamos que el régimen de ejercicio privado de la acción penal debe tener otras características en el derecho argentino. Una vez promovida la acción, su ejercicio no puede quedar supeditado a la exclusiva voluntad del ofendido. Tanto la lógica como la práctica exigen que la acción penal sea ejercida en todo caso por órganos del Estado, aunque su promoción se condicione al interés del ofendido en ciertas hipótesis, y sin perjuicio de que a éste se le permita intervenir conjuntamente. No se justifica desdoblar al titular de la pretensión penal y no es práctico mantener un reducto que permite la actuación egoísta y vengativa. Sin perjuicio de la retractación, en los casos previstos podría autorizarse el cese de la persecución por vía conciliatoria y con acuerdo fundado del acusador público. Véase la solución intermedia resultante de los dos últimos apartados que agregó al artículo 75 del Código Penal la ley 21.228: caso en que la acción, no obstante ser promovida privadamente (por orden de un superior o el titular de la máxima jerarquía), debe proseguir de oficio.

142. Como impedimentos de segundo grado se advierten para algunos de estos casos otras limitaciones. Así ocurría con el adulterio (ahora derogado) y con las calumnias e injurias.

La retractación está prevista como eximente de pena en caso de calumnias e injurias (art. 117, Cód. Pen.). Es una aceptación de la pretensión con promesa de reparar la ofensa seguida de su cumplimiento. Con ello queda reintegrado sin sentencia el orden jurídico, lo que implica un impedimento de la decisión sobre el fondo porque el concreto poder penal se extingue sin agotarse.

Con fundamento en el derecho sustantivo, los códigos procesales penales prevén también la reconciliación judicial, algunos sólo para la calumnia o injuria (art. 591, Cód. Nac.) y otros sin distinción de delitos. Implica el consentimiento del querellante y querellado, por lo cual sus efectos son equiparables a la renuncia.

B) *La instancia privada*

SUMARIO: 143. Casos y modos. 144. Extensión del impedimento. 145. Naturaleza y alcance. 146. Efecto extensivo. 147. Eficacia temporal de las normas respectivas.

143. En cierto tipo de delitos la ley penal (art. 72) impide a los órganos del Estado iniciar la persecución tendiente a promover la acción penal si no se insta esa persecución por el particular a quien se le acuerda esa atribución: el ofendido o sus representantes legales o guardador. Es otra excepción a la regla de la oficiosidad del artículo 71 del Código Penal y se limita a los delitos de violación, estupro, rapto y abuso deshonesto, siempre que no resultare la muerte de la víctima o lesiones gravísimas; lesiones leves si no mediaren razones de seguridad o interés público; violación de domicilio; insolvencia fraudulenta; pero en todos los casos se excluye la instancia privada cuando el delito se cometiere contra un menor o incapaz que no tenga representante, que esté abandonado o que entre él y su representante haya intereses contrapuestos.

Sin esa instancia no puede perseguirse; pero una vez producida, la promoción y ejercicio de la acción queda libre del obstáculo, rigiendo el principio de legalidad e irrefragabilidad.

El Código Penal prevé como modos de instar la "acusación o denuncia". Esta norma, al igual que el último párrafo del artículo 75, presenta dificultades frente a los códigos procesales que han suprimido el querellante particular, ya que la "acusación" implica la iniciación de la instrucción por querrela del particular. Entendemos que el Código Penal no establece esos medios, a opción del instante, ni impone uno u otro o ambos a opción del codificador procesal. Solamente los menciona a modo de ejemplo y por ser los que preveían todos los códigos

de la época en que se sancionó el penal. Éste es el alcance sustancial que debe darse a la norma, ya que los otros excederían los límites del legislador de fondo.

La denuncia o la querella cumplen la finalidad de la ley. Pero podrían cumplirla también otros actos del titular del poder siempre que sustancialmente impliquen instar.

144. Objetivamente, la instancia privada es un presupuesto para la formación de causa penal, o sea para que se realicen trámites persecutorios, ya de oficio por el tribunal, ya por el Ministerio Fiscal o la Policía tendientes a promover la acción. Pero no se prohíbe todo el trámite en forma absoluta. Es posible que la autoridad o funcionario practique medidas urgentes tendientes a que el titular del poder esté en condiciones de determinarse entre instar o no en oportunidad eficaz.

No se trata de autorizar una investigación del hecho sino de evitar la burla a la justicia al tener que cruzarse de brazos frente al delito contemplando cómo desaparecen delincuentes y pruebas, quizás dudando si el hecho está captado por el artículo 72 del Código Penal. Con criterio procesal menos riguroso, pero sin alterar el carácter dispositivo de la instancia, se acepta que el preventor pueda realizar actos que sólo impliquen asegurar determinados elementos durante un plazo prudencial, ante la posibilidad de que la instancia se produzca sin demora o de que corresponda proceder de oficio. Piénsese en el agraviado incapaz que podría carecer de representante o guardador o estar abandonado, o en la existencia de intereses contrapuestos.

Los límites a esta actuación prevencional deben obtenerse en atención a los fines de la ley de fondo. Se justificarán mientras no se destruya esa finalidad: evitar el *strepitu fori* o el exceso de causas en trámite. La legislación procesal del país está abriéndose paso en este sentido: La Pampa (art. 269), Córdoba (art. 287), en cuanto a la posibilidad de aprehender.

145. Se ha dicho ya que la instancia privada es una atribución facultativa del agraviado, representante o guardador. Es un poder material cuya eficacia se proyecta directamente en el proceso. De aquí que su normación sea realizadora y que su ejercicio esté regulado por normas procesales.

Dado que la omisión de su ejercicio determina la imposibilidad de perseguir penalmente de oficio, resulta impedida también la posible aplicación de pena, y en atención a que la instancia corresponde al particular, tiene carácter dispositivo. Pero como se agota con el solo acto de instar, su efecto positivo ya no puede ser eliminado o detenido.

Esto nos demuestra que la instancia privada es un presupuesto para el ejercicio válido de la acción y la jurisdicción, y en cuanto a esta última tanto para tramitar el proceso como para condenar o absolver. La prohibición de formar causa sin la instancia indica claramente que funciona como condición de procedibilidad. No se prohíbe expresamente condenar o aplicar pena, aunque indirectamente así resulte ante la imposibilidad de proceder válidamente. Pero esto es conclusión de la garantía del juicio previo constitucional.

Entre nosotros la instancia no tiene plazo de caducidad y, como se ha dicho, no es procedente la remisión.

Supongamos que se inicia un proceso sin dar cumplimiento al requisito de la instancia. Avanzado el trámite, el ofendido ratifica todo lo actuado. Son opuestas las opiniones en cuanto a si con esa ratificación se convalidan o no las actuaciones cumplidas. Mucha jurisprudencia es afirmativa, con lo que se evita el retroceso procesal, pero pareciera que la solución lógica debe contemplar otros aspectos.

Lo ortodoxo sería anular todo lo actuado al advertirse la falta del presupuesto; pero dado que la ley quiere dar solución a un problema de política criminal en favor del interés del ofendido o de mejor justicia y que sólo indirectamente beneficia al imputado, concluimos que la ratificación debe producir efectos positivos si antes no se planteó la cuestión llamada de "falta de acción", y siempre que se hubiere procedido ante una declaración de voluntad que reunía las características de la instancia o con fundamento para creer que el hecho no la exigía, vale decir no arbitrariamente. Si el imputado plantea antes la cuestión, deberá proveerse a la sustanciación del incidente con las consecuencias previstas en la ley procesal. Del mismo modo habría que concluir si la cuestión la plantea el Ministerio Fiscal.

146. Lo cierto es que la jurisdicción debe considerarse válidamente ejercitada, y por ello también válidamente instada y promovida la acción, cuando de una manera natural, razonablemente aparezcan

dadas las condiciones legales para su ejercicio. Si al respecto hubiere duda, corresponderá que se ejercite.

Pero la producción de la instancia libera el ejercicio de la acción solamente con respecto al hecho denunciado o contenido en la querella, aunque con efecto extensivo hacia todos los posibles partícipes. Esto no presenta dificultades durante el período instructorio ni tampoco durante el juicio. Si la instancia se produjo por denuncia, corresponderá seguir el mismo régimen de la acción cuyo ejercicio quedó liberado con respecto al hecho por el cual se instó, y si se procede por querella, el instructor y el acusador podrán extender los actos imputativos a otros partícipes no indicados en ella. Por cierto que durante el juicio no es posible extender la imputación a otras personas distintas de las que hayan sido acusadas.

El Código Penal carece de previsión al respecto pero ello no es obstáculo para obtener una solución correcta. Los códigos procesales penales modernos expresan que "la instancia privada se extiende de derecho a todos los partícipes del delito", pero ello significa la inclusión en una ley procesal de un principio que es de derecho sustantivo.

Esto significa que el instante sólo dispone del hecho. Una vez que lo ha denunciado, la persecución queda liberada contra cualquiera que resultare sospechoso de participación en ese hecho. Se advierte que aquí no está afectada la prohibición de proceder de oficio porque la sentencia quedará siempre condicionada al ámbito de la acusación.

147. Un último problema que ha sido objeto de abundante y variable jurisprudencia con ocasión de la reforma de 1968 (después dejada sin efecto y restituida nuevamente), es el que se refiere a la eficacia temporal de la norma que prevé la instancia privada. La cuestión es doble, por cuanto debe tenerse en cuenta:

- 1º) Que la nueva ley elimine un delito de los comprendidos en el régimen de la instancia privada, para llevarlo a la regla;
- 2º) que en el régimen de la instancia privada se incluya un nuevo delito que antes era perseguible de oficio.

Para el caso de supresión, rige la regla de irretroactividad de la ley. En su mérito, si un proceso se inició erróneamente de oficio en vigencia de la ley anterior, deberá anularse lo actuado aunque la ley posterior

elimine el requisito de la instancia. La ley posterior es más grave para el imputado, aunque no sea la que determine el castigo, porque impone la persecución de oficio que la anterior la prohibía.

En el caso de inclusión de otro delito cometido durante la vigencia de la ley anterior, para unos corresponde dar una solución procesalística coincidente con el sentido de la norma sustantiva y no de la procesal. En realidad no se trata de un problema de aplicación de la ley más benigna que impondría anular lo actuado ante la imposibilidad de punir. Es necesario establecer si el obstáculo a la promoción de la acción aún no regía o ya regía cuando se cumplió el acto promotor; si no regía, el proceso se inició regularmente, y en él no influye la ley posterior; si ya regía, no podrá ejercerse de oficio la acción.

En consecuencia, pensamos que ese criterio procesalístico evidentemente tiene relevancia decisiva para la eficacia de los actos cumplidos, pero encuentra su límite en la imposibilidad de llegar a una condena sin instancia privada cuando la nueva ley la exige antes de quedar firme la sentencia. En efecto, la exigencia de esta instancia frente a la pena implica favorecer al imputado por una norma sustantiva conforme a la cual, aun iniciado correctamente el proceso por una ley anterior, una vez impuesta la instancia por la nueva ley ya no puede continuar válidamente, correspondiendo su archivo con los efectos procesales del caso.

C) ~~Cuestiones prejudiciales~~

SUMARIO: 148. Naturaleza y efectos. 149. Funcionamiento. 150. Normas procesales. 151. Prejudicialidad penal.

148. Existen otros impedimentos legales que obstaculizan el ejercicio de los poderes de acción y de jurisdicción pero que no se vinculan con la voluntad del ofendido. Entre ellos analizaremos primero los que se conocen como "cuestiones prejudiciales". En nuestro derecho vigente se encuentran previstas por la ley sustantiva, porque son de carácter realizador con eficacia procesal.

Para el proceso penal es cuestión prejudicial la expresamente prevista en la ley con la exigencia de que sea resuelta por el juez no penal, y cuya decisión causa estado con respecto a la existencia o inexistencia

del elemento del delito al cual se refiere. Debe tratarse del delito y no de una circunstancia de él, como podría ser la calificación del homicidio: uxoricidio.

Su planteamiento tiene como efecto inmediato suspender o detener la actividad procesal ya iniciada, no la de impedir el proceso. La paralización del proceso es total y durará hasta que se obtenga la decisión del órgano judicial extrapenal. A los fines de esa decisión, este órgano asume en forma excepcional e indirecta la realización jurídica penal ante la firmeza de su conclusión sobre un elemento del delito.

La única cuestión prejudicial que subsiste en nuestro Código Civil es la referente a la declaración de nulidad o validez de los matrimonios (art. 1104, inc. 1º, Cód. Civ.). Se proyecta al delito de bigamia con respecto al cual, para que pueda continuarse el ejercicio de la acción hasta obtener fallo penal, una vez admitido el planteamiento debe esperarse la resolución del juez civil sobre la nulidad o validez de uno de los matrimonios.

149. Lo que no se puede es condenar. Luego es posible sobreseer o absolver si hubiere causal para ello. Si el juez civil declara válido el matrimonio cuestionado, el penal podrá aún absolver pero no fundado en la nulidad; si el civil lo declaró nulo, el penal ya no podrá condenar por ausencia de un elemento integrante del delito.

Aun cuando se vinculan con la nulidad o validez del matrimonio, no son prejudiciales las cuestiones en que la calidad de cónyuge es agravante (art. 80, inc. 1º, Cód. Pen.) porque de dicha declaración de nulidad no depende la existencia del delito sino tan sólo la de la circunstancia agravante.

A esa única cuestión está limitada la prejudicialidad civil en nuestro régimen legal porque el inciso 2º del artículo 1104 del Código Civil fue derogado por ley 11.719 (art. 178), norma ratificada y aclarada por la ley 19.551 (art. 242). La razón de la ley es la defensa de la organización familiar que se confía al juez en cuanto encargado de evitar la disolución del matrimonio sin causa legal. La autoridad de cosa juzgada del fallo civil se justifica para evitar pronunciamientos contradictorios en esta materia de interés público.

Por otra parte, el Ministerio Fiscal debe intervenir necesariamente

en el juicio de nulidad. Aún más; los códigos procesales son expresos en facultarlo a promover y proseguir el juicio civil que fuere necesario, con citación de todos los interesados.

150. Según los códigos procesales, la cuestión debe plantearse por vía de excepción, ya que se trataría de uno de los casos considerados como de "falta de acción": no pudiendo proseguir. En realidad se trata de una articulación dilatoria propia del poder de excepcionar que tiende a demorar el proceso hasta obtener el pronunciamiento que se espera favorable a la nulidad del matrimonio y por ello a la absolución. Puede ser suplido de oficio cuando se advierte la posibilidad de un pronunciamiento anulatorio. También puede indicarla el acusador.

Las cuestiones prejudiciales están previstas en todos los códigos procesales del país pero se advierte una dualidad de criterios. Esta dualidad tiene su razón de ser en la posición adoptada con respecto al cuerpo legal que debe contener la prejudicialidad civil.

151. La conexión de causas tiene como efecto fundamental la acumulación de los procesos para unificar el procedimiento. Así ocurrirá cuando se hubiere cometido un delito para perpetrar o facilitar la comisión de otro o para procurar al culpable el provecho o la impunidad: encubrimiento, falsificación para defraudar. Pero en nuestro sistema no se hace posible la acumulación cuando se extralimita el ámbito de un órgano jurisdiccional, vale decir cuando para cada hecho sea competente un tribunal de distinto ordenamiento judicial: federal o provincial; de una y de otra provincia. A estos casos se limita, en general, la norma que nos ocupa.

El efecto de la prejudicialidad es la suspensión del ejercicio de la acción una vez concluida la etapa instructoria hasta que en el otro proceso recaiga sentencia firme. Se advierte que este sistema no coincide con las reglas sobre prioridad de juzgamiento, por lo cual se hace necesario reglamentar los efectos de estas situaciones más orgánicamente, siendo lógico que se haga por una ley federal. Por otra parte, no creemos que en nuestro derecho se dé propiamente una prejudicialidad. El encubrimiento o la defraudación pueden ser resueltos valorando el tribunal las pruebas del delito encubierto o de la falsificación, sin perjuicio de que después proceda revisión en caso de condena.

D) *Privilegios constitucionales*

SUMARIO: 152. Antejudio. 153. La legislación procesal. 154. Miembros del Poder Legislativo. 155. Autoridades de los otros poderes.

152. El regular funcionamiento de los poderes del Estado representa un interés político institucional que puede estar en pugna con el interés de justicia. Cuando aquél deba prevalecer, la satisfacción del segundo experimentará paralización o demora. Así ocurre con los privilegios que tienen determinadas autoridades públicas en miras al resguardo de la función. Esos privilegios o inmunidades están previstos en las propias Constituciones. Se trata tanto de las autoridades nacionales como de las provinciales, las primeras con extensión en todo el territorio de la Nación.

Surgido el privilegio del imputado, la actividad persecutoria debe paralizarse mientras se realiza el antejudio. Éste es un procedimiento constitucionalmente regulado y a cargo de órganos extraños a los judiciales o con parcial intervención de sus altos miembros (jury), que deben resolver sobre si se despoja o no al imputado de la autoridad que inviste. El órgano es político y supremo. Si desafuera o destituye queda expedito el proceso judicial. De lo contrario, habrá que esperar el decaimiento del privilegio por otra causa. No es de aplicación el *non bis in idem*.

La razón de ser del antejudio impide que la persecución penal trascienda más allá del límite impuesto por el respeto al privilegio. La ley procesal no puede permitir el procesamiento ni actos de investigación que impliquen abrir el proceso jurisdiccional, sea el juicio o la instrucción.

153. Varios códigos antiguos traían normas sobre el efecto de estos privilegios, pero son más sistemáticos y claros los modernos, aunque merezcan alguna observación. Todos sientan el principio de la necesidad del antejudio conforme lo prevén las respectivas Constituciones y determinan las condiciones y límites de la actividad judicial una vez presentado el obstáculo. Permiten la promoción de la acción: requerimiento de instrucción o querella y una información sumaria que no vulnere el privilegio. Esa información tiene como único alcance

determinar si hay mérito suficiente para un procesamiento, dando cuenta de la detención que hubiere el cuerpo respectivo.

Si existiere mérito, se remitirá lo actuado al Cuerpo legislativo, Jurado de Enjuiciamiento, Superior Tribunal o Consejo de la Magistratura, y sólo podrá indagarse y procesarse al imputado cuando se produce el desafuero o la destitución. Si el mérito fuere negativo o no se produce el desafuero o destitución, dictará auto de archivo fundado en que no se puede proceder.

El proceso no debe detenerse con respecto a coimputados no amparados por el privilegio. Esto es así por la subjetividad e inextensibilidad del privilegio, que no considera el hecho sino la autoridad que inviste el imputado (personalidad). Esto lleva a la separación de las causas en el nacimiento mismo del proceso para evitar retardos injustificados.

154. Los miembros del Congreso o Legislatura no pueden ser acusados, interrogados judicialmente ni molestados por opiniones o discursos emitidos en el desempeño de su mandato legislativo (art. 68, Const. Nac.). Es una inmunidad que sustancialmente excluye la pena (norma constitutiva). Pero la garantía constitucional es más amplia por cuanto impide todo procedimiento (norma realizadora). Si la inmunidad se advierte durante el proceso, corresponde anular lo actuado y archivar porque no se pudo proceder.

El privilegio del legislador, en cambio, es relativo. Impide que el Poder Judicial afecte física o moralmente al cuerpo legislativo a través de sus integrantes mientras forman parte de él. La Constitución permite que "se formule querella" contra el legislador o sea que se promueva la acción penal, ante la "justicia ordinaria", o sea ante el órgano jurisdiccional. Esto implica que el obstáculo opera ante una excitación jurisdiccional válida cuyo ejercicio en sentido inculpativo queda impedido mientras no haya desafuero.

El privilegio es obstáculo al comienzo del proceso y no al juzgamiento aunque la letra de la Constitución diga esto último. El sumario a que se refiere la Constitución no es jurisdiccional sino el que forma la propia Cámara del desafuero (en contra, C. S. J. N., *Fallos*: 135:250; 155:360). Extensivamente podría comprender la información sumarial para determinar si corresponde que la Cámara trate el desafuero. Ju-

dicialmente no se puede incriminar sin desafuero, pero se ha sostenido que sí se puede sobreseer (C. C. C., t. I, p. 317, y J. A. 11-677).

El desafuero elimina el privilegio, el que también desaparece cuando el legislador cesa en el mandato. Lo primero está expreso en la Constitución; lo segundo, surge del fundamento del privilegio: desaparece la autoridad, al dejar de ser diputado o senador. Podrá ser procesado aunque hubiera cometido el hecho mientras fue legislador. De aquí que esta cesación en el cargo sea una verdadera condición de procedibilidad.

El privilegio de los miembros del Congreso debe ser respetado por cualquier tribunal de la República. Con respecto a los legisladores provinciales, rige dentro de la respectiva provincia, aun para los tribunales federales: Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 119:291. Esos límites no pueden sobrepasarse de la respectiva provincia, porque quedaría afectada la autonomía provincial por la Constitución de otro Estado provincial. No obstante ello, nada impide la celebración de tratados interprovinciales dirigidos a la defensa recíproca de sus instituciones.

155. También tienen privilegio constitucional las autoridades que encabezan los Poderes Ejecutivo y Judicial de la Nación y de cada provincia. Se custodia el normal funcionamiento de estos poderes, impidiendo el proceso cuando se impute al presidente y vicepresidente, gobernadores o vicegobernadores, ministros o jueces. A todos se los suele incluir en la expresión "magistrados".

El obstáculo se salva, ya no con la suspensión sino con la destitución mediante juicio político o jury de enjuiciamiento para jueces. Se trata de un verdadero antejuicio.

Instado el proceso, la justicia penal sólo podrá iniciarlo jurisdiccionalmente si el magistrado es destituido por el Senado (o Cámara única o Consejo de la Magistratura) o por el jury. No basta con que se ejerza la autoridad para que se desenvuelva válidamente el proceso penal; el imputado debe cesar como magistrado: destitución. No es indispensable que la destitución sea motivada en el delito de que se trata, podría serlo por otras razones.

Sin la destitución no se puede condenar ni acusar al magistrado pero constitucionalmente tampoco se lo puede "enjuiciar", y esto es más claro en cuanto prohíbe perseguir en juicio penal. En lo demás,

el régimen es el mismo que para los legisladores. La destitución del magistrado viene a ser una condición de procedibilidad.

E) *Causas extintivas*

SUMARIO: 156. Enumeración. 157. Oportunidad. 158. Efectos.

156. Las causas extintivas de la persecución penal están contenidas en normas sustantivas. El Código Penal concentra varias en un capítulo de la Parte General como extinción de la acción y de la pena y contiene otras en normas aisladas. Nos hemos ocupado ya de la renuncia y el perdón en los delitos perseguibles por acción de ejercicio privado. Su efecto es impedir o interrumpir definitivamente la persecución penal. Pueden consistir en hechos naturales como la muerte o en el transcurso del tiempo (prescripción) o en actos de realización oficial directa (amnistía e indulto) o en determinadas conductas (casamiento con la víctima, oblación de la multa).

Advertida la causal antes del proceso, la acción no podrá promoverse. Si se advirtió u ocurrió después, se actuará desincriminadoramente para truncar el proceso, ya en su fase de conocimiento, ya en la de ejecución, todo con respecto al favorecido con la causal. Se habla de extinción de la acción cuando no hay sentencia firme y de extinción de la pena cuando hay condena.

La extinción elimina el contenido del proceso en cuanto poder que tiende a la punición; su objeto ya no es el tema inicial a decidir sino el referido a la causal que aparece como existente. Ha desaparecido la cuestión de fondo o mérito que concretó el poder de acción para perseguir penalmente, por lo cual no podrá ni condenarse ni absolverse, ni darse la pena por cumplida. Sólo procede la desestimación, el sobreseimiento o la inmediata liberación del condenado.

157. Cuando la causal se advierte en oportunidad de promover la acción, el Agente Fiscal deberá requerir la desestimación de la denuncia, y en su caso el instructor deberá desestimar o archivar la instancia. Así debe ser aunque esas decisiones no sean definitivas en cuanto al fondo: ausencia del *non bis in idem*. Advertida durante el trámite de la instrucción, se evitará la elevación a juicio mediante el sobreseimiento; si

lo fue en los actos preliminares del juicio, se evitará el debate, dictándose también el sobreseimiento, y si ya se ha entrado al debate o momento decisorio, se tratará en la sentencia como cuestión previa a la de fondo. Esto último ocurrirá también en la etapa impugnativa.

En cuanto a la extinción de la pena por las causales de fondo, sólo puede ocurrir una vez que ésta ha sido impuesta en firme, y se resuelve por vía de incidente de ejecución. Su producción puede ocurrir antes o durante el cumplimiento de la pena. No puede indultarse a quien aún no ha sido condenado en firme, pues ello importaría autorizar a que el Poder Ejecutivo interfiriera en concreto la función jurisdiccional penal (S. C. J. de Tucumán, VI-1958, J. A. 1959-V-550).

158. Las normas que prevén estas causales extintivas son sustantivas de realización y producen necesariamente efectos procesales. Estos efectos son los que deciden su tratamiento en esta oportunidad. Son de realización en sentido negativo por cuanto impiden o detienen el ejercicio de los poderes de acción y de jurisdicción. No es que impidan o trunquen el desenvolvimiento del proceso penal; lo que se extingue es el poder de ejercitar inculminadoramente la acción penal y la jurisdicción, vale decir la persecución penal. No se trata, pues, de la extinción del delito o de la pretensión punitiva, porque la posibilidad delictual subsiste no obstante la comprobación de la causal extintiva; ese estado de hecho afirmado es inextinguible como tal y el proceso tiende a decidirlo afirmativa o negativamente; la causal extintiva impide que se decida, que se haga valer una pretensión para que se decida sobre el fondo. Luego, no se extingue ni el delito ni esa pretensión sino el poder de decidir sobre el delito.

Los efectos procesales de estas causales extintivas nos permiten clasificarlas para una mejor sistematización. Por su extensión las distinguimos en absolutas o relativas, según que el sobreseimiento cierre el proceso o que éste quede abierto por no comprender algún delito o alguno de los imputados. Mirada la extinción frente a la unidad de hecho, en cuanto a la coparticipación serían absolutas la amnistía, el perdón del ofendido y el casamiento con la víctima de delito contra la honestidad; se trata del efecto extensivo que estas causales producen. Son relativas, en cambio, la muerte del imputado, la renuncia del agraviado, la oblación voluntaria de la multa, el indulto y la prescripción.

APÉNDICE DE LEGISLACIÓN

I. LOS PODERES EN PARTICULAR. POTESTAD JURISDICCIONAL EN LO PENAL. PROHIBICIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE OFICIO

Nación, 195; Córdoba, 204; Mendoza, 206; La Pampa, 175; Salta, 191; Corrientes, 203; Entre Ríos, 203; Río Negro, 187; Neuquén, 178; Chubut, 173; La Rioja, 206; Chaco, 189; Catamarca, 172; Misiones, 187 y 188; Santa Cruz, 187.

PODER DE ACCIÓN PENAL. IRREFRAGABILIDAD DE LA ACCIÓN

Nación, 5º; Buenos Aires, 6º; Córdoba, 5º; Córdoba (ley 8123), 5º; Mendoza, 6º; La Pampa, 6º; Salta, 6º; Jujuy, 4º; Corrientes, 5º; Entre Ríos, 6º; Río Negro, 6º; Neuquén, 6º; Chubut, 12; La Rioja, 9º; Chaco, 6º; Catamarca, 5º; Santiago del Estero, 7º; Misiones, 6º; Tucumán, 5º; Santa Cruz, 6º.

PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD

Nación, 5º; Buenos Aires, 6º; Córdoba, 5º; Córdoba (ley 8123), 5º; Mendoza, 6º; La Pampa, 6º; Salta, 6º; Jujuy, 4º; Corrientes, 5º; Entre Ríos, 6º; Río Negro, 6º; Neuquén, 6º; Chubut, 12; La Rioja, 9º; Chaco, 6º; Catamarca, 5º; Santiago del Estero, 7º; Misiones, 6º; Tucumán, 5º; Santa Cruz, 6º.

ACCIÓN DEPENDIENTE DE INSTANCIA PRIVADA

Nación, 6º; Buenos Aires, 7º; Córdoba, 6º; Córdoba (ley 8123), 6º; Mendoza, 7º; La Pampa, 7º; Salta, 7º; Jujuy, 5º; Corrientes, 6º; Entre

Ríos, 7º; Río Negro, 7º; Neuquén, 7º; Chubut, 12; La Rioja, 11; Chaco, 7º; Catamarca, 6º; Santiago del Estero, 8º; Tucumán, 6º; Misiones, 7º; Santa Cruz, 7º.

QUERELLANTE EXCLUSIVO

Nación, 7º; Buenos Aires, 8º; Córdoba, 7º; Córdoba (ley 8123), 8º; Mendoza, 8º; La Pampa, 8º; Salta, 8º; Jujuy, 6º; Corrientes, 7º; Entre Ríos, 8º; Río Negro, 8º; Neuquén, 8º; Chubut, 12; La Rioja, 12; Chaco, 8º; Catamarca, 7º; Santiago del Estero, 9º; Tucumán, 8º; Misiones, 8º; Santa Cruz, 8º.

PODER DE EXCEPCIÓN PENAL. EL IMPUTADO COMO TITULAR DE LA DEFENSA DESDE EL PRIMER ACTO DIRIGIDO EN SU CONTRA

Nación, 72; Buenos Aires, 60; Córdoba, 72; Córdoba (ley 8123), 80; Mendoza, 68; La Pampa, 62; Salta, 71; Corrientes, 70; Entre Ríos, 69; Río Negro, 63; Neuquén, 63; Chubut, 65; La Rioja, 65; Chaco, 65; Catamarca, 48; Santiago del Estero, 38; Tucumán, 80; Misiones, 63; Santa Cruz, 65.

II. PODERES FRENTE A LA CUESTIÓN CIVIL. EJERCICIO DE LA ACCIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL

Nación, 14; Buenos Aires, 12; Córdoba, 14; Córdoba (ley 8123), 24; Mendoza, 14; Salta, 14; Jujuy, 12; Corrientes, 14; Entre Ríos, 15; Río Negro, 15; Neuquén, 15; Chubut, 17; La Rioja, 19; Chaco, 16; Catamarca, 9º; Santiago del Estero, 10; Misiones, 15; Tucumán, 24; Santa Cruz, 15.

EJERCICIO DE LA ACCIÓN CIVIL POR EL MINISTERIO FISCAL

Nación, 15; Buenos Aires, 13; Mendoza, 15; Salta, 15; Río Negro, 16; Neuquén, 16; Chubut, 17; La Rioja, 20; Chaco, 17; Catamarca, 12 y 13; Santiago del Estero, 11; Santa Cruz, 16.

OPORTUNIDAD PARA EJERCER LA ACCIÓN CIVIL

Nación, 16; Buenos Aires, 14; Córdoba, 16; Córdoba (ley 8123), 26; Mendoza, 16; Salta, 16; Corrientes, 16; Entre Ríos, 17; Río Negro, 17; Neuquén, 18; Chubut, 18; La Rioja, 22; Chaco, 19; Catamarca, 10 y 11; Santiago del Estero, 12; Tucumán, 26; Misiones, 17; Santa Cruz, 17.

EJERCICIO POSTERIOR

Nación, 17; Córdoba, 17; Córdoba (ley 8123), 27; Mendoza, 17; Salta, 17; Jujuy, 13; Corrientes, 17; Entre Ríos, 18; Río Negro, 18; Neuquén, 18; Chubut, 19; La Rioja, 23; Chaco, 20; Catamarca, 11; Tucumán, 27; Misiones, 18; Santa Cruz, 18.

III. IMPEDIMENTOS AL EJERCICIO DE LOS PODERES.

LA INSTANCIA PRIVADA SE EXTIENDE DE DERECHO A TODOS LOS PARTÍCIPES DEL DELITO

Nación, 6º; Buenos Aires, 7º; Córdoba, 6º; Córdoba (ley 8123), 6º; Mendoza, 7º; La Pampa, 7º; Salta, 7º; Jujuy, 5º; Corrientes, 6º; Entre Ríos, 7º; Río Negro, 7º; Neuquén, 7º; Chubut, 12; La Rioja, 11; Chaco, 7º; Catamarca, 6º; Santiago del Estero, 8º; Tucumán, 6º; Misiones, 7º; Santa Cruz, 7º.

CUESTIONES PREJUDICIALES. PREJUDICIALIDAD CIVIL

Nación, 10; Buenos Aires, 11; Córdoba, 9º; Córdoba (ley 8123), 9º; Mendoza, 11; La Pampa, 11; Salta, 11; Jujuy, 8º y 9º; Corrientes, 9º; Entre Ríos, 11; Río Negro, 11; Neuquén, 11; Chubut, 14; La Rioja, 15; Chaco, 11; Catamarca, 8º; Santiago del Estero, 15; Tucumán, 9º; Misiones, 11; Santa Cruz, 11.

SÓLO CONDICIONAN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN

Nación, 9º; Buenos Aires, 10; Córdoba, 10; Mendoza, 10; La Pampa, 10; Salta, 10; Jujuy, 7º; Corrientes, 10; Entre Ríos, 10; Río Negro, 10;

Neuquén, 10; La Rioja, 14; Chaco, 10; Catamarca, 89; Santiago del Estero, 14; Misiones, 10; Santa Cruz, 10.

EFFECTOS DE LA SUSPENSIÓN

Nación, 13; Buenos Aires, 11; Córdoba, 12; Córdoba (ley 8123), 12; Mendoza, 13; La Pampa, 14; Salta, 13; Corrientes, 13; Entre Ríos, 14; Río Negro, 14; Neuquén, 14; Chubut, 16; La Rioja, 17 y 18; Chaco, 15; Santiago del Estero, 17; Tucumán, 12; Misiones, 14; Santa Cruz, 14.

JUICIO CIVIL NECESARIO

Nación, 12; Córdoba, 13; Córdoba (ley 8123), 13; Mendoza, 12; La Pampa, 13; Salta, 12; Corrientes, 12; Entre Ríos, 13; Río Negro, 13; Neuquén, 13; Chubut, 15; La Rioja, 16; Chaco, 14; Santiago del Estero, 16; Tucumán, 13; Misiones, 13; Santa Cruz, 13.

PRIVILEGIOS CONSTITUCIONALES

Nación, 8º; Buenos Aires, 9º; Córdoba, 8º; Mendoza, 9º; La Pampa, 9º; Salta, 9º; Corrientes, 8º; Entre Ríos, 9º; Río Negro, 9º; Neuquén, 9º; Chubut, 13; La Rioja, 13; Chaco, 9º; Catamarca, 8º; Santiago del Estero, 13; Misiones, 9º; Santa Cruz, 9º.

APÉNDICE DE JURISPRUDENCIA

I. PODERES DE REALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL

El principio según el cual tan desprovista de soportes legales resultaría una sentencia de primera instancia sin acusación como una condena de segunda instancia sin apelación reconoce jerarquía constitucional y, como consecuencia de ello, no es dable a los tribunales de apelación exceder la jurisdicción que les acuerdan los recursos deducidos ante ellos.

Fallos: 310:396

El Código Procesal Penal de la Nación admite como actos promotores de la acción penal, en su artículo 195, a la requisitoria fiscal o a la prevención o información policial; tal es así que el propio autor del proyecto, comentando la norma, manifiesta que ésta determina las dos formas en que puede ser iniciada la instrucción. Por lo tanto, habiéndose iniciado las actuaciones por instrucción policial, no es necesario el requerimiento fiscal; en cambio, sí es ineludible la debida comunicación al agente fiscal, como así también al juez de instrucción.

C. N. C. P., sala II, 18-11-93

Hay sólo dos formas de provocar el avocamiento instructorio en forma directa en los casos de delitos de acción pública. La acusación del acusador público mediante requerimiento de instrucción formulado al juez, y la actividad informativa de la Policía por medio de la comunicación o información dirigida al juez inmediatamente después de tomar conocimiento de un hecho o al remitirle la prevención practicada.

C. N. C. P., sala III, 3-3-95

La comunicación telefónica que tiene por objeto la presunción penal de los responsables del delito no reúne los requisitos que la ley procesal impone para las denuncias, por lo que no deja de ser un mero anoti-

ciamento. De este modo, la prevención policial —excitada por esa comunicación— desplaza el requerimiento fiscal.

C. N. C. P., sala II, 23-6-95

No existiendo actos preventivos, el fiscal debe pronunciarse mediante el requerimiento de instrucción, o solicitar se desestime la denuncia o que sea remitida a otra jurisdicción.

C. F. A. de La Plata, sala II, 7-3-96

Esta Cámara ya ha establecido que en los casos en que el sumario deba iniciarse por requerimiento fiscal, y el Ministerio Público solicite la desestimación de la denuncia, el juez de instrucción del sumario, y frente a su desacuerdo con el pedido fiscal, debe elevar la causa en consulta a la Cámara de Apelaciones.

C. N. C. P., sala IV, 12-6-95

Recibidas las indagatorias a los imputados, debe luego el juez decidir con arreglo a las previsiones de los artículos 306, 309 o 334 del Código Procesal Penal. No procede resolver el archivo de las actuaciones invocando el artículo 195 del Código Procesal Penal, sólo previsto para situaciones que son extrañas al caso de autos.

Cám. Nac. Crim. y Corr., sala I, 2-9-93

La omisión del requerimiento fiscal de instrucción no acarrea ineludiblemente la nulidad de lo actuado por violación del principio *ne procedat iudex ex officio* cuando la Fiscalía tuvo noticia de lo actuado desde la iniciación, con lo cual contó con la oportunidad de manifestar su oposición al progreso causídico o convalidarlo expresa o tácitamente. Por tanto, puede extraerse su voluntad excitante de la acción penal.

Cám. Nac. Crim. y Corr., sala IV, 16-3-93, *Bol. Jurisp.*, 4ª entrega esp.

No procede que se disponga el archivo de las actuaciones, invocando el artículo 195 del Código Procesal Penal, haciendo mérito de las probanzas acumuladas y de las negativas de quienes aparecían como imputados, como si fuera el extinto sobreseimiento provisional o la prórroga extraordinaria de la instrucción prevista en las legislaciones procesales provinciales, pues ambas instituciones no son contempladas por el Código de rito.

Cám. Nac. Crim. y Corr., sala I, 19-4-93, *Bol. Jurisp.*, 4ª entrega esp.

La omisión de formular el requerimiento de instrucción por el Ministerio

Público Fiscal, tal como ha sido prevista en el artículo 188 del Código Procesal Penal, compromete la actuación de la instrucción, pues como fuera expresado en la Exposición de Motivos de la ley 23.984, aquél tiene "el ejercicio exclusivo" de la acción pública, resultando nulos los actos cumplidos sin su intervención, por imperio del artículo 167, inciso 2º.

Cám. Nac. Crim. y Corr., sala VII, 29-9-94

1. Todo el proceso seguido contra los autores, instigadores, cómplices y encubridores resulta nulo de nulidad absoluta si el mismo fue estructurado sobre la base de la violación del secreto profesional sin justa causa por parte del médico interviniente, sea éste particular o funcionario público (voto del Dr. Alberto A. Vargas).

2. El testimonio de la profesional, al que hace referencia pormenorizada el señor juez en su decisión, ha violado el secreto profesional, del que no había sido dispensada, y sin que medie justa causa para hacerlo, con las consecuencias jurídico-penales ya conocidas para este tribunal (voto del Dr. Miguel Ángel Funes).

Cámara de Acusación de Córdoba, 2-9-88

1. Corresponde decretar la nulidad del proceso si el delito cometido es el de lesiones leves, y no fue instado por la ofendida, aunque durante el sumario hubiere sido calificado provisoriamente como lesiones graves (voto de los Dres. Andrada y García).

2. No debe acudir al delito de agresión con arma previsto en el último párrafo del artículo 104 del Código Penal, que sí es de acción pública, pues de tal manera se soslaya la prohibición del artículo 72 del Código Penal, limitándosela a los casos en que las lesiones leves, dolosas o culposas, no hayan sido causadas mediante la agresión con arma, no siendo tal la voluntad del legislador. Nos encontramos en el caso ante un concurso aparente de leyes, como bien lo apuntó la defensa: más específicamente, ante una relación de consumación, en la que un delito de daño (art. 89, Cód. Pen.) consume a un delito de peligro (art. 104, último párrafo, Cód. Pen.) (voto de los Dres. Andrada y García).

Cám. Crim. II de Neuquén, 11-12-89

Corresponde aplicar la doctrina de la insubsistencia de la acción penal en el caso, pues desde la fecha del hecho han transcurrido casi seis años, y la morosidad judicial no tiene justificación en un proceso de características poco complejas como el presente.

Cám. Crim. II de Neuquén, 21-6-89

Esta sala tiene reiterada y antigua jurisprudencia en el sentido de no exigir formas sacramentales para que la víctima —o en el caso su representante legal— dé a la autoridad pertinente la *notitia criminis* necesaria para incoar el procedimiento penal. En efecto, se ha dicho, “la denuncia no está rigidamente sometida a formas inflexibles y lo esencial en dicha institución resulta de la expresión de voluntad sometida a la investigación de un hecho criminal...” La “exposición” realizada en autos, siendo una expresa manifestación de voluntad de la presunta víctima ante la autoridad competente, para que ésta actúe, ha sido suficiente para remover el obstáculo de procedibilidad que impone el artículo 72 del Código Penal, en el caso de las lesiones leves.

Cám. Apel. de Concepción del Uruguay, Sala Penal, 5-6-89, J. E. R. 44-1057

1. El aborto es un delito de acción pública, perseguible de oficio, por lo tanto efectuada la denuncia correspondiente por un profesional que habría tomado conocimiento del delito al atender, con posterioridad, a la madre por problemas de salud, corresponde instruir en la causa.
2. Si con esa denuncia pudo incurrirse en violación de secreto, delito previsto en el artículo 156 del Código Penal, a quien pueda haber dañado, le correspondería iniciar la acción privada (art. 73, inc. 3º, Cód. Pen.).
3. Por ello debe instruirse proceso penal de oficio, en averiguación de la posible comisión del delito de aborto provocado o consentido, cuando la *notitia criminis* proviene de la manifestación formulada por un profesional del arte de curar que conoció el hecho a raíz del ejercicio de su profesión en virtud de tratarse de un delito de acción pública, perseguible de oficio, para cuya puesta en movimiento no son obstáculo las disposiciones de la ley de fondo o procesales relativas a la observancia del secreto profesional.

S. T. J. de La Pampa, 3-11-90, R. J. P., abril de 1992

La excitación del órgano jurisdiccional debe concretarse a través de la atribución de un hecho cuya característica permita *prima facie* su subsumción en la ley penal de fondo. De ahí que siempre se deba presentar la posibilidad de existencia de un delito, detrás del cual aparezca un sujeto penalmente responsable, porque no puede tolerarse el absurdo de una acción vacua sin contenido ilícito posible, ya que aquélla presupone el poder de presentar y mantener para su decisión ante el juez o tribunal una pretensión fundada en la realidad de un ilícito. Si esta apariencia típica falta, no es posible abrir la instancia plenaria.

Cám. 1ª Crim. de Paraná, sala II, 17-9-87, J. A. 1988-I, síntesis

El principio según el cual la acción penal es irrenunciable en los delitos de acción pública no impide que el agente fiscal se abstenga de acusar por entender que no existe delito, o consienta la sentencia absolutoria o desista del recurso interpuesto contra ella; ni que el fiscal de Cámara desista o no mantenga el recurso en segunda instancia. La acción pública no se mide por el número de instancias que se recorren y queda satisfecha cuando se dicta el fallo.

Fallos: 274:270

La extinción de la acción penal dispuesta por el artículo 1º de la ley 23.492 es de orden público, y se produce de pleno derecho por el solo transcurso del tiempo pertinente.

Fallos: 311:80

La extinción de la acción penal es de orden público y se produce de pleno derecho, por el transcurso del plazo pertinente, de tal suerte que debe ser declarada de oficio por cualquier tribunal, en cualquier estado de la causa y en forma previa a cualquier decisión sobre el fondo.

Fallos: 311:2205

La investigación de un hecho delictivo puede desenvolverse sin procesar a persona alguna, ya que uno de sus fines es individualizar a los partícipes, pero el ejercicio de la acción penal no se concibe sino contra persona determinada, por lo que no puede un juez pronunciarse sobre la extinción de la acción, sin tener por lo menos acreditado el estado de sospecha objetiva que habilita el llamado a prestar declaración indagatoria.

Cám. Apel. Crim. y Corr. de San Isidro, sala I, 5-4-90, R. J. P., marzo de 1992

La Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas está facultada para ejercer directamente la acción penal en su carácter de Ministerio Público (art. 3º, inc. d, ley 21.383) y no el de particular damnificado.

Cám. Crim. y Corr. Fed., sala II, 28-2-86, S. J. P. 12-16

El efecto interruptivo de la acción penal por la "comisión de otro delito" (art. 67, Cód. Pen.) requiere una sentencia —firme y ejecutoriada— que declare su condición por cuanto es por este único medio en que se puede fehacientemente determinar con el grado de certeza tanto la materialidad de un hecho típico como la emergente responsabilidad que le cabe al eventual imputado en su carácter de autor.

S. C. J. de Salta, sala 2ª, 15-3-88, J. A. 1989-III, síntesis

A fin de tratar sobre la procedencia o improcedencia de la declaración de inconstitucionalidad de leyes y decretos, ejerciendo las funciones que imponen los artículos 31 y 100 de la Constitución Nacional [arts. 31 y 116, según reforma de 1994], no es necesario dar previa participación al Estado Nacional, a más de la necesaria intervención del Ministerio Público. Esto es propio de los procesos de índole penal, donde la actuación del fiscal asegura suficientemente la defensa del interés público: artículo 118, inciso 1º del Código de Procedimientos en Materia Penal (disidencia del Dr. Fayt).

Fallos: 310:2342

1. El artículo 72 del Código Penal condiciona el ejercicio de la potestad represiva del Estado a la voluntad del ofendido por el delito, quien debe provocar la promoción de la acción penal pública por parte de los órganos estatales predispuestos: el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial (art. 204, Cód. Proc. Pen.).

2. La inexistencia de la instancia torna ilegales todos los actos procesales cumplidos, por omisión de una forma sustancial del procedimiento y, por consiguiente, acarrea su nulidad, a pesar de que esta sanción no esté expresamente dispuesta por la ley procesal, ya que la nulidad deriva de una ley jerárquicamente superior (Código Penal; arts. 67, inc. 11, y 31, Const. Nac. [actuales arts. 75, inc. 12, y 31 de la Const. Nac.]), cuyos efectos no pueden ser desvirtuados por el legislador provincial.

T. S. J. de Córdoba, Sala Penal, 3-9-89, S. J. C. del 3-5-90

Procede efectivamente la nulidad impetrada con respecto al delito de lesiones leves, pues el agraviado carecía de capacidad para denunciar (arts. 126, 128 y 129, Cód. Civ.), y por ende no estaba habilitado para reclamar la tutela jurisdiccional. Si bien en la época de la denuncia de tal ilícito era de acción pública, el principio establecido en el artículo 2º del Código Penal obliga a considerar la modificación efectuada por la ley 23.847 y aplicarla al caso. Al no estar acreditado que el menor careciera de representante legal, ni mediar razones de seguridad o interés públicos, el supuesto concurso ideal apuntado por la señora agente fiscal no figura entre las excepciones señaladas por el actual artículo 72 del Código Penal, y por ende el caso debe continuarse de oficio y declararse la nulidad apuntada.

Cám. Crim. de Neuquén, 13-3-89

1. El inciso 2º del artículo 72 del Código Penal debe interpretarse en el sentido que el legislador le ha dado, esto es, que únicamente cuando

se trata de lesiones leves, sean dolosas (art. 89) o culposas (art. 94), el ofendido por el delito juzgará sobre la conveniencia y oportunidad de provocar el proceso penal; pero cuando se trate de delitos de lesiones graves y gravísimas —dolosas o culposas—, juega la regla de oficiosidad como lo dispone el artículo 71 (voto de la mayoría).

2. La exigencia de la instancia privada del artículo 72, inciso 2º del Código Penal comprende las lesiones leves dolosas y las lesiones culposas, éstas sin ningún tipo de aditamentos (voto de la minoría).

S. C. J. de Mendoza, 31-10-89, J. M. 37

Debe ser encuadrada en las figuras de homicidio culposo y lesiones culposas en concurso ideal, no obstante la falta de denuncia con relación al último en orden a la promoción de la acción penal, toda vez que se trata de un hecho único cuyo juzgamiento es procedente por haberse ejercitado válidamente la acción pública derivada del artículo 84 del Código Penal; es decir, al haber ocasionado la conducta del imputado resultados más graves que las lesiones leves de una de las víctimas, la instancia queda habilitada para juzgar su responsabilidad penal por esa conducta sin reparos en la diversa entidad de todos los resultados lesivos. Por ello no corresponde hacer lugar al pedido fiscal sobre la falta de acción, que de todos modos, a la luz del artículo 54 del Código Penal, se reduce a una cuestión académica sin trascendencia práctica.

Cám. 2ª Crim. de General Roca, 4-9-90

No responde penalmente el padre imputado de lesiones leves en perjuicio de una de sus hijas menores, porque tal hecho delictivo, que depende de instancia privada inicial, no fue denunciado por la madre de la menor, que tuvo oportuno conocimiento de él, y por no concurrir razones de seguridad o interés público que autoricen a proceder de oficio.

Cám. 7ª Crim. de Córdoba, 7-2-91, S. J. LXI-153

Tratándose en el caso de autos del delito de lesiones leves que requiere se remueva el requisito de procedibilidad mediante la denuncia formalmente formulada (art. 72, inc. 2º, del Cód. Pen.) y siendo la posible damnificada una menor de edad por lo que la acción penal ha sido incoada por su madre, debe necesariamente acreditarse el vínculo respectivo en la estación oportuna (antes de la indagatoria judicial) y al no haberse probado tal extremo, debe decretarse la nulidad de todo lo actuado, a excepción de los informes médicos de autos por ser actos irreproductibles.

Cám. Apel. de Concepción del Uruguay, 20-9-89, J. E. R. 44-1057

Si la agraviada por el delito, en ningún momento, durante la sustanciación del proceso, formuló denuncia ni tampoco manifestó su voluntad de que el hecho fuera investigado por la autoridad judicial, en tanto en las dos primeras oportunidades declaró en calidad de testigo y en la restante intervención que tuvo en el proceso, solicitó ser tenida como parte civil en la causa, no se configura la existencia de instancia (arts. 72, Cód. Pen., y 6º, Cód. Proc. Pen.).

T. S. J. de Córdoba, Sala Penal, 3-3-89, L. L. C. 1990-128

Si bien el delito de violación es de instancia privada de acuerdo a lo establecido por el artículo 72, inciso 1º del Código Penal, al estar involucrado en el hecho el guardador por cuanto Núñez (t. IV, p. 274) expresa que el artículo 122 no se refiere al guardador sino al "encargado de la guarda" y además "el encargado de la educación". La Suprema Corte de Justicia de la Nación con fecha 18 de abril de 1945 dijo: "No se requiere que la guarda provenga de quien pueda otorgarla con derecho, sino que hasta la situación de hecho creada por cualquier circunstancia" (*Fallos*: 201:371).

Es decir que M. era guardador de hecho y por lo tanto la denuncia la pudo efectuar cualquier persona, como en el caso de autos (art. 72, *in fine* del Cód. Pen.).

Cám. Pen. de Concordia, sala I, 6-12-89, J. E. R. 36-321

1. En el delito de violación no es posible la formación de causa de oficio de acuerdo al artículo 72 del Código Penal, sino por acusación o denuncia del agraviado, su tutor, guardador o representante legal, salvo que el ilícito sea cometido en perjuicio de un menor que no los tenga, que lo perpetre en su perjuicio uno de sus ascendientes, tutor o guardador, o que resultare la muerte del ofendido o lesiones de las contempladas en el artículo 91 del Código Penal.

2. Encontrándose el menor víctima en estado de abandono y careciendo de representantes legales que ejercieran efectivamente los poderes materiales de control, asistencia y orientación, la acción penal puede iniciarse y comenzar válidamente el proceso de oficio, a través del anoticiamiento criminal formulado por el Defensor de Pobres y Menores.

S. T. J. de Entre Ríos, Sala Nº 1 en lo Penal, 15-11-89, J. E. R. 35-1046

Aunque se diera la hipótesis que una corriente jurisprudencial deseché el punto de vista sustentado en determinada causa por el Ministerio Público, es al órgano superior de éste y no a los miembros que actúan en instancias inferiores a quien corresponde decidir si se acepta el criterio

de los jueces o se intenta el planteamiento de una reconsideración, aclaración y limitación de esa doctrina.

Fallos: 304:1270

El Ministerio Público es uno, dividido sólo funcionalmente, de modo que Agente Fiscal y Fiscal de Cámaras conforman en el proceso una única parte. Por lo tanto es inadmisibile que satisfieha la pretensión del primero de los funcionarios, el segundo recurra la resolución. Si la sentencia de primera instancia hizo lugar a la única pretensión del Ministerio Público introducida oportuna y válidamente en el proceso, dicho Ministerio carece de capacidad procesal para lograr la revisión en instancia extraordinaria del fallo de Cámara confirmatorio de aquél, con el que se conformó (voto de los Dres. Rodríguez Villar, Salas y Negri).

S. C. J. B. A., 26-2-91, R. J. P. marzo de 1992

Las comunicaciones o informes que produzcan los integrantes del Ministerio Público en cumplimiento de su deber no son alcanzados por las normas penales, en tanto deben calificarse como privilegiados, y en consecuencia, con excepción de las correcciones disciplinarias que pudieran corresponder, éstos no pueden ser acusados, interrogados ni molestados por las opiniones o aseveraciones que formulen en las presentaciones o escritos en que ejerciten sus pretensiones ante los jueces.

Fallos: 308:251

La actividad procesal del fiscal no es estrictamente persecutoria, porque no siempre se desenvuelve en sentido incriminatorio, sino que por buscar la verdad real, puede ser ampliamente liberatoria, de modo tal que sus requerimientos y opiniones no lo vinculan a un criterio inmutable, sino por el contrario, resulta permanentemente cambiante conforme sean los elementos probatorios adquiridos durante el curso de la investigación judicial, al punto que le es admisible ampliar la acusación, modificando la calificación propuesta en el auto de procesamiento y requisitoria de elevación a juicio. Ello equivale decir que si al funcionario le está permitido formar un criterio distinto según sea el momento procesal en que lo valore, no existe obstáculo alguno de hacer un juicio de valoración perfectamente objetivo o independientemente en el ejercicio de la función jurisdiccional.

S. T. J. de La Rioja, 11-11-86, J. A. 1989-I, síntesis

La no admisión de enjuiciamiento de los fiscales por delitos contra el honor que pudieran derivarse del cumplimiento de sus funciones no altera

el principio de igualdad de los habitantes, con base en razones de orden público relacionadas con la marcha regular de una recta administración de justicia, entendida ésta como uno de los pilares fundamentales del régimen de gobierno establecido por nuestra Constitución, máxime si los excesos en que pueda incurrirse en tales circunstancias quedan siempre sujetos a las correcciones disciplinarias que correspondan.

Fallos: 308:2540

No se advierte que siendo la Fiscalía un Ministerio único, pueda escindirse la relevancia que coincidentemente en abono de sus pretensiones esgrimen ambos representantes de consumo, particularmente cuando asumen sin reservas y por no mediar discrepancias, los fundamentos que sirven de soporte a la impugnación de la sentencia, cuya cobertura legal a través del recurso de casación se propicia.

La exigencia de la reiteración íntegra de los mismos fundamentos que se comparten, constituye un exceso de ritual que nada agregaría a la perfección del recurso.

S. T. J. de Entre Ríos, Sala Penal, 27-3-89, Bol. Jurisp. Entre Ríos, 1991, síntesis

El Ministerio Público Fiscal detenta dos funciones, una eminentemente judicial, y otra administrativa, dependiente del Poder Ejecutivo: como detentador de la vindicta pública, es funcionario judicial sólo dependiente del Poder Judicial en el proceso penal; como procurador fiscal, esto es como defensor de los intereses privados estatales, representa al Estado como persona de derecho privado.

Cám. Fed. de Bahía Blanca, 17-5-90, J. A. 1990-III-532

Corresponde afirmar que al momento en que ese individuo reconociera espontáneamente su responsabilidad en los hechos ante terceros particulares, no había asumido aquella calidad procesal (imputado), al no concurrir ninguno de los requisitos establecidos por el artículo 70, pues esta persona no se hallaba detenida policial o judicialmente como partícipe de los ilícitos, ni indicado como tal en un "acto inicial del procedimiento". La exigencia legal de que se trata de actos de procedimiento dirigidos en contra de una persona "restringe el campo de la indicación imputativa al área de los actos cumplidos por los órganos del Estado predispuestos para llevar a cabo un procedimiento tendiente a la investigación de un delito. El vocablo procedimiento es lo suficientemente amplio como para abarcar en él, no sólo los actos procesales sino también los preprocesales [...] Pero en principio siempre debe tratarse de actos oficiales cumplidos por órga-

nos judiciales (*lato sensu*) que son los únicos autorizados para realizar actos de procedimiento en contra de una persona”.

Cámara de Acusación de Córdoba, 23-5-90, S. J. LIX-227

Las figuras de los artículos 221, inciso 2º, y 244 del Código Penal, que definen delitos de acción pública, no desplazan a las de acción privada por los cuales se inició la causa –querellada contra los editores de dos diarios en relación a publicaciones que el querellante consideró constitutivas de los delitos de calumnia e injurias–, y tampoco concurren ni real ni idealmente con aquéllas. Ello es así porque la figura de desacato del artículo 244 del Código Penal describe un delito contra la administración pública, y tutela el ataque al honor o decoro de sus funcionarios cuando trasciende al prestigio de la administración y afecta su autoridad. Por el contrario, el querellante no integra la administración pública nacional, provincial o municipal en nuestro país, de donde una interpretación que pretendiera asimilar también la calidad de funcionario público extranjero ampliaría, por ese procedimiento, el bien jurídico tutelado –la protección de la administración pública local–, resguardando cualquier otra administración pública, lo que constituye un caso de analogía proscripta por el principio de legalidad.

Fallos: 306:1433

El particular damnificado no puede reclamar con base constitucional el derecho a ejercer la acción pública, o sea, a querellar. Ello no significa que si el legislador le acuerda tal derecho no quede su ejercicio amparado por la garantía de la defensa, pero la inexistencia de normas que autoricen la asunción de tal rol no podría dar lugar a agravios de orden constitucional (voto del Dr. Petracchi).

Fallos: 306:655

Los supuestos del artículo 4º de la ley 17.516 (modificada por la ley 19.539) no pueden concebirse independientemente de las funciones atribuidas al organismo que pretenda asumir el rol de querellante en los procesos criminales, pues de lo contrario todos los representantes estatales tendrían título suficiente para querellar en las causas que allí se mencionan, lo que resulta inadmisibles por absurdo.

Fallos: 310:669

La ausencia de la persona particularmente ofendida por el delito no impide ni limita el poder de acción –que en el ordenamiento castrense está a cargo del fiscal– habida cuenta de que la intervención de aquélla

no está equiparada a la del querellante –prevista en el Código de Procedimiento en Materia Penal– sino que en cambio, es restringida y condicionada, y sólo la faculta para poder interponer el remedio federal en tanto y en cuanto esté en condiciones de invocar derechos que personal y directamente le hubieran sido afectados (voto de los Dres. Caballero y Belluscio).

Fallos: 310:1162

En la medida en que no existe disposición alguna que equipare el fallecimiento del querellante –por delito de acción pública– a un desistimiento del recurso oportunamente articulado por su parte, no se observa que la circunstancia de haberse proseguido los trámites en segunda instancia –abierta por dicho recurso– hasta el dictado de la sentencia de alzada –pese al deceso del particular apelante– pueda configurar un agravio de naturaleza federal con sustento en la garantía consagrada por el artículo 18 de la Constitución Nacional, de modo que el planteo formulado en autos –acceso del *a quo* en el límite de su jurisdicción que agravó incorrectamente la situación de la procesada, aduciéndose que se produjo una *reformatio in pejus* que vulneró el derecho de defensa en juicio– sólo conduce a la dilucidación de un tema de derecho común y procesal extraño a la vía intentada.

Fallos: 310:396

Si la providencia que intimó al acusador particular a requerir lo que en derecho resultara pertinente careció de efectos prácticos, resultó ineficaz para imponer un plazo perentorio a la carga de instar el procedimiento.

Fallos: 311:2177

La cualidad de “particularmente ofendido por un delito de acción pública” mencionada en el artículo 82 del Código Procesal Penal como requisito imprescindible para constituirse en calidad de querellante es requerida por la ley de rito a mero título de hipótesis. Sostener lo contrario, esto es la comprobación de su condición de damnificado previo a la iniciación de la causa, implicaría imponer que demuestre además la materialidad del ilícito, que es justamente uno de los fines de la instrucción.

Cám. Nac. Crim. y Corr., sala VI, 18-3-97

Los artículos 401, inciso 1º, y 402 del Código Procesal Penal de la Provincia del Chaco, en tanto establecen el desistimiento tácito como causa de extinción de la acción penal y el consecuente sobreseimiento definitivo del proceso, son contrarios a los artículos 31 y 67, inciso 11, de la Constitución

Nacional [actuales arts. 31 y 75, inc. 12] en razón de la disconformidad de esas normas locales de rito con la de carácter nacional y de fondo establecida en el artículo 59, inciso 4º del Código Penal.

Fallos: 308:2140

II. CUESTIÓN CIVIL

El beneficio de litigar sin gastos debe ser resuelto en sede instructoria, ya que es allí donde debe ser oblada la tasa de justicia, elemento necesario para dar por trabada la litis.

C. N. C. P., sala II, 10-3-95

Se encuentra consagrado jurisprudencialmente el principio de la accesoriidad de la acción civil, como condición *sine qua non*, siempre y cuando esté pendiente la acción principal, es decir la penal. Este principio se encuentra establecido en el artículo 17 del Código Procesal Penal, determinando que la misma dé la subsistencia de la última, debiendo la acción civil ser ejercida ante los tribunales de su competencia, cuando la acción penal no puede proseguir en virtud de la causa legal (art. 18, del Cód. Proc. Pen.).

Cám. Civ. 2ª de Santa Rosa, 14-8-89

La instancia de constitución en actor civil, no importa una demanda propiamente dicha dentro del sistema de la ley. La instancia implica el ejercicio de la respectiva acción civil en su manifestación inicial —promoción— y tiene limitados efectos, aun cuando resulte apta para interrumpir la prescripción de la acción civil. Por lo tanto, habiendo observado el instante los recaudos formales en la pretensión, consistentes en la designación de los motivos en los que se basa la acción (aun cuando lo fuere en forma sucinta), el carácter que se invoca y el daño que se pretende haber sufrido, se ha satisfecho con las exigencias legales que posibilitan el andamiento del reclamo. La ley no exige un formalismo sacramental para exponer tales aspectos, ni tampoco un detalle del monto resarcible, lo que deja reservado para ulteriores etapas (art. 406, Cód. Proc. Pen.); sólo impone la obligación de consignar de una manera inequívoca los aspectos aludidos que dan basamento a la instancia. Por otro lado no hay estado de indefensión, pues al momento de concretarse la demanda en el debate, el imputado conocerá el hecho que se lo acusa, el título que exhibe el actor civil, su pedido y la prueba valorada para fijar el perjuicio (arts. 366 y concs., Cód. Proc. Pen.). Por todo lo reseñado

no es necesario que en la instancia se exprese la extensión material del daño causado, ni su estimación en dinero, bastando con que se precise cuál aspecto del resarcimiento al que tiene derecho es el que reclama.

Cámara de Acusación de Córdoba, 28-11-86

1. El ejercicio de la acción civil es accesoria de la penal. Esto significa que el ejercicio de la primera es accesorio de la segunda, o, lo que es lo mismo, que la posibilidad de ejercicio de la acción civil en el proceso penal depende de la acción penal. La acción civil no puede instaurarse en sede penal, si la penal no ha sido iniciada o su ejercicio ha terminado. La acción penal, que es la principal, comienza a estar pendiente desde el momento en que existe una investigación policial respecto de un delito (art. 187, Cód. Proc. Pen.) o, en defecto de ella, por haberse efectuado las actuaciones ante la justicia, si el juez a requerimiento del agente fiscal ha iniciado la instrucción o este último ha hecho lo propio con la información sumaria.

2. El titular de la acción civil en el proceso penal pueden ser el damnificado por el hecho, sus herederos, su asegurador o los representantes legales o mandatarios de ellos (art. 14, Cód. Proc. Pen.).

3. Para instar la admisión como actor civil, es necesario aparecer como directamente damnificado a causa del mismo hecho que constituye el objeto del proceso penal.

4. El artículo 14 del Código Procesal Penal "también confiere la titularidad del ejercicio de la acción reparatoria en interés de sus representados [...] a los representantes legales de las personas jurídicas y de las sociedades". En el presente caso el actor civil lo hace en representación de una sociedad de responsabilidad limitada y en carácter de socio gerente por lo que el mismo ha actuado conforme a los artículos 1676 del Código Civil; 409, 410 y 411 del Código de Comercio.

5. La instancia de constitución en actor civil no importa una demanda propiamente dicha dentro del sistema de la ley, por lo tanto habiendo observado el instante los recaudos formales de la pretensión —consistente en la designación de los motivos en los que se basa la acción—, el carácter que se invoca y el daño que se pretende haber sufrido, se han satisfecho las exigencias legales que posibilitan el andamiento del reclamo. La ley no exige fórmulas sacramentales para exponer tales aspectos, ni tampoco un detalle del monto resarcible, lo que deja reservado a ulteriores etapas; sólo impone la obligación de consignar de una manera inequívoca los aspectos aludidos que le dan basamento.

Cámara de Acusación de Córdoba, 22-12-87

Del claro texto del artículo 358 del Código Procesal Penal se desprende que quien, habiéndose constituido como actor civil en la causa, no concreta demanda en tiempo oportuno, debe ser tenido por desistido de la acción. El claro texto normativo impide cualquier duda al respecto.

Cám. Crim. 4ª de Mendoza, 31-7-90

La verdadera demanda del actor civil en sede penal es aquella cuyo definitivo monto sólo puede surgir de las probanzas del debate oral de la causa, o sea en oportunidad de concluida la vista, por ser la ocasión en que el actor civil está ciertamente en condiciones de adecuar su pretensión a lo acreditado.

Cám. Crim. 2ª de Mendoza

1. En el juicio por delito de acción privada las disposiciones comunes sólo resultan aplicables en cuanto éstas sean compatibles con la naturaleza de la acción que se está ejercitando. A ello responde la regulación específica establecida para este tipo de acciones en los artículos 450 a 469 del Código Procesal Penal, como lo destaca nuestro Codificador en la Exposición de Motivos (Libro III, Tit. II). El artículo 385 del Código Procesal Penal no resulta de aplicación al juicio por acción privada habida cuenta de que es en el acto de la querella, y de su contestación, la oportunidad para realizar todos los actos previstos por el mencionado artículo 385 para el juicio común.

2. En el juicio por delito de acción privada el acto de constitución de actor civil y la concreta formulación de la demanda, esto es, su precisa designación, con indicación del valor reclamado o su apreciación (art. 165, inc. 3º, del Cód. Proc. Civ.), para que quede trabado formalmente el litigio civil, sólo puede formularse en una sola oportunidad y que no puede ser otra que la fijada por el artículo 453 del Código Procesal Penal. Pretender que la concreción de la demanda con la precisa indicación de lo reclamado pueda efectuarse recién en la etapa procesal de los alegatos, colocaría al demandado en una verdadera situación de indefensión, ya que no podría analizar los rubros ni los montos reclamados y por ende ofrecer las pruebas pertinentes que hagan a su descargo.

Cám. Crim. 5ª de Mendoza, 12-6-90

Los recaudos señalados por los artículos 74 y 75 del Código Procesal Penal se refieren a la oportunidad, contenido, procedencia y formalidades requeridas para que se formalice dicha constitución de acción civil. Es sabido que en correspondencia con lo dispuesto por el citado artículo 74 del Código Procesal Penal, para poder ejercer la acción civil

en el proceso penal el titular debe constituirse en actor civil por imperatividad de la ley positiva, sin necesidad de que la constitución contenga las peticiones finales, pues no reviste las características de una demanda sino la simple solicitud del titular del derecho a ser resarcido de no tomar intervención en el proceso, oportunamente, concretara o no su demanda.

Cám. Crim. 2ª de Mendoza

La oposición sólo puede fundarse en motivos o razones de carácter procesal, quedando excluidos todos aquellos que se refieren a la existencia del daño o a la responsabilidad civil. Los motivos pueden referirse a la "litispendencia", a la falta de acción por una causa extintiva de ella, a la falta de jurisdicción, a la *legitimatio ad causam*, a la *legitimatio* del proceso y a la existencia de vicios formales en la constitución de actor civil.

Cám. Crim. 2ª de Mendoza

Los poderes de intervención del actor civil sólo se limitan a la materia concerniente a la acción resarcitoria, con exclusión de la facultad de probar y alegar circunstancias referidas con exclusividad a la cuestión penal, en especial al ejercicio y subsistencia de la pretensión represiva.

S. T. J. de Entre Ríos, Sala Penal, 15-8-89, J. P. J. E. R. 1989-79

En los delitos de acción privada la etapa plenaria comienza una vez trabada la litis y superada la citación a juicio que manda el artículo 428 del Código Procesal Penal de la Nación, y que se impone ante el fracaso de la conciliación o retractación.

C. N. C. P., sala III, 15-5-95

Capítulo IV

EL PROCESO PENAL

SUMARIO: 159. Noción estructural. 160. Denominación y vínculos. I. Naturaleza y caracteres. II. Contenido, objeto y fines. III. Principios que lo gobiernan. IV. Presupuestos procesales.

159. La jurisdicción, la acción y la excepción en materia penal deben ejercitarse conforme a las normas procesales penales. Éstas establecen, para los respectivos órganos, las atribuciones y sujeciones a hacerse efectivas imperativa o facultativamente, conforme a las correspondientes previsiones. A esa actividad se agrega la de otros órganos públicos y particulares vinculados con la cuestión civil o que colaboran en la realización de la justicia penal.

Entre todo este elenco de personas se advierte un actuar coordinado y sucesivo, que incide en un objeto común y está orientado por una misma finalidad. Esa unidad no se altera por la diversificación de intereses ni por los distintos matices de la actividad. La labor es convergente y se muestra en una continuidad de actos concatenada y progresiva que en forma sistemática regula el derecho procesal penal objetivo. Esto es lo que se conoce por proceso penal. Institucionalmente se extiende como puente entre el delito y la sanción, por ser el único medio de convertir la imputación en punición.

El proceso penal está integrado por elementos subjetivos y objetivos: personas que actúan, y actividad que resulta de esa actuación. Entre ellos hay completa interdependencia, puesto que la actividad procesal es obra de las personas del proceso cuando ejercitan las atribuciones o se someten a las sujeciones legales.

La intervención de las personas en el proceso puede ser necesaria o eventual; unas se desempeñan como sujetos y otras como colaboradores. Los actos procesales se suceden y combinan, estando revestidos por la formalidad y las circunstancias de modo, tiempo y lugar; unos son indispensables o de formalidad rigurosa, y otros omitibles o con relativa libertad de formas. Las finalidades específicas permiten el fraccionamiento del proceso en etapas y momentos que precluyen a medida que se consuman.

Deben intervenir los sujetos esenciales y realizarse los actos indispensables con las formalidades impuestas para estar frente a un proceso válido. El cumplimiento regular de la actividad está asegurada por sanciones disciplinarias y procesales que conminan a las personas o se ciernen sobre los actos. Se acuerdan poderes de oposición y de impugnación, y hay normas sustanciales que garantizan la recta administración de la justicia penal.

160. La denominación de proceso penal es ya universalmente aceptada. "Proceso" en cuanto entidad abstracta de realización jurídica por la vía jurisdiccional, y "penal" en cuanto su objeto y fines se concretan en la relevancia jurídico-penal de un hecho imputado. Se distingue del "procedimiento penal", porque éste es la concretación del proceso; es su rito que la ley le fija en particular para adecuar su desenvolvimiento a la causa y a la fase procesal de su tratamiento.

El "juicio" es el alma del proceso penal, en cuanto expresión lógica sin la cual pierde su significación constitucional. Objetivamente el juicio penal es una fase inomitible del proceso no truncado. Suele hablarse de "causas penales"; pero la voz "causa" hace referencia tanto al motivo que dio vida al proceso penal como a su trámite.

Suele afirmarse que en su visión unitaria, el proceso civil es la regla de la cual el penal surge como especial. En realidad uno y otro tienen sus particulares características que permiten un estudio autónomo, sin perjuicio de propender a la unificación doctrinal en los aspectos posibles. La diferencia más saliente radica en la naturaleza pública del derecho penal. Sin embargo, es tendencia moderna la de aproximar ambos procesos en función de la común finalidad pública que persiguen.

160 bis. Como surge de muchas de las consideraciones que se han efectuado en el estudio de diversos temas, varios de fundamental valor práctico para la correcta solución de casos habituales en la vida de los tribunales, la correlación entre el derecho material y el procesal es íntima y profunda.

Ello ha llevado en los últimos tiempos a que el enfoque de la disciplina en general y el concepto de proceso en particular hayan registrado modificaciones que, en lo básico, han tendido a una consideración unitaria del fenómeno penal, con un correlativo alejamiento de la antes predominante perspectiva de una teoría general o integral del proceso.

Ello se advierte en obras como la de Julio Maier y en la de que soy autor y en los planes de enseñanza de las facultades que, como la de Buenos Aires, estudian lo concerniente al proceso penal dentro de los elementos de derecho penal. Es que si bien no puede negarse que existen categorías específicas propias de lo procesal en general y sobre lo cual han existido aportes que ya forman parte insoslayable de nuestra cultura jurídica (por ejemplo, la noción de proceso como una serie concatenada de actos de postulación, acreditación, alegación y decisión; los presupuestos procesales; el concepto de jurisdicción y el de competencia; las excepciones, etc.), se presentan problemas que, como lo vio con acierto Ricardo Núñez, son de imposible solución recurriendo exclusivamente a una teoría procesal de muy escasa utilidad.

De tal manera, los procedimientos arbitrados para la aplicación del derecho penal deben ser comprendidos dentro de ese mismo sistema y éste, a su vez, enfocado desde la más amplia visión de la política criminal.

Lo señalado lleva a un estudio del proceso penal como hecho cultural, inserto en la dinámica del poder y condicionado por el conjunto de fuerzas e intereses históricos que, en definitiva, lo explican y le dan sentido. Puede ser que elaboremos una categoría lógica y genérica de la noción de "proceso", pero ella poco tendrá que ver con los modos de actuación particulares y reales con los que a lo largo de los tiempos y en circunstancias cambiantes los hombres han establecido métodos para resolver este tipo de conflictos, cuya configuración depende de la idea que se postule o en realidad exista de la materia penal.

I. NATURALEZA Y CARACTERES

SUMARIO: 161. Concepto e indispensabilidad. 162. La relación jurídico-procesal. 163. Trasplante al proceso penal. 164. Trascendencia y crítica. 165. La situación jurídico-procesal. 166. Trascendencia y crítica. 167. Otras teorías. 168. Apreciación general de las teorías. 169. Realidad integral del proceso penal.

161. El proceso penal resulta así un fenómeno de la vida humana en su regulación jurídica, complejo y temporalmente proyectado por causa de la imputación de un hecho punible, para llegar a la absolución o a la condena y en su caso a controlar el cumplimiento de la pena. Éste es un enfoque externo seguido por la mayoría de los tratadistas.

Se desarrolla en un elemento objetivo mostrado en una serie gradual, progresiva y concatenada de actos regulados por el derecho procesal penal; en un elemento subjetivo en cuanto esos actos son cumplidos por órganos públicos predispuestos y por particulares autorizados o impelidos a intervenir, y en un elemento teleológico en cuanto esa actividad se dirige al descubrimiento de la verdad para actuar en concreto el derecho penal.

En su concepción jurídica, actualmente el proceso penal se muestra como una construcción autónoma munida de categorías propias y apoyada en principios independientes. Su conformación es homogénea aunque se diversifiquen los procedimientos. De aquí la unitariedad del concepto en función de los tres elementos considerados. El derecho procesal penal proporciona este instrumento jurídico como único medio para realizar el derecho penal sustantivo. Su existencia real está en la ley; su base, en la Constitución.

La imprescindibilidad del proceso penal ha sido ya advertida. Sin él no se puede aplicar pena alguna por expresa previsión constitucional. No es posible el sometimiento voluntario a la sanción penal. Más aún; ante la posibilidad de un hecho punible, el proceso penal no puede evitarse, salvo impedimento legalmente previsto. Esto marca una diferencia importante con el proceso civil.

Es indiscutible la naturaleza pública del proceso penal. Ése es el carácter de las normas procesales penales y de los poderes de acción

y de jurisdicción como lo hemos expresado, y aun la defensa se impone ante el interés público de proveer eficientemente a ella.

Si queremos captar la esencia jurídica del fenómeno procesal penal, y comprender lo que en el proceso penal se vive y se transforma, es necesario penetrar en él, observarlo desde adentro, para sentir y apreciar cómo actúan las fuerzas que lo integran, cómo se sitúan los intervinientes, cómo se intercambia la actividad en la modulación del objeto hacia el fin perseguido. Así corresponde observarlo bajo el lente del derecho.

162. Varias teorías han respondido a esta preocupación en el campo del procesalismo civil, las que han sido receptadas, o más bien acomodadas para explicar el proceso penal. Las concepciones privatistas carecen de toda utilidad para nuestra materia, por cuanto están relegadas a meros antecedentes históricos. Nos referimos a las concepciones contractualista y cuasicontractualista explicadas por la *litis contestatio*.

El cientificismo procesal da entrada a doctrinas más racionales. Toma auge inusitado la teoría de la relación jurídica procesal, ampliamente desarrollada para el proceso civil y trasladada al penal con mucha eficacia. Entre sus críticos más violentos, aparece James Goldschmidt con su teoría de la situación jurídica procesal. La extiende sin vacilaciones al proceso penal, y ha sido fuertemente resistida. Después han surgido otras teorías como la de la entidad o de la institución jurídica, o de la norma límite, aunque sin conseguir el vigor de las anteriores.

Ya Von Bülow advierte la posibilidad de extender al proceso penal su teoría de la relación jurídica procesal. Para él, la ley regula la actividad del juez, del acusador y del imputado, salvo cuando les permite apartarse de ella, y las pretensiones y deberes que son contenido del proceso, propios de las partes y del juez en forma recíproca, provocan una relación jurídica autónoma, compleja, pública, progresiva, y cuya única finalidad es la aplicación de la ley. El juez tiene por principal deber proveer a las peticiones de las partes.

Esta concepción evoluciona y adquiere perfeccionamiento en Alemania e Italia, siendo recibida entre nosotros con gran amplitud, en su vinculación con la teoría de los presupuestos procesales. Para unos intercede entre las partes por un lado y el juez por otro; para Kohler

sólo existe entre las partes, excluyendo al juez; para otros es triangular entre el acusador, el imputado y el juez.

En el área procesal civil se ha discutido mucho esta doctrina, principalmente en lo que hace a los caracteres de publicidad y de autonomía. Sin embargo, no es posible desconocer los méritos que tiene en el campo doctrinal del proceso, al facilitar la explicación de un sinnúmero de problemas.

163. El trasplante de la teoría de la relación jurídica al proceso penal produjo un apartamiento en algunas manifestaciones. Por cierto que no tiene vida propia aun cuando ya John la propiciara en 1884 y Von Kries en 1892, pues recién toma estado en el proceso penal cuando está plenamente desarrollada en el civil. Los códigos modernos pretenden captarla en su sistemática.

Quien primero la adopta en lo penal es Bierling, al que siguen otros procesalistas alemanes que perfeccionan la adecuación junto con varios italianos, y la reciben nuestros tratadistas agregándole algunas notas de valor.

Para Bierling, la relación jurídico-procesal penal es la más general y compleja resultante de la serie de relaciones procesales cuyo contenido consiste en derechos y deberes procesales coordinados recíprocamente. A esa idea se aproxima Carnelutti en lo fundamental. Bierkmeyer plantea ya la existencia de una relación triangular: inmediatamente entre Estado y partes en conjunto, y mediatamente por intermedio del juez, entre las partes entre sí; en la relación entre acusador y acusado hay igualdad perfecta.

Arturo Rocco se pone ante el conflicto de la necesidad de punir del Estado y la libertad del ciudadano que el órgano jurisdiccional debe dirimir al ser puesto en movimiento por el órgano ejecutivo penal frente al imputado que habrá de defenderse. De aquí surgen relaciones procesales penales, y también otra relación administrativa entre dos órganos del Estado: el ejecutivo y el jurisdiccional. Pero la solución de la cuestión da vida a una relación compleja que comprende el conjunto de relaciones particulares manifestadas en el juicio, de carácter procesal y cuyos sujetos son: las partes por un lado y el juez por el otro. Es el mismo proceso penal concebido como relación jurídica.

164. Actualmente son muchos los autores que adhieren a esta teoría, pero pocos la aplican en toda su extensión, y otros la aceptan con reservas, calificándola de *sui generis*. Ponen la ley procesal penal como fuente de los poderes y deberes que son contenido del proceso, surgiendo la relación entre los tres sujetos esenciales cuyas actividades se concentran y ligan por la unidad de fin sobre un mismo objeto propuesto.

Es un vínculo que se produce entre dos sujetos con motivo del ejercicio de los poderes y del cumplimiento de los deberes que la ley procesal atribuye o impone. Es de derecho público, compleja y autónoma de la sustancial. Es fundamental la obligación del juez de proveer a las peticiones del imputado y del Ministerio Fiscal, y la obligación de éste de ejercitar la acción penal salvo excepciones legales. Se constituye al promoverse la acción aunque pueda perfeccionarse después: pero para algunos recién toma vida con la acusación. Es unitaria en el progresar de su desenvolvimiento, perfeccionándose en el debate.

Su valor consiste en haber permitido ubicar al imputado como sujeto del proceso munido tanto de deberes como de poderes. También ha contribuido a dar jerarquía científica al derecho procesal penal, fortificando su autonomía. Pero se le han formulado muchas críticas que no debilitan su valor; tienden a negar su eficacia para explicar la naturaleza del proceso, o a la eliminación de algunos de sus caracteres. Algunas críticas, por lo menos, son destructivas.

165. La teoría de la situación jurídica tiene su fe de bautismo en James Goldschmidt. Niega en forma radical la teoría de la relación jurídica y la existencia de presupuestos procesales como los formula Bülow. Para él, el juez debe conocer de la acusación por una razón de derecho público que impone al Estado administrar justicia por medio del juez, quien está obligado a ello frente al Estado y al ciudadano. Es una relación de oficio de naturaleza constitucional y no procesal.

Para Goldschmidt el proceso tiene por fin beneficiar a las partes con la obtención de la cosa juzgada, de donde la sentencia es para ellas una expectativa. De aquí que mediante los actos procesales tiendan a procurarse una situación favorable y a evitarse perjuicios, lo que las

mune en el proceso sólo de cargas y posibilidades, mientras el juez gobierna el proceso y resuelve conforme a la ley.

De aquí derivan las siguientes categorías procesales: expectativa de una ventaja procesal por dispensa de carga o posibilidad de otra situación ante el éxito de un acto procesal; carga procesal por la necesidad de actuar para evitar una desventaja y que se impone por imperativo del propio interés. Estas categorías representan situaciones jurídicas en cuanto estados de alguien con respecto a su derecho desde el punto de vista de una sentencia legal.

166. Goldschmidt parte de la base de que la ley penal es amenaza de pena para el culpable, la que se realiza a través de un proceso judicial de condena y ejecución. Por eso el lazo jurídico procesal penal es una carga. La imposición de condena no se liga al hecho punible sino a su prueba, y ello es un resultado procesal: carga impuesta por la amenaza penal de prevenir a las desventajas procesales de la condena. Es carga procesal de defensa basada en un imperativo de propio interés.

Tanto al procesado como al acusador se le imponen cargas. Las de éste culminan en la acusación. También en el proceso penal existen expectativas y posibilidades. Para todo esto ha de comprenderse la situación procesal de las partes como tales, en miras a la resolución judicial esperada.

Eberhard Schmidt moderniza esta teoría definiendo el proceso como el fenómeno jurídicamente reglamentado que se desarrolla de situación en situación, con el fin de obtener una decisión judicial sobre una relación de derecho material.

El mérito de esta doctrina se advierte en su enfoque totalmente innovador y en el amplio campo de estudio que proporciona. Su terminología ha sido exitosamente aprovechada por la ciencia procesal. Su pecado no está en ubicar el proceso en una línea totalitaria, sino más bien en liberar la conclusión del litigio a la destreza de las partes, mostrando al proceso como fenómeno extrajurídico en su vivencia efectiva y no como lo regula la ley.

167. También Vincenzo Lanza se opone a la teoría de la relación jurídica en el proceso penal, y postula una teoría que puede ser calificada como de la norma límite. Afirmar que entre imputado,

acusador y juez el ligamen que existe está proporcionado por la norma y vincula a ésta con todas las personas que intervienen en el proceso. Se trata, no de una relación, sino de un vínculo común de obediencia a la regla jurídica, el que explica la coordinación de los actos procesales a la aplicación del derecho.

Viada López y Jiménez Asenjo, siguiendo a Guasp, formulan para el proceso penal una teoría que denominan de la institución jurídica. Conciben el proceso como instrumento ideado para resolver un conflicto de intereses de la misma sociedad: castigo del culpable y no condena del inocente. De aquí que el proceso deba organizarse con dos representantes oficiales: acusador y defensor, encargándose la solución al juez u órgano jurisdiccional. La institución surge al ser el proceso, a más del resultado de una combinación de actos dirigidos a un fin, un complejo de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común objetiva a la que adhieren las voluntades de todos los sujetos. Esa idea común tiende a la actuación o denegación de las pretensiones. Las voluntades de los sujetos que a esa idea adhieren se vinculan entre sí dando vida a relaciones, formando como categorías: derechos subjetivos y obligaciones, y al lado de ellas existen cargas o subordinaciones y atribuciones o potestades.

Entre otras teorías menos extendidas pueden mencionarse la de la existencia de protección jurídica por el Estado, la del conjunto de relaciones jurídicas, la de la entidad jurídica, la de la empresa y más modernamente la de la satisfacción de pretensiones.

168. En el proceso se presentan, indudablemente, relaciones jurídicas entre los intervinientes, subordinadas o no al tema sustancial a decidir, las que convergen en un mismo fin común. Pero también existen vínculos que ligan a los órganos públicos con elementos que si bien inciden en el proceso, están fuera de él, como la falsedad del testigo. Por otra parte, los sujetos procesales están ligados a la norma jurídica por un vínculo común de obediencia a ella, y nadie niega la existencia en el proceso de una idea común objetiva capaz de vincular las voluntades de los diversos sujetos manifestadas en los actos procesales. Es exacto, por fin, que ante la actividad a cumplir, las partes ocupan cambiantes situaciones jurídicas frente al pronunciamiento final, lo que no parece aplicable para el Ministerio Fiscal.

Sin embargo, para el proceso penal es imposible limitar la explicación de su esencia a alguna de estas teorías. Se incurre en error cuando se afirma que el proceso es una relación o conjunto de relaciones, una situación, una entidad o institución jurídica. Ello no demuestra sino una calidad específica de su total esencia. Pero sí podría expresarse que en el proceso existe una relación o conjunto de relaciones, una situación, o una idea común objetiva, o todo esto a la vez y al mismo tiempo un ligamen de la actividad a la norma a obedecer. De aquí que todas las teorías estén en lo cierto en cuanto determinan uno u otro de esos contenidos o aspectos, y no lo están en cuanto niegan los demás.

169. La verdad es que la esencia está en el género "proceso" en cuanto instrumento o medio para la efectiva realización de la justicia, y sus especialidades son: primero lo de "jurisdiccional" que da las notas de oficialidad (órgano oficial) e imparcialidad, y después la de "penal" para caracterizar el tipo que en concreto nos ocupa. Debemos observarlo en cuanto estructura evolutiva construida por el legislador conforme a la base constitucional del juicio previo como instrumento idóneo para que la justicia penal se administre jurisdiccionalmente y con respeto de las garantías constitucionales.

La estática del proceso se manifiesta en su estructura subjetiva; la dinámica, en la objetiva. El procedimiento es la cinemática procesal. Todo tiene en miras la transformación de una posibilidad juzgable en una realidad juzgada positiva o negativamente. Sobre esta unidad de causa (posibilidad), de objeto (hecho punible), de método (alegación, prueba y sentencia) y de fin (condena o absolución), recae la actividad procesal resultante del cumplimiento de los deberes y ejercicio de los poderes regulados en abstracto por el derecho procesal.

Hay unidad de objeto y fin ante el imperativo legal de coincidir sobre la *res iudicanda* para la obtención de la *res iudicata* (congruencia). Es la exigencia del juicio previo constitucional. De aquí que el proceso penal pueda ser mentado como una estructura legalmente regulada para la manutención o reconstrucción oficial del orden jurídico penal cuando su alteración fuere afirmada ante el órgano jurisdiccional por el titular de la acción, a fin de que, con la debida garantía de los derechos individuales, decida sobre la responsabilidad del posible infractor.

II. CONTENIDO, OBJETO Y FINES

SUMARIO: 170. Las categorías procesales penales. 171. Elementos. 172. Objeto procesal penal. 173. Clasificación del objeto. 174. Fines del proceso penal. 175. Extensión y caracteres del objeto. 176. Conexión de causas. 177. Efectos de la conexión. 178. Prueba de la verdad. 179. Procedimiento probatorio. 180. Libertad de la prueba. 181. Procedimiento de ejecución, cautelar e impugnativo.

170. Desde el punto de vista procesal, las partes actúan para obtener decisión sobre el asunto penal propuesto; desde el punto de vista sustancial, pretenden que el juez les dé la razón. El juez procesalmente dicta la sentencia conforme a la ley; sustancialmente, condena o absuelve. La actuación se provoca por estímulos o imperativos extraprocesales cuya realización está regulada por el derecho procesal penal: acusar, defenderse, declarar, decidir, notificar. Esto nos lleva a fijar el contenido del proceso en función de categorías procesales cuya obtención trataremos de explicar.

Parécenos conveniente partir de dos categorías básicas, cada una de las cuales muestra dos manifestaciones. Un enfoque procesal de los poderes y de los deberes, nos traslada a la posición activa o pasiva en que se colocan las personas del proceso frente a la actividad prevista, lo que se resuelve en atribuciones y sujeciones. Tanto unas como las otras al ejercitarse se resuelven en autorizaciones e imperativos de actuación (o de no actuación). De aquí que en el proceso penal haya atribuciones impuestas, atribuciones facultativas, sujeciones impuestas y sujeciones facultativas.

Este conjunto de atribuciones y sujeciones giran avanzando como en espirales alrededor del único eje que es objeto y fin del proceso penal. Ese eje es la materia penalmente relevante en transformación de *iudicanda* en *iudicata*. A su largo los sujetos procesales se vinculan en relaciones recíprocas o asumen cambiantes posiciones que determinan el contenido del proceso.

Se dice que el contenido del proceso es sustancial cuando los poderes y deberes de actuación inciden sobre la cuestión penal de mérito incorporada al proceso como fundamento de la pretensión. Se dice que ese contenido es procesal cuando los poderes y deberes sólo inciden sobre las meras formas procesales.

Respecto del contenido sustancial, es de regla que sea indisponible en el proceso penal. Las excepciones a esta regla se muestran frente a algunas causales extintivas expresamente previstas por la ley de fondo. El contenido formal, en cambio, se muestra más ampliamente disponible, como ocurre con lo relativo a la impugnación de los actos procesales, y a la iniciativa incidental; inciden directamente en el curso del proceso y no en el sentido de la decisión o en el mantenimiento de la pretensión, aunque en algunos casos pueda indirectamente influir en ello.

171. Se ha dicho ya que el proceso se estructura con elementos subjetivos y objetivos. El procedimentalismo dio preferencia a los objetivos; el cientificismo a los subjetivos sin descuidar los otros. Unitariamente, lo subjetivo del proceso penal se manifiesta en el conjunto de personas que intervienen ejerciendo atribuciones o sometién-dose a sujeciones que integran el contenido del proceso y lo impulsan a su finalidad; lo objetivo, en el desenvolvimiento de la actividad que resulta de la serie gradual y progresiva de conductas cuya molécula es el acto procesal penal.

Son elementos subjetivos fundamentales las personas que se desempeñan como sujetos procesales. Los demás son auxiliares o colaboradores. Son sujetos esenciales el tribunal, el acusador y el imputado; eventuales, los que se vinculan con la cuestión civil y el querellante conjunto cuando la ley autoriza al ofendido a intervenir a la par del Ministerio Fiscal. Los colaboradores intervienen para hacer práctica la tarea judicial, completar la personalidad y defensa de los sujetos privados o actuar como órganos de prueba.

Son manifestaciones objetivas de los sujetos procesales que orientan el resto de la actividad: la sentencia penal, la acusación y la declaración indagatoria. No obstante su concepción unitaria, esa actividad se fracciona en miras a específicas finalidades. Se integran así etapas y dentro de ellas momentos con rito particular: instrucción con la investigación y la crítica; juicio con su momento preliminar, el debate y la decisión; impugnación y ejecución.

172. Hemos expresado ya que el objeto material del proceso es el tema propuesto como *res iudicanda* y que su finalidad más característica es la obtención de la *res iudicata*. El objeto resulta ser así

un asunto de la vida; la materialidad afirmada como penalmente relevante. Sobre ese asunto penal así afirmado versa el proceso, en su tendencia a transformar una posibilidad en realidad actual.

Se trata de un concepto representativo de lo fáctico hipotizado en las normas penales; un posible acontecer cuyas consecuencias son penalmente relevantes. En el proceso se traduce en forma de imputación que en su comienzo puede no ser subjetivamente individualizadora.

No es correcto limitar la consideración del objeto procesal penal a lo puramente fáctico (hecho desnudo). A ese hecho debe agregársele la condición de ser penalmente relevante. Esto conduce a la desestimación de la instancia promotora cuando el hecho no encuadra en una norma penal. El objeto se mantendrá como tal mientras subsista la posibilidad delictual que impulse el proceso hacia el fallo que la defina. Cuando esa posibilidad desaparezca por haberse extinguido o agotado la pretensión penal, deberá sobreseerse o absolverse; pero el objeto no faltará. Esos pronunciamientos negativos producen cosa juzgada.

173. En consideración a las consecuencias jurídicas posibles que integran el objeto del proceso, éste puede ser examinado desde el punto de vista penal y desde el punto de vista civil. Dado que las consecuencias penales deben estar siempre presentes como posibles, en cuanto a ellas se habla de un objeto principal. En cambio, dado que las consecuencias civiles no se presentan como posibles en todos los casos, en cuanto a ellas se habla de un objeto eventual, que a su vez es accesorio con respecto al principal.

El objeto principal actúa como fundamento de la pretensión penal, y el accesorio como fundamento de la pretensión reintegradora patrimonial. Al primero se vincula la actividad de los sujetos principales y del querellante; al segundo la del juez, imputado, y demandante y demandados civiles.

Cuando el hecho penalmente relevante no produce consecuencias civiles, el proceso seguirá su curso hacia la sentencia sobre la cuestión penal. Cuando las produzca, el juez podrá examinarlas de oficio en cuanto sean de interés para decidir la cuestión penal (daño causado, art. 41, inc. 1º, Cód. Pen.), pero el tema no se incorporará como objeto procesal accesorio si no se ejerce la acción civil. Si ésta se dedujere en sede civil, en ese proceso el objeto ya no será eventual o accesorio.

174. Los fines del proceso penal se desdoblan en genéricos y específicos. Los genéricos son remotos y conjugan con el perseguido por toda la función jurídico-penal del Estado: pacificación jurídica por el mantenimiento del orden establecido.

Los fines específicos son los que corresponden al proceso en su unidad integral, siendo propios de él, y se resuelven en la obtención del material juzgable, para actuar con respecto a él el derecho y en su caso proveer al cumplimiento de las condenas. Pueden distinguirse en mediato e inmediato.

El fin específico mediato coincide con la finalidad de la jurisdicción: actuación concreta del derecho penal y eventualmente del civil, que se resuelve en la obtención de la cosa juzgada puesta en práctica con la ejecución. El fin específico inmediato es el sustento de esa actuación del derecho, y se resuelve en la obtención de la verdad con respecto al elemento fáctico del objeto propuesto, fijándolo a través de la prueba en cuanto a su coincidencia con la realidad histórica.

La indisponibilidad del contenido sustancial del proceso hace que las partes no puedan vincular al tribunal en cuanto a la fijación de los hechos en el proceso penal. Esto demuestra la diferencia y a la vez la vinculación entre objeto y fines del proceso penal. Se actúa sobre el objeto para conseguir los fines. La verdad sobre lo fáctico del objeto concreta la actuación de las normas que dan relevancia jurídica a ese mismo objeto procesal.

175. El examen del objeto procesal requiere considerar los elementos fácticos objetivos y subjetivos, analizándolos bajo el lente del derecho sustancial, y atendiendo a la conducta en sí y a sus consecuencias materiales y jurídicas.

La objetividad del hecho comprende al núcleo, sus antecedentes y consecuencias, y eventualmente sus adherencias. El *núcleo* es la conducta humana enjuiciada, inmersa en las circunstancias de modo, tiempo y lugar que tengan trascendencia jurídica. Antecedentes y consecuencias son las situaciones legalmente tipificantes o eliminadoras del hecho como delito, y los rastros materiales y morales dejados para obtener por el hecho de su producción y que contribuirán a reconstruir lo ocurrido. La subjetividad se refiere al elemento humano de esa conducta

en cuanto vinculada al acontecer valorado jurídicamente, y apreciada en su proyección temporal.

Agotado el examen del objeto procesal, corresponderá subsumirlo en las normas constitutivas del orden jurídico para afirmar o negar la responsabilidad del perseguido penalmente. Dado que esto es aplicar el derecho, se advierte cómo entre éste y el hecho no es posible obtener una separación tajante: para la existencia de un objeto procesal el sustento fáctico debe ser pensado jurídicamente.

Corresponde asignar al objeto del proceso penal los siguientes caracteres:

Individualidad: cada proceso penal tiene su propio objeto (T. S. J. de Córdoba, B. O. 1945, p. 357), que se concreta y especifica en la acusación (aun en caso de conexión: J. A. 1957-III-9, N° 106).

Integridad: no puede penalmente parcializarse; es una totalidad y no más de lo que ella abarca, por lo cual el tribunal debe tratarlo sin omitir ninguna de sus consecuencias jurídicas que la ley vincula al hecho (Cám. Crim. Cap., J. A. 1959-II-20). El *non bis in idem* será aplicable aun respecto de lo no considerado por la sentencia firme, siempre que integre el objeto propuesto a la jurisdicción para que se decida sobre él.

Inmutabilidad: debe mantenerse como en el momento inicial durante toda la trayectoria del proceso hasta su agotamiento en la sentencia. De aquí que sólo pueda ser retirado de la consideración del juzgador cuando la ley lo autoriza expresamente, y que las partes no puedan modificarlo con eficacia vinculante para el tribunal. Esto también interesa para la aplicación del *non bis in idem* en su referencia al objeto.

176. De esto se deduce que, en principio, cada causa criminal debe tener trámite independiente, aunque hubiere varias idénticas de competencia del mismo tribunal. Pero dicha regla puede ser alterada por criterios prácticos. Así ocurre cuando entre dos o más objetos procesales existe relación o vínculo de manera que se dé vida a un proceso con objeto plural. Esto da lugar a lo que se conoce por conexión de causas penales, la que puede producirse por razones objetivas o subjetivas. Es objetiva cuando las causas se conectan en razón de los hechos

imputados. Es subjetiva cuando las causas se conectan porque los hechos se imputan a una misma persona.

En ambos casos debe existir más de un hecho en su integridad conceptual, no siendo suficiente la pluralidad de partícipes, de normas violadas o de acciones delictivas. De aquí que no haya conexión de causas en la coparticipación ni en el concurso ideal. Se requieren dos o más hechos que se relacionan entre sí, en los casos de ley, por la oportunidad de su comisión, por el acuerdo entre sus partícipes, por razones teleológicas o efectuales o por identidad de imputado.

Los códigos modernos prevén la conexión subjetiva en un inciso y discriminan la objetiva en varios casos:

- a) Simultaneidad de hechos de varias personas reunidas;
- b) existencia de acuerdo para cometer los delitos;
- c) hechos ligados por nexo de causalidad, o sea el uno para perpetrar o facilitar el otro (medie y fin) atribuido a persona distinta;
- d) ligamen por la finalidad de procurar con el hecho la impunidad o el provecho del delito cometido por otro.

177. El estudio de la conexión de causas penales debe ser proyectado a sus efectos. Para ello debemos comenzar por distinguir los casos en que todas las causas corresponden a un mismo órgano jurisdiccional o a órganos jurisdiccionales diversos (nacional o provincial, o de distintas provincias). Cuando las causas correspondan a distintos órganos jurisdiccionales, el efecto que produce la conexión es el de la prioridad en el juzgamiento. El fuero de atracción no funciona en materia penal.

Cuando las causas corresponden a un mismo órgano jurisdiccional (al federal o al de una provincia), los efectos son distintos. La regla es la acumulación procesal, pero en el orden de la justicia de la Nación tiene un escollo en el artículo 108 constitucional. Esa acumulación tiende a unificar el proceso para la realización de un trámite común; pero lo importante es que todas las causas deben converger a un mismo oficio judicial penal (juzgado o cámara) de mérito, con lo cual se alterarán las reglas del llamado "turno" o de la competencia según que las causas independientemente hubieran correspondido al mismo tri-

bunal a que pertenece ese oficio o a tribunales distintos territorial o materialmente.

Ese efecto unificador da vida al proceso penal con pluralidad de objeto principal. Se funda en razones prácticas de mejor justicia, por lo cual ha de evitarse cuando resulta perjudicial (desacumulación), aunque se mantenga la unificación del oficio judicial. No es posible acumular una causa *por delito* perseguible por acción de ejercicio público con otra perseguible por acción de ejercicio privado atento a la imposibilidad de unificar el régimen procesal.

178. Se ha dicho que el proceso tiene por fin inmediato el descubrimiento de la verdad. Le interesan todas las consecuencias del hecho inculminado, aunque éstas puedan también repercutir en sede civil o disciplinaria. Esa finalidad absorbe la actividad de todos los intervinientes en una enorme proporción.

El hecho mostrado como posible debe convertirse en realidad afirmativa o negativa en todas sus proyecciones objetivas y subjetivas, en sus antecedentes y consecuencias jurídicamente relevantes. La premisa menor del silogismo judicial debe integrarse completamente, a través de operaciones prácticas y críticas dirigidas a obtener la verdad del acontecimiento juzgable. Debe revivirse el pasado en su reconstrucción y reproducción a través de las actuales manifestaciones.

Pero la *verdad* es de significación ontológica. El espíritu sólo puede tomar posición frente a ella. Si la idea llega a adecuarse a la realidad, se estará en posesión de la verdad. Pero esto es cuestión que sólo cabe considerar como posible frente a la subjetividad del conocimiento. Así ocurre en el proceso, donde la verdad se persigue a través de valoraciones cognoscitivas.

La firme creencia de estar en posesión de la verdad es el estado de certeza, de contenido simple e ingraduable, que implica desechar toda noción opuesta. Puede ser afirmativa o negativa en cuanto consista en la ocurrencia o en la no ocurrencia del hecho. En esos dos extremos, sin embargo, puede oscilar el espíritu mientras se mantiene en grado de incertidumbre. Ésta ha de mostrar infinitos grados que se aproximan o alejan de la afirmación o negación, y cuyo término medio representará el estado típico de duda: igualdad de motivos para afirmar y negar, todos dignos de ser tenidos en cuenta.

Cuando predominan los motivos que nos conducen a afirmar pero sin poder desechar los opuestos, el estado será de probabilidad: algo más que duda y menos que certeza. Lo contrario es el estado de improbabilidad. El principio *in dubio pro reo* sólo excluye la certeza sobre la culpabilidad; capta la duda típica y la probabilidad.

179. Los elementos de convicción, en cuanto datos legalmente introducidos al proceso capaces de producir un conocimiento acerca de la verdad de lo que se juzga tienen relevancia cuando proporcionan certeza o probabilidad para afirmar o para negar. En el proceso interesa fundamentalmente que esto ocurra en el ánimo del juzgador, sin perjuicio de que también interese en la función valorativa de los otros sujetos procesales.

En la imputación penal se afirma que alguien (imputado) cometió un concreto hecho penado por la ley (delito). Esa conducta está integrada en lo subjetivo y objetivo por antecedentes, circunstancias y consecuencias de hecho, que contribuyen a delimitar el esquema legal y demás condiciones excluyentes o reguladoras de la punibilidad. Esto conduce a concluir que si bien el objeto del proceso es básico para la prueba, el de ésta tiene un desenvolvimiento mucho mayor.

El fin inmediato del proceso se obtiene por el procedimiento probatorio que se resuelve en la introducción y la valoración de los elementos de convicción. La introducción se practica a través de los medios de prueba. Éstos son elaboraciones legales que garantizan la efectiva adquisición de la prueba para el proceso. Son como nexos que unen el objeto de la prueba con el conocimiento que de él se adquiere, poniendo el dato valorable al alcance del juzgador.

Distinto de los elementos y medios son las fuentes de comprobación, vale decir aquello de donde la prueba mana. Fuentes, son las situaciones del proceso cuyo contenido permite orientar la investigación: las citas que se hacen en la denuncia o en la indagatoria, por ejemplo, o el resultado de la requisita o el secuestro.

180. En el proceso penal rige en forma amplia el conocido principio de libertad de la prueba: todo se puede probar y por cualquier medio. Pero la amplitud del principio no es absoluta. Existen limitaciones expresas de la ley o que derivan de principios generales, referidas ya al elemento, ya al medio de prueba.

Tanto la regla como las excepciones son de naturaleza sustancial por cuanto constituyen el orden jurídico garantizando su establecimiento; pero se proyectan directamente a la realización jurisdiccional del orden. De aquí que las leyes procesales no puedan alterar las previsiones de las leyes de fondo al respecto. La ley sustantiva es la que debe jerarquizar los valores jurídicos cuando la protección de uno implique afectación del otro.

Nuestra ley penal sustantiva no prevé limitaciones a la prueba, pero la Constitución repudia muchos procedimientos probatorios, fundamentalmente cuando van en contra de la humanidad, la dignidad, la libertad individual o las buenas costumbres. Se prohíbe todo método que tienda a quebrantar la inviolabilidad de la conciencia humana: torturas física o moral, modernamente oculta bajo refinados procedimientos: detector de mentiras, sueros de la verdad, etcétera.

Los códigos procesales penales están llenos de normas tendientes a impedir que se le arranque la confesión al imputado o que se desvíe el dicho de los testigos. Pero resulta indispensable considerar también las normas de la ley civil sustantiva en su manifestación realizadora ante la prueba. Suele limitarla para proteger otros intereses jurídicos, por lo general en el estado civil de las personas y en el campo contractual, no así en el área de los actos ilícitos coordinada con el derecho penal.

En lo que hace a la prueba de los contratos, éstos no deben confundirse con los hechos que se van realizando para obtener o no ese acuerdo o para mantenerlo, variarlo o anularlo. La confusión entre estos dos aspectos llevó a los códigos procesales modernos a sentar como regla que en el proceso penal no rigen las limitaciones establecidas por las leyes civiles para la prueba. Tanto esta regla como la justificada excepción con respecto al estado civil de las personas, debió ser norma del Código Penal.

180 bis. Uno de los puntos en que insistió la doctrina teórica y judicial de concepción inquisitiva fue el relativo a la finalidad de obtener la verdad material o real. Como es sabido, el mismo nombre de "inquisición", como sinónimo de indagación o averiguación, es claramente demostrativo de lo señalado. De acuerdo con tal concepción, se entendía que todo medio era idóneo si conseguía revelar lo oculto y

permitía que se descubriese lo acontecido. Los graves abusos derivados de procedimientos que alentaban la delación se adentraban en la intimidad y coaccionaban mental y físicamente al imputado (y en ocasiones a los testigos) para arrancarles la admisión de lo atribuido o datos concernientes a lo investigado, generaron una fuerte reacción que fundamentalmente estuvo dirigida a poner límites a ese ejercicio de poder. Tales límites aparecen definidos en el conjunto de garantías de las Constituciones y de los instrumentos internacionales y, de modo particular, refieren a la absoluta prohibición de obligar al imputado a declarar contra sí mismo, la abolición de tormentos y apremios físicos y morales y la inviolabilidad del domicilio, de los papeles privados y de las comunicaciones. A su vez, las leyes de procedimientos establecen determinados requisitos para la admisión de la noticia del delito y reglamentan con prolijidad las diferentes diligencias probatorias.

Ahora bien: sin desconocer que sobre la materia ha habido progresos significativos, es indudable que en la realidad ocurren notorias desviaciones respecto de ese marco regulador, los que en más de un caso contaron con el beneplácito expreso o implícito del propio Poder Judicial. El método de coaccionar al imputado para obligarlo a admitir la comisión del delito y/o denunciar cómplices, de inmiscuirse irregularmente en el ámbito de su privacidad y de recurrir a medios apartados de las leyes para obtener datos relevantes han sido una práctica perversamente generalizada que arroja sombras oscuras sobre el proceso penal.

Esta situación fue extensa y profundamente analizada, denunciada y criticada en el célebre caso de la Corte estadounidense "*Miranda versus Arizona*", en el que se sentó la doctrina que descalifica los "procedimientos oficiales abusivos", y en los casos "*Montenegro*" (en el que la investigación se asentaba sobre dichos del imputado arrancados bajo apremios físicos) y "*Fiorentino*" (prueba lograda en un allanamiento sin orden judicial) de nuestra Corte, entre otros.

La idea central de esa buena doctrina judicial puede sintetizarse, como expresó la Cámara Nacional Criminal y Correccional en "*Monticelli*", en que el Estado no puede combatir el delito con actos delictivos ni convalidar procedimientos al margen de la regularidad, porque al hacerlo, a más de contravenir expresas disposiciones de jerarquía cons-

titucional, se aparta de las bases éticas que legitiman el poder penal en un Estado de Derecho.

Dentro de la lógica de esa construcción, se desembocó en la regla de exclusión probatoria, conocida también como “Los frutos del árbol envenenado”, que lleva a que no pueda incorporarse al proceso la acreditación lograda en contravención a normas constitucionales y a la consecuente que deriva de la misma, determinándose la nulidad.

En este aspecto, las soluciones legales adoptadas se han dirigido a prohibir a las autoridades de la prevención tomar declaraciones sobre el hecho investigado al imputado (art. 184, Cód. Proc. Pen. Nac.) o dar un carácter totalmente facultativo a la declaración ante el fiscal, con presencia del defensor (Proyecto de Santa Fe) y a extremar los recaudos legales para el allanamiento de morada y la intercepción de comunicaciones.

De igual forma, los códigos recientes incorporan, por lo común entre las disposiciones generales de índole fundamental, la regla de que cualquier violación de una garantía no podrá hacerse valer en contra del imputado y la de que la prueba ilícita será sancionada por la nulidad, a más de las responsabilidades penales y/o administrativas que puedan corresponder a los infractores.

Así mismo y desde otra perspectiva, el tradicional énfasis respecto de la obtención de la “verdad real” ha sido cuestionado, tanto desde un punto de vista teórico y epistemológico como práctico; más bien parece ahora más aceptable hablar de una “verdad judicial”, es decir, un grado de conocimiento aceptado por el cumplimiento de determinadas reglas legales, de experiencia y psicológicas y hasta por ciertos elementos consensuales, como en el supuesto del juicio abreviado.

Hechas estas consideraciones, puede concluirse que el principio de investigación integral es aceptable en tanto y en cuanto la averiguación y acreditación se haga de modo regular y se valore de modo racional, conforme a los paradigmas vigentes en el estado actual de los conocimientos.

181. La condena se integra con la imposición de una determinada pena a sufrir. De aquí que durante la ejecución penal se alteren el objeto y fin procesales. La condena penal (y en su caso civil) debe

ser puesta en práctica para obtener la reintegración del orden jurídico. La pena o la obligación de pagar o restituir en que se resuelve la condena son el contenido del título ejecutivo; éste es el objeto de la ejecución, penal o civil; la efectiva reintegración del orden es la finalidad. En lo penal la pretensión es ahora punitiva, por cuanto la ley ya se aplicó incriminadoramente. La condena es la causa, y el cumplimiento de la pena el fin de la ejecución.

Esta diversidad de objeto y fines no es suficiente para destruir la unidad del proceso en sus fases cognoscitiva y ejecutiva. Esta unidad se fundamenta en la continuidad de los poderes sustanciales de realización, los que en definitiva actúan sobre un mismo objeto, aunque modificado: *res iudicata* y con el fin común de realizar el derecho constitutivo.

Es común que la ejecución esté precedida por una serie de actos cautelares, que suele conocerse por "proceso cautelar", a iniciarse con el proceso mismo. Con esta actividad se afecta la libertad del imputado y los bienes suyos o de un tercero, con fines preventivos de una recta obtención de la cosa juzgada o para la eficacia de la ejecución penal o civil. Se advierte que los poderes sustanciales inciden aquí sobre la *res iudicanda* pero de un modo especial. La causa de estas medidas preventivas es la imputación penal en cuanto posibilidad delictual. Tienen a evitar un daño jurídico.

Finalmente, en el proceso se advierte también lo que denominaremos procedimiento impugnativo. Se desdobra en lo que suele considerarse como "recurso" y en la oposición. Se trata del ejercicio de poderes procesales que se activan para evitar que el proceso se desvíe del camino marcado por la ley. De aquí que, en general, tanto su objeto como su finalidad coincidan en gran parte con los del proceso.

III. PRINCIPIOS QUE LO GOBIERNAN

SUMARIO: 182. Fuente y extensión. 183. Derivaciones concretas. 184. Distribución general. A) Principio de oficialidad. B) Principio de investigación integral. C) Principio de personalidad del imputado.

182. La regulación específica y completa del proceso conduce al encuentro de los principios que deben gobernarlo. Ello equivale a proporcionar la orientación concreta de una buena ley procesal

penal. Nuestros códigos modernos han pugnado por captar esos principios, superando la orientación de los antiguos.

Pero a la par de la ley, la vigencia de esos principios en mucho depende de la práctica. No sólo el legislador sino también los jueces y el foro deben hacerlos efectivos y respetarlos.

Guía inexcusable debe ser el conjunto de bases constitucionales de la realización del derecho. Ellas iluminan el panorama del proceso, único instrumento idóneo para realizar el derecho penal. De esas bases deben derivar todos los principios, directa o indirectamente. Las leyes procesales las reglamentarán sin alterarlas o contradecirlas, so pena de incurrir en inconstitucionalidad. De esta manera haremos técnica del proceso penal, estudiándolo en su existencia legal.

Nuestro régimen institucional vigente impone elaborar un sistema procesal penal en el que, sin destruirse, se encuentren debidamente conjugados el interés individual de defensa y el social de la represión. Considérese que este último se satisface plenamente con la protección del primero: evitar la condena del inocente. En la coexistencia de estos dos intereses quedan enmarcados los principios rectores del proceso penal.

En realidad se trata de la vigencia y delimitación de los principios acusatorio e inquisitivo, ambos vigentes a lo largo del proceso, pero dominando uno u otro en sus diversas fases: instrucción con predominio inquisitivo; juicio con predominio acusatorio a lo menos en su enfoque formal. Esto se advertirá mejor cuando se analice la actividad procesal (Nº 463 a 467) y los procedimientos (Nº 650 y ss.).

183. "Acusatorio" no es propiamente "dispositivo", ni "inquisitivo" se debe confundir con "oficialidad". El proceso no dejará de ser acusatorio aunque se prohíba la disponibilidad de su contenido sustancial o formal de las partes. El procedimiento de oficio es propio del sistema inquisitivo, ciertamente; pero éste tiene otras notas que lo caracterizan con más especificidad como la centralización de los poderes de realización. Un proceso puede ser sustancialmente inquisitivo, pero mantenerse acusatorio en lo formal.

La exigencia del proceso previo es la base reguladora de todos los principios procesales penales, por ser el único medio posible para llegar

a una condena legítima: proceso regular y legal. De él deriva el principio de acusación y todos los referidos a la defensa del imputado. Con él se coordinan todas las reglas derivadas de las bases del estado de inocencia y del juez natural.

Pero la base que tiene mayores derivaciones por el énfasis puesto en su enunciación, es la de la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos. De ella proviene todo lo relativo a la situación del imputado para garantizarlo frente al ejercicio de la acusación y de la jurisdicción. El *non bis in idem* es base que impide la doble persecución, por lo cual tiene claras manifestaciones procesales de seguridad jurídica.

Otras bases, como la de independencia del Poder Judicial, la prohibición de obligar a declarar contra sí mismo y del arresto sin orden, o la inviolabilidad de los papeles privados tienen, por cierto, manifiesta importancia y proyección en el proceso penal, coordinando sus derivaciones con las de las bases anteriores.

184. La doctrina no es uniforme en la consideración específica de estos principios del proceso penal. Algunos autores son asistemáticos, otros tratan de reducirlos a un criterio unitario, y otros, en fin, los orientan con diversificación de enfoques debidamente coordinados entre sí: actividad procesal, situación de los sujetos esenciales, finalidad inmediata del proceso, contenido sustancial, etcétera.

Nosotros propiciamos una ordenación que se orienta desde tres puntos de vista: objetivo, que es el más general, en cuanto contempla toda la actividad proyectada al contenido del proceso; finalista, en cuanto dirigido al fin inmediato del proceso consistente en la obtención de la verdad o criterio de veracidad, y subjetivo, referido a la protección del imputado en cuanto a su personalidad.

Esta variedad de criterios para obtener los principios y sus corolarios tiene un punto común de referencia que los orienta en su formulación y desarrollo: los órganos del Estado deben actuar, en salvaguarda de la sociedad y respetando la personalidad individual, las normas sustanciales y procesales referidas a la penalidad, guiándose por la necesidad de justicia a través de la consecución de la verdad sin menoscabo de la libertad individual. Estos criterios centralizadores de verdad y de

justicia aún no dejan de ser conculcados cuando se da prevalecencia desmedida al interés social.

Con estas orientaciones, agrupamos los principios en los tres fundamentales siguientes: oficialidad, investigación integral y personalidad del imputado.

A) Principio de oficialidad

SUMARIO: 185. Planteamiento general. 186. Oficiosidad y legalidad. 187. Otras derivaciones de la obligatoriedad. 188. Indisponibilidad.

185. El principio oficial o de oficialidad es manifestación de la justicia estatal, rige para todo el proceso, pero con mayor extensión para el proceso penal. Trasciende de la jurisdicción para extenderse al ejercicio de la acción por cuanto ésta tiene por titular al Estado, y aunque subsidiariamente, también a la defensa técnica. Para la jurisdicción el principio oficial es absoluto; para la persecución es la regla, y para la defensa sólo surge eventualmente.

El principio de oficialidad, que responde al interés social, contribuye decididamente a que el proceso penal responda al interés público de justicia en todas sus manifestaciones, sin derivar en tiranía procesal.

Ni los particulares ni el Estado pueden excluir la actividad del juez en la actuación del derecho penal, porque éste es siempre de coerción mediata. El individuo no puede someterse voluntariamente a la pena sino en la medida que jurisdiccionalmente un juez declare su responsabilidad. La persecución penal está a cargo del Ministerio Fiscal, con excepción de los delitos perseguibles por acción de ejercicio privado. Esto no excluye la posible intervención del querellante. Luego, en los casos de excepción no rige el principio de oficialidad. También la Policía en su función judicial es órgano oficial del proceso. Si bien la defensa técnica corresponde por regla al defensor de confianza, o sea el profesional que el imputado elija, su indispensabilidad impone la intervención del defensor oficial cuando el imputado no hace uso de su derecho. Luego, en cuanto a esto, la oficialidad sólo funciona eventualmente.

Corresponde advertir que este principio presupone la descentralización de los poderes que inciden en el proceso, a lo menos en el

momento culminante de la actividad. Esto es importante para demostrar la coordinación del principio con el tipo acusatorio. Las excepciones a esa descentralización son precisamente consecuencia del origen inquisitivo de la oficialidad.

186. La primera regla que deriva del principio oficial es la de la obligatoriedad. Los órganos públicos deben ejercer necesariamente la función penal que la ley les asigna en la realización del proceso. Mientras el principio rige, el proceso penal debe provocarse cuando se dan las condiciones para ello, y provocado debe cumplirse hasta su agotamiento salvo las excepciones expresamente previstas en la ley.

De la obligatoriedad deriva la regla de la oficiosidad referida a la actividad promotora de la persecución: la acción penal se inicia de oficio, salvo los casos exceptuados por la ley. Es el artículo 71 del Código Penal. Es regla de promoción procesal para el Ministerio Fiscal y la Policía, de la cual hacen excepción los casos del artículo 72 del Código Penal; delitos para cuya persecución se requiere instancia del agraviado. El ejercicio de la acción penal debe iniciarse cuando estén reunidas las condiciones legales, sin necesidad de excitación extraña particular u oficial.

De la obligatoriedad deriva también la regla de la legalidad que implica prohibir todo criterio discrecional para determinarse a ejercer la función en el caso concreto. Siendo el proceso inevitable, no debe regir la oportunidad. Esta última es una regla práctica o política en cuanto a sus fundamentos, que no ha tenido entrada en nuestro derecho. Para fortificar la legalidad en el ámbito del ejercicio de la acción, los códigos procesales establecen el contralor jurisdiccional de la negativa a promover la acción.

187. La regla de la legalidad se desdobra en cuanto al tiempo en la promoción necesaria y la irrefragabilidad. Lo primero hace al inicio y lo segundo al desarrollo del proceso penal. El proceso debe ser promovido necesariamente por la Policía o el Ministerio Fiscal (o de oficio por el juez cuando se le acuerde esa atribución) al tomar conocimiento de un hecho que encuadra en una norma penal. Promovido el proceso, el tribunal debe avocarse necesariamente si la acción penal está legalmente ejercitada, y continuar ejerciendo la jurisdicción. Iniciado así el ejercicio de ambos poderes, no puede suspenderse, interrumpirse o hacerse cesar

sino en los casos expresamente previstos por la ley. Son los impedimentos que fueron ya estudiados (Nº 139 y ss.).

Mientras la jurisdicción sea excitada legalmente, debe mantenerse en su ejercicio hasta obtener pronunciamiento definitivo sobre el fondo. Si media un impedimento para la persecución no debe ejercitarse la acción. Si no obstante el impedimento se promueve o ejercita la acción, el tribunal debe negar el ejercicio de la jurisdicción no iniciando o no continuando el proceso. Aclaramos que el poder de acción también se ejercita cuando el Ministerio Fiscal requiere sobreseimiento o absolución.

Estas reglas operan también negativamente. En su enfoque particular, se concretan al determinado juez del proceso. Debe impedir su prosecución declarando la existencia y efectos de la causal obstaculizadora: paralización o truncamiento del proceso.

En todo caso debe tratarse del tribunal competente conforme a la ley, competencia que en materia penal nunca es prorrogable. Los casos en que se alteran algunas reglas, como el de la conexión, son a su vez reglas que están previstas también por la ley.

188. Del principio oficial deriva también la regla de la indisponibilidad en cuanto proyectada al objeto y al contenido sustancial: hecho y pretensión, o sea objeto material y contenido principal (penal). Deben mantenerse mientras no medie obstáculo legal y hasta tanto el proceso cumpla con su finalidad específica. La pretensión fundada en ese objeto no puede ser retirada o limitada por la sola voluntad del órgano público de la acusación, ni podrá vincular al tribunal la simple voluntad del imputado de someterse a la incriminación.

El proceso sólo puede evitarse, truncarse o paralizarse cuando media causa legal, con exclusión de todo criterio dispositivo. Si esa causa existe, el imputado no puede renunciar válidamente al efecto previsto por la ley. Las partes no pueden vincular al tribunal en cuanto intentan eliminar, modificar, reducir, ampliar o alterar, de cualquier otro modo no previsto en la ley, el contenido del proceso penal, su objeto y la prueba de ese objeto.

En lo penal, la jurisdicción sólo queda limitada por el objeto procesal y el ámbito de la pretensión que para el juicio se concreta en el acto de acusación. Esa acusación sólo excepcionalmente puede ser am-

pliada, y dentro de límites muy estrictos. El auto de procesamiento debe delimitar ese objeto dentro del ámbito de la imputación intimada.

El contenido sustancial del proceso sólo puede ser disponible si así puede expresarse, por el propio Estado a través de funciones diversas de la persecutoria que ejerce el Ministerio Fiscal; prescripción, amnistía, indulto, conmutación.

Aun la disposición de las partes sobre las meras formas procesales es muy limitada. Están totalmente excluidas las fundamentales que hacen a la estructura del proceso; esto sin perjuicio de algunas opciones que suelen legislarse: caso del juicio oral optativo de Buenos Aires. Es indispensable, por ejemplo, la atribución impugnativa y algunas oposiciones.

B) Principio de investigación integral

SUMARIO: 189. Alcance del principio. 190. Investigación autónoma. 191. Exclusión de la carga probatoria. 192. Introducción y valoración de la prueba. 193. Reglas de garantía.

189. Específica e inmediatamente, el proceso penal persigue la averiguación de la verdad como medio de fijar los hechos que materializan el objeto procesal. Se trata de la verdad sobre lo acontecido, o sea de conocer el hecho imputado en lo objetivo y subjetivo, con sus antecedentes y consecuencias: integración de la plataforma fáctica de los pronunciamientos de mérito. Sobre esta verdad no pueden disponer las partes como consecuencia de la regla de indisponibilidad.

En esto se apoya el principio de la investigación integral o de instrucción plena, traducido en las atribuciones del juez para obtener autónomamente en el proceso los elementos de convicción que considere pertinentes y relevantes para llegar a la verdad de los hechos, sin más limitaciones que las contempladas en la ley y las que se derivan del principio de congruencia. Se complementará con un sistema valorativo sin tasación legal previa y con amplia libertad de la prueba mientras se respete el contradictorio y la incoercibilidad del imputado.

La naturaleza de la causa penal impone que la investigación se extienda a la persona del imputado en su manifestación específica frente

al hecho y en la genérica de su personalidad y antecedentes. También aquí la plenitud instructoria es de regla.

Sabemos ya que la cuestión penal absorbe en su solución a la civil cuando ésta es introducida en el proceso penal. Esto hace que, no obstante el carácter privado de la cuestión civil, desde el punto de vista que ahora nos ocupa deba extenderse a ella el poder autónomo de investigación del tribunal mientras se mantenga en el proceso.

190. Las partes pueden, ciertamente, suministrar los materiales de prueba, pero el tribunal debe hacerlo también sin restricciones o con las limitaciones que imponga el contradictorio del juicio. En la instrucción las prohibiciones probatorias son excepcionales: prohibición de declarar, de recibir juramento, etcétera.

Durante la instrucción, pues, los poderes de investigación autónoma del tribunal son amplísimos. Las partes no pueden interferir esa actividad ni vincular al tribunal con ofrecimientos de pruebas, sin perjuicio de que pueda presentarlas. Las leyes autorizan a las partes a "proponer" medidas sobre cuya práctica el tribunal resolverá: las practicará si las considera pertinentes y útiles.

Durante el juicio también tiene el tribunal atribuciones autónomas de investigación, pero no en forma genérica. Son, sin embargo, tan amplias, que anulan toda disposición de las partes al respecto. Puede cubrir lo que las partes no ofrezcan de lo reunido en el sumario y las omisiones en que hubiere incurrido el instructor, introducir cualquier elemento de prueba que aparezca manifiestamente útil, y hasta reabrir el debate para ampliar las pruebas: medidas para mejor proveer.

Es cierto que el período instructorio se muestra aquí más inquisitivo que el del juicio, pero esto aparece claro en lo formal. Sustancialmente se advierte una marcada aproximación. Diríase que el principio de la investigación integral es el que sustenta más enérgicamente el rasgo inquisitivo del proceso no obstante la forma acusatoria predominante en el juicio.

191. Como corolario de este principio deriva la exclusión en el proceso penal de la llamada teoría de la carga de la prueba. El Ministerio Fiscal debe probar los extremos de la acusación para poder mantenerla, no como carga sino como imperativo de su función

específica; deber que se extiende aun para las pruebas de descargo. Su función persecutoria no es unilateral; está orientada por un criterio de justicia. El imputado tiene el derecho de acreditar su inocencia o atenuación de su responsabilidad, lo que no puede ser para él una carga si se tiene en cuenta que el tribunal está en el deber de obtener toda la prueba de cargo y de descargo para satisfacer el fin de verdad que el proceso persigue inmediatamente.

Con respecto al imputado esta conclusión está apoyada en la base constitucional del estado de inocencia. El imputado se mantendrá en ese estado mientras no sea condenado por sentencia firme. Para llegar a esa condena es indispensable destruir la inocencia que lo protege, no siendo necesario confirmarla para evitar la condena. Con respecto al acusador, sus omisiones probatorias no son suficientes para evitar la condena; el tribunal debe suplirlas dentro de los límites impuestos a esta actividad.

Sin embargo no siempre se ha mantenido esta orientación cuando, reconociendo el hecho, el imputado alega en su favor una causa eximente de responsabilidad. Se ha hablado de división de la confesión, lo que es un absurdo. Ni el reconocimiento del hecho vincula al tribunal, ni el imputado tiene la carga de probar la disculpa aunque no aparezca probable o sincera.

Esta regla se extiende a la cuestión civil cuando hubiera sido introducida en el proceso penal, pero limitadamente al hecho que es fuente de la responsabilidad. Es consecuencia del carácter accesorio que tiene la consideración civil del objeto procesal.

192. De este principio de investigación integral deriva una serie de reglas determinadoras de criterios para la introducción de las pruebas. Se refieren a la mayor amplitud en la libertad de la prueba en cuanto al objeto y al medio: inmediación para recibirla, bajo la efectiva dirección del juez. Esta regla de la inmediación se complementa con la identidad física del juzgador que impone dictar sentencia al mismo juez que recibió las pruebas en los debates.

Esa regla de la inmediación se desenvuelve con mayor eficacia a través de varios corolarios reguladores modales del procedimiento, que muestran adecuadas excepciones. Tales la oralidad como medio más original de transmisión del pensamiento; la continuidad en los actos

del debate y la sentencia para evitar dilaciones e interferencias que perjudiquen la autenticidad del material juzgable; la publicidad popular para favorecer el contralor social en la administración de justicia, y la concentración en cuanto incidencia de las correlativas actividades de los sujetos procesales en el quehacer común del debate, que se traduce en el pleno contradictorio.

También surgen criterios para valorar las pruebas introducidas al proceso, como es el de la libre convicción o sana crítica racional; el juez orientará su convencimiento por las reglas del recto entendimiento humano, sin sujeción a ningún criterio legal predeterminado. Esto no significa arbitrariedad o puro sentimiento, sino el sometimiento a criterios racionales fundados en la lógica, la psicología y la experiencia, reglas que permiten discernir lo verdadero de lo falso. Así debe objetivarse en la motivación del fallo. Pero esa valoración debe limitarse a las pruebas legalmente introducidas en el proceso, sin interferencias de elementos extraños aunque fueren de conocimiento del juzgador.

193. Este principio de la investigación integral se complementa con dos reglas que llamaremos de garantía, para las partes y para la colectividad. Estas reglas son la del *in dubio pro reo* y la de la motivación de la sentencia.

La condena sólo es correcta cuando se adquiere la certeza acerca de la culpabilidad del imputado. No obtenida esa certeza, corresponde absolver. La certeza de culpabilidad se obtiene cuando el juzgador ha conseguido eliminar todos los motivos contrarios por considerarlos indignos de ser tenidos en cuenta. Si esto no ocurre, su estado será el de duda (propiamente dicha y probabilidad), y ante ello el imputado debe ser absuelto. Es un principio de raigambre constitucional, cuya extensión a los méritos provisionales o de contenido procesal muestra distinta significación.

La motivación de las sentencias tiene también raigambre constitucional cuando se trata de los tribunales técnicos. Su omisión está conminada con nulidad por todos los códigos procesales penales modernos. Motivar es exhibir públicamente los elementos de autos examinados, las razones y las conclusiones del fallo; es mostrar para las partes y el público la valoración que se ha efectuado de las pruebas y los argumentos jurídicos utilizados para llegar a la fijación de los hechos y

actuación del derecho. Esta regla trasciende el ámbito de la investigación integral, pero está sustentada directamente en ella en cuanto garantía de convencimiento judicial socializado en su externidad al público.

C) *Principio de personalidad del imputado*

SUMARIO: 194. Extensión. 195. Incoercibilidad del imputado. 196. *Ne procedat iudex ex officio*. 197. Limitaciones fácticas del fallo. 198. Correlación entre acusación y sentencia. 199. Conclusiones.

194. El necesario equilibrio en la protección de los intereses social e individual ha servido para explicar los principios examinados con sus reglas y excepciones. El interés individual se manifiesta fundamentalmente en el reconocimiento de la situación jurídica del imputado y el imperativo de proveer a su defensa. El interés individual se apunala a través del reconocimiento de la personalidad del imputado, sin menoscabo de la custodia del interés social a la represión.

El principio de personalidad deriva de las bases constitucionales de estado de inocencia e inviolabilidad de la defensa. Ambas proyectan al imputado como un verdadero sujeto del proceso, con las sujeciones requeridas para que se proceda con justicia.

La aplicación concreta de este principio permite derivar de él en el proceso diversas reglas, algunas de las cuales aparecen referidas a los otros principios como limitaciones de las reglas derivadas de ellos. Pero las derivaciones más características del principio de personalidad son las reglas de incoercibilidad del imputado, la prohibición del procedimiento *ex officio* y la limitación fáctica del fallo.

A la inversa de lo que ocurre con los otros principios, el de la personalidad del imputado pone su tónica en la tutela del interés individual, y sus limitaciones tienen sustento en la tutela del interés social. Esto nos lleva a relegar la regla de la igualdad de las partes al plano puramente formal, como una consecuencia del pleno contradictorio.

195. El imputado es un sujeto procesal incoercible. Pueden aplicársele medidas de coerción personal, pero no se lo puede forzar o inducir a actuar en su contra ni impedirle cualquier actividad

por la que tienda a defenderse dentro de lo legítimo. Esto permite obtener los siguientes corolarios.

a) Prohibición de influir de cualquier modo para obtener del imputado prueba en su contra. La Constitución Nacional (art. 18) expresamente *prohíbe obligar a alguien a declarar contra sí mismo*. De aquí que la indagatoria no pueda ser regulada como un medio de prueba, lo que se extiende a sus demás actividades procesales en cuanto deba manifestarse intelectualmente. No puede instárselo a una confesión, a que se acuse contra su voluntad. De aquí la prohibición de utilizar medios que tiendan a sustituir la libre determinación del imputado para reconocer hechos que lo perjudiquen.

b) Prohibición de exigir del imputado prueba de descargo para acreditar su inocencia o menor responsabilidad. Probar no es para él una carga sino un derecho. El tribunal y acusador deben interesarse por las afirmaciones defensivas del imputado y proveer a su averiguación como consecuencia del principio de investigación integral. La extensión de esta regla a la cuestión civil impide la absolución de posiciones del imputado. Se advierte cómo con esta regla desaparecen todos los problemas de la prueba confesional.

c) Necesidad de que el imputado actúe estando libre en su persona durante la realización de todo acto procesal en que intervenga forzada o voluntariamente, sin perjuicio de estar custodiado. Esto no impide que se lo pueda forzar a someterse a determinados actos de prueba: reconocimiento en rueda, requisita e inspección corporal y mental. Son procedimientos objetivos en los cuales el imputado actúa como simple portador del elemento probatorio. Distinto es el caso del careo y de la reconstrucción del hecho, porque podría imponérsele una declaración no querida.

196. Salvo muy raras excepciones, en el procedimiento mixto nadie ha pensado en la validez de un juicio plenario sin acusación previa; pero como herencia del sistema inquisitivo, muchos códigos legislan y parte de la doctrina acepta que la instrucción puede ser iniciada de oficio por el tribunal (art. 179, inc. 4º, Cód. Nac.) o en virtud de una denuncia (art. 179, inc. 1º, Cód. cit.). El principio *ne procedat iudex ex officio* capta esa necesidad de la acusación y prohíbe estos dos modos de iniciar la instrucción. Exige una actividad promo-

tora de un órgano extraño al jurisdiccional como requisito para iniciar el proceso, consistente en el acto inicial de ejercicio de la acción penal.

El acto promotor es del Ministerio Fiscal, y por extensión de la Policía, y contiene la proposición de la cuestión penal (imputación) donde se muestra el objeto de la investigación. En cuanto al juicio, la acusación concreta la imputación. Pero la garantía de defensa exige que esa cuestión propuesta o imputación concretada se subjetivice enteramente en cuanto a su conocimiento por el imputado. Es lo que se conoce por "intimación" por la cual se pone al imputado en condición de contestar eficazmente para su defensa.

La intimación no es una mera formalidad; es el acto sustancial por el cual el tribunal transmite la imputación al imputado poniéndolo en cabal conocimiento de ella. Al tribunal no debe quedarle dudas de que el imputado podrá ejercer debidamente su defensa material: esencia del contradictorio. Una vez intimado puede negarse a declarar, lo que el tribunal también debe hacerle conocer: función tuitiva. Cualquier modificación de la *rex iudicanda* permitida por la ley, debe ser debidamente intimada; de lo contrario no podrá integrar el contenido fáctico del fallo.

197. El respeto a la persona del imputado exige una limitación del fallo en lo fáctico para evitar que se lo condene por un hecho distinto al contenido en la *res iudicanda*. Esto plantea la cuestión de la inmutabilidad del objeto procesal, que resulta ser un derivado de la inviolabilidad de la defensa. Las excepciones se fundamentan en fines prácticos y deben ser muy limitadas durante el juicio: ampliación de la acusación.

La prohibición de resolver *extra petitum* significa en el juicio penal que la sentencia debe limitar su contenido fáctico al ámbito de la acusación con sus legítimas ampliaciones. No se refiere a la pretensión penal sino a las afirmaciones de hecho que la fundamentan. La extralimitación viola la defensa en juicio.

En cuanto a los hechos, la acusación debería ser inmutable absolutamente si se quiere respetar el principio que nos ocupa. No así en cuanto al fundamento jurídico de la pretensión que no tiene límites para el fallo (*iura curia novit*). No interesa que en la instrucción se hubiere actuado con un más amplio contenido fáctico. Sin retrotraer

el procedimiento, es imposible ampliar subjetivamente la acusación (nuevos imputados) ni tampoco objetivamente (nuevos hechos o circunstancias que influyen jurídicamente). Sobre este particular, los códigos modernos autorizan la ampliación muy modernamente e intercalando un procedimiento tendiente a asegurar el ejercicio de la defensa. En estos casos podría ser más perjudicial retrotraer el procedimiento.

A los fines de que esa ampliación sea legítima se requiere oportunidad para formularla e intimarla de modo que no se restrinja la prueba y la alegación; que se trate de circunstancias calificantes o de un agregado más al conjunto fáctico ya apreciado como delito continuado (esto último aún discutible), y que ese contenido surja de los elementos reunidos en el proceso.

198. El contenido fáctico del fallo debe correlacionarse con esa acusación, ampliada o no, a través de la prueba que sobre él se ha introducido en el debate o plenario. *Correlación* quiere decir igualdad de contenido: la sentencia no puede ampliar ni restringir el supuesto de hecho presentado por el acusador. La ampliación de ese contenido implica actuar *ex officio* por falta de excitación de la jurisdicción sobre ella. La omisión en decidir implica no agotamiento de la *res iudicanda*, lo que autorizará recursos pero no un nuevo juicio: *non bis in idem*. En ambos casos la sentencia será nula y procederá la casación.

Esta correlación de acusación y sentencia no debe estimarse con rigorismo lógico de exactitud o perfecta adecuación. No va más allá de los elementos esenciales, y de las circunstancias o modalidades realmente influyentes en ellos de modo que la defensa no se afecte. En el período instructorio también debe existir correlación entre requerimiento intimado, procesamiento y acusación o sobreseimiento, pero con menores exigencias en lo que hace a modalidades o circunstancias.

Como conclusión, la sentencia debe basarse en los actos del debate (plenario) que tengan conexión directa o indirecta con el ámbito fáctico de la acusación. Queda excluido el aspecto jurídico no obstante ser manifestación del objeto procesal concretado. La conclusión jurídica del acusador se exige para la efectividad del amplio contradictorio. El *iura curia novit* es admitido sin discusión en derecho procesal penal.

199. Frente al hecho cuya fijación en concreto pide la acusación, y que la defensa pudo reconocer, negar o complementar con elementos circunstanciales excluyentes o atenuantes de la responsabilidad, el tribunal tiene libertad para concluir sobre su existencia total o parcial a través de la valoración de las pruebas introducidas en plenario (debate). Fijado el hecho, también tiene libertad el tribunal para obtener de él las consecuencias jurídicas que estime corresponder, sin estar vinculado al ámbito de las conclusiones jurídicas del acusador y menos a las de la defensa. En lo jurídico, insistimos, no hay correlación.

Conclusión: el tribunal conoce el hecho congruentemente con la pretensión acusatoria, salvo circunstancias que favorezcan al imputado; al derecho lo conoce en toda su amplitud, o sea el orden jurídico integralmente constituido.

Si el tribunal advierte al decidir la falta de congruencia entre la base fáctica integrada en el plenario y los hechos de la acusación por aparecer un nuevo hecho o circunstancia que podría generar o ampliar la responsabilidad, deberá provocar que por ese nuevo material fáctico se produzca juicio conforme a la ley, ya a través de un proceso, ya de una acusación complementaria. Si el fallo considerara ese nuevo hecho o circunstancia, se violaría la defensa por haberse incurrido en nulidad de carácter absoluto.

IV. PRESUPUESTOS PROCESALES

SUMARIO: 200. Alcance y límite. 201. Criterios. 202. Enumeración.

200. No obstante su ambigüedad, nos parece conveniente conservar para el proceso la expresión “presupuestos procesales”, con una precisa delimitación de su contenido. Fue introducida por Von Bülow con alcance doctrinal, y en su evolución teórica ha sido poderoso puntal para el progreso de la ciencia procesal. En el derecho procesal penal fue introducida con éxito, sin perjuicio de servir fundamentalmente para cimentar una teoría general del proceso.

Bülow formuló los presupuestos procesales mostrándolos como elementos constitutivos de la relación procesal, debiendo efectuarse dentro del proceso el examen sobre su presencia o ausencia para conocer si

es o no posible dictar sentencia sobre el fondo. Deben darse para la admisión de la vía y no para la fundabilidad de la pretensión.

En el proceso penal se ha discutido sobre su extensión, la que se perfila entre dos extremos: presupuestos para la existencia válida del proceso, presupuestos para una decisión sobre el fondo con respecto al objeto del proceso. La diferencia con el proceso civil se debe a que en materia penal algunas cuestiones sustantivas penetran en el proceso más profundamente por su carácter realizador impidiendo la perseguibilidad para no llegar a la punición. Son, en general, los impedimentos al ejercicio de la acción y la jurisdicción que ya hemos analizado (ver Nº 139), y que quedan incluidos para los sostenedores de la posición amplia, y excluidos para los otros.

201. En general, no ha de integrar los presupuestos procesales toda cuestión referida a la fundabilidad de la pretensión penal, o sea cuando su ausencia conduce a la absolución. Tampoco son "procesales" sino presupuestos en la concatenación de la actividad procesal, los que se imponen para la validez de un acto del proceso específicamente considerado (formación del proceso): la indagatoria para el procesamiento.

La exclusión de las cuestiones referidas a la fundabilidad de la pretensión, como la inexistencia del hecho, su no encuadramiento penal, su no comisión por el imputado, la inimputabilidad o inculpabilidad de éste, las causas de justificación o las excusas absolutorias, conduce a sostener la necesidad de una afirmación *in genere* que justifique la persecución, o sea de sentido inculminador que pueda ser asumida conceptualmente como hipótesis delictiva por el órgano jurisdiccional: objeto procesal válidamente propuesto.

Algunos procesalistas españoles han dado desmesurada amplitud a los presupuestos procesales, comprendiendo todo lo que signifique impedimento, inexistencia, inadmisibilidad o nulidad genérica o específica de la actividad procesal. Con alguna limitación, otros procesalistas no comprenden los actos sino solamente el proceso, sea considerado *in genere* o específicamente: basta la admisibilidad de una sentencia sobre el objeto procesal propuesto, o que omitida la condición correspondiente resolver rechazando la decisión sobre el fondo.

Estos criterios amplios no son aceptables. Los presupuestos no de-

ben confundirse con los impedimentos definitivos o transitorios a la persecución. No puede ser presupuesto, por ejemplo, la acción penal extinguida aunque la extinción impida resolver sobre el fondo, porque mientras la causal no se demuestre y asuma jurisdiccionalmente, el juez está en presencia de un objeto procesal válido.

202. Florián restringe el concepto exageradamente. Sólo comprende los requisitos indispensables para la constitución de la relación procesal penal que hagan posible una sentencia, cualquiera sea ella: condiciones mínimas a cumplirse para que genéricamente exista un proceso en el cual el órgano jurisdiccional pueda proveer: órgano jurisdiccional legítimamente constituido; objeto penal propuesto que pueda concluir en la imposición de una sanción, y órgano regular de acusación e intervención de la defensa. No le interesa que la relación procesal sea inválida *in specie*: falta de querrela o de competencia, lo que traslada al campo de las nulidades.

Para nosotros, presupuestos procesales son las condiciones exigidas por la ley para que un proceso pueda desenvolverse válidamente con miras a una resolución sobre el objeto procesal propuesto en forma válida, a saber:

- a) Tribunal competente: órgano público con autoridad para producir *res iudicata* en el caso concreto.
- b) Objeto procesal concreto en lo penal: *res iudicanda* legítima y transformable en *iudicata* por el tribunal penal.
- c) Intervención del acusador: órgano público o particular exclusivo legítimamente constituido.
- d) Intervención del imputado: sujeto captado en la imputación que trae al proceso el objeto procesal.

APÉNDICE DE JURISPRUDENCIA

I. NATURALEZA Y CARACTERES

El proceso penal se integra con una serie de etapas a través de las cuales y en forma progresiva se tiende a poner al juez en condiciones de pronunciar un veredicto de absolución o condena, y por ello, cada una de esas etapas constituye el presupuesto necesario de la que le subsigue, en forma tal que no es posible eliminar una de ellas sin afectar la validez de las que le suceden. Teniendo en cuenta que el respeto de la garantía de defensa en juicio consiste en la observancia de las formas sustanciales relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia, el principio de la progresividad impide que el juicio se retrotraiga a etapas ya superadas, porque también debe considerarse axiomático que los actos procesales se precluyen cuando han sido cumplidos observando las formas que la ley establece, es decir, salvo supuesto de nulidad.

Fallos: 305:1701

Al tenerse en cuenta los valores en juego en el juicio penal, es imperativo satisfacer una exigencia consustancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez y para siempre, su situación frente a la ley penal.

C. S. J. N., 4-5-95

Incurre en un excesivo rigor formal la decisión que retrograda el proceso con sentencia ya dictada a la etapa instructoria ya que la nulidad decretada no responde a la inobservancia de las formas sustanciales del juicio sino a consideraciones rituales insuficientes, que transforman la actividad jurisdiccional en un conjunto de solemnidades desprovistas de su sentido rector que es la realización de la justicia.

C. S. J. N., 4-5-95

Esta Corte tiene dicho reiteradamente que en materia criminal la garantía consagrada por el artículo 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales.

C. S. J. N., 5-10-95

La especial naturaleza del juicio criminal impide que puedan considerarse —a diferencia de lo que acontece en el procedimiento civil— limitadas las facultades jurisdiccionales por las respectivas pretensiones de las partes.

Fallos: 303:1929

No existe derecho adquirido a ser juzgado por un determinado procedimiento pues las leyes sobre procedimiento y jurisdicción son de orden público.

Fallos: 310:2845

El proceso penal se integra por una serie de etapas a través de las cuales y en forma progresiva se tiende a poner al juez en condiciones de pronunciar un veredicto de absolución o condena.

Cada una de las etapas del proceso penal constituye el presupuesto necesario de la que le sigue en forma tal que no es posible eliminar una de ellas sin afectar la validez de las que le suceden (disidencia de los Dres. Petracchi y Bacqué).

Fallos: 312:597

Por juicio debe entenderse el proceso penal en su totalidad incluyendo la etapa instructoria o de sumario, con exclusión de la prevención policial.

C. N. C. P., sala III, 13-2-95

El principio de progresividad y el implicado de preclusión conlleva a otorgarle firmeza a las etapas alcanzadas en el proceso, lo cual se traduce en la imposibilidad por caducidad de efectuar actos procesales una vez pasada la oportunidad legal que fija el momento de su producción, y tratándose de actos prescindibles referidos a derechos procesales y a cuestiones formales en los que el orden público no está directa y específicamente interesado, va de suyo que en el caso la actividad procesal morosa produce los efectos de preclusión y caducidad del indicado derecho, permaneciendo sin mácula tanto la validez formal del proceso como la del fallo dictado en la instancia original.

Cám. Nac. Crim. y Corr., sala II, 4-2-88, J. A. 1990-I-635

Si bien la posible condena de un inocente conmueve a la comunidad entera, en sus valores más sustanciales y profundos, esto ocurre también con la absolución técnica de quienes han cometido un delito, en los supuestos en que la solución alcanzada pueda adolecer de deficiencias susceptibles de afectar una irreprochable administración de justicia. Tal circunstancia compromete a principios institucionales básicos, porque el consenso colectivo en la vigencia y eficacia de la ley penal es recaudo de la paz y el orden público, que en definitiva reposan en el imperio de la justicia (disidencia del Dr. Fayt).

Fallos: 308:1922

Para que exista juicio en el sentido constitucional del término es necesario que en el curso del proceso se hayan observado ciertas formas sustanciales relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia.

Fallos: 279:355

La cosa juzgada judicial tiene jerarquía constitucional y no es susceptible de alteración ni aun por vía de la invocación de leyes de orden público. Admitir la revisión de sentencias finales firmes con fundamento en el orden público de las competencias equivaldría a la abrogación de esa garantía en materia penal.

Fallos: 308:84

II. CONTENIDO, OBJETO Y FINES

El proceso es un instrumento jurídico legalmente definido destinado a constituir una garantía de justicia tanto para la sociedad como para el individuo, y que va avanzando hacia la consecución de aquellos fines con la regularidad prevista por la ley. De allí que el apartamiento de la regulación, o sea el proceder irregular, implica una desviación de los fines que no se puede tolerar.

C. S. J. de Catamarca, 23-10-91, B. J. C. 2, síntesis

Las normas procesales no se reducen a una mera técnica de organización formal de los procesos sino que, en su ámbito específico, tienen como finalidad y objetivo ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras de lograr la concreción del valor justicia en cada caso y salvaguardar la garantía de la defensa en juicio, todo lo cual no puede objetarse si se rehúye atender a la verdad jurídica objetiva de los hechos que de

alguna manera aparecen en la causa como decisiva relevancia para la justa decisión del litigio.

Fallos: 311:2177

El convencimiento íntimo de los jueces acerca de la culpabilidad del acusado no puede abandonarse en aras de supuestas exigencias del sistema probatorio que rige en el orden nacional, cuando ese fundamento no es más que un aparente sustento de tal conclusión.

Fallos: 311:2547

Como principio, compete a los jueces de la causa interpretar el alcance de las pretensiones de los litigantes (disidencia del Dr. Petracchi).

Fallos: 311:362

Las normas procesales no se reducen a una mera técnica de organización formal de los procesos sino que, en su ámbito específico, tienen por finalidad y objetivo ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras de lograr la concreción del valor justicia en cada caso y salvaguardar la garantía de la defensa en juicio, todo lo cual no puede lograrse si se rehúye atender a la verdad objetiva de los hechos que de alguna manera aparecen en la causa como de decisiva relevancia para la justa decisión del litigio.

Fallos: 310:870

La privación de justicia se configura toda vez que un particular, no obstante hallarse protegido por la garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional, queda sin juez a quien reclamar la tutela de su derecho.

Fallos: 311:682

Consagra un exceso ritual, que no se compadece con el adecuado servicio de la justicia, la resolución que rechaza el incidente de nulidad de la notificación de la resolución que no hace lugar al hábeas corpus.

Fallos: 311:700

La garantía consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieran eventualmente asistirle sino por medio de un proceso conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia fundada. Ello significa, ni más ni menos, la real posibilidad de obtener la efectiva

primacía de la verdad jurídica objetiva, que reconoce base constitucional, concorde con el adecuado servicio de justicia.

Fallos: 311:2082

La sentencia que oculta la verdad jurídica objetiva, por un exceso ritual manifiesto, vulnera la exigencia del adecuado servicio de la justicia, que garantiza el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Fallos: 276:368

Si bien en orden a la justicia represiva el deber de los magistrados, cualesquiera que fueren las peticiones de la acusación y la defensa, o las calificaciones que ellas mismas hayan formulado con carácter provisional, consiste en precisar las figuras delictivas que juzgan, con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, ese deber encuentra su límite en el ajuste del pronunciamiento a los hechos que constituyen la materia del juicio.

C. S. J. N., 23-4-91, L. L. 1991-E-838

Los funcionarios judiciales han de circunscribirse a meritar los elementos fácticos y jurídicos necesarios para la solución de la causa, omitiendo consideraciones extrañas a ella o innecesarias para la decisión del caso concreto y absteniéndose de efectuar apreciaciones que puedan afectar a personas en aspectos no relacionados con el tema sometido a conocimiento.

Fallos: 299:249

El conjunto de actos que constituyen el proceso tiene por finalidad inmediata la determinación de los hechos y el pronunciamiento de la sentencia, y por finalidad mediata la actuación de la ley sustantiva para lograr justicia y paz social, objetivos que pueden considerarse en la idea de seguridad jurídica.

C. S. J. de Catamarca, 23-10-91, B. J. C. 2, síntesis

III. PRINCIPIOS QUE LO GOBIERNAN

El conjunto de actos que constituyen el proceso tiene por finalidad inmediata la determinación de los hechos y el pronunciamiento de la sentencia, y por finalidad mediata la actuación de la ley sustantiva para lograr justicia y paz social, objetivos que pueden considerarse en la idea de seguridad jurídica.

C. S. J. de Catamarca, 23-10-91, B. J. C. 2, síntesis

El artículo 128 del Código Penal satisface el principio de legalidad en materia penal, en cuanto exige la precisión de los hechos punibles y de las penas a aplicar, pues si bien la configuración de los tipos penales obliga a precisar los modos de conducta sujetos a punición, la “ley previa” no importa necesariamente que la figura penal contenga una descripción formalmente agotada, y no existe obstáculo constitucional alguno para que cuando el contenido de los deberes o de las prohibiciones dependa sustancialmente de una valoración a realizarse en vista de circunstancias concretas insusceptibles de enumeración previa, sea la autoridad jurisdiccional quien determine y aplique esa valoración cultural.

Fallos: 310:1909

Del principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional nace la necesidad de que haya una ley anterior que mande o prohíba una acción para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado en determinado sentido, y que además se determinen previamente las penas a aplicar.

Del artículo 18 de la Constitución Nacional, que consagra el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, se infiere que la ley penal no puede ser retroactiva ni en cuanto a la descripción del tipo legal ni en cuanto a la adjudicación de la sanción, pues de otro modo se configuraría la ley *ex post facto* prohibida por la Carta Fundamental, que es la que se refiere a la creación de los delitos y de las penas.

Fallos: 311:2721

En la medida en que el juicio sumario del artículo 502 del Código de Justicia Militar –ley previa al momento de la comisión de los hechos–, adecuado con suficiente sustento en el artículo 144 de ese ordenamiento, no vulnera las garantías de legalidad, igualdad ante la ley, del debido proceso y de la defensa en juicio, la circunstancia de que una ley posterior a ese momento haya previsto su aplicación al caso no puede generar agravio alguno de índole constitucional.

Fallos: 311:1680, caso “E. S. M. A.”

Conculca el artículo 18 de la Constitución Nacional, violentando el principio de legalidad, la sentencia que condenó al procesado por el delito de suministro de estupefacientes a menores de edad, si, al momento de cometerse el hecho atribuido, el producto cuyo suministro se imputó no era estupefaciente en los términos del artículo 77 del Código Penal

y del artículo 10 de la ley 20.771 y, consecuentemente, la conducta del recurrente no encuadraba en las disposiciones penales de esta última.

Fallos: 303:1464

Una de las más preciosas garantías consagradas por el artículo 18 de la Constitución Nacional es la de que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. De allí nace la necesidad de que haya una ley que mande o prohíba una conducta para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido y que además se determinen las penas a aplicar.

Fallos: 304:849

El principio que enuncia el artículo 18 de la Constitución Nacional, con arreglo al cual nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, requiere la determinación por el legislador de los hechos punibles y las penas a aplicar, y proscribire, en consecuencia, la aplicación analógica o extensiva de la ley penal, pero no impide la interpretación de sus normas que, en cuanto legales, requieren también la determinación de su sentido jurídico, función que es propia del Poder Judicial.

Fallos: 307:1114

Del artículo 18 de la Constitución Nacional, que consagra el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, se desprende que la ley penal no puede ser retroactiva ni en cuanto a la descripción del tipo legal ni en cuanto a la adjudicación de la sanción.

Fallos: 308:2650

Corresponde dejar sin efecto el fallo que se sustenta en afirmaciones que impiden determinar con precisión el real fundamento que sustenta lo resuelto y si el *a quo* apoya su veredicto condenatorio en una atribución de culpabilidad subjetiva u objetiva, ya que es requisito de validez de las sentencias judiciales que ellas sean fundadas y constituyan derivación lógica razonada del derecho vigente, con aplicación a las circunstancias probadas de la causa.

Fallos: 297:362

El artículo 18 de la Constitución Nacional, en cuanto reza que "ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo", significa que todo habitante debe ser considerado y tratado como inocente de

los delitos que se le reprochan, hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme (voto en disidencia del Dr. Petracchi).

C. S. J. N., 24-9-91, J. A. 1991-253

La garantía de los jueces naturales tiene por objeto asegurar una justicia imparcial, a cuyo efecto prohíbe sustraer arbitrariamente una causa a la jurisdicción del juez que continúa teniéndola para casos semejantes, con el fin de atribuir su conocimiento a uno que no la tenía, constituyendo de tal modo, por vía indirecta, una verdadera comisión especial disimulada.

Dicha garantía no resulta, pues, afectada por la intervención de nuevos jueces en los juicios pendientes, como consecuencia de reformas en la organización de la justicia o en la distribución de la competencia.

Fallos: 234:482

SEGUNDA PARTE

ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL

SUMARIO: 203. Contenido y tarea. Título I: Las personas del proceso. Título II: Actividad procesal.

203. Al hacer el análisis fundamental del proceso debemos referirnos a su estructura a través de los elementos que lo integran. Distinguimos estos elementos en subjetivos y objetivos, consistentes los primeros en las personas que actúan en el proceso, y los segundos en los actos que integran la actividad procesal. Ahora corresponde analizar unos y otros en detalle y por separado.

Se ha dicho que el proceso es el principal objeto de conocimiento del derecho procesal. Esto nos lleva a agotar el examen del proceso penal, agregando a la consideración genérica ya efectuada, la específica de sus elementos estructurales. Así quedará abierto el camino para un mejor análisis de los procedimientos penales.

Serán analizados en su individualidad y en sus recíprocas correlaciones, siguiendo un orden de relativa jerarquización. Pero, con propósito didáctico que nos permita aproximarnos a la metodología legislativa, los elementos no constantes serán expuestos más detalladamente al desarrollar el procedimiento. Nos referimos a los actos en particular, cualquiera sea su importancia, y a las personas que actúan como órganos de una específica actividad individualizada en actos muy particulares.

La distinción fundamental de estos elementos en subjetivos y objetivos nos permite fraccionar su examen en dos Títulos. El primero se referirá a las personas del proceso, y el segundo a la actividad procesal, todo dentro de los límites que hemos indicado. La distinción es, como se ha dicho, al solo fin pedagógico, ya que lógicamente no se puede concebir un sujeto de derecho o persona con atribuciones de intervención en el proceso sin que se especifiquen los actos que está impelida o autorizada a cumplir; como tampoco puede concebirse una actividad procesal sin la existencia de una persona cuya voluntad esté dirigida a intervenir en ella.

Título I

LAS PERSONAS DEL PROCESO

SUMARIO: 204. Extensión. 205. Intervención. 206. Fuente legal. 207. Sujeto procesal. 208. Sujeto procesal penal. 209. Sujetos esenciales. 210. Sujetos eventuales. 211. Enumeración. 212. Concepto de parte. 213. Aplicación al proceso penal. 214. Concepto formal de parte.

204. El proceso penal ha sido conceptuado externamente como una serie de actos cumplidos por órganos públicos predispuestos y por particulares autorizados o impelidos a intervenir. Es el elemento subjetivo del concepto, comprensivo de todas las personas (órganos) que deben o pueden realizar la actividad regulada por las normas procesales penales.

“Órganos públicos” son las autoridades y los funcionarios del Estado que la Constitución o la ley instituye y organiza para la realización de la justicia penal. “Particulares” son las personas físicas (y en algunos casos también las jurídicas) que pueden (autorizados) o deben (impelidos) intervenir en el cumplimiento de la actividad procesal.

La función pública de realización penal es ejercida por la persona (juez o funcionario) o conjunto de personas (cuerpo) que tiene a su cargo la concreta función judicial (de investigación, de juzgamiento, de persecución, de enjuiciamiento o de defensa oficial). Los particulares se manifiestan a través de actuación individual y a veces colectiva (litisconsorcio) o integrada (por el defensor), por sí mismos o en función representativa. Algunos funcionarios y particulares se desempeñan como colaboradores en la actividad que corresponde a los otros.

205. Los órganos públicos del proceso penal están impelidos a cumplir la función en base a un vínculo de contenido institucional. Establecidos y organizados por las normas respectivas, la ley procesal

penal determina además sus atribuciones y sujeciones delimitando la esfera de sus actividades.

Hay casos en que los particulares también están impelidos a intervenir por razones de colaboración para el descubrimiento de la verdad (testigos) o de efectividad de la defensa (imputado). En los demás casos, por regla están autorizados a intervenir en resguardo de sus intereses, o colaborando con las partes y a veces con el propio tribunal.

La intervención de los órganos públicos y particulares, que necesariamente deben estar presentes en el proceso, se garantiza procesalmente con la sanción de nulidad, la que es absoluta cuando afecta una base constitucional. El debido cumplimiento de la función por los órganos públicos se conmina asimismo con medidas disciplinarias, sin perjuicio de la responsabilidad de orden sustancial. Estas sanciones procesales y disciplinarias se extienden también a las otras personas del proceso afectando la actividad cumplida con nulidad o conminando con inadmisibilidad la conducta, cuando se actúa inoportuna o indebidamente, o en forma incompatible.

206. Las Cartas Constitucionales establecen un Poder Judicial garantizando su estabilidad e independencia. Los principales órganos públicos preordenados del proceso penal integran o deberían integrar ese poder, y las leyes orgánicas los especifican en sus diversas ramas y categorías, distribuyéndolos territorialmente: jueces y fiscales. Los códigos procesales penales suelen traer algunas reglas de competencia, delimitando más concretamente las funciones.

La intervención del imputado y de su defensor en el proceso penal también tiene fuente constitucional. Los códigos procesales no pueden alterar la inviolabilidad de la defensa en juicio. A su vez las leyes orgánicas reglamentan la actividad de varios profesionales que colaboran en el proceso penal.

Como criterio para orientar el análisis en particular de las personas del proceso, parécenos adecuado considerar la aproximación que ellas tienen con el objeto y fin del proceso. Esto nos lleva a distinguir primero los sujetos procesales, cuya vinculación es directa, y después los colaboradores en el proceso, cuya vinculación es indirecta.

A su vez los sujetos procesales penales pueden ser esenciales (o

principales) y accesorios (o secundarios) según que esa aproximación se proyecte a la cuestión penal, o solamente a la cuestión civil. Son esenciales los órganos de la jurisdicción, los de la persecución y el imputado. No obstante su vinculación directa con la cuestión penal, es eventual y debería ser accesorio el querellante conjunto por no ser indispensable para la existencia de un proceso válido. Son también eventuales el actor civil y el tercero civilmente demandado.

Algunos colaboradores son auxiliares directos de uno u otro de los sujetos por lo cual se los analizará junto con ellos. Otros colaboran directamente con el proceso sin auxiliar en forma específica a ningún sujeto, y hay quienes intervienen eventualmente para hacer valer intereses que de alguna manera resultan afectados por el proceso.

207. Son sujetos del proceso penal las personas públicas o privadas que intervienen necesaria o eventualmente en su carácter de titulares del ejercicio de los poderes de jurisdicción, acción o defensa, puestos en acto ante la presencia de un concreto objeto procesal penal. El poder de jurisdicción es ejercido por el tribunal en toda la amplitud del objeto procesal. El poder de acción es ejercido, en cuanto a lo principal (penal) por el acusador y en cuanto a lo accesorio (civil) por el actor civil. La defensa, en su formulación específica, es ejercida por el imputado y en su caso por el tercero civilmente demandado.

De estos sujetos son principales los que necesariamente deben intervenir durante todo el desarrollo del proceso penal para que pueda llegarse a un válido pronunciamiento definitivo sobre el fondo. Se vinculan directamente al objeto principal o sea a la cuestión penal a través de los tres poderes de realización. El más eminente es el tribunal que ejerce la jurisdicción. Frente a él está el acusador en cuanto persigue penalmente ejercitando la acción penal, y el imputado en cuanto perseguido penalmente que ejerce su propio derecho de defensa.

En nuestro país el acusador es por regla un funcionario público que personifica al Ministerio Fiscal, sin perjuicio de la intervención conjunta como querellante de quien se titula ofendido. Sólo en los delitos perseguibles por acción de ejercicio privado (art. 73, Cód. Pen.) el particular querellante es sujeto principal.

Es secundario o eventual el querellante conjunto, o sea el ofendido que en los delitos perseguibles por la acción de ejercicio público puede

entablar querrela o intervenir como acusador no obstante la intervención del Ministerio Fiscal. Son también secundarios y accesorios los sujetos vinculados directamente sólo a la cuestión civil.

208. Es relativamente moderna esta noción de "sujetos" para aplicarla al proceso penal. Fue consecuencia lógica de la concepción interna del proceso como relación jurídica, resuelta en un vínculo cuyo contenido son los poderes y deberes recíprocos entre el juez y las partes. En el proceso penal su mayor trascendencia está en el expreso reconocimiento de la personalidad del imputado, quien deja de ser un objeto de la investigación para convertirse en un sujeto incoercible (ver supra N° 195).

La noción ha sido recibida en el proceso penal cualquiera sea la concepción interna que del mismo se tenga. Se la aplica aun para los órganos públicos, porque permite determinar con precisión las dos categorías de intervinientes en miras a la incidencia de sus poderes sobre la *res iudicanda*. No son sujetos las personas que intervienen, o sólo como colaboradores del tribunal y de las partes ayudándolos, integrándolos o representándolos, o como terceros no ligados directamente al objeto procesal.

Así generalizado el concepto de sujetos procesales penales, se hace posible proporcionar una idea más técnica. Son las personas que actúan en el proceso penal conforme a las atribuciones y sujeciones que les asigna la ley para hacer valer, oponer o satisfacer directamente las pretensiones fundamentadas en el objeto procesal. En todo caso debe tratarse de la pretensión penal, y eventualmente en lo civil; pero no puede dejar de ser inmediata la vinculación con el hecho imputado y con la actuación del derecho en lo que a ese hecho respecta.

209. Son principales o esenciales todos los sujetos que actúan en vinculación directa con la pretensión penal, aunque también lo hagan con respecto a la pretensión civil (casos del querellante y del imputado). Cuando la cuestión civil ha sido introducida al proceso, el tribunal competente debe ejercer la jurisdicción respecto de ambas pretensiones: la penal y la civil. Si la instancia civil se dirige contra el imputado, éste opondrá sus pretensiones defensivas también respecto de la cuestión civil. Algunos códigos imponen al Ministerio Fiscal ejercer en el proceso penal la acción civil en casos taxativos.

La ausencia de cualquiera de estos sujetos esenciales afecta la existencia válida del proceso por defecto en los presupuestos procesales: sin la intervención de un tribunal, de un acusador y de un imputado no se podrá dictar válidamente resolución sobre el fondo en lo principal.

Sobre esta imprescindibilidad de efectiva intervención podría hacerse una excepción con el imputado durante los primeros momentos de la investigación; es decir mientras éste tiende a identificarlo y a fijar provisionalmente el hecho. La acción puede promoverse legalmente en la ignorancia del autor del hecho, y la jurisdicción puede comenzar a ejercitarse *in incertam persona* precisamente para obtener su identidad e introducirla al proceso. Algunos auxiliares deben intervenir necesariamente, como el defensor del imputado y el secretario, pero con su ausencia sólo se afectan los actos en particular y no el proceso.

210. Son sujetos secundarios, accesorios o eventuales del proceso penal las personas que intervienen en él por vincularse directa y exclusivamente con la cuestión civil, y también con la cuestión penal cuando a la par del Ministerio Fiscal se permite intervenir al querellante en los delitos perseguibles por acción de ejercicio público. Su denominación de "secundarios" surge en oposición a "principales". Su carácter de eventuales indica que su presencia no es indispensable para que se desenvuelva legalmente el proceso penal. No son esenciales aunque los defectos de su intervención puedan producir nulidades en el trámite que se cumpla. Son accesorios porque sólo se concibe su presencia en el proceso mientras intervienen los sujetos principales puesto que la ausencia de éstos invalida el proceso.

De suyo que un sujeto principal no puede ser al mismo tiempo accesorio respecto de una misma imputación, aunque se vincule con la cuestión accesoria. Así ocurre, por ejemplo, con el querellante exclusivo, y puede ocurrir también con el imputado y aun con el tribunal o el Ministerio Fiscal, como se ha visto.

Esto no impide que en un proceso con imputaciones múltiples pueda el imputado con respecto a una de ellas ser sujeto eventual respecto de otra. Piénsese en las lesiones culposas producidas al chocar dos vehículos donde ambos conductores resultaron lesionados y a cada uno se le imputa la lesión del otro; cada imputado podría constituirse en actor civil en calidad de damnificado por el hecho del otro.

Hay casos excepcionales en que la pretensión civil puede continuar vigente, ante el mismo tribunal o su correspondiente alzada, no obstante haberse extinguido o agotado la pretensión penal. Suele decirse que el proceso penal continúa en este caso solamente con respecto a la cuestión civil. Ello conduciría a concluir que pueden subsistir los sujetos accesorios no obstante haber dejado de intervenir el acusador, y también el imputado si sólo se demandó civilmente al tercero.

Semejante solución sería errónea. Al desaparecer la cuestión penal, la civil queda como principal, e igual ocurre con los sujetos vinculados con ella. Aunque se mantenga el órgano jurisdiccional sin modificación (juez penal) sustancialmente el proceso ya no es penal sino civil aunque continúa el trámite conforme a las normas del Código Procesal Penal.

211. Como un resumen de lo expuesto, podemos proporcionar conceptos más precisos de cada uno de los sujetos procesales, a saber:

- El *tribunal*, en cuanto manifestación del órgano jurisdiccional y personificado en el juez, es el sujeto principal más eminente que tiene a su cargo el ejercicio de la jurisdicción, dirigiendo el proceso y resolviendo en él tanto provisional como definitivamente.
- El *Ministerio Fiscal*, en cuanto corporación de funcionarios llamados fiscales, es el sujeto público principal que necesariamente y por imperio de la ley hace valer la pretensión penal; es el acusador público de actuación inevitable en el sistema de acusación oficial.
- El *imputado* es la persona que efectiva y necesariamente se introduce como sujeto principal y privado en el proceso, por dirigirse en su contra la pretensión penal; eventualmente también puede dirigirse en su contra la pretensión civil. Ejerce el derecho de defensa que la Constitución le acuerda, haciendo valer la pretensión de rechazo de la imputación (excepción).
- El *querellante exclusivo* es el sujeto particular principal que interviene en el proceso como único acusador en los delitos perseguibles por acción de ejercicio privado, entablando la correspondiente querrela ante el tribunal penal, y haciendo valer eventualmente la pretensión civil.

- El *querellante* conjunto es el sujeto particular y eventual que se introduce en el proceso penal a la par del Ministerio Fiscal haciendo valer contra el imputado una pretensión penal y eventualmente civil, fundada en el mismo hecho imputado por el acusador público.
- El *actor civil* es el sujeto particular y secundario que se introduce en el proceso mientras esté pendiente la acción penal, haciendo valer la pretensión civil surgida del mismo hecho contenido en la imputación.
- El *tercero civilmente demandado* es el sujeto particular y accesorio que por citación o espontáneamente se introduce en el proceso penal cuando se ejerce en él la acción civil, por afirmarse que conforme al derecho privado ha de responder por el daño causado con el delito que se atribuye al imputado.

212. Con respecto a los sujetos que actúan haciendo valer pretensiones en forma activa o pasiva ante el órgano jurisdiccional, la categoría de "partes" que tienen en el proceso civil (demandante y demandado) es discutible frente a la cuestión penal, o sea en su proyección al acusador y al imputado. Se discute el alcance sustancial del instituto, el que legislativamente debería ser aceptado con valor meramente formal.

Por de pronto, la noción de "partes" resulta más restringida que la de "personas del proceso" por cuanto requiere la nota de "sujetos procesales". Pero no comprende a todos los sujetos por cuanto queda excluido el tribunal. Ante éste actúan las partes como contradictores sobre la *res iudicanda*. En lo penal lo serán el Ministerio Público, el querellante y el imputado; en lo civil, el actor civil, el imputado y el tercero civilmente demandado. Puede extenderse, cuando más, a los terceros que se introducen por vía incidental, pero limitadamente a la controversia que se suscitare con motivo de su intervención.

En sentido sustancial, son partes en el proceso el sujeto que pretende y el sujeto contra quien se pretende ante el órgano jurisdiccional. Pero frente a la cuestión penal corresponde advertir que el titular del poder de acción es el Estado, quien a su vez es titular de la función jurisdiccional. De esto resultaría una unificación subjetiva en la titularidad de

los poderes de jurisdicción y de acción; de donde surgiría que sustancialmente sólo el Estado es el actor penal, cualquiera sea el órgano (oficial o particular) que ejercita la acción.

213. Si nos colocamos en la realidad del proceso, se advierte que quien actúa como parte penal activa es por regla el Ministerio Fiscal (por excepción el querellante) en cuanto encargado de la persecución. En los funcionarios de ese órgano público se objetiva y toma vida la pretensión penal. El poder de hacer valer esa pretensión ante el órgano jurisdiccional proviene directamente de la ley y no del Estado en cuanto persona o ente administrativo.

Esto es ya importante para estimar inadecuado extender al proceso penal el concepto que se tiene de "partes" respecto del proceso civil. El antagonismo entre actor y demandado que caracteriza como nota permanente al proceso contencioso no es propio del proceso penal. El fiscal hace valer bilateralmente la pretensión, o sea que la acción penal se ejercita aun cuando actúe en favor del imputado: pedido de absolución al concluir.

El posible antagonismo entre Estado e imputado sólo aparece latente durante el proceso porque se mantiene frente a la relación de derecho sustantivo en cuanto se está frente a un posible violador de la norma penal, relación que concreta la condena firme y se resuelve administrativamente en el cumplimiento de la pena. Aun con respecto al acusador particular, adviértase que el tribunal debe tutelar los intereses del querellado no obstante la voluntad contraria de éste. Ello da al proceso una fisonomía tan particular que, a pesar del sentido incriminador de la querella, no es posible hablar de "partes" en sentido sustancial.

Con respecto a los sujetos vinculados como actores o demandados frente a la cuestión civil (incluido el imputado), parece más accesible la traslación de la teoría civilista de "partes", por la coincidencia de los sujetos de la relación sustancial con los que efectivamente pretenden en el proceso. Nosotros preferimos, sin embargo, unificar los conceptos, lo que resulta aceptable frente al carácter accesorio de la acción civil.

214. No obstante apartarnos, pues, del concepto sustancial de "partes" utilizado en el proceso civil, creemos conveniente adoptar la expresión en su alcance formal para todos los sujetos procesales, con

excepción, por cierto, del tribunal. Se apoya en el ejercicio de los poderes de realización y no en la titularidad de los poderes mismos en lo que hace a los órganos públicos.

Es igual al criterio con el que se lo ha considerado al tribunal. Así como éste ejerce la función jurisdiccional del Estado, el Ministerio Fiscal ejerce la función persecutoria penal también del Estado. Mientras que el imputado y las partes civiles ejercen sus propios derechos de acción y excepción (o defensa).

No obstante que con respecto al imputado podrían darse las notas características para su significación sustancial como parte, si así lo consideráramos frente a la cuestión penal resultaría un proceso con parte única, o sea sin contraparte, lo que es un absurdo. También resultaría absurdo y contradictorio atribuir al Ministerio Fiscal la calidad de "parte imparcial". En cambio, sí puede ser "parte pública" pero en sentido formal.

Con este alcance formal, cuando se hace referencia a las partes ha de estar captado también el funcionario que en el proceso personifique al Ministerio Fiscal. Algunos códigos modernos, sin embargo, suelen referirse a éste, a más de las partes pero hay que interpretar que se trata de una simple expresión carente de significación legal específica.

Capítulo I

EL TRIBUNAL

SUMARIO: 215. Juez o tribunal. 216. Caracteres de la función. 217. Tribunales no jurisdiccionales. I. Naturaleza y composición. II. Organización en la Argentina. III. Intervención del juez penal. IV. Auxiliares del tribunal.

215. Judicialmente, el tribunal es la objetivación concreta del órgano jurisdiccional. Está personificado en los jueces (autoridad) que tienen a su cargo el oficio judicial (juzgado, cámara o sala). En lo penal se habla de “tribunales penales” entre los cuales se distribuye la tarea: externamente, conforme a las reglas de competencia; internamente, conforme a las reglas del turno. El tribunal tiene el ejercicio de la jurisdicción; el juez cumple los actos para la concreta actuación del derecho penal, auxiliado por el secretario, la Policía y otras personas que materializan sus disposiciones.

No es técnicamente correcta la distinción que por lo general hacen los códigos procesales penales entre “tribunal” y “juez” para indicar, respectivamente, el oficio singular y el colegiado, o en sentido aún más específico, a los juzgados (de instrucción, correccionales, de menores) y a las cámaras (de apelaciones, de juicio, de acusación).

Juez penal es, pues, la autoridad judicial que con el auxilio de sus colaboradores gobierna el proceso penal y decide en él, actuando individualmente o en colegio con otras de igual jerarquía. Tribunal penal es el oficio o conjunto de oficios penales delimitado en su unidad por los generales criterios de la competencia. Todos los juzgados de instrucción de una circunscripción judicial integran el tribunal de instrucción de ese lugar, el que se diferencia: por el territorio, del de otra

circunscripción; por la materia, del tribunal correccional y del de menores; por la función, del tribunal de juicio y del de alzada.

En este capítulo nos ocuparemos de la naturaleza, composición y organización de los tribunales y de la intervención del juez y de sus auxiliares. En el capítulo siguiente trataremos todo lo relativo a la competencia.

216. La Constitución del Estado establece el Poder Judicial integrado por los jueces, y las leyes orgánicas crean y delimitan los respectivos tribunales. Así es como aparecen los tribunales en materia penal, y a ellos los códigos procesales penales les atribuyen las específicas funciones. Se distinguen de otros órganos penales también con función judicial (Ministerio Fiscal, Policía) porque éstos ejercitan funciones distintas de la jurisdiccional. En este sentido el tribunal es el sujeto procesal preeminente del proceso penal.

Dado el régimen federal de gobierno que rige en la Argentina, los distintos órganos jurisdiccionales se manifiestan en la existencia de tribunales penales federales o de la Nación, y tribunales penales provinciales. Cada provincia tiene su propia organización adaptada al tipo de procedimiento receptado. No obstante el calificativo de "penal" que hemos dado a estos tribunales, nada impide que simultáneamente ejerciten también la jurisdicción en materia de derecho privado. Esto no sólo ante la posibilidad de introducir en sede penal la cuestión civil, sino en función de un criterio centralizador de la competencia material. Así, muchos Juzgados y Cámaras Federales entienden en todos los fueros cuando se trate de asuntos de su competencia.

No pueden ser tribunales penales del Poder Judicial los instituidos en violación del principio de juez natural porque no ejercerán legalmente la jurisdicción estatal. Tampoco se comprenden los tribunales eclesiásticos, ni los militares, ni otros administrativos que actúan en el campo de la penalidad, porque son ajenos al Poder Judicial.

Como autoridad del Estado en el orden judicial, el juez penal no se limita a juzgar en las causas penales. Su función es la de actuar el derecho penal objetivo, y para ello deberán también gobernar el proceso durante todo su desarrollo y controlar la ejecución de la pena impuesta. Cada juez ha de cumplir todo o parte de este íntegro contenido funcional en los casos concretos que se le presenten. También es jurisdic-

cional la actuación de las medidas de seguridad previstas en la ley penal. La medida de seguridad es una sanción, cuya imposición por el juez penal implica actuación del derecho penal objetivo con relación al hecho fijado.

217. La llamada justicia penal militar es administrativa desde el punto de vista institucional. Escapa, por lo tanto, a la órbita del Poder Judicial de la Nación. Sus tribunales son distintos de los que integran este Poder Judicial. Tienen otra esencia, a pesar de que en muchos casos deban aplicar las normas del Código Penal. Lo hacen por un régimen de traslación de estas normas al campo administrativo en cuanto régimen represivo militar.

La no jurisdiccionalidad de los fallos militares surge claramente con sólo tener en cuenta que recién adquieren eficacia jurídica cuando son autorizados con el "cúmplase" presidencial. El proceso asume solamente las formas del judicial, y entre nosotros es muy rudimentario e inquisitivo. La gravedad de las penas con las que por esta vía se puede sancionar (aun la de muerte) no es argumento válido para sostener la jurisdiccionalidad.

La función militar se ha instituido aun en su aspecto represivo para satisfacer un servicio público del Estado. Se comprende en la administración general cuya cabeza es el presidente, quien conserva el poder de mando militar en toda su amplitud. Los tribunales que de él dependen actúan el Código Penal, pero en cuanto al fallo éstos tienen independencia sólo formal y para completar aspectos procesales trasladados de lo judicial.

El fundamento de la justicia militar delimita la relevancia jurídica del hecho con la nota de afectación al interés militar. Luego, no basta la violación de una norma penal para la actuación del derecho por la vía militar. El hecho debe ser una infracción militar. Cuando se supera este límite habrá violación del principio del juez natural (C. S. J. N., *Fallos*: 244:25; 247:301, 439 y 489).

Lo mismo cabe afirmar de los llamados tribunales municipales o de policía, los que algunas veces han invadido el área jurisdiccional en el juzgamiento de las infracciones penales. Esto conduce a garantizar debidamente el contralor jurisdiccional de sus resoluciones cuando con la sanción aplicada se pueda afectar el principio constitucional del juicio previo y la garantía judicial. Propugnamos el contralor por el tribunal de faltas o contravenciones en función dealzada obligatoria si hubiere condena en la administración.

I. NATURALEZA Y COMPOSICIÓN

SUMARIO: 218. Cuestiones a resolver. A) Especialidad en lo penal. B) Personificación popular o técnica. C) Unipersonalidad o colegio de juzgadores. D) Unidad o diversificación de tribunal. E) Instancia única o doble.

218. Apoyados en los conceptos que hemos adelantado, haremos ahora un estudio más sistemático del tribunal penal. Aclaremos que no hemos de llegar a conclusiones absolutas porque lo impiden las incidencias de todo tipo que convergen con distinta intensidad en la obtención de las soluciones. Por lo general cada problema debe resolverse entre dos extremos, con la intención de encontrar el más adecuado equilibrio en función de las circunstancias, las que varían, a veces fundamentalmente, en el tiempo y en el espacio.

No obstante la generalidad de los temas comprendidos en este estudio, consideramos necesario dedicarle alguna extensión por la trascendencia que tienen en materia de justicia penal. La repercusión social de los debates y los fallos, la amplitud de la prueba para la fijación de los hechos, las modalidades del procedimiento y la separación que se hace de hecho y derecho son decisivos para demostrarlo, sin perjuicio de que también se tengan en cuenta otros aspectos.

Trataremos los siguientes temas por considerarlos de mayor trascendencia:

- a) Especialidad del tribunal en materia específicamente penal.
- b) Tribunal popular o técnico, en el sentido de si debe o no exigirse al juez formación jurídica.
- c) Personificación singular del tribunal o colegio de juzgadores.
- d) Tribunal único o sucesividad de tribunales en el transcurso del proceso, y en su vinculación con la única y la doble instancia.

A) *Especialidad en lo penal*

SUMARIO: 219. Criterios y soluciones.

219. La especialidad del tribunal surgió como una necesidad de la diversificación de los procedimientos entre la materia civil y la penal, y también por la inevitable distribución del trabajo en las

zonas de población concentrada. Pero lo que más especializó al juez penal fue el requerimiento de la técnica para defender a la sociedad contra los delincuentes.

Actualmente la especialidad del juez penal es conveniente para una mejor administración de la justicia; con mayor razón cuando se trata del tribunal técnico, y más aún si el juicio es oral. Su formación no sólo interesa en cuanto al derecho; también tiene vigencia en los debates para una mejor integración de la plataforma fáctica del fallo. Además, las interferencias tanto del instructor como del tribunal de juicio con el trámite y decisión de asuntos no penales resulta altamente perjudicial.

No obstante, la práctica de la justicia impone en algunos casos la no diversificación. Así ocurre en zonas con escasa densidad de población o con tribunales que por limitación del fuero tienen reducida labor haciendo antieconómica la diversificación de materias juzgables. Es el criterio que se conoce como de concentración judicial.

En nuestro país se tiende decididamente a la descentralización, especializando al juez penal. Las excepciones se fundamentan en las razones expresadas. Es el caso de los tribunales federales distribuidos en todo el territorio de la República, cuya especialización ha comenzado a imponerse; por razones obvias también de la Corte Suprema y de los más altos tribunales de provincias, y a veces de otros tribunales inferiores en zonas de población poco densa para los tribunales de alzada o colegiados. Estos cuerpos colegiados suelen fraccionarse en salas, una de las cuales interviene en lo penal; pero ello es un problema de competencia interna que más adelante se analizará.

B) *Personificación popular o técnica*

SUMARIO: 220. Antecedentes y bases. 221. Criterios para una conclusión. 222. Puntos a considerar. 223. Normas moderadoras.

220. El problema del tribunal popular o técnico se vincula estrechamente en materia penal con los sistemas procesales y los regímenes políticos imperantes en las distintas épocas. Conocemos ya el auge que en Grecia y Roma tuvo el tribunal popular, mantenido por

largo tiempo en Inglaterra, aunque fuertemente interferido por tribunales técnicos. Éstos predominan ahora, sin embargo, habiendo caído en desprestigio el tribunal popular.

La disyuntiva se presentó cuando el soberano debió descargar en funcionarios parte de su tarea, entre ella el magisterio punitivo, pensándose en hacerlo o a un delegado del rey o al pueblo mismo: jurado. El asunto se convirtió después en problema político a favor del jurado popular, receptado institucionalmente en nuestra Constitución.

La pugna política se debió al origen despótico del juez técnico. Surgió como una necesidad del inquisitorialismo y se perfeccionó con él. Los sistemas mixtos modernos han concluido por receptarlo como el que mejor orienta al procedimiento, tanto el escrito como el oral.

Hemos visto ya cómo nuestra Constitución pugna por la implantación del jurado, especialmente en materia penal (arts. 24; 75, inc. 12, y 108) y las tentativas por implantarlo en el país con resultados negativos. Constitucionalmente los juicios penales deberían terminarse "por jurados", lo que se establece como garantía individual y como manifestación del régimen democrático republicano.

221. El jurado se integra por elementos populares, o sea por jueces legos desconocedores del derecho. De aquí que su pronunciamiento se limite al juicio de hecho sobre si debe o no abrirse el juicio penal, o absolverse o declararse culpable al imputado. Esto no significa que su juicio sobre los hechos no esté impregnado de sentido jurídico; no el sentido técnico de los juristas sino el práctico adquirido por cualquier miembro de la sociedad con la suficiente cultura como para integrar un jurado. Queda para el elemento técnico, que por lo general complementa a este tribunal, la tarea de aplicar la ley. Así es como se lo ve funcionar actualmente en algunos países.

Esto nos lleva a desechar el argumento contrario al jurado consistente en la dificultad de separar el hecho del derecho. El problema debe plantearse con un criterio práctico, social y actual. Consideramos conveniente proyectarlo a la independencia del tribunal, a la apreciación de las pruebas y a la garantía del fallo, sin perjuicio de analizar normas constitucionales que morigeran en parte la exigencia de la implantación del jurado.

222. Con el jurado popular, ¿se consigue realmente una efectiva independencia del tribunal frente al Poder Ejecutivo como se ha dado en argumentar? Esto no puede sostenerse en nuestra República, donde la Constitución garantiza esa independencia con la separación de poderes. La alteración que en la práctica pueda experimentar este régimen debe corregirse por otras vías más directas. El tribunal técnico es más favorable a esa independencia si se tiene en cuenta que los jurados son proclives a las influencias religiosas, políticas y raciales, a modalidades localistas y al empuje de las pasiones exaltadas por los conflictos sociales.

Es el peligro de juzgar en conciencia, que para el juez técnico se supera con exigencia de una sana crítica racional. La íntima convicción de los jurados escapa al contralor popular que el sistema impone en la administración de la justicia. Es una reacción del sentimiento sin garantía alguna de que sea el colectivo, cuya modulación por el raciocinio queda oculta en la conciencia del jurado, de manera que el pueblo nunca sabrá por qué se convenció. Nuestra cultura cívica y formación procesal no concibe una sentencia sin fundamentación. Agréguese a ello la complejidad de las pruebas para acreditar los hechos que son producto de la moderna delincuencia. El jurado superará estas muy serias dificultades con sólo invocar su íntima convicción, y con ello quedarán receptadas las más grandes iniquidades.

No hay duda de que el fallo racional y motivado del tribunal técnico ofrece mayores garantías. Es el resultado de una versación jurídica y técnica judicial adecuada para excluir los elementos de convicción ajenos a los autos. El jurado mezcla sus internas motivaciones con el ámbito emocional de los sentimientos, declarando la culpabilidad o la inocencia en un solo vocablo, con prohibición de explicarlo.

La fundamentación del fallo judicial es garantía de justicia, conquistada a través de largas vacilaciones. Es un derecho de todos los miembros de la colectividad conocer la razón de una condena o de una absolución para evitar la arbitrariedad y exigir la objetividad de los pronunciamientos. Cuánto más garantía ha de ser para las partes saber y entender las razones con las que se protegen o afectan sus propios intereses. Para el mismo tribunal resultará mucho más accesible

el argumento jurídico sobre las premisas fácticas que él mismo ha obtenido.

222 bis. La posición descripta en el punto anterior, absolutamente mayoritaria en los años en que el autor la expuso, ha registrado en nuestros días cambios significativos.

Si bien no puede desconocerse el carácter técnico de nuestro ordenamiento jurídico, es evidente que las normas de conducta tienen por destinatarios a todos los habitantes y existe una comprensión genérica del hecho en su relevancia normativa; precisamente, si alguien puede ser condenado por infringir un precepto legal, exigiéndose para ello comprender la criminalidad de la conducta, del mismo modo puede juzgar sobre lo atribuido a otro.

En esa inteligencia Maier ha observado que el jurado popular efectúa, sobre la base de lo acontecido en el debate, un juicio, que si es de reprochabilidad habilita al poder penal del Estado, a través del juez técnico, al encuadre legal del caso y a la imposición de la sanción punitiva, y si es negativo, impide que ello ocurra.

Por otra parte, no debe olvidarse de que el juicio ante jurados acentúa notoriamente la mecánica acusatoria y hace de la audiencia de debate el momento verdaderamente determinante, ya que el jurado —actuando como una suerte de testigos preferenciales del drama que se desarrolla ante sus sentidos— sólo puede expedirse sobre lo que se produce en tal audiencia.

Los aspectos y corrección técnica están asegurados por la actuación del magistrado que dirige el debate y también por las condiciones letradas del fiscal y el defensor. En caso de fallo condenatorio, el encuadre legal y la fundamentación de la sentencia corresponden al juez o tribunal profesional.

Por último, el argumento que duda de la ecuanimidad de los jurados legos, comparándolo con las condiciones e idoneidad de la magistratura oficial, ha ciertamente perdido peso. Más bien, a la luz de numerosas experiencias desastrosas de esa judicatura, de su notoria subordinación a intereses políticos, sectoriales o de influencia de diversos factores de poder, existe un reclamo social que busca en la intervención ciudadana

una mayor garantía de sentido común, aspiración de justicia e independencia.

223. Conviene insistir en el aspecto constitucional del jurado, advirtiendo la existencia de otras normas que tienden a limitarlo. Podríamos llamarlas moderadoras de la institución, por cuanto a lo menos neutralizan en parte su concepción pura.

El Poder Judicial se instituye estableciendo una Corte Suprema de Justicia y demás tribunales que creare el Congreso (art. 108) con garantías de permanencia y remuneración indisminuible (art. 110) debiendo los ministros de la Corte ser abogados de la Nación con ocho años de ejercicio (art. 111). Se imponen, pues, tribunales técnicos permanentes, nombrados con acuerdo del Senado y removibles por juicio político (arts. 99, inc. 4º, y 75, inc. 20).

Estos tribunales técnicos deben necesariamente funcionar por lo menos a la par de los jurados o coordinadamente con ellos porque son las autoridades representativas del Poder Judicial de la Nación. Y en cuanto a la Corte Suprema, es el máximo tribunal como su nombre lo indica, que tiene las funciones de tribunal de alzada en materia federal (arts. 116 y 117). Esto implica crear la doble o triple instancia, o sea la plena revisión de los fallos (apelación), lo que en cuanto a los hechos no se aviene bien con el jurado.

Este panorama general de la Carta Magna es reproducido con mayores detalles en lo que se refiere a los tribunales técnicos por las Constituciones provinciales. Son los tribunales que han funcionado regularmente en todo el país desde la organización nacional.

C) *Unipersonalidad o colegio de juzgadores*

SUMARIO: 224. Planteamiento y aplicación. 225. Los distintos momentos del proceso. 226. Criterios y soluciones. 227. Ventajas e inconvenientes.

224. La singularidad o colegialidad del juzgador es problema que aparece planteado ya en el concepto del tribunal. ¿El oficio a través del cual el tribunal dirige el proceso y resuelve en él debe estar personificado en uno o en varios jueces? El jurado popular debe ser necesariamente colegiado porque la pluralidad es de su esencia: juicio

por *jurados*. En cuanto a los tribunales técnicos, lo común es que la dirección o gobierno sea singular, y nada impide que la decisión pueda provenir de un juez o de un colegio de jueces.

En cuanto a la conveniencia para optar entre uno y otro sistema debe tenerse en cuenta el fraccionamiento del proceso penal. Pero en la práctica influye también el aspecto económico ante lo gravoso de la colegialidad. La celeridad es cuestión que inclina al tribunal singular, y ello ha conducido a encargar el trámite en los cuerpos colegiados al presidente del oficio (de la cámara o sala).

En nuestro sistema de organización judicial la regla es denominar "juzgado" al oficio unipersonal cuyo conjunto de nominaciones son el tribunal: juzgados de instrucción, y denominar "cámara" o "sala" al oficio colegiado. Se reserva a su vez el nombre de "Corte Suprema" o de "Superior Tribunal" para la manifestación más elevada del órgano jurisdiccional (nacional o provincial). Corresponde hacer notar que en la Capital Federal el tribunal de alzada en lo penal asume el nombre de Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional y se integra por salas de tres miembros cada una, sin perjuicio de actuar en pleno en los casos expresamente previstos por la ley, existiendo así mismo el Tribunal Federal de Casación, dividido en salas.

225. Las soluciones que en nuestro país se han dado sobre el particular han respondido a criterios racionales, en función de las restricciones económicas y teniendo en cuenta el tipo de procedimiento.

En la instrucción se ha optado siempre por el tribunal singular, porque las características de la tarea de investigación impiden la colegialidad. En cuanto al trámite para decidir sobre si se eleva o no la causa a juicio, entre nosotros es de regla el tribunal singular no diferenciado, sin perjuicio de la revisión en alzada (apelación) por tribunal colegiado que autorizan los códigos más modernos. En algunos países europeos (Francia, Inglaterra, Austria), para este llamado momento intermedio se instituye un tribunal colegiado (cámara o jurado de acusación).

En cuanto al período de juicio o plenario, pueden darse los dos tipos sin mayores inconvenientes. En el plenario escrito, entre nosotros el tribunal siempre ha sido singular, pero con apelación ante el órgano

colegiado. En el juicio oral, que entre nosotros es de única instancia sin perjuicio de la casación, la garantía de justicia está en el tribunal colegiado. Suele ser singular el tribunal correccional por razones de economía, pero debería propenderse a su colegialidad. La segunda instancia es ante tribunal colegiado, y con más razón lo es el trámite de las impugnaciones extraordinarias: inconstitucionalidad, casación y revisión.

226. Entre otras cosas, se ha atribuido al tribunal unipersonal una más concreta y determinada responsabilidad, que en el colegiado se diluye. Sin embargo, la colegialidad en los debates, y por ende en la sentencia, proporciona mayor seguridad de certeza en la apreciación de los hechos y un mejor ajuste en la aplicación del derecho. Con todo, es indispensable que por ahora se contemple el factor económico para una solución integral, pues la carestía del tribunal colegiado podría impedir que se instituya en número suficiente.

Además, el tribunal colegiado es dificultosamente ejecutivo, lo que puede entorpecer el trámite procesal. Éste y el de la carestía son argumentos que deben ser tenidos en cuenta para compensarlos con la necesidad de su institución en el proceso oral (debate y sentencia). Aquellos argumentos pueden tolerar la unipersonalidad en los tribunales de faltas, de menores y correccionales, pero es imposible extenderla a los juicios en lo criminal.

Rebatiendo otros argumentos de menor peso, afirmamos no ser exacto que el tribunal colegiado resista menos a la corrupción o a la seducción que el unipersonal, y por otra parte, podrá evitarse que uno de sus miembros domine la voluntad de los otros que integran el colegio, si el trámite se regula convenientemente para garantizar la intervención de todos. No es el problema de las grandes asambleas populares o de los jueces legos con pronunciada disparidad de conducta, de sentimientos y de criterios. El colegio no debe estar integrado por más de tres o cinco miembros, esto último excepcionalmente, y ser técnicos todos los jueces, insistimos, como ocurre en nuestro medio para el juicio en lo criminal oral y las vías impugnativas.

Para garantizar la intervención de todos los integrantes del colegio debe comenzarse por alternar la presidencia de los debates, autorizar el interrogatorio directo, regular un estudio individual previo de la

causa y una deliberación posterior suficientemente desarrollada y apoyada en un correcto planteo de las cuestiones a decidir, evitar la adhesión pura y simple al voto del vocal preopinante y permitir que el vocal disidente exprese los motivos de sus conclusiones.

227. La colegialidad técnica de pocos jueces favorece, pues, la verdad y la justicia del fallo cuando se la regula convenientemente y en adecuación al medio. A ello contribuye la publicidad de los debates y sentencias, la que permite el contralor colectivo de la correcta actuación de las autoridades judiciales. El contenido de la deliberación del colegio hecho público en la motivación de la sentencia es el momento procesal donde técnicamente el sistema debe tener su mayor efectividad. Los vocales llevan a él su opinión individual para confrontarla recíprocamente con respecto a cada una de las cuestiones propuestas y decidir con sometimiento al voto de la mayoría.

El interés individual del imputado ha de ser favorecido por este sistema, o por lo menos en nada habrá de perjudicarse si se tiene en cuenta que el *in dubio pro reo* puede tener amplia aplicación. La colegialidad hace más difícil que se oculten elementos probatorios de descargo.

La calidad de técnicos de todos los integrantes del colegio hace muy difícil la preponderancia de uno de sus miembros sobre los otros. Con todo, hay que evitar su integración con jueces improvisados para el proceso de que se trata, lo que suele ocurrir en la práctica con las sustituciones de urgencia.

No obstante, deben tenerse en cuenta algunos argumentos contrarios de importancia para establecer en base a ellos las excepciones. Las dificultades económicas para crear todos los tribunales necesarios conducen a aceptar la unipersonalidad en juicios por infracciones leves o levísimas. También puede resultar engorroso, y por ello perjudicial, la colegialidad cuando la circunscripción del tribunal es muy amplia y poco densa en materia juzgable como ocurriría, por ejemplo, con las Cámaras Federales en provincia si tuvieran que actuar en juicio oral e instancia única. Finalmente, la colegiación puede no ser ventajosa para los tribunales penales especializados como ocurre entre nosotros con los de menores. Sobre esto último, los códigos más modernos han

dado una solución mixta: colegialidad para delitos mayores y unipersonalidad para delitos menores.

D) *Unidad o diversificación del tribunal*

SUMARIO: 228. Planteamiento y aplicación. 229. Fundamento y garantía.

228. A partir de la generalización del sistema mixto en nuestro país, se ha abandonado en lo criminal el tribunal único para todo el proceso de mérito, optándose por la diversificación, o sea por órganos distintos para la investigación y el juicio. El antiguo Código Federal —y las provincias que lo seguían— disciplinaba toda la actuación de primera instancia ante un único juez, quien actuaba desde la promoción instructoria hasta el dictado de la sentencia. A partir de la sanción del Código de Córdoba de 1939 se distingue con nitidez y separación funcional entre la etapa investigativa, a cargo de un juez unipersonal, y el plenario o juicio, tramitado ante un tribunal colegiado formado por tres jueces técnicos. Éste es el método vigente en el Código Procesal Penal de la Nación y en la mayoría de las provincias.

Aquellas que disciplinan la investigación preparatoria a cargo del fiscal establecen la actuación de un juez no de instrucción sino de la instrucción, también denominado como juez de garantías; así, el artículo 23 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires otorga a este órgano jurisdiccional, que actúa estrictamente como juez y no como investigador, las funciones de atender a las presentaciones de las partes, entender en las medidas de coerción personales y reales, intervenir en la incorporación de pruebas definitivas e irreproducibles, en las instancias relativas a modificaciones de la calificación legal y en la recepción de la declaración del imputado cuando éste así lo solicitare, a más de controlar el cumplimiento de los plazos legales por parte del fiscal.

De tal manera, la separación de funciones queda así nítidamente configurada. Se entiende que razones de racionalidad y ecuanimidad, imprescindibles para asegurar una correcta aplicación del derecho, exi-

gen que sean distintos los órganos que investigan de los que juzgan sobre el mérito de esa investigación.

En materia correccional, la mayoría de las provincias disciplinan la investigación a cargo de un juez de instrucción y el juzgamiento ante un juez correccional unipersonal. En el orden federal y en otras provincias se otorga a un mismo funcionario la doble tarea, lo que merece severas críticas.

229. No hay duda de que el sistema mixto de procedimiento es el que se planteó la diversificación del tribunal, fundamentalmente por el carácter meramente preparatorio del período instructorio, cuyos actos no podían ser utilizados directamente para dar base a la sentencia definitiva (Código Napoleón de 1808). Alemania, sin embargo, mantuvo un tribunal con el mismo instructor, aunque agregándole para el juicio los escabinos. Instituyó así un régimen más simplista.

No se ha formulado un argumento ponderable para justificar el tribunal único, a no ser el del excesivo costo cuando la labor es limitada. En cambio, es inconveniente que una misma persona (juez que personifica el oficio) reúna los elementos para dar base a la acusación y después decida sobre esa misma acusación. Ya el procesamiento es declaración jurisdiccional incriminadora (provisional) y de él toma sus elementos la acusación, cuya aceptación por el tribunal para que se inicie el plenario implica ratificar ese mérito provisional incriminador, que hasta ahora puede ser el resultado de un contradictorio si medió oposición de la defensa. ¿Podría ese juez tener libertad de convencimiento para pronunciar después la sentencia definitiva? Su propia intervención en los debates, ¿no estaría influenciada por las medidas instructorias que él mismo ordenó y pruebas incriminadoras que recibió?

Por otra parte, y con mayor razón cuando el juicio es oral, la diversificación del tribunal favorece el trámite habituándose mejor a él el juez que se especializa en su función. Hay diferencias importantes para instruir y juzgar, y hasta es posible concluir que ambas funciones son incompatibles en un mismo proceso.

Para garantizar el sistema de diversificación, nuestros códigos modernos tienen normas sobre inhibición y recusación. Las veremos en su oportunidad.

E) *Instancia única o doble*

SUMARIO: 230. Planteamiento y criterios. 231. La cuestión ante el juicio oral.
232. Amplitud y límites.

230. También se ha discutido sobre las ventajas de la doble instancia o de la única instancia en los procedimientos penales. Esto nos conduce a determinar si es conveniente evitar o autorizar una revisión plena de la causa (en el hecho y en el derecho sustancial o formal) por vía de un tribunal de alzada: apelación. No comprende, por lo tanto, las llamadas impugnaciones limitadas del fallo de mérito: casación, inconstitucionalidad. Entre nosotros, el problema se ha planteado desde que comenzó a postularse el juicio oral.

La doble instancia ha sido aceptada ampliamente en el procedimiento penal escrito. Los tribunales de alzada son las Cámaras Penales de Apelación. En cambio, todos los códigos de juicio oral (obligatorio u optativo) lo establecen en única instancia, autorizando las impugnaciones limitadas. Cabe recordar que en Italia se mantiene la apelación de la sentencia dictada en juicio oral.

La doble instancia es garantía de mayor certeza; el contralor en la apreciación de los hechos impone un mérito más cuidadoso y meditado, sin perjuicio de que el superior corrija los errores con más serenidad de juicio, se dice, por la jerarquía de los integrantes del tribunal de alzada, y aun ante nuevos elementos de convicción.

Por su parte, la instancia única permite una más pronta obtención de la cosa juzgada, y se dice que hace más económico el procedimiento. La celeridad en la fijación de los hechos es importante para la pronta estabilidad de los derechos, aunque la cuestión jurídica pueda prolongarse en vía impugnativa. La certeza en esta fijación se proporciona con el tribunal técnico y colegiado para esa única instancia.

230 bis. El tema de la única o doble o múltiple instancia se relaciona tanto con la teoría general de la impugnación como con la organización del aparato judicial. Desde el primero de los mencionados puntos de vista, los recursos aparecen como medios para obtener la revisión de una resolución judicial, ya fuere modificándola o privándola de sus efectos; de ahí la denominación, cara a la teoría italiana, de

“remedios”, ya que se busca corregir un acto erróneo o irregular. De lo que se trata es de una modificación a posteriori de lo decidido originariamente. En consecuencia, la idea más razonable es la de que se arbitren medios a priori para asegurar la justicia y corrección de los pronunciamientos jurisdiccionales, tendencia en general predominante en las recientes articulaciones procesales.

En relación al segundo problema que hemos apuntado, puede advertirse que, en general, el régimen de los recursos se origina más que en razones de aspiración de justicia y corrección de errores, como gusta exponer la doctrina tradicional, en motivos de control jerárquico de la autoridad superior sobre sus inferiores. Dentro de las monarquías absolutas, era el rey quien poseía la autoridad decisoria que, por razones prácticas, delegaba en organismos judiciales que de él dependían. De tal forma, los recursos eran fundamentalmente medios de retorno que “devolvían” la autoridad desde lo inferior a lo superior. Esta estructura, con las lógicas modificaciones de diferentes conformaciones políticas, se ha mantenido en gran parte como consecuencia de una organización vertical de la justicia, de una estructura piramidal muy poco coherente con el sistema democrático.

Si bien han desaparecido recursos como la “consulta” y se ha reducido considerablemente el ámbito de la apelación, nuestra justicia sigue ligada a un régimen de tribunales superiores e inferiores en el que, para peor, con frecuencia los “superiores” en modo alguno lo son por versación, idoneidad e independencia.

La Constitución Nacional (art. 108) instituye la Corte Suprema de Justicia y “los demás tribunales inferiores” que el Congreso establezca, por lo que no puede discutirse ese orden jerárquico básico, repetido en los Estados provinciales; pero ello no obsta en manera alguna a que dentro de la organización jurídica inferior a la de la Corte o superiores tribunales pueda establecerse una organización horizontal, como la preveían los Proyectos Maier y el de Santa Fe.

231. En verdad, todos los argumentos son en general válidos en uno y otro sentido. De aquí que mientras no se presente una dificultad seria que conduzca a rechazar la doble instancia, consideramos conveniente autorizarla con prudencia.

En el procedimiento escrito conviene regular la doble instancia con toda amplitud, tanto en la instrucción como en el plenario, máxime

cuando el tribunal de sentencia es unipersonal. Cuando el juicio es oral, no se advierten mayores inconvenientes para que la instrucción sea de doble instancia, autorizándose la apelación aunque más no sea respecto de los méritos fundamentales: procesamiento, elevación a juicio, sobreseimiento, excarcelación, etcétera; pero el trámite en alzada deberá ser sumario. Así lo resuelven nuestros códigos modernos.

En cambio, las características del proceso oral y público aun ante jueces técnicos plantean un serio inconveniente para aceptar la doble instancia. En efecto; la sentencia debe basarse en los actos del debate y en las pruebas allí introducidas, sin que el acta registre las expresiones orales más que en casos de excepción. La sentencia valorará todos esos dichos con las circunstancias que lo rodean en el momento de su producción. Y esto no ha de poder ser percibido nuevamente en idéntica o parecida forma por el tribunal de alzada para modificar con mayor certeza la sentencia. El principio de mediación exigiría un nuevo debate en la alzada, con el engorro que ello significa y con la inseguridad en el perfeccionamiento de la certeza, y sin ese debate, ¿cómo podrían apreciarse las pruebas que no constan en los autos? Menos se explicaría una reforma del fallo sin debate en la alzada. En ningún caso habrá garantía de mejor justicia.

Sostenemos que el juicio oral regulado en nuestros códigos modernos rechaza toda posibilidad de doble instancia. Autorizarla significaría destruir el principio de inmediación por cuanto no se mantendría la identidad física del juzgador: la prueba recibida por los jueces integrantes del tribunal de primera instancia sería valorada por los integrantes del tribunal de segunda instancia.

232. La implantación de la única instancia para el juicio penal oral fue impugnada de inconstitucionalidad inmediatamente después de entrar a regir en Córdoba con alcance obligatorio y amplio. Se sostuvo que atacaba la inviolabilidad de la defensa en juicio consagrada por el artículo 18 de la Constitución Nacional, y también la norma de varias Constituciones provinciales que expresamente integran el Poder Judicial con las "Cámaras de Apelaciones".

La doble instancia no es régimen procesal que derive de ninguna de las garantías del artículo 18 de la Constitución Nacional. La única instancia, correctamente establecida, sin lugar a dudas garantiza la de-

fensa en juicio, fundamentalmente en lo que a los hechos se refiere, por ser en cuanto a ellos donde se radica el problema. Nuestro más alto tribunal ha sido categórico al sostener que, desde el punto de vista de la defensa, la doble instancia ha quedado relegada a la ley (C. S. J. N., *Fallos*: 243:311, 363 y 511).

Con respecto a las Constituciones provinciales, éstas se refieren a las Cámaras de Apelaciones, con la única finalidad de enunciar los tribunales en los que reside el Poder Judicial. No les ha dado expresamente la función de apelación en su significado de recurso amplio sino tan sólo un nombre con valor jerárquico entre el tribunal superior y los juzgados. La función debe ser dada por la ley, y es lo que se ha hecho con las Cámaras de Juicio en lo Penal.

232 bis. La discusión a que alude el autor se ha renovado, desde otra óptica, con la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico interno del Pacto de San José de Costa Rica (art. 75, inc. 22, Const. Nac.), que establece el derecho del condenado a recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior (art. 8º, apartado 2, h), lo que aparece reafirmado en el Pacto Internacional sobre Derechos Políticos y Sociales, el que en su artículo 14 reza: "...toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto, sean sometidos a un Tribunal Superior conforme a lo prescripto por la ley".

De acuerdo con lo señalado, se plantea el interrogante sobre si, dentro de los procedimientos vigentes que establecen el juzgamiento en única instancia y sólo admiten recursos extraordinarios, como el de casación y el de inconstitucionalidad, el requisito de recurribilidad se encuentra cumplido. En general, hay coincidencia doctrinaria y jurisprudencial en responder de modo afirmativo, ya que se entiende que la decisión tomada por un tribunal colegiado ofrece suficientes garantías de corrección en la ponderación de los hechos que, por otra parte, dada la oralidad e inmediación, aparecen como no susceptibles de un control posterior por parte de un órgano de grado que examine lo acertado o erróneo de la valoración de las acreditaciones vertidas en la audiencia de debate; igualmente se señala que toda vez que nos encontramos ante procedimientos actuados de los que se llevan registros meramente sumarios, mal podrían analizarse hechos irreproducibles

en una instancia superior, cuyos órganos de decisión no asistieron al debate ni tienen ante sí un expediente, como en el caso de la apelación en los procedimientos escritos. Por último, se indica que ordinarizar el recurso de casación implicaría desvirtuar por completo el sistema.

La existencia de un recurso de casación que tiende a asegurar la correcta interpretación y aplicación del derecho vigente (tanto procesal como sustancial) a los hechos de la causa, definidos de modo inmovible e inmodificable por el tribunal de instancia, aseguraría la garantía de que se trata.

Si bien pueden aceptarse en lo básico estos argumentos, existen cuestiones que resulta imprescindible modificar. En primer lugar, está la relativa a los límites objetivos de procedencia del recurso, es decir, la gravedad de la pena impuesta, que con frecuencia aparece como de notoria injusticia e irracionalidad. En segundo término, la necesidad de flexibilizar los requisitos de admisibilidad formal, de tal manera que no se conviertan en una traba, a veces arbitraria, que transforma en imprevisible la apertura de la impugnación, incurriéndose con frecuencia en excesos rituales que desnaturalizan el sentido del remedio. Y por último, ampliar los supuestos de procedencia a hipótesis como las contempladas en el recurso de revisión e, igualmente, a situaciones de grave y notoria arbitrariedad; sobre este último aspecto, los medios técnicos existentes en la actualidad permiten sin ningún esfuerzo que puedan arbitrarse registros de lo acontecido en la audiencia, sin desvirtuar su sentido de procedimiento actuado, de percepción inmediata.

Ahora bien: puesto en claro lo anterior y de acuerdo con los textos internacionales que han sido citados, surge el problema de la definición del recurso, como garantía, a favor del imputado que ha sufrido una condena penal. Debe observarse que a la luz de esta preceptiva, es clara la idea del recurso como una garantía a favor del imputado, lo que contradice cierta doctrina judicial que, en otro contexto normativo, entendía que el derecho a recurrir no era de índole constitucional, lo que ahora no admite dudas. En esa inteligencia, se entiende que el derecho a recurrir es sólo una facultad del imputado cuya culpabilidad se ha resuelto, con la consecuente imposición de sanción punitiva y que, por ende, está facultado a obtener un nuevo examen de su caso. Esto es lo que ha sido denominado como la doctrina del "doble con-

forme” que, entre nosotros, ha sido desarrollada con amplitud y profundidad por Julio Maier.

Los instrumentos internacionales de rango constitucional no otorgan esta facultad recursiva a los órganos de la acusación, quienes si no han tenido éxito en el logro del reconocimiento jurisdiccional de su pretensión punitiva carecen del derecho de acudir ante un órgano superior; ello, porque en el supuesto de que se admitiese su postura y el tribunal de grado condenase, nos encontraríamos ante la situación de que, ante el expreso mandato legal, el ahora condenado tendría derecho a un recurso y así indefinidamente, lo que resulta absurdo.

De tal modo, el derecho al recurso se transforma en la actualidad en la facultad de la persona que ha resultado condenada de poner en marcha una instancia superior de revisión para que se verifique, a través del nuevo examen del caso, la doble conformidad; en el supuesto de coincidencia del nuevo fallo con el precedente, surgiría la plenitud de fundamento a la condena, ya que se obtuvo dos veces el mismo resultado, y, en la hipótesis contraria, se privaría de efectos lo anterior.

Esta es la interpretación que cabe de las normas internacionales y a la que deberán ajustarse tanto la doctrina judicial como las imprescindibles reformas legales.

II. LA ORGANIZACIÓN EN LA ARGENTINA

SUMARIO: 233. Fuente constitucional. A) Justicia penal de la Nación. B) La justicia penal provincial.

233. La justicia penal argentina se divide en federal y provincial, como consecuencia del régimen federal de gobierno que hemos adoptado. El Congreso de la Nación dicta el Código Penal (leyes penales de fondo) para que sea aplicado por los tribunales de la Nación (federales) o de las provincias, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones (esfera de gobierno). La justicia penal federal se distribuye en todo el territorio de la Nación. Cada provincia tiene su justicia penal propia dentro de su territorio para los casos no comprendidos en el fuero federal.

Administrar justicia es función encomendada al Poder Judicial (de

la Nación o de provincia) conforme a nuestro régimen republicano. De aquí que la fuente institucional del tribunal penal (órgano jurisdiccional) sea la respectiva Constitución y no la ley, cuya misión es organizarlo. Todos los jueces son de la Constitución: no hay jueces de la ley como llegó a sostenerse para la justicia de la Capital Federal quitándoles la garantía propia de las autoridades del Poder Judicial de la Nación.

Para el análisis de la organización judicial penal argentina corresponde tener en cuenta, además, que en algunas provincias rige un procedimiento con plenario escrito, mientras que para otras provincias (la casi totalidad) el juicio es oral, obligatorio u optativamente. Esto determina una diferencia fundamental en la constitución de los tribunales.

A) *Justicia penal de la Nación*

SUMARIO: 234. Fuero de la Capital Federal. 235. Corte Suprema de Justicia. 236. Los demás tribunales inferiores.

234. No obstante algunas equivocadas interpretaciones, se ha aca-
llado ya la discusión acerca de si debía mantenerse o suprimirse el doble fuero en la Capital Federal. Lo real es que nunca debió existir porque por la Constitución de 1853-60 todos los tribunales de la Capital son nacionales o federales. Sin embargo el doble fuero: el ordinario o común y el federal, rigió hasta la ley 13.998 dictada en consecuencia de la Constitución de 1949 (arts. 94 y 95), cuyo régimen se ha seguido manteniendo con la Constitución actual, habiendo variado radicalmente su criterio la Corte Suprema de la Nación (*Fallos*: 236:8; 241:14 y 147): ya no se habla más de "jueces de la ley".

La distinción que aún subsiste no es de "fueros" (ordinario y federal) sino solamente de competencia de tribunales de un mismo órgano jurisdiccional. Los llamados federales de la Capital son tribunales especiales que se diferencian de los generales o comunes por atribuírseles casos conforme a un criterio material. La reciente reforma de la Cons-

titución que otorga autonomía a la ciudad de Buenos Aires significa el paso de esos tribunales.

235. El artículo 108 de la Constitución Nacional instituye el Poder Judicial de la Nación. Crea una Corte Suprema de Justicia y prevé los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación, conforme a la facultad que le otorga el inciso 20 del artículo 75.

El único tribunal creado directamente por la Constitución es la Corte Suprema de Justicia. Es el superior jerárquico del órgano jurisdiccional de la Nación, y a su vez el más alto tribunal de todo el país por cuanto tiene a su cargo el control de constitucionalidad de las leyes y actos de autoridad (*Fallos*: 245:429). Esta supremacía surge del artículo 31 de la Constitución Nacional, y no de los artículos 108 y 109 como se suele sostener, porque éstos se limitan a establecer la justicia federal.

La Corte es un tribunal técnico integrado por cinco ministros, uno de los cuales se desempeña como presidente, y por un procurador general. Tiene su asiento en la Capital Federal. Está facultada para dividirse en salas por reglamento interno (decreto-ley 1285/58; art. 23, ley 15.271), debiendo actuar en pleno en asuntos de inconstitucionalidad y de competencia originaria.

En materia penal entiende originariamente en asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros (Const. Nac., 116). En los demás casos previstos entiende en grado de apelación: puntos regidos por la Constitución, las leyes de la Nación en causas penales federales y casos de almirantazgo y jurisdicción marítima. Todos esto está debidamente reglamentado, con las correspondientes remisiones a las leyes 48 (art. 14).

236. Los demás tribunales son creados por ley del Congreso. Tienen mayor jerarquía las Cámaras Nacionales o Federales de Apelación con funciones de segunda instancia en materia penal. Cada cámara es un tribunal colegiado y técnico, que se divide en salas cuando su número es mayor de tres. En la suma de sus competencias locativas queda cubierto todo el territorio de la República. En la Capital hay una Cámara en lo Penal (Criminal y Correccional) dividida en varias

salas de tres miembros cada una, dos Cámaras en lo Federal, una Sala en lo Penal.

Los tribunales federales de primera instancia en lo penal son técnicos y unipersonales. Los hay en la Capital, unos especializados en materia federal que en lo penal actúan en todo el proceso.

236 bis. A partir de la ley 23.984 se producen importantes modificaciones en lo que hace a la organización del Poder Judicial de la Nación. A través de la ley 24.050 se establece la organización y competencia de la justicia penal nacional, integrándola a través de la Cámara Nacional de Casación Penal, los Tribunales Orales en lo Criminal, las Cámaras Nacionales de Apelaciones, los juzgados nacionales y federales con asiento en las provincias. Así mismo, se determinan los distritos judiciales y la competencia de los diferentes órganos. La ley 24.121 determina la implementación y organización de la justicia penal, lo que se complementa con posteriores disposiciones relativas al Ministerio Público, la Defensa Oficial y las Secretarías.

De acuerdo con esto, el proceso penal en el orden nacional se tramita ante un juez de instrucción que realiza la investigación, finalizada la cual el fiscal actuante requiere juicio, el que se celebra ante tribunales orales en única instancia; contra las resoluciones de mérito instructorio procede el recurso de apelación ante las cámaras y contra las sentencias definitivas el extraordinario de casación. El proceso correccional se tramita ante un único juez que instruye y juzga.

B) Justicia penal provincial

SUMARIO: 237. Procedimiento escrito. 238. Procedimiento oral.

237. Durante considerable tiempo se mantuvo en varias jurisdicciones el sistema escriturista, cuya formulación no sólo despareció de la doctrina sino de la misma legislación. Todas las provincias argentinas, al igual que la mayoría de los países latinoamericanos, se ha volcado decididamente hacia la oralidad, la que no sólo preside el juicio sino también se insinúa con fuerza en la etapa preparatoria. La única excepción, a pesar de diferentes proyectos reformadores, está dada

por Santa Fe, aun incomprensiblemente apegada al más caduco de los sistemas.

238. La Provincia de Córdoba se inició en el juicio oral en 1940.

Su Tribunal Superior entiende en los recursos extraordinarios, fundamentalmente el de casación, por su Sala en lo Penal y Correccional. En la inconstitucionalidad actúa el tribunal en pleno.

Los tribunales de juicio son de dos tipos: en lo criminal, integrados por cámaras de tres miembros técnicos, en número de nueve para la ciudad capital; en lo correccional, integrados por juzgados (unipersonales) en número de tres para la ciudad capital; en el interior funcionan cámaras en lo criminal y correccional.

En la instrucción hay doble instancia: la primera a cargo del tribunal instructorio unipersonal (juzgados) distribuidos en todas las circunscripciones y once en la ciudad capital; la segunda a cargo de la llamada "Cámara de Acusación" para la primera circunscripción (de tres miembros), y de las mismas cámaras de juicio para las otras circunscripciones.

A los agentes fiscales se les encarga la información previa a la citación directa a juicio en delitos de fácil investigación. Existen jueces de menores y de faltas, y se atribuyen funciones penales a los jueces de paz letrados y legos.

Desde 1995 rige en la Provincia de Córdoba la ley 8123, la que a pesar de numerosas prórrogas y otras modificaciones a las que nos hemos referido, adopta el sistema de investigación fiscal preparatoria y una plena potenciación de la etapa del juicio, a más de incorporar la figura del querellante particular en delitos de acción pública y una notoria protección a la víctima.

III. INTERVENCIÓN DEL JUEZ PENAL

SUMARIO: 239. Principios comunes. A) Capacidad genérica. B) Capacidad específica.

239. Concluido el análisis del tribunal en cuanto objetivación del órgano jurisdiccional desde el punto de vista de la competencia, corresponde analizar ahora la intervención que tiene el funcionario

o autoridad que lo personifica para la actuación procesal. El juez toma intervención en los procesos penales conforme a las atribuciones y sujeciones que la ley determina; pero su actividad ha de ser legítima si reúne las condiciones para actuar como juez en cualquier proceso penal, frente a determinado número de procesos, o con respecto a un proceso o trámite específico.

El tema no es exclusivo del Derecho Procesal Penal, pero requiere aquí su consideración en términos fundamentales para captar los criterios normativos de nuestros Códigos Procesales Penales. Éstos muestran algunas particularidades impuestas por la materia sobre la cual se actúa. Lo que corresponde es establecer los requisitos, condiciones, causales y procedimientos previstos para garantizar el normal e imparcial ejercicio de la función jurisdiccional del Estado en el área de la penalidad.

Hemos aclarado que los jueces, singularmente o en colegio, son las autoridades judiciales que están a cargo de los juzgados, cámaras o salas, es decir de cada uno de los oficios del tribunal penal. A través de éstos los jueces personifican al tribunal, personificación que es directa cuando actúan como se ha dado en llamar "en tribunal pleno".

Deben estar en posesión del cargo después de haber llenado los requisitos exigidos por las leyes. *In specie* actuarán válidamente cuando el tribunal que personifican sea competente, y cuando en el proceso concreto no medien circunstancias que los pongan en situación de sospecha de imparcialidad. De aquí que ahora corresponda considerar estos dos aspectos de la función jurisdiccional: capacidad genérica y capacidad específica, que a la vez tienen su enfoque negativo. La falta de competencia se analizará después.

A) *Capacidad genérica*

SUMARIO: 240. Condiciones generales. 241. Aspectos en particular.

240. La capacidad genérica del juzgador es asunto que presenta las notas más generales en el estudio del derecho procesal. Se trata de las condiciones para ser juez, en nuestro caso juez penal, consideradas en abstracto. No será juez, y por lo tanto no podrá personificar

a ningún tribunal judicial, quien no reúna todos los requisitos exigidos por la ley dictada en consecuencia de la Constitución.

En los asuntos penales, la jurisdicción debe ser ejercida por autoridad legítima, o sea por quien reúna las condiciones de actuación y tenga las calidades impuestas por el ordenamiento jurídico. Conforme a nuestro régimen institucional, el juez penal es el funcionario público integrante de la magistratura, que está munido de garantías de estabilidad y permanencia conforme a los preceptos constitucionales, y cuyas atribuciones se fijan en las leyes que delimitan el modo y forma de su legítima actividad.

Sobre este particular, las leyes procesales penales modernas hacen referencia al nombramiento, constitución y capacidad "del juez o tribunal" para captar la personificación singular y la colegiada. La "capacidad" capta los elementos personales o de estado del sujeto titular, siendo el más general poseer la idoneidad que la Constitución Nacional (art. 16) exige para el desempeño de cualquier cargo público. Después se requiere posesión del título de abogado, sin imponerse la especialización penal, salvo la escasísima apertura al llamado tribunal lego.

Otra condición genérica es la experiencia del juez en la práctica del derecho, lo que objetivamente se resuelve por un criterio temporal: tantos años de ejercicio de la profesión, mayor número para integrar los tribunales más elevados. El ejercicio de la profesión ha sido equiparado al desempeño de funciones judiciales. Es común establecer un límite mínimo de edad para asegurar la serenidad de juicio del magistrado; también suele ser más elevada para integrar los tribunales de mayor jerarquía. Finalmente, se exige la ciudadanía argentina, la residencia, y a veces una determinada renta como garantía de imparcialidad y decoro, la que ha perdido vigencia por falta de reactualización.

241. El nombramiento del juez penal es un acto de investidura funcional indispensable para ejercer válidamente la jurisdicción. Tiene carácter administrativo el acto, pero la investidura es judicial, y está munida de recaudos impuestos por las Constituciones conforme al sistema representativo de gobierno y para garantizar la independencia del Poder Judicial.

En nuestro país se ha impuesto el régimen de elección indirecta, conforme a un sistema combinado generalmente entre los otros dos poderes: Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado (Nacional y algunas provincias) o de la Asamblea Legislativa (Santa Fe), o Senado, de una terna propuesta por el Poder Ejecutivo (Córdoba); Poder Ejecutivo a propuesta de la Corte Suprema de Justicia (Mendoza). La permanencia en el cargo se establece en función de un sistema de destitución: juicio político, jury de enjuiciamiento, etcétera. Durante el trámite de estos procedimientos el juez penal ha de quedar suspendido en sus funciones, por lo cual debe proveerse a su sustitución.

Genéricamente, la constitución del tribunal se refiere a la asunción del cargo con observancia de los recaudos y formalidades del caso. Específicamente capta asimismo la integración de los oficios colegiados (cámaras o salas). Todo esto tiene mucha importancia en el proceso penal, máxime en la oralidad de los debates con tribunal colegiado que exige la presencia física e intelectual (intervención) de todos los jueces que lo integran.

Para el correcto cumplimiento de su función, al juez penal debe exigírsele lo que en síntesis puede expresarse como "dignidad de vida", y esto no sólo debe ser así sino también mostrarse, lo que conduce a establecer legalmente determinadas incompatibilidades: prohibición de determinadas actividades, de ocupar cargos electivos, públicos o privados, etcétera. Además, el artículo 34 de la Constitución Nacional prohíbe el desempeño simultáneo como juez en la justicia nacional y provincial.

241 bis. La reforma constitucional de 1994 incorporó en su artículo 114 el denominado Consejo de la Magistratura, organismo al que se le encomienda la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial, efectuando lo primero a través de concursos públicos, elevando ternas de los candidatos seleccionados; igualmente le corresponde administrar recursos, ejercer facultades disciplinarias y decidir sobre la apertura de procedimientos de remoción. La reciente ley 24.937 prevé la integración y funcionamiento del cuerpo.

Institutos similares funcionan en diversas provincias.

B) *Capacidad específica*

SUMARIO: 242. Alcance y causales. 243. Vinculación del juez con el proceso. 244. Vinculación del juez con los interesados. 245. Inhibición de oficio. 246. Recusación. 247. Instancia del recusante. 248. Trámite del incidente.

242. A pesar de la competencia del tribunal y de la capacidad genérica del juez para personificarlo, puede ocurrir que éste deba apartarse del conocimiento de la causa ante la existencia de sospecha de parcialidad. Se advierte que no se trata ya de exclusión del tribunal penal, sino de apartamiento del juez que desempeña el oficio jurisdiccional. El apartamiento puede ser genérico, quedando el cargo vacante por cese o por suspensión del juez, y regirán las normas sobre sustitución de los magistrados judiciales encargando el oficio (juzgado) a otro juez del mismo tribunal, e integrando la sala o cámara con otro vocal, hasta tanto concluya la suspensión o se haga el nuevo nombramiento.

La sospecha de parcialidad tiene efecto en concreto. Produce el apartamiento en una causa determinada, de oficio o a requerimiento de parte interesada: excusación o recusación. Desde antiguo los códigos procesales penales vienen estableciendo concretas causas de apartamiento del juez que protegen su imparcialidad frente al específico proceso penal. Ahora la excusación del juez penal (inhibición en algunos códigos) es imperativa, sin perjuicio de que en algunos casos el interesado pueda solicitarle que continúe interviniendo. La recusación sin expresión de causa sólo excepcionalmente se acepta en materia penal, y en forma muy limitada.

Todos los códigos enumeran, en una serie de incisos, las causales de apartamiento del juez penal. En general comprenden su vinculación con el proceso mismo y con los interesados en el proceso, en ambos casos en forma directa e indirecta. Todos los códigos prohíben recusar con expresión de causa distinta a las legales y la jurisprudencia generalmente es restrictiva. No ocurre igual en cuanto a la inhibición de oficio. Aunque algunos fallos han sido estrictos (C. S. J. N., *Fallos*: 216:522), por lo general se han aceptado otros motivos no legales con fundamento en la no taxatividad de la norma respectiva. No parece sensato imponer al juez que intervenga en un proceso, con respecto al cual considera que está afectada su imparcialidad.

243. Son causales de vinculación directa del juez con el proceso de que se trata:

- a) Haber pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia en el mismo proceso, no así autor de procesamiento, de falta de mérito o de remisión a juicio. Se trata de apartar al juez que ha prejuzgado en ese proceso, y no al que simplemente ha intervenido.
- b) Haber intervenido en el proceso como funcionario del Ministerio Fiscal o haber dictaminado como letrado. No hay duda de que esto implica adelantos de opinión en la causa, aunque sólo fuere por haber firmado un escrito o asistido a una audiencia.
- c) Haber sido en el proceso defensor, mandatario, denunciante o querellante o haber actuado como letrado. No hay duda de que esto implica adelantar opinión en la causa, aunque sólo fuere por haber firmado un escrito o asistido a una audiencia.
- d) Haber actuado como perito o conocido el hecho como testigo. Su actuación como perito implica adelanto de opinión sobre una prueba. En cuanto a la condición de testigo, lo es en sentido sustancial, o sea aunque no haya declarado en el proceso. A más del peligro de ser imparcial, juega aquí un criterio de incompatibilidad, que se decide a favor del testigo por su insustituibilidad.
- e) Haber dado recomendaciones acerca de la causa antes o después de comenzada, aconsejando o manifestando su opinión sobre el asunto a alguno de los interesados. Son otras manifestaciones del prejuzgamiento que la jurisprudencia ha captado en diversas modalidades y manifestaciones.

Son causales de vinculación indirecta del juez con el proceso la intervención como juez de algún pariente suyo hasta el segundo grado consanguíneo (incluido el cónyuge), o si él o alguno de sus parientes próximos tuviere interés en el proceso.

244. En cuanto a la vinculación con los interesados en el proceso, corresponde aclarar quiénes son éstos. Para el Código nacional son las partes. Los códigos modernos lo aclaran por norma interpretativa que comprende al imputado, al ofendido, representantes y mandatarios. Respecto del ofendido, damnificado y tercero responsable, ex-

presamente la ley aclara que son interesados aunque no intervengan en el proceso.

Los casos previstos de vinculación directa del juez con los interesados comprenden:

- a) El parentesco próximo, extendido a la calidad de tutor o curador y que puede comprender también la de guardador, que hubiere existido. Es fácil advertir el efecto de esta causal.
- b) Juicio pendiente iniciado con anterioridad o existencia anterior de denuncia o acusación de uno contra el otro. La exigencia de antelación al proceso que no contiene el Código nacional evita la causal artificial por demanda o denuncia dirigida sólo a obtener el apartamiento injustificado. Si el pleito concluyó o se probare que después de la denuncia o acusación medió amistad entre ambos, la causal no subsistirá.
- c) Sociedad no anónima, comunidad o relación de acreedor, deudor o fiador. Se trata de la vinculación por intereses pecuniarios. Los códigos modernos extienden este vínculo a los parientes cercanos de los interesados.
- d) Amistad íntima, enemistad manifiesta o haber recibido en cualquier tiempo beneficios de importancia o regalos después de iniciado el proceso. Las dádivas, beneficios o regalos se extienden por los códigos modernos a las personas allegadas al juez. Lo íntimo o lo manifiesto de la amistad o enemistad ponen un justo límite a la causal, evitando su extensión indebida.

Las causales de vinculación indirecta con los interesados son extensión de las anteriores a los parientes o allegados al juez como se ha venido expresando: juicio pendiente, acreedores o deudores de beneficios o regalos. No están contemplados expresamente por el Código nacional.

245. El juez debe apartarse si advierte la presencia de un motivo legal. Es el apartamiento de oficio que los códigos denominan inhibición o excusación. Resuelto el apartamiento, el proceso será remitido al juez que corresponda, o se integrará al cuerpo conforme lo determina la ley.

No obstante, con respecto a algunas causales que vienen a carac-

terizarse como relativas, la excusación puede quedar sin efecto cuando a solicitud de los interesados el juez acepte continuar conociendo en la causa. Se requiere acuerdo de todos los sujetos procesales. Sobre esto son expresos los códigos modernos. Las causales absolutas actúan como presunciones legales con respecto a la sospecha de parcialidad, por lo cual no pueden ser allanadas, pero los códigos no son uniformes en su determinación.

Puede ocurrir que el juez decida su inhibición después de instancia de parte interesada al respecto, o sea de una recusación aunque en tiempo inoportuno. Si el juez admitiere esa causal, debe apartarse, y en cuanto al trámite su inhibición equivale a la de oficio. Resuelto el apartamiento en decreto fundado, se remitirá el expediente al juez que corresponda según el orden para los reemplazos, quien debe proseguir el curso del proceso inmediatamente. Si se trata de un vocal de tribunal colegiado, deberá pedir él su apartamiento al cuerpo. Éste será integrado para resolver el apartamiento, y en caso afirmativo lo integrará definitivamente con el reemplazante legal.

246. La recusación es el medio otorgado a las partes para provocar el apartamiento del juez sospechoso. También puede recusar el representante del Ministerio Fiscal no obstante su calidad de funcionario público. La recusación debe fundarse en causa legal. El Código de Santiago del Estero admitió limitadamente la recusación sin expresión de causa: a un vocal del tribunal colegiado.

La oportunidad para plantear recusación incidental está fijada en todos los códigos restringidamente. Hay plazos de caducidad vencidos los cuales la recusación como incidente no es admisible. En general se distingue el caso de causales preexistentes y causales sobrevinientes con extensión a las recién conocidas.

Cuando la causal es preexistente, corresponde que se la exprese en el primer escrito que el interesado presente ante el tribunal que el afectado personifique, salvo el imputado, que en la instrucción puede hacerlo en la declaración indagatoria antes de exponer sobre los hechos. Si se trata de causal sobreviniente o recién conocida, la instancia debe producirse inmediatamente y hasta el llamamiento de autos para sentencia. Después de este llamamiento no se puede recusar en ninguna instancia.

Todos los códigos modernos autorizan la recusación instructoria hasta el cierre de la investigación o la clausura de la instrucción. En el juicio se fija dentro del plazo de citación a juicio. En ambos casos se deja a salvo la nueva integración y la causal sobreviniente o recién conocida, todos después de los plazos indicados o del comparendo en la alzada. Se fijan veinticuatro horas desde el decreto de integración o de producida o conocida la causal.

247. La instancia de recusación es un acto escrito cuando no se hace en la indagatoria, y debe expresar con claridad la causa legal en que se funda con enunciación de los hechos y de la norma que los capta. Su contenido volitivo es el pedido de apartamiento. Simultáneamente se ofrecerán las pruebas. La inobservancia de estas formalidades está conminada con inadmisibilidad, expresamente por los códigos modernos.

Cuando el juez acepta la causal invocada no habrá cuestión entre recusante y recusado, pero podría haberla entre éste y el sustituto legal si el tribunal es singular. Pero el juez puede no aceptar la recusación de parte con lo cual se plantea el conflicto. En ambos casos no hay acuerdo en los códigos para establecer el tribunal dirimente. Veamos.

Conforme al Código nacional (93), ley 4162 y decreto-ley 1285/68, interviene el juez que corresponde de acuerdo al orden de sustitución: otro juez de igual categoría, fiscal, defensor y conjuez. La gran mayoría de los demás códigos dan competencia para dirimir el conflicto al tribunal de jerarquía inmediatamente superior. El segundo sistema parece el más acomodado a las características de nuestra organización judicial.

Cuando se trata de oficios colegiados (cámaras o salas) es tribunal del conflicto el mismo cuerpo. Para ello debe ser previamente integrado conforme al régimen de sustituciones de los jueces penales. Sobre esto hay coincidencia en los códigos argentinos.

248. Los documentos probatorios deben presentarse con el acto de instancia e indicarse en él el lugar donde se encuentran, y se limita el número de testigos en la mayoría de los códigos, no así en los últimos. Al tribunal dirimente le queda la facultad de introducir pruebas relevantes.

El incidente se sustancia por cuerda separada para que la causa

principal siga su curso. La prueba se recibirá por el trámite escrito u oral según el tipo de legislación de que se trate. Hay discusión, por el procedimiento oral, en la que intervienen el fiscal y las partes privadas, pero no el juez recusado; éste ya fue oído al rechazar e informar sobre el rechazo de la recusación, o al inhibirse, y al oponerse el reemplazante a la inhibición o informar sobre ello. El plazo para resolver es brevísimo, y la decisión es inimpugnable, salvo los artículos 98 y 108 del Código nacional.

Si se hace lugar a la recusación, se comunicará al juez recusado para que sin tardanza transfiera los autos al sustituto. Éste continuará el proceso, asumiendo intervención definitiva.

Se ha dicho que durante el incidente la causa principal sigue su trámite. Conforme al sistema de los códigos modernos, por el mismo juez recusado, o en caso de rechazo de la inhibición, por el juez que la rechaza. Lo primero plantea el problema del valor de los actos cumplidos por el juez recusado que después resulta apartado, problema que se limita a los trámites de la instrucción. En los códigos modernos se conmina lo actuado durante el incidente con nulidad.

IV. AUXILIARES DEL TRIBUNAL

SUMARIO: 249. Concepto y extensión. A) La Policía Judicial. B) Personal de los oficios jurisdiccionales.

249. La naturaleza eminentemente pública de la pretensión penal requiere que los poderes de dirección y administración del proceso que se atribuyen al tribunal penal sean más pronunciados. Esto se advierte principalmente durante la investigación introductoria, en atención a los poderes autónomos que tiene el juez de instrucción. De aquí que el juez penal y más aún el instructor tenga un amplio elenco de colaboradores directos, a quienes a veces la ley les atribuye funciones que no tienen los auxiliares de los otros jueces.

En general puede afirmarse que, con mayor o menor amplitud, todas las personas del proceso contribuyen a colaborar con el juez en su función jurisdiccional penal, aun los otros sujetos del proceso. Pero nosotros consideramos ahora el auxilio en su sentido estricto, com-

prendiendo en la noción de colaboradores del tribunal a las personas con funciones judiciales, generalmente asignadas a funcionarios o empleados públicos y directamente derivadas del ejercicio de la jurisdicción o complementarias de ese ejercicio.

Este elenco de personas actúa subordinado a la autoridad del tribunal, sin perjuicio de que en algunos casos ellas tengan atribuciones autónomas, como ocurre con la Policía y el secretario. La regla es que estas personas estén ligadas al Estado por relación de empleo; pero en algunos casos ha de tratarse de particulares que, voluntariamente o por imperativos legales, contribuyen a la administración de la justicia poniendo en práctica las disposiciones del tribunal o provocando las condiciones para su intervención.

De la variedad de personas que colaboran con el tribunal en el estricto significado de auxilio directo que aquí le asignamos, nos ocuparemos de la Policía en su función judicial y del personal de los oficios con tarea de documentación, administración y aseguramiento en el proceso. Los otros aspectos serán analizados en su coordinación con la actividad procesal.

A) *La Policía Judicial*

SUMARIO: 250. Concepto y alcance. 251. Situación institucional. 252. La legislación argentina. 253. Atribuciones y sujeciones.

250. La Policía es un órgano de la administración pública. Se integra con funcionarios y empleados jerarquizados que cumplen tareas determinadas por la ley, dirigidas a la custodia del orden público y a mantener la tranquilidad social: fuerza al servicio de la paz. Con más especificidad, uno de los aspectos de esa función preventiva se orienta a la persecución penal: en sus primeros momentos, con miras a establecer la base de ella, y después para contribuir en la tarea investigativa y de aseguramiento probatorio del tribunal. Esto es lo que suele conocerse por Policía Judicial, para oponerla a lo que se conoce por Policía de seguridad o administrativa.

Como auxiliar del tribunal penal, la Policía desempeña una función judicial consistente en la formación del llamado sumario prevencional, y en el cumplimiento de las órdenes impartidas por los funcionarios

del proceso. Se orienta en dirección a la represión de los delitos e interviene en los casos concretos.

Esto la distingue de su función sustantiva de seguridad, que en lo penal es eminentemente preventiva, y se rige por normas generalizantes que permiten moverse dentro de un marco de relativa discrecionalidad. La función judicial de la Policía, en cambio, está circunscripta por las garantías individuales de libertad y dignidad humana, y por las normas de procedimiento atributivas de sus concretas funciones. Esto no le quita su carácter administrativo, pero es judicial y no gubernamental.

La distinción entre uno y otro aspecto de la función policial aún no es nítida; se justifica que no lo sea, puesto que en algunos tipos de actividades ni se puede ni conviene separarlas, y en otros hay recíproca compenetración y auxilio. Además, se presentan estados intermedios, como podría serlo el de la regulación del llamado "estado peligroso" o de peligrosidad de los no delincuentes, donde ambos aspectos convergen en la práctica.

251. No cabe duda de que la institución policial es mantenida, preponderantemente, para satisfacer fines preventivos y de seguridad pública. Éste fue su destino exclusivo hasta su actual evolución, la que tuvo su razón de ser en una toma de conciencia acerca de la imposibilidad de la coerción inmediata del Estado sobre los delincuentes frente a la vigencia de la garantía judicial. Esto dio paso a otras formas de realización, ya totalmente reguladas, para que el derecho penal sea actuado sin menoscabo de la libertad individual. Se encargan a la Policía los primeros y urgentes pasos de la función represiva, como organismo ágil y apto para anticiparse y colaborar con el tribunal en la tarea de investigación, salvando así las naturales dificultades de los momentos iniciales.

Esta actividad judicial de la Policía debió reglamentarse para que el acostumbramiento a la discrecionalidad, propia de su orientación administrativa, no veje la libertad y el honor de los ciudadanos. Pero debe darse un paso más propendiendo a distinguir, en la medida de lo posible, al personal policial con funciones judiciales para integrarlo decididamente en el Poder Judicial, reduciendo o eliminando su dependencia respecto del Ejecutivo.

De aquí que podamos considerar a la Policía, en este aspecto, ac-

tuando para preparar los primeros elementos de la investigación y colaborando con el instructor. Esto no impide que al mismo tiempo actúe previniendo, evitando o reduciendo las consecuencias perjudiciales de los hechos delictuosos.

A su vez, con referencia al proceso su actividad es preventiva, por cuanto impide la dispersión de las pruebas y la ocultación o fuga de los posibles responsables. De aquí que estos funcionarios policiales deban estar subordinados a los tribunales penales cuyas órdenes tienen que cumplir, evitando en lo posible la dependencia del Poder Ejecutivo.

252. Los códigos antiguos se refieren a la Policía, en su colaboración judicial, de una manera desorganizada y muy general. Los modernos, por el contrario, la regulan con sentido verdaderamente funcional, instituyéndola como organismo de justicia. No faltan Constituciones que la implantan como integrante del Poder Judicial (véase Misiones).

Los códigos modernos tienden a la creación de una verdadera Policía Judicial institucionalmente considerada. Para ello prevén su composición por oficiales y auxiliares; le acuerdan a las diversas jerarquías atribuciones generales, que se extienden al personal de la Policía de seguridad; establecen la subordinación poniéndolos bajo la dependencia del Tribunal más alto no obstante que deben actuar bajo la dirección y vigilancia del Ministerio Fiscal, y le fijan las sanciones disciplinarias a aplicárseles en caso de inconducta.

En el orden federal y en muchas provincias se ha avanzado bastante en la formación de una Policía técnica y especializada para la persecución penal. Sin embargo, aún no se ha llegado a su independencia funcional. Pareciera que esta idea no ha madurado suficientemente. No han podido concretarse las tentativas en este sentido.

253. En su función judicial, la Policía se integra por un elenco de funcionarios o empleados subordinados a la función pública de realización de la justicia penal. Colaboran con los jueces desempeñándose autónomamente o cumpliendo sus disposiciones. Su inconducta está sancionada penal y disciplinariamente.

Las funciones se prevén tanto en forma genérica como específica. Las primeras comprenden la labor autónoma y la subordinada en lo relativo a la investigación y a la custodia, siendo su más importante

manifestación la formación de la prevención policial. Las funciones concretas se enumeran prolijamente en una norma específica, imponiéndose el ajuste a las formalidades legales.

De todo esto surge una especie de competencia material y funcional, sin perjuicio de la territorialidad resultante del fraccionamiento en secciones para las comisarías urbanas y departamentales.

El examen específico de estas funciones será efectuado cuando nos ocupemos de los actos iniciales de la instrucción (ver N° 670 a 676). Por ahora aclaremos que nuestros códigos le atribuyen una función promotora de la instrucción jurisdiccional, que coloca a la Policía Judicial en la línea de la acusación.

Estos colaboradores son disciplinariamente sancionables en los siguientes supuestos:

- 1) Violación de disposiciones legales o reglamentarias, sin perjuicio de los casos en que exista una sanción especial;
- 2) omisión o retardo en ejecutar actos propios de la función asignada, lo que es ya una especificidad del sub 1;
- 3) negligencia en el cumplimiento de la función o de actos propios de ella, lo que es una extensión de sub 2.

Las sanciones disciplinarias procedentes son de dos tipos, a saber:

- 1) Suspensión, cesantía o exoneración, dispuesta previo trámite, por el tribunal jurisdiccional correspondiente o el Poder Ejecutivo en su caso;
- 2) apercibimiento, multa o arresto, aplicables por los jueces, de oficio o a pedido fiscal y con audiencia del interesado, cuando advierten la inconducta en el proceso donde colaboran.

B) *Personal de los oficios jurisdiccionales*

SUMARIO: 254. Concepto y extensión. 255. El secretario penal. 256. Funciones subordinadas del secretario. 257. Funciones autónomas del secretario. 258. Personal inferior.

254. Existe un conjunto no uniforme de funcionarios y empleados de la justicia que deben cumplir tareas centralizadas en la documentación de la actividad procesal y la administración de la mar-

cha del proceso. Son dos funciones generales del tribunal en las que estas personas colaboran inmediatamente como personal asignado a cada oficio judicial o, en algunos casos, al conjunto de todos los tribunales de una misma circunscripción o centro judicial.

Las diversas manifestaciones de estas actividades se cumplen: a) en forma absolutamente autónoma como en la certificación y autenticación; b) en forma relativamente autónoma, como en la información y comunicación, y c) como labor subordinada a la del juez o personal jerarquizado. La administración del proceso exige a su vez el uso de la fuerza pública, y en ello colabora la Policía de seguridad.

Se trata de funcionarios y empleados públicos asignados a la administración de la justicia penal, salvo los llamados testigos de actuación. De aquí que rijan determinadas condiciones de nombramiento, permanencia y remoción previstas en las leyes orgánicas o reglamentarias. En esta forma se garantiza la veracidad de la documentación, la certeza en la actuación y la efectiva ejecución de las resoluciones judiciales. Todo esto es de mucha importancia en materia penal, máxime en el juicio oral donde deben introducirse por la lectura algunos elementos instructorios.

Se advierten dos categorías en este tipo de colaboración. Son auxiliares de primer orden los que actúan inmediatamente al lado y consustanciados con la labor del juez, a quien ayudan directamente. Lo son de segundo orden aquellos cuya colaboración inmediata se presta a los auxiliares antes indicados, fundamentalmente al secretario judicial en lo Penal.

255. El secretario judicial es un funcionario permanente que auxilia al juez en forma inmediata, integrando el tribunal en varias de sus manifestaciones. A cada oficio (juzgado, cámara o sala) se le asigna una o más secretarías con el correspondiente personal adscripto. Algunos artículos de los códigos lo denominan "actuuario", teniendo preferencia ahora el nombre de secretario.

Participa de manera estable en el oficio judicial, y debe necesariamente asistir, en todos los procesos, al juez, al cuerpo juzgador o a su presidente, refrendando sus decisiones, proveyendo a la ejecución de sus órdenes, certificando la incorporación de los actos, dirigiendo la confección de las actas de cuyo contenido dará fe, comunicando las

decisiones, poniendo orden al despacho de los expedientes, al movimiento de mesa de entrada y atención al público, a la conservación y custodia de los elementos de actuación, cumpliendo la labor de práctica en los debates.

El cargo está provisto de recaudos en garantía de la recta administración de justicia penal. Esos recaudos deben ser exigentes ante la trascendencia de las funciones, la amplitud de la actividad con responsabilidad propia y la necesidad de permanencia. Los prevén las leyes orgánicas y no se advierte especialidad alguna para los secretarios penales.

Los códigos procesales penales suelen prever la posibilidad de que los secretarios se inhiban o sean recusados en una determinada causa penal. Las causales suelen ser las mismas previstas para los jueces. Pedida la inhibición o planteada la recusación, el juez de la causa averiguará verbalmente el hecho, y sin recurso alguno resolverá lo que corresponda.

256. El secretario del tribunal cumple funciones subordinadas a la actividad del juez, y otras que son autónomas respecto de éste. Por las primeras debe actuar al lado del juez e integrando el tribunal en sus manifestaciones jurisdiccionales. Por las segundas, no obstante la relación de jerarquía, actúa bajo su exclusiva responsabilidad.

Como funciones subordinadas, el secretario penal cumple fundamentalmente las siguientes:

- 1) Asiste al juez, al colegio juzgador o a su presidente en la tarea de labrar las actas del proceso, lo que se extiende a la función certificante de las resoluciones, órdenes y rogatorias.
- 2) Debe autorizar todas las resoluciones judiciales, lo que es exigido bajo sanción de nulidad por los códigos modernos. Es una garantía de la seriedad en la documentación de las decisiones, que muchos códigos no la prevén.
- 3) También lo asiste en el cumplimiento de los demás actos mientras la ley no disponga lo contrario, aun durante la deliberación de la sentencia.

Salvo lo previsto para la firma de las resoluciones y de las actas, no se conmina con nulidad la inobservancia de la inasistencia del secretario en el cumplimiento de los actos del tribunal. Las nulidades para las actas y resoluciones (esto último para algunos códigos) es

relativa si no se afecta la intervención constitucionalmente regulada de los sujetos esenciales del proceso.

Las demás funciones subordinadas del secretario son las comunes y propias del cargo, contempladas en las leyes orgánicas. La asistencia más completa y permanente en el proceso penal se advierte durante la instrucción y en el desarrollo de los debates.

257. Las funciones autónomas se desempeñan a la par y como complementarias de la asistencia del juez durante el trámite del proceso. En general, consisten en la autenticación y documentación de los actos escritos; la recepticia e introductora de los actos procesales no emanados del tribunal, la de comunicación procesal, y en general la informativa y la de custodia de los elementos procesales. No es común que se autorice al secretario a firmar los decretos de mero trámite, como ocurre ya en forma amplia en el proceso civil.

Pero específicamente tiene las siguientes facultades autónomas:

- 1) *Autenticadora*: fedatario de los instrumentos públicos integrantes del proceso, que en muchos casos es solemnidad del acto; se advierte en el modo verbal y actuado de la actividad instructoria y de recepción de pruebas, y en el desarrollo de los debates orales.
- 2) *Certificante*: derivada de la anterior, que se extiende a las constancias consignadas en los autos.
- 3) *Documental*: coordinada con las anteriores, resuelta en la confección de actos escritos mientras se cumplen, aunque no fueren los que el secretario autoriza; se extiende a la formación del expediente y protocolizaciones.
- 4) *Informativa*: por la que se da cuenta al juez de todo escrito o documento que se intenta ingresar al proceso, lo que se expresa por "poner a despacho", y también de todo antecedente o resultado de gestiones o trámites necesarios para el cumplimiento de los actos.
- 5) *Comunicante*: que en su manifestación más auténtica consiste en la notificación y en la lectura de actuaciones durante las audiencias; comprende los traslados y vistas y la remisión de oficios y exhortos.

- 6) *Conservación o custodia:* de todo elemento relacionado con las causas penales y con el movimiento general de la oficina, lo que se extiende al préstamo de expedientes y al movimiento de la mesa de entrada.
- 7) *De cargo de los escritos presentados:* con el contralor de algunos requisitos que hacen a su incorporación material a los autos.

258. Cada Secretaría del juzgado, cámara o salas penales tiene como jefe o superior al secretario, y un personal que actúa bajo su dependencia, sin perjuicio de la sujeción jerárquica general. Este personal suele distribuirse en dos o tres categorías y a veces tiene función específica como la de notificador o taquígrafo.

Los empleados de Secretaría cumplen, en general, la labor manual del procedimiento en las causas penales, y las necesarias para el normal desenvolvimiento de las oficinas penales. Específicamente, practican las notificaciones, mecanografían las actas, oficios, autos y sentencias, escriben los decretos y demás constancias, atienden al público, controlan los casilleros de expedientes y la utilización de los libros, etcétera.

Los ujieres o receptores son empleados no adscriptos a la Secretaría pero que actúan por encargo del juez o del secretario. Practican notificaciones y otras diligencias fuera de las oficinas del tribunal pero no tienen función ejecutiva propiamente dicha. Para la distribución del trabajo, suelen organizarse en una oficina especial, en algunos centros judiciales.

El oficial de justicia tampoco está adscripto a la Secretaría penal. Cumple su actividad fuera de las oficinas y sus funciones son esencialmente ejecutivas y prácticas, poniendo en acto los mandatos judiciales. No se trata de la labor propia de la Policía por encargo de los jueces sino de otras medidas diversas de la investigación, como los embargos, secuestros de elementos probatorios, requerimientos, intimaciones, constitución de depósitos, lanzamientos, etcétera.

Los códigos procesales penales hacen referencia al oficial de justicia para los apremios en la obtención de expedientes. En lo demás rigen las leyes orgánicas. Tiene la atribución de allanar domicilio y hacer uso de la fuerza pública, lo que debe serle otorgado en cada caso concreto por consignación en el oficio respectivo.

258 bis. La organización descripta, que corresponde a la realidad tribal, especialmente la existente en los centros urbanos de mayor población, ha generado un complejo aparato administrativo que, a más de ocasionar elevados costos, se superpone por su peso al auténtico servicio de justicia. Tal administración se perfila como una pesada burocracia que multiplica trámites inútiles y actúa más en función de intereses corporativos que al servicio de las necesidades sociales. Pero lo que es más grave, al convertir a los juzgados en oficinas en las que el magistrado es una suerte de jefe de despacho a cargo de una vasta red de personal, provoca el grave problema de la delegación de funciones que desnaturaliza y prácticamente convierte en ilusoria la garantía del juez natural; actos fundamentales para la marcha del proceso, tales como la declaración indagatoria, careos y testimoniales, que legalmente corresponden ser efectuados ante el juez, se llevan a cabo por lo común ante simples sumariantes, generándose el fenómeno delegativo que, incluso, se traslada a niveles decisorios a través de la labor de los denominados relatores.

Precisamente las reformas emprendidas en los últimos años han tendido, con dispar suerte, a corregir esta grave desnaturalización. El juicio de trámite oral, que exige el presentismo de los sujetos esenciales y que se desarrolla de manera concentrada y continua, impide en gran medida que ocurran los defectos señalados; igualmente, la modificación que sustituye la instrucción formal, por esencia delegativa, por la investigación a cargo de un fiscal que la asume de manera personal, directa y responsable, también es idónea a tales efectos.

Por cierto que esto no significa negar la necesidad de que los órganos judiciales cuenten con colaboradores, pero de lo que se trata es de que ellos ocupen el lugar que les corresponde y de que lo administrativo no se superponga a la búsqueda de la justicia.

APÉNDICE LEGISLATIVO

II. LA ORGANIZACIÓN EN LA ARGENTINA

Tribunales Superiores, Cámaras en lo Criminal y de Acusación, Jueces de Instrucción, en lo Correccional, de Menores y de Ejecución: Nación, 22 a 33; Córdoba, 22 a 30; Córdoba (ley 8123), 33 a 39; Mendoza, 22 a 30; La Pampa, 19 a 23; Salta, 22 a 29; Jujuy, 20 a 25; Corrientes, 23 a 27; Entre Ríos, 23 a 29; Río Negro, 22 a 25; Neuquén, 23 a 25; Chubut, 24 a 27; La Rioja, 27 a 31; Chaco, 25 a 27; Tucumán, 33 a 39.

III. INTERVENCIÓN DEL JUEZ PENAL

Capacidad específica. Motivos de inhibición y recusación: Nación, 55; Buenos Aires, 47; Córdoba, 52; Córdoba (ley 8123), 60; Mendoza, 51; La Pampa, 45; Salta, 51; Jujuy, 46; Corrientes, 52; Entre Ríos, 51; Río Negro, 47; Neuquén, 47; Chubut, 49; La Rioja, 52; Chaco, 49; Catamarca, 33; Santiago del Estero, 35; Tucumán, 60; Misiones, 47; Santa Cruz, 49.

RECUSANTES: PARTES

Nación, 58; Buenos Aires, 50; Córdoba, 58; Córdoba (ley 8123), 66; Mendoza, 54; La Pampa, 48; Salta, 56; Jujuy, 43; Corrientes, 58; Entre Ríos, 55; Río Negro, 50; Neuquén, 50; Chubut, 52; La Rioja, 56; Chaco, 52; Catamarca, 35; Santiago del Estero, 36; Tucumán, 66; Misiones, 50; Santa Cruz, 52.

**NORMA INTERPRETATIVA QUE ACLARA EL CONCEPTO DE
INTERESADOS EN EL PROCESO. VINCULACIÓN DEL JUEZ CON ÉSTOS**

Nación, 56; Buenos Aires, 48; Córdoba, 53; Córdoba (ley 8123), 61; Mendoza, 53; La Pampa, 46; Salta, 52; Corrientes, 53; Entre Ríos, 53; Río Negro, 48; Neuquén, 48; Chubut, 50; La Rioja, 55; Chaco, 50; Catamarca, 34; Tucumán, 61; Misiones, 48; Santa Cruz, 50.

TRÁMITE

Nación, 57; Buenos Aires, 49; Córdoba, 57; Córdoba (ley 8123), 65; Mendoza, 57; La Pampa, 47; Salta, 55; Jujuy, 55; Corrientes, 57; Entre Ríos, 54; Río Negro, 49; Neuquén, 49; Chubut, 51; Chaco, 51; Tucumán, 65; Misiones, 49; Santa Cruz, 51.

EFFECTOS

Nación, 64; Buenos Aires, 55; Córdoba, 63; Mendoza, 61; La Pampa, 54; Salta, 62; Jujuy, 56; Corrientes, 63; Entre Ríos, 62; Río Negro, 56; Neuquén, 56; Chubut, 58; La Rioja, 64; Chaco, 58; Catamarca, 42; Misiones, 56; Santa Cruz, 58.

RECUSACIÓN NO ADMITIDA

Nación, 61; Córdoba, 60; Córdoba (ley 8123), 68; Mendoza, 57; La Pampa, 51; Salta, 59; Jujuy, 52; Corrientes, 60; Entre Ríos, 58; Río Negro, 53; Neuquén, 53; Chubut, 55; La Rioja, 59 a 61; Chaco, 55; Catamarca, 40; Tucumán, 68; Misiones, 53; Santa Cruz, 55.

**RECUSACIÓN INSTRUCTORIA HASTA EL CIERRE DE LA
INVESTIGACIÓN O LA CLAUSURA DE LA INSTRUCCIÓN
Y EN EL JUICIO DURANTE EL PLAZO DE CITACIÓN A JUICIO**

Nación, 60; Buenos Aires, 51; Córdoba, 59; Córdoba (ley 8123), 67; Mendoza, 56; La Pampa, 50; Salta, 58; Jujuy, 50; Corrientes, 59; Entre Ríos, 57; Río Negro, 52; Neuquén, 52; Chubut, 54; La Rioja, 58;

Chaco, 54; Santiago del Estero, 37; Catamarca, 37; Tucumán, 67; Misiones, 52; Santa Cruz, 54.

FORMAS PRESCRIPTAS PARA LA RECUSACIÓN

Nación, 59; Córdoba, 59; Córdoba (ley 8123), 67; Mendoza, 56; La Pampa, 49; Salta, 57; Jujuy, 47; Corrientes, 59; Entre Ríos, 56; Río Negro, 51; Neuquén, 51; Chubut, 53; La Rioja, 59; Chaco, 53; Catamarca, 36; Tucumán, 67; Misiones, 51; Santa Cruz, 53.

INCIDENTE: SUSTANCIACIÓN POR CUERDA SEPARADA

Trámite siguiendo el principal por ante el mismo juez recusado o, en caso de rechazo de la inhibición, por el juez que la rechaza: Nación, 62; Buenos Aires, 52; Córdoba, 61; Córdoba (ley 8123), 69; Mendoza, 58; La Pampa, 52; Salta, 60; Jujuy, 51; Corrientes, 61; Entre Ríos, 60; Río Negro, 54; Neuquén, 54; Chubut, 54; La Rioja, 60; Chaco, 56; Catamarca, 38; Tucumán, 69; Misiones, 54; Santa Cruz, 56.

NULIDAD DE LOS ACTOS CUMPLIDOS POR EL JUEZ RECUSADO QUE RESULTA APARTADO

Pedido del recusante ante el juez que debe actuar. Término de veinticuatro horas: Nación, 62; Buenos Aires, 52; Córdoba, 61; Córdoba (ley 8123), 69; Mendoza, 58; La Pampa, 52; Salta, 60; Jujuy, 51; Corrientes, 61; Entre Ríos, 60; Río Negro, 54; Neuquén, 54; Chubut, 54; La Rioja, 60; Chaco, 56; Catamarca, 38; Tucumán, 69; Misiones, 54; Santa Cruz, 56.

IV. AUXILIARES DEL TRIBUNAL. LA POLICÍA JUDICIAL

Nación, 183; Buenos Aires, 293; Córdoba, 187; Córdoba (ley 8123), 321; Mendoza, 189; La Pampa, 162; Salta, 179; Jujuy, 191; Corrientes, 186; Entre Ríos, 186; Río Negro, 175; Neuquén, 166; Chubut, 164; La Rioja, 195; Chaco, 177; Catamarca, 161; Tucumán, 321; Misiones, 171; Santa Cruz, 175.

**PERSONAL DE LOS OFICIOS JURISDICCIONALES.
EL SECRETARIO PENAL: INHIBICIÓN Y RECUSACIÓN**

Nación, 63; Buenos Aires, 53; Córdoba, 62; Córdoba (ley 8123), 70; Mendoza, 60; La Pampa, 53; Salta, 61; Jujuy, 54; Corrientes, 62; Entre Ríos, 61; Río Negro, 55; Neuquén, 55; Chubut, 57; La Rioja, 63; Chaco, 57; Catamarca, 39 y 40; Tucumán, 70; Misiones, 55; Santa Cruz, 57.

APÉNDICE DE JURISPRUDENCIA

EL TRIBUNAL

A la condición de órganos de aplicación del derecho vigente va entrañablemente unida la obligación que incumbe a sus jueces de fundar sus sentencias y dicha exigencia, establecida en la ley, no se orienta exclusivamente a contribuir al mantenimiento del prestigio de la magistratura sino que procura, fundamentalmente, la exclusión de decisiones irregulares.

C. S. J. N., 18-7-95

Los magistrados, en sus decisiones, han de circunscribirse al examen de los elementos fácticos y jurídicos necesarios para la solución de la causa, omitiendo consideraciones extrañas a ella o innecesarias para la decisión del caso concreto, y abstenerse de efectuar apreciaciones que puedan afectar a personas en aspectos no relacionados con el tema no sometido a su conocimiento.

C. S. J. N., 13-11-90, S. J. LXII-24

El deber de los tribunales inferiores de conformar sus decisiones a las de la Corte no importa la imposición de un puro y simple acatamiento de la jurisprudencia de la Corte sino el reconocimiento de la autoridad que la inviste y, en consecuencia, la necesidad de controvertir sus argumentos cuando se aparten de dicha jurisprudencia al resolver las causas sometidas a su juzgamiento.

C. S. J. N., 26-10-89, S. J. LIX-31

Es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no confor-

midad con ésta y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ellas, obligación ésta que naturalmente no sólo compete a los jueces nacionales sino también a los provinciales.

C. S. J. N., 26-12-89, S. J. LIX-63

Por expreso mandato de la Ley Fundamental, todos los jueces integrantes del Poder Judicial –nacional y provincial– pueden y deben efectuar el control de constitucionalidad de las normas y actos, y ese “poder-deber” de aplicar con preeminencia la Constitución y las leyes de la Nación, constituye no sólo el fin supremo y fundamental de la actividad jurisdiccional sino más aún un elemento integrante del contenido mismo de esa función estatal (nacional o provincial).

Fallos: 311:2478

El artículo 354 del Código Procesal Penal de la Nación ha establecido lo que en doctrina se llama “contralor amplio” de las prescripciones de la instrucción y lo ha puesto a cargo de los tribunales de juicio, atribución conferida a los magistrados de toda instancia o fuero, que debe ser ejercida con sobriedad y prudencia.

C. N. C. P., sala I, 8-3-95

La función más importante de la Corte consiste en interpretar la Constitución de modo que el ejercicio de la autoridad nacional o provincial se desenvuelva armoniosamente, evitando interferencia o roces susceptibles de acrecentar los poderes del Gobierno central en detrimento de las facultades provinciales y viceversa.

En nuestra organización institucional, la jurisdicción es una actividad en la que “siempre” es posible introducir una cuestión constitucional y no es jurisdiccional toda aquella actividad que impide efectuar el examen aludido (voto del Dr. Belluscio).

Fallos: 311:2478

Los órganos que las provincias han instituido para entender en las causas de responsabilidad contra los magistrados judiciales no revisten el carácter de tribunales judiciales en los términos del artículo 14 de la ley 48, y sus decisiones, en tanto entrañan el ejercicio de atribuciones de índole política –atinentes a la integración de los poderes en el orden local regidas por la Constitución y leyes respectivas–, no pueden revisarse por la vía extraordinaria (disidencia del Dr. Caballero).

Fallos: 311:200

Lo atinente a las facultades de los tribunales de provincia, al alcance de su jurisdicción y a la forma en que ejercen sus ministerios –cuestiones reguladas por normas de las Constituciones o leyes locales– es materia que, en principio, no puede ser revisada en la instancia federal, en virtud del respeto debido a las atribuciones de las provincias de darse sus propias instituciones y regirse por ellas (disidencia del Dr. Belluscio).

Fallos: 311:200

Del juicio prudente de los magistrados en torno a los alcances de su jurisdicción es de donde cabe esperar los mejores frutos en orden al buen gobierno de la Nación.

Fallos: 310:112

No compete a los jueces hacer declaraciones generales abstractas, porque es de la esencia del Poder Judicial decidir colisiones efectivas de derechos.

Fallos: 304:759

I. NATURALEZA Y COMPOSICIÓN

Del artículo 31 de la Constitución Nacional deriva la facultad de los jueces de cualquier fuero, jurisdicción y jerarquía, nacionales o provinciales, de examinar las leyes en los casos concretos que se presentan a su decisión, comparándolas con el texto y la significación de la Ley Fundamental para averiguar si guardan conformidad a ella, absteniéndose de aplicarlas si las encuentran en oposición, facultad que por estar involucrada en el deber de aplicar el derecho vigente, no puede estar supeditada al requerimiento de las partes (voto de los Dres. Fayt y Belluscio).

Fallos: 306:303

La función del Poder Judicial no es la de ejercer un control abstracto de constitucionalidad sino la de proteger derechos individuales que se encuentren afectados o amenazados.

Fallos: 311:2088

No incumbe al Poder Judicial juzgar sobre la oportunidad, el mérito o la conveniencia de las decisiones de los otros poderes del Estado sino que, antes bien, es misión de los jueces, en cumplimiento de su ministerio, como órgano de aplicación del derecho, coadyuvar en la legítima gestión de aquéllos (voto de los Dres. Caballero, Belluscio y Fayt).

Fallos: 310:1162

No incumbe a los jueces, en ejercicio regular de su misión, sustituirse a los poderes del Estado en atribuciones que le son propias, ya que la función más delicada del Poder Judicial es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las facultades que incumben a otros poderes o jurisdicciones.

Fallos: 310:2709

Los jueces no pueden asumir posiciones híbridamente formales y alejadas del sentimiento popular sino que están obligados a aplicar las sanciones que se establecen en el Código Penal, con la finalidad preventiva que llevan implícita para tratar de motivar conductas socialmente queridas por la comunidad, condenando al transgresor de un modo ejemplarizador (voto del Dr. Campos).

Cám. Nac. Crim. y Corr., sala IV, 25-7-89, L. L. 1990-D-522

El único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes, a fin de discernir si media restricción de los principios consagrados en la Carta Fundamental, sin inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones.

C. S. J. N., 14-5-91, J. A. 1991-III-392

En principio, el Superior Tribunal de provincia del que ha de provenir la sentencia definitiva susceptible de recurso extraordinario es el órgano judicial erigido como supremo por la Constitución de la provincia.

Las partes que consideren que las vías previstas en el ordenamiento local para el caso concreto se han agotado en instancias inferiores, y pretenden acceder en forma directa al remedio federal, deberán exponer las razones pertinentes al interponer el recurso extraordinario federal, cuya concesión o denegación habrá de fundar, también en ese aspecto, el tribunal de la causa.

Fallos: 311:1456

No corresponde sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió, ya que está vedado a los tribunales el juicio sobre el mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus funciones.

Fallos: 312:72

La jurisdicción de los tribunales de segunda instancia está limitada por el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su com-

petencia, y la prescindencia de tal limitación –como ocurre en el subexamen, en que la Cámara *a quo* aludió a los fundamentos de la decisión apelada y a que el demandado pudo creerse con razón para litigar, pero sin exponer motivos relativos al ejercicio de su jurisdicción, no obstante tratarse de un tema que no había sido objeto de controversia en la alzada, el de las costas, que modifica e impone por su orden– causa agravio a las garantías constitucionales de la propiedad y de la defensa.

Fallos: 303:1889

Dado su origen, los tribunales militares no forman parte del sistema judicial de la Nación, se hallan fundamentalmente subordinados al Poder Ejecutivo y la función jurisdiccional atribuida al Poder Judicial de la Nación en los artículos 94 y 100 de la Constitución [actuales arts. 108 y 116] no tiene por materia a las normas penales militares, aunque ellas sean objeto de legislación nacional. A raíz de ello, tampoco resulta aplicable a su respecto el artículo 95 de la Constitución [actual art. 109], cuya propia ubicación sistemática indica que está destinado a excluir toda injerencia del Ejecutivo respecto del ejercicio independiente de las funciones judiciales que define el artículo 100 [actual art. 116]. Esta doctrina tradicional no resulta ya compatible con la conciencia jurídica actual de la sociedad argentina, puesta de manifiesto especialmente en el debate y sanción de la ley 23.049 (voto del Dr. Petracchi).

Fallos: 306:655

El único juicio que le corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes, a fin de discernir si media restricción de los principios consagrados en la Carta Fundamental, sin inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (voto de los Dres. Caballero y Belluscio).

Fallos: 312:851

En su carácter de intérprete y Tribunal Superior de principios constitucionales y órgano superior de un Poder del Estado, incumbe a la Corte Suprema el deber de velar celosamente por el adecuado y eficaz servicio de justicia; a ese fin le compete bregar para que a los magistrados se les proporcionen los medios necesarios para que puedan ejercer su específica función jurisdiccional –emanada de la Constitución y la ley– resolviendo con la esencial efectividad que exige el derecho las situaciones particulares sometidas a causa judicial concreta. Así lo requiere la alta misión de hacer justicia que corresponde a los integrantes del Poder Judicial y la necesaria

confianza que en él han de depositar los ciudadanos e instituciones del país en aras del bien común y de la paz social.

Fallos: 305:504

Por imperio constitucional, la Corte Suprema de Justicia es el tribunal de última instancia para los asuntos contenciosos en los que ha intervenido y sus decisiones son finales y no pueden ser revocadas por ningún otro tribunal (disidencia de los Dres. Fayt y Petracchi).

Fallos: 307:2458

La Corte Suprema carece de jurisdicción para conocer respecto de cuestiones que constituyen conflictos de poderes de una misma provincia. Esta doctrina encuentra fundamento en la reforma constitucional de 1860 y en los artículos 104 y siguientes de la Constitución Nacional [actuales arts. 121 y ss.] que consagran la autonomía de los estados provinciales. Así ocurre en el caso en el que varios magistrados del Superior Tribunal de una provincia impugnan la resolución del jurado de enjuiciamiento mediante la que se dispuso suspender en sus funciones a los actores entretanto se tramita el proceso abierto en virtud de las denuncias formuladas por el fiscal de Estado, vinculadas a la tramitación de una causa elevada ante aquel Alto Tribunal por dos legisladoras separadas del seno de la Legislatura local.

Fallos: 308:525

La idoneidad de los jueces para robustecer el sistema de valores consagrados en la etapa fundacional de la nacionalidad argentina exige que sepan ejercer sus facultades en el terreno para el cual resultan aptos, o sea el de los derechos fundamentales de las personas, sin intentar controlar las decisiones legislativas y ejecutivas para sustituirlas por el propio criterio técnico de los tribunales o sus *standards* de prudencia política (voto del Dr. Petracchi).

Fallos: 308:2268

La más delicada tarea conferida a los jueces en el procedimiento penal es la búsqueda de la verdad material y el castigo de los realmente culpables sin sacrificar los intereses del individuo procesado en aras de los de la sociedad pretensora, ni los de esta última en exclusivo beneficio del imputado.

C. N. C. P., sala I, 1-9-93

El Poder Judicial de la Nación, conferido a la Corte Suprema de Justicia

y a los tribunales nacionales por los artículos 94, 100 y 101 de la Constitución [actuales arts. 108, 116 y 117], se define como el que se ejercita en las causas de carácter contencioso a las que se refiere el artículo 2º de la ley 27. Tales causas son aquellas en las que se persigue en concreto la determinación de un derecho debatido entre partes adversas.

Fallos: 308:1489

El aspecto primordial de la tarea de los magistrados es la preocupación de la justicia, así como el deber de atender, en la realización del derecho, antes que a un criterio excesivamente formal, a la vigencia de los principios amparados por la Constitución y que surgen de la necesidad de proveer al bien común (disidencia del Dr. Fayt).

Fallos: 311:105

No es función de los jueces juzgar la idoneidad de las medidas de política económica, que es materia propia de la discreción legislativa, aunque si sea de su incumbencia impedir el desconocimiento liso y llano de los derechos individuales mediante la imposición de cargas exorbitantes o expoliativas, reñidas con la obtención del fin de bien común que aquélla persigue, cuestión esta última que no puede resolverse mediante el juicio de amparo, por no resultar en el caso (se accionó por inconstitucionalidad del decreto 36/90) palmario ese desconocimiento, con la consecuencia de otorgar a la decisión que se adopte la posibilidad de enervar anticipadamente el ejercicio del poder de policía en la emergencia frente a un daño que no se demuestra irreparable (voto en disidencia del Dr. Mordegli).

Cám. Nac. Fed. Cont. Adm., sala III, 3-4-90, L. L. 1990-D-131

En orden a la justicia represiva, el deber de los magistrados, cualesquiera que fueren las peticiones de la acusación y la defensa o las calificaciones que ellos mismos hayan formulado con carácter provisional, consiste en precisar las figuras delictivas que juzgan, con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, sin más limitación que la de restringir el pronunciamiento a los hechos que constituyeron materia de juicio. Lo que importa y decide es el cumplimiento de esta última exigencia: si ella ha sido satisfecha no hay violación de la defensa en juicio. En el caso, del examen de las constancias de autos surge que se ha dado cumplimiento a dicho requisito, toda vez que el sustrato fáctico que fue motivo de la acusación fiscal –la imputación dirigida al acusado de haber intervenido

quirúrgicamente a la víctima causándole la muerte— es el mismo que integra el pronunciamiento del *a quo*.

Fallos: 310:2094

III. INHIBICIÓN Y RECUSACIÓN

Cuando en el proceso penal se ejerce la acción civil reparatoria mediante la constitución de parte civil, el juez penal pasa a ser juez de la litis civil comprendida en el proceso penal. Por consiguiente ese mismo juez debe abstenerse y ser recusado también por los motivos admitidos por el Código de Procedimientos Civil.

C. N. C. P., sala III, 9-5-95

No procede la recusación del magistrado que dictó la resolución que fue declarada nula, si no se advierte que haya realizado un indebido aporte subjetivo al materializarla o fuera de la oportunidad correspondiente.

C. N. C. P., sala II, 2-2-95

Aun cuando la violencia moral no aparezca expresamente contemplada en las previsiones del artículo 55 del Código Procesal Penal, constituye una causal que debe ser tenida en cuenta por ser manifestación de un estado anímico que persigue por parte de quien la invoca la finalidad de asegurar una recta administración de justicia.

Cám. Nac. Crim. y Corr., sala IV, 12-3-97

La causal de amistad íntima invocada y que halla receptación legal en el artículo 55, inciso 11, de la ley adjetiva sólo comprende a los sujetos del proceso que taxativamente menciona el artículo 56 del mismo ordenamiento.

Cám. Nac. Crim. y Corr., sala VII, 20-10-94

La enemistad como causal de recusación no puede estar configurada por la posición antagónica de acusador por un lado, y del acusado por el otro, que proviene de un protagonismo procesal y que nada tiene que ver con posiciones personales.

C. N. C. P., sala III, 29-3-95

El prejuzgamiento consiste en revelar con anticipación al tiempo de dictar sentencia una declaración de ciencia en forma precisa y fundada sobre el mérito del juicio, o bien que sus expresiones permitan deducir

la actuación futura de un magistrado por haber anticipado su criterio, de manera tal que los interesados alcanzan el conocimiento de la solución que dará al pleito por una vía que no es la prevista por la ley en garantía de los derechos comprometidos.

C. N. C. P., sala III, 15-3-95

Capítulo II

COMPETENCIA PENAL

SUMARIO: 259. Noción. 260. Importancia. 261. Carácter e identificación. I. Competencia federal o nacional. II. Competencia entre órganos jurisdiccionales. III. La competencia en su distribución ordinaria. IV. Falta de competencia.

259. A los fines prácticos de la administración de la justicia, el órgano jurisdiccional se manifiesta a través de diversos tribunales cada uno de los cuales, como hemos dicho, se personifica en los jueces a través del oficio (juzgado, cámara o sala). Un fraccionamiento material, con enfoque en el derecho que se actúa, permite obtener una categoría de tribunales de competencia penal porque realizan fundamentalmente el derecho penal sustantivo, sin perjuicio de realizar accesorio o complementariamente las otras ramas del derecho sustantivo.

Teóricamente, el órgano jurisdiccional de un Estado podría objetivarse en un único tribunal para la materia penal. Pero razones prácticas y de carácter técnico advierten la necesidad de un fraccionamiento para proveer a una más adecuada administración de la justicia penal. Se salvan los inconvenientes de la distancia en territorio extenso, se selecciona la magistratura en los distintos tipos de causa, y se provee a la diversificación de funciones en las sucesivas fases del proceso. Conforme a estas distinciones, un tribunal será competente para un determinado conjunto de causas penales, e incompetente para las demás; competente para un momento del proceso e incompetente para los demás.

Desde el punto de vista del tribunal, se trata de un enfoque externo de la competencia, del cual podemos dar un concepto objetivo y otro subjetivo. Objetivamente, es una órbita jurídico-penal dentro de la cual el tribunal ejerce la jurisdicción. Subjetivamente, es la aptitud que tiene un tribunal penal para entender en un determinado proceso o momento del mismo por razones territoriales, materiales y funcionales.

Pero a su vez, cada tribunal penal puede fraccionarse internamente para distribuir la tarea en diversos oficios o repartos conforme a criterios prácticos de determinación temporal, cuantitativa, cualitativa y material. Sólo por extensión puede llamarse "competencia por turno" a este fraccionamiento interno. Se trataría de competencia del oficio, que no se fija por ley como la del tribunal, sino por reglamentos y acordadas del propio Poder Judicial.

260. La importancia de las reglas de competencia se advierte con sólo pensar en la imposibilidad actual de que a un único tribunal se le adjudique el conocimiento y decisión de todas las causas penales, y también en la necesidad de hacer práctica la división funcional en las diversas fases del proceso. A su vez estas reglas fijan en forma estable la competencia, impidiendo que varios tribunales puedan entender simultáneamente en la misma causa (incompetencia). De aquí que ante un hecho delictivo, la primera preocupación sea la de establecer el tribunal y el oficio que debe intervenir.

Hemos dicho que la competencia del tribunal integra uno de los presupuestos procesales. Su extensión práctica alcanza aun a los tribunales de distintos órganos jurisdiccionales. De aquí que, ante el hecho delictuoso que se afirma cometido, debe determinarse primero si corresponde a los tribunales federales o a los de una de las provincias; después el tribunal de cual circunscripción; enseguida el de qué materia penal, y finalmente debe concretarse el de la función respectiva.

Los actos cumplidos sin observar estas reglas están conminados con nulidad porque el tribunal habría actuado sin tener poder para ello. Además, las partes no pueden disponer en ningún caso la alteración de estas reglas legales porque son de interés público: incompetencia absoluta a lo menos en lo material y funcional, ya que desde el punto de vista del lugar este carácter muestra algunas excepciones. Esto hace

también que su aplicación temporal sea siempre irretroactiva (C. S. J. N., J. A. 1959-III-3, N° 9).

261. De lo expuesto resulta que las reglas de competencia tienen por misión poner orden en el ejercicio de la jurisdicción, lo que es imprescindible en materia penal para hacer práctico el principio del juez natural. De aquí deriva su nota de improrrogabilidad, que entre nosotros no tiene excepciones; no lo son con respecto a este carácter las normas sobre conexión (ver *infra*, N° 300 a 303). En los códigos procesales penales, la improrrogabilidad de la competencia es referida a veces a la jurisdicción.

No hay razón jurídica alguna para afirmar que la competencia penal es de excepción, y que la civil sea la regla dado su carácter de común u ordinaria. Ambos aspectos de la competencia tienen sus notas comunes y sus importantes diferencias, provenientes de la distinta naturaleza del derecho que se actúa. La penal es de orden y de interés público en todos los casos, lo que no ocurre con la civil, donde en las cuestiones patrimoniales está autorizada la prórroga.

Para el estudio en particular, debemos amoldar el método a nuestro sistema institucional. Esto nos lleva a considerar en primer término la división que provoca el régimen federal de gobierno en el ámbito de la justicia penal: nacional y provincial. Es cierto que se trata de una separación de órganos jurisdiccionales como lo es entre las diversas provincias; pero en la proyección al tribunal la cuestión se traslada a la competencia entre los de uno y otro órgano jurisdiccional, en este caso entre el nacional y el de cualquiera de las provincias. Lo que debe determinarse es cuándo son competentes los tribunales de la Nación en materia penal, y ello negativamente significa que no lo serán los tribunales de ninguna de las provincias.

Después corresponderá considerar los problemas que se plantean en la actuación de tribunales de distinto ordenamiento judicial, considerando ya equiparado el nacional con el de las provincias, es decir, el estudio de la competencia en su proyección interjurisdiccional. Finalmente se la analizará dentro de un órgano jurisdiccional en sus diversas manifestaciones y criterios de determinación.

I. COMPETENCIA FEDERAL O NACIONAL

SUMARIO: 262. Fundamento. 263. Caracteres. 264. Determinación. A) Determinación por la materia. B) Determinación por la investidura del sujeto. C) Determinación por el lugar.

262. Ya hemos explicado la función que tiene la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto control de constitucionalidad frente a las resoluciones de todos los demás tribunales del país. Se funda en la jerarquización de las normas jurídicas que establece el artículo 31. Aparte de ello, el fundamento de la justicia federal es histórico-político, se manifiesta en principios que son puntales de la organización nacional. El federalismo fue la base de la unión a través de la institución de un poder central con dominio limitado sobre todo el territorio de la República para proveer a su mantenimiento y a las relaciones con el exterior.

Entre los poderes delegados a este Poder central se cuentan los judiciales en cuanto dirigidos a la defensa de los intereses puestos a custodia del gobierno nacional, sin avasallar las autonomías provinciales. Actúa dentro de lo que le ha sido expresamente delegado (sin perjuicio de ciertos poderes implícitos). De aquí que en materia penal el fuero federal sólo puede ser asignado respecto de las causas determinadas expresamente por la Constitución Nacional o por las leyes del Congreso dictadas en consecuencia de ella, o sea sin alterar los principios en que se fundamenta el deslinde de poderes. La ley no puede aumentar ni disminuir el ámbito constitucional del fuero federal.

Ese ámbito lo proporciona el artículo 116 de la Constitución Nacional, y la ley 48 le da vigencia práctica. Su artículo 3º, ampliado últimamente sin respetar el sistema como se verá en su oportunidad, determina los casos penales que corresponden a la justicia federal en territorio de la provincia. La actuación de esta ley ha sido muy desarrollada. De ese artículo 3º surge que por la justicia penal federal ha de satisfacerse un interés público de carácter general aunque se superponga al de las provincias: delitos que afectan a la entidad Nación como poder central, por atacar los intereses de la soberanía, sus rentas, propiedad, autoridades o representación extranjera, que violan la Cons-

titución o leyes especiales, que provocan conflictos con otras naciones, etcétera.

263. Una rápida explicación de los caracteres de la competencia federal orientará los criterios para nuestro estudio, a saber:

1) Es de *excepción o excepcional*. Las provincias deben aplicar ordinariamente la justicia dentro de sus respectivos territorios, y la Nación lo hará en los casos de excepción que surgen de las facultades delegadas por las provincias al Poder Judicial. Como derivación de este carácter:

- a) Es *expresa* (C. S. J. N., Fallos: 241:95). Sólo actúa cuando el caso le está atribuido expresamente por la ley con fundamento en la Constitución. Una causa no puede ser sustraída de los tribunales provinciales sino por una ley consecuente con la Constitución (C. S. J. N., Fallos: 184:153), sin poderse extender a los casos no señalados (C. S. J. N., Fallos: 10:134).
- b) Es *limitativa o restrictiva*. Las leyes que la prevén no pueden ser extendidas a casos análogos ni ampliadas por vía de interpretación (C. S. J. N., Fallos: 189:153; 238:202).

2) Es *suprema y privativa*, atento a que sus resoluciones no pueden ser revisadas por un tribunal provincial. Esto en cuanto la Corte Suprema de la Nación puede revisar los fallos de tribunales provinciales en virtud del control de constitucionalidad (ley 48, art. 14) y es un tribunal de la Nación. Además, sólo los tribunales federales pueden entender en las causas a ellos asignados por las leyes, con exclusión de la justicia provincial (C. S. J. N., Fallos: 157:378).

3) Es *inalterable*, en el sentido de que no puede variar por las modificaciones que sufra la materia o los elementos objetivos o subjetivos del hecho del proceso (C. S. J. N., Fallos: 148:407). El hecho juzgable fija la competencia definitivamente en el momento de su comisión aunque después pierda su naturaleza de federal, regla no siempre respetada por la jurisprudencia.

264. Todos los caracteres enunciados son rigurosos en materia penal, y rigen para cualquiera de los criterios que se tengan en cuenta a los fines de su determinación práctica. Estos criterios son el material, el territorial y el de investidura personal. Sin embargo, los tres deben ser considerados en función de una idea única y funda-

mental, que es la razón de soberanía del Estado nacional. Esto es lo jurídico; el fraccionamiento por las razones indicadas tiene alcance práctico orientado por el criterio jurídico institucional.

Ese fraccionamiento resulta conveniente, y si se quiere necesario, ante la gran variedad de casos penales capaces de afectar la soberanía y seguridad nacional. Se trata de criterios orientadores que permiten sentar reglas y corolarios adecuados para obtener conclusiones más estables en la determinación de esta competencia. El artículo 3º de la ley 48 no es metódico ni completo, pero la doctrina y la jurisprudencia han conseguido elaborar con respecto a él todo un sistema de determinación de la competencia penal, aunque no siempre haya sido acertada. En realidad ese artículo, salvo el inciso 5º, da por sentado la competencia federal para determinarla internamente.

Esa norma es la que debe guiarnos con su distribución en cuanto se oriente por el criterio jurídico unificador que hemos indicado. Sentaremos también tres reglas generales, para derivar de ellas otras más específicas, con el propósito de ubicar en cada una de ellas el conjunto de infracciones que tengan el correspondiente elemento unificador.

Primero analizaremos la determinación por la materia en su significación estricta referida al contenido normativo en sí mismo. Después analizaremos la determinación por la función del sujeto activo o pasivo del hecho, caracterizada por la investidura. Finalmente consideramos la determinación por razón del lugar de la comisión del hecho. El caso puede encuadrarse como federal por uno u otro de estos criterios, o simultáneamente por dos de ellos o por los tres. Basta lo primero para que la competencia sea de los tribunales federales.

A) *Determinación por la materia*

SUMARIO: 265. Norma violada. 266. Puntos regidos por la Constitución. 267. Leyes de la Nación. 268. Identificación de estas leyes. 269. Ofensas a la Nación. 270. Afectación de las rentas nacionales. 271. Tráfico internacional e interprovincial. 272. Servicios de correos.

265. Con respecto a la competencia penal federal, la expresión "materia" se refiere al aspecto interno del hecho jurídicamente relevante, o sea al contenido desde el punto de vista de la lesión con-

forme a la categoría de norma violada. El análisis desde ese ángulo nos permitirá conocer si la infracción es o no susceptible de afectar un interés nacional o la seguridad de la Nación.

Debe considerarse la naturaleza de la norma que se afirma violada para descubrir en ella la calidad federal del bien jurídico tutelado. La norma que atrape el hecho debe tutelar el bien jurídico nacional directamente, lo que le da carácter de expresa. Pero esa norma ha de ser, originaria o derivadamente, una previsión constitucional para que sea eficaz o válida.

El hecho en sí nada dice. En su captación la ley penal puede o no atribuirlo materialmente a los tribunales federales. El homicidio, el hurto, son en principio delitos comunes; pero si la conducta se dirige directamente a la afectación de un interés nacional cuya custodia haya sido confiada por la Constitución al Poder central, surgirá la competencia federal: matar para entorpecer elecciones nacionales, lesiones que interrumpen el tráfico ferroviario, hurto de un bien de la Nación.

El artículo 116 de la Constitución Nacional comienza precisando claramente esta competencia y su carácter de expresa. Atribuye a la justicia federal el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos:

- a) Por la Constitución Nacional;
- b) por las leyes de la Nación con la reserva del artículo 75, inciso 12, y
- c) por los tratados con las potencias extranjeras. En realidad los tratados requieren ratificación por ley del Congreso para su vigencia, por lo cual los puntos regidos por ellos se concentran en el segundo rubro, no siendo alcanzados por la reserva.

266. Las causas penales que se comprenden en los puntos regidos por la Constitución Nacional son los previstos en distintos artículos de ella con criterio relativamente generalizado. La ley 48 las enumera en forma ya más concreta pero incompleta, aunque con criterio meramente enunciativo.

No se comprenden todas las causas que se vinculan con la Constitución aunque fuere directamente. Debe tratarse de puntos "especialmente" regidos por la Constitución como lo expresa el artículo 2º de la ley 48. La

limitación se obtiene del artículo 75, inciso 12, que divide la legislación del Congreso en general y especial. Lo general es el derecho común (Código Penal), gran parte del cual reglamenta las declaraciones, derechos y garantías constitucionales (C. S. J. N., *Fallos*: 32:244). Si no se aceptara esta interpretación restrictiva, nada o casi nada escaparía a la competencia federal.

Pueden citarse los siguientes casos especialmente regidos:

- a) *Atentado a la forma de gobierno* prevista en el artículo 1º: rebelión, sedición, traición (arts. 5º, 6º, 22, 23, 29). Son hechos que afectan la soberanía y seguridad de la Nación (ley 48, art. 3º), y hoy son delitos del Código Penal.
 - b) *Defraudación de rentas nacionales* (arts. 4º, 9º y 75, incs. 1º a 9º): aduanas, impuestos, empréstitos, y todo delito que implique defraudar o de cualquier otro modo disminuir las rentas o el patrimonio de la Nación (C. S. J. N., *Fallos*: 244:456).
 - c) *Interrupción del tráfico* internacional o interprovincial: en general ataque u obstaculización al comercio, navegación, intercambio, comunicaciones (art. 75, incs. 10 y 13).
 - d) *Falsificación de moneda o billetes* autorizados por el Congreso o de *documentos nacionales* o públicos del Gobierno nacional (art. 75, incs. 11 y 12). Se extiende a la moneda extranjera (C. S. J. N., *Fallos*: 247:358) en su vinculación con las relaciones exteriores y comercio internacional.
 - e) *Atentado a los correos y telecomunicaciones* (arts. 4º, 75, inc. 14, y 126). Se trata de impedir el normal funcionamiento o la seguridad de estos medios de comunicación cuando no son internos de una provincia, pero la Constitución impone el carácter nacional.
 - f) *Violación a las elecciones nacionales*, marcas de fábrica, comercio y agricultura, patentes de invención, policía sanitaria, servicio militar e identificación de mercaderías; casos que, como varios de los anteriores, se proyectan en leyes especiales que desarrollan el punto constitucional.
267. Constitucionalmente, leyes de la Nación son todas las que debe dictar el Congreso; tanto las de derecho común como las especiales. Coinciden con las dictadas en consecuencia de la Constitución

conforme al artículo 31. La reserva que el artículo 116 hace del artículo 75, inciso 12, se refiere a los casos en que las cosas o las personas con respecto a las cuales se aplicará el derecho común cayeren bajo jurisdicción provincial. Luego, el artículo 116 excluye el Código Penal cuando corresponde aplicarlo a las provincias y también las leyes penales provinciales. En la expresión "Código Penal" quedan comprendidas todas las leyes que lo complementan, amplían o modifican; derecho penal de fondo o común, que no debe alterar las jurisdicciones locales.

No es éste el alcance de la ley 48 cuando el inciso 3º habla de "leyes nacionales". Se refiere a las leyes que prevén casos federales en materia penal, pero deben ser entendidas en función del criterio constitucional. La regla es que las provincias apliquen el Código Penal, sin perjuicio de que éste contenga figuras de esencia federal porque tutelan intereses exclusivamente nacionales, ya en todo caso, ya en atención a determinadas circunstancias.

Son "especiales" las leyes que el Congreso dicta para tutelar intereses conforme a la delegación que las provincias han hecho en el Poder central. Su aplicación es de resorte exclusivo de los tribunales federales, y están desarrolladas en el inciso 3º, artículo 3º, de la ley 48. El contenido de esta norma no es taxativo, habiendo sido ampliado por las leyes especiales del Congreso. A su vez éstas no lo han agotado porque varios puntos previstos son determinaciones de la competencia por la función o investidura nacional del sujeto activo o pasivo del delito.

268. El Congreso dicta esas leyes especiales respondiendo a específicas previsiones constitucionales o a la facultad genérica del artículo 75, inciso 30. Fuera de esas posibilidades, no puede el Congreso atribuir válidamente competencia federal con respecto a hechos que por ley configure como delitos. Se ha dicho que esta competencia está sólo en la Constitución y que la ley debe limitarse a reconocerla por vía de reglamentación.

La inobservancia de esta regla se advierte a través de numerosas leyes que atribuyen competencia federal para entender en determinados delitos que nada tienen que ver con el criterio claramente establecido en la Constitución para ubicar la cuestión. Esta tendencia se acentúa durante la vigencia de la ley 22.338 y la consecuente legislación del gobierno de la dictadura militar, que fuera abolida a partir de 1983.

Más aún: con frecuencia ha ocurrido que una incorrecta jurisprudencia ha hecho una indebida extensión de una competencia de por sí de excepción, la que se ha ampliado en desmedro de la competencia ordinaria y originaria de las provincias.

De igual modo debe señalarse que al haberse privatizado diferentes empresas y servicios que se encontraban dentro de la órbita administrativa del Estado nacional, las infracciones punibles que les conciernen han dejado de ubicarse dentro de la competencia federal.

269. Refiriéndonos a los aspectos más importantes que pueden considerarse discutidos, agrupamos los casos federales conforme a los rubros del inciso 3º, artículo 3º, ley 48. El primer grupo consiste en hechos que ofenden la soberanía y seguridad de la Nación, configurados como delitos en algunas leyes especiales y en normas del Código Penal. Ahora limitamos el estudio a la determinación material.

El Código Penal legisla sobre los delitos contra la seguridad de la Nación (Segunda Parte, Tít. IX): traición y hechos que comprometen la paz y la dignidad de la Nación, y contra los poderes públicos y el orden constitucional (Tít. X): rebelión y sedición. Respecto de los primeros no cabe dudas sobre la competencia federal (C. S. J. N., *Fallos*: 7:205; 8:186), pero no hay uniformidad con respecto a la rebelión y a la sedición en todos los casos.

El artículo 266 configura claramente un delito federal al referirse a la Constitución y poderes públicos nacionales; pero el artículo 227 (que glosa el 29, Const.) se refiere al legislador nacional y al provincial, como al presidente y a los gobernadores. Lo mismo ocurre con la sedición (art. 22, Const.) aunque no sea expreso sobre hechos cometidos en provincia. Sin embargo, el artículo 231 del Código Penal pareciera dar a todas estas figuras el carácter de federales cuando menciona "la autoridad nacional más próxima" para la intimación a los sublevados.

Se ha dicho ya que la ley no puede atribuir competencia. Las hipótesis de los artículos 22 y 29 constitucionales no son puntos expresamente regidos conforme al artículo 116, sino una declaración que garantiza el régimen republicano y la estabilidad del poder público. Si se afecta a la autoridad nacional, el delito será federal; de lo contrario será provincial. El imperativo constitucional consiste en que el Código Penal no puede omitir la punición de esos hechos.

269 bis. La determinación de la competencia federal siempre se ha presentado como una ardua cuestión, especialmente cuando se la considera en relación a determinados delitos. El artículo 33 de la ley 23.984, siguiendo las disposiciones de la ley 48, regula la competencia del juez federal, abarcando aquellos hechos punibles ocurridos en alta mar, a bordo de buques argentinos y puertos y aguas de nuestra nacionalidad; los cometidos en la Capital Federal, en violación de leyes nacionales cuya materia se enumera; los que se cometan dentro de territorios en los que el Estado nacional tenga absoluta y exclusiva jurisdicción y los delitos previstos en los artículos 142 bis, 149 ter, 170, 189 bis, 212 y 213 bis del Código Penal; deben agregarse los casos de jurisdicción aérea (ley 17.285, *Fallos*: 262:507), contrabando, casos de leyes de defensa de la competencia (ley 22.262), régimen tributario (ley 23.771), estupefacientes (ley 23.727), residuos peligrosos (ley 24.051), etcétera.

270. Otro grupo de hechos se refiere a la afectación de rentas nacionales. No hace falta para la competencia federal que estén previstos por ley especial porque se trata de una de las manifestaciones del poder central resultante de una delegación expresa de la Constitución (C. S. J. N., *Fallos*: 244:456).

"Defraudación de rentas nacionales" capta todo el patrimonio de la Nación (incluso de comunas no provinciales) y se extiende a todo atentado o disminución de ese patrimonio previsto como delito en el Código Penal en forma genérica: delitos contra la propiedad, y otros de los que resulte afectado un patrimonio de cualquier especie correspondiente a la Nación (C. S. J. N., *Fallos*: 241:11): robo, hurto, estafa, daño, malversación, y aun el encubrimiento de esos delitos (J. A. 1956-I-317. En contra, C. S. J. N., *Fallos*: 246:281; 247:491).

Ha habido acuerdo en aceptar la competencia federal cuando se afecten intereses de instituciones bancarias nacionales; no así con referencia a los ferrocarriles no obstante ser de propiedad de la Nación (C. S. J. N., *Fallos*: 143:20). El caso más controvertido es el de sustracción de mercaderías transportadas (C. S. J. N., federal, *Fallos*: 159:138; provincial, *Fallos*: 115:405).

Con respecto al patrimonio (incluidos efectos fiscales) de otras reparticiones, no se ha discutido la competencia federal cuando se trata

de dependencia o desmembraciones del gobierno nacional. En cambio, se la ha negado cuando se trata de establecimientos destinados a prestar servicios en una administración local.

271. Con respecto al tráfico o comercio no local (art. 75, incs. 10 y 13), el Código Penal configura como delito el ataque a la seguridad de los medios de transporte y de comunicaciones y también la piratería (segunda parte, Tít. VII, Caps. II y III). La piratería es federal sin duda alguna en todos los casos; los otros sólo cuando el transporte o la comunicación afectados sean interprovinciales o internacionales.

“Comercio” o “tráfico” comprende todo tránsito o comunicación marítimo, fluvial, terrestre, aéreo, por cable o sin hilo o subterráneo. En lo fluvial y terrestre queda excluido de lo federal el que no trasciende del territorio de una provincia. La Ley de Ferrocarriles 2873 prevé delitos y faltas contra la seguridad del transporte o tráfico ferroviario no local aunque la empresa fuere privada (C. S. J. N., *Fallos*: 183:306).

Se ha asimilado a este grupo de puntos las infracciones a la Ley de Comercio de Carnes por estar prevista como no local. También lo referente al sistema de pesas y medidas, marcas de fábrica, comercio y agricultura e identificación de mercaderías (C. S. J. N., *Fallos*: 27:122).

En cuanto a los ríos navegables, la competencia federal se limita a los hechos que atacan la seguridad de la navegación o se tiende a interrumpir el tráfico fluvial, lo que se extiende a las islas y riberas (C. S. J. N., *Fallos*: 238:34). Queda excluido el criterio territorial como se aclarará más adelante.

272. La Nación tiene a su cargo la custodia del buen servicio de correos y postas a través del territorio de la República; son las llamadas postas generales. Así resulta del artículo 75, inciso 14, de la Constitución Nacional.

Cuando este buen servicio se violenta o estorbe, surge la competencia federal pero dentro del límite constitucional, o sea con exclusión del correo y posta de extensión solamente provincial.

Adviértase la coincidencia de estos dos aspectos con el tráfico o comercio internacional o interprovincial. El correo y el telégrafo son medios para proveer al tráfico en la comunicación.

Con respecto a la violación y sustracción de correspondencia, se ha sostenido siempre la competencia federal cuando la pieza estaba aún bajo el control y custodia de la oficina del Correo nacional (C. S. J. N., *Fallos*: 157:163), y la provincial en caso contrario (C. S. J. N., *Fallos*: 193:39).

B) *Determinación por la investidura del sujeto*

SUMARIO: 273. La investidura nacional. 274. Autoridades y funcionarios de la Nación. 275. Representantes de soberanías extranjeras.

273. La soberanía y seguridad de la Nación pueden sufrir ofensa directa cuando de alguna manera resulte comprometida la función nacional por la investidura que ostenta el sujeto activo o pasivo del hecho. No se trata, pues, de la persona en sí, sino de la investidura con jerarquía nacional (comprendida la internacional) que esa persona ostenta para el desempeño de la función pública. Debemos resolver cuándo esa investidura alcanza o cubre el hecho para ubicarlo dentro de los casos de competencia federal, aunque por razón de la materia no tuviere esa naturaleza.

Debe tratarse de una investidura de categoría nacional y estar representada activamente la función en el momento de cometerse el hecho. De lo contrario, no estará afectada la soberanía, seguridad o intereses de la Nación.

274. Poseen esa investidura las autoridades representativas de los poderes públicos de la Nación, los representantes extranjeros, y los funcionarios o empleados a través de los cuales unas y otros se proyectan en el ejercicio del cargo. La investidura se muestra en la protección constitucional o legal que tienen para evitar que se altere u obstaculice la función pública. Todo esto en términos generales.

Si el agente o víctima aún no poseía o había dejado de poseer la investidura nacional al cometerse el delito, no habrá interés nacional afectado y la competencia será provincial. Pero si la investidura se perdió después de cometido el hecho, aunque lo fuere inmediatamente, deberán actuar los tribunales federales dando la inalterabilidad de la competencia. Esto no ha sido siempre respetado, como puede

observarse en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*Fallos*: 193:486; J. A. 48-8). Si no se lesiona un interés de carácter nacional, la competencia será provincial (caso de injuria por carta de o contra un funcionario nacional: Cám. Crim. Cap., J. A. 1958-II-8, Nº 93).

275. Con respecto a los representantes de soberanías extranjeras, están en juego algunos principios de derecho internacional: los ministros plenipotenciarios, embajadores y cónsules extranjeros tienen la autoridad conferida por el país que representan conforme al carácter que invisten. Mantienen la función mientras están en posesión del cargo, y deben ser considerados como tales en todo momento para que la representación no pueda ser coartada.

Conforme al principio real o de defensa, estos representantes extranjeros están sometidos a la jurisdicción de su país. Sólo es posible enjuiciarlos en nuestros tribunales cuando renuncian al privilegio con la conformidad de su Gobierno o una vez desaforados por éste. Esto se extiende relativamente al personal de la embajada.

El artículo 221 del Código Penal reprime al que violare las inmunidades del Jefe de un Estado o del representante de una potencia extranjera. Esta violación puede producirse por diversas conductas que desde el punto de vista material serían comunes. El artículo 116 constitucional incluye expresamente en el derecho federal los asuntos de estos representantes extranjeros, y si bien el 117 los atribuye a la competencia originaria de la Corte Suprema, tal competencia debe limitarse a los asuntos concernientes a ellos, o sea cuando ejercen la función o son atacados por causa de ella. En los asuntos particulares de los cónsules entienden los tribunales federales inferiores (arts. 1º y 2º, ley 48; C. S. J. N., *Fallos*: 7:91).

Por causas "concernientes" a los embajadores, cónsules y ministros diplomáticos, debe entenderse cuando sean realmente parte directa ellos o los componentes de la embajada con carácter diplomático (C. S. J. N., J. A. 1959-I-196). Si un empleado comete el delito en la legación, el diplomático es parte directa (C. S. J. N., J. A. 1959-III-147, nota 4).

C) *Determinación por el lugar*

SUMARIO: 276. Fuente legal. 277. Capital Federal y territorios nacionales. 278. Lugares en territorio provincial.

276. Otro de los elementos que interesan para determinar la competencia penal federal es el lugar donde el delito se comete. Debe tratarse de un territorio donde el gobierno nacional tenga poder absoluto y exclusivo por estar fuera de los límites provinciales, o aun estando dentro de esos límites, por quedar excluida la autoridad provincial conforme a preceptos constitucionales (art. 75, inc. 12, Const. Nac.). El lugar de comisión del hecho, relacionado con el elemento temporal, se analiza con la determinación territorial de la competencia común (ver infra, N° 285/90).

La legislación absoluta y exclusiva (en el sentido de autoridad o gobierno) del Poder central sobre territorios extraprovinciales o lugares ubicados dentro de los límites provinciales, hace que el delito cometido en ellos afecte intereses de la Nación, aunque no se dé ninguna de las otras dos determinaciones. Aquí es donde se presenta el mayor número de casos. Basta que el lugar esté "federalizado" conforme a las exigencias constitucionales.

Por el inciso 12 del artículo 75 de la Constitución Nacional, el Código Penal se aplicará por los tribunales nacionales cuando las cosas o las personas caigan bajo "la jurisdicción" federal o sea bajo el poder pleno del Gobierno central. Referido esto al territorio, el inciso 30 atribuye al Congreso el poder de dictar una "legislación exclusiva" sobre los territorios federalizados conforme a ese inciso y a los artículos 3° y 13. De aquí que el inciso 4°, artículo 3° de la ley 48 exija la presencia de una "absoluta y exclusiva jurisdicción" para que la justicia federal entienda en los delitos cometidos en un determinado territorio.

Estos lugares son:

- a) La Capital Federal expresamente incluida en el inciso 27 citado;
- b) los demás lugares extraprovinciales que integran la República

y comprendidos en la expresión "territorios nacionales": mar, islas y ríos;

- c) lugares intraprovinciales adquiridos por compra o cesión para utilidad pública nacional.

277. Hemos visto ya que en la Capital Federal quedó eliminado el doble fuero. Toda la justicia que actúa dentro de ese territorio fue entendida como de índole nacional, pero distinguiéndose entre la propiamente tal, equivalente por su competencia a la ordinaria de las provincias, y la federal, competente en los temas de su índole. Hasta antes de la reforma de 1994, se entendía que el Poder central ejercía gobierno pleno y absoluto, con exclusión de toda injerencia provincial. A partir del particular régimen jurídico introducido en la aludida reforma constitucional y con la sanción de una propia Constitución, la ciudad de Buenos Aires aparece dotada de un estatuto autónomo que la asimila al existente para los Estados provinciales. Como consecuencia de ello, se postula el traspaso de la justicia nacional al ámbito de dependencia de la ciudad, que tiene así su propio Poder Judicial.

La ley 48 prevé en los incisos 1º y 2º del artículo 3º como de competencia federal, los crímenes cometidos en alta mar a bordo de buques nacionales o por piratas extranjeros o en los ríos, islas y puertos argentinos ajenos a la autoridad provincial. Si el río o isla perteneciera a una provincia, el delito sólo podría ser federal por la materia si atenta contra el tráfico (C. S. J. N., *Fallos*: 238:34 y 405). Lo mismo ocurre con las riberas del mar y ríos navegables (C. S. J. N., *Fallos*: 189:21). En cuanto a los delitos cometidos en alta mar a bordo de buques o aeronaves argentinos, por piratas extranjeros, o en las embajadas argentinas en el extranjero, deben regir los mismos principios.

278. Las soluciones ya no son tan claras cuando se trata de lugares ubicados dentro de los límites de una provincia, porque se hace más confusa la vigencia de la regla de la "absoluta y exclusiva jurisdicción nacional". La condición básica está dada por el principio de que ha de tratarse de lugares adquiridos "por compra o cesión", en los que se haya instituido un establecimiento de utilidad nacional.

"Compra o cesión" tiene un sentido amplio. Basta la tenencia a

cualquier título (locación, comodato) mientras sea efectiva y actual. El gobierno nacional debe estar haciendo valer en él su autoridad cuando se comete el hecho para que proceda el fuero federal. Para la efectividad de esa compra o cesión no se requiere el consentimiento previo de la Legislatura local, pues no es el caso de los artículos 3º y 13 constitucionales. Pero no debe tener el alcance de desmembración del territorio provincial (C. S. J. N., *Fallos*: 54:313). No debe ir más allá de facilitar el fin expresamente previsto de utilidad nacional.

Para aclarar el sentido de "utilidad nacional", el inciso 30 pone como ejemplos las fortalezas, arsenales, almacenes y remata con "otros establecimientos de utilidad nacional". Se trata del preciso destino de la adquisición, que facilite el eficaz cumplimiento de todos los fines públicos generales asignados al Gobierno nacional por la Constitución: defensa nacional, justicia, cultura general, sistema aduanero y bancario, correos y telecomunicaciones, etcétera. Quedan excluidos los fines puramente administrativos o financieros del Gobierno central en cuanto no sean de utilidad pública común: ferrocarriles, receptorías de impuestos, obras sanitarias, vialidad, etcétera.

El lugar debe limitarse a lo estrictamente afectado para ese destino, quedando excluidos los lugares subsidiarios. Sobre esto ha oscilado la jurisprudencia en lo que se refiere a los puertos (C. S. J. N., *Fallos*: 155:107), y en la actualidad se capta como federal el lugar subsidiario que directamente se vincula al territorio afectado por la ley.

278 bis. Las modificaciones derivadas del régimen de privatizaciones vividas en el país significó un notorio cambio sobre la cuestión analizada por el autor. Aquellas empresas estatales, como las que menciona, y que dependían de la administración nacional, han pasado a manos particulares, ocurriendo en algunos casos que se han creado entes nacionales de fiscalización, pero sin que exista ya una dependencia estatal. De tal modo, ante una situación de conflicto, no son los intereses del Estado nacional los que se encuentran comprometidos ni tampoco opera el principio de órbita de control administrativo, por lo que, salvo supuestos de otra índole que hagan procedente la competencia federal, nos encontramos ante claras circunstancias de competencia ordinaria.

II. COMPETENCIA ENTRE ÓRGANOS JURISDICCIONALES

SUMARIO: 279. El principio constitucional. 280. Carácter de la competencia ordinaria. 281. Prioridad en el juzgamiento. 282. Criterios para la prioridad. 283. Conflictos externos de competencia.

279. Conforme al régimen de gobierno y al sistema republicano que nos rige, cada provincia tiene un órgano jurisdiccional y la Nación el suyo propio. Establecidos ya los criterios para la determinación de este último como excepcional frente al de las provincias, corresponde analizar ahora a todos en igual nivel: primero en cuanto unidades que integran la totalidad de la justicia penal argentina, y después en cuanto a las reglas que gobiernan la distribución de los tribunales que integran cada una de esas unidades.

El primer aspecto o sea el enfrentamiento y coordinación de los órganos jurisdiccionales argentinos, nos coloca antes que nada en una consideración territorial de las cuestiones, regida por el artículo 116 constitucional: veintitrés circunscripciones provinciales. Reiteramos que, en cuanto al fuero federal, el órgano jurisdiccional de la Nación comprende también los territorios provinciales, aspecto que ya ha sido agotado. Dicha norma exige que la acusación de todos los juicios criminales ordinarios se haga "en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito" (C. S. J. N., *Fallos*: 51:67; 182:277).

Con este principio constitucional queda impuesta la regla de la territorialidad por el lugar de la comisión del hecho en cuanto al órgano jurisdiccional, la que se ha trasladado por la ley a la distribución interna de los tribunales, tanto federales como de cada provincia. Sólo los aspectos que a continuación analizaremos, las consecuencias prácticas de este principio serán estudiadas en la determinación territorial de la competencia ordinaria.

280. Se ha dicho que, institucionalmente, la competencia provincial es la regla. Agreguemos ahora que sus manifestaciones como tal vienen a tener vigencia dentro de los límites de cada una de las provincias, en cuanto los tribunales federales radicados en ella deben actuar en los casos de excepción y dentro de los límites previstos constitucionalmente. Esto atento a que en los territorios ajenos a los límites provinciales, los tribunales de la Nación deben entender no sólo en

los "casos federales", sino también en todos aquellos que por la razón de la materia hubieran entendido los provinciales en la hipótesis de que el delito se cometiere dentro de los límites de una provincia, lo que ahora se aplica a la ciudad autónoma de Buenos Aires.

Con esta aclaración diremos que en materia penal la competencia provincial es la regla frente a la federal, de donde se derivan los caracteres de limitada, independiente y soberana. No debe dar cuenta a la justicia federal de sus actos salvo en lo expresamente impuesto, y los procesos que se radiquen en los tribunales provinciales deben sustanciarse y fenecer ante ellos (C. S. J. N., *Fallos*: 189:338). Su fuente es el artículo 118 constitucional, por el que las provincias se reservaron todo poder no delegado al Gobierno central o sea, en el orden judicial, todo lo que no surge del artículo 108.

Lo referente a los efectos del delito cuando el lugar de ellos no coincide con el de la comisión del hecho, es problema que el Código Penal (art. 1º) considera para la aplicación de la ley argentina cuando el hecho se comete en el extranjero. Como cuestión de competencia interna de la justicia federal, la ley 48 (art. 3º, inc. 1º) capta los delitos cometidos en alta mar a bordo de buques argentinos. Fuera de estos casos y de los delitos internacionales o los cometidos en embajadas argentinas, el problema de los efectos no tiene aplicación entre los distintos órganos jurisdiccionales del país.

281. Cuando se estudió la conexión de causas (ver supra, Nº 176 y 177) se advirtió ya que uno de sus efectos era la determinación de prioridad en el juzgamiento. Ahora es la oportunidad de analizar este efecto, el que se produce cuando, no obstante la conexión de las causas, institucionalmente no es posible acumular los procesos ni alterar la competencia territorial interjurisdiccional. El artículo 116 constitucional impone radicar la causa en la circunscripción territorial del órgano jurisdiccional donde se cometió el hecho, y ese dogma no puede ser alterado por causa de conexión objetiva o subjetiva. Si un hecho es provincial y el otro federal, aunque se cometan ambos en la misma provincia, tampoco podrán acumularse.

No obstante, razones prácticas aconsejan adoptar un criterio de prioridad en el juzgamiento y en determinados trámites procesales previos, para evitar los serios inconvenientes de la simultaneidad de ac-

tuación. Prioridad es orden de antelación de un tribunal respecto a otro, entre los componentes para los hechos conexos. Los códigos procesales proporcionan reglas al respecto para facilitar la actuación de la ley y proveer al mejor ejercicio del derecho de defensa.

282. En las relaciones entre provincias el procedimiento de remisión es imposible institucional y prácticamente. Se invadiría por una provincia el ámbito legislativo de otra, incurriéndose recíprocamente en una delegación no permitida, y sería imposible armonizar el criterio si las normas de los códigos no fueran iguales. Es claro que si todos los códigos contuvieran la misma norma de prioridad, o fuera dictada por el Congreso de la Nación, desaparecería todo conflicto posible.

La regla de prioridad ha sido sentada con criterio propio por los códigos modernos de provincia, en función de la gravedad del delito. Juzgarán primero los tribunales de esa provincia cuando el delito cometido en ella fuera más grave que el conexo cometido en otra u otras provincias. Véase bien que no se sienta simplemente la regla de la mayor gravedad para la antelación porque no es posible imponerla a la otra provincia.

Otros criterios para establecer la prioridad a más del indicado, podrían ser: el temporal en la comisión del hecho resuelto a favor del tribunal del lugar donde se cometió el primer delito, y el de la prevención o sea el tribunal que se adelantó en la investigación o en detener al imputado. Creemos que este último criterio puede ser el más adecuado y práctico para una unificación en todo el país, sea por tratados interjurisdiccionales o por una ley del Congreso. Lo propondríamos así: tendrán prioridad para intervenir y juzgar los tribunales del órgano jurisdiccional (provincia o Nación) a cuya disposición se puso primero al imputado, sin perjuicio de que los competentes para el otro u otros hechos practiquen todos los actos de instrucción que no afecten la tramitación del otro proceso ni la garantía de defensa.

283. Puede ocurrir que dos o más tribunales de distinto órgano jurisdiccional se consideren simultáneamente competentes o incompetentes para entender en un determinado proceso penal. Esto plantea un conflicto entre órganos jurisdiccionales como consecuencia

de la disputa de competencias entre tribunales de distintas provincias, o de una provincia y de la Nación o federal.

Es indiscutible la indispensabilidad de solución a este conflicto para evitar que se viole el principio del *non bis in idem* si prosperara la persecución múltiple; o que se incurra en no prestación de la jurisdicción ante la negativa a entender en el proceso de todos los tribunales. La solución sólo parece posible si a esos fines se da competencia a un tribunal que pueda tener autoridad sobre los tribunales en conflicto. En el orden interno puede no llegarse a la solución definitiva, ya que es posible que ambos tribunales superiores mantengan la disidencia. Sólo queda la Corte Suprema de Justicia de la Nación, único con categoría de superior jerárquico común.

III. LA COMPETENCIA EN SU DISTRIBUCIÓN ORDINARIA

SUMARIO: 284: Concepto y determinación. A) Competencia territorial. B) Competencia material. C) Competencia funcional. D) Distribución interna de las causas penales. E) Efectos de la conexión de causas.

284. Ahora corresponde analizar la competencia en su más estricta significación: distribución de las causas penales entre los tribunales que integran un determinado órgano jurisdiccional, sea el de una provincia, sea el de la Nación. No obstante las razones prácticas de su orientación, las normas de los códigos y leyes orgánicas que la desarrollan buscan su base en previsiones constitucionales. Las reglas captadas suelen adaptarse a algunas particularidades localistas y al régimen del procedimiento y capacidad económica, pero apartándose lo menos posible de los rumbos fijados por la doctrina.

La importancia de estas reglas de competencia radica en la preocupación de los primeros momentos del proceso por conocer qué tribunal debe instruir en la causa, y después el que debe realizar el juicio. Si no interviniera el tribunal que corresponde conforme a las reglas de la competencia, funcionarían las normas sobre nulidad de lo actuado sin poder, pero teniendo en cuenta las excepciones expresas de la ley.

Los criterios de determinación de la competencia ordinaria difieren en cierta manera de los tenidos en cuenta para determinar la federal aunque coincida el nombre. Predomina el criterio territorial, por lo

cual trataremos esa determinación locativa en primer término. Se resuelve en la división del territorio en diversas circunscripciones. En cada una de ellas, con mayor o menor amplitud, funciona el criterio material resuelto en la entidad del delito manifestada fundamentalmente por la cantidad y calidad de la pena, y en los fraccionamientos que produce aparece la determinación funcional para las etapas y grados del proceso. Estos criterios se complementan con las reglas sobre conexión, en cuanto el efecto unificador del proceso o del oficio produce alteraciones a las reglas de competencia material y territorial.

A) *Competencia territorial*

SUMARIO: 285. Regla fundamental. 286. Reglas subsidiarias. 287. Momento de la comisión del hecho. 288. Figuras punibles carentes de un elemento de la acción. 289. Efectos proyectables en el espacio. 290. Comisión en distintas circunscripciones.

285. La ley asigna a los tribunales una circunscripción territorial para que ejerzan la jurisdicción con respecto a todas las causas que se susciten dentro de ella. La improrrogabilidad sin excepciones de la competencia penal conduce a la estrictez de este criterio territorial.

En nuestro país son uniformes la doctrina y la jurisprudencia, y es también norma de la mayoría de los códigos, en sentar la regla de la determinación de la competencia por el lugar de la comisión del hecho (C. S. J. N., *Fallos*: 241:27). Su fuente dogmática es el artículo 116 constitucional, el que viene a ser un principio integrativo del "juez natural". De aquí que las provincias lo hayan aplicado sin discusión en sus respectivas jurisdicciones.

Para hacer práctico el criterio del lugar de la comisión del hecho, el territorio correspondiente al órgano jurisdiccional (de la Nación o de una provincia) se divide en secciones o circunscripciones por las respectivas leyes orgánicas, estableciendo en cada una de ellas uno o más tribunales penales entre los que se distribuyen las causas conforme a los otros criterios. Suele ocurrir que las circunscripciones para los tribunales colegiados abarquen dos o más de las fijadas para los unipersonales.

Con las limitaciones impuestas por el criterio económico, esta regla

persigue que el tribunal se acerque lo más posible al lugar del hecho a investigar y juzgar. Ello favorece el normal ejercicio del derecho de defensa, la celeridad y autenticidad en la investigación, y la trascendencia social del fallo juntamente con la publicidad de los debates. El gasto que reporta el mayor número de tribunales al achicar las circunscripciones, en algo se compensa al aproximar los datos y órganos de prueba e investigación a la oficina y audiencias del tribunal.

286. Las reglas subsidiarias en la competencia penal territorial sólo tienen vigencia cuando se ignora el lugar de la comisión o existe duda sobre él. Al respecto son uniformes los criterios de la doctrina y la legislación. Para la aplicación de las reglas en el caso de ignorancia, corresponde tener en cuenta la naturaleza del delito y las especiales circunstancias de su producción apreciadas *prima facie*. Estas reglas son:

- a) Si ha prevenido en la causa el tribunal del lugar donde reside el imputado iniciando los trámites del sumario, éste será el competente (C. S. J. N., Fallos: 244:231).
- b) Si no ha tomado intervención ningún tribunal, será competente el tribunal del lugar donde se arrestó o citó al imputado (C. S. J. N., Fallos: 141:328).
- c) Si nadie previno en la causa y no hubo arresto será competente el tribunal al cual la repartición policial o administrativa remitió los antecedentes (C. S. J. N., Fallos: 73:87).

Para el caso de duda sobre el lugar de la comisión, o sea sobre si el delito se cometió en una u otra de las circunscripciones limítrofes, la competencia se atribuye al tribunal que prevenga en la causa: artículo 36 del Código nacional (C. S. J. N., Fallos: 241:376).

La solución que dan estas reglas no es definitiva. Cuando durante la tramitación de la causa se conozca con firmeza el lugar de la comisión del hecho, ésta se transferirá al tribunal que conforme a ella corresponda. Se trata de evitar que en los primeros momentos de la investigación surjan conflictos que podrían demorarla, aun indeterminadamente.

287. Es indispensable establecer cuándo se comete el hecho para obtener solución concreta con respecto a una serie de casos en particular. Esto conecta directamente el lugar con el tiempo, cuestión

que primero debe analizarse a la luz del derecho sustantivo, para adecuarla después procesalmente.

En principio, ha de entenderse que un hecho penal (acción delictiva) está cometido cuando concluye por haberse realizado todo lo previsto en la ley como acontecer punible; es la consumación jurídica en el sentido del derecho penal material. Así ha de entenderse “la comisión” a los fines de la competencia territorial, solución que se aplica sin inconvenientes cuando se trata de figuras simples en las que no se desplazan los elementos de la acción física o cuando todo ocurre en el mismo lugar.

Cuando se empieza a analizar en particular una serie de casos, los requerimientos prácticos exigen otras soluciones menos rígidas. Pero si bien estos requerimientos de la práctica no deben ser desdeñados, debemos apoyarnos en lo posible sobre los criterios materiales de alcance temporal más adecuados para mantener la uniformidad y estabilidad de las reglas de competencia.

Las posiciones doctrinales al respecto giran alrededor del desdoblamiento entre actividad y resultado como elementos integrantes de la acción física, y divergen en cuanto al momento de comisión de la acción. Son éstas:

- a) Lugar y momento en que el autor desenvuelve su conducta consistente en actuar y en omitir: teoría de la actividad.
- b) Lugar y momento en que se produce el resultado de daño o de peligro: teoría del resultado final.
- c) Lugar y momento del resultado antijurídico inmediato propuesto por la acción: teoría intermedia frente a las otras dos.
- d) Lugar y momento tanto de la conducta como del resultado, o sea en todos aquellos en que se ha realizado uno de los elementos típicos de la acción: teoría unitaria o de la ubicuidad.

Nosotros venimos propugnando la teoría sub c, llamada intermedia, por ser la más lógica desde el punto de vista material, y la que resuelve con mayor acierto la totalidad prácticamente de los casos de competencia, como lo veremos a continuación, sin perjuicio de reconocer que la última favorece el enfoque procesal.

288. Los artículos 42 y 44 del Código Penal punen la tentativa, la frustración y el delito imposible. Son conductas que si bien no alcanzan a consumir el delito en su concepto legal, están conminadas

con pena, por lo cual puede hablarse de la comisión de ellas en cuanto acciones delictivas. Los códigos modernos prevén expresamente la tentativa: se comete cuando se ha ejecutado el último elemento dirigido al determinado delito que no se consumó, y el tribunal de ese lugar será el competente, porque el bien jurídico violado no es el protegido por el delito previsto sino la prohibición de intentarlo. En los llamados delitos frustrados o imposibles, desde nuestro punto de vista no se presentan diferentes con la consumación por cuanto las conductas se integran totalmente, como apariencia o con imposibilidad de resultado. Es imposibilidad o frustración de delito material donde no se obtiene el resultado querido pero que la norma lo tiene en cuenta para la sanción.

En otros casos la consumación existe aunque falte el resultado (delitos formales) o la actuación del sujeto activo (delitos por inactividad). En realidad son delitos en que el resultado se resuelve en el peligro que el obrar produce, o que la conducta consiste en un no obrar con resultado punible (omisión simple o comisión por omisión). Dado que el delito formal no requiere el resultado para su comisión, ésta ocurrirá cuando y donde ocurra el último acto consumativo aunque éste trascienda a la actividad del autor (injuria escrita). En cambio, en los delitos omisivos donde la sanción se aplica a la falta de actividad prevista, será competente el tribunal del lugar donde debió cumplirse la conducta cuya omisión se pune, o mejor dicho donde debió evitarse el resultado dañoso con la actividad omitida (C. S. J. N., *Fallos*: 244:387).

Aceptamos que para los delitos formales en varios casos particulares sea necesario recurrir a criterios prácticos de valor procesal que moderen la rigidez del criterio material. El límite ha de estar impuesto por el principio del juez natural.

289. Son interesantes aquellos casos en los cuales los elementos de la acción física se proyectan en distintos lugares, donde sean competentes diferentes tribunales. No tienen mayores dificultades los delitos permanentes y continuados. El permanente se considera cometido allí donde se produce la última acción que lo integra: agotamiento. Esta situación es extensiva a los delitos complejos o concursos ideales con resultado múltiple.

Uno de estos casos interesantes se presenta con ciertos delitos contra

la administración de justicia cuya actividad se cumple ante tribunal delegado y cuyos efectos se producirán en la causa tramitada por el delegante. El hecho produce en esta causa sus efectos dañosos: falso testimonio. Nuestra jurisprudencia ha sostenido a veces la competencia del tribunal del lugar del delegante y otras la del lugar del delegado. Desde el punto de vista material, el delito se comete donde se produce la deposición falsa (donde se tramita el exhorto) por ser un delito formal que no requiere el resultado. Si se tratara de un delito material, dado que el bien jurídico protegido es la administración de justicia, su afectación se produce en el mismo momento y lugar donde se cumple la conducta.

Aunque con mucha cautela, en estos casos podría aplicarse un criterio más procesalista en casos de excepción, como sería la de la delegación de un simple trámite donde el delito ocurrido ante el delegado no tenga influencia ni vinculación alguna con el lugar, y sí la tenga íntegramente en el lugar del delegante. Se trataría prácticamente de lo que se conoce por delito a distancia.

290. La cuestión merece análisis cuando la conducta se cumple en un lugar y el resultado se produce en otro de competencia distinta. Se trata, por tanto, de delitos materiales por la indispensabilidad del evento para la configuración delictiva. Aquí se plantean en su proyección práctica las teorías que antes indicamos, teniendo en cuenta que son distintas las competencias territoriales del lugar donde está el sujeto actuante, el lugar donde la acción produce la lesión jurídica y el lugar donde se concreta el resultado o efecto.

Piénsese en un homicidio con arma de fuego o a control remoto. El homicida dispara o acciona el mecanismo en un lugar; la bala o la explosión alcanza en otro a la víctima, y ésta es trasladada mortalmente y fallece en un tercer lugar. Otro ejemplo: el explosivo remitido desde Córdoba en encomienda a San Martín (Provincia de Buenos Aires) que al abrirse el paquete hiere mortalmente al destinatario, quien es trasladado a la Capital Federal, donde muere. Si el delito fuere formal, lo que no ocurre en los ejemplos, regiría correctamente la teoría de la actividad porque coincide con la intermedia. Como son materiales, sin evento no hay delito, y sólo la tentativa podría radicar la competencia en el lugar donde partió el disparo (consumación subjetiva). Para el

delito de homicidio en los ejemplos propuestos, debemos decidarnos por las otras dos teorías, y no dudamos en aceptar la del resultado intermedio o más próximo: competencia del tribunal donde el evento acaece (C. S. J. N., *Fallos*: 35:224). Pero éste no consiste en sí mismo en la muerte de la víctima; basta la lesión mortal donde la bala o el mecanismo explosivo alcanza a quien por causa de ella muere. La muerte no forma ya parte de la acción delictiva; no es el evento propiamente dicho sino una consecuencia legalmente ineludible del verdadero resultado que consumó el hecho. Por lo menos deberá aceptarse que la muerte no es un integrante constante del resultado del hecho y sí lo es la lesión que resultó mortal, lo que nos llevaría a una solución procesal muy próxima a la material.

B) *Competencia material*

SUMARIO: 291. Alcance y finalidad. 292. Determinaciones legales. 293. La entidad del delito en los códigos modernos. 294. Determinación concreta. 295. Competencia por minoridad.

291. En la competencia ordinaria, el criterio material sólo por excepción se basa en la naturaleza de la norma violada en función del bien protegido: delitos de imprenta o electorales. Se tiene en cuenta fundamentalmente la norma violada en miras a la mayor o menor gravedad del delito. En general se atiende a elementos externos del hecho en sí como ser: la pena, en cuanto demostrativa de la entidad del delito; la edad del sujeto activo, en cuanto menor requerido de tutela, y el tipo de acción penal por su ejercicio privado, en cuanto exigente de mayores garantías.

La entidad del delito se establece por la cantidad de la pena, y a veces también por la calidad de ésta: tribunales en lo criminal, en lo correccional y de faltas. La minoridad tiene un procedimiento y un tribunal especiales. Las causas por delitos de acción de ejercicio privado tienen también un procedimiento especial, y requieren un tribunal adecuado a ese trámite.

La determinación por la cantidad de la pena es la más universalmente receptada. Arranca de la clasificación tripartita de las infracciones

penales: crímenes, delitos y contravenciones. La especialización de tribunales para menores ya está muy generalizada y tiende a ampliarse para una mejor protección de la minoridad con la función correctiva. Todos estos fundamentos son eminentemente prácticos y tienden a favorecer la especialización del tribunal simultáneamente con la del procedimiento. En general puede afirmarse que el tribunal del crimen es la regla, tanto para la instrucción como para el juicio. Sería el tribunal ordinario, quedando como especiales el correccional y el de menores.

292. Entre nosotros está ampliamente generalizada la división tripartita de tribunales en lo criminal, en lo correccional y de faltas o contravenciones. Hay provincias que por razones económicas no han podido establecer los tribunales correccionales. En las circunscripciones densamente pobladas funcionan tribunales especiales para menores.

La regla es que las causas penales se tramiten ante el tribunal del crimen; sólo corresponderán a los tribunales en lo correccional y a los tribunales para menores cuando la ley expresamente se las atribuya. Si bien los juzgados de faltas podrían ser una excepción frente a la justicia en lo correccional, ante una correcta distinción del derecho penal contravencional correspondería sostener que en esa distinción se funda el criterio material de determinación.

En los códigos con procedimiento oral, para el momento del juicio la regla es la competencia de la Cámara en lo Criminal en las circunscripciones densamente pobladas (Córdoba, Mendoza, Corrientes) porque en ellos se establece el juzgado correccional. Este tribunal tiene competencia para juzgar en los delitos leves. Los criterios de determinación no son uniformes.

293. Los códigos provinciales prevén la competencia correccional con criterios no del todo estables, y la uniformidad es relativa. Todos coinciden en limitarla por el monto máximo de la prisión, pero difieren cuando hay conminación con doble calidad de pena, y algunos agregan competencia para delitos específicos.

294. Los códigos procesales traen reglas más concretas para la actuación práctica de estos criterios de competencia, especialmente ante las situaciones que pueden presentarse frente a las modalidades punitivas del Código de fondo. Estas reglas son las siguientes:

- a) Cuando se trate de un concurso de delitos o de hechos que aisladamente determinan cada uno la misma competencia por el monto de la pena, no se tendrá en cuenta la acumulación de éstas. La competencia será correccional si es la que correspondería a cada uno de los delitos o hechos integrantes del concurso (ideal o real).
 - b) Pero los códigos modernos limitan esta regla con otra: siempre será competente el tribunal en lo criminal si fuere probable la aplicación del artículo 52 del Código Penal, norma en la cual se advierte un distinto criterio para la determinación de esa competencia.
 - c) Se tendrá siempre en cuenta la pena que el Código Penal conmina para la infracción consumada y las circunstancias agravantes de calificación. No se tiene en cuenta la reducción de pena prevista para el delito en grado de tentativa o para el llamado delito imposible; tampoco la menor pena que se prevé para las figuras privilegiadas (atenuantes específicos) pero sí para las agravadas porque en esas hipótesis el hecho requiere un tratamiento procesal con mayores garantías en el tribunal.
295. Este tema será tratado *in extenso* en el tomo III de esta obra, al que remitimos.

C) Competencia funcional

SUMARIO: 296. Determinación. 297. Instrucción y alzada.

296. Dijimos que el proceso de mérito consta de dos etapas: instrucción y juicio plenario, y que eventualmente pueden darse una etapa de impugnación y otra de ejecución. Con respecto a todas ellas se resuelve el problema de la determinación funcional en la competencia, cuando necesariamente o por conveniencias técnicas o prácticas varía el tribunal instituido para cada etapa. La diversificación es el resultado lógico de la específica finalidad perseguida por la instrucción, el juicio, la impugnación y la ejecución o contralor del cumplimiento de la pena, lo que también vale para la investigación fiscal.

No hay duda de que la etapa impugnativa debe tener un tribunal

específico cuando se la instituye como contralor de la sentencia de mérito (devolución). Por otra parte no puede negarse la necesidad técnica de diferenciar el tribunal instructorio del tribunal del plenario, como ya expresáramos anteriormente.

297. La distinción funcional más interesante es la que se hace entre el tribunal de instrucción y el de juicio y sentencia. Rige en todas las provincias donde hay procedimiento penal oral.

Aclaremos que no en todo proceso deben actuar ambos tribunales cuando estén instituidos. Hay procesos que se inician directamente con la etapa de juicio para algunos Códigos (acción de ejercicio privado con juicio oral), y otros en que se encomienda al Ministerio Fiscal la investigación.

A los tribunales de alzada se llega por la vía del recurso.

Donde hay doble instancia, éste es el de apelación. En el juicio oral de única instancia el más característico es el de casación. Todas las Constituciones prevén la alzada por inconstitucionalidad, y ya conocemos la competencia funcional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por el artículo 14 de la ley 48.

Fijada la competencia del tribunal *a quo*, queda también ineludiblemente fijada la del *ad quem*, por la coincidencia que existe en la determinación territorial y material, no obstante la mayor amplitud que en estos dos aspectos puede tener la competencia del tribunal de alzada.

D) Distribución interna de las causas penales

SUMARIO: 298. Turno de los jueces penales. 299. Criterios para el reparto.

298. Se ha dicho ya que el tribunal se manifiesta a través de los oficios que lo integran: juzgados, cámaras o salas. Cuando sólo tiene un oficio, no hay ningún problema de reparto de las causas. Pero los requerimientos de la práctica en zonas densamente pobladas han impuesto la multiplicidad del oficio en número suficiente para captar la totalidad de las causas que son de competencia del tribunal por razón de territorio, materia y función. Es lo que se suele llamar competencia por razón de turno, expresión que no responde sino a

algunos de los criterios administrativos de distribución, máxime en materia penal donde el volumen de las causas suele ser muy desigual.

Las diferencias que se advierten entre este reparto interno de las causas y las reglas de la competencia, en sentido propio, son las siguientes:

- a) Es menos rigurosa la aplicación de la improrrogabilidad, la que en materia penal es estrictísima para la competencia, aun con respecto a la territorial.
- b) Puede ser alterada después de la iniciación del proceso o de cada etapa, en función de las conveniencias prácticas que se presenten; lo que sólo por excepción ocurre con la competencia territorial o material: cuando expresamente lo autoriza la ley.
- c) Está regulada fundamentalmente por normas prácticas contenidas en acuerdos del propio Poder Judicial, de alcance esencialmente administrativo, mientras que la fuente de la competencia debe ser siempre legal. El reparto interno requiere mayor ductilidad dentro de los límites legales.

299. Todos los oficios del mismo tribunal tienen idéntica competencia. Así, los juzgados de instrucción de la Capital Federal integran el tribunal de instrucción (funcional) en lo criminal (material) de la Capital (territorial), y se distribuyen las causas que a él corresponden conforme a un criterio seccional. La Cámara Nacional en lo Penal de la Capital Federal es en realidad el tribunal de segunda instancia (función) en lo criminal y correccional (materia) de la Capital (territorio) que se fracciona en varias salas (oficios), cada una de las cuales tiene la competencia del tribunal. Entre esas salas se distribuyen las causas conforme a un reglamento interno, de manera que el volumen del trabajo quede equilibrado, y sin perjuicio de que en los llamados acuerdos plenarios el tribunal (la cámara) actúe como único oficio integrado con todos los miembros. En otros regímenes procesales de provincia, los oficios colegiados de alzada penal o de juicio se denominan "cámaras".

Los criterios más comunes del reparto interno del tribunal penal instructorio son el locativo ya indicado y el temporal. Éste se rige por el momento de comisión del hecho o por la presentación de la denuncia,

parte policial o requerimiento. El criterio cuantitativo o numérico poco se adecua a la materia penal. Actualmente se tiende a un criterio más racional otorgando a un tribunal de superior jerarquía –o al presidente del cuerpo colegiado– la regulación del reparto en consideración al trabajo que prácticamente puede cubrir cada oficio, teniendo en cuenta el volumen y complejidad de cada causa.

Lo más adecuado parece ser una combinación del criterio temporal con el racional a cargo del tribunal superior o presidencia común; el primero como regla, y el segundo para modularlo cuando no resulte equilibrado. El temporal debe ser más riguroso en la instrucción, porque su estabilidad asegura la prontitud de actuación, propia de las primeras investigaciones.

E) *Efectos de la conexión de causas*

SUMARIO: 300. Concepto y aplicación. 301. Alcance y consecuencias. 302. Principios que la rigen. 303. Reglas subsidiarias.

300. Cuando analizamos la conexión de procesos en su eficacia frente al objeto procesal penal, determinamos como el principal de sus efectos el de producir la unificación del oficio para conocer y juzgar en todas las causas conexas. Esto es lo que ahora nos interesa por su incidencia frente a las reglas de la competencia, corresponda o no acumular los procesos. No interesan las reglas sobre prioridad de juzgamiento, precisamente porque ellas responden a la independencia de los diversos órganos jurisdiccionales de nuestra República.

Para que pueda y deba producirse la unificación (y en su caso la acumulación procesal) se requiere, en primer término, que todas las causas conexas correspondan al mismo órgano jurisdiccional. La necesidad de unificar el oficio impone alterar las reglas de la competencia, conforme a su determinación territorial y material, cuando aisladamente las causas conexas hubieran correspondido a distintos tribunales. Si todas hubieran correspondido al mismo tribunal, ya no se alteran ciertamente esas reglas, sino las del turno o reparto interno de las causas. Si todas las causas conexas correspondieren originariamente al mismo oficio, sólo queda el problema de la acumulación.

Esto puede ocurrir tanto para la instrucción de las causas como para la tramitación del juicio. La consecuencia es que en todos los procesos instruya el mismo juzgado de instrucción y juzgue el mismo juzgado de sentencia o correccional, o la misma cámara (o sala) de juicio. Dado que deben alterarse las reglas de competencia territorial y material y de turno, siguiendo a la doctrina los códigos procesales penales han sentado reglas específicas para hacer práctica esta importante consecuencia de la conexión de causas penales.

301. Conforme a esto, un tribunal sería competente por conexión cuando, por exigencias de la unificación procesal, se le atribuye el conocimiento de causas en las que no le corresponde intervenir conforme a las reglas de la competencia territorial o material (y las de turno), en razón de ser dichas causas conexas por motivos objetivos o subjetivos con otra para la cual ese tribunal sí es competente. Pero como la unificación implica necesariamente la unidad de oficio, las reglas al respecto deben sentarse en función del único juzgado o cámara.

Estas reglas no alteran el principio del juez natural porque el tribunal queda debida y previamente determinado por la ley conforme a la necesidad práctica de mejor justicia y de evitar desgaste jurisdiccional. No contradicen tampoco las exigencias de los presupuestos procesales por cuanto a pesar de su plurificación el objeto procesal queda debidamente presentado. La regla absoluta de improrrogabilidad también se respeta porque no se puede disponer de la determinación que la conexión provoca.

Por estas reglas se hace posible la unificación del oficio y la acumulación de las causas cuando éstas son conexas, es decir cuando se vinculan entre sí los objetos o se persigue al mismo sujeto. Es criterio, primero, de economía procesal en cuanto evita multiplicidad de trámites, y después, de unidad jurisdiccional en cuanto previene pronunciamientos contradictorios. El único proceso favorece la coordinación de las pruebas y la concentración de los debates en primer término, y después, permite la unificación de la sentencia. Esta unificación favorece una orientación para distribuir las responsabilidades, y también para el equilibrio de las penas y otras condenas pecuniarias.

Puede ocurrir que la acumulación amplíe desmesuradamente el proceso afectando en alguna medida la defensa o la libertad del im-

putado. Las leyes han tenido en cuenta este posible inconveniente, autorizando la tramitación separada de las causas en la instrucción o la separación de las que se han acumulado para el juicio. Pero se mantiene la unificación del oficio, salvo casos muy excepcionales fundados en el extraordinario volumen de las investigaciones.

302. El principio lógico según el cual lo mayor atrae a lo menor, ha servido de fundamento para establecer legalmente la regla principal sobre esta materia. Aquí se trata de la gravedad del delito en función del máximo de pena conminada para determinar el tribunal y oficio donde las causas deben tramitarse, y en su caso acumularse.

Cuando se trata de distintas circunscripciones territoriales parece lógico que se atribuyan todas las causas al tribunal competente para el delito más grave. En caso de distinta materia por la cantidad y calidad de la pena, a más de lógico resulta de exigencia institucional que el tribunal del crimen absorba también la causa correccional si se tiene en cuenta la sumariedad del procedimiento para ésta. Si se trata de distintos juzgados o cámaras del mismo tribunal, lo práctico es unificar las causas en el oficio que esté en mejores condiciones de tramitarlas, o adjudicar la conexas a aquel que ya esté tramitando la más grave.

Los códigos modernos son expresos, tanto en el aspecto territorial como en el material en aceptar la regla de la mayor gravedad. Cuando se trata del reparto interno, lo común es dejar el problema a solución por acordadas judiciales.

303. Cuando los delitos conexos son de igual gravedad, ya no puede aplicarse la regla que rige en la mayoría de los códigos.

Los códigos provinciales son más o menos uniformes para sentar reglas subsidiarias, aunque no siguen el mismo orden de preferencia los que aún pueden llamarse antiguos. Los modernos sientan las siguientes reglas subsidiarias:

- a) Cuando los delitos estuvieren reprimidos con igual pena, intervendrá el tribunal que es competencia para el que se cometió primero;
- b) cuando los delitos fueren simultáneos o si no constare cuál se

cometió primero, intervendrá el tribunal que haya procedido a la detención del imputado o que previno;

- c) en último caso, o sea cuando tampoco hubo detención, intervendrá el tribunal designado por el tribunal que tiene competencia para resolver las cuestiones de competencia, atendiendo a la mejor y más pronta administración de la justicia.

Estas reglas se refieren a la conexión de delitos de distinta competencia territorial y material, las que pueden a su vez combinarse: un delito en lo criminal y otro en lo correccional cometidos en distintas circunscripciones. Pero es evidente que, respecto de las reglas subsidiarias, la igualdad de pena excluye la distinta determinación material. En cuanto a los delitos perseguibles por acción de ejercicio privado y a los imputados menores, escapan a estas reglas por la especialidad de la determinación de la competencia.

IV. FALTA DE COMPETENCIA

SUMARIO: 304. Declaración y efectos. 305. Inhibitoria y declinatoria. 306. Cuestiones de competencia. 307. Trámite de los incidentes. 308. Trámite del requerimiento de inhibitoria. 309. Planeamiento y solución del conflicto.

304. La improrrogabilidad de la competencia penal implica para el juez el imperativo de actuar en los procesos asignados al tribunal que personifica, una vez dadas las condiciones para ello. Pero también implica la prohibición de intervenir cuando, conforme a las normas jurídicas pertinentes, el tribunal que personifica no fuere el competente.

El juez debe declarar la incompetencia del tribunal cuando conforme a las reglas correspondientes no le corresponda intervenir en un determinado proceso. Lo hará a instancia de parte o de oficio, porque su falta de competencia es absoluta. Esto hace que deba ser consultado el Ministerio Fiscal en todos los casos.

En principio, la declaración procede cualquiera sea el estado del proceso. Sin embargo, los códigos establecen algunas excepciones. En cuanto a la competencia material, los modernos disponen que el tribunal de juicio podrá juzgar en el proceso aun cuando el delito resulte

de competencia inferior una vez fijada la audiencia para el debate sin haberse planteado la cuestión. En cuanto al territorio, establecen caducidad si la cuestión no se plantea como preliminar inmediatamente después de abierto el debate.

Declarada la falta de competencia, se producen los siguientes efectos: a) si se trata de la material, serán nulos los actos que provinieron de un tribunal jerárquicamente inferior, salvo los que no pueden ser repetidos; b) si se trata de la territorial, el tribunal incompetente puede continuar realizando actos urgentes de instrucción, no siendo nulos los actos cumplidos con anterioridad.

305. La declaración de incompetencia puede ser provocada por las partes penales o civiles. La ley les acuerda dos vías incompatibles entre sí para excluirse recíprocamente: a) la inhibitoria ante el tribunal que se considera competente, y b) la declinatoria ante el tribunal que está entendiendo en la causa.

Planteadas las cuestiones, producirán los siguientes efectos: a) la instrucción no se suspende debiendo continuarse por el tribunal que previno, y si esto no se puede determinar, por el requerimiento de inhibición; b) si la cuestión se plantea durante el juicio plenario, se suspenderá el proceso hasta su resolución, sin perjuicio de practicar actuaciones que fueren absolutamente necesarias o la llamada instrucción suplementaria.

La prohibición de utilizar ambas vías simultáneamente o sucesivamente, tiene por objeto evitar la existencia de litispendencia formal: *Electa una via, non datur regressus ad altera*. Está impuesto, bajo sanción de inadmisibilidad, que al plantear la cuestión se exprese no haber utilizado la otra vía, y en caso de falsedad se impondrán las costas al cuestionante aunque triunfare o abandonare el incidente.

La cuestión puede plantearse durante toda la instrucción. En cuanto al juicio, los códigos modernos limitan la oportunidad hasta fijada la audiencia para el debate. Sin embargo, nada impide que se planteen durante éste como cuestión preliminar, y aun alegarse con éxito la material en el momento de la discusión final. Esta alegación no provocará un artículo, ciertamente, pero impone su consideración por el tribunal como cuestión previa a las de fondo.

306. Se llama cuestión de competencia, en materia penal, al planteamiento surgido entre dos tribunales cuando ambos se declaran contradictoriamente competentes o incompetentes para entender en una causa penal en trámite. La cuestión puede surgir con motivo de una instancia de inhibitoria, del éxito de una declinatoria o de la incompetencia declarada de oficio, cuando el juez del otro tribunal las rechaza. Si ambos tribunales sostienen su competencia, la cuestión será positiva; si se declaran incompetentes, será negativa.

Cuando se plantea entre tribunales de distintos órganos jurisdiccionales (de dos provincias o uno provincial y otro nacional) se habla de cuestión de jurisdicción. Deben ser resueltas igual que las de competencia (entre tribunales de un mismo órgano jurisdiccional) salvo previsiones de tratados interprovinciales.

La solución del conflicto corresponderá al tribunal jerárquicamente superior y común de ambos contradictores. En las cuestiones de jurisdicción sólo puede ser la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que también lo será entre cámaras nacionales, o una de éstas y otro tribunal. Las cámaras penales entenderán en las cuestiones planteadas entre tribunales inferiores a ellas jerárquicamente. En las provincias se tiende a dar competencia al Tribunal Superior (o Suprema Corte) en todos los casos.

El tribunal dirimente de la cuestión puede atribuir el conocimiento de la causa aun a otro tribunal distinto de los que plantearon el conflicto con lo cual se evita incurrir en denegación de justicia. La adjudicará al que considere competente en el ordenamiento judicial respectivo (C. S. J. N., *Fallos*: 233:121), lo que tiene aplicación más general cuando se trata del territorio (C. S. J. N., *Fallos*: 244:303). La Corte Suprema de la Nación debe aplicar, para la solución del conflicto, la ley nacional.

307. El trámite y la solución de las cuestiones de competencia provocan un procedimiento incidental que se intercala en el curso del proceso. Es precedido por el trámite resultante de la declaración de oficio de la incompetencia, o del planteo de parte por declinatorio o inhibitoria. La inhibitoria tiene regulado en los códigos un trámite autónomo. La declinatoria, en cambio, se considera uno de los artículos de previo y especial pronunciamiento a deducirse y tramitarse por el régimen de lo que ha dado en llamarse "excepciones".

La inhibitoria puede ser instada por el Ministerio Fiscal, por el querellante, por el imputado y por las partes civiles ante el tribunal que se considere competente, afirmando la incompetencia del que está actuando. Se pide al tribunal que se declare competente en el proceso que tramita el otro tribunal y en consecuencia requiera a éste de inhibitoria. No parece práctico que el querellante y las partes civiles puedan plantear inhibitoria si para ser tales deben haberse constituido en el proceso.

De la instancia debe darse vista al Ministerio Fiscal en su función consultora; no así cuando hubiere instado uno de sus integrantes. El fiscal se expedirá dentro de tres días, y su criterio no es vinculante. Después debe resolver el tribunal en plazo breve (tres días para los códigos modernos) y por auto fundado.

Negada la instancia inhibitoria, se concede recurso de apelación ante el tribunal de alzada común, o ante el previsto para resolver la cuestión de competencia. Éste puede confirmar o revocar la resolución. Cuando se trata del tribunal más elevado del ordenamiento judicial, pareciera que con esta alzada se desnaturaliza la apelación al atribuirse la alzada a un órgano competente sólo para recursos extraordinarios. Mejor que apelación, pensamos que debe preverse la consulta obligatoria.

308. Acogida en firme la instancia inhibitoria, su ejecución implica el reclamo de la competencia al tribunal que tramita el proceso: libramiento del "oficio inhibitorio", o sea del exhorto correspondiente. A más de los recaudos generales, este exhorto debe contener e ir acompañado a las necesarias piezas de convicción, acerca de la competencia sostenida por el exhortante, incluso la instancia y el dictamen del Ministerio Fiscal. En lo volitivo, el exhorto debe requerir, en forma de ruego, que el exhortado se desprenda de la competencia, sosteniendo la del exhortante: reclamo de la competencia que se afirma tener.

Cuando el exhorto inhibitorio se libró en virtud de resolución confirmatoria o revocatoria de la negativa en alzada, no obstante provenir del mismo tribunal dirimente de la posible cuestión, no tendrá efecto vinculante para la futura solución de ésta. La resolución de la alzada será sólo provisional por cuanto aún no se ha escuchado al tribunal

que está entendiendo en la causa. No obstante, puede ser útil para evitar que se produzca la cuestión.

El juez del tribunal requerido debe sustanciar el exhorto inhibitorio corriendo vista al Ministerio Fiscal por tres días. Esta intervención no puede evitarse aunque la instancia originaria hubiere provenido del mismo organismo. También debe correrse vista al imputado, al que-rellante, y a las partes civiles que intervinieren, excluyendo al sujeto privado que hubiere planteado la inhibitoria.

Si el juez acepta el reclamo, inhibirá al tribunal declarándose in-competente; pero esa resolución es apelable ante el mismo órgano ju-dicial dirimente de la posible cuestión. Aquí pensamos que también es mejor establecer la consulta obligatoria ante el tribunal más elevado. La confirmación implicará no cuestionar.

La resolución debe ser fundada por tratarse de una declaración de incompetencia, y una vez firme, concluye el trámite incidental. Se ejecuta remitiendo el expediente y lo actuado al tribunal exhortante, poniendo a su disposición al imputado. Las partes serán notificadas para que tomen la debida intervención ante el tribunal declarado com-petente.

309. El tribunal exhortado, o el de la apelación de lo resuelto por éste, puede rechazar el requerimiento inhibitorio sosteniendo su propia competencia y, por ende, negándosela al exhortante. Esto implica plantear cuestión positiva de competencia, pero las leyes dan aún otra oportunidad para impedirlo. El juez exhortante podría aceptar las razones del requerido, por lo cual se le debe comunicar el rechazo por exhorto que transcriba o acompañe copia autorizada de los ele-mentos de convicción fundamentadores del rechazo, solicitándole res-puesta sobre si reconoce la competencia mantenida o insiste en la suya. En caso de avenimiento, concluye el trámite con la remisión de lo actuado al tribunal del proceso.

Si el juez que requirió la inhibición insiste en su postura, a pedido del resistente remitirá todo lo que él ha actuado al tribunal que en definitiva debe resolver el conflicto. Con ello queda formalmente plan-teada la cuestión de competencia, y excitada la decisión del órgano que la resolverá. Ese mantenimiento se comunicará al juez que está inter-

viniedo en la causa para que remita los antecedentes al tribunal dirimente.

También la cuestión puede plantearse ante el mismo tribunal dirimente, como consecuencia de la declaración de oficio de falta de competencia o provocada por declinatoria, cuando el tribunal al que se remite la causa por estimarse el competente, considera a su vez que no lo es para entender en ello.

El tribunal del conflicto debe correr vista por tres días al Ministerio Fiscal, y decidirlo sin otra sustanciación en plazo similar. Lo resuelto se ejecutará inmediatamente, remitiéndose lo actuado al que resulte competente.

APÉNDICE DE LEGISLACIÓN

III. LA COMPETENCIA EN SU DISTRIBUCIÓN ORDINARIA.

COMPETENCIA TERRITORIAL. DETERMINACIÓN

POR EL LUGAR DE COMISIÓN DEL HECHO

Nación, 37; Buenos Aires, 29; Córdoba, 34; Córdoba (ley 8123), 43; Mendoza, 33; La Pampa, 27; Salta, 33; Jujuy, 25; Corrientes, 34; Entre Ríos, 33; Río Negro, 29; Neuquén, 29; Chubut, 31; La Rioja, 34; Chaco, 31; Catamarca, 20; Santiago del Estero, 23; Tucumán, 43; Misiones, 29; Santa Cruz, 31.

TENTATIVA. DETERMINACIÓN POR EL LUGAR

DONDE SE CUMPLIÓ EL ÚLTIMO ACTO DE EJECUCIÓN

Nación, 37; Buenos Aires, 29; Córdoba, 34; Córdoba (ley 8123), 43; Mendoza, 33; La Pampa, 27; Salta, 33; Jujuy, 25; Corrientes, 34; Entre Ríos, 33; Río Negro, 29; Neuquén, 29; Chubut, 31; La Rioja, 34; Chaco, 31; Catamarca, 20; Santiago del Estero, 23; Tucumán, 43; Misiones, 29; Santa Cruz, 31.

DELITO CONTINUADO O PERMANENTE: LUGAR

DONDE CESÓ LA CONTINUACIÓN O PERMANENCIA

Nación, 37; Buenos Aires, 29; Córdoba, 34; Córdoba (ley 8123), 43; Mendoza, 33; La Pampa, 27; Salta, 33; Jujuy, 25; Corrientes, 34; Entre Ríos, 33; Río Negro, 29; Neuquén, 29; Chubut, 31; La Rioja, 34; Chaco, 31; Catamarca, 20; Santiago del Estero, 23; Tucumán, 43; Misiones, 29; Santa Cruz, 31.

REGLAS SUBSIDIARIAS: COMPETENCIA DEL JUEZ QUE PREVINO

Nación, 38; Córdoba, 35; Córdoba (ley 8123), 44; Mendoza, 34; La Pampa, 28; Salta, 34; Jujuy, 26; Corrientes, 35; Entre Ríos, 34; Río Negro, 30; Neuquén, 30; Chubut, 32; La Rioja, 35; Chaco, 32; Catamarca, 21; Santiago del Estero, 24; Tucumán, 44; Misiones, 30; Santa Cruz, 32.

EFFECTOS DE LA CONEXIÓN DE CAUSAS.

REGLAS DE CONEXIÓN

Nación, 42; Buenos Aires, 33; Córdoba, 39; Córdoba (ley 8123), 48; Mendoza, 38; La Pampa, 32; Salta, 38; Jujuy, 30; Corrientes, 39; Entre Ríos, 38; Río Negro, 34; Neuquén, 34; Chubut, 36; La Rioja, 37; Chaco, 36; Catamarca, 23; Santiago del Estero, 26; Tucumán, 48; Misiones, 34; Santa Cruz, 36.

EXCEPCIÓN A LAS REGLAS DE CONEXIÓN

Nación, 43; Buenos Aires, 34; Córdoba, 40; Córdoba (ley 8123), 49; Mendoza, 39; La Pampa, 33; Salta, 39; Jujuy, 31; Corrientes, 40; Entre Ríos, 39; Río Negro, 35; Neuquén, 35; Chubut, 37; La Rioja, 38; Chaco, 37; Catamarca, 22; Santiago del Estero, 27; Tucumán, 49; Misiones, 35; Santa Cruz, 37.

IV. FALTA DE COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA MATERIA.

DECLARACIÓN Y EFECTOS.

Declaración de oficio en cualquier estado del proceso. Juzgamiento por el tribunal de juicio. Fijación audiencia para el debate. Falta de planteo de la cuestión: Nación, 35; Buenos Aires, 27; Córdoba, 32; Córdoba (ley 8123), 41; Mendoza, 31; La Pampa, 25; Salta, 31; Corrientes, 30; Entre Ríos, 31; Río Negro, 27; Neuquén, 27; Chubut, 29; Chaco, 29; Catamarca, 24; Santiago del Estero, 30; Tucumán, 41; Misiones, 27; Santa Cruz, 29.

DECLARACIÓN DE INCOMPETENCIA EN RAZÓN DEL TERRITORIO

Caducidad si no se planteara como cuestión preliminar inmediatamente después de abierto el debate: Nación, 376; Buenos Aires, 356; Córdoba, 388; Córdoba (ley 8123), 383; Mendoza, 407; La Pampa, 348; Salta, 381; Jujuy, 389; Corrientes, 401; Entre Ríos, 382; Río Negro, 347; Neuquén, 341; Chubut, 335; La Rioja, 407; Chaco, 359; Catamarca, 336; Santiago del Estero, 324; Tucumán, 383; Misiones, 377; Santa Cruz, 359.

EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INCOMPETENCIA MATERIAL

Nulidad de lo actuado por el tribunal jerárquicamente inferior salvo los actos que fuere imposible repetir: Nación, 36; Buenos Aires, 28; Córdoba, 33; Córdoba (ley 8123), 42; Mendoza, 32; La Pampa, 26; Salta, 32; Corrientes, 31; Entre Ríos, 31; Río Negro, 28; Neuquén, 28; Chubut, 30; Chaco, 30; Tucumán, 42; Misiones, 28; Santa Cruz, 30.

EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INCOMPETENCIA TERRITORIAL

Realización de actos urgentes de instrucción por el tribunal incompetente. Falta de nulidad de los cumplidos con anterioridad: Nación, 39; Buenos Aires, 30; Córdoba, 36; Córdoba (ley 8123), 45; Mendoza, 35; La Pampa, 29; Salta, 35; Jujuy, 27; Corrientes, 36; Entre Ríos, 35; Río Negro, 313; Neuquén, 31; Chubut, 33; La Rioja, 39; Chaco, 33; Tucumán, 45; Misiones, 31; Santa Cruz, 33.

INHIBITORIA Y DECLINATORIA

Planteo de las partes durante la instrucción y antes de fijar audiencia para el debate, sin perjuicio de las normas vigentes en materia de competencia territorial y material. Promoción: Nación, 45; Buenos Aires, 41; Córdoba, 42; Córdoba (ley 8123), 51; Mendoza, 41; La Pampa, 35; Salta, 41; Jujuy, 33; Corrientes, 42; Entre Ríos, 41; Río Negro, 37; Neu-

quén, 37; Chubut, 39; La Rioja, 42; Chaco, 38; Catamarca, 25; Tucumán, 51; Misiones, 37; Santa Cruz, 39.

OPORTUNIDAD

Nación, 46; Buenos Aires, 37; Córdoba, 43; Córdoba (ley 8123), 52; Mendoza, 42; La Pampa, 36; Salta, 42; Corrientes, 43; Entre Ríos, 42; Río Negro, 38; Neuquén, 38; Chubut, 40; La Rioja, 43; Chaco, 40; Santiago del Estero, 30; Tucumán, 52; Misiones, 38; Santa Cruz, 40.

Su trámite no suspende la instrucción y en caso de haber sido propuestas antes de fijada la audiencia para el debate suspenderán el curso del proceso hasta la decisión del incidente, sin perjuicio de que el tribunal ordene una instrucción suplementaria: Nación, 49; Buenos Aires, 40; Córdoba, 46; Córdoba (ley 8123), 55; Mendoza, 45; La Pampa, 39; Salta, 45; Jujuy, 38; Corrientes, 46; Entre Ríos, 45; Río Negro, 41; Neuquén, 41; Chubut, 43; La Rioja, 46; Chaco, 43; Santiago del Estero, 31 y 32; Tucumán, 55; Misiones, 41; Santa Cruz, 43.

VALIDEZ DE LOS ACTOS

Nación, 50; Buenos Aires, 41; Córdoba, 47; Córdoba (ley 8123), 56; Mendoza, 46; La Pampa, 40; Salta, 46; Jujuy, 41; Corrientes, 47; Entre Ríos, 46; Río Negro, 42; Neuquén, 42; Chubut, 44; La Rioja, 47; Chaco, 44; Santiago del Estero, 34; Tucumán, 56; Misiones, 42; Santa Cruz, 44.

TRÁMITE DE LA INHIBITORIA

Nación, 47; Buenos Aires, 38; Córdoba, 44; Córdoba (ley 8123), 53; Mendoza, 43; La Pampa, 37; Salta, 43; Jujuy, 36; Corrientes, 44; Entre Ríos, 43; Río Negro, 39; Neuquén, 39; Chubut, 41; La Rioja, 44; Chaco, 41; Catamarca, 27; Santiago del Estero, 33; Tucumán, 53; Misiones, 39; Santa Cruz, 41.

LA DECLINATORIA. SUSTANCIACIÓN

La declinatoria se sustancia en la forma establecida para las excepciones de previo y especial pronunciamiento: Nación, 48; Buenos Aires,

39; Córdoba, 45; Córdoba (ley 8123), 54; Mendoza, 44; La Pampa, 38; Salta, 44; Jujuy, 37; Corrientes, 45; Entre Ríos, 44; Río Negro, 40; Neuquén, 40; Chubut, 42; La Rioja, 45; Chaco, 42; Catamarca, 28; Tucumán, 54; Misiones, 40; Santa Cruz, 42.

APÉNDICE DE JURISPRUDENCIA

COMPETENCIA PENAL

Las declaraciones, tanto del denunciante como del imputado, pueden ser tenidas en cuenta a los efectos de determinar la competencia aunque no estén plenamente corroboradas, en la medida que no se encuentren desvirtuadas por otros elementos del expediente.

C. S. J. N., 12-3-96

La llamada “defraudación prendaria”, especie del género desbaratamiento del derecho acordado, debe considerarse cometida donde se domicilia el defraudador porque así se asegura mejor el derecho de defensa y porque debe presumirse que allí se dispuso del bien prendado.

Cám. Nac. Crim. y Corr., sala IV, 8-4-97

El encubrimiento de un delito cometido en la Capital de la República afecta a la administración de la justicia nacional, razón por la cual resultaría, en principio, competente para su conocimiento el juez federal con jurisdicción territorial donde aquél se hubiese llevado a cabo, siempre y cuando surja, con absoluta nitidez, que el imputado por el encubrimiento no ha tenido participación en el delito de robo.

C. S. J. N., 27-2-96

Es determinante para la fijación de la competencia, desde el punto de vista de la eficacia de la investigación y considerando la naturaleza de las maniobras fraudulentas investigadas realizadas a través de operaciones comerciales, la ubicación de la casa matriz del banco y de empresas vinculadas, lo cual facilitará el acceso a los libros y documentos contables que permitan la dilucidación de los hechos.

C. N. C. P., sala I, 7-9-97, L. L. Supl. de Jurisprudencia Penal del 30-10-97

El órgano jurisdiccional llamado a decidir, se encuentra facultado para declarar la competencia del juez que realmente la tenga aunque el mismo no haya intervenido en la contienda.

C. N. C. P., sala III, 15-5-95

Si se investiga el mismo hecho, pero el otro Tribunal ya ha dictado sentencia y ésta se encuentra firme, rige la disposición del artículo 46 del Código de forma que establece la de fijación de audiencia de debate como límite máximo para el planteo de cuestiones de competencia.

C. N. C. P., sala II, 30-6-95

Desconociéndose el lugar donde se produjo la adulteración del instrumento público, corresponde que continúe entendiendo el juez que ha prevenido en la investigación y a cuyo cargo estuvo la totalidad de la tarea instructoria cumplida (voto Dr. Petracchi).

Fallos: 310:479

Para determinar la competencia en razón de los turnos judiciales debe tenerse en cuenta cuál fue el magistrado que puso en marcha la actividad investigativa. Sostener que lo relevante es la fecha en la que se practica el secuestro equivaldría a enervar el principio del juez natural, atribuyendo su precisión a la voluntad del magistrado que ordena la medida.

C. F. A. de La Plata, 7-9-95

Cuando la privación de la libertad fue cometida en varias jurisdicciones, y en una de ellas se cometió además otro delito, es a los tribunales de esta última a los que le toca entender en ambos hechos.

Fallos: 310:1755

Si bien los tribunales de una jurisdicción, cuando se inhiben y *a contrario sensu*, cuando admiten la competencia para conocer en una causa en trámite ante otra jurisdicción, no están obligados a ajustarse a las diligencias impuestas por el derecho procesal de esta última sede judicial, pues su interpretación y aplicación es ajena a la primera, deben sin embargo someterse a las previsiones que sobre el particular incluyan las normas nacionales de procedimientos, desde que las cuestiones de competencia entre tribunales de distinta jurisdicción deben ser resueltas por aplicación de las normas nacionales de procedimiento.

Fallos: 310:433

Por imperativo constitucional, a los efectos de determinar la jurisdicción

territorial debe tenerse en cuenta, prioritariamente, el lugar en el cual se consumó el delito, lo que no debe confundirse con el lugar donde se produzcan efectos extratípicos del hecho ilícito.

El delito de falso testimonio se consuma en el lugar donde presta declaración por exhorto el testigo ofrecido en un juicio que tramita en otra jurisdicción.

Fallos: 310:2156

Si no se ha acreditado fehacientemente el lugar donde habría sido sustraída la carga corresponde atribuir el conocimiento de los autos al tribunal con asiento en el lugar donde se comprobó la comisión del hecho.

Fallos: 310:1437

Es competente para conocer el delito de aborto el juez del lugar donde al practicarse las maniobras abortivas se produjo la muerte del feto, y no el juez de la jurisdicción donde extrajeron sus restos con la finalidad primordial de preservar la salud de la mujer.

Fallos: 310:1694

Todas las actuaciones practicadas con anterioridad a la decisión de incompetencia son válidas, sin perjuicio de que el órgano judicial interviniente se pronuncie sobre su fuerza probatoria.

C. N. C. P., sala III, 15-3-95

La declaración de incompetencia nos enfrenta, con una inquietud de nuevo cuño, referida a la contradicción que parece existir entre la terminante regla del artículo 49 del Código Procesal Penal, invocada al principio para justificar la intervención del tribunal en esta etapa pese a la posible incompetencia, y lo que determina el artículo 50 de dicho cuerpo legal.

La primera de dichas normas establece, en esencia, sin hacer distingos, que las cuestiones de competencia no suspenden la instrucción, que será continuada por el tribunal que primero conoció en la causa. Empero, el artículo 50, puesto en relación con el artículo 36 al que remite, viene a afirmar que los actos de la instrucción practicados hasta la decisión de la competencia no serán válidos cuando el tribunal que los practicó sea incompetente por la materia.

Cám. Fed. de La Plata, sala III, 6-6-95

I. COMPETENCIA FEDERAL O PROVINCIAL

Es competente la justicia federal para conocer la causa por los delitos de calumnias e injurias, si el imputado es el delegado normalizador de una obra social designado por el Ministerio de Salud y Acción Social y sus manifestaciones guardarían relación con sus funciones públicas.

C. S. J. N., 6-11-90, S. J. LXII-20

Corresponde a la justicia ordinaria el juzgamiento de hechos comprendidos en la compra del bebé y su inscripción en el registro, mas no así el otorgamiento del documento nacional de identidad, el cual si bien es consecuencia del hecho anterior, resulta plenamente escindible y atribuible a la justicia de excepción.

Cám. Nac. Crim. y Corr., sala I, 13-10-94

Sobre la base de que no puede descartarse la posibilidad de que el usuario vea interrumpido el uso del servicio que presta la empresa Telecom, afectándose así el servicio público interjurisdiccional de telecomunicaciones, es aconsejable que continúe interviniendo el juzgado federal que previno, sin perjuicio de lo que resulte de una posterior investigación.

C. S. J. N., 23-11-95

El robo de correspondencia del que fuera víctima un empleado de una firma permisionaria del servicio público postal es competencia de la justicia ordinaria ya que se trata de un delito común que sólo perjudica la distribución de correspondencia que efectúa una sociedad privada.

C. N. C. P., sala IV, 22-4-97

Las disposiciones penales de la ley 24.051 no se integran típicamente con las enumeradas en el artículo 1º de esa ley, la cual, en cambio, sí limita las facultades de índole administrativa de la autoridad de aplicación nacional ante las que le corresponden a las provincias y municipios, por lo que no existe obstáculo normativo para que intervenga la justicia federal.

C. S. J. N., 31-10-95

El delito cometido con motivo de la operación de aeronaves no provoca, por sí solo, la intervención de la justicia federal, sino que, conforme a lo que establece el artículo 198 del Código Aeronáutico, son de competencia de ese fuero los delitos que puedan afectar la navegación o el comercio aéreos.

C. S. J. N., 17-10-89, S. J. LIX-30

Es competente la justicia federal para conocer en la posible comisión del delito de apología del crimen (art. 213, Cód. Pen.) relacionado con las conductas descriptas por el artículo 226 del Código Penal mediante la transmisión de un video por una emisora de televisión.

C. S. J. N., 12-10-89, S. J. LIX-30

Al contrario de lo pretendido por la defensa recurrente invocando lo dispuesto por los artículos 13 y 34 de la ley 23.737, no es de competencia de la Justicia Federal sino de la Provincial, la investigación de las circunstancias en que se produjo la muerte de una persona, cuyo deceso habría sobrevenido por intoxicación debida a clorhidrato de cocaína y no por causas traumáticas, desde que la primera disposición citada, sólo establece un agravante de la pena prevista para el delito en los casos en que para facilitarlo o ejecutarlo se usaren estupefacientes y, por otra parte, la citada en segundo término, se limita a declarar de competencia de la Justicia Federal en todo el país, en los delitos previstos y penados por la referida ley.

Cám. 1ª Crim. de Catamarca, 7-6-91, S. J. LXI-172

Si bien corresponde admitir planteos de incompetencia respecto de causas terminadas, ese criterio no es aplicable cuando la competencia federal fue cuestionada por el juez provincial antes que el tribunal federal sobreseyera la causa.

C. S. J. N., 4-6-91, L. L. 1992-A-497

Es competente la justicia federal si los presuntos hechos delictivos denunciados, en atención a la forma en que se habrían cometido, los funcionarios que se encontrarían involucrados y el interés de la Nación en su esclarecimiento, justifican la intervención de ese fuero en el trámite de su investigación.

Fallos: 306:589

Es competente la justicia provincial, y no la federal, para investigar la conducta de un miembro de Gendarmería Nacional, quien hurtó —y posteriormente trató de cobrar— un sobre conteniendo un giro sobre Banco Nación destinado a un cabo de la misma organización de seguridad. Ello así, pues si el hecho no pone en peligro intereses federales ni incide en manera alguna en la prestación del servicio del establecimiento nacional, su mera consumación dentro de los límites de dicho establecimiento no basta para que el proceso se sustancie ante el fuero de excepción.

Fallos: 304:1264

La doctrina de la Corte en el sentido que requiere la necesaria acusación particular para que surta la competencia federal cuando los hechos de la causa pudieran constituir alguno de los delitos previstos en el artículo 48 de la ley 3975, resulta aplicable en la especie, no obstante su derogación por la ley 22.362, en virtud del artículo 2º del Código Penal.

Fallos: 305:302

No todo lo que sucede en el interior de establecimientos educacionales de la Nación en cuanto a posibles perpetraciones de delitos en materia propia de la competencia federal; así no están comprendidos, por ejemplo, hurtos o lesiones que no afecten intereses nacionales, por aplicación del artículo 4º de la ley 48, ya que la Nación no ejerce jurisdicción tan exclusiva y excluyente en lo relativo al funcionamiento de los establecimientos educacionales de su esfera que abarque cualquier hecho de cualquier naturaleza que pudiese cometerse en el interior de uno de los edificios correspondientes.

Cám. Crim. de Gualaguay, 10-12-90, J. E. R. 46-775

Corresponde excluir la competencia federal en aquellos delitos vinculados con la identificación de automotores cuando los ilícitos no poseen aptitud suficiente para producir un perjuicio al Registro Nacional de la Propiedad Automotor o una obstrucción a su normal funcionamiento.

Cám. Nac. Crim. y Corr., sala II, 9-4-91, L. L. 1992-A-500

Es competente la justicia federal y no la local, para entender en la falsificación de una constancia de solicitud de duplicado de un documento nacional de identidad, por tratarse de un instrumento extendido por organismo federal.

Fallos: 306:889

Toda vez que los hechos denunciados –secuestro de tres personas en el que participaron grupos de personas fuertemente armadas– no permiten descartar, *prima facie*, que puedan haber sido inspirados por el propósito de afectar la seguridad de la Nación, en momentos en que la pretensión de disputar al Estado el monopolio del uso de la fuerza constituyó una de las principales amenazas a ese bien jurídico, y que las constancias de la causa no autorizan por ahora a presumir que los referidos actos de violencia hubieran sido cometidos por personas de las fuerzas de seguridad o de las fuerzas armadas, cabe atribuir su conocimiento a la justicia federal.

Fallos: 304:1957

Los delitos de evasión y su eventual favorecimiento afectan el buen servicio de la administración de justicia nacional, cuando, como en la especie, el evadido se encontraba detenido por orden de un magistrado federal, por lo que corresponde a dicho fuero juzgar el hecho; no empece da tal solución el dictado en la causa por el juez local de un sobreseimiento parcial y definitivo, el que queda sin efecto, por cuanto la resolución sobre la competencia para juzgar el hecho es presupuesto por el dictado de la que recaiga sobre el fondo del pleito.

Fallos: 305:1502

Habida cuenta de la calidad de agente federal del subinspector de la Delegación de la Policía Federal de Jujuy y de la relación existente entre los hechos ilícitos investigados –abuso de arma y lesiones– y el ejercicio propio de sus funciones, resulta evidente que los delitos presuntamente cometidos son de aquellos que corrompen el buen servicio de los empleados de la Nación, en los términos del artículo 3º, inciso 3º de la ley 48, cuyo juzgamiento compete a la jurisdicción federal.

Fallos: 306:1681

No obsta la sola circunstancia de que un hecho se produzca dentro de los perímetros reservados exclusivamente al Estado nacional para reputarlo sujeto a competencia federal, ya que para que ello ocurra es preciso que se hayan afectado intereses federales o la prestación del servicio del establecimiento nacional.

Fallos: 310:1438

Si por las circunstancias que rodearon el hecho investigado, puede sospecharse que podría ser de los que afectan o corrompen el buen servicio de los empleados de la Nación en los términos del artículo 3º, inciso 3º, de la ley 48, corresponde que conozca en la causa por privación ilegal y tormentos del juez federal de primera instancia del lugar donde habrían tenido comienzo de ejecución los delitos.

Fallos: 310:2331

Es competente la justicia federal para conocer en la causa por el delito de usurpación de lotes pertenecientes al Estado Nacional, sin que las manifestaciones del denunciante, en el sentido de que los adquirió por prescripción adquisitiva, pueden ser tenidas en cuenta a los efectos de determinar la competencia, en la medida en que no existen constancias que acrediten tal circunstancia.

Fallos: 310:2275

En los supuestos en que la fecha del cheque resulta posdatada, debe resolverse que la acción del imputado no encuadra *prima facie* en el delito del artículo 172 del Código Penal sino en el artículo 302 de ese cuerpo de leyes y que, en consecuencia, no corresponde declarar competente al juez del lugar en que se había realizado la operación sino al magistrado con jurisdicción sobre el domicilio del banco girado.

C. S. J. N., 30-4-96

Cuando ha tramitado un juicio por hechos que han sido considerados independientes durante su secuela y de jurisdicción provincial, éste no puede pasar a conocimiento de la justicia federal para que ella, revisando la calificación legal que ha hecho en una sentencia que hace cosa juzgada, dicte una nueva.

Fallos: 311:47

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene establecido que es competente la justicia provincial en el delito de que se trata (art. 149 ter del Cód. Pen.), si el hecho tuvo motivación estrictamente particular y careció de entidad suficiente para afectar la seguridad del Estado nacional o alguna de sus instituciones.

C. F. A. de La Plata, sala II, 28-4-95

III. REGLAS DE CONEXIÓN

La prórroga de competencia por conexidad objetiva o subjetiva atiende a una razón práctica cual es la necesidad de hacer posible la acumulación de causas cuando su vinculación debe producir unificación procesal. Tiene en consideración, además, la reunión de todas las actuaciones en un mismo proceso y en un único debate, y en miras de favorecer la armónica aplicación de la ley evitando pronunciamientos contradictorios y una más adecuada y justa individualización de las penas que corresponda imponer.

C. N. C. P., sala I, 9-2-95

Existe conexidad objetiva cuando se atribuyen a varias personas varios delitos cometidos por ellas en el mismo tiempo, o en tiempo y lugares distintos, pero enlazados entre sí todos o unidos por el nexo de causa a efecto, o cuando las pruebas de uno de los delitos pueden tener valor para los demás.

C. N. C. P., sala III, 20-4-95

Las reglas de conexidad en materia penal sólo son aplicables a la distribución de competencia entre jueces nacionales, por cuanto la materia escapa a las regulaciones locales y no puede ser alterada por razones de mero orden y economía procesal que inspiran aquellas disposiciones rituales.

C. S. J. N., 7-3-95

La conexidad requiere que la competencia por materia sea la específica: no se acumula al conocimiento del fuero Penal Económico el allanamiento ilegal atribuido a funcionarios de la Policía Federal, razón por la cual corresponde declarar la nulidad y, en consecuencia, declara abstracto el recurso de apelación que originó la intervención de este Tribunal.

Cám. Nac. Crim. y Corr., sala I, 10-4-97

Las finalidades de la unificación de oficio para conocer y juzgar las causas sólo pueden lograrse durante la instrucción o el trámite del juicio hasta antes de fijada la audiencia para el debate, de conformidad con el criterio general de oportunidad de la promoción de las cuestiones de competencia fijado por el artículo 46 del Código Procesal Penal de la Nación. No empece a lo expuesto la disposición del artículo 43 del mismo Código, pues ella atiende a los casos en que, planteada la conexión de causas en la oportunidad debida, su acumulación produjese una demora en la tramitación de alguna de esas causas de modo incompatible con la garantía de la defensa en juicio que prevé el artículo 18 de la Constitución Nacional.

C. N. C. P., sala I, 19-5-94, Boletín de Jurisprudencia 1994, 2ª

Corresponde intervenir a la justicia federal en aquellas causas en las que se cuestiona la responsabilidad penal de los interventores federales, a raíz de actos cumplidos en el ejercicio o con motivo de sus funciones.

C. S. J. N., 7-3-95

IV. INHIBITORIA Y DECLINATORIA

Cuando un juez, para inhibirse del conocimiento de una causa en la cual ha dictado auto de procesamiento, alega como causal de excusación la violencia moral que le suscita la posibilidad de que el procesado dude de su imparcialidad, tal causal —admitida por la jurisprudencia— no puede fundarse en meros razonamientos subjetivos sino que debe basarse en motivos suficientemente graves como para justificar su apartamiento

en la causa. En efecto, no debe admitirse un simple estado de ánimo del juez sin fundamento en la realidad de las circunstancias del caso.

C. N. C. P., sala IV, 2-4-97, L. L. Supl. de Jurisprudencia Penal, 26-12-97

La causal de prejuzgamiento se configura cuando el juez formula, con anticipación al momento de la sentencia, una declaración en forma precisa y fundada sobre el mérito del proceso, o bien cuando sus expresiones permiten deducir su actuación futura por haber anticipado su criterio, de manera tal que las partes alcanzan el conocimiento de la solución que dará al litigio por vía que no es la prevista por la ley en garantía de los derechos comprometidos.

Fallos: 313:1277

Aun cuando la violencia moral no aparezca expresamente contemplada en las previsiones del artículo 55 del Código Procesal Penal, constituye una causal que debe ser tenida en cuenta por ser manifestación de un estado anímico que persigue por parte de quien la invoca la finalidad de asegurar una recta administración de justicia.

Cám. Nac. Crim. y Corr., sala IV, 12-3-97

La causal de amistad íntima invocada y que halla receptación legal en el artículo 55, inciso 11, de la ley adjetiva sólo comprende a los sujetos del proceso que taxativamente menciona el artículo 56 del mismo ordenamiento.

Cám. Nac. Crim. y Corr., sala VII, 20-10-94

Con los mismos efectos que el desistimiento del juez requirente de la inhibitoria, opera el consentimiento del magistrado requerido, haciendo desaparecer todo conflicto que pudiera ser sometido a la Corte.

Fallos: 308:1330

En nuestro sistema procesal la excusación incumbe al juez de oficio. Es él quien da las pautas de lo que prudencialmente estima como inhabilidad para entender en un caso concreto, quedando la cuestión librada a lo que dicte su propia conciencia.

C. N. C. P., sala III, 9-5-95

ÍNDICE SUMARIO

PRESENTACIÓN, por Jorge A. Clariá Olmedo	7
PALABRAS PREVIAS, por Jorge E. Vázquez Rossi	11

INTRODUCCIÓN

.....	15
-------	----

EL ORDEN JURÍDICO PENAL

1. Conceptos generales	17
------------------------------	----

I. CONSTITUCIÓN DEL ORDEN

2. Noción	18
3. Establecimiento	19
4. Garantía de la manutención	19

II. REALIZACIÓN DEL ORDEN

5. Necesidad	20
6. Contenido	21

A) *El poder de realización*

7. Contenido	22
8. Naturaleza	22

9. Teoría realista.....	23
10. El poder y la libertad individual	24

B) *Actividad realizadora*

11. Concepto	25
12. Naturaleza	26
13. Extensión	26
14. Realización de las condenas	27

C) *Garantía de realización*

15. Naturaleza	28
16. Previsiones de derecho positivo	28
17. Eficacia	29

PRIMERA PARTE

NOCIONES FUNDAMENTALES

.....	31
-------	----

CAPÍTULO I

EL DERECHO PROCESAL PENAL

18. Diversidad jurídica	33
-------------------------------	----

I. CONCEPTO Y NATURALEZA

19. Ubicación de la materia.....	34
20. Objeto de conocimiento	34
21. Método de estudio	35
22. Materialidad a utilizar	36
23. Contenido	36
24. Definición	37
25. Denominación.....	38
26. Carácter científico.....	39
27. Derecho público de realización.....	39
28. Accesoriedad y autonomía.....	40

II. EVOLUCIÓN EN LA DOCTRINA

29. Primeros vestigios	41
30. Derecho romano y germano	42
31. Los judicialistas y los prácticos	42
32. Procedimentalismo y cientificismo	43
33. La influencia española	44
34. Influencia francesa, italiana y alemana	45
35. El derecho argentino y latinoamericano	47

III. VINCULACIÓN CON OTRAS DISCIPLINAS

36. Generalidades	50
37. Vinculación de las ramas procesales	51
38. Límite a la tendencia unificadora	52
39. Derecho constitucional y administrativo	53
40. Derecho privado e internacional	53
41. Otras disciplinas	54

IV. FUENTES

42. Aplicación del concepto	55
43. Enumeración	56
44. Manifestaciones directas	57
45. Manifestaciones indirectas	58

V. BASES CONSTITUCIONALES

46. Nociones comunes	60
----------------------------	----

A) *El juicio previo*

47. Desarrollo de la fórmula	61
48. Reserva de la ley penal	61
49. Extensión e importancia de la fórmula	63
50. Constituciones provinciales	65
51. Formulación del estado de inocencia	67
52. Su fundamento y alcance	68

B) *El juez natural*

53. Extensión de la fórmula	69
54. Alcance de comisiones especiales	70

C) *Inviolabilidad de la defensa*

55. Formulación	70
56. Manifestaciones	71
57. Aseguramiento	72

D) *"Non bis in idem"*

58. Extensión de la fórmula	73
59. Identidad del hecho	74
60. Los agregados normativos	75

E) *Otras bases constitucionales*

61. Independencia del órgano jurisdiccional	75
62. El jurado popular	78
63. Garantías de la libertad individual	80
64. Límites al encarcelamiento	81
APÉNDICE DE LEGISLACIÓN	83
APÉNDICE DE JURISPRUDENCIA	85

CAPÍTULO II

LA NORMA PROCESAL PENAL

65. Concepto y alcance	95
------------------------------	----

I. NATURALEZA JURÍDICA

66. Distinciones	96
67. La norma realizadora	97
68. Significación	97
69. Eficacia de la norma realizadora sustancial	98
70. Actividad reglada por las normas procesales penales	99

II. APLICACIÓN

71. Delimitación del tema.....	100
--------------------------------	-----

A) *Eficacia espacial*

72. Distintos aspectos	100
------------------------------	-----

1º) *Aspecto externo*

73. Territorialidad.....	101
74. Extradición internacional	102

2º) *Aspecto interno*

75. Ley procesal penal de la Nación	103
76. Ley procesal penal de las provincias.....	104
77. Prioridad en delitos conexos	104
78. Unificación de penas.....	106
79. Extradición interprovincial.....	107

B) *Eficacia temporal*

80. Vigencia de la ley.....	107
81. Regla de irretroactividad.....	108
82. Excepciones a la regla	109

C) *Eficacia personal*

83. Extensión.....	110
84. Autoridades públicas	111
85. Representantes de soberanías extranjeras.....	112

III. INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN

86. Principios generales.....	113
87. Interpretación sistemática y exegética.....	113
88. Analogía y remisiones legales.....	114

IV. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

89. Los sistemas procesales	115
90. Sistemas en la Argentina.....	116

A) Antigüedad

91. Leyes primitivas	117
92. La <i>cognitio</i> y la <i>accusatio</i> en Roma	118
93. La cuna del sistema inquisitivo	119

B) Edades Media y Moderna

94. Auge del sistema inquisitivo	119
95. Expansión del derecho laico	120
96. Legislación española	121

C) La reforma en Europa continental

97. La Revolución Francesa	122
98. El sistema mixto	123
99. Los códigos de mayor influencia en nuestro derecho	124

V. LOS CÓDIGOS ARGENTINOS

A) Antecedentes

100. Tribunales de la Colonia	125
101. El procedimiento en la Colonia	126
102. Período preconstitucional	126
103. La organización nacional	127

B) Los códigos vigentes

104. Sistema del Código nacional	129
105. La orientación moderna	134
106. Los últimos códigos de juicio oral	135
107. Progreso del sistema escrito	137
108. Fuentes de la legislación moderna	139
109. La tendencia unificadora	139
APÉNDICE DE LEGISLACIÓN	145
APÉNDICE DE JURISPRUDENCIA	147

CAPÍTULO III

PODERES DE REALIZACIÓN PENAL

110. Concepto y extensión	151
111. Naturaleza	152
112. Poder y función penal	152
113. Manifestaciones lógicas	153
114. Origen	154
115. Imperatividad	154

I. LOS PODERES EN PARTICULAR

A) Potestad jurisdiccional en lo penal

116. Concepto	155
117. Extensión	156
118. Contenido	156

B) Poder de acción penal

119. Excitación de la jurisdicción	157
120. Carácter	159
121. Poder público sustancial	160
122. Autonomía	161
123. Teorías procesalistas	161
124. Postulación de la pretensión penal	162

C) Poder de excepción penal

125. Significación	163
126. Naturaleza y contenido	164
127. Intervención y audiencia	165
128. Complemento de estas manifestaciones	165
129. Prueba y discusión	166
130. Otras manifestaciones formales	167

II. PODERES FRENTE A LA CUESTIÓN CIVIL

131. Planteamiento general	167
132. Naturaleza de la cuestión civil	168

133. Proyección realizadora	169
134. Suspensión del pronunciamiento civil	169
135. Prejudicialidad penal.....	170
136. Unificación de sede.....	170
137. La norma del Código Penal.....	171
138. Poderes civiles de realización.....	172

III. IMPEDIMENTOS AL EJERCICIO DE LOS PODERES

139. Principios comunes.....	173
------------------------------	-----

A) Ejercicio de la acción por el ofendido

140. Casos que comprende.....	174
141. Limitaciones	174
142. Impedimentos secundarios.....	175

B) La instancia privada

143. Casos y modos.....	176
144. Extensión del impedimento	177
145. Naturaleza y alcance	177
146. Efecto extensivo	178
147. Eficacia temporal de las normas respectivas	179

C) Cuestiones prejudiciales

148. Naturaleza y efectos.....	180
149. Funcionamiento.....	181
150. Normas procesales.....	182
151. Prejudicialidad penal.....	182

D) Privilegios constitucionales

152. Antejudio	183
153. La legislación procesal.....	183
154. Miembros del Poder Legislativo	184
155. Autoridades de los otros poderes	185

E) Causas extintivas

156. Enumeración	186
157. Oportunidad	186
158. Efectos	187
APÉNDICE DE LEGISLACIÓN	189
APÉNDICE DE JURISPRUDENCIA	193

CAPÍTULO IV

EL PROCESO PENAL

159. Noción estructural	209
160. Denominación y vínculos	210

I. NATURALEZA Y CARACTERES

161. Concepto e indispensabilidad	212
162. La relación jurídico-procesal	213
163. Trasplante al proceso penal	214
164. Trascendencia y crítica	215
165. La situación jurídico-procesal	215
166. Trascendencia y crítica	216
167. Otras teorías	216
168. Apreciación general de las teorías	217
169. Realidad integral del proceso penal	218

II. CONTENIDO, OBJETO Y FINES

170. Las categorías procesales penales	219
171. Elementos	220
172. Objeto procesal penal	220
173. Clasificación del objeto	221
174. Fines del proceso penal	222
175. Extensión y caracteres del objeto	222
176. Conexión de causas	223
177. Efectos de la conexión	224
178. Prueba de la verdad	225
179. Procedimiento probatorio	226

180. Libertad de la prueba	226
181. Procedimiento de ejecución, cautelar e impugnativo.....	229

III. PRINCIPIOS QUE LO GOBIERNAN

182. Fuente y extensión.....	230
183. Derivaciones concretas	231
184. Distribución general	232

A) Principio de oficialidad

185. Planteamiento general.....	233
186. Oficiosidad y legalidad	234
187. Otras derivaciones de la obligatoriedad.....	234
188. Indisponibilidad.....	235

B) Principio de investigación integral

189. Alcance del principio	236
190. Investigación autónoma	237
191. Exclusión de la carga probatoria.....	237
192. Introducción y valoración de la prueba.....	238
193. Reglas de garantía	239

C) Principio de personalidad del imputado

194. Extensión	240
195. Incoercibilidad del imputado.....	240
196. <i>Ne procedat iudex ex officio</i>	241
197. Limitaciones fácticas del fallo	242
198. Correlación entre acusación y sentencia	243
199. Conclusiones.....	244

IV. PRESUPUESTOS PROCESALES

200. Alcance y límite	244
201. Criterios	245
202. Enumeración	246
APÉNDICE DE JURISPRUDENCIA.....	247

SEGUNDA PARTE

ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL

203. Contenido y tarea	257
------------------------------	-----

TÍTULO I

LAS PERSONAS DEL PROCESO

204. Extensión	259
205. Intervención	259
206. Fuente legal.	260
207. Sujeto procesal	261
208. Sujeto procesal penal.	262
209. Sujetos esenciales	262
210. Sujetos eventuales	263
211. Enumeración	264
212. Concepto de parte	265
213. Aplicación al proceso penal	266
214. Concepto formal de parte	266

CAPÍTULO I

EL TRIBUNAL

215. Juez o tribunal	269
216. Caracteres de la función	270
217. Tribunales no jurisdiccionales	271

I. NATURALEZA Y COMPOSICIÓN

218. Cuestiones a resolver	272
----------------------------------	-----

A) Especialidad en lo penal

219. Criterios y soluciones	272
-----------------------------------	-----

B) Personificación popular o técnica

220. Antecedentes y bases	273
---------------------------------	-----

221. Criterios para una conclusión	274
222. Puntos a considerar.....	275
223. Normas moderadoras	277

C) *Unipersonalidad o colegio de juzgadores*

224. Planteamiento y aplicación	277
225. Los distintos momentos del proceso	278
226. Criterios y soluciones	279
227. Ventajas e inconvenientes.....	280

D) *Unidad o diversificación del tribunal*

228. Planteamiento y aplicación	281
229. Fundamento y garantía.....	282

E) *Instancia única o doble*

230. Planteamiento y criterios	283
231. La cuestión ante el juicio oral	284
232. Amplitud y límites.....	285

II. LA ORGANIZACIÓN EN LA ARGENTINA

233. Fuente constitucional	288
----------------------------------	-----

A) *Justicia penal de la Nación*

234. Fuero de la Capital Federal	289
235. Corte Suprema de Justicia	290
236. Los demás tribunales inferiores.....	290

B) *Justicia penal provincial*

237. Procedimiento escrito	291
238. Procedimiento oral	292

III. INTERVENCIÓN DEL JUEZ PENAL

239. Principios comunes.....	292
------------------------------	-----

A) *Capacidad genérica*

240. Condiciones generales.....	293
241. Aspectos en particular.....	294

B) *Capacidad específica*

242. Alcance y causales	296
243. Vinculación del juez con el proceso.....	297
244. Vinculación del juez con los interesados.....	297
245. Inhibición de oficio.....	298
246. Recusación	299
247. Instancia del recusante	300
248. Trámite del incidente	300

IV. AUXILIARES DEL TRIBUNAL

249. Concepto y extensión	301
---------------------------------	-----

A) *La Policía Judicial*

250. Concepto y alcance	302
251. Situación institucional.....	303
252. La legislación argentina.....	304
253. Atribuciones y sujeciones.....	304

B) *Personal de los oficios jurisdiccionales*

254. Concepto y extensión	305
255. El secretario penal.....	306
256. Funciones subordinadas del secretario.....	307
257. Funciones autónomas del secretario.....	308
258. Personal inferior	309
APÉNDICE LEGISLATIVO	311
APÉNDICE DE JURISPRUDENCIA.....	315

CAPÍTULO II

COMPETENCIA PENAL

259. Noción.....	325
260. Importancia	326
261. Carácter e identificación.....	327

I. COMPETENCIA FEDERAL O NACIONAL

262. Fundamento	328
263. Caracteres	329
264. Determinación	329

A) Determinación por la materia

265. Norma violada	330
266. Puntos regidos por la Constitución	331
267. Leyes de la Nación.....	332
268. Identificación de estas leyes	333
269. Ofensas a la Nación.....	334
270. Afectación de las rentas nacionales.....	335
271. Tráfico internacional e interprovincial.....	336
272. Servicios de correos.....	336

B) Determinación por la investidura del sujeto

273. La investidura nacional.....	337
274. Autoridades y funcionarios de la Nación.....	337
275. Representantes de soberanías extranjeras.....	338

C) Determinación por el lugar

276. Fuente legal.....	339
277. Capital Federal y territorios nacionales	340
278. Lugares en territorio provincial.....	340

II. COMPETENCIA ENTRE ÓRGANOS JURISDICCIONALES

279. El principio constitucional.....	342
280. Carácter de la competencia ordinaria.....	342

281. Prioridad en el juzgamiento.....	343
282. Criterios para la prioridad.....	344
283. Conflictos externos de competencia.....	344

III. LA COMPETENCIA EN SU DISTRIBUCIÓN ORDINARIA

284. Concepto y determinación.....	345
------------------------------------	-----

A) Competencia territorial

285. Regla fundamental.....	346
286. Reglas subsidiarias.....	347
287. Momento de la comisión del hecho.....	347
288. Figuras punibles carentes de un elemento de la acción.....	348
289. Efectos proyectables en el espacio.....	349
290. Comisión en distintas circunscripciones.....	350

B) Competencia material

291. Alcance y finalidad.....	351
292. Determinaciones legales.....	352
293. La entidad del delito en los Códigos modernos.....	352
294. Determinación concreta.....	352
295. Competencia por minoridad.....	353

C) Competencia funcional

296. Determinación.....	353
297. Instrucción y alzada.....	354

D) Distribución interna de las causas penales

298. Turno de los jueces penales.....	354
299. Criterios para el reparto.....	355

E) Efectos de la conexión de causas

300. Concepto y aplicación.....	356
301. Alcance y consecuencias.....	357

302. Principios que la rigen	358
303. Reglas subsidiarias	358

IV. FALTA DE COMPETENCIA

304. Declaración y efectos	359
305. Inhibitoria y declinatoria	360
306. Cuestiones de competencia	361
307. Trámite de los incidentes	361
308. Trámite del requerimiento de inhibitoria	362
309. Planeamiento y solución del conflicto	363
APÉNDICE DE LEGISLACIÓN	365
APÉNDICE DE JURISPRUDENCIA	371

LA COMPOSICIÓN Y DIAGRAMACIÓN SE REALIZÓ EN
RUBINZAL - CULZONI EDITORES Y SE TERMINÓ DE IMPRIMIR
EL 22 DE MAYO DE 1998 EN LOS TALLERES GRÁFICOS
DE IMPRENTA LUX S.R.L., H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE