

BASES PARA UNA REFORMA PROCESAL. EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES VIGENTE EN LA CAPITAL FEDERAL Y PARA LA JUSTICIA FEDERAL

Ricardo LEVENE (h) *

SUMARIO

I. Defectos del Código. Necesidad de su reforma. II. Proyectos de reforma. III. Principios que debe sustentar un proyecto de nuevo Código. 1. Oralidad. 2. Inmediación. 3. Concentración o continuidad. 4. Sana Crítica. 5. Publicidad. IV. El proyecto. 1. Disposiciones generales. 2. Acciones que nacen del delito. A) Acción penal. B) Acción Civil. 3. Competencia. 4. Las partes y defensores. A) El ministerio Fiscal. B) El imputado. C) Actor civil y civilmente demandado. D) Defensores y mandatarios. 5. Actos procesales. 6. Términos. 7. Nulidades. 8. Denuncia. 9. Actos de la policía. 10. Actos del Ministerio Fiscal. 11. Obstáculos fundados en privilegio constitucional. 12. Instrucción. V. Medios de prueba. VI. Situación del imputado. 1. Auto de procesamiento. 2. Prisión preventiva. 3. Excarcelación. 4. Sobreseimiento. 5. Excepciones. 6. Clausura de la instrucción y elevación a juicio. VII. Juicios. 1. Juicio Común. 2. Debate. 3. Sentencia. 4. Juicio Correccional. 5. Juicio de menores. 6. Juicio por delitos de acción privada. 7. Juicio de faltas. VIII. Recursos. 1. Reposición. 2. Apelación. 3. Casación. 4. Inconstitucionalidad. 5. Queja. 6. Revisión. IX. Ejecución. 1. Ejecución penal. 2. Libertad Condicional. 3. Medidas de seguridad.

El Poder Ejecutivo de la nación encomendó, por decreto de marzo 6 de 1882, a Manuel Obarrio y Emilio R. Coni, la redacción de un proyecto de código de procedimientos en esa materia. El segundo renunció y el doctor Obarrio presentó su trabajo el 30 de junio de ese año, explicando las bases del mismo en nota fechada el 15 de julio. En 1883, el Poder Ejecutivo hace estudiar el proyecto por una comisión compuesta por Onésimo Leguizamón, Filemón Posse y Juan E. Barra (decreto del 10 de abril), expidiéndose la misma el 23 de julio de 1884. El 20 de agosto siguiente es elevado al Congreso el proyecto, y la Comisión de Código de la Cámara de Diputados lo estudió teniendo en cuenta el presentado a la provincia de Buenos Aires en 1885 por Manuel Obarrio, Antonio Malaver y Juan J. Montes de Oca. Finalmente, se convirtió en la ley número 2372 (17 de octubre de 1888), entrando a regir el 1º de enero de 1889 en la Capital Federal, territorios nacionales y también para la justicia federal de toda la nación.

* Profesor de la Universidad de Buenos Aires.

En los años que han transcurrido desde entonces, han sido sancionadas algunas leyes que amplían o modifican el Código entre las que destacamos la número 3365, referente al nombramiento de médicos o químicos por los magistrados; la número 3508, de excarcelación; la número 12.210, que reglamenta las funciones de los médicos en los tribunales; la número 12.583, también de excarcelación; la 12.630, que modifica los artículos 1 y 5 de la ley 12.210; el decreto ley número 13.911/62 que modifica los artículos números 125, 128, 129, 132, 133, 189, 236, 389, 457 y 477; el número 2021/63, que efectuó varias reformas, etcétera.

I. Defectos del Código. Necesidad de su reforma

Constituye una necesidad ineludible la reforma del Código de Procedimientos en lo Criminal, vigente desde el 1º de enero de 1889. Varios son los defectos que se le han señalado desde la cátedra, y los que se han puesto de manifiesto en obras especializadas y en las memorias de los tribunales encargados de aplicarlo. Recordemos, entre ellos, la enorme amplitud de la prevención policial, cuya actividad predomina sobre la judicial, pues el juez puede omitir la ratificación de las diligencias efectuadas por la policía, lo que a su vez hace prevalecer el sumario sobre el plenario; el sistema de pruebas legales, con algunas pocas excepciones en favor del de sana crítica, como son los artículos 305 para la prueba de testigos, 346 para la de peritos, y 489 para la de tachas; la escritura casi total, pues sólo se admite un informe *in voce* en primera instancia para alegar sobre la prueba (artículo 492) y en segunda instancia (artículo 535 y 538), informe *in voce* que en la práctica ha sido desalojado por el escrito; la falta de un auto de procesamiento, que convierta al imputado, de simple objeto, en sujeto procesal; la deficiente regulación del recurso de nulidad, de las facultades de la defensa y de los actos procesales; la innecesaria inclusión de preceptos administrativos sobre visitas de presos y cárceles (artículos 677 y siguientes); la indagatoria, que se considera medio de prueba y no de defensa; la falta de publicidad y de contradicción durante el sumario; la inexistencia de disposiciones sobre menores y recursos de revisión, casación e inconstitucionalidad; la incorporación de disposiciones referentes al cotejo de documentos que se suponen falsos (artículos 579 y siguientes), que fue tomada del Código francés de 1808; la admisión del querellante en los delitos de acción pública; la prisión preventiva, que se aplica aún en procesos por delitos que tienen pena de multa; etcétera. A ellos se agrega que su autor, el doctor Obarrio, tomó como modelo para su trabajo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1872, que fue substituida con la ley de 1882, con procedimiento oral, poco después que aquel entregara su proyecto, no obstante lo cual, ni la Comisión Revisora, ni la Comisión de Códigos de Diputados, tuvieron en cuenta la segunda de dichas leyes, para lo cual no faltó tiempo, pues la sanción tardó seis años más en producirse.

Además, habiéndose sancionado el Código Penal, actualmente en vigor en 1922, conteniendo por primera vez en nuestro país varias instituciones (como por ejemplo, la condena condicional, la libertad condicional, las medidas de seguridad, etcétera), como es natural, las mismas no se encuentran reglamentadas en el Código de Procedimientos, que en cambio contiene referencia a las penas de muerte (artículos 559, 560 y 690), destierro (artículo 562), y sujeción a la vigilancia de la autoridad (artículo 566), derogadas por la ley de fondo citada.

II. *Proyectos de reforma*

Por las razones antes expuestas, a los pocos años de su sanción, surgió la necesidad de reformar el Código. Así, el Poder Ejecutivo designó en 1913 a los doctores Ramón Mendez, Manuel Montes de Oca y Pedro F. Agote, cuyo proyecto establecía un procedimiento sumario, escrito y secreto por un plazo limitado, y un plenario oral y público, y suprimía al querellante en los delitos de acción pública. La Conferencia Nacional de Abogados de 1924, y la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de 1925, propone nuevas reformas. Las bases de la segunda sustentan la instancia única, el juicio público y oral, la prisión preventiva, limitada a determinados casos, la intervención del querellante sólo en los supuestos del artículo 73 del Código Penal, la estabilidad e independencia del Ministerio Público, etcétera. Por su parte, la Conferencia Nacional de Abogados, de 1933, proyectó un tribunal colegiado de jueces letrados, con única instancia para cuestiones de hecho, libres convicciones en materia de prueba y procedimiento oral.

Estos puntos de vista fueron sostenidos en 1933 por el entonces diputado doctor Mario Antelo, en un proyecto de ley en el que además suprimía al querellante en los delitos de acción pública y organizaba un juicio contradictorio, oral y público. En 1938, el Poder Ejecutivo designó una comisión al efecto, en remplazo de otra nombrada en 1934, que no pudo terminar su cometido, y aquella, después de sufrir varios cambios en su composición, redactó en 1943 un proyecto de 542 artículos, bajo las siguientes bases: el proceso penal se dividía en instrucción, juicio y ejecución de sentencia; la instrucción formal, escrita, estaba a cargo del juez de instrucción y el secreto de la misma duraba diez días, pudiendo ser prolongado por auto fundado; el juicio sería oral y público, ante tribunal letrado y colegiado que decidía en única instancia las cuestiones de hecho, conforme al sistema de libres convicciones; se establecía un recurso de casación para los casos de inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, o por violación de las reformas procesales prescritas bajo pena de nulidad; la acción penal debía ser ejercitada exclusivamente por el Ministerio Público, salvo en los casos de acción privada, y se reglamentaba la intervención de la parte civil del responsable civil.

El Primer Congreso Nacional de Ciencias Procesales, efectuado en Córdoba en 1939, propuso el juicio oral, contradictorio y público a cargo de

tribunales colegiados y letrados, que deciden conforme a la libre convicción en única instancia; la acción penal debe quedar a cargo del Ministerio Público exclusivamente en los delitos de acción pública; la instrucción debe ser judicial en los delitos graves y fiscal en los leves; el Ministerio Público debe organizarse bajo la inmovilidad, jerarquía, unidad, responsabilidad e independencia. Parecidos principios sostuvo el Primer Congreso Argentino para la Oralidad de los Juicios, celebrado en Buenos Aires en 1942, y el Segundo y el Tercer Congreso Nacional de Ciencias Procesales (Salta, 1948, y Corrientes, 1962, respectivamente).

En 1942, los diputados nacionales José Peco y Carlos Pizarro Crespo, propusieron a la Cámara respectiva un proyecto de ley, en virtud del cual se sancionaba como Código de Procedimientos para la Capital Federal, el vigente en la provincia de Córdoba, con las modificaciones introducidas por sus autores, los doctores Alfredo Velez Mariconde y Sebastián Soler, quienes al año siguiente dieron a conocer una adaptación del mismo para la Capital Federal.

El Código cordobés, sin duda alguna el más adelantado de todos los vigentes en el país, en esa época, data de 1939, y fue tomado como modelo para el de la provincia de Santiago del Estero en 1941, coincidiendo sus bases con las de los proyectos que acabamos de mencionar. Antecedentes del mismo son los proyectos de Enrique Martínez Paz (1918), Julio Rodríguez de la Torre (1922), Guillermo Rothe (1924) y Mario Antelo (1933). Más remotos, pero fundamentales, son los Códigos Procesales Penales de Italia de 1913 y 1930.

En 1948 el Poder Ejecutivo de la nación elevó al Congreso un Proyecto de Código de Procedimientos en lo Criminal. Evidentemente, el mismo tomó como modelo al Código vigente en Córdoba, de que se separa en contados aspectos, como ser cuando mantiene el sobreesimiento provisional, organiza un juicio correccional distinto, establece la instrucción judicial en todos los casos y la unidad del veredicto y de la sentencia, y admite sólo la caución juratoria para la libertad provisional. En casi todo lo demás se aprovechan las instituciones de la obra de Velez Mariconde y Soler, que cuenta ahora con una valiosa experiencia y una interpretación judicial de más de 20 años.

Este proyecto sustenta los principios fundamentales que hemos venido postulando en trabajos anteriores, es decir, la oralidad, la publicidad, el tribunal colegiado, la instancia única para cuestiones de hecho, la sana crítica como sistema para apreciar las pruebas, la intermediación, etcétera.

La presentación del mismo coincidió con la realización del Segundo Congreso Nacional de Ciencias Procesales, que se efectuó ese año en Salta. Los que integramos la Subcomisión Especial de Derecho Procesal Penal, presentamos las bases para la reforma del Código respectivo, correspondientes al tema tercero (b), del Congreso. Con gran satisfacción vimos que dichas bases, ya casi indiscutibles en el campo procesal, fueron prác-

ticamente en su totalidad aprobadas por ese Congreso y se hallan en su mayoría contempladas por el mencionado proyecto.

Si a lo expuesto se agregan los Códigos de Jofré, para las Provincias de San Luis y Buenos Aires; el Proyecto de Eusebio Gómez y Rodolfo Moreno, para Buenos Aires, de 1935; el de Eduardo Augusto García para Mendoza, de 1939, así como el Código de Santiago del Estero (1941), que redactaron los doctores Arnedo, Herrera y Christensen, tomando como modelo el de Córdoba; la ley número 1940, sancionada en 1947 en la provincia de San Luis, que establece el juicio oral, público y contradictorio, ante un tribunal colegiado, que actúa en última instancia en cuestiones de hecho —aunque la oralidad es optativa para el procesado, como en Buenos Aires, si la pena es de 4 a 6 años, y tan sólo obligatoria si excede de 6 años (artículos 20 y 21)— y los nuevos Códigos de La Rioja, Mendoza y Jujuy, los tres de 1950, redactados, el primero, por los doctores Fernández Valdés y De Glinies, y los dos últimos, por Alfredo Mariconde y Pedro Benitez, respectivamente, forzoso será convenir que el vigente en la Capital Federal y algunos exterritorios, resulta hoy día más que por antigüedad, por los defectos puntualizados, uno de los más atrasados de todos los que rigen en el país, no obstante corresponder a un medio jurídico en el que, precisamente, el derecho procesal ha cobrado gran importancia y desarrollo.

III. Principios que debe sustentar un proyecto de nuevo código

Siendo pues necesario esbozar los principios que se deben sustentar, el proyecto debe, a nuestro entender, enrolarse decididamente en las filas de quienes sustentan las ventajas del proceso acusatorio, por sobre el otro sistema, el inquisitivo. Este se caracteriza porque las tres funciones, de acusar, de defender y de juzgar, se concentran en manos de una sola persona; aquél, porque ellas se encomiendan a tres órganos distintos e independientes.

Pero, sobre todo, es importante recordar que mientras el sistema inquisitivo implica el secreto del sumario, la escritura, la delegación de funciones y la confesión como pieza fundamental del proceso, por lo que deberá obtenerse en cualquier forma, aun mediante la tortura, etcétera, el sistema acusatorio significa oralidad, publicidad, intermediación, continuidad, sana crítica en la valoración de las pruebas, tribunal colegiado con instancia única para las cuestiones de hecho y recurso para las de derecho, etcétera.

El primer sistema, cuya denominación proviene de los *quaesitores*, ciudadanos encargados por el Senado romano de investigar ciertos delitos, predominó en el derecho eclesiástico de la Edad Media, en tiempo de Inocencio III y, especialmente, de Bonifacio VIII, y en el derecho francés, alcanzándose a codificar en la célebre Ordenanza Criminal de Luis XIV de 1670.

La forma acusatoria se encuentra en el Código de Manú, en la legislación mosaica de los hebreos, en Grecia y Roma, en el derecho germánico, fueros municipales españoles y ciudades italianas del medievo, y actualmente en Inglaterra y Estados Unidos.

En Francia, con la Revolución, fue apareciendo una forma mixta, resultado de la combinación de las otras dos, con una instrucción en la que predomina la forma inquisitiva, con secreto y escritura, y con un juicio plenario en el que prevalece la forma acusatoria, con oralidad, publicidad, libre apreciación de la prueba, concentración y contradicción. Esta forma mixta tuvo cabida en el Código de Instrucción Criminal francés de 1808, e inspiró el Reglamento Procesal Penal austríaco de 1873 y la ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882, siendo la más aceptada por las legislaciones en la actualidad. Se afirma que el Código de la Capital Federal pertenece también a la forma mixta, pero lo cierto es que en él predomina el sistema inquisitivo, especialmente el sumario, la escritura y las pruebas legales, sobre los principios contrarios, es decir, juicio, oralidad y sana crítica.

Efectuaremos a continuación, un breve análisis de las formas que postulamos, que según creemos, son las que mejor logran la eficacia, celeridad, economía y obtención de la verdad real, que son los objetivos de un proceso moderno.

1. *Oralidad*

Por tradición del derecho romano y del castellano, tan formalistas, nuestro procedimiento ha sido generalmente escrito. Por excepción vemos en el derecho indiano una referencia a la oralidad: "Que las audiencias no revoquen las sentencias que de palabra dieron los Alcaldes", dispone la ley cv, título xv libro II de la Recopilación de Indias (Felipe III, 21 de noviembre de 1960).

Ya habían propugnado la modificación de este sistema, Manuel Antonio de Castro en el proyecto que elevó a Rivadavia en 1821, para los juicios correccionales; Valentín Alsina en una serie de artículos publicados en "El Nacional", en 1825; Rodolfo Rivarola, en 1889, con su libro "La Justicia en lo Criminal"; Tomás Jofré y Enrique Martínez de Paz con sus Proyectos de Códigos de Procedimientos Criminales para las provincias de Buenos Aires (1914), y Córdoba (1918), respectivamente; Ismael Casaux Alsina, Juan Silva Riestra, Eduardo C. Ríos y Francisco Orione, con su Proyecto de Reformas al Código de Procedimientos Penales de la provincia de Buenos Aires (1913); Mario Antelo, con el que propuso a la Cámara de Diputados por la Capital Federal (1933); Eusebio Gómez y Rodolfo Moreno con el Proyecto de Código para la provincia de Buenos Aires (1935); el de Eduardo Augusto García, para la de Mendoza (1939); el de la Comisión designada por el Poder Ejecutivo de la nación para reformar el Código de la Capital, Territorios Nacionales y Justicia Federal (1943), y el del Poder Ejecutivo de la nación, de 1948.

La oralidad fue también auspiciada por las conferencias y congresos que hemos mencionado anteriormente, y ha obtenido ya sanción legislativa, aunque limitada, en los Códigos de San Luis —ley número 692 de 1935, optativa para el procesado en delitos que merezcan más de tres años de prisión, antes de su reforma— y Buenos Aires, y últimamente, en forma mucho más amplia, en los de Córdoba, Santiago del Estero, La Rioja, Mendoza, Jujuy, Catamarca y Salta, y en la ley número 1940 de 1947, que modifica el Código de Procedimientos puntano.

El principio *quod non est in actis, non est in mundo*, que por sí solo definía la importancia de la escritura en el procedimiento judicial, ha ido perdiendo día a día importancia, aunque no se haya llegado a una oralidad absoluta, pues siempre será necesario dejar alguna constancia por escrito de los debates. Sin olvidar las ventajas que aquel sistema ofrece por su fijeza, y porque permite descartar los efectismos a que se expone el juicio oral, recordemos que a este último argumento respondía Angel Osorio y Gallardo, en un artículo titulado “El juicio oral (páginas postumas)” —publicado en la *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, tomo XLIV, número 7, julio de 1946, página 193—, que no siempre gana los pleitos el que habla bien, ni los pierde el que habla mal, debiendo hacerse justicia al buen criterio de los magistrados, ya que con el mismo criterio podría argumentarse, en contra del procedimiento escrito, que gana las causas el buen escritor y la pierde el malo.

Por eso, como es natural, lo oralidad requiere imprescindiblemente un estado de confianza en la justicia. Pienso como Couture (Eduardo Couture, *Trayectoria y destino del derecho procesal hispano americano*, Montevideo, 1942, página 28), que se apoya en “un principio de fe; y la fe en el derecho no es una cosa que viene de arriba hacia abajo, sino que nace de abajo hacia arriba; que no se impone por acto de autoridad del Estado mediante un código de tal o cual estructura, sino que nace de la conciencia misma del pueblo hecha de seguridad en el honor de la rectitud de sus magistrados”.

Siendo uno de los fines del proceso la investigación real o material de la verdad, la misma se consigue mucho mejor con un debate público oral, superior desde todo punto de vista al escrito, secreto, y con pruebas legales. La oralidad se adapta mejor al régimen republicano de gobierno y permite obtener economía, rapidez y publicidad, aunque requiera al mismo tiempo gran capacidad de los magistrados.

He presenciado numerosos juicios orales en Italia, Inglaterra, Suiza, Estados Unidos y Francia y, a mi entender, saco en conclusión, además de la bondad del sistema, que la llave del mismo, mucho más necesaria y efectiva que en el procedimiento escrito, es el juez, es decir el tribunal, y especialmente su presidente. De él depende la marcha del debate, la utilidad y la conducción de los interrogatorios al fin perseguidos —que como ya hemos dicho, es la averiguación de la verdad—, mediante la discriminación entre pruebas útiles e inútiles, impidiendo el verbalismo exagerado

y declamatorio, que es uno de los males que se achacan a este sistema y, sobre todo, no dejarse impresionar por efectismos. En tal sentido debe establecerse una norma, según la cual el presidente debe dirigir el debate, ordenar las lecturas necesarias, hacer las advertencias legales y recibir los juramentos, moderando la discusión e impidiendo derivaciones impertinentes, todo ello sin coartar el ejercicio de la acusación y la libertad de defensa.

Es indiscutible que con la oralidad, los hechos fuerzan más la atención del juez, pues la discusión es viva y directa y permite aclarar los puntos oscuros, mientras que las actas, y especialmente las declaraciones testimoniales escritas, tan sólo pueden darle una idea pálida, limitada y expuesta a errores de la realidad.

Sobre todo, una de las ventajas mayores del principio que venimos sosteniendo, consiste en que comúnmente, el mismo va unido a otros que son también esenciales, como son la publicidad, la inmediatez, la concentración y continuidad, y las libres convicciones o la sana crítica en la apreciación de la prueba. Todo ello redundará en una mayor celeridad y economía del proceso.

Pero no obstante ser preferible la oralidad, debe reconocerse que ésta no puede ser siempre absoluta y que a veces la escritura es necesaria, especialmente cuando es preciso efectuar investigaciones técnicas, prolijas y meditadas.

Suelen sintetizarse las ventajas del juicio oral en la mayor rapidez; en el menor número de errores con respecto al juicio escrito; en la mayor economía; en que contribuye a la mayor cultura forense; en que en él es menos posible y frecuente el falso testimonio, y el que familiariza más al pueblo con la justicia.

La oralidad permite la vinculación directa entre el juez y las partes y que la actividad procesal se concentre en una o en muy pocas audiencias, tomándose varias declaraciones o efectuándose pericias en un mismo acto, sin necesidad de detallar las mismas, ya que de inmediato se efectúa el pronunciamiento judicial. El juez recibe una impresión viva y directa de la prueba y debe presidir la audiencia, sin poder delegar sus funciones, bajo pena de nulidad de la misma. Es cierto que esa forma de llegar a la sentencia no tiene quizás ciertas ventajas del procedimiento escrito, donde el juez actúa serenamente y con tiempo puede buscar la información que necesita, pero este problema puede resolverse concediendo en el sistema oral un plazo al magistrado para que dicte su sentencia, es decir, pasando el tribunal a un cuarto intermedio a tal efecto.

La verdad es que en el procedimiento escrito el juez sólo excepcionalmente tiene contacto con las partes; de los pedidos y elementos de juicio que se incorporan al proceso debe darse continuamente traslado a la otra parte, con la consiguiente pérdida de tiempo; el magistrado delega funciones, a veces con autorización legal, como ocurre con la prueba testimonial, que en el fuero civil puede tomar el secretario según el artículo

121 del Código de Procedimientos Civiles, y dicta sentencia con la sola ayuda de unos fríos y descoloridos papeles, sin haber siquiera presenciado ni controlado la prueba, producida a veces años atrás, y sin conocer siquiera en muchas oportunidades a quién absuelve o condena. Es decir, no hay con ella intermediación y, por lo tanto, es difícil individualizar así la pena a imponerse.

Es cierto que tanto la oralidad como la escritura tienen mayores ventajas e inconvenientes, según que el proceso sea penal o civil, y según lo que se debate en el mismo y la naturaleza de los actos procesales, pero en general es superior la primera, pues permite una justicia rápida y económica y asegura la pronta recuperación de la tranquilidad social, si bien suele encontrar mayores resistencias entre los magistrados y los profesionales por razones de comodidad.

Evidentemente siempre hay oralidad en el proceso, aun cuando después la palabra se conserve por medio de la escritura, si bien ésta no siempre la representa con exactitud, pues la suele alterar o modificar. Además la escritura no permite captar en las declaraciones las actitudes personales de los que deponen o dictaminan, la turbación, desenvoltura, afectación, serenidad, animosidad, etcétera, del imputado o del testigo, y sus defectos físicos (ceguera, sordera), y por eso, lo escrito, al decir de Manzini, es cosa muerta, descolorida, mientras que lo oral es cosa viva, sentida.

El Código de la Capital Federal sólo admite la oralidad en la denuncia, pero debe ser de inmediato consignada por escrito (artículo 159); en la audiencia para alegar la prueba en las excepciones, debiéndose dejar constancia en el acta de lo expuesto (artículos 451-452); en el alegato sobre el mérito de la prueba producida en el plenario, que puede substituirse por un memorial (artículo 492), y en el informe *in voce* en los recursos en relación (artículo 538).

2. Intermediación

La intermediación, estrechamente unida a la oralidad, permite al magistrado ponerse en contacto directo con las pruebas y las partes y captar aspectos y declaraciones imposibles de conseguir de otra manera, obteniendo así las pruebas de las fuentes originales, como dice Niccolini. Se facilita de ese modo el mutuo control entre el juez y las partes, y se asegura la comprensión, evitándose que se altere o deforme la oralidad, lo que ocurre cuando la misma llega a conocimiento del tribunal en forma mediata o indirecta por el procedimiento escrito, que de por sí incita a la delegación de funciones. Esas ventajas se ponen aún más de manifiesto en las declaraciones indagatorias y testimoniales, en los careos y en las explicaciones verbales de los peritos, que tan sólo el juez, y nadie mejor que él, debe recibir, apreciando las condiciones físicas y morales de los declarantes, y sus reacciones, motivadas por la culpabilidad, el arrepentimiento, la indignación, o que denotan su peligrosidad o indiferencia.

Como es natural, la inmediación se facilita cuando el mismo magistrado tiene a su cargo la instrucción y el juicio, pero si ocurre lo contrario, como pasa con la justicia de la Capital Federal, donde no hay identidad física del juez de instrucción y el de sentencia, el sistema escrito determina que este último, en lugar de valorar un testimonio, tomado como casi siempre sucede por la policía o por la justicia de instrucción, debe analizar un acta que refleja en forma incompleta la realidad.

3. *Concentración o continuidad*

La concentración permite efectuar en una sola audiencia, o a lo sumo en pocas audiencias, próximas las unas de las otras, los actos procesales fundamentales, evitándose así, como dice Chiovenda (*Principios de Derecho procesal civil*, Nápoles, 1923, volumen II, página 134) que se borren las impresiones adquiridas por el juez, que lo engañe la memoria, y que por cualquier circunstancia, cambie el magistrado que ha comenzado a intervenir en la causa. Esta concentración o continuidad de actos procesales hace que el juicio se desenvuelva ininterrumpidamente, es decir, que los actos se sigan unos a otros sin solución de continuidad, permitiendo así al juez que en el momento de dictar sentencia conserve vivo y fresco el recuerdo de todo lo que ha visto y oído. De ahí la necesidad de que la sentencia se dicte a continuación de la terminación de los debates, aunque somos partidarios de permitir un plazo al tribunal, pequeño —puede ser como máximo de cinco días— a fin de que cuando sea preciso, por la índole del asunto, la naturaleza técnica de las pruebas acordadas, como ser pericias, etcétera, disponga de un tiempo suficiente para estudiar la causa con serenidad, y reunirse de los elementos necesarios que obtendrá de la doctrina y jurisprudencia, y dictar un fallo bien fundado y justo. Por tal motivo discrepamos con el Código de Córdoba y a sus continuadores que, siguiendo a otras legislaciones, obligan a dar el veredicto de inmediato, facultando a los miembros del tribunal para fundar su voto por escrito sobre las cuestiones planteadas en la deliberación dentro de los cinco días de leído aquél, cuando no sea posible hacerlo en el mismo acto.

Sin duda alguna, este principio de la concentración, íntimamente vinculado también al de la oralidad y al de la inmediación, tiene mucho más amplia aplicación en la etapa del juicio que en la de la instrucción, dedicada a indagaciones que no siempre pueden efectuarse en forma continuada.

4. *Sana crítica*

El principio de la sana crítica, no es ni el de la valorización legal o tasada del Código actual de la Capital (artículos 316 y siguientes para confesión, artículos 358 para los indicios, y 349 y 350 para los documentos), ni el de la valorización libre o íntima convicción del juzgador, que se encuentra en el Código de Córdoba (artículo 426). Con él el juez deja

de ser un simple fiscalizador de la prueba, a la que prácticamente sólo le está permitido sumar, según el primero de aquellos principios, que caracterizan el sistema inquisitivo, y por otra parte no se caerá en la dictadura judicial, consecuencia del segundo, que no precisa convencer pues en ella predomina la voluntad o íntima convicción del magistrado. En cambio, la sana crítica, que es un concepto más técnico, preciso y exacto que el de libre convicción, no tiene ninguno de los defectos de los otros criterios con que puede ser apreciada la prueba, y deja al juez en libertad, siempre que funde su sentencia y razones lógicamente. Pero, como ha dicho Alcalá Zamora y Castillo:

contestar, se está o no convencido, a las preguntas del veredicto, se encuentra al alcance del más rudo e ignorante jurado; comprobar los requisitos de la prueba tasada, tampoco exige un gran desgaste cerebral; pero apreciar la prueba, según la sana crítica, requiere un tal caudal de conocimiento, de experiencia y de buen sentido, que ello constituye la verdadera piedra de toque para el buen juez.

El profesor Couture, que ha hecho un estudio al respecto,¹ define las reglas de la sana crítica como las "del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia". Jofré, por su parte, las considera como una combinación de ciencia y de conciencia en el juzgador.² Recordemos al respecto que el Código de la Capital hace algunas concesiones a la sana crítica en los artículos 305 y 489, aunque con las restricciones de los artículos 306 y 307, para la prueba testimonial, y en el artículo 346, que habla de sana lógica, para la prueba pericial.

Desde el punto de vista histórico rigió primero el sistema de las libres convicciones en materia de prueba, si bien también se hizo uso de la tortura para obtener la confesión.

Vienen después las ordalías o juicios de Dios en el derecho germánico. La absolución dependía de que el acusado pudiese salir triunfante de ciertas pruebas, como: tomar hierros al rojo vivo, caminar sobre brasas ardientes, sostener un duelo, etcétera. Así surgió el sistema de las pruebas legales, en el que la ley fija de antemano las normas mediante las cuales el juez puede dar por probado un hecho, estableciendo por qué medios, clasificándolos, tarifados casi aritméticamente, sistema que alcanzó gran importancia durante la inquisición.

En cambio, por el sistema de las libres convicciones, el juez falla según el dictado de su conciencia, sin hallarse sujeto a ninguna norma, pero sin desvincularse de las pruebas reunidas, ya que su libre convicción "debe

¹ *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*, Montevideo, 1941.

² Tomás Jofré, *Notas al Código de San Luis*, art. 285.

derivar de los hechos examinados y declarados ciertos, y no sólo de elementos psicológicos desvinculados de esos mismos hechos".³

Tanto en materia procesal civil como en la procesal penal rige un sistema mixto, mezcla de los dos anteriores.

En el primero —libres convicciones— el juez puede apreciar, según su criterio, la prueba testimonial o pericial, pero hay tachas para el testigo, ciertas personas no pueden actuar como tal, se tiene por confeso a quien no comparece sin alegar justa causa a absolver posiciones, etcétera.

En el segundo —pruebas legales— también el juez puede apreciar, según su sana crítica, la prueba testimonial y la pericial, pero dos testigos contestes en todas las circunstancias, hacen plena prueba; se determinan quiénes no pueden declarar testimonialmente y a quiénes se considera testigos sospechosos; hay tachas para los testigos; se fijan las condiciones de la prueba indiciaria y de la confesión, etcétera.

El sistema de la sana crítica se encuentra a mitad de camino entre los dos excesos, o sea el de las pruebas legales (el magistrado juzga *iuxta allegata et probata*), y el que lo autoriza a decidir *secundum conscientiam*, o sea para nosotros el de las libres convicciones, apartándonos en esto de lo sostenido por Manzini.⁴

Las pruebas legales alcanzaron auge en virtud de predominar el propósito de limitar el arbitrio judicial, tanto más peligroso cuanto más exorbitantes eran las penas.

Mientras que con dicho sistema se obtiene la verdad formal, con los otros dos se llega a la verdad material, exigencia y al mismo tiempo objeto del proceso penal moderno.

5. *Publicidad*

La publicidad es también de la esencia de la forma republicana de gobierno, pues facilita la fiscalización, no sólo de las partes, sino del pueblo que asiste a los debates, es decir, que se traduce en una mayor garantía para todos los ciudadanos, sin perjuicio de que obliga al magistrado, lo mismo que a los profesionales, a superarse en la labor diaria, estimulados por la opinión pública, que adquiere confianza en la justicia, porque la puede controlar, si quiere, acrecentándose así también su responsabilidad, que de tal manera podrá hacerse efectiva más fácilmente. Asimismo la publicidad obliga a actuar con mayor cautela a los denunciantes.

Como excepciones debe reconocerse que no es oportuna cuando por el hecho o la calidad de las personas puede afectarse la seguridad del Estado, o el orden público, o la moral y buenas costumbres; en los procesos de menores, y aun en los de orden público, cuyo desarrollo puede ser perturbado por manifestaciones populares. Asimismo, en la primera parte del proceso, o sea en la instrucción, no siempre es conveniente la publicidad,

³ Vincenzo Manzini *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1951, tomo 1, p. 263.

⁴ *Idem*, p. 264.

pues puede dificultar o retardar la labor judicial que tiende a obtener los primeros elementos de juicio necesarios para investigar el hecho y la responsabilidad criminal del acusado.

En el Código vigente, el sumario es secreto (artículo 180); el agente fiscal puede asistir a las declaraciones de los testigos, no así el defensor (artículo 283); y éste puede concurrir a la indagatoria y careos de su defendido (artículo 239). Si bien el plenario es en principio público, esa publicidad es limitada, ya que sólo pueden tomar conocimientos de la causa las partes, sus familiares y letrados.

Estos son los grandes principios que, a nuestro juicio, debe tener en cuenta un nuevo código a fin de que, superando la ley procesal actual, con evidente tendencia inquisitiva, implante el acusatorio, que responderá mejor a nuestras exigencias constitucionales, permitirá actuar a una justicia más rápida, barata y eficaz, acrecentará la confianza del pueblo en ella y, por ende, en el derecho, y contemplará armoniosamente la personalidad humana y la defensa de la sociedad.⁵

IV. *El proyecto*

1. *Disposiciones generales*

El articulado del proyecto debe contener los principios constitucionales del juez natural y del juicio previo que menciona la Constitución Nacional en su artículo 18, y otros que no aparecen en ella, como el de *non bis in idem* y el de inocencia, que algunos creen encontrar implícitamente en la norma constitucional citada, en cuanto dispone que nadie puede ser considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal.

Son estos principios fundamentales los que marcan toda una posición claramente liberal y respetuosa de los derechos individuales.

2. *Acciones que nacen del delito*

A) *Acción penal*

Al regular el ejercicio de las acciones, la ley procesal debe tener en cuenta que la de fondo las clasifica en públicas y privadas (artículo 71 del Código Penal), subdividiendo a las primeras en promovibles de oficio o por instancias privadas.

El proyecto debe establecer el ejercicio exclusivo del Ministerio Fiscal en lo que respecta a la acción pública, debiendo iniciarla de oficio si su instauración no depende de la instancia privada. De tal manera, siguiendo las líneas de la doctrina y legislación más moderna, que rige en Italia, Alemania y otros países, se suprimirá el querellante en este tipo de acciones.

⁵ Ricardo Levene (h) *El Código de Procedimientos en lo Penal para la Provincia de La Pampa*, Santa Rosa, La Pampa, 1962.

Es hoy inadmisibles en materia penal, donde predominan conceptos de reeducación y defensa social, que el Estado se ponga al servicio del interés pecuniario o de la venganza personal, que son casi siempre los móviles que llevan al damnificado a ejercer la acción pública, móviles que se ponen en evidencia si nos fijamos en el gran número de querellantes que desisten de su acción, dando pretextos fútiles, una vez que han percibido la suma en la que se consideraban perjudicados. Casi siempre el acusador particular, es, según la vieja frase, la quinta rueda del carro, destinada a dilatar los términos, demorar los incidentes de excarcelación y, en una palabra, a entorpecer el procedimiento, para prolongar, nada más que por venganza, la detención del acusado. Y si las cifras algo indican, el pequeño porcentaje de causas con acusador particular, demuestra que los delitos se investigan y castigan sin su intervención, y que lejos de estimular la labor de los fiscales, le permite a éstos limitar su actividad, coexistiendo dos acusadores.

Limítese la intervención del querellante como parte civil, al sólo objeto de obtener la indemnización del daño causado por el delito; díctase la ley orgánica del Ministerio Público, que saque a éste último del papel pasivo a que se halla relegado, especialmente en lo referente a la búsqueda de elementos de juicio del delito, y se podrá prescindir del acusador particular.⁶

Este es el principio que hemos sustentado reiteradamente en varios congresos de derecho procesal, el último de ellos recientemente efectuado en Corrientes, en septiembre del año 1962.

Deben pues regir aquí los principios de la oficialidad, indiscrecionalidad, llamado también legalidad, e indivisibilidad.

Pero, como es natural, tal concepción de la acción exige imprescindiblemente un Ministerio Fiscal activo, capaz y, sobre todo, independiente, que actúe sin interferencias extrañas, pero sin descansar, como lo ha hecho hasta ahora, en la actividad y diligencia del querellante particular.

Como el delito puede atacar también al particular, se le puede dejar que intervenga en el proceso para lograr la reparación del caso, pero fundamentalmente el delito atemoriza y ataca a la sociedad toda y conmueve su ordenamiento jurídico, cuya alteración debe restablecer el Estado.

Concordantemente con lo expuesto, otros artículos deben regular la acción penal dependiente de instancia privada y la acción privada, teniendo en cuenta las pertinentes disposiciones del Código Penal.

B) *Acción civil*

No debe olvidarse la naturaleza del proceso civil, cuya instauración se encuentra librada pura y exclusivamente a la voluntad de los particulares, y de ahí que no se sigan otros proyectos en cuanto permiten al Ministerio

⁶ Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Ricardo Levene (h) *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1945, tomo II, p. 31.

Fiscal iniciar la acción civil a pedido del interesado, convirtiéndolo en una parte de la *litis* civil. Concordamos con otros supuestos de tal intervención, pero no con aquella que desnaturaliza a la acción civil, que los particulares no pueden delegar a organismos oficiales para que suplan su inactividad, y menos a los que integran la magistratura. Este derecho privado, subjetivo, podrá o no ejercerse, pero nunca transferirse, casi siempre por razones psicológicas, o de comodidad, a un funcionario público. Por estas mismas razones la sentencia no debe fijar de oficio la indemnización del daño causado por el delito, sin que el mismo sea requerido, y de ahí que el proyecto deba seguir la doctrina del Código italiano de 1930, según el cual la reparación civil depende de una manifestación de voluntad del titular de la pretensión civil emergente del delito, ya que esa reparación es un derecho individual y privado sobre el que no corresponde resolver nada sin intervención de los interesados.

3. Competencia

Nos pronunciamos decididamente por el sistema del tribunal de derecho colegiado para el juzgamiento de la mayor parte de los hechos delictuosos.

Como lo hemos sostenido en varias oportunidades, no somos partidarios del jurado, no obstante que su establecimiento está previsto por los artículos 24, 67, inciso 11, y 102 de la Constitución Nacional, disposiciones que tienen como antecedente el artículo 114 de la Constitución de 1819 y el artículo 174 de la Constitución de 1826.

Los preceptos constitucionales, sobre la base de un proyecto de los senadores Oroño y Araoz, se intentaron llevar a la práctica en 1871, cuando se dictó el 4 de octubre una ley, la número 483, que autorizó al Poder Ejecutivo a designar una comisión que debía proyectar la ley orgánica del juicio por jurados para la jurisdicción federal. Se nombró por decreto del presidente Sarmiento, en 1871, a los doctores Florentino Gonzales y Victorino de la Plaza, cuyo proyecto, presentado en 1874, no fue tratado por el Congreso. La misma suerte corrieron otros proyectos: del doctor José Domínguez, en 1883; del ministro Wilde, de 1884, que adoptó el anterior; del diputado Ruiz de los Llanos, de 1886; del diputado Juan Ángel Martínez de 1902; de senador del Valle Iberlucea, presentado en 1920 en su Cámara; del diputado José Vidal Baigorri, de 1932, que toma como base el anterior, reproducido en 1934; del diputado Alberto Espil de 1933; el de Eduardo Augusto García, de 1938; del ministro de Justicia Natalio Carvajal Palacios, de 1953, etcétera.

Es que, evidentemente, el jurado triunfará en países con temperamento y experiencia cívica acendrados, pero no puede sostenerse que los principios de oralidad, régimen acusatorio y libre apreciación de la prueba, sean privilegio exclusivo del jurado, ya que pueden establecerse con respecto a la magistratura profesional.

En ésta hay más preparación y no menos independencia, ya que el jurado es fácil de impresionar o de caer en el cohecho, o de ser presa de

la influencia exterior o de la dialéctica brillante, pero a veces sin razón, de los letrados. A ello se agrega que no fundamenta su veredicto, lo que hace difícil la rectificación de sus errores, y en cambio facilita su irresponsabilidad, y si bien escapa al riesgo de la burocratización pues la intervención judicial de sus miembros es ocasional, ellos no adquieren en cambio una cualidad tan importante como es la experiencia.⁷ Coincidiendo con esta tesis, el Primer Congreso Latinoamericano de Criminología declaró: "Que la justicia del Crimen, por la naturaleza y la técnica de las cuestiones y de los delicados problemas jurídicos que suscita debe quedar a cargo de Tribunales de Derecho".⁸

Tampoco creemos conveniente la doble instancia. Suficientes garantías son el tribunal colegiado (la Cámara en lo Criminal) y la apelación de las cuestiones de derecho, merced al recurso de casación. De ahí pues que la única instancia quede, en realidad, reducida a las cuestiones de hecho, mejor garantizadas en cambio con la inmediata actividad que rodeará la labor del tribunal.

La pena fijada en abstracto para el hecho delictuoso consumado, con sus circunstancias de agravación, es la que determinará la competencia material. Va de suyo que no influyen entonces ni el delito en grado de tentativa ni las circunstancias de atenuación. Tampoco la acumulación de penas que resulte de la comisión de varios hechos de la misma competencia. Así, pues, el juez correccional será competente para juzgar varios delitos de injuria cometidos por la misma persona.

Como cuestión de orden público que es, y sin perjuicio de que la planteen las partes, el tribunal deberá declarar de oficio la incompetencia por razón de la materia, y en tal caso remitirá las actuaciones al que corresponda y pondrá a su disposición el procesado.

La sanción procesal de la nulidad, es otra lógica consecuencia de ese carácter de orden público, para el caso que no se respeten las reglas que determinan la competencia material. Pero con criterio práctico, se deben dejar a salvo los actos procesales que no pueden ser repetidos y las actuaciones producidas por un tribunal de competencia superior en una causa atribuida a otro de competencia inferior, ya que la competencia mayor absorbe y comprende la menor, pero no viceversa.

4. *Las partes y defensores*

A) *El Ministerio Fiscal*

La función del Ministerio Fiscal debe limitarse a la promoción y ejercicio de la acción penal y además la de la civil en los casos admitidos, a diferencia de los Códigos modernos que ponen en sus manos la instrucción, fieles a nuestra posición —que fue la admitida en definitiva por los

⁷ Ricardo Levene (h). "El Desenvolvimiento Progresivo del Derecho Procesal Argentino", publicado en el *Diario de Jurisprudencia Argentina*, 8 de Julio de 1945.

⁸ *Actas* tomo 1, p. 388.

Congresos de Derecho Procesal de Salta y Corrientes— en el sentido que, así como el juez debe limitarse a su función de decidir, y por lo tanto no debe mantenerse una de las formas de iniciación del proceso, la del oficio, el Ministerio Fiscal debe limitarse por su parte a su función de peticionar.

Es interesante señalar que el Código de Salta, que rige desde 1961 y que siguió en este tema la línea del de Córdoba, acaba de ser reformado por Decreto Ley No. 163 del 25 de julio de 1962, y ahora pone en manos del juez correccional la instrucción sumaria, sacándosela a los agentes fiscales, en razón, según dicen los fundamentos del decreto, de haberse advertido varios inconvenientes en el sistema original, uno de los cuales es el recargo de tareas originado en la doble función de instructor y acusador que deben cumplir los representantes del Ministerio Fiscal.

Se deben delimitar las atribuciones de los fiscales de Cámara y de los agentes fiscales, que podrán actuar en colaboración en determinados supuestos; se les debe señalar la forma de actuación, acordar poderes y contemplar su inhubición y recusación, fundadas en las mismas causales que las que rijen para el juez, salvo las que, por su naturaleza especial, para nada afectan la imparcialidad del Ministerio Fiscal.

B) El imputado

Nos inclinamos por este término, que preferimos al de acusado, inculgado o procesado, por las razones que ya hemos sustentado en trabajos anteriores. Basta decir que de tal manera se garante el derecho de defensa desde el primer momento que una persona es indicada como partícipe de un hecho delictuoso o detenida, es decir, desde que se le atribuye la comisión de un delito.

Siguiendo una de las bases que propiciamos los entonces magistrados de la Justicia del Crimen de la Capital, en la que se inspiró el Proyecto del Código de 1948, se facultaría al imputado para que se pueda presentar al magistrado antes de la indagatoria, y a este último para que lo cite, a fin de aclarar los hechos y ofrecer pruebas, sin que ello signifique su procesamiento. De tal manera se evitarán muchas detenciones inútiles o injustas y procesos inmotivados.

Ubicamos aquí esta disposición, y no en el primer capítulo del título dedicado a la Instrucción, precisamente porque el imputado puede ser oído, o el juez lo llama, antes de que comience su procesamiento.

C) Actor civil y civilmente demandado.

Como lógica consecuencia de eliminar al querellente particular en los delitos de acción pública, sólo se admitirá al damnificado como simple parte civil, que podrá así ejercer la acción resarcitoria en el proceso penal.

Para ello podrá intervenir en él de manera tal que pueda aportar pruebas para acreditar la comisión del hecho delictuoso y los daños y perjui-

cios que el mismo le ha causado y reclamar las restituciones y reparaciones correspondientes.

Por razones de buen orden procesal, esta presentación podrá efectuarse en cualquier estado del proceso, pero siempre que sea antes del decreto de citación al juicio.

Normas paralelas detallan las condiciones de admisibilidad del actor civil y del civilmente demandado; sus facultades; la oposición a su intervención en el proceso y su exclusión de oficio, dada la naturaleza del proceso penal.

Aceptamos la correspondiente recomendación del reciente Congreso de Derecho Procesal de Corrientes, fundada en la necesidad de dar a los demandados oportunidad para poder ofrecer con tiempo todas las pruebas que poseen, pues de lo contrario se coarta la libertad de defensa de quienes responden por el daño civil, como ocurre actualmente con los modernos códigos procesales en vigencia, en los que los demandados civilmente se ven contrainformados a producir su prueba antes de conocer los términos de la demanda civil. De ahí que en dicho congreso hayamos sostenido la conveniencia de que el actor civil formalice su demanda en la etapa plenaria de la causa, es decir, en la citación al juicio, dentro de los tres primeros días del término común de diez, bajo apercibimiento de tener por desistida la acción. O sea, que el demandado contará al menos siete días para completar el ofrecimiento de las pruebas conducentes a contestar la acción civil.

Y agreguemos que admitimos al civilmente demandado como lógica consecuencia de confiar a la justicia penal el conocimiento de la acción reparatoria, sin que ninguna norma de fondo se oponga a este criterio regulador de la competencia.

D) Defensores y mandatarios

La actuación de la defensa como exigencia del debido proceso, es otro de los temas no legislados en nuestro código, que deben regularse, conforme lo vienen sosteniendo reiteradamente los congresos que se han efectuado sobre la materia, y la doctrina.

Debe rodearse de todas las garantías posibles a la defensa del imputado, llegándose, conforme al ejemplo que da la legislación italiana, a admitir que el defensor pueda designar sustituto para que lo reemplace en caso de impedimento, pero sin los alcances de la jurisprudencia americana, para lo cual, a fin de admitirse la renuncia de la asistencia letrada, el expediente debe probar que el juzgado rechazó inteligente y comprensivamente la asistencia letrada ofrecida (Salvador Mariano Lozada, "Crónica de Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos", en *Diario de Jurisprudencia Argentina*, 1º de octubre de 1962).

Pero al mismo tiempo que se acuerdan grandes facultades a los letrados, se les debe imponer también obligaciones y, consecuentemente, sanciones que van desde la multa y la separación del cargo hasta la suspensión en el ejercicio de la profesión, medida ésta que, por su gravedad, quedará re-

servada al más alto tribunal, que considerará para ello la naturaleza de la infracción, que puede consistir, desde la no presentación de pruebas o recursos pertinentes y el incumplimiento de instrucciones, hasta el abandono del juicio.

Nos apartamos de los Códigos de Salta (artículo 105), Catamarca (artículo 80), La Rioja (artículo 107), Córdoba (artículo 105), Mendoza (artículo 105) y de los Proyectos para la Capital de 1943 (artículo 105) y 1960 (artículo 108), en cuanto permiten al imputado en causa reprimida con pena de multa o inhabilitación, que se haga representar por un defensor con poder especial, por cuanto, siendo inminente la reforma al Código Penal, los últimos proyectos dan una marcada importancia a esa clase de penas, con la correlativa disminución de las privativas de libertad.

5. *Actos procesales*

También deben sistematizarse algunas pocas disposiciones que regulan los actos procesales, que se encuentran actualmente dispersas en otros títulos, y completándose las debidamente.

Así es como se deben dictar previsiones referentes al idioma nacional, la declaración de sordos y mudos, fecha de los actos, día y hora en que deben cumplirse, juramento que debe prestarse y forma de la declaración, cargo en los escritos, notas u oficios, etcétera, puestos a optar entre la no autenticación de las resoluciones por parte del secretario en razón de cierta economía procesal, que no entendemos aquí, y su intervención en las mismas, nos pronunciamos por este último sistema, puesto que creemos que de esta manera se da más garantía a un acto que puede ser el fundamental del proceso.

6. *Términos*

Seguiríamos un sistema intermedio entre el sustentado por los Códigos de Córdoba (artículo 162) y Mendoza (artículo 162) y el proyecto para la Capital Federal de 1942 (artículo 162), que computan los días feriados, y el seguido por las otras leyes en vigencia, que no lo hacen, estableciendo que tan sólo en los incidentes de excarcelación los términos serán continuos, dada la urgencia en resolver esa situación, en las que se encuentra afectada la libertad personal, frente a la perspectiva de recuperarla, en cuyo caso, si el término venciere en día feriado, se le considerará prorrogado de pleno derecho al primer día hábil siguiente.

Y si bien deben considerarse los términos perentorios e imprerrogables, las partes a cuyo favor se hubieran establecido podrán renunciarlos o consentir su abreviación.

7. *Nulidades*

Cumpliendo aspiraciones siempre sustentadas en los distintos congresos de derecho procesal, debe sistematizarse la importante materia de las

nulidades, precisando cuales son las disposiciones que deben siempre observarse, bajo la pena de nulidad, las consecuencias de esta declaración, tanto con respecto al acto en sí como con relación a los que tienen conexión con el mismo, y las sanciones correspondientes. Se corregirán así los defectos de la legislación vigente, prácticamente limitada en este punto al artículo 509 del Código en vigencia y a su interpretación jurisprudencial.

Creemos también inconveniente sancionar con la nulidad todas las inobservancias a las formas prescriptas por la ley; limitaríamos la sanción a aquellos casos que ésta determine. De ahí la regla según la cual los actos procesales serán nulos sólo cuando no se hubieren observado las disposiciones expresamente prescriptas bajo pena de nulidad, determinándose que ello se entenderá siempre prescripto en los tres supuestos que se refieren al nombramiento, capacidad y constitución del tribunal, a la intervención del Ministerio Federal y a la del imputado, con su asistencia y representación, es decir al derecho de defensa. En estos casos no se precisa aplicar la sanción.

Pero además de esta fórmula general se especificarán las formas cuya inobservancia origina la nulidad, empleo del idioma nacional, firma de la sentencia, actas, etcétera.

El proyecto determinará, además, quién puede oponer la nulidad, la oportunidad y forma de hacerlo, el modo de subsanarla, los efectos de la misma y las sanciones al tribunal responsable.

8. Denuncia

Consecuentes con nuestra postura, concordante con el principio *ne precedat iudex ex officio*, antes fundamentada, quitaríamos al juez el rol de acusador, de modo tal que si él recibe la denuncia deberá pasarla de inmediato al agente fiscal, es decir, que no podrá ordenar directamente el procedimiento.

El agente fiscal será quien formule requisitoria o pedirá el desestimiento de la denuncia o su pase a otra jurisdicción.

Agregaríamos a las personas tradicionalmente obligadas a denunciar los delitos perseguibles de oficio, a quienes hubieren presenciado su perpetración.

Esta previsión, sólo podemos encontrarla en los modernos Códigos de La Rioja de 1950 (artículo 184) y Salta de 1961 (artículo 182). Cuando en 1953 contribuimos a preparar el Proyecto del Código Penal, entre los delitos que denominamos contra la solidaridad social, dedicamos un artículo, el 289, a la omisión de aviso a la autoridad de la comisión de un hecho delictuoso que se hubiera presenciado, y en la exposición de motivos decíamos que era menester reaccionar contra la pasividad y el egoísmo de quienes presencian un hecho delictuoso sin siquiera poner el mismo en conocimiento de quien corresponda. Mientras no se consiga la reforma sustantiva, al menos la procesal debe imponer esa obligación.

9. *Actos de la policía*

No desconocemos las enormes ventajas de una policía judicial, especializada, técnica, independiente del Poder Ejecutivo, inamovible, dependiente tan sólo del Poder Judicial y diferenciada de la policía administrativa o de seguridad, como tantas veces se ha postulado. Ello evitaría que la actual policía cumpla, como lo hace ahora, una doble función, preventiva y represiva, y le permitiría actuar dentro de los principios científicos de la criminalística.

Al revés de otros Códigos (Córdoba, artículo 192, inciso 7o.; La Rioja, artículo 197, inciso 7o.; Salta, artículo 191, inciso 8; Catamarca, artículo 162, inciso 9), no debe permitirse que la policía tome declaración al imputado ya que este acto procesal, que es fundamental medio de defensa, debe quedar exclusivamente en manos del magistrado.

Naturalmente que ello no obsta a que, si aquél lo desea, pueda efectuar manifestaciones de las que se dejará debida constancia, porque de lo contrario podría afectarse el derecho de defensa.

Tampoco coincidimos con los códigos y proyectos que facultan a la policía a tomar declaración a los testigos bajo simple promesa de decir verdad. El problema de ante quien puede someterse el delito de falso testimonio ya ha sido exhaustivamente estudiado, y no se duda más que la autoridad policial, cuando instruye el sumario de prevención como colaboradora del juez, para investigar la comisión de delitos, es autoridad competente. Así creemos haberlo demostrado en un libro que hemos escrito sobre el tema. Y si la autoridad es competente, el testigo no puede ni debe declarar bajo simple promesa, sino bajo juramento legal, condición *sine qua non* para que pueda incurrir en el delito de falso testimonio, según lo exigen la jurisprudencia y la doctrina.

10. *Actos del Ministerio Fiscal*

Las otras modernas legislaciones argentinas distinguen en este capítulo las dos funciones del Ministerio Fiscal, según la instrucción sea judicial o fiscal. En un caso formulará requisitoria ante el juez para que inicie la formación de la causa, siempre que tenga conocimiento de un delito, y en el otro practicará directamente la instrucción sumaria. Por las razones antes dadas somos partidarios de suprimir este segundo supuesto.

11. *Obstáculos fundados en privilegio constitucional*

Aquí deben tenerse en cuenta las disposiciones constitucionales, tanto de la nación como de las provincias, que condicionan el procesamiento de un funcionario de cualquiera de los tres poderes a un desafuero, un juicio político o un enjuiciamiento.

Ellas, en forma parecida a las cuestiones prejudiciales, imponen un antejuicio, según el cual, primero debe destituirse al imputado antes que se le siga el proceso.

12. Instrucción

Al legislarse sobre la instrucción se debe tratar de cumplir fielmente los postulados de los últimos congresos de derecho procesal, recogiendo así las aspiraciones de los especialistas, con miras a un mayor respeto de las garantías individuales y, en particular, del imputado.

Es ésta, en tal sentido, una sección clave del Código, ya que comprende instituciones como el tipo de instrucción, el secreto del sumario, la incomunicación del imputado, la actuación y facultades de los defensores, duración del sumario, etcétera. Como se ve, todos ellos temas básicos, que permiten enrolar a un proyecto en cualquiera de los sistemas fundamentales: el acusatorio o el inquisitivo; sin olvidar que Longhi señala que no hay un tipo procesal puro. En tal sentido confiamos que la ubicación de este proyecto en el primero de ellos no resultará difícil.

Comenzaríamos por establecer un solo tipo de instrucción: la judicial. No aceptamos desdoblarse en judicial o formal y sumaria o fiscal, como lo hacen Alemania, Italia, Francia, y los códigos que en nuestro país han seguido ese sistema, pues entendemos, como ya dijimos, que deben delimitarse con toda precisión las funciones del juez y del fiscal. El primero debe decidir; el segundo peticionar. Y por último creemos que en todo caso, los hechos delictivos de poca importancia, que admiten un sumario simplificado, pueden ser perfectamente investigados por el juez correccional, con todas las garantías y ventajas jurisdiccionales que tal solución supone.

Al analizar los grandes defectos del Código vigente, nos hemos referido, entre otros, a la enorme amplitud de la prevención policial, cuya actividad predomina sobre la judicial, lo que a su vez hace prevalecer el sumario sobre el plenario, y a la falta de publicidad y contradicción durante este último.

De ahí que consideramos conveniente establecer que el juez de instrucción procederá directa e inmediatamente a investigar los hechos que se cometan en su circunscripción mientras que la policía actuará condicionada a prescripciones legales; que en la primera oportunidad, y en todo caso antes de la indagatoria, el juez invitará al imputado a elegir defensor, y si no lo hiciera, le designará de oficio el defensor de pobres, bajo pena de nulidad que el Ministerio Fiscal podrá participar en todos los actos de la instrucción, es decir podrá controlarla; que los defensores tendrán derecho a asistir a los actos que se consideren definitivos e irreproducible, así como a las declaraciones de los testigos que presumiblemente no pueden asistir al debate, que la realización de estos actos debe ser previamente notificada; que el juez podrá permitir a los defensores que asistan a los actos de la instrucción siempre que no se obstaculice con ello el proceso, y que en tal caso podrán proponer medidas, formular preguntas, hacer las observaciones que estimen pertinentes y pedir que se deje constancia de cualquier irregularidad.

Sentamos al principio que la instrucción es secreta para los terceros, y, como regla, es pública para las partes. Sólo por excepción y por resolución fundada, el juez podrá ordenar el secreto para éstas, por el término de diez días, prorrogado por otros diez, pero de tal medida se exceptuarán, a su vez, los actos definitivos e irreproductibles, que nunca serán secretos.

También debe limitarse a breve plazo la incomunicación. Esta es la mínima precaución que puede exigirse en algunos procesos, puesto que, como se ha dicho, la justicia necesita asegurar el éxito de la investigación para bien del interés público, y ello requiere a veces el aislamiento del imputado por algunas horas, durante las cuales se podrán recoger elementos fundamentales, ya que en el proceso se busca la verdad real. Se adoptará este sistema, que por otra parte no hace imperativa la incomunicación, sino que la limita, en caso de ser decretada a 48 horas, prorrogable por otras 24, resolviéndose así el eterno conflicto de los principios de autoridad y libertad, y no pensando en los abusos de policías prepotentes, sino en que las leyes sean cumplidas por buenos funcionarios, como dijéramos en el Congreso de Derecho Procesal de Corrientes.

Naturalmente que la incomunicación no impedirá al detenido el uso de libros u otros objetos que solicite, siempre que no le sirvan para eludir la ni atentar contra su vida o la ajena, ni tampoco que realice actos civiles impostergables, en tanto no disminuyan su responsabilidad económica ni afecten a la instrucción.

Se debe dar un plazo de cuatro meses a esta última, prorrogable por otro tanto y, en casos excepcionales y de suma gravedad, susceptible de nueva prórroga, cuyo límite no debe fijarse, como lo hacen otros códigos o proyectos, porque la experiencia nos enseña que en estos casos, difíciles, con muchos hechos y procesados, que se van agregando a la causa, etcétera, no conviene fijar con tanta precisión la duración de la instrucción.

La búsqueda de la verdad real, objetivo del proceso penal, se afianza con una disposición por la cual se eliminan, con respecto a la prueba, las limitaciones establecidas a su respecto por las leyes civiles, excepto las referentes al estado civil de las personas. Y con el mismo criterio, se suprimirán las casuísticas normas correspondientes al cuerpo del delito y forma de probarlo, que si bien pueden tener razón de ser en un sistema de pruebas legales, como es el del Código vigente, no lo tienen en uno que se enrola en el sistema de la sana crítica. Además, el Código actual incursiona en materia propia de la ley de fondo, y lo hace mal, puesto que se refiere al cuerpo de determinados delitos, (homicidio, robo, por ejemplo), pero no al de todos.

V. Medios de prueba

Debe iniciarse esta parte con un capítulo que contenga las normas correspondientes a la inspección judicial de personas, cosas o lugares,

que tengan relación con el hecho delictuoso, con las facultades coercitivas que en su caso corresponden al juez.

Como se ha dicho, no deben incluirse disposiciones que detallen el cuerpo del delito en cada figura delictiva, pero como excepción debe prevverse la conducta a seguir cuando sea necesario identificar un cadáver, sin entrar a la materia que corresponde a la ley sustantiva.

Se debe permitir al juez ordenar todas las operaciones técnicas y científicas convenientes en materia de inspecciones y reconstrucciones. Así como la policía científica y la criminalística deben presidir la labor policial, el magistrado no puede ya desentenderse de las materias auxiliares que complementan su preparación y de las que tanto necesita en la lucha contra el crimen contemporáneo, tan organizado, y asimismo científico y provisto de medios poderosos, a veces superiores a aquellos con que cuentan las fuerzas de prevención y seguridad.

Un tema delicado, protegido constitucionalmente, es el del registro del domicilio. Todas las garantías se adoptarán, a fin de que éste sea afectado al mínimo. Mientras tanto se requiere que la medida que lo ordene conste en auto fundado: que si la diligencia es delegada en la policía, la orden sea escrita y contenga los datos necesarios; que el acto se cumpla en un horario determinado, con excepción de los casos que se especifique, así como también se deben enumerar algunos supuestos en los que, por la naturaleza del hecho, no se requiere orden judicial previa para allanar, supuestos que están en todas las legislaciones viejas o contemporáneas.

Debe legislarse sobre los secuestros, tema que incluye la interceptación de la correspondencia postal o telegráfica y de las comunicaciones telefónicas, con todas las garantías que ello presupone, dado que aquí también están en juego cláusulas constitucionales reglamentadas, precisamente, por la ley procesal. Pero de las facultades judiciales queda excluida la documentación que puede servir a la defensa para cumplir su función. Aquí predomina entonces otro precepto de la ley de fondo, de orden específico: el de la defensa en juicio.

La prueba testimonial pondrá en evidencia hasta qué punto el proyecto se enrola en el sistema acusatorio y deja de lado el inquisitivo, caracterizado, entre otras cosas, por el sistema de la prueba legal o tasada. Aquí dos testigos contestes en sus dichos ya no harán plena prueba, sino que el juez los valorará en cada caso, individualmente, conforme a las reglas de la sana crítica, sistema éste que hemos preferido al de las libres convicciones, por las razones que ya hemos dado. De ahí que se deje de lado la clasificación de testigos en capaces, incapaces, etcétera, y se siente el principio de que toda persona es capaz de atestiguar, sin perjuicio de la facultad judicial de apreciar su declaración, en lo que influirá la preparación del magistrado, sobre todo, en psicología judicial, su especiali-

zación, etcétera,⁹ y el de que todos tendrán la obligación de concurrir al llamamiento judicial y declarar la verdad de cuanto supieren y les fuere preguntado, excepto, como es natural, en los casos expresamente previstos por la ley.

Estos casos se desdoblán en aquellas personas que no pueden testificar en contra del imputado, bajo pena de nulidad, y las que puedan abstenerse de hacerlo. Para ello debe hacerse una distinción entre los parientes de aquél, siempre con miras de defender la cohesión familiar y en forma tal que coincida con la solución que se da al mismo conflicto de intereses en caso de denuncia, o sea, que la prohibición de testificar no subsiste cuando el delito ha sido cometido en perjuicio del testigo o contra una persona cuyo parentesco con él sea igual o más próximo que el parentesco del imputado, supuestos en los cuales ya no subsisten los lazos de unión familiar, como tampoco juegan con respecto al denunciante, querellante o actor civil.

El secreto profesional y su consecuencia, la facultad de abstenerse de declarar, debe ser tratado en forma tal que, según entendemos, contemple armónicamente la institución y, además, el interés social y fin supremo del proceso, el de averiguar la verdad real. De ahí que las personas enumeradas deban declarar cuanto saben cuando sean liberadas, sea por el interesado (organismo, particular, etcétera), sea por el juez, con lo que seguimos un sistema mixto. A ellos debe quedar librada la apreciación de la posibilidad o imposibilidad de mantener el secreto. Sólo se exceptuarán, por la razón dada por otros autores, según la cual el consentimiento del interesado carece de relevancia, de acuerdo al derecho canónico, los ministros de cultos admitidos.

Si bien se eximirá de la obligación de comparecer a declarar a ciertos funcionarios, se debe facultar al juez a elegir entre que presten por oficio su declaración o a que el mismo magistrado la tome, constituyéndose en el despacho de aquéllos, según la importancia que le atribuya a sus dichos y la jurisdicción en que se encontraren. Una vez más se busca el anhelado equilibrio entre distintos valores o bienes que se contraponen; en este caso, el respeto debido a ciertos magistrados, eclesiásticos judiciales, militares, etcétera, y, por otra parte, las necesidades de la investigación.

A los peritos se les debe exigir título especializado en la materia a que pertenecen, el punto sobre el cual deben expedirse, siempre que la profesión, arte o técnica estén reglamentadas, sin perjuicio de tener que designar los oficiales; cuando no los hubiere, el juez los nombrará de una lista que se confeccionará anualmente a tal efecto. Así se busca asegurar la competencia e idoneidad en esta importantísima función auxiliar de la justicia.

La designación será notificada a las partes, para que éstas puedan proponer otros a su costa, respetándose así el principio contradictorio.

⁹ Ricardo Levene (h). *La psicología del testimonio*. Buenos Aires 1943; *La preparación del Juez del Crimen*. París, 1953.

Las causas de excusación y recusación de los peritos serán las mismas que las establecidas para los jueces, y otras cláusulas preverán las incompatibilidades, las directivas que debe dar el juez, verdadero guía de la pericia, el contenido del dictamen, la obligación de reserva de todo cuanto se conociere con motivo de la intervención, las sanciones y los honorarios.

Todas estas normas referentes a los peritos, les son aplicables a los intérpretes, cuya colaboración se requerirá cuando sea necesario traducir documentos redactados en otro idioma o declaraciones prestadas asimismo en idioma extranjero.

Se legislará el reconocimiento de personas y de cosas, pudiendo ser el de las primeras, tanto de imputados como de denunciantes, testigos, etcétera. Además, el reconocimiento tendrá por objeto no sólo la identificación, sino el esclarecimiento de todo posible error respecto a la persona que se dice conocer o haber visto. Se especificará la forma del acto antes del cual se efectuará un interrogatorio de quien deba practicarlo, a fin de que describa a la persona de que se trata y para que diga si la ha conocido o visto con anterioridad, personalmente o en imagen (fotografías, televisión, etcétera). A este respecto se destinará otro artículo que tratará de dar más garantías al reconocimiento por fotografías de personas ausentes o que no pueden ser habidas.

Los careos abarcarán los efectuados entre imputados entre sí, testigos entre sí, y testigos e imputados. Estos últimos no prestarán juramento y podrán ser asistidos por sus defensores. Siguiendo el Código vigente en la Capital y antiguos territorios, destinaríamos un artículo al llamado medio careo, es decir, el que se efectúa cuando se halla ausente una de las personas que deben ser careadas. Nos parece una buena previsión aunque el caso se dé muy poco y aunque, por nuestra experiencia, seamos muy escépticos con respecto a los resultados que puede dar esta medida del careo en general.

VI. *Situación del imputado*

Al imputado se le debe destinar un título, que comprenda su presentación y comparecencia, la indagatoria, el auto de procesamiento, la prisión preventiva y la excarcelación. Todos temas importantes, en los que se juegan derechos fundamentales del hombre, cuales son su libertad y su defensa en juicio. Aquí también deberá tratarse de llevar a la práctica las aspiraciones de la doctrina y de los congresos sobre la materia, recordando, que nadie puede ser considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal, y de ahí que convenga declarar que la libertad personal sólo podrá ser restringida en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley, y de acuerdo con las disposiciones del proyecto. Asimismo, el arresto o la detención se ejecutarán de modo que perjudiquen lo menos posible a la persona y reputación de los afectados por el mismo.

Éstos podrán presentarse ante el juez en forma espontánea a fin de declarar.

A fin de preservar en todo lo posible la libertad personal, deben preverse una serie de casos en virtud de los cuales el juez, en vez de ordenar la detención del imputado, dispondrá tan sólo su comparendo por simple citación. Son los casos en que el hecho no es reprimido con pena privativa de libertad, o admite la excarcelación, o la condena es de ejecución condicional, pero el beneficio no regirá en caso de flagrancia, ni cuando hubiere motivos para presumir que el imputado no cumplirá la orden de comparecer, o intentará destruir los rastros del hecho, o se pondrá de acuerdo con sus cómplices, o inducirá a falsas declaraciones.

La detención se ordenará por escrito, y excepcionalmente, en forma verbal, detallándose los casos en los cuales el personal policial debe detener, aun si orden judicial. Estos casos rigen también para el simple particular, exceptuándose el de indicios vehementes de culpabilidad, que no puede quedar al simple arbitrio de aquél, puesto que su apreciación requiere, cuando menos, ciertos conocimientos técnicos que sí posee en cambio la policía. Pensamos, como otros procesalistas y constitucionalistas, que la falta de orden escrita del juez, o que la orden verbal de éste, no violan el precepto constitucional en virtud del cual nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente, (artículo 18), porque el mismo se refiere a un estado de detención y no al solo acto de privar de su libertad a una persona, o sea de aprehenderla.

La indagatoria debe ser tomada a más tardar a las 24 horas desde que el imputado fue puesto a la disposición del juez, término que sólo podrá prorrogarse por otro tanto en casos excepcionales. A ella podrán asistir el Ministerio Fiscal y el defensor.

Antes de la misma el imputado será notificado de que tiene derecho de asistir su defensor, pero puede declarar sin su presencia si así lo quiere y manifiesta expresamente. También podrá abstenerse de hacerlo, y otras garantías son la prohibición de juramento o promesa de decir verdad, y de coacciones, amenazas o cualquier otro medio que lo hagan declarar contra su voluntad o tendientes a obtener su confesión.

Es que, como ya lo hemos dicho, la indagatoria debe considerarse un medio de defensa del imputado y no una prueba en su contra.

Al derecho del imputado de solicitar ampliaciones a su declaración, agregamos el del juez de ordenárselas siempre que lo estime necesario. Es ésta otra disposición que no se encuentra en las fuentes comunes.

Creemos que con todas estas normas cobrará toda su fuerza la disposición constitucional en virtud de la cual nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo.

1. *Auto de procesamiento*

En cuanto al auto de procesamiento, ya instituido por la Ley de Enjuiciamiento Penal española de 1882 (artículo 384), en la cual se dicta

cuando hay algún indicio de criminalidad contra alguien, constituye una garantía para el imputado, que desde ese momento se transformará en procesado y será parte en el juicio con todos los derechos que la ley le acuerda. Es que el concepto de procesado, hasta ahora, se ha prestado a las más variadas interpretaciones, acordándose tal carácter, según los códigos, al simple denunciado, al querrellado, a aquél a quien se ha tomado declaración indagatoria, o a quien se le ha decretado auto de prisión preventiva, etcétera.¹⁰

El ilustre profesor Francisco Carnelutti, que asistió al Congreso de Derecho Procesal efectuado en Salta, en 1948, ha entendido que el auto de procesamiento, que asimismo propiciáramos en aquella oportunidad, representa un manifiesto progreso frente al mismo Código Procesal italiano. El proyecto, siguiendo lo resuelto en el Congreso de Derecho Procesal de Corrientes, no debe considerar que el auto de procesamiento es el auto cabeza de proceso, sino que previamente, antes de ser dictado aquél, el imputado debe ser escuchado por el medio natural, es decir, la declaración indagatoria, y que, en consecuencia, debe contener una relación precisa de los hechos, con su correspondiente valoración jurídica, y de él debe depender, como simple medida cautelar, la prisión preventiva, que casi siempre se dictará en el mismo auto, limitada, como es natural, a los procesos por delitos reprimidos con penas privativas de libertad, con lo que resultarán excluidos, con correcta técnica, aquellos a los cuales corresponde pena de multa o de inhabilitación.¹¹

2. Prisión preventiva

La prisión preventiva, al ser considerada simple medida cautelar, sólo corresponderá cuando el delito o los delitos que se investiguen tengan pena privativa de libertad mayor de dos años, pues si la misma fuese menor podría caber la condena de ejecución condicional, y aquí se trata de evitar, siempre que sea posible, la entrada a la cárcel de quien está destinado a salir de ella a corto tiempo, puesto que ello acarrea más males que beneficios, y aun en caso de pena menor de los dos años, si no correspondiera la excarcelación, ya que jugarán en el ánimo del magistrado distintos elementos de juicio o indicios que permitan presumir que el imputado tratará de eludir la ejecución de la pena. Tampoco procederá con respecto a los menores.

Varias previsiones deben destinarse a aquellos a quienes se les ha dictado la prisión preventiva, tendientes todas a una mayor individualización de los procesados, paso previo al de la individualización de los condena-

¹⁰ Abraham Bartoloni Ferro, El auto de procesamiento, en *Revista de Derecho Procesal*, 1948, año VI, 1.^a parte.

¹¹ Ricardo Levene (h), "El reciente Congreso de Corrientes y la unificación del Derecho Procesal Penal Argentino", en *Diario de Jurisprudencia Argentina*, 9 de noviembre de 1962.

dos. Sexo, edad avanzada, minoridad, educación, antecedentes y naturaleza del delito que se investiga, etcétera, son causales de distinto alojamiento y clasificación.

En todos los casos se dejará establecido el derecho de los detenidos de recibir visitas y atención médica particular, —claro está que sin excluir ésta la obligación que tiene el establecimiento carcelario de proveer su médico oficial— de mantener correspondencia, etcétera, todo ello dentro de las reglamentaciones y límites legales.

También se legalizará una práctica humanitaria consistente en dejar a los detenidos que asistan a algún pariente cercano en caso de muerte o de grave enfermedad.

3. Excarcelación

Por las mismas razones expuestas precedentemente, se concederá la excarcelación cuando el delito o los delitos (se contempla así el caso de concurso o la reiteración) estén reprimidos con pena privativa de libertad que no exceda de los seis años —se refiere a la suma de los máximos de las penas, que no debe exceder de seis años, conforme a lo dispuesto en el artículo 55 del Código Penal— o cuando no obstante se supere dicho límite, pueda proceder *prima facie* una condena de ejecución condicional de acuerdo al artículo 26 de la ley de fondo. Se buscará siempre evitar un encarcelamiento temporario, con todas sus graves consecuencias.

El proyecto debe ser el primero en llevar valientemente a la práctica una posición doctrinaria que siempre hemos sostenido,¹² tendiente a suprimir las cauciones reales y personales, que en realidad condicionan la obtención de la libertad a factores simplemente económicos.

Creemos que precisando con corrección en qué casos puede acordarse la excarcelación y en cuáles la misma no es procedente, quedan llenados los únicos recaudos que la ley exige, tendientes a obtener que el imputado cumpla las condiciones que le impone el juez y se someta, oportunamente y en caso que corresponda, a la ejecución de la sentencia condenatoria. Una vez ello logrado, no interesa la clase de caución, debiéndose recordar que hasta ahora, tanto la personal como la real no han tenido el objeto antes indicado, sino que han encubierto una verdadera prisión por deudas, buscándose con ellas, tan sólo, el resarcimiento del daño material o moral causados por el delito. De ahí que baste con la caución juratoria, que se podrá acordar en cualquier estado del proceso, después de dictado el auto de procesamiento, que efectúa la calificación legal del hecho, presupuesto necesario para decidir sobre la misma, pues de ella resultará la penalidad aplicable, superior o inferior a los seis años de pena pre-

¹² *Derecho Procesal Penal, op. cit.*, nota 6; *Manual de Derecho Procesal Penal; El Proyecto de reforma del Código de Procedimiento Penal; El Código de Procedimientos en lo Penal para la Provincia de La Pampa; Bases para la unificación del Derecho procesal penal argentino, etc.*

ventiva de libertad marcados como límite para conceder o negar la excarcelación.

Destaquemos asimismo, que ésta podrá ser acordada de oficio, cuando el imputado hubiere comparecido espontáneamente a estar en juicio, o fuere citado, en vez de ordenarse su detención, por no corresponderle pena privativa de libertad al delito que se le atribuye, por ser *prima facie* procedente su condena en forma condicional, o por ser procedente su excarcelación.

Por supuesto que puede ser solicitada por el imputado o su defensor y que debe tramitarse de inmediato, tanto por el Ministerio Fiscal como por el juez, admitiéndose la revocatoria del auto que la concede.

No procederá cuando hubiere vehementes indicios de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia (peligrosidad, falta de residencia, rebeldía, condena anterior sin haber transcurrido el término fijado por el artículo 53 del Código Penal), o proseguirá su actividad delictiva. Y por último, el juez podrá imponer al excarcelado determinadas obligaciones referentes a su lugar de residencia, prohibición de concurrir a determinados sitios, presentación a la autoridad, abstención de determinada actividad, etcétera, es decir, las mismas condiciones que pueden imponerse en un auto de procesamiento sin prisión preventiva.

Y llevando a la práctica una construcción jurisprudencial, para facilitar aún más la recuperación de la libertad, agregaríamos el supuesto —que sólo encontramos en el Proyecto de 1948 para la Capital Federal—, del imputado que, sin mediar todavía sentencia, lleva ya cumplida la pena requerida por el Ministerio Público, si ésta se ajustare, *prima facie*, a las constancias de la causa.

Todas estas normas no deben ser aplicables a los menores. De tal manera cumpliremos con lo resuelto en el Congreso de Derecho Procesal de Corrientes cuya base 11 dice: “La libertad provisional (eximición de prisión o excarcelación) podrá concederse bajo determinados requisitos, pero sin que en ello incidan las posibilidades económicas del procesado”, agregando la recomendación 6a.: “Como defensa de la libertad individual se recomienda: a) Que el tribunal pueda conceder de oficio la libertad provisional (eximición de prisión o excarcelación)”.

4. Sobrescimiento

Reiteradamente, la doctrina y los congresos sobre la materia que se han efectuado hasta la fecha, han postulado la supresión del sobreseimiento provisional. Recientemente el Congreso de Derecho Procesal de Corrientes aprobó en su última base, la 22, de la sección de derecho procesal penal, que “debe eliminarse de las legislaciones procesales penales el sobreseimiento provisional”.

Pues bien, a pesar de ello, a pesar de las grandes críticas que se le han efectuado, Códigos modernos como los de Córdoba (1939), Mendoza (1950), La Rioja (1950) y Salta (1961), y proyectos recientes como los

preparados para la Capital en 1943, 1948 y 1960 y para la provincia de Buenos Aires en 1943, mantienen el sobreseimiento provisional, disfrazándolo, por así decirlo, en un título o capítulo que las leyes de Mendoza, Córdoba, La Rioja y Salta y los proyectos de 1960 para la Capital y de 1943 para Buenos Aires denominan "prórroga extraordinaria de la instrucción", que se acuerda por un término que varía, pero que en el proyecto de 1960 es de seis meses a tres años, para el caso de que vencido el término fijado para la duración de la instrucción, no correspondiere sobreseer ni hubiere pruebas suficientes para la elevación a juicio. Los proyectos para la Capital de 1943 a 1948 se refieren más francamente al sobreseimiento provisional.

Nosotros pensamos que un proceso no puede quedar abierto indefinidamente a la expectativa de la aparición de nuevas pruebas y en espera de la prescripción, y que si ya se prevé una prórroga a la duración de la instrucción, que el juez solicitará a la Cámara, a lo que se agrega que en casos de suma gravedad y muy difícil investigación, puede acordarse esa prórroga sin plazo, es innecesaria otra "prórroga extraordinaria". Precisamente, esas características de gravedad y, sobre todo, de muy difícil investigación, son las que impiden casi siempre declarar en poco tiempo un sobreseimiento del tipo llamado "definitivo". Se plantea en esos casos graves dudas y, acuciado por los términos, el magistrado echa mano del socorrido recurso del sobreseimiento provisional, puesto que todavía no tiene elementos de juicio como para sobreseer definitivamente o dictar la prisión preventiva. Pero si se deja a su criterio proseguir la investigación todo lo que sea necesario, en estos casos excepcionales, ya no será preciso mantener una institución tan resistida.

De ahí que el proyecto deba legislar directamente el sobreseimiento, sea total o parcial, que podrá ser dictado en forma de sentencia, ya que se decide el fondo del asunto, tanto por el juez de instrucción como también por la Cámara, si se hubiere extinguido la acción penal o cuando ésta efectuare una instrucción suplementaria. Se cerrará así definitiva e irrevocablemente el proceso, con relación al imputado a cuyo favor se dicta, decisión que tendrá autoridad de cosa juzgada.

La declaración de que el proceso no afecta el buen nombre y honor que hubiere juzgado el imputado, se debe limitar a los casos en que procede el sobreseimiento cuando el hecho investigado no se cometió, o no lo fue por el imputado, o cuando aquél no encuadra en ninguna figura penal. Se excluirán los supuestos de inimputabilidad, exculpación, justificación, excusas absolutorias y extención de la acción penal, con lo que creemos haber alcanzado una solución justa en este problema, que fluctúa entre la declaración en todos los casos y la eliminación lisa y llana de la misma.

Estas causales deberán ser analizadas, de ser posible, en ese orden, al pronunciarse el juez, y su resolución será apelable ante la Cámara en

lo Criminal, por el agente fiscal, el imputado o su defensor, según los casos, es decir, que no tendrá esa facultad el actor civil.

No somos partidarios de que la sentencia de sobreseimiento sea elevada al Tribunal de Alzada en consulta, como se propugna en el proyecto de 1960 para la Capital (artículo 342^o), con el propósito de dar mayor garantía a los intereses privados, como se dice en su exposición de motivos, precisamente porque si se elimina de entre los apelantes al actor civil para no acordarle una "facultad propia del órgano de la acción penal", no podemos darle esa facultad en forma encubierta, creando pura y exclusivamente en su beneficio esa consulta, puesto que las otras partes tienen ya la facultad de apelar.

5. Excepciones

Las excepciones que el Código vigente enumera en el artículo 443 deben resumirse a los casos de falta de jurisdicción o de competencia y a la falta de acción, porque no se pudo promover o no fue legalmente promovida, o no pudiere ser perseguida, o estuviere extinguida la acción penal.

Repitiendo la explicación que al respecto da el proyecto de 1960 para la Capital Federal en su exposición de motivos, diremos que la acción penal no se puede promover cuando el imputado se halla sometido a proceso por el mismo hecho (*litis pendencia*) o ya ha sido juzgado por el mismo (cosa juzgada), o cuando tratándose de acción dependiente de instancia privada, no la instauró el titular del derecho, que resultará de lo dispuesto en el artículo 72 del Código Penal, o cuando haya otro obstáculo de orden legal, como podría ocurrir, según lo dispone el artículo 74 de ese cuerpo de leyes, con el delito de adulterio en el que, previo a la acción penal, se exige el divorcio por esa causa.

La acción penal no estará legalmente promovida si no hubo sumario de prevención policial ni requerimiento del Ministerio Fiscal, o si la querrela para los delitos de acción privada no llena los requisitos legales, o si la promueve quien no ha sido ofendido por el delito (falta de acción), o cuando el querellante es incapaz, o su representante no actúa con poder suficiente (falta de personalidad).

La acción penal no puede proseguir, aunque se haya iniciado correctamente, cuando el proceso tropiece con obstáculos fundados en privilegios de orden constitucional (desafuero, antejuicio), o existan cuestiones prejudiciales.

Y, finalmente, la acción tampoco podrá proseguir cuando se extinga la acción penal lo que ocurre, según el artículo 59 del Código Penal, por la muerte del imputado, amnistía, prescripción y renuncia del agraviado en los delitos de acción privada.

El trámite, que no interrumpirá la instrucción, debe efectuarse por incidente separado: las excepciones podrán ser impuestas por cualesquiera de las partes; la resolución será apelable.

6. Clausura de la instrucción y elevación a juicio

La instrucción podrá clausurarse en tres formas; 1) cuando el agente fiscal, al dársela vista por 6 días, prorrogables por otros tantos, en casos graves y complejos, se expida solicitando la elevación de la causa a juicio y el defensor del imputado concuerde con las conclusiones de su dictamen, y no deduzca excepciones o se oponga a dicha elevación; 2) cuando el juez dicte el auto de elevación a juicio, conforme al pedido fiscal, después de resolver la oposición del defensor a esa medida; 3) cuando se dicte el sobreseimiento, que puede ser solicitado por el defensor.

Mientras el auto de elevación a juicio debe ser inapelable, en lo que no seguimos a la mayoría de la legislación, sí lo será por el agente fiscal el sobreseimiento. Pensamos que la imposibilidad de apelar dicho auto es lógica consecuencia de ser el mismo posterior al auto del procesamiento, que sí lo es por el imputado, y del hecho de preverse con todas las garantías posibles para el mismo los trámites previos, que incluyen un dictamen fundado del Ministerio Fiscal, la posibilidad de que éste solicite nuevas diligencias probatorias, que el juez las practique y le devuelva el sumario para que emita nuevo dictamen, y que las conclusiones de éste, si pide elevación a juicio, sean pasadas en vista al defensor, que podrá oponerse a esa elevación, o deducir excepciones, lo que determinará una resolución judicial. Por otra parte, el auto de elevación a juicio deberá ser fundado y contener varios requisitos, bajo pena de nulidad, todo lo cual hace conveniente su inapelabilidad, por rodearse el procedimiento de todas las garantías de seriedad y por razones de economía procesal.

En lo que se refiere a la disconformidad del agente fiscal con el sobreseimiento, también acá nos apartamos de los modelos legislativos que seguimos; pues ellos dejan el poder decisorio en manos del fiscal de Cámara, como lo hace el actual Código de la Capital. Nuevamente aquí aspiramos a que el Ministerio Público ocupe su verdadero lugar, de por sí importante, sin invadir la esfera jurisdiccional.

VII. Juicios

1. Juicio común

Como ya hemos dicho, nos apartamos de otras legislaciones argentinas y extranjeras al no tratar la llamada citación directa —denominación con que ahora los últimos proyectos intentan reemplazar a la instrucción sumaria—, aunque ambas sean prácticamente la misma cosa, porque entendemos que toda instrucción, para que acuerde las mayores garantías a todos, debe ser judicial o formal y que en aquélla, cada función, la de acusar y la de decidir, debe estar bien delimitada. No somos partidarios de que el agente fiscal pueda citar, detener, interrogar y conceder excarcelación al imputado (artículo 373 del Proyecto de 1960, para la Capital Federal), por más garantías que se le den a éste, puesto que no es un

juez, y en cuanto a la mayor celeridad en el proceso en el caso de delitos leves, de poca importancia, se conseguirá lo mismo con un procedimiento correccional simplificado y en manos del juez correspondiente.

Además, esta citación directa se organiza sobre la base de un procedimiento mixto y algo confuso, ya que en ciertos casos (ver por ejemplo el artículo 369 del Proyecto antes citado), aquélla no es procedente y entonces el agente fiscal debe requerir instrucción formal, lo que será decidido por el juez.

Concordando con el Código de Salta (artículo 382) y la reforma del de Mendoza, efectuada por la ley número 2608 de esa provincia, del 23 de noviembre de 1959, que modifica el artículo 382 del Código, estableceríamos que dentro de los tres primeros días del plazo acordado por dicha norma —diez días— el actor civil deberá formular su demanda, bajo pena de tenerlo por desistido. De tal manera, —como dijéramos, y se sostuvo en el Congreso de Derecho Procesal Penal de Corrientes, se aprobó una recomendación análoga— se le darán al demandado al menos siete días para poder producir la prueba con conocimiento de los términos de la demanda y no se le coartará su derecho de defensa.

El tribunal podrá rechazar las pruebas que no considere pertinentes o fueren superabundantes. Para las que fueren aceptadas, vencido el término de citación a juicio, o, en su caso, cumplida la instrucción suplementaria que puede ordenar el presidente con respecto a los actos de la instrucción omitidos o que no se hubieren podido cumplir, o a las declaraciones que presumiblemente no se podrán tomar más adelante, el presidente fijará día y hora para el debate correspondiente, con un intervalo no menor de diez días, que puede ser reducido con su conformidad y la de las partes.

Otras disposiciones preverán la unión y la separación de juicios, según se hubieren formulado diversas acusaciones por el mismo delito, atribuido a varios imputados, o se atribuyan varios delitos a uno o más imputados, respectivamente, y una nueva posibilidad de sobreseer, por razones de imputabilidad o extinción de la acción penal, así como también la indemnización y gastos del traslado y estadía de los testigos, peritos e intérpretes, que serán anticipados por el actor civil y el civilmente demandado para los que ellos ofrezcan. El Estado, por su parte, abonará los que proponga el Ministerio Fiscal y el imputado, con cargo a este último, naturalmente para el caso que resultare condenado. Asimismo el Estado costeará y anticipará estos gastos, si los testigos, peritos e intérpretes ofrecidos por las dos partes civiles lo fueren asimismo por el Ministerio Fiscal y el imputado.

2. Debate

El debate debe ser oral y público. Éstas serán sus características fundamentales; las hemos analizado *in extenso* al referirnos en general a los principios de la reforma, que la deben enrolar decididamente en el sistema acusatorio. A ese análisis nos remitimos *brevitatis causa*. Sólo señalamos

ahora que esa publicidad únicamente encontrará excepciones cuando haya razones en contra sustentadas en la moral o la seguridad pública, lo que se fundará.

Se especificará quienes, a pesar de la publicidad, no tendrán acceso a la sala de audiencias, pudiéndose asimismo alejar determinadas personas o limitar el número de asistentes cuando lo aconsejen razones de orden, higiene, moralidad o decoro.

La continuidad, otro de los principios básicos del sistema acusatorio, se garantizará especificando las causales que permiten una suspensión de la audiencia por un término que no puede exceder de los diez días, bajo pena de tener que efectuarse el debate de nuevo.

De acuerdo con lo que hemos sostenido en trabajos anteriores, daríamos, como otros códigos y proyectos, grandes facultades de policía y disciplinarias al presidente de la Cámara, tanto más necesarias cuanto se deben imponer a los asistentes ciertas normas de conducta tendientes a evitar incidencias, provocaciones, atentados al orden o al decoro debidos, y aun expresiones de opiniones o sentimientos.

Y para terminar esta parte incorporaríamos dos disposiciones del excelente proyecto redactado para la provincia de Buenos Aires en 1943. Una de ellas se refiere a la obligación del fiscal y la del defensor de asistir a la audiencia, y a las facultades del tribunal para el caso que no lo hicieren. La otra, de orden práctico, permite al tribunal a realizar la audiencia en un lugar de su circunscripción distinto al de su sede, cuando con ello se obtenga una mejor y más eficaz investigación y una más pronta solución de la causa.

Con respecto a los actos del debate, hemos escrito que:

la llave del mismo, mucho más que en el procedimiento escrito, es el juez, es decir, el tribunal y, especialmente, su presidente. De él depende la marcha del debate, la utilidad y conducción de los interrogatorios al fin perseguido que, como se sabe, es la averiguación de la verdad real, la discriminación entre pruebas útiles e inútiles, el impedir el verbalismo exagerado y declaratorio, que es uno de los males que se achacan a este sistema, y, sobre todo, no dejarse impresionar por los efectismos.

De ahí que el presidente deba dirigir el debate, ordenar las lecturas necesarias, hacer las advertencias legales y recibir los juramentos, moderando la discusión, impidiendo preguntas y derivaciones impertinentes, todo ello sin coartar el ejercicio de la acusación y la libertad de defensa.

Debe darse una última oportunidad para plantear las nulidades, las cuestiones referentes a la constitución del tribunal, a los testigos, peritos e intérpretes, documentos, unión o separación de juicios e incompetencia por razón de territorio. La incompetencia por razón de la materia debe ser declarada en cualquier estado del proceso.

Todas estas cuestiones preliminares deben ser tratadas en un solo acto, a menos que el tribunal resuelva considerarlas sucesivamente. Para ello

se oír a una vez a todas las partes, después de lo cual se interrogará al imputado, previéndose su negativa a declarar y la posibilidad de que se efectúen nuevas preguntas aclaratorias.

Por razones de buen orden y economía procesal, evitándose así que la causa deba volver a instrucción, se permitirá al fiscal ampliar su acusación siempre que surgieren hechos —que no tienen por qué ser necesariamente integrantes del delito continuado— o circunstancias agravantes no contenidas en su requerimiento o en el auto de remisión a juicio, pero que estén vinculadas al delito que se investiga. Naturalmente, a fin de garantizar el derecho de defensa, el presidente explicará al imputado esos nuevos hechos o circunstancias, pudiendo suspenderse el debate para que ofrezca nuevas pruebas o prepare su defensa. De tal manera no se alterará en lo substancial a la acusación.

Concordantemente, y con el mismo espíritu, se permitirá recibir nuevas pruebas, manifiestamente útiles, lo que puede efectuarse de oficio o a pedido de parte, tanto si fueren desconocidas como si hubieren carecido de importancia hasta ese momento del debate.

Otros derechos deben acordarse al imputado sin afectar el buen orden del juicio: declarar todas las veces que considere oportuno, aunque el presidente puede impedirle toda divagación; hablar con su defensor, pero sin que con ello se suspenda la audiencia, ni tampoco lo podrá hacer durante su declaración o antes de responder a preguntas que se le formulen.

En cuanto al orden de recepción de las pruebas, salvo que el tribunal establezca otro, comenzará con la lectura de las pericias, por lo menos en su parte sustancial; se interrogará a los peritos, que podrán presenciar determinados actos del debate y efectuar las operaciones del caso en la misma audiencia; los intérpretes se regirán por las mismas disposiciones y después se examinará a los testigos, comenzando por el defendido. Se presentará a las partes y a los testigos los elementos de convicción para que los reconozcan; se practicará, aun de oficio, la inspección de lugares y se leerá, si lo cree conveniente el tribunal, la denuncia y otros documentos; las declaraciones de coimputados ya absueltos o condenados, o prófugos; las actas judiciales de la causa o de procesos agregados *ad affectum videndi* o *ad affectum probandi* y las actas policiales.

Todos los miembros de la Cámara y las partes podrán efectuar preguntas a los testigos, peritos o intérpretes y a las partes, rechazando el presidente las inadmisibles, y se podrán suplir declaraciones testimoniales con la lectura de las ya prestadas en instrucción, como marcada excepción al sistema de oralidad que priva en la audiencia.

Se contemplará el procedimiento a seguir para el caso que alguno de los testigos, peritos o intérpretes cometiere presumiblemente el delito de falso testimonio; finalizada la recepción de toda la prueba, las partes, por el orden que se establece, alegarán sobre la misma, presentando, verbalmente siempre, sus acusaciones o defensas. La última réplica corresponderá al defensor, de acuerdo a nuestra tendencia de robustecer en todo

lo posible sus facultades y facilitarle su labor y, concordantemente, antes de cerrar el debate, el presidente preguntará al imputado si tiene algo más que alegar.

De todo ello se levantará, bajo pena de nulidad, un acta, que redactará el secretario, que contendrá las referencias personales de los magistrados actuantes, de las partes, de los testigos, peritos e intérpretes cuyas declaraciones podrán ser resumidas, grabadas o taquigrafiadas; las instancias y conclusiones de las partes; otras referencias que éstas soliciten o que ordene el presidente y, por supuesto, la fecha, el lugar de la audiencia y las firmas.

3. Sentencia

El principio de la continuidad debe ratificarse disponiendo que apenas terminado el debate, los jueces pasarán inmediatamente a deliberar en sesión secreta.

Se debe fijar el orden de las cuestiones que, en lo posible, deben considerarse, y el contenido de la sentencia.

Los votos deben ser motivados y emitidos en el orden del sorteo que se efectúe en cada caso. La sentencia se dictará por mayoría de votos, y para ello una vez más se ratifica el sistema probatorio de la sana crítica, ya explicado y diferenciado del de las pruebas legales y del de las libres convicciones.

Otra marcada diferencia con la restante legislación debe consistir en disponer que, cuando la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora hagan necesario diferir la redacción de la sentencia, su íntegra lectura se efectuará en nueva audiencia, que tendrá lugar en un plazo que no excederá de cinco días.

Como se ve, no se leerá de inmediato primero y tan sólo el veredicto o parte resolutive, como dice ahora el Proyecto de 1960, para la Capital Federal, y se redactarán después en un plazo determinado los fundamentos de la sentencia, como ocurre actualmente en varias provincias argentinas, pues este sistema, a nuestro entender, altera el mecanismo lógico de la sentencia, aunque el fallo se redacte después de una liberación del tribunal como dice Alfredo Velez Mariconde en un trabajo sobre el juicio oral,¹³ defendiendo la disposición del código que él redactara. Y en cambio, tanto en este tema como en el anterior, seguimos las bases 15a. y 16a. aprobadas por el Congreso Nacional de Corrientes, que disponen: "las pruebas serán apreciadas conforme a las reglas de la sana crítica" y "habrá unidad de veredicto y sentencia", respectivamente, ambas propuestas por nosotros a dicho congreso.

Es que, como sostuvieramos en el mismo y repitieramos en las recientes jornadas sobre el juicio oral y el proyecto de Alfredo Velez Mariconde para la Capital Federal, organizadas por el Centro de Estudios de Derecho

¹³ Alfredo Velez Mariconde, "Los defectos del juicio escrito y las ventajas del oral" publicado en *Jurisprudencia Argentina*, 23 de mayo de 1948, núm. 3056.

Procesal, la experiencia nos enseña que, precisamente, en los casos graves y complejos, el magistrado necesita de tiempo suficiente para estudiar antecedentes, analizar las pruebas y, sobre todo, pensar serenamente. Separar temporalmente dos elementos (los fundamentos y el veredicto o parte resolutive), enunciarlos públicamente por separado y, para peor, al revés, ¿no encierra el gravísimo peligro de que el magistrado, que al terminar la audiencia, enuncia de inmediato su veredicto y después se dedica, durante el plazo de tres o cinco días que le dan los códigos, a preparar y redactar los fundamentos de aquél, compruebe su error, en este caso, irreparable error judicial?

Una cláusula debe prever la posibilidad de que al retirarse a deliberar el tribunal, estime que es absolutamente necesario recibir nuevas pruebas o ampliar las recibidas, en cuyo caso se podrá reabrir el debate a ese solo fin. Esta facultad correspondería a la de las actuales medidas para mejor proveer.

Debe darse libertad al tribunal, permitiéndosele apartarse de la calificación jurídica del auto de remisión o juicio o del requerimiento fiscal. Se tratará siempre, por supuesto, de que el hecho sea el mismo, con lo cual no se afectará el derecho de defensa. Si resultare distinto se remitirá la causa al juez que corresponda.

4. *Juicio correccional*

Sabemos bien que a pesar de lo dispuesto en el artículo 569 del Código vigente, el procedimiento actual ante la justicia correccional no es ni verbal ni actuado. Por el contrario, una continua delegación de funciones en la policía, una serie de audiencias, totalmente innecesarias, que resultan de lo dispuesto en los artículos 570, 575, 576, etcétera, han desnaturalizado lo que debería ser un juicio correccional que, por sus características, especialmente la menor importancia de los hechos que investiga y resuelve, es el que mejor puede aprovechar, sin riesgo alguno, las modalidades de un procedimiento de tipo acusatorio.

Pues bien: otra de las recomendaciones del Congreso de Derecho Procesal celebrado en Corrientes —la 19ª— decía “El proceso correccional será instruido en única instancia por un juez especial”, el juez en lo correccional.

Debe tratarse de llevar a la práctica este principio, sin que por ello se dejen de lado los correspondientes a la oralidad, intermediación, publicidad, continuidad, etcétera. De ahí que, limitado a los delitos sancionados con un máximo de dos años de prisión, multa hasta de 2,000 pesos e inhabilitación, el juez en lo correccional deba instruir el correspondiente sumario —y no el agente fiscal mediante la llamada instrucción fiscal o sumaria, o citación directa— y posteriormente tener a su cargo el juicio, igual prácticamente al juicio común, con muy pocas diferencias, destinadas fundamentalmente a abreviar los plazos, en el que dispondrá de las funciones correspondientes al presidente y a toda la Cámara en lo Criminal. Es decir,

que en esta etapa del proceso correccional, habrá un juicio oral, con citación al mismo, ofrecimiento de prueba por las partes, posibilidad de instrucción suplementaria, designación de audiencia —salvo que el imputado confiese circunstanciada y llanamente su culpabilidad—, planteo de cuestiones preliminares, declaración del imputado, recepción de la prueba, discusión final y sentencia. En ésta se podrá suprimir la deliberación, si se la dicta inmediatamente después de cerrado el debate.

También aquí mantenemos nuestra posición con respecto a la unidad ideológica y temporal que, a nuestro entender, debe existir entre los fundamentos de la sentencia y el veredicto. Asimismo nos apartamos de la legislación común en cuanto hace imperativo para el juez la absolución o el sobreseimiento solicitado por el Ministerio Fiscal, o cuando no le permite imponer una sanción más grave que la solicitada por este último (Proyecto para la Capital Federal 1960, artículo 450), porque esto significa el predominio de la opinión de una de las partes por sobre la voluntad y decisión jurisdiccional.

Nos separamos finalmente de algunos códigos y proyectos modernos que en el juicio correccional admiten que se tome conjuntamente juramento a todos los testigos, puesto que de tal manera, por ganar muy pocos minutos de tiempo, se pone en peligro la seriedad y la efectividad de prueba tan importante como lo es la testimonial, según decíamos en otro de nuestros trabajos.

Es cierto que el juramento no es por sí solo una garantía de exactitud, pero comprende al mismo tiempo un triple deber jurídico, religioso y ético, como síntesis de una obligación hacia el Estado, hacia Dios y hacia la moral. La declaración adquiere solemnidad mediante el juramento y éste refuerza en el testigo la conciencia de su obligación; pedir que se preste en forma exacta e individualmente, no es superfluo, pues así se le hace notar a cada testigo la importancia del acto que va a realizar.

5. *Juicio de menores*

El tribunal, sea el juez de primera instancia, (de instrucción o correccional, según la naturaleza del hecho), o la Cámara en lo Criminal, en la etapa del juicio, intervendrá cuando un menor de dieciocho años se halle acusado de haber cometido un delito. Las normas procesales serán, en general, las mismas que las que corresponden a los mayores de esa edad, con algunas excepciones que se especificarán derivadas de las modalidades y necesidades propias del caso (detención excepcional, alojamiento separado de los mayores, medidas tutelares, intervención en todos los casos del asesor de menores, asistencia mínima e indispensable del menor a los actos de la instrucción y del debate, no publicidad de éste, asistencia del menor por sus padres, tutor o guardador, posibilidad de reformar las medidas adoptadas por razones de seguridad y educación, etcétera), debiendo recordarse que se debe disponer que no les son aplicables a los menores las normas correspondientes a la prisión preventiva y a la excarcelación.

Cuando el imputado fuere menor de 18 años, sus derechos de parte podrán ser ejercidos también por sus padres o tutor.

6. *Juicio por delito de acción privada*

Eliminado en el proyecto el querellente en los delitos de acción pública, su actuación queda limitada a los delitos de acción privada que actualmente son, conforme al artículo 73 del Código Penal, el adulterio, calumnias, injurias, violación de secretos —exceptuándose el artículo 154— concurrencia desleal e incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuera el cónyuge, agregado este último del artículo 4 de la ley número 13.944.

En vez de elaborar un procedimiento especial limitado a la calumnia e injuria, como lo hace la ley vigente, se debe construir un tipo de juicio común a todos los delitos de acción privada, utilizando las disposiciones que el actual código destina al querellante, en los artículos 170 y siguientes. Así se podrán dictar normas generales, que determinarán quiénes tienen derecho a querellar, la unidad de la representación, la acumulación de causas, la forma y contenido de la querrela, la responsabilidad del querellante, su desistimiento expreso y tácito, con sus respectivos efectos, y organizar el procedimiento que, careciendo del periodo de la instrucción, comenzará con una audiencia de conciliación, previendo esta última a la retractación, admitirá una investigación preliminar y que se dicte en forma excepcional la prisión preventiva y el embargo de bienes del querellado, y seguirá, para el caso de que no haya habido conciliación ni retractación, con la citación a juicio, el debate, la sentencia y los recursos, que serán los comunes.

Naturalmente que estas normas generales a todos los delitos de acción privada, no impedirán las específicas, como son: en los delitos contra el honor, la publicidad de la retractación y la publicación de la sentencia y en el juicio por adulterio, la audiencia a puertas cerradas.

7. *Juicio de faltas*

Mientras que llegue el momento de que se dicte un orgánico código de faltas, con su correspondiente magistratura, que naturalmente, además de prever los hechos y su correspondiente sanción, regle el procedimiento respectivo, es prudente incorporar al proyecto unas pocas disposiciones que regulen el procedimiento de las faltas cuando la sanción, impuesta por la autoridad municipal o policial, exceda del mes de arresto o de los dos mil pesos de multa o del mes de inhabilitación, y sea apelada ante el juez de instrucción y en lo correccional, que actuará en tal grado y conocerá además de la queja por denegación de ese recurso.

De acuerdo a las mismas, el reconocimiento de su culpabilidad por parte del infractor y el hecho de que no se necesite efectuar otras diligencias, permitirá al juez dictar, sin más trámite, resolución, la que será

fundada. En caso contrario, se citará a debate, que será breve y oral, escuchándose al imputado, que podrá ser asistido por defensor —aunque aquí el juez no está obligado a designárselo de oficio—, al funcionario o empleado que hubiere actuado y a los testigos, después de lo cual se dictará resolución, por decreto fundado. Esta audiencia puede ser prorrogada, excepcionalmente, por un término de tres días, durante los cuales el juez puede disponer la detención o libertad, bajo caución o no, del imputado. La resolución final del juez es irrecurrible en general, excepto en lo que respecta a los recursos de inconstitucionalidad y revisión.

VIII. Recursos

La sección correspondiente a los recursos debe comenzar con un capítulo de disposiciones generales, que se refieran a las partes a las que corresponde el derecho de recurrir; a los recursos que tiene el Ministerio Fiscal, aun en favor del imputado y no obstante dictámenes contrarios que se hubieren emitido antes; a los del imputado, que podrá recurrir inclusive de una sentencia de sobreseimiento o absolutoria, si se le impusiere una medida de seguridad; a los del actor civil y del civilmente demandado; a las condiciones de interposición, entre las que destacamos la motivación, que también es obligatoria para quien se adhiere al recurso concedido a otro; a los recursos que se pueden deducir durante el juicio; a los efectos (extensión, si hay varios imputados, y suspensión, salvo que se disponga expresamente lo contrario); a los casos en que procede el rechazo del recurso y la jurisdicción que éste atribuye al Tribunal de Alzada, en donde se define el problema de la *reformatio in peius*, que queda prohibida, con lo que seguimos a la última jurisprudencia sobre la materia; al desistimiento, que no perjudicará a los demás adherentes o recurrentes y que se hace extensivo al Ministerio Fiscal, tanto para sus propios recursos como para los interpuestos por un representante de grado inferior.

En un trabajo anterior decíamos que “no creemos conveniente obligar a los representantes del Ministerio Fiscal a interponer los recursos legales contra las resoluciones adversas, lo que no significa, por cierto, dejarlos en libertad de acción ni darles la oportunidad de convencerse ante los argumentos de la decisión judicial”. La disposición que propiciamos eliminará toda duda sobre la aplicación del decreto del Poder Ejecutivo de la nación de 7 de junio de 1934, en vigencia en la Capital Federal y en varios antiguos territorios que tenían y tienen el mismo código.

Señalamos también que no se legislará el llamado recurso de aclaración, porque entendemos que técnicamente no corresponde hacerlo aquí y dado que debe preverse la posibilidad de que el tribunal, de oficio o a pedido de parte, rectifique cualquier error u omisión material contenidos en la resolución, siempre que ello no importe una modificación esencial.

Tampoco se tratará el recurso de nulidad, pues lo que se contempla

son los motivos de nulidad, que pueden ser invocados en otros recursos, como ser el de casación.

1. *Reposición*

Es necesario modificar muy poco la estructura actual de este recurso, que quedará limitado a los autos dictados sin sustanciación, excluyéndose así las sentencias y los decretos, y los autos dictados previa vista o traslado a las partes. De tal manera, la parte que no ha sido oída antes de dictarse el auto, tendrá una oportunidad para lograr su rectificación, para lo cual presentará un escrito fundado. La resolución que recaiga sobre el asunto hace ejecutoria, a menos que el recurso hubiere sido deducido junto con el de apelación en subsidio y éste sea procedente.

2. *Apelación*

Al establecerse el juicio oral, de instancia única para las cuestiones de hecho, y con recurso de casación para las de derecho, el de apelación queda reservado para la etapa instructora: sentencias de sobreseimiento, autos interlocutorios y resoluciones expresamente declaradas apelables o que causen gravamen irreparable.

Consecuentes con nuestro criterio de que el Ministerio Fiscal es una de las partes del proceso, no imitaremos al Proyecto de 1960 para la Capital Federal, en cuanto dispone expresamente que aquél deberá fundamentar el recurso de apelación (artículo 495).

El procedimiento se simplificará extraordinariamente, puesto que si el recurso no es desistido o rechazado, se fijará una audiencia, en la que las partes podrán informar por escrito o verbalmente, debiendo pronunciarse el tribunal, haya habido o no informe, dentro de los cinco días siguientes a la audiencia.

3. *Casación*

Como decíamos, el recurso de casación —que los proyectos para la provincia de Buenos Aires de 1943 y 1961 denominan de inaplicabilidad de ley—, consecuencia del juicio oral, de única instancia para las cuestiones de hecho, quedará limitado a los casos de inobservancia o errónea aplicación de la ley de fondo, sea penal o civil, que también se tendrá que aplicar cuando se ejercite la acción civil y se deba indemnizar el daño moral y material causado por el hecho delictuoso, y a los de inobservancia de las normas procesales establecidas bajo sanción (inadmisibilidad, caducidad, nulidad), siempre que el recurrente haya reclamado en tiempo la subsanación del defecto o hecho protesta de recurrir en casación, condiciones éstas de las que se excluyen los casos de nulidad absoluta. Como se ve, desde este segundo aspecto, el procesal, el recurso de casación tendrá la importante función de reparar las nulidades, mientras que en el pri-

mero, desde el punto de vista de la ley sustantiva, logrará su interpretación unitaria.

Este recurso podrá deducirse contra las sentencias definitivas y los autos que pongan fin a la acción o a la pena, o hagan imposible su continuación, o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena (resoluciones sobre falta de jurisdicción, cosa juzgada, amnistía, indulto, prescripción, etcétera).

El Proyecto de 1960 para la Capital Federal prevé la creación de una corte especial de casación y, en consecuencia, no limita el recurso para ningún caso, cualquiera que sea la sanción. Nosotros, por razones de economía y de orden práctico creemos conveniente especificar los casos en que el Ministerio Fiscal, imputado, civilmente demandado, y actor civil, pueden, respectivamente, plantear ese recurso.

Ello se hará mediante escrito, que, en su caso, firmará un letrado, en el que se mencionarán las disposiciones legales que se consideran violadas o erróneamente aplicadas, especificándose por separado cada motivo.

Después de un término de diez días, durante el cual el expediente quedará en la oficina para ser examinado, se fijará audiencia para informar. En ella el debate será oral, debiendo regir la mayor parte las disposiciones aplicables al juicio común. La sentencia podrá dictarse de inmediato o en un plazo no mayor de veinte días.

Debe establecerse la casación sin reenvío, ya que si la resolución impugnada hubiere violado o aplicado erróneamente la ley sustantiva, el tribunal la casará y resolverá el caso con arreglo a la ley y a la doctrina cuya aplicación declare, con lo que se obtendrá una verdadera economía procesal. Pero cuando hubiere habido inobservancia de las normas procesales, se anulará lo actuado y se remitirá el proceso para su sustanciación al tribunal que corresponda.

4. *Inconstitucionalidad*

Estableceríamos este recurso para los casos en que se cuestione la constitucionalidad de una ley, ordenanza, decreto o reglamento que estatuyan sobre materia regida por la Constitución, y la sentencia o el auto fueren contrarios a las pretensiones del recurrente. Aquí se impugna la ley misma —en su sentido más lato— y por considerarla contraria a la Constitución, mientras que en el recurso de casación se impugna la forma en que se la interpreta o aplica. Si se prefiere a la ley, ordenanza, decreto o reglamento por sobre el derecho o garantía concedido por la Constitución, y que, por lo tanto, no se acepta o no se hace prevalecer, procederá el recurso de inconstitucionalidad, al que se le aplicarán las normas de la casación relativas al procedimiento y sentencia, debiendo el tribunal, al pronunciarse sobre el recurso, declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición impugnada.

5. *Quiebra*

Parte de la legislación limita este recurso a los casos de nulidad y apelación. Nosotros lo proyectaríamos en forma amplia, que comprende también los de casación e inconstitucionalidad.

Siguiendo en cambio al Código de Córdoba y a sus continuadores, no incluiríamos en este recurso el supuesto de retardada justicia, pues concordamos que él implica un caso de superintendencia. Aquí se trata, no de retardar los actos y resoluciones judiciales, sino del caso en el que indebidamente se deniega un recurso que en realidad procede ante otro tribunal, ante el cual se recurre directamente para que declare mal denegado el recurso.

6. *Revisión*

Una importantísima pero fundada excepción al casi inmovible principio de la autoridad de la cosa juzgada lo constituye este recurso.

Pero su razón de ser es clara; evitar, en lo posible, el grave daño del error judicial, y precisamente, a repararlo, debe destinarse una disposición, que, como en otras legislaciones provinciales —en la nacional no ha prosperado la tesis, que tiene acogida en el Proyecto de Código Penal de 1953— acepte la responsabilidad estadual.

Por estas mismas razones, no limitaríamos los casos en que procede el recurso, como lo hace el Código de Córdoba y los en él inspirados (artículo 528), que requiere que la condena sea privativa de libertad por más de tres meses, si hay error, cualquiera sea su consecuencia o alcance debe repararse.

El procedimiento, en lo posible, será el del recurso de casación, facultándose al tribunal, según el caso de que se trate, a remitir la causa a otro, o dictar directamente la sentencia que corresponda.

Nuevamente en defensa de la libertad personal, debe dictarse una previsión, que faculte al tribunal, mientras dure el trámite, a disponer la libertad provisional del condenado, con o sin caución.

IX. *Ejecución*

Se debe establecer la competencia del tribunal que dictó las resoluciones judiciales en primera (juez) o única instancia (Cámara en lo Criminal) para resolver todas las cuestiones o incidentes que se susciten durante la ejecución, debiendo hacer también las comunicaciones previstas por leyes específicas, como la del Registro Nacional de Reincidentes. En el segundo supuesto, la Cámara podrá comisionar a un juez, de la misma o de primera instancia, para que practique las diligencias que sean necesarias, pero las cuestiones de mero trámite serán despachadas por su presidente.

Tanto el Ministerio Fiscal como el interesado o su defensor podrán

plantear estos incidentes de ejecución, los que serán resueltos, previa vista a la parte contraria, en el término de cinco días. Sólo procederá el recurso de casación contra la resolución.

Se ordenará, que aunque sea recurrida, la sentencia absolutoria, será ejecutada de inmediato, intentándose así sistematizar una serie de disposiciones que, o no tienen cabida en la legislación vigente, siendo producto de la jurisprudencia o de la práctica, o se hallen dispersas en la misma, que, sin poder contemplar, por simples razones de cronología, las instituciones correspondientes del Código Penal actual, en cambio sí lo hacen con las del anterior de Tejedor de 1886, refiriéndose, como ya dijéramos, a las penas de muerte, destierro y sujeción a la vigilancia de la autoridad, derogadas por la ley de fondo vigente.

1. *Ejecución penal*

Se tendrán en cuenta normas concordantes, correspondiente, alguna, al capítulo dedicado a la prisión preventiva, y que preverá la salida por unas horas del establecimiento, bajo debida custodia, por razones morales, y otras al Código Penal, como las que reglan la transformación de la pena de multa en prisión, y la detención domiciliaria de mujeres honestas y personas mayores de 60 años o valetudinarias.

La revocación de la condena de ejecución condicional será de competencia del tribunal que la impuso, salvo que proceda la acumulación de penas, en cuyo caso, por ser más práctico, podrá ordenarla el que dicta la pena última.

2. *Libertad condicional*

Así como se contemplará la condena de ejecución condicional, otro capítulo debe tratar la libertad condicional. En él se admitirá la actuación de un defensor y se especificarán los puntos que debe contener el informe que efectúa la dirección del establecimiento donde se aloja el condenado al tribunal, a los que se podrán agregar dictámenes médicos o psicológicos, que se sumarán al informe del secretario del tribunal competente, sobre el tiempo de condena cumplido por el condenado y sus antecedentes.

Se debe admitir la intervención del Patronato, institución indispensable si se quiere que la libertad condicional cumpla los fines para los que está destinada.

3. *Medidas de seguridad*

Los modernos códigos penales destinan extensos títulos a las medidas de seguridad, que son curativas, reeducativas y relegatorias, distinguiéndolas de las penas y agrupándolas con ellas dentro del común denominador de sanciones.

Así, en el Proyecto de Código Penal que contribuyéramos a redactar, preveíamos medidas para inimputables peligrosos, bebedores habituales,

toxicómanos y homosexuales (artículos 87 a 89), y para reincidentes, reiterantes y habituales (artículos 90 a 93).

Precisamente, de este proyecto tomaríamos la disposición que faculta al internado en virtud de lo dispuesto en el artículo 34 inciso 1º del Código Penal, o a su representante legal, a nombrar un perito para que, con los oficiales, dictamine acerca de la casación de la medida de seguridad.

No obstante las pocas disposiciones que destina el Código Penal a esta materia —sin duda por la época en que se dictó— creemos conveniente este capítulo, que establecerá la vigilancia del tribunal que dictó la medida, las instrucciones que debe dar a la autoridad encargada de aplicarla y la inspección o vigilancia, por medio de delegados, de los menores, a quienes se coloca privadamente, con sanciones para quienes no faciliten esa inspección.

Al legislar las condenas pecuniarias se dejará sentado que, en principio, el tribunal que la dictó hará ejecutar la sentencia, que condene a restitución, reparación o indemnización de daños, satisfacción de costas y pago de gastos, si ello se pudiera hacer de inmediato y fuere factible; pero, en caso contrario, la ejecución se hará ante el juez civil que corresponda, conforme al código respectivo.

Aceptando la posición de la Comisión revisora del Proyecto de 1960 para la Capital Federal, remitiríamos casi todo el contenido del capítulo dedicado a las garantías, a las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles, que regirán todo lo referente a la sustitución del embargo o inhibición, del orden de los bienes embargables, la forma y ejecución de aquél, la seguridad, conservación y custodia de los bienes embargados, su administración, las variaciones que puede sufrir el embargo, es decir, su levantamiento, reducción o ampliación, y las materias de honorarios y tercerías, para todo lo cual se podrá aprovechar, como explicaba la Comisión antes mencionada, la elaboración jurisprudencial y doctrinaria ya efectuada sobre instituciones típicamente civiles. Tan sólo se dejará a salvo que el recurso de apelación tendrá efecto devolutivo, que el actor civil podrá pedir la ampliación del embargo decretado de oficio, prestando la caución que le fije el tribunal, y que estas diligencias se tramitarán por cuerda separada.

Se preverá finalmente el destino de los objetos decomisados y no reclamados y de las cosas secuestradas, y la competencia civil en caso de controversia; la rectificación en el caso de sentencias que declaran falsedades documentales, y sus efectos, según el documento fuere archivado o protocolizado; la obligación del Estado de anticipar los gastos procesales al imputado y a las demás partes que gocen del beneficio de pobreza, que toda resolución debe resolver el pago de las costas, y que éstas serán a cargo de la parte vencida que, no obstante podrá ser eximida, total o parcialmente, de ellas, cuando hubiere tenido una plausible razón para litigar, quiénes son las personas exentas de costas (Ministerio Público y mandatarios), y cuál es el contenido de las mismas.