

Fallos y doctrina de la Patagonia

Directores académicos

Gustavo A. AROCENA
José Daniel CESANO

STAFF

Ricardo Tomás KOHON
Aidé VÁZQUEZ VILLAR
Daniel Gustavo VARESSIO
Mario RODRÍGUEZ GÓMEZ
Fernando Marcelo GHISINI
Carlos Alberto LOSADA

Secretario de redacción

Juan Agustín GARCÍA

Doctrina

Las medidas cautelares en el proceso penal por delitos ambientales Por AIDÉE VÁZQUEZ VILLAR	5
Lugar del hecho Por CARLOS ALBERTO LOSADA.....	8
Defensa en juicio: La Regla del Contradictorio en la Investigación Fiscal Preparatoria del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba (Ley N° 8123) Por ALEJANDRO G. WEISS.....	20

Fallos

Aplicación del art. 27 bis, <i>in fine</i> , del Código Penal, en la suspensión del Juicio a Prueba.....	31
Salidas transitorias. Deber de fundamentación.....	35

Fallos y doctrina de la Patagonia es una publicación de Alveroni Ediciones (Duarte Quirós 631 - P.B., Local 1 - Tel. [0351] 4217842 - X5000ALM - Córdoba - Rep. Argentina - alveroni@arnet.com.ar)

Las opiniones vertidas en las notas firmadas son
responsabilidad exclusiva de los autores.

Año II - N° 2 - Marzo de 2007

Revista de aparición trimestral

Propiedad intelectual en trámite

Alveroni
Ediciones

www.alveroni.com

Las medidas cautelares en el proceso penal por delitos ambientales

Por AIDÉE VÁZQUEZ VILLAR*

I. Introducción

Nada más oportuno que iniciar estas reflexiones invocando uno de *Los principios de Johannesburgo*, establecidos en el Simposio Mundial de Jueces de 2002: “Un poder judicial y un proceso independientes resultan decisivos para la ejecución, el desarrollo y la aplicación coercitiva del derecho ambiental. El frágil estado del medio ambiente mundial requiere que el poder judicial, en calidad de custodio del imperio de la ley, aplique con decisión y sin temor las normas internacionales y locales pertinentes que contribuyan en la esfera del medio ambiente y el desarrollo sostenible, a la mitigación de la pobreza y al sostenimiento de una civilización duradera; asegurando a la generación presente una buena calidad de vida y no comprometiendo los derechos de las generaciones futuras”.

La tutela del ambiente justifica soluciones expeditas, por lo que interpretar ampliamente las atribuciones judiciales en esta materia no debe entenderse como una indebida limitación de libertades individuales, pues, como dice el profesor Mario Valls, “no hay libertad para dañar el ambiente ajeno”.

A diferencia de otros bienes, el medio ambiente es esencialmente escaso o limitado y su consumo deviene irremplazable, previéndose incluso en muchos casos su inminente agotamiento transformándose de tal modo en un recurso crítico. La repercusión directa que ello conlleva es la degradación de la calidad de vida, por lo que las medidas para hacer cesar el daño ambiental resultan de manifiesta necesidad y son impostergables.

No debe perderse de vista que el medio ambiente tiene una significación vital y social, que se impone por sobre las prerrogativas individuales respecto del mismo y de cualquier actividad que se desarrolle en el plano productivo.

Los intereses en juego son derechos de incidencia colectiva, que por su naturaleza y alcances deben primar en su tutela por encima de los derechos subjetivos individuales. Desde esa perspectiva, se impone la necesidad de preservarlos en forma inmediata mediante todas las herramientas legales disponibles.

El permanente cambio del medio ambiente y los seres biológicos, como de las actividades humanas, exige una normativa que acompañe esa constante evolución; lo que implica necesariamente soluciones expeditivas que no comulgan con los tiempos de los procesos judiciales, ni con las soluciones tradicionales de la ley.

Con acierto señala Ricardo LORENZETTI que los problemas jurídicos relativos al medio ambiente suscitan un cambio profundo que avanza sobre el orden del código, proponiendo uno distinto, sujeto a sus propias necesidades.¹

Es que las situaciones de riesgo inherentes al medio ambiente exigen que la tutela que brinda el derecho sea temprana y anticipatoria para evitar el daño grave e irreversible, ante la necesidad apremiante de asegurar la eficacia concreta de la prestación jurisdiccional en tiempo oportuno.

* Presidente del Foro de Jueces de la República Argentina por el Medio Ambiente. Vocal del Jurado de Enjuiciamientos de Magistrados de la Nación. Juez del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Neuquén.

¹ LORENZETTI, Ricardo L., *Las normas fundamentales de derecho privado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 483.

La tutela resulta entonces una decisión anticipada de mérito, que durará hasta que se la sustituya por el pronunciamiento definitivo dictado en el proceso; exteriorizándose a través de cautelares materiales como señala Roberto BERIZONCE.²

Todo ello ha provocado un gran debate teórico dada la transformación de la lógica jurídica basada en supuestos de certeza, al avanzar inexorablemente hacia el ámbito de la duda científica, de la incertidumbre.³

Evolución avasallante que repotencia la figura del juez y sus poderes al permitirle ejercerlos preventivamente, brindando soluciones en tiempo razonable. Siempre claro está, dentro de un prudente ejercicio dada la discrecionalidad en la valoración de los requisitos sobre la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora.

Muestra acabada y de gran mérito en la materia es el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica de 2004, que incluyó expresamente la tutela anticipatoria. Vemos así como las cautelares sustanciales avanzan hacia un territorio más dilatado, superando el horizonte de la tutela civil vinculada al derecho de propiedad y abarcando otros derechos como el de la personalidad, el de la calidad de vida, el de los consumidores, el del derecho a la intimidad, etc., para alcanzar finalmente las prescripciones constitucionales por la vía de las tutelas específicas en materia ambiental.

Sin embargo, en Argentina no existe una regulación orgánica de las tutelas anticipadas, pese a los avances de la doctrina y la jurisprudencia. Ello en gran parte debido a las prevenciones que existen para otorgar facultades genéricas y discrecionales a los jueces, y también por la resistencia de algunos de ellos que permanecen atados a la lógica del proceso tradicional. En la práctica vemos que las prerrogativas judiciales se limitan a situaciones excepcionales de urgencia impostergable y amenaza de daño irreparable, dentro del campo de las cautelares genéricas.

Nuestra Constitución a partir de la reforma de 1994, con la introducción del artículo 41, consagra una adecuada tutela del medio ambiente, delineándose así una nueva cultura jurídica que modifica inevitablemente los principios tradicionales avanzando en el camino de las garantías individuales y colectivas.

La Ley General del Ambiente 25.675 reglamentaria del artículo 41 de la Constitución Nacional, establece presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente sentando las bases para una política ambiental nacional. Ordena a esos fines establecer prioritariamente procedimientos adecuados para la minimización de los riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias, y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental.

Vemos como dicha normativa reproduce en gran medida la definición del principio precautorio adoptada en la Declaración de Río, que se traduce en la obligación de suspender o cancelar actividades que amenacen el medio ambiente, pese a que no existan pruebas científicas suficientes que vinculen tales actividades con el deterioro de aquél.

El artículo 32 expresamente faculta al juez interviniente a “disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general”.

Establece además que “en cualquier estado del proceso, aún con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse [...]”⁴.

El Alto Tribunal dispuso acertadamente diversas medidas tales como un estudio de impacto ambiental, el control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas, un ordenamiento ambiental del territorio, la presentación de un plan integrado y un programa de educación ambiental.

² BERIZONCE, Roberto O., “La tutela anticipatoria en los procesos colectivos”, *Doctrina JA*, edición del 30/11/2005, fascículo N° 9.

³ CAFFERATTA, Néstor A., *Principio precautorio y derecho ambiental*, La Ley, Buenos Aires, 2004-A-1202.

⁴ Principio receptado recientemente por la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal en “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)”. Allí la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó en el considerando 18 que “[...] la presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que —según se alega— en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación [...]” y en el considerando 20: “[...]que corresponde hacer uso de las facultades ordenatorias e instructorias que la ley confiere al tribunal (art. 32, ley 25.675), a fin de proteger el interés general”. CSJN, 20/06/2006, M.1569.XL, Buenos Aires, julio 26 de 2006, *JA*, 2006-III, fascículo N° 4.

Surgen del artículo 32 de la norma en análisis, tres elementos que lo caracterizan:

- a) la incertidumbre científica acerca del riesgo —que lo diferencia del principio de prevención—;
- b) la evaluación del riesgo de producción de un daño —evaluación de posibilidad de la producción de efectos nocivos tal vez desconocidos—, y
- c) la gravedad e irreversibilidad del posible daño.

A su vez como elemento accesorio de la ley aparece la exigencia de proporcionalidad, que hace referencia al costo económico-social de las medidas a adoptarse y la transparencia en la difusión de los riesgos potenciales de ciertos productos o actividades, así como en la toma de decisiones por parte de las autoridades.

La doctrina en forma coincidente aclaró que “Así como el principio de prevención tiende a evitar un daño futuro pero cierto y mensurable, el principio de precaución introduce una óptica distinta ya que apunta a impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos y por lo tanto imprevisibles. Opera en un ámbito signado por la incertidumbre”⁵.

II. Activismo judicial

Con razón la jurisprudencia ha señalado que la ley 25.675 pretende decisivamente modificar el perfil del juez de la legislación procesal civil. Aparece un juez casi inquisitivo, con mayores poderes y deberes; con facultad para disponer todas las medidas necesarias tendientes a ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general.⁶

Reitero que la prudencia con que los magistrados deben resolver los casos sometidos a su conocimiento, debe también estar presente a la hora de aplicar estos principios con un mínimo de rigor científico. Es que su empleo indiscriminado, podría llevar a paralizar gran parte de las actividades humanas desarrolladas en la sociedad de riesgo en la que vivimos.⁷

Recordemos además que para la efectiva vigencia de las acciones colectivas, los jueces deben ejercitar en forma dinámica todos los mecanismos que las leyes les confieran, dejando de lado el concepto individualista del daño resarcible y abriendo el camino a una nueva tendencia colectiva de tipo preventiva y represiva, donde prevalezca la paralización de los efectos dañosos.

El juez debe actuar como director pleno del proceso, lo que justifica además de la reparación de la lesión pretérita y aún presente, la disposición de medidas preventivas para evitar que se vuelvan a producir daños en el futuro.

La participación activa de la judicatura debe traducirse en un obrar preventivo consecuente con la naturaleza de los derechos afectados. Participación que no sólo se verifica en el campo del derecho civil, sino también en el derecho penal, toda vez que las nuevas realidades circundantes requieren la armónica aplicación de todo el ordenamiento, entrecruzándose el derecho privado con el público.

III. Delitos ambientales

Como se advierte, el derecho penal también está llamado a cumplir con la misión global de protección al ambiente, integrándose con las demás ramas del derecho. Pero no debe perderse de vista que la aplicación del sistema penal debe estar reservada conforme el principio de mínima intervención para aquellas conductas que pasan del uso a la destrucción del medio ambiente generando un grave daño y para las cuales no resulta suficiente la imposición de sanciones no penales.

En líneas generales podemos señalar que la acción penal ambiental no es diferente a las demás acciones que contempla el ordenamiento para los otros ilícitos, estando previsto su ejercicio en los artículos 71 a 76 del Código Penal. Los delitos ambientales son de acción pública, perseguibles de oficio, lo que se vincula con la obligación de ser denunciados por los funcionarios públicos cuando tomen conocimiento de su perpetración.

Es cierto que la materia penal ambiental presenta todavía varios matices difusos. No existen en nuestro código figuras penales pensadas específicamente para proteger el ambiente, finalidad que es cumplida indirectamente por alguno de los tipos penales por aproximación. Caso del delito de daño

⁵ GOLDENBERG, Isidoro H. - CAFFERATTA, Néstor A., “El principio de precaución”, Lexis, N° 0003/009138, JA, 2002-IV-1442; CAFFERATTA, Néstor “El principio precautorio”, RCiS, 2003-420 y ss.

⁶ Voto del Dr. Dugo en autos “Asociación para la Protección del Medio Ambiente y educación Ecológica “18 de Octubre” c/Aguas Argentinas S.A. y otros s/Amparo”, Sala II, Civil, Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, 08/08/2003.

⁷ Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, en autos “CO.DE.CI. s/amparo”, del 16/08/2005.

(art. 183), los delitos contra la seguridad pública, incendio y otros estragos (art. 186), o el envenenamiento de aguas (art. 200). Además, las normas que tipifican conductas contra el ambiente se encuentran dispersas en varias leyes como la 24.051 de Residuos Peligrosos, o la 22.421 de Protección y Conservación de la Fauna Silvestre.

Entiendo que en ese sentido es preciso avanzar hacia una reformulación y hacia un nuevo enfoque del sistema penal, para suplir esas falencias y a la vez adecuarlo a los nuevos perfiles de la criminalidad actual.

Pero estamos en la buena senda, ya que el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de reciente formulación y en un destacado avance, incorpora al sistema jurídico penal como bien jurídico protegido autónomo los “delitos contra el medio ambiente” (Título VIII).

Establece en el artículo 206 un tipo penal básico para la protección ambiental a nivel general, en forma independiente de cualquier otro bien jurídico protegido. Reprime con prisión de un mes a cinco años y multa, al que contraviniendo leyes o disposiciones protectoras del medio ambiente contaminare la atmósfera, el suelo o las aguas. Se refuerza de este modo coercitivamente, la normativa no penal protectora del medio ambiente. El artículo 207 del proyecto contempla el tipo culposo de esa figura y en los artículos siguientes se sancionan las conductas lesivas para la fauna silvestre, los bosques y las áreas protegidas.

IV. Cautelares ambientales en el proceso penal

Ahora bien, ante la situación descripta cabe preguntarse cuál es el rol de las medidas cautelares en los procesos penales por delitos ambientales. En forma liminar señalo que sería auspicioso incorporar en la reforma comentada la posibilidad de adoptar por parte de los jueces penales las medidas cautelares necesarias para proteger los recursos naturales y la salud de la población, conforme a la Ley General del Ambiente.

Recordemos que estas medidas tienen un carácter accesorio, lo que implica que no son un fin en sí mismas sino un medio de asegurar el resultado del proceso, tratándose de medios y no de fines.⁸

La pretensión que constituye el objeto del proceso cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino en un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido.

Una primer mirada indica que el carácter marcadamente preventivo para impedir el avance del daño, desplaza a las medidas cautelares de su lugar tradicional para proyectarlas en una función regida no sólo por el derecho privado, sino también por el derecho público.⁹

Vimos que el juez penal con sustento en el artículo 32 de la ley 25.675, podía decretar medidas precautorias tales como prohibiciones, eliminaciones, prevención de la contaminación, evaluación de las alternativas, etc. Recordemos que el artículo 29 del Código Penal argentino permite al juez ordenar en la sentencia condenatoria la reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias tales como la indemnización del daño moral y material causado a la víctima, a su familia o a un tercero. A su vez, el artículo 30 del mismo cuerpo normativo otorga preferencia a la obligación de reparar el daño causado por el delito; posibilitando el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal. Resulta claro en lo referido a la reparación, el hilo conductor entre esas normas penales, el artículo 28 de la ley 25.675 y el artículo 41 de la Constitución Nacional.

Se evidencia, entonces, que se viene operando una reformulación de las medidas cautelares. Precisamente en esa tendencia y dentro de la categoría de procesos urgentes, han aparecido, como ya anticipa para la cautelar autónoma, las medidas autosatisfactivas y las de tutela anticipatoria.

En ese amplio marco, los jueces están habilitados para disponer la medida cautelar que resulte más idónea aunque la ley no la tenga prevista expresamente, dado que la ley no puede impedir a los magistrados arbitrar cuanta medida sea más eficaz para cumplir con el deber constitucional de depurar todo lo que demanda la tutela judicial eficaz en cada proceso.

Afirmaba el recordado constitucionalista Germán BIDART CAMPOS que “con ley, sin ley, o contra ley”, los jueces tienen obligación constitucional de disponer cuanta medida cautelar haga falta en un proceso, según sea la situación y la pretensión del caso. Ello porque en cada proceso los operadores tienen que discernir a los justiciables las medidas idóneas para satisfacerles el derecho a una tutela judicial

⁸ PALACIO, Lino Enrique, “La venerable antigüedad de la llamada medida cautelar innovativa y su alcance actual. Comentario de Juan Carlos Quiroz”, *LL*, 1998-F-1293.

⁹ CAFFERATTA, Néstor A., “Daño ambiental. Jurisprudencia”, *LL*, 2003-D-1339; citando a MORELLO - STIGLITZ.

eficaz¹⁰. El derecho procesal desde su espacio encarrilado constitucionalmente, debe aportar las soluciones aptas y evitar las nocivas.

Veamos ahora el paralelo entre los requisitos de admisibilidad de las medidas cautelares previstos por el artículo 230 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación —de aplicación supletoria en el proceso penal— y la aplicación del principio precautorio. Recordemos que conforme la norma citada, las cautelares requieren la previa acreditación de los extremos de procedencia que las habiliten. Ellos son:

a) La verosimilitud del derecho (*fumus bonis iuris*): basta con que la situación invocada aparezca como razonable para llevar al órgano jurisdiccional a la convicción sobre la veracidad de las invocaciones; no siendo necesario probar su certeza.

b) El peligro en la demora (*periculum in mora*): deberán demostrarse al juez los probables perjuicios que se ocasionarían por la falta de dictado de la medida, la factibilidad de pérdida o menoscabo del derecho pretendido o la imposibilidad de asegurar el cumplimiento de la sentencia.

c) La contracautela: su ofrecimiento debe ser suficiente para asegurar los perjuicios que irroge para el afectado el cumplimiento de la medida requerida.

En relación a estos requisitos la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “*a mayor verosimilitud del derecho, no cabe ser tan exigente con la gravedad e inminencia del daño, y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad o irreparable, el rigor de las formas se puede atenuar*” (Fallos 206:2060).

En el caso de las medidas tomadas en base al principio precautorio en el proceso ambiental, la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora son reemplazados por la existencia de peligro de daño grave o irreversible, sin necesidad de certeza científica.

Es decir, por la creación de un riesgo con efectos aún desconocidos —que actúa en el área de incertidumbre científica— y que se ve compensado por la magnitud y gravedad del daño que eventualmente sufriría un bien esencial para la vida como es el medio ambiente.

A su vez respecto de la contracautela, la doctrina reconoce que en los procesos colectivos la regla debe ser la caución juratoria y la excepción (con sumo carácter restrictivo), la contracautela pecuniaría.¹¹

Si bien el artículo 32 de la ley 25.675 prescribe la debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse, tal exigencia en el proceso penal ambiental resultaría innecesaria en los casos en que el juez ordene de oficio medidas precautorias urgentes.

Refuerza tal hipótesis, considerar que expresamente la misma norma prevé que el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie.

Sin embargo, estos claros principios enunciados no siempre son interpretados adecuadamente en los pronunciamientos judiciales. No ignoro que la judicatura suele ser reacia para decretar una medida cautelar que debe ser dictada sin sustanciación y cuya ejecución aun de carácter provisorio, significa anticipar la satisfacción que el requirente obtendría recién al finalizar el litigio.

Por ende, y atento el carácter preventivo que tiñe las acciones ambientales, considero que nada impide decretar esas medidas si los elementos acompañados llevan a la convicción que el perjuicio es injusto e inminente, ya que la prevención es la característica de la tutela ambiental. Ante el peligro inminente y dada la entidad del bien jurídico protegido, se debe actuar antes para impedir los nocivos efectos después. Son atribuciones implícitas que debería ejercer todo juez.

V. Conclusiones

El derecho ambiental requiere una activa participación de la judicatura, junto con un cambio de mentalidad acorde con las vertiginosas mudanzas económicas y sociales de estos tiempos. Comprender este fenómeno inexorable es nuestro compromiso.

Los magistrados judiciales debemos asumir este desafío y ocupar un trascendente rol en el campo de la concesión de las cautelares en el proceso penal, para lograr la efectiva prevención del daño mediante la tutela judicial oportuna.

¹⁰ BIDART CAMPOS, Germán J., “La prohibición de las medidas cautelares es inconstitucional”, *LL*, 2001-E-1276.

¹¹ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 225.

¹² SABSAY, Daniel A. - DUVERGÉS, Dolores - VEZULLA, Juan Martín, “La problemática Ambiental y el Derecho Penal a propósito del nuevo anteproyecto de código”.

Lugar del hecho

Por CARLOS ALBERTO LOSADA*

Lugar del hecho puede definirse como el espacio material y de tiempo donde se ha desarrollado una actividad criminal. En él existen las mayores posibilidades de poder estudiar qué ocurrió, cómo ocurrió y quién fue el actor de ese hecho. Como sinónimo es la escena del crimen.

Puede ser primario o secundario; en este caso el lugar del hecho es subsidiario a otro donde se cometió el principal.

Cuando existe permite un aporte muy importante a la investigación. Analizando la definición, el lugar del hecho define un espacio físico, pero que su estudio requiere tener en cuenta que se modifica con el tiempo, por lo que la investigación debe ser hecha en forma tal que esta variable influya lo menos posible en los resultados de ella.

El estudio del lugar del hecho es un elemento de fundamental importancia en muchas de las investigaciones judiciales. No siempre es posible determinarlo, más aún hay delitos en los que es indiferente la ubicación material dónde éste se realiza o no existe un lugar determinado.

Este paso en la investigación es el que inicia la investigación de los hechos delictivos que allí se produjeron. Es vía de aporte de medios de prueba esenciales, recogidos como evidencias, las que luego de un procedimiento reglado científicamente se erigirán como la prueba pericial, base de la prueba judicial. Como tal, ha sido incorporado en los códigos de procedimiento penal nacional y de la Provincia del Neuquén.

“Artículo 191. El juez de instrucción comprobará mediante la inspección de personas, lugares y cosas, los rastros y otros efectos materiales que el hecho hubiere dejado, los describirá detalladamente y, cuando fuere posible, recogerá o conservará los elementos probatorios útiles.”

La investigación del lugar del hecho es un proceso, desarrollado en el tiempo, sometido a pasos. Esta definición es crucial, exige un proceso sistemático, tendiente a determinar claramente en forma objetiva qué ha ocurrido, cómo ha ocurrido, cuándo ha ocurrido y establecer los elementos objetivos que hagan posible luego la imputabilidad concreta del hecho a persona o personas que estuvieron involucradas en el delito investigado.

En el lugar del hecho confluyen dos actividades del Estado, primero la administrativa en la que se realiza el hallazgo, luego la notificación al Poder Judicial y la preservación de ese espacio físico para que pueda realizarse un estudio sistemático destinado a resolver el interrogante del hecho fáctico. En esta primera etapa se identifica a los posibles testigos, se recoge de sus dichos la posibilidad de sospechosos, etcétera.

En el paso posterior se comienza con la actividad jurídica, dada por la acción jurisdiccional, caracterizada por intervención del juez, notificado en la primera etapa.

El proceso de investigación judicial es un paso previo al análisis jurídico posterior, que busca establecer claramente cómo fueron los hechos, pero jurídicamente. Aquél es patrimonio de las ciencias forenses; luego, sobre esa base sólida, puede recién establecerse un sospechoso, incriminarlo dándole la posibilidad de establecer su verdadera participación en el caso investigado; esta es patrimonio exclusivo de las ciencias jurídicas. Dicho de manera más llana, si no se establece claramente qué ocurrió, cómo ocurrió, difícilmente pueda luego, por más que se conozca, quién pudo ser el responsable, y aún sabiéndolo, poder acusarlo

* Jefe del Cuerpo Médico Forense de la Provincia del Neuquén.

El principio es respetar los derechos de los que goza cualquier persona; la garantía del ciudadano es que se sigan los pasos de la investigación para ser suspendido en el ejercicio de sus derechos por una sentencia judicial. No hay culpable si no tiene sentencia judicial firme en contra. Esto es lo que significa la expresión derechos y garantías. Toda investigación judicial bien hecha es la garantía de los derechos de los ciudadanos.

La Fuerza Policial es la expresión máxima de la fuerza, monopolizada por el Estado para prevenir hechos que alteren la paz social. El control del poder Administrativo del Estado ejercido por la Policía es la ley. El lugar del hecho es determinado por dos vías, una es la propia del accionar policial y la otra la denuncia presentada ante la justicia, que ordena luego la intervención policial. En concreto la actividad sobre el lugar del hecho comienza con un accionar policial. La primera fase de este accionar en la práctica, cuando es ejercida como fuerza policial, es administrativa, hasta constatar la posible comisión de un delito en cuyo caso da aviso al Poder Judicial enervando su actuación. Este accionar policial está reglado en los códigos de rito como manera de ejercer el control sobre él.

La policía puede recibir una denuncia o tomar conocimiento en ejercicio de su actuación preventiva, de un posible delito cometido en un lugar determinado. Debe primero constatar que esa presunción es real o posible. Si se establece que no hay ningún delito, sino una eventualidad no delictiva, su accionar permanece dentro de la actividad administrativa. Como ejemplo podría existir denuncia de una persona muerta en la vía pública o solar abandonado; constituida la comisión policial, se constata que sólo se trata de un ciudadano en estado de ebriedad, por lo que se lo traslada a un servicio asistencial. En este caso no se ha constatado delito alguno, se lo asiste por su situación de vulnerabilidad, no dando lugar a acción judicial, pues el procedimiento es preventivo, propio de su acción administrativa, no judicial.

La investigación del lugar del hecho es un proceso, desarrollado en el tiempo, sometido a pasos establecidos, sistemáticos y legales, que deben ser conocidos por todos los que actúan en él, y respetados.

Los pasos a seguir pueden agruparse sistemáticamente, para diferenciar la actuación policial, propia de fuerza de seguridad, luego la judicial y bajo su tutela, enmarcada en ésta como su brazo ejecutor, la científica.

La investigación científica forense es entonces una actividad propia de la justicia, la que se vale de ella por razones de su propia imposibilidad de hacerla efectiva. La actividad forense es jurisdiccional, pues está destinada a establecer el hecho, como sustantivo, resultado de una acción, verbo, que pertenece a la esfera judicial. Es el resultado de una acción. Ambos elementos irrevocablemente estarán en la sentencia. De esta manera puede afirmarse que la acción pericial forense, propia de la justicia, está contenida en el ser ontológico de la sentencia.

Todo proceso de conocimiento tiene tres aspectos. El primero es el conocer ampliamente y teóricamente el problema a estudiar, sus bases y fundamentos. Ese es el conocimiento teórico. Este es un universo amplio y complejo. Pero es necesario tener habilidades que permitan limitadamente aplicar esos conocimientos en un caso concreto. Finalmente hay que desarrollar la manualidad propia de cada acción, para que llegado el caso pueda hacerse efectiva. El científico debe tener conocimientos, habilidades y manualidades para llevar a cabo su cometido.

Comienzo de la actividad pericial

Se hace mediante el relevamiento de la evidencia física. Evidencia física es todo elemento que sometido a un proceso de investigación sirve para vincular o desvincular a una persona de un hecho delictivo.

La evidencia en sí misma no es prueba, sólo después de ser sometida a un proceso de investigación controlado legalmente y mediante la aplicación de las ciencias se transformará en prueba.

Pelos, manchas de sangre, ropas, fluidos orgánicos, son evidencias que luego de ser estudiadas correctamente se transformarán en prueba científica, la que luego de contrastada con las demás pruebas, por la propia actividad judicial, constituirá la prueba jurídica. Pero hay ciertas actividades periciales que por su propia índole son en sí mismas una prueba. Dentro de este rango la prueba psiquiátrica es en sí misma capaz de modificar un proceso, no siendo pasible de análisis por parte del juez, quien deberá por imperio de la misma si no concuerda con otros datos, repetirla, pero no podrá refutarla en sus propios términos por sí sólo.

Toda evidencia debe someterse a dos condiciones en su recolección y posterior análisis: debe ser legalmente recogida y legalmente preservada, luego deberá ser sometida a un estudio legalmente y científicamente ejecutado. Pero para eso deberá ser conservada en condiciones tales que permitan ser utilizadas en ambos sentidos.

Es decir que hay dos condiciones: una legal y otra científica. El cumplimiento de estos parámetros transforma a la evidencia en ***elemento de prueba.***

Elemento de Prueba:

- Es todo dato objetivo que se incorpora **legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva.**

- **Requiere:**

- Objetividad*

- Legalidad

Analizando esto más profundamente, si alguien toma una muestra sin cumplir con los requisitos legales —por ejemplo, sin testigos haciendo un allanamiento de un lugar distinto al indicado por el juez, etc., si bien el elemento puede ser objetivamente estudiado—, no tendrá ninguna validez jurídica y se habrá perdido como prueba. Por otra parte si algo es recolectado legalmente pero mal tomado o mal preservado no servirá de nada estudiarlo, y será imposible sacar ninguna conclusión de él.

Un caso muy común es cuando se investiga un lugar del hecho donde fue inhumada una persona, más aún si se trata de un esqueleto. Al no tomar ningún recaudo, pues se actúa con la idea de sacar unos huesos o restos humanos, nada de lo que después se logre sacar de allí será válido científicamente ni menos jurídicamente. Se debe pensar que se está actuando sobre un lugar del hecho, llamado inhumación clandestina, que por sí es índice de un delito, que puede ser cometido no sólo por el autor material del hecho principal, sino por un cómplice, por lo tanto es importante investigarlo como un hecho en sí mismo.

Pasos de la investigación del lugar del hecho

Los pasos de la investigación del lugar del hecho son siete:

1. Evaluar dimensiones y riesgos.
2. Asegurar y Preservar el lugar de los hechos.
3. Comunicar la existencia de un delito.
4. Primera evaluación de los hechos.
5. Documentar la escena del hecho.
6. Examen detallado de la escena.
7. Recuperar y preservar evidencia.

1. Evaluar dimensiones y riesgos: esto obliga a dos actividades: una dimensionar el lugar del análisis, la otra evaluar si no existe riesgo para los que inician la investigación.

El primer punto es importante, pues en general se tiende a minimizar el lugar del hecho, sin tener en cuenta que el espacio físico donde se ha desarrollado la actividad delictiva es en general amplio, pues implica actividades previas y posteriores al delito en sí, las que si no son preservadas y estudiadas no podrán luego ser incorporadas al estudio. Es así fundamental que se preserve toda la escena, no sólo la más evidente y limitada. El segundo aspecto es establecer claramente que no hay peligro para los que inician la investigación. Los peligros dependen de qué tipo de estudio se trate. La gama es amplia y variable, puede tratarse de peligros eléctricos, de estabilidad de los edificios, persistencia de la actividad delictiva o de elementos retardados que sean dejados *ex profeso* para aumentar la cantidad de víctimas. Se debe, asimismo, auxiliar a la víctima o víctimas como primera medida, si ellas están en condiciones de ser asistidas. La consigna es clara: no debe aumentar el número de víctimas.

2. Asegurar y Preservar el lugar de los hechos: Asegurar es delimitar el espacio físico donde ha ocurrido. Una vez delimitado el espacio físico, se debe proceder inmediatamente a preservarlo, tomando las medidas del caso. Se hará uso de las cintas especiales, de balizas lumínicas en las rutas donde se produjo un accidente, etc. No debe incluirse dentro del perímetro a los vehículos policiales, pues pueden alterar huellas.

Preservar es mantener intacto en lo posible el lugar para que sea examinado científicamente. Toda persona por su propia presencia contamina, el primer paso es eliminar la contaminación personal, sacando a las personas vivas del lugar e impidiendo que ingrese cualquier otra persona. No debe tomarse en cuenta ni su rango ni profesión, hay que impedir que ingrese nadie en el lugar hasta que no se comience la investigación científica. En esto es importante desarrollar una cultura del respeto a la investigación. Se debe comprender que no son razones de rango las que habilitan a penetrar en un lugar donde se desarrollará una investigación, sino de función. Aquí el ejemplo es el mejor maestro.

3. Comunicar la existencia de un delito: Aquí termina el accionar administrativo de la policía en su aspecto de fuerza de seguridad. Debe comunicar la existencia del delito al sistema judicial para que éste se haga cargo de su competencia, que le es propia e indelegable, de hacer la investigación judicial.

Estos tres pasos se encuadran en la actividad del Poder Administrador mediante el uso de la fuerza policial, expresión máxima de ese poder. Cabe ahora dar lugar al Poder Judicial cuya obligación de realizar la actividad de investigación de los hechos es parte inherente al juicio.

Actividad Jurisdiccional en el lugar del hecho:

La policía que actúa de aquí en más lo hará bajo la supervisión y el mandato judicial. Habrá un agente policial que tendrá a cargo la instrucción de los hechos, pero lo hará en total sumisión al poder de los magistrados y funcionarios judiciales, se pone así a la fuerza policial bajo el control judicial o se hará con elementos de la policía judicial, dependiendo de la organización administrativa que impere.

Lo lógico y razonable es contar con personal experimentado en estudios propios del lugar del hecho. En los países anglosajones este personal tiene un carácter distintivo, aún siendo policías tienen el adjetivo de detectives, para diferenciarlos de los del escalafón de seguridad. Esto indica que no puede la policía, sin más, hacerse cargo del estudio del lugar de los hechos por dos razones: la primera es que se necesita experiencia en el tema, la que no es sinónimo de policía, y la segunda es que la investigación es propia del Poder Judicial, por lo tanto debe éste guiarla y supervisarla. Una tercera razón, no menor, es que en muchos casos la participación policial en el hecho no puede ser descartada. Para dar transparencia a la justicia es recomendable que sea la investigación ejecutada por el Poder Judicial. Aquí es necesario un cambio cultural. La preservación del lugar del hecho en esta etapa se completa con el trazado de un camino, variable según las circunstancias, que permita el estudio sin modificarlo.

4. Primera evaluación de los hechos: este paso preliminar es fundamental, ya que determina qué es lo que se hará de ahí en más. Es necesario que confluya el investigador con el funcionario judicial, los que, luego de un análisis primario, orientarán la investigación posterior. Se establece allí si es necesario contar con elementos o equipos especiales, cuándo comenzar, por dónde hacerlo y en qué secuencia hacerlo, en fin, diagramar la investigación. Se puede resumir en ver, analizar, pensar y diagramar estrategias, proponiendo cómo hacer las cosas sopesando qué debe hacerse primero y qué puede esperar, etc. La mayoría de los errores se deben a fallas en este paso. Lo que se hace mal o a destiempo no puede rehacerse. Se analiza si hay testigos, se los escucha, se detiene o demora a quien corresponda. Es preferible invertir tiempo, y no gastarlo en pensar antes de actuar. Las dos herramientas necesarias en este momento son un block de notas y el cerebro. El doctor Ernesto Martínez, Director del Instituto Balseiro, quien desarrolló importantes aportes a la investigación judicial, lo llamaba el momento del mate y la reflexión en conjunto. Es esencial determinar, en lo posible, si éste es el lugar del hecho primario o si lo es el secundario. Dicho de otra manera si ese lugar es el lugar donde se hizo el hecho o un lugar donde se ocultó, se trató de desbaratar pruebas, etc. Fundamental se trata de establecer de qué tipo de delito se trata.

5. Documentar la escena de los hechos: El tiempo todo lo tapa y lo modifica. La memoria no sirve, si no está acompañada de un registro del lugar de los hechos. El registro es múltiple. Como primer paso se debe hacer un croquis y establecer el camino seguro de estudio. Si el lugar es en campo abierto es necesario usar un localizador satelital, con medidas precisas de longitud y latitud. Luego un esquema con las medidas correctas de las cosas. Documentar mediante la imagen, ya sea estática o dinámica, mejor aún ambas, el lugar de los hechos. Esto requiere un conocimiento técnico específico. Se necesita un perito entrenado y un equipamiento adecuado. No es una tarea subalterna, para personal sin formación específica alguna, armados de una cámara de bolsillo, tomando fotos sin un plan determinado, en una escena del crimen, la que luego no puede armarse por falta de imágenes esenciales.

Este es un procedimiento reglado, ejecutado por personal idóneo con elementos adecuados. La regla elemental es que la documentación debe ser suficiente para recrear la escena del hecho tal como se ha encontrado por primera vez. La imagen dinámica, sumada a la estática, debe permitir el armado de la escena, mediante procedimientos informáticos, en tres dimensiones. Cada elemento debe ser colocado en su contexto, para eso se toma una foto general, luego una localizada con un punto de referencia que permita ubicarlo y finalmente una o varias fotos del elemento. Esto es conocido como los tres pasos de la toma de una imagen, no sólo en la escena del hecho, sino también en autopsias, etc. La imagen no es un lujo ni un complemento, es un elemento esencial en la investigación.

Merece una consideración especial, merece el registro de las manchas de sangre. Éstas permiten sacar valiosa información sobre la persona, tales como determinar cómo fue agredida, con qué, si alguien estaba presente, si sobrevivió al ataque, si se defendió, etc., no importa cuánta sea, hay que sacar fotos de ella, no es un elemento indiferente en la investigación, sino, por el contrario fundamental.

Cada elemento debe ser individualizado antes de ser estudiado, colocado donde se hallaba, por lo tanto debe usarse elementos que permitan luego ubicarlo en la escena, sobre todo cuando hay varios similares. No se puede confiar en la memoria. Se ubica en el croquis, luego se fotografía usando la técnica de los tres pasos, una vez identificado.

Especial esmero debe usarse al tomar fotografías del cuerpo, si éste se halla en una escena del crimen. Se debe fotografiar desde varios ángulos, luego especialmente rostro, manos, manchas de sangre, etc. Todo esto debe hacerse sin movilizarlo.

6. Examen detallado de la escena: una vez registrada la escena tal como se la halló, se pasa a estudiar detalladamente la misma. Respetando el camino seguro para el ingreso, se preservan los elementos probatorios; ese camino debe ser seguido por todos los que ingresen, de manera de no alterar la escena. Sobre el cuerpo, si lo hubiese, se procede a tomar la temperatura corporal, la que puede hacerse mediante termómetros electrónicos clínicos comunes, en las partes expuestas, pudiendo usarse termómetros invasivos para medirla intracorporal, ésta se debe registrar sumada a la temperatura ambiente. Luego se analiza el estado de rigidez, etc., para comenzar a evaluar el intervalo postmortal. Si hubiese fauna cadavérica deberá tomarse tomas de ella y preservarla mediante la técnica y recipientes adecuados. Luego de esto puede sacarse el cuerpo del lugar, haciendo una inspección de la superficie ocupada por el mismo que queda expuesta luego de su remoción. Si no se tratase de un hecho de sangre, se procede sistemáticamente imaginando cuál es el recorrido que se hubiese hecho. Luego se demarcarlo, se traza un esquema que permita el estudio posterior, fijando un camino para el desempeño del resto del personal, para que se altere lo menos posible el lugar. Es muy importante que haya comunicación entre los que realizan la investigación. Se debe informar si el cuerpo es un cadáver fresco o, por el contrario, uno en descomposición para que los peritos puedan concurrir con los elementos necesarios. Este proceso es el conocido como *levé du corp*.

El cuerpo debe enviarse con ropas a la sala de autopsia, sin tomarle huellas digitales ni otros procedimientos que puedan alterar pruebas. En la sala de autopsia el procedimiento debe estar reglado, estableciéndose una normativa que trabaje sistemáticamente en un antes, un durante y un después del procedimiento. La autopsia es un proceso de investigación que debe estar reglado y dirigido a obtener los resultados esperables de acuerdo a la investigación que se trate. No hay una autopsia estándar, sino que es un proceso reglado.

Es importante que los funcionarios judiciales tengan previamente conocimiento de la sistemática y de los resultados que deben ser esperables de la misma. Esto constituye una sistemática que ha sido aceptada en el llamado Protocolo de Estrasburgo para la Investigación Judicial.

7. Recuperar y preservar la evidencia: Aquí culmina la actividad en el lugar del hecho. Se recogen las evidencias de acuerdo a la línea trazada como sistema de investigación ajustada al hecho de que se trate. Las evidencias deben recuperarse en forma sistemática, por personal entrenado y bajo supervisión. Hay que recordar que dondequiera que se camine, se hable o se actúe quedan testigos silenciosos de esa presencia. Hay que entrenarse en buscarlos. Pero hay que recordar la frase de Jean Piaget: “no se sabe lo que se encuentra, sino que se encuentra lo que se sabe”. Más directo aún: el que no sabe lo que busca no entiende lo que encuentra.

Esta fase debe respetar sacramentalmente dos presupuestos: cada prueba debe ser recogida y conservada de manera tal que tenga utilidad objetiva y que no pueda ser objetada legalmente. Objetividad y legalidad son dos parámetros fundamentales.

Para hacerlo así debe contarse con una sistemática diseñada previamente, de manera de contar con los elementos necesarios en el momento. No debe haber lugar a la improvisación.

Se ha cumplido así el estudio del lugar del hecho. Se pasa luego a la investigación forense propiamente dicha que se realizará en los laboratorios. El lugar del hecho se preservará hasta que el juez ordene su entrega, una vez finalizadas todas las tareas posibles de realizar en él.

Las ciencias: cómo operan, su relación con las ciencias jurídicas.

La investigación forense es el aporte de las ciencias fácticas a la ciencia jurídica. Este aporte no fue recibido en forma pacífica. Significa nada menos que un enclave científico en un mundo de ciencias sociales. Trataremos de dar ideas para comprender mejor el fenómeno.

El primer punto es establecer qué busca la ciencia fáctica en el mundo del derecho. La respuesta es *la prueba*. Por prueba puede entenderse que es “*todo medio jurídico de obtener la certeza de un hecho o proposición*”.¹ Esta es una definición que se ajusta a la concepción que puede entenderse como restrictiva de la prueba. Esto es sólo en apariencia, pues la prueba científica no tiene como fin confirmar una hipótesis científica, cosa reservada a la ciencia, sino lograr la certeza para ser usada en un juicio. Ambas cosas tienen necesariamente que ir juntas. De nada sirve la prueba científica pura si no es aplicable o

¹ CASTRO, Maximino, *Procedimientos Penales*, t. II p. 283.

usable para dar certeza a una proposición jurídica, pues las ciencias forenses son por definición finalistas, no así las ciencias fácticas. La definición es clara: es un medio jurídico de obtener certeza de un hecho o proposición, esto es decir que la prueba jurídica comprende la científica, pero no es sinónimo de ella.

Más amplia es la concepción de Mittermaier, que dice de la prueba que es la suma de motivos para producir certeza. Francisco CARRARA en su *Programa de derecho criminal*, es aún más amplio: “*prueba es todo lo que sirve para dar certezas acerca de la verdad de una proposición*”².

En su análisis operativo la prueba es el modo más confiable para descubrir la verdad real y, a la vez, la mayor garantía contra las arbitrariedades judiciales. La prueba objetiva es el único medio seguro de lograr la reconstrucción del acontecimiento histórico, sobre el cual se está investigando. En el sistema jurídico vigente, en las resoluciones judiciales sólo podrán admitirse como ocurridos los hechos o circunstancias que hayan sido acreditados mediante pruebas objetivas, lo que impide que se basen en elementos puramente subjetivos³. La convicción necesaria para condenar únicamente puede derivarse de la prueba incorporada al proceso⁴.

La prueba no siempre fue científica. La prueba mediante testigos fue la que rigió durante siglos al proceso judicial. Esto es comprensible en épocas en que las ciencias no tenían el desarrollo actual.

El concepto preracional de la prueba se basaba en la creencia que Dios o los dioses darían la prueba de verdad. El caso más clásico eran las ordalías, luego se usaron los testigos, cuya propia designación indica que eran seleccionados. Testes es testículo en latín. Se lograba la prueba mediante el uso de testigos que tenían un concepto ritual como manera de investirlos de credibilidad. Esta idea no fue efímera, la Constitución de Estados Unidos reconoce como probado el delito de traición a la patria mediante la declaración de dos testigos.⁵

El desarrollo de la ciencia no fue admitido en consonancia con su desarrollo por los Tribunales, los cuales se rigieron más por concepciones políticas que científicas. Pero actualmente el explosivo desarrollo de la ciencia y el acceso de la población al conocimiento de ese desarrollo, marcaron un camino que difícilmente pueda ser soslayado.

La prueba científica trabaja mediante el estudio de las evidencias recogidas en el lugar del hecho, o de otras incorporadas por la investigación judicial; es el resultado del proceso científico. La naturaleza jurídica de la prueba científica no la iguala ni la coloca en un plano superior a la prueba jurídica. La prueba científica es la base racional de la prueba jurídica, pero no la sustituye ni la supera, está subordinada a ella. Son dos sistemas epistémicos diferentes.

Cuanto más compleja sea la situación a analizar, más necesaria será la prueba científica.

Como ejemplo, un perito contador al realizar una auditoría, determina que no se cumplieron las normas de control de los procesos contables de una institución sometida a estudio; luego demuestra que hubo una pérdida patrimonial derivada de ella y puede llegar a demostrar que esa pérdida patrimonial se compensa con un incremento, no justificado, en el haber del sospechoso. Pero no dice ni debe ser aceptado si llegara a decirlo, que hubo fraude, administración fraudulenta, etc.; eso es patrimonio jurídico. Hay una diferencia entre lo objetivamente hallado, sustantivable, de la acción, que es lo que da la pauta jurídica reprochable, expresada en un verbo. La prueba científica determina un sustantivo, la acción que lleva a ese resultado es jurídicamente analizada. Sin sustantivo no hay acción demostrada.

La prueba judicial surge del debate y es previa a la sentencia. La prueba científica da base racional al debate, pero no lo sustituye, sino que lo complementa con los otros elementos propios del procedimiento colegiado, donde se analiza la declaración de testigos, del sospechado, etc. Esta fase final es la que ha sido receptada por la doctrina y la ley como no controvertible en la casación.

Esta interpretación no ha sido recibida sin cuestionamientos. ALSINA dice “*que no se trata en realidad de una prueba, aunque el Código así lo denomina, sino un medio para la obtención de una prueba, desde que sólo aporta elementos de juicio para su valoración. La prueba está constituida por el hecho mismo y los peritos no hacen sino ponerlo de manifiesto*”⁶. Como crítica a este concepto se puede decir que lo que está en el hecho son los elementos de prueba, u objetos de prueba, pero no son prueba, pues no puede de ellos aprehenderse un concepto útil a la labor de los agentes judiciales. Esa labor de identificar al objeto y luego someterlo a un proceso racional que lo transforme en prueba es la esencia de la labor científica. Estos elementos son las llamadas evidencias.

Otros opinan que la actividad del perito se orienta a la producción del convencimiento psicológico del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados, finalidad a la que en definitiva tien-

² CARRARA, Francesco, *Programa de derecho criminal. Parte general y parte especial*, vol. II, Depalma, Buenos Aires, 1977, parágrafo 900.

³ CAFFERATA NORES, José I., *La prueba en el proceso penal*, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 5.

⁵ THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES OF AMERICA, Article III, Section 3.

⁶ ALSINA, Hugo, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. III, Ediar, Buenos Aires, 1965, p. 473.

de la actividad probatoria.⁷ MORELLO⁸ cita la opinión del jurista español DÍEZ PICAZO: “Se utiliza la pericia como un medio de prueba cuando para apreciar un hecho son necesarios o convenientes especiales conocimientos científicos o las técnicas de aplicación derivadas del mismo. Es un instrumento puesto a servicio del juez, quien en todo caso y en todo momento es libre para valorar en la forma que tenga por conveniente (con sujeción a las reglas de la sana crítica, nos permitimos apuntar para nuestro derecho) y pueda sacar de ellas las conclusiones que bien le parezcan. El juez, personaje mítico, es en potencia un ser capaz de igualar en breve tiempo la capacidad de comprensión de la gente perita. Lo cierto es, sin embargo, que en virtud de las cada vez más necesarias especializaciones por un lado, y por otro de la cada vez mayor complejidad de los problemas y desarrollos científicos, se cierra la accesibilidad del juez. De manera que no es hoy infrecuente que cuando la cuestión decisiva esté enraizada con esos conocimientos científicos a la hora de la verdad se produce, por la llamada a los peritos, **es más que la búsqueda de un instrumento auxiliar una delegación para decidir**. Hay de este modo una línea que no debe dejar de destacarse, de suplantación de la gente perita en funciones que son propiamente judiciales”.

“El problema es tanto más grave porque a raíz de la creciente complejidad de los problemas que dan lugar a los litigios y a la implicación de los mismos en cuestiones técnicas o tecnológicas, impiden una plena percepción de los hechos por los jueces y determinan, en definitiva, un trasvase de los poderes decisorios. Por esa vía indirecta resulta que el juez del derecho tecnológico, no es un juez jurista, sino un especialista, no en el arte de juzgar, sino en la ciencia o técnica sobre la que versan los hechos que pueden considerar básicos.”⁹

Nuestra opinión es, reiteramos, que se trata de dos cosas distintas, una es la prueba científica, que prueba científicamente el hecho; no debe dar el perito opiniones sobre temas que no le corresponden. El sólo está habilitado a estudiar el hecho, ése es su campo, las conclusiones deberán ser sometidas al arbitrio del juez. Lo hace por orden del juez, su cometido está limitado por esa orden.

La prueba científica, finalmente, puede estar ausente, pues lo que se discute no requiere ser probado, ya sea porque es aceptado por el demandado o porque lo discutido es una cuestión de puro derecho. No podrá, sin embargo, en ningún caso faltar la valoración jurídica.

El problema reside en muchos casos en que las preguntas no son adecuadas para dar las respuestas que se necesitan. El juez tiene que formular las preguntas orientadas a satisfacer sus necesidades procesales. Existe un doble aspecto de la función que compete al encargado de la labor pericial, como *perito percipiendi*, esto es, como instrumento de percepción de determinados hechos, y como *perito deducendi*, es decir, como instrumento para la deducción, para la extracción de ciertas conclusiones en el área de su competencia técnica¹⁰. Creemos que corresponde agregar otra función, que es la de consejero del juez. Esta modalidad está en estos momentos iniciada en Estados Unidos, donde en el proceso civil, ambas partes presentan o aceptan, si lo presenta el juez, un reconocido perito que informa al juez de la base del litigio en términos técnicos, dando a juicio de los jueces buen resultado pues es un tercero, que no es un perito que dictaminará pericialmente, sino que ilustra al juez como es el conflicto y asesora sobre los aspectos que luego los peritos estudiarán. Así el juez imbuido de conocimientos que le permiten conocer el problema, puede guiar el proceso con mayor idoneidad técnica. Esto ha sido destacado por el juez del *Microsoft vs. Apple*, juez de la suprema corte Dr. Apple, en una conferencia dictada en Neuquén, en 2005. Nuestro ex juez de la Suprema Corte, Baqué, también reconoce que el asesoramiento de los peritos forenses le ha sido de gran utilidad en el estudio de los casos más complejos, que requieren introducirse en un campo extremadamente tecnológico, comentario publicado en el diario *La Nación* en 2005.

Esta dificultad puede ser morigerada si los magistrados toman conocimiento de los procesos científicos y cómo estos pueden ayudarles en la respuesta a sus necesidades. La experiencia de visitar laboratorios tecnológicos, mostrando cómo pueden estudiarse distintos tipos de fenómenos, ha sido, en nuestra experiencia del Poder Judicial de Neuquén, de la mayor utilidad.

Plantear como una sustitución del deber y poder de la magistratura por un juez tecnológico no parece ajustarse a la realidad, si el juez mantiene el proceso bajo su control.

El estudio del lugar del hecho plantea la situación real que *el perito percipiendi* es distinto *al perito deducendi*. La visión que plantea la ficción televisiva es tan sólo eso, una ficción. Los estudios del lugar

⁷ GUASP, Jaime, *Derecho procesal civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, p. 349; MORELLO, Augusto M., *Códigos Procesales*, t. V, p. 529; FENOCHIETTO, Carlos - ARAZI, Roland, *Código Procesal*, t. 2, p. 483; WITTHAUS, Rodolfo E., *Prueba Pericial*, p. 20.

⁸ *ED*, 121-965.

⁹ DÍEZ PICAZO, Luis, *Derecho y masificación social. Tecnología y derecho privado*, Civitas, Madrid, 1979, p. 101.

¹⁰ CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1982, ps. 71 a 89.

del hecho requieren de un equipo multidisciplinario. Como todo equipo debe plantearse una estrategia, practicarla y estar preparado para la acción y es elemental la comunicación entre todos, bajo la supervisión de quien lleva adelante la investigación. Esta dirección debe ser, en lo posible, unificada. Si se trata de sospechosos que caen en competencias distintas, tal como el caso de la existencia de menores, se debe unificar criterios, pues la incoordinación es lo que lleva al fracaso de la actividad probatoria.

Los laboratorios:

Existe aún un problema agregado, percibido en forma dramática en muchas provincias. En ellas no existen laboratorios de investigación judicial en los que se haga la mayor parte de la investigación necesaria, por lo que ésta se hace en forma fragmentaria, con tiempos distintos sobre elementos que pueden ser únicos y que necesitan, para ser estudiados, una planificación, de manera de realizar un encañamiento correcto de las acciones, para no perder estudios o imposibilitarlos por fallas de coordinación. Esta labor recae fundamentalmente sobre el perito forense oficial, quien asume esa planificación, aconsejando al magistrado y funcionario sobre la conveniencia de hacer determinado árbol de decisiones pericial. Esto también forma parte de la función de consejero del perito forense.

El perito criminalístico:

La labor *percipiendi* es generalmente esfera de los peritos criminalísticos; éstos deben desarrollar experiencia supervisada, para lograr una capacitación para hacer el estudio de las evidencias, levantarlas en condiciones adecuadas y trasladarlas a los laboratorios donde serán sometidas al proceso científico que dará sustento a la prueba científica. Un párrafo aparte merece la preparación técnica de este personal.

Las escuelas de peritos locales no tienen iguales requerimientos que las escuelas similares de otras regiones del mundo. En países como Canadá, Estados Unidos, Francia, Inglaterra, Japón o Australia, los peritos criminalísticos reciben formación sobre la base de un conocimiento equiparable al College de Estados Unidos. La formación supone un primer paso universitario con estudio de las ciencias básicas, lingüística y filosofía de las ciencias. Tal formación, generalmente, no es la requerida en nuestro país para las escuelas equivalentes, que se basan en un nivel secundario completo, el que está en estos momentos de la vida nacional, sometido a cuestionamiento. Si a un criminalístico se lo forma sin una base científica sólida, no podrá luego desarrollar conocimientos nuevos, especialmente si como es norma, no se exige el estudio de un idioma, que permita estudiar en una bibliografía internacional, escasa por su misma materia. El otro aspecto es el entrenamiento en servicio. La formación teórica en esta especialidad no es razonable si no está practicada en terreno. *La prattica debe essere edificata sopra la teoria*, decía el frontispicio de la Universidad de Padua. El criminalístico no es un menestral, es un profesional, con conocimientos, habilidades y destrezas. Conocimiento teórico sólido, habilidad desarrollada en servicio y destrezas aprendidas en el ejercicio de la labor, en forma supervisada.

El otro aspecto que conspira contra la necesidad de contar con peritos calificados es la situación de revista de los mismos dentro de las propias instituciones policiales. La carrera de perito criminalístico no llega a los niveles jerárquicos de la de seguridad, con lo que se logra que los peritos experimentados, llegados a un nivel de experiencia que permitiría su uso en entrenar nuevos recursos o hacerse cargo de las investigaciones más complejas, optan por el pase al escalafón de seguridad, de manera de lograr mayores jerarquías. Esta desvalorización en los hechos actúa contra el sistema.

La pregunta básica es cómo se considera al perito criminalístico. Si es considerado un técnico, habrá que definir cuáles son los niveles necesarios al sistema actual, si se lo considera un científico, se deberá formar sobre una concepción distinta. Pero sea cual sea la concepción, es evidente que si no se le da un nivel adecuado en la estructura, no se logrará convocar a personas que hagan de esta labor esencial a la investigación. Al menos en los niveles técnicos que son requeridos.

Al respecto puede ser ilustrativo lo observado en el desarrollo del plan espacial de la NASA. Al principio se basó en el entrenamiento de personal militar de aviación, pues lo que se suponía era que debían manejar un avión o similar. Luego se consideró que estos conocimientos, si bien eran necesarios, no eran suficientes, por lo que se agregaron los científicos astronautas, llamados *postdoc*, que traduce profesionales con postdoctorados. Esto ilustra cómo se podría resolver el problema: sobre la base de los peritos actuales, se debe incorporar al equipo, sin suplantarlos, pues la experiencia no se transmite por la bibliografía, a los futuros profesionales formados con otra curricula.

El perito forense:

Naturaleza jurídica:

¹¹ Arts. 457, CPCCN, y 457 CPCCEBA, COLOMBO, Carlos J., *Código*, t. III, p. 628, FENOCHIETTO, Carlos - ARAZI, Roland, *Código Procesal*, t. 2, p. 483.

Perito¹¹: es el tercero, auxiliar del juez, que, dotado de conocimientos especiales que el juez no está obligado a tener, es llamado por éste en un proceso a dar opinión fundada, cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere de conocimientos especiales de alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada.

Si bien su labor puede asemejarse al testigo, en realidad se diferencia de ella, ya que no es una persona que presencié el hecho antes del proceso, sino que lo estudia luego de acaecido. Además su intervención se produce por orden judicial. El testigo no puede ser sustituido, no así el perito, quienes, además, son ilimitados en número, siempre que reúnan las condiciones para ser designados. El perito es recusable, el testigo no, a menos que esté excluido por ley.

En el Código de Procedimientos de Estados Unidos se diferencian claramente ambas posiciones, la del testigo, en el artículo 701, y la del experto, o sea el perito, en el artículo 702¹².

En el artículo 701 el testimonio del testigo lo hará sobre la base de tres supuestos: a) racionalmente basados en la percepción del testigo; b) ayudando a clarificar el testimonio de un testigo, y c) no basado en los conocimientos científicos que el testigo tenga.

Con respecto a los expertos el artículo 702 dice: que lo es quien tiene especiales conocimientos de alguna materia, por su profesión, experiencia, etc., y bajo las condiciones que lo haga sobre suficientes datos o hechos, el testimonio es producto de esos conocimientos aceptados como valederos, y usando un método comprobado como confiable y aplicable a los hechos investigados. Es decir, le impone tres condiciones: primero que sea verdaderamente experto, ya sea por estudios o por experiencia reconocida, segundo que lo sea basado en investigaciones dadas por ciertas, y tercero usando un método validado.

El perito forense no lo es de la vindicta pública, es un perito de la causa, como tal puede ser consultado por la fiscalía o por la defensa, en el caso penal, pero en el proceso civil el perito forense, excluido de la lista de peritos, tiene por función comprender el problema sometido a estudio y luego explicarlo al juez para que éste pueda dirigir el proceso. En el caso civil el perito, independientemente de qué función cumpla dentro del sistema, debe evaluar el daño reclamado como tal y determinar la relación causal de ese daño con la actividad del demandado. En el caso penal su función es determinar el hecho tal como ocurriera, mediante procedimientos científicos, para que luego sea analizado por el juez, munido del conocimiento de los otros elementos probatorios, para establecer la prueba judicial. La diferencia estriba en el distinto interés de cada uno de los derechos en juego, en el derecho resarcitorio, lo importante es el daño y la relación causal con el hecho demandado, sea cual sea el daño. En el penal es el delito sometido a estudio donde el perito se centra en el tipo penal y desde allí realiza las otras pericias necesarias a la investigación de manera de establecer la prueba pericial que sirva de base al análisis de la prueba jurídica. Aquí el daño personal podrá o no estar presente.

Cómo funciona la ciencia:

“Ciencia es todo conocimiento racional, sistemático, verificable y, por consiguiente, falible. Por medio de la investigación científica el hombre ha llegado a reconstruir la concepción del mundo que cada vez es más amplia, profunda y exacta.”¹³

Pero no toda investigación científica procura el conocimiento objetivo, así, por ejemplo, ni la lógica ni la matemática nos dan un conocimiento objetivo, no es ésa su finalidad; ellas tratan de entes ideales, no parten de objetos de estudio, los crean. Por esa característica son conocidas como ciencias formales, toman contacto con la realidad mediante el lenguaje. Las ciencias fácticas se ocupan de sucesos y procesos. Las ciencias formales se justifican mediante la lógica, las fácticas necesitan de la investigación y de la experimentación.

Las ciencias formales usan el método deductivo, se establece como verdad la concordancia de un enunciado con un conjunto de ideas previamente diseñado; es cierto, referido a ese conjunto de ideas, es relativa a ese sistema.

Las ciencias fácticas tienen un sistema diferente. No se usan símbolos vacíos de significado, sino símbolos interpretados. La racionalidad es necesaria, pero no suficiente para los enunciados fácticos, es necesaria la verificación mediante la experimentación. Por eso el conocimiento fáctico es esencialmente

¹² Rule 702. Testimony by Experts: If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify there to in the form of an opinion or otherwise, if (1) the testimony is based upon sufficient facts or data, (2) the testimony is the product of reliable principles and methods, and (3) the witness has applied the principles and methods reliably to the facts of the case. (As amended Apr. 17, 2000, eff. Dec. 1, 2000.)

¹³ BUNGE, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*.

probable, usa inferencias deductivas y probables. Por eso las ciencias formales demuestran o prueban, las fácticas verifican. La demostración es completa y final, la fáctica es incompleta y por ello temporaria.

Por ejemplo, si se define un cuadrado como un polígono de cuatro lados y ángulos iguales, éste incluye a dos triángulos, por la definición de triángulo; por lo tanto si la superficie de un cuadrado es lado al cuadrado, la del triángulo será lado al cuadrado, dividido por dos. Pero no existe un triángulo en la realidad, sino sólo en la mente. Del mismo modo no existe un tres; es una creación intelectual.

Al definir la ciencia como el resultado de un método, surge el primer problema, qué es un método. Por definición es el conjunto de procedimientos por los cuales se plantean los problemas científicos o se ponen a prueba las hipótesis científicas. *La característica del método científico es que es verificable.* La verificación por lo tanto es esencial en el estudio fáctico forense.

Un dato será considerado verdadero si es confirmado de acuerdo a los cánones del método científico.

Como hemos analizado, superficialmente, existe un tipo de ciencias que se denomina formal y otra que se agrupa bajo el nombre de ciencias fácticas. Pero el análisis del lugar del hecho se hace con una finalidad jurídica, procede entonces estudiar cómo puede agruparse el derecho en cuanto a ciencia.

El derecho pertenece a las ciencias sociales, no es ni una ciencia formal ni una ciencia fáctica. El derecho denomina ley a una concepción determinada encadenada en una sucesión lógica de leyes derivadas de una superior, la constitución, que establece institutos o regula las relaciones interpersonales. Si lo analizamos desde la óptica del derecho tal como lo planteara Aristóteles, existe una justicia distributiva de los bienes de la sociedad y una justicia conmutativa, dentro de la que se engloba la justicia entre civiles o los que alteran la sociedad o sea el delito. No hay aquí comprobación alguna, sino una experiencia que ha resuelto situaciones similares, a esa experiencia basada en la historia se le da un valor fundamental. Incluso Hegel sostuvo que el derecho es una historia aplicada.

El juez tiene entonces delante un problema: su formación es propia de las ciencias sociales, pero debe investigar algo usando las ciencias fácticas, ya que valor del testimonio está en decrecimiento. Hay, por lo tanto, en cada juicio dos sistemas epistémicos en juego.

El problema reside en este doble método. Si el juez hace ciencias formales no llegará a un resultado cierto, pero cada vez más se depende de las ciencias para la demostración de la realidad. Surge así la figura del perito, quien realiza la investigación fáctica para ser usada luego en la valoración jurídica. El perito es quien analiza el hecho o sea algo denominado mediante un sustantivo, que es el resultado de una acción expresada en un verbo.

De esto se deduce que la actuación del perito es jurisdiccional. En el derecho penal establece las bases sobre las que se define el tipo penal, pues evidencia qué se hizo, cómo se hizo, con qué se hizo y da los elementos que relacionan a un sospechoso con la acción.

Pero el juez es por definición perito de peritos, o sea debe interpretar los dichos y experimentos efectuados para formar su propio criterio. Cómo hacerlo es el problema.

El juez no tiene la formación científica para evaluar un trabajo, a menos que se explique mediante un informe cómo se llega a una conclusión determinada, de manera que se pueda estudiar reevaluando el mismo camino o sea verificar si los resultados son los que se informan. Una manera de poder hacer este estudio es contar con métodos validados previamente, un método está validado cuando se conoce su capacidad de lograr un resultado que sea confiable. Esto es un paso fundamental; todo método científico tiene una capacidad de llegar a un resultado determinado, mediante una serie de pruebas previas, que permitan dilucidar cuándo éste ha logrado ser una herramienta útil para verificar algo sometido a examen. Así cuando se informa un resultado de estudio de ADN se informa cuál es el grado de confiabilidad.

Al realizar estudios toxicológicos se debe establecer previamente cuál es el objetivo del estudio, pues un método puede determinar un rango establecido de determinada sustancia, otro puede ser necesario si lo que se busca está en un nivel muy inferior. Por otra parte, no se hacen los estudios toxicológicos sin pedir previamente qué se busca, por lo tanto si un determinado elemento no fue solicitado, el resultado no lo consignará aunque estuviese presente. Así, si un sujeto se piensa que fue intoxicado por metales pesados, por ejemplo, arsénico, no se consignará si lo solicitado es drogas depresoras del sistema nervioso, aunque esté presente en la muestra; siguiendo el mismo ejemplo si lo que se busca es determinar hidrarsenismo crónico, toxicidad del agua contaminada con arsénico, se debe especificar esto, pues el estudio debe hacerse con un nivel más estricto para detectarlo, que si lo que se sospecha es toma de arsénico como método de homicidio o suicidio.

Si dejamos la toxicología y lo que se trata de determinar es quién ha disparado un arma de fuego en un motín, el estudio puede hacerse combinando los registros filmados, en el caso que los hubiere, con estudios de sonido, reproduciendo el mismo experimentalmente, de manera de incluir o excluir a un sujeto como el autor de un disparo. En este supuesto, lo que se necesita es un laboratorio y expertos en física que trabajen en conjunto con técnicos de imágenes. Pero el juez carece de formación e información para saber qué se tiene que pedir, cómo se tiene que pedir y a quién se debe pedir.

Por lo tanto debe contar con expertos forenses que le indiquen cómo puede contestarse una determinada pregunta; actualmente ésta es otra labor imprescindible de los peritos. Esta labor, la de asesoramiento de cómo lograr un resultado, surge de comprender qué es lo que busca el magistrado, cómo puede determinarse o qué método puede usarse y luego establecer, si él no es el que llevará ese examen adelante, quién lo hace. Esta labor de traducción de la incógnita judicial a un diseño de investigación, alertando al magistrado de la validación de los resultados esperables, es intrínsecamente forense. El forense debe conocer qué busca el magistrado, comprender cuál es el problema jurídico y luego diseñar cómo puede dársele respuesta, y que ésta sea confiable. Esto implica que el forense debe conocer básicamente cuál es el problema jurídico a responder. Por eso es forense, y no experto solamente, en la ciencia de su incumbencia profesional.

Conocer la validación de un método es fundamental para la causa. Un defensor puede ejercer su función si es asesorado igualmente sobre ésta para su defendido. No es la primera vez que un método con un grado de certeza escaso compromete a un detenido.

La validación implica conocer cuál es la tasa de falsos positivos y negativos de un método, lo que dará un valor de validez. Un método puede ser muy útil, si lo que se busca es hallar a todos los que pueden dar positivo, en ese caso el método debe tener muy pocos falsos negativos, pero si lo que se busca es determinar sobre estos resultados quién es el que realmente es positivo, debe usarse un método que tenga pocos falsos negativos y alta tasa de positividad real, es decir que cuándo dé positivo se ajuste a lo real. El otro sirve para determinar todos los que pueden ser positivos, éste quién lo es en realidad. Ambos métodos pueden necesitarse combinadamente, por el costo, por ejemplo. A esta capacidad de determinar se le llama en ciencias el *gold standard*.

En un caso determinado de un cáncer que tiene una dependencia de un tóxico industrial, por ejemplo, el método estadístico puede ser muy útil para establecer qué industrias pueden ser las responsables de ese resultado, pero esto no implica que en ese caso en especial lo sea, si el poder oncogénico está compartido con otras fuentes que se hallen presentes. Se necesitará un medio que pruebe la presencia de materiales correspondientes a esa industria en el desarrollo del tumor.

Esta labor ya excede lo que puede pedirse a un juez en especial, pues si además de llevar a cabo una investigación, debe establecer previamente cuál es el grado de validación de un método, se le está pidiendo ya un imposible. Sin embargo, es una necesidad de la justicia, que en nuestra opinión deben asumir las Cortes usando los cuerpos forenses.

El juez una vez obtenida la prueba científica debe elaborar la prueba jurídica, que la engloba, pero no es suficiente para realizarla, toda vez que el juez debe evaluar otras consideraciones propias de las ciencias sociales. Este estudio de la oportunidad hace que la sentencia sea justa. *Máximo jus máxima iniuria*, decían los romanos. El juez razona con los elementos de la lógica situacional, en términos de Karl Popper, pues ése es su campo, el de las ciencias sociales; se basará en las ciencias fácticas, pero éstas no sustituyen el criterio judicial, pues el magistrado evaluará la prueba pericial como mejor le parezca. Esa es su función.

Este criterio tal como sucede en todas las ciencias sociales será luego evaluado por tribunales de apelación, de manera que no sea una sola la opinión vertida, ajustando así en lo posible la sentencia a las circunstancias sociales y personales puestas en evidencia en el proceso.

La sociedad, informada de los procedimientos científicos posibles en la investigación judicial, exige cada vez más la realización de los mismos. El impacto en los juicios, juicios por jurados, en Estados Unidos, de las series televisivas ha generado un incremento en la necesidad de contar con laboratorios y personal especializado¹⁴. Algo similar se verá en nuestro país, pues la inseguridad es un problema percibido como grave por la sociedad, a la vez que hay un cuestionamiento indudable a las instituciones, entre ellas la nuestra. La única manera de recuperar el prestigio comprometido, es que las instituciones realicen su labor en forma tal que puedan ser evaluadas por la sociedad. En este sentido se debe valorar cómo formar el personal necesario para que el servicio de justicia sea considerado por el judiciary en forma satisfactoria.

Tradicionalmente los Poderes Judiciales se han negado a asumir la formación de su personal, tarea que, con cierta razón, adjudican a las universidades. En el caso específico de las ciencias sociales y fácticas aplicadas a la labor judicial, la formación necesaria para poder ser un perito confiable no se puede obtener fuera de la práctica propia de los Tribunales. El Tribunal es al forense lo que el hospital es al médico práctico.

¹⁴ *Scientific America*, junio-julio de 2006.

Se debe trazar el perfil propio del perito. Es absolutamente imposible formar un profesional práctico a través del trabajo forense, pero sí es perfectamente posible y deseable formar un forense sobre la base de sólidos conocimientos prácticos de la ciencia que detente el perito.

Por lo tanto si analizamos qué es un perito forense, primero debemos formarlo como perito en ciencias propias externas a la labor judicial. Sobre ese presupuesto de formación básica, que describe el primer párrafo del artículo o regla 702, de las Reglas de Procedimiento de Estados Unidos, hay que dotarlo de conocimientos para que su labor pueda ser útil en el proceso judicial. Finalmente se tendrá un experto forense. Esto implica que será un post-postgrado.

La primera fase de su formación es extraña al Poder Judicial, pero no así la segunda. Esto es así por dos razones, primero que el que lo necesita es el Poder Judicial, la segunda es que es la única institución donde puede formarse como experto en lo que éste necesita.

Basados en esta premisa el Poder Judicial de Neuquén hizo una experiencia importante en los resultados. Se usó el método de la Residencia Médica, nacida bajo esos mismos principios a mediados del siglo XX, en Estados Unidos¹⁵, y se hizo una Residencia en Medicina Legal, como experiencia exploratoria. El resultado fue por demás satisfactorio, tanto es así que compitieron por una plaza de peritos diez expertos, con título obtenido en cursos de Médico Legista, los que obtuvieron un resultado sensiblemente inferior en sus respuestas que las dos profesionales sometidas al régimen de Residencia.

Así pues se parte de una primera parte de la tríada. La segunda es la experimentación.

En la investigación judicial fáctica no es posible aplicar la investigación clásica, por razones obvias y éticas. Se necesita por lo tanto desarrollar la investigación en instituciones propias dependientes del Poder Judicial, tal como ha realizado el FBI, etc., en fuerzas policiales. El perito lo será si tiene una formación sólida, pero sabrá cómo hacer si ha practicado previamente al caso en concreto su metodología.

Todo conocimiento práctico requiere tres partes: una el conocimiento general, que es un amplio sistema de ideas organizadas sobre un particular, luego hay que desarrollar habilidades, que son las que se hacen en el campo práctico, para poder aplicar ese mundo de ideas al caso práctico, pero además, y no subalternamente, se deberá desarrollar las destrezas propias para que esas habilidades den un resultado lógico.

Trasladado esto al tema en concreto que nos ocupa, es necesario saber, cosa que puede pasar por fuera del sistema judicial, logrando un corpus cognoscitivo específico, pero las habilidades y las destrezas sólo son posibles de lograr en el trabajo judicial.

No se puede formar un científico en un determinado área desde la labor forense, pero sí se puede formar un forense sobre el conocimiento específico que tiene un científico.

Así se logrará estar a la altura de las necesidades judiciales haciendo la pesada tarea de los magistrados y agentes judiciales, más fácil y sobre todo, más racional.

¹⁵ Las Residencias Médicas nacieron de la constatación que la formación médica no era suficiente para obtener profesionales aptos para la labor hospitalaria. Estas instituciones eran las usuarias, necesitando un staff de médicos experimentados para sus planteles profesionales; por lo tanto decidieron hacer una experiencia con médicos viviendo en los hospitales, residentes, con formación en la práctica, mediante un programa educativo basado en la enseñanza en función. Los resultados fueron tales que se ha impuesto en el mundo entero como método de formación. Sistemas similares, aunque no necesitando vivir en las instituciones, pues la emergencia no es parte de la ciencia, se usan para formar ingenieros, pilotos, etcétera.

Defensa en juicio: La Regla del Contradictorio en la Investigación Fiscal Preparatoria del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba (ley N° 8123)

Por Alejandro G. Weiss

I. Esquema constitucional

1. Comenzar nuestra exposición hablando a secas del principio del contradictorio en el proceso penal, nos resulta arriesgado o imprudente, pues correríamos el riesgo de perder su verdadera dimensión. Ello es así dado que el mismo es uno de los corolarios que conforman la garantía constitucional de la “**inviolabilidad del derecho de defensa en juicio**”. Esta última está expresamente reconocida en la Constitución Nacional, en su art. 18, cuando expresa: “**es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos**”. Igualmente, a partir de la reforma de 1994, dicha garantía tiene su ratificación a través de los pactos y tratados incorporados con jerarquía constitucional (C.N., art. 75, inc. 22): a) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXVI, segundo párrafo); b) Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 10); c) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del Hombre (art. 14. 1.), y d) Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8°, primer párrafo)¹.

Es por ello entonces que debemos situarnos, en primer término, en la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio. La misma tiene hoy en día una dimensión o alcance que es fruto de discusiones que se plantearon desde el inicio de la vida en convivencia hasta nuestros días. El norte, para su cabal entendimiento, ha sido el reconocimiento de que más allá de la gravedad y barbarie que pueda presentar —*prima facie*— el delito que se sospeche cometido, nunca hay que dejar de lado que el supuesto autor es un ser humano, y que como tal merece un trato que condiga con esa calidad. No es un objeto². Por ello es que el poder de un Estado de Derecho, para cumplir con su función judicial en lo penal, debe ejercerse en el ámbito de la legalidad, esto es, buscar develar la verdad de lo ocurrido (hecho histórico) reconociendo al imputado la calidad de persona dotada de derechos (principio de inocencia, tener acceso a un debido proceso, de no ser sometido nuevamente a otro proceso por el mismo hecho, que pueda designar un defensor de su confianza, que sea debidamente imputado y luego intimado anoticiándolo del hecho que se le atribuye, como asimismo se le ponga en conocimiento la prueba que obra en su contra en forma enunciativa, que pueda abstenerse de declarar sin que su silencio implique una presunción en su contra, que no sea obligado a prestar juramento, que las medidas coercitivas que se dicten en su contra lo sean con carácter excepcional, no haciendo de ellas un anticipo de pena, sino simplemente que cumplan con su fin cautelar para evitar el daño jurídico, que pueda declarar cuantas veces considere oportuno para su defensa, que tenga la oportunidad del doble conforme, esto es que tanto a las medidas coercitivas que lo privan de su libertad así como a la sentencia misma que le atribuye responsabilidad penal, puedan ser revisadas por otro órgano jurisdiccional con jerarquía superior, etc.). Es por todo lo dicho que coincidimos con VÉLEZ MARICONDE en cuanto expresa que el Derecho Procesal Penal no es un islote aislado del ordenamiento jurídico, sino que por el contrario lo conforman, teniendo en su vértice a la Constitución Nacional y las garantías por ella reconocidas poseen jerarquía dogmática en el proceso

¹ Véase que lo dicho, además de tener reconocimiento en la doctrina, hoy en día lo tiene a través de la propia lectura del Pacto Internacional de los Derechos y Deberes Políticos del Hombre, ya que el art. 14.1 hace mención inicialmente a la defensa en juicio para acto seguido, en sus incisos restantes —siete con sus respectivos tópicos— aludir a sus corolarios, ocurriendo otro tanto con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 8.2 y art. 8.5.

² A este concepto —por ejemplo— lo redujo la Ordenanza Francesa de 1670.

³ Cfr. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, t. II, 3ª ed., 1ª reimpresión actualizada por los Dres. Manuel N. Ayán y José I. Cafferata Nores, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1982, ps. 52 y 53). El citado autor, al aludir a la función judicial en lo Penal, expresa que “en los postulados de la Ley Suprema yacen los conceptos básicos del derecho procesal: jurisdicción como potestad eminente o actividad específica del ‘juez natural’; el proceso o juicio previo a toda sanción, como instrumento jurídico que en materia penal es indispensable; la acción procesal como poder (implícitamente establecido) capaz de provocar el ‘juicio’ que ha de servir de medio para el ejercicio de la jurisdicción; la defensa, como derecho inviolable de las partes que en ese proceso intervengan (C.N., art. 18)”.

penal³. Si bien nadie desconoce el **carácter instrumental** que tiene el proceso penal respecto del derecho penal sustantivo, y que por ende, entonces, aquél debe erigirse en un instrumento idóneo para la obtención de sus fines (inmediato: descubrimiento de la verdad real; mediato: restablecimiento del ordenamiento jurídico alterado), **el afianzamiento de la justicia** que exige el Preámbulo de nuestra Carta Magna, no debe ser obtenido a cualquier costo, ya que el “interés social” no es único a tutelar, sino que paralelamente se erige “el interés individual” con igual jerarquía y respeto. Lo dicho necesariamente demanda que ambos sean acotados, o regulados, ya que por su sola coexistencia ninguno resulta absoluto. Con similares palabras Klaus TIEDEMANN señala: “[...] Si, por tanto, la verdad no se ha de investigar a cualquier precio, sino protegiendo la dignidad humana y los derechos fundamentales del inculpado, se reitera con ello claramente la estrecha unión del Derecho Procesal Penal con el Derecho Constitucional [...]”⁴.

2. Hecha esta mínima referencia al género, es que podemos ingresar al tratamiento del **principio del contradictorio** (especie). La primera pregunta que corresponde formularse es si este corolario, hoy en día, tiene reconocimiento constitucional, o solamente es una consecuencia de la inviolabilidad de la defensa en juicio con reconocimiento en la ley adjetiva. Al respecto cabe destacar que a partir de la reforma constitucional operada en el año 1994, y como consecuencia de la incorporación de los pactos y tratados con jerarquía de garantías constitucionales (C.N., art. 75, inc. 22), el contradictorio tiene expreso reconocimiento en el Pacto Internacional de los Derechos y Deberes Políticos del Hombre (Nueva York, 1966), en su art. 14.3. “e”, cuando expresa: **“Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”**. En términos similares la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 8.2. f establece: **“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos a peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”**⁵. Como se puede advertir, la categoría de corolario no tan sólo tiene vigencia en la doctrina y jurisprudencia, sino que en forma expresa es reconocida por los pactos aludidos.

Si bien con las normas señaladas no se puede considerar que el contradictorio esté agotado en su dimensión, sí sirven —al menos— para dejar en claro cuál es su objetivo, en otros términos, a qué apunta su regulación. Respecto a su lectura, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba tiene dicho: **“[...] El núcleo que buscan preservar los aludidos tratados constitucionales, a través de la incorporación expresa del principio del contradictorio, finca en situar al imputado y a su defensor en completa igualdad con el acusador y, en su caso, con el querellante, habilitándolos a producir prueba y fiscalizar la prueba de cargo a fin de constatar la objetividad (veracidad) de la información que ingresa al proceso. Si bien la normativa apuntada alude en forma expresa a la testimonial, va de suyo que dicha garantía se hace extensible a la prueba en su conjunto [...]”**⁶.

II. Su significado

1. No obstante que nos hemos adelantado al respecto en el punto precedente, lo dicho es insuficiente para considerarlo agotado. Su tratamiento ha sido una de las banderas que se levantaron y se levantan

⁴ Claus ROXIN, Gunther ARZT y Klaus TIEDEMANN, *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*, traducción al español por los Dres. Luis Arroyo Zapatero y Juan Luis Gómez Colomer, Ariel, Barcelona, 1989, p. 140.

⁵ Véase que tal normativa prácticamente es de idéntico contenido con el art. 6.3.d. de la Convención Europea de Derechos Humanos.

⁶ T.S.J. de Cba., Sala Penal, autos “Sánchez, Ricardo - Recurso de Casación”, S. 45 del 08/06/00, en el que se reconocio validez al “Dato Anónimo”. Nota a fallo a favor de WEISS, Alejandro Guillermo, en *Cuaderno N° 5 del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C. - Mediterránea*, Córdoba, 2000, ps. 185/202. Interesante resulta el caso traído por Klaus TIEDEMANN en la obra citada ps. 141 y ss., donde alude a la validez o no de los testimonios prestados por funcionarios policiales que comprometen a un agente secreto de una nación extranjera que realizaba dicha actividad ilegalmente en Alemania. Los datos aportados por los funcionarios policiales tuvieron su origen en dichos suministrados por **gente de confianza** cuyos nombres no fueron dados a conocer por “no haber sido concedido a ellos ningún permiso para declarar sobre ello por sus superiores”. Dice TIEDEMANN que tal hipótesis no está regulada en forma expresa en la ley procesal alemana, siendo esto el motivo por el que existen opiniones encontradas acerca de su validez. Reconoce el citado autor —a más de su discrepancia— que el Tribunal Supremo Federal y el Tribunal Constitucional Federal han rechazado las reclamaciones en varios casos (o sea, han reconocido validez al fallo impugnado).

tan en la actualidad con la Nueva⁷ Reforma Procesal Penal iniciada en nuestro país a fines de 1980, que apunta al abandono del sistema mixto a cambio del sistema acusatorio⁸. VÉLEZ MARICONDE, al abordar el tratamiento de la defensa en juicio, y referirse al contradictorio, reconoce que del principio constitucional destacado en el art. 18 de la C.N. “[...] emerge también la necesidad de que en el proceso impere la contradicción, vale decir que las partes tengan (*audiatur et altera pars*): a) oportunidad de ser oídas por el Tribunal durante el proceso, especialmente antes de la decisión jurisdiccional capaz de afectar sus intereses; b) posibilidad de provocar el ingreso al proceso de las pruebas pertinentes y útiles; c) posibilidad de controlar la actividad judicial o de la parte contraria; d) posibilidad de refutar los argumentos que puedan afectarlas, o sea, los que tiendan a demostrar su culpabilidad [...]”⁹.

Con palabras similares, CAFFERATA NORES nos explica que la legitimidad de una sentencia condenatoria propia de un Estado de Derecho tiene su base en el respeto a sus reglas (que regulan la actividad investigativa), las que “[...] reconocen al acusador, al imputado y a su defensor en condiciones de igualdad, la atribución de producir pruebas de cargo y de descargo respectivamente; la de controlar activa y personalmente, y en presencia de los otros sujetos actuantes, el ingreso y recepción de ambas clases de elementos probatorios y la de argumentar públicamente, ante los jueces que las recibieron, sobre su eficacia conviccional (positiva o negativa) en orden a los hechos contenidos en la acusación o los afirmados por la defensa y las consecuencias jurídico-penales de todos ellos, para tener de tal modo la igual oportunidad de intentar lograr una decisión jurisdiccional que reconozca el interés que cada uno defiende, haciéndolo prevalecer sobre el del contrario”¹⁰.

2. Estos efectos del contradictorio se plasman en el proceso penal, tanto en la etapa investigativa inicial (instrucción jurisdiccional en los procesos de índole mixtos, e investigación fiscal preparatoria en los procesos de tipo acusatorio¹¹) como en la etapa esencial del juicio. Ahora, antes de finalizar este punto, corresponde dejar en claro dos aspectos. El primero alude al hecho de que para dimensionar en su justo punto la vigencia del contradictorio en el proceso penal, es necesario no olvidar que dado el carácter público del derecho penal, el juez en lo Penal debe fallar *secundum legem* y no *secundum alegata et probata*, como ocurre con el juez Civil. Justamente, es en salvaguarda del fin inmediato del proceso penal, que la etapa investigativa tiene —necesariamente— rasgos inquisitivos, siendo por ello que se diga que la instrucción tiene como caracteres el ser escrita, limitadamente pública y limitadamente

⁷ Digo “nueva”, ya que a mi juicio la primera reforma sustancial en materia de derecho procesal penal en nuestro país, tuvo inicio con el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba del año 1939 (Ley N° 3138), llevada a cabo por Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler, a través del cual se instauró el “juicio oral y público”. Dicho Código se correspondía con el sistema mixto, siendo posteriormente reformado por el primero de los nombrados en el año 1970. Apoya lo dicho, lo manifestado por Manuel LOZANO - Higuero PINTO - Manuel MARCHENA GÓMEZ en su obra *La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal*, quienes en la página 60, nota al pie N° 60 destacan: “Debido a Vélez Mariconde y Soler, que fundió armónicamente lo mejor de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882 y los Códigos Procesales Penales italianos de 1913 y 1930, dando lugar al mejor Código de América y uno de los mejores del mundo en su clase (a decir de Alcalá-Zamora, *vid.* Miscelánea Procesal, I, México, 1972, págs. 369 y ss.), (Comares, Granada, 1994).

⁸ Si hoy en día, de acuerdo con la realidad que se está vivenciando con la reforma procesal penal que invade el país, concluyéramos diciendo que “*el objetivo de los estudios progresistas se traduce en esta fórmula: reducir a la forma acusatoria, lo que más que se pueda, también el primer período del proceso mixto*”, creo sinceramente que para nada estaríamos errados. Lo curioso es que esta frase le corresponde a un clásico del derecho, a uno de los genios más destacados en la historia, cual es nada más y nada menos que Francisco CARRARA (*Programa*, parágrafo 856, nota 1), citado por VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, t. I., Marcos Lerner Editora Córdoba, 1982, p. 146. Es por ello que hay que conocer verdaderamente la historia del derecho, como así también a sus maestros, para recién animarse a decir, despectivamente, que como los clásicos han muerto sus palabras no tienen vigencia. Podría citarse como otro ejemplo a BECCARIA, en su obra *De los delitos y de las penas*, escrita en el año 1764, la cual ha sido citada, dada la actualidad de sus pensamientos, por el T.S.J. de Cba. - Sala Penal, en los autos “Aguirre Domínguez, Juan Manuel - Recurso de Casación e Inconstitucionalidad”, S. 76 del 11/12/97, ante el planteamiento de la inconstitucionalidad de la prisión preventiva regulada en el art. 281, inc. 1, de la ley 8123.

⁹ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 213. Véase cómo el principio del contradictorio, sin necesidad de una regulación constitucional expresa, tenía plena vigencia, siendo ello producto de la evolución del derecho como síntesis de la historia, así como de la doctrina y jurisprudencia mismas.

¹⁰ CAFFERATA NORES, José I., “La investigación penal: su necesaria eficacia en un Estado de Derecho”, *Cuaderno N° 5 del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional* - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C. - Mediterránea, Córdoba, 2000, ps. 52 y 53.

¹¹ Como ejemplo —inclusive por ser el primero en el país— se puede citar al nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba (Ley N° 8123) que fue sancionado el 05/12/92, entrando a regir —parcialmente— el 16/01/95, y en plenitud el 31/03/98). Además, están los Códigos Procesales Penales de Tucumán que copió el de Córdoba, el de Mendoza, etcétera.

contradictoria. Véase, a modo de ejemplo, que si no existiera el secreto sumarial, el imputado al conocer las medidas investigativas que se pretenden adoptar en su contra para lograr descubrir la verdad de lo ocurrido, podría fácilmente adelantarse a las mismas y burlar la investigación, haciendo desaparecer las pruebas que den cuenta de su participación en el hecho atribuido, amenazando a los testigos, e inclusive, si se ve acorralado por no tener otra alternativa que una condena efectiva, darse a la fuga, lo que paralizaría la acción de la justicia, ya que el juicio en rebeldía en nuestro país no tiene vigencia. Cualquiera de esas hipótesis producen lo que en doctrina se conoce como daño jurídico¹², ya que imposibilitarán la consecución del fin mediato del proceso penal, cual es el restablecimiento del ordenamiento jurídico alterado. Esto nos hace ser prudentes a la hora de habilitar un contradictorio en forma absoluta en la etapa investigativa. En segundo lugar, corresponde, ante los cambios advertidos en los Códigos Procesales Penales de tipo acusatorio como el de la Provincia de Córdoba, en donde la investigación inicial ha pasado a manos del fiscal de Instrucción, analizar cuál es el tratamiento que se ha dispensado al principio del contradictorio, siendo éste el objetivo del presente trabajo.

III. Actos definitivos e irreproductibles de la investigación fiscal preparatoria

1. Durante la etapa de la investigación penal preparatoria (ya sea a cargo de un Juez de Instrucción —sistema mixto— o de un Fiscal de Instrucción —sistema acusatorio—), la autoridad judicial a cargo tiene el deber jurídico de investigar la verdad histórica de lo ocurrido (hecho con supuesta apariencia de delito), para lo cual deberá disponer la recepción de los elementos de prueba que considere necesarios. Ahora, la canalización o forma de hacer ingresar al proceso dicha información deberá ser realizada a través de los medios de prueba¹³ reconocidos legalmente, respetando la forma o modo en que los mismos deben practicarse.

Es de destacar que no siempre resulta necesario que el sujeto “super partes”¹⁴ a cargo de la investigación, les comunique a ellas y a sus defensores su intención o interés de realizar dichos actos¹⁵, ello con la única salvedad de que la defensa haya solicitado la participación en los actos instructorios. Sólo la notificación previa resulta obligatoria para el caso de que estemos en presencia de los llamados actos definitivos e irreproductibles, dada la posibilidad de su trascendencia probatoria a la hora del dictado de la sentencia. Estos actos están expresamente previstos en la ley siendo sindicados como tales: a) registros; b) reconstrucciones; c) pericias; d) inspecciones, y e) declaraciones de testigos que por su enfermedad u otro impedimento no podrán —presumiblemente— deponer durante el juicio¹⁶. Ahora, la

¹² Cfr. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 41; CLARÍA OLMEDO, Jorge Andrés, *Tratado de derecho procesal penal*, t. V., Ediar, Buenos Aires, 1966, p. 200; CHIOVENDA, José, *Instituciones de derecho procesal civil*, t. I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, p. 282; CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. de Sentís Melendo, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1943, p. 77.

¹³ Expresa CLARÍA OLMEDO que los medios de prueba considerados como actividad “[...] son actos complejos regulados por la ley, mediante cuya recepción se introducen en el proceso elementos capaces de producir un conocimiento cierto o probable sobre el objeto concreto de prueba al cual se refieren” (*Tratado de derecho procesal penal*, t. V, p. 31).

¹⁴ Digo “super partes”, ya que el funcionario judicial que se encuentra a cargo de llevar adelante la ejecución de determinada etapa del proceso (en este caso el penal), debe estar investido de potestades que permitan la realización de los actos necesarios para ello. Se convierte en un director del proceso, que tiene por debajo —en jerarquía— a quienes en doctrina se denomina como “partes”. De lo dicho extraigo la conclusión que el Fiscal de Instrucción cuando tiene a su cargo la realización de la investigación fiscal preparatoria, pierde la calidad de parte, ocupando el mismo sitio del Juez de Instrucción, ya que se le ha concedido el poder de dictar —entre otras resoluciones— la prisión preventiva en contra del imputado (la medida coercitiva de máximo rigor por la cual se priva de libertad al imputado sometido a proceso) (Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Ley N° 8123, art. 281, incs. 1 y 2). Si se consideraba inquisitivo al sistema mixto, este “nuevo sistema”, aunque lleve el chapón de acusatorio, resulta a todas luces más inquisitivo, ya que la famosa inversión de roles proclamada por CAFFERATA NORES, como argumento de la imparcialidad, no ha hecho otra cosa más que mutilar al Juez de Instrucción bajo el argumento de que éste pierde su imparcialidad, ya que al dictar el auto de procesamiento investiga y resuelve al mismo tiempo, fundiendo ahora en el Fiscal de Instrucción —titular de la acción penal— las mismas actividades al dictar la prisión preventiva ya aludida. Ahora, en la ley de Córdoba, el Fiscal de Instrucción investiga, resuelve y acusa. Basta un rápido análisis para advertir cómo se ha acrecentado el poder del titular de la acción penal y cuán contradictoria es la solución propuesta para con los mismos argumentos invocados para justificar el cambio (inversión de roles), con la diferencia de que en la instrucción actuaban conjuntamente el Juez de Instrucción y el Fiscal de Instrucción, ambos imparciales, controlando, el último de los nombrados la imparcialidad del primero. Cfr. WEISS, Alejandro Guillermo, “La investigación preliminar a cargo del juez de Instrucción o del Agente Fiscal”, *Semanario Jurídico*, N° 910, edición del 12/11/92.

¹⁵ Esto ocurre respecto de los actos que sólo servirán de base para la acusación. Por ende, si el acto servirá de base para la sentencia, se deberá garantizar el contradictorio a fines de fiscalizar su realización, al igual que formular las preguntas que se consideren pertinentes (CPP de Cba., art. 310; CPP de Neuquén —Ley N° 1677—, arts. 184 y 185).

¹⁶ CPP. de Cba., art. 308; CPP de Neuquén, art. 182.

necesidad (obligación) de la comunicación previa, lo será para con relación a las partes por corresponder la misma en razón de la naturaleza del acto¹⁷, o cuando el imputado es el objeto del mismo (reconocimientos). En cambio, a los defensores (*juris peritos*) siempre se les deberá notificar dichos actos a fin de garantizar su contralor, así como su participación mediante la asistencia, siendo éstos los principales destinatarios de la notificación (por ejemplo, el contralor guarda relación con el respeto a las formas en que debe realizarse el acto, ante su inobservancia se debe requerir que se cumpla el acto conforme a derecho, o caso contrario, exigir que se deje constancia en el acta del defecto denunciado, en tanto que la participación alude a la formulación de preguntas al testigo, o el interrogatorio al reconociente para que especifique el rol que desempeñó su defendido para así corroborar o no que se trata del mismo partícipe del hecho, etc.). Esta exigencia guarda compromiso directo con el principio del contradictorio ya explicado (inviolabilidad de la defensa en juicio), y por ello es el carácter absoluto de la nulidad con la que las leyes castigan dicha inobservancia¹⁸. Véase cuál es el respeto reconocido por las leyes a esta clase de actos, que no obstante que se practiquen existiendo el secreto del sumario, deberá notificarse a las partes (en los casos que corresponda) y a sus defensores para que asistan a su realización. La única salvedad o excepción está dada cuando dichos actos deban practicarse con suma urgencia, pues el interés público por el descubrimiento de la verdad real —con ciertos recaudos para su contralor— prima¹⁹.

Hecha esta aclaración, corresponde, en primer término, precisar cuándo estamos en presencia de un acto **definitivo e irreproductible**. Debe precisarse que el acto, sea cual sea, debe fundir al mismo tiempo ambos caracteres; en otras palabras, no basta que sea definitivo o irreproductible²⁰. Al decir de Ricardo NUÑEZ, un acto es **definitivo** “si, para servir de prueba en el juicio, no es necesario repetirlo y mejorarlo procesalmente [...]”. **Irreproductible**: “[...] si no se lo puede reproducir en idénticas condiciones (v.gr., autopsia no se la puede practicar en las mismas condiciones, sea por las transformaciones cadavéricas en razón del tiempo transcurrido, sea por los efectos de la anterior operación) [...]”²¹. Para CAFFERATA y TARDITTI, “[...] se trata de actos que, por su naturaleza y características, no podrán ser repetidos en el juicio, sea por imposibilidad material —v.gr., la declaración del testigo que por impedimento no podrá asistir al debate [...] por la alteración de las condiciones entre la realización primigenia y la posterior —como ocurre con la autopsia— [...] o por la pérdida o disminución de la eficacia convictiva que implica la reiteración —v.gr. en el reconocimiento— [...] La irreproductibilidad, que es la característica que dota a estos actos de singular importancia, implica que para que puedan ser definitivos [...] deben ser realizados en condiciones similares a las del debate”²². Sólo así se justifica su ingreso por lectura, ya que si bien representa una excepción a la oralidad, el contradictorio ha sido debidamente asegurado al momento de la realización del acto.

Para finalizar este punto, debemos destacar que los actos definitivos e irreproductibles —repcionados legalmente— podrán ingresar válidamente al debate a través de su lectura, ya que los mismos, como hemos anotado, no pueden ser reproducidos en las mismas condiciones.

¹⁷ Cfr. CAFFERATA NORES, José I. - TARDITTI, Aída L. *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, comentado* con la colaboración de Gustavo Arocena, t. 2, p. 17, Mediterránea, Córdoba, nov. 2003, p. 17. Ello resulta en el CPP de Cba., art. 167; CPP de Neuquén, art. 129.

¹⁸ CPP de Cba., art. 309; CPP de Neuquén, art. 183.

¹⁹ El CPP de Cba., art. 309, segundo párrafo, regula los actos procesales definitivos e irreproductibles que deban practicarse con suma urgencia, de la siguiente forma: “[...] Sin embargo, se podrá proceder sin notificación o antes de la oportunidad fijada, cuando el acto sea de suma urgencia o no se conozcan antes de las declaraciones mencionadas en el artículo anterior, la enfermedad o el impedimento del testigo. En el primer caso se dejará constancia de los motivos, bajo pena de nulidad, y en el segundo, se designará de oficio el Asesor Letrado, quien deberá concurrir al acto, bajo la misma sanción”. Debe aclararse que la designación de oficio del Defensor Oficial fue producto de la reforma, siendo un avance positivo del contradictorio. El CPP de Neuquén, art. 183, segundo párrafo, no prevé la hipótesis del Asesor Letrado.

²⁰ Cfme. NUÑEZ, Ricardo C., *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, anotado (Decreto-ley 5154, ratificado por ley 5654 y sus modificatorias)*, 2ª ed. actualizada, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1986, p. 187.

²¹ NUÑEZ, Ricardo C., *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba anotado*, p. 187, nota 6. En la misma nota pone como ejemplo de un acto procesal con ambos caracteres al reconocimiento de una persona.

²² CAFFERATA NORES, José I. - TARDITTI, Aída L., *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba comentado*, t. 2, p. 18. En nota al pie N° 22, citan en apoyo del concepto definitivo a VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 405; MAIER, Julio B., *Derecho procesal penal*, t. I, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 586, y VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., *Derecho procesal penal*, t. II, p. 391, remite a la regulación que efectúa el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (art. 258), *que exige además que el acto sea realizado por el Juez de Instrucción* (lo resaltado me pertenece).

2. Sujeto encargado de su realización: No se puede dar por finalizado el tratamiento de los actos definitivos e irreproductibles, sin hacer alusión al órgano judicial que debe ser investido de la potestad para su realización. En cuanto a este punto, tenemos que en doctrina, como fruto del respeto al principio del contradictorio se ha reconocido que su realización debe estar a cargo del Juez de Instrucción (órgano imparcial), para que las partes (Ministerio Fiscal e imputado) en equilibrio de fuerzas puedan debidamente controlar la ejecución de tales actos. Esto vale destacar que ha tenido cabida no sólo en el sistema acusatorio alemán, sino en el mixto y aun en los inquisitivos. Es decir, es algo no discutido atento a la logicidad que demuestra. Respecto al primero de ellos, MAIER reconoce que no obstante que la investigación penal preparatoria está a cargo del Fiscal de Instrucción, cuando se presenta como necesario para el descubrimiento de la verdad, practicar la realización de un acto definitivo e irreproductible, corresponde al Juez de Instrucción asumir dicha responsabilidad (funcional)²³. Se suma VÁZQUEZ ROSSI, quien no obstante ser partidario del sistema acusatorio, considera que es el Juez de Instrucción quien debe practicarlos, citando como ejemplo el Código Procesal Penal Modelo para Latinoamérica, en su art. 258. Tal posición cierra o guarda coherencia con los argumentos vertidos por quienes avalan la reforma. Obviamente que todos los doctrinarios que avalan el sistema mixto son partidarios de que el Juez de Instrucción sea la autoridad que esté a cargo de su realización, fundando tal criterio, además de su imparcialidad, en el hecho de que se corresponde con la teoría objetiva de la jurisdicción, en la cual el Juez en lo penal, a consecuencia del carácter público del derecho penal sustantivo, debe fallar *secundum legem*, por lo que deben reconocérseles las potestades para realizar actos: cognoscitivos, coercitivos, decisorios y de ejecución²⁴, con la paralela actuación del Ministerio Fiscal como titular de la acción penal a quien no corresponde denominar acusador, dada su imparcialidad, ya que únicamente lo mueve un interés objetivo de justicia (parte en sentido formal).

IV. Su vigencia en la investigación fiscal preparatoria (ley N° 8123)

Queda por último analizar el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba hoy vigente (Ley N° 8123), en cuanto a la forma en que ha regulado la realización de los actos definitivos e irreproductibles.

Del análisis de la ley vigente, se advierte que la investigación penal preparatoria, en la mayoría de los casos (delitos de acción pública), está a cargo del fiscal de Instrucción (CPP, art. 328). Sólo en los casos en que el imputado deba ser objeto de juicio político, desafuero o jurado de enjuiciamiento (delitos de acción pública), es que la investigación estará en manos del juez de Instrucción (CPP, arts. 14, 16, 339, 340 y ss.).

Cuando la investigación es jurisdiccional la realización de los actos definitivos e irreproductibles está a cargo del Juez de Instrucción, quien ocupa el vértice en el triángulo equilátero, encontrándose en los ángulos de su base a las partes, en igualdad de condiciones (poderes), siendo éstas, el Fiscal de Instrucción y el imputado acompañado del defensor técnico, quien conforma su personalidad jurídica. Así las cosas, la investigación jurisdiccional no merece reparo, ya que el contradictorio en dichos actos está asegurado conforme lo desarrollado precedentemente, estando en armonía con la Constitución Nacional²⁵.

El problema se plantea cuando analizamos la investigación fiscal preparatoria, ya que el Fiscal de Instrucción se encuentra a cargo de la investigación únicamente. El Juez de Instrucción fue desplazado, suprimido en este momento del proceso, por considerar que si investigaba no podía resolver (dictar auto de procesamiento), ya que al realizar ambas actividades confundía su rol de sujeto imparcial (“super partes”). Éste fue el argumento central de la reforma hoy en día vigente. Ahora, lo criticable es que al titular de la acción penal pública le ha sido delegada la potestad de realización de los actos definitivos

²³ MAIER, Julio B., *La investigación penal preparatoria del Ministerio Público - Instrucción sumaria o citación directa*, Lerner, Buenos Aires, 1975, ps. 112-114.

²⁴ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 321.

²⁵ En el CPP de Cba., la investigación jurisdiccional está regulada a partir del art. 339 que establece: “La investigación jurisdiccional se practicará de acuerdo con las normas previstas por este Código y con arreglo a lo dispuesto por el presente capítulo”. Es decir, remite a la aplicación de los actos definitivos e irreproductibles previstos en el Libro Segundo, Título I, Capítulo I, “Disposiciones generales”. Asimismo, el art. 343, bajo el título “Participación del Ministerio Público”, expresa: “El Ministerio Público podrá participar en todos los actos de investigación y examinar en cualquier momento las actuaciones. Si el Fiscal hubiera expresado el propósito de asistir a un acto, será avisado verbalmente con suficiente tiempo y bajo constancia; pero aquél no se suspenderá ni retardará por su ausencia. Cuando asista, tendrá los deberes y facultades que prescribe el artículo 311”.

vos e irreproductibles, con la excepción del allanamiento²⁶, la interceptación de correspondencia²⁷, la apertura y el examen de correspondencia²⁸, y la intervención de comunicaciones²⁹.

Esto es lo que no tiene explicación y resulta antipático a los mismos fundamentos invocados a la hora de la reforma. Primero, por cuanto —aunque no lo quieran decir de frente los reformistas— en el sistema acusatorio diseñado, al representante del Ministerio Fiscal lo han situado como “acusador”, haciéndolo perder su imparcialidad, no obstante que en forma expresa la Constitución de Córdoba de 1987, en su art. 170, le reconoce el ser un órgano imparcial, al igual que la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal (Ley N° 7826), en su art. 3°.

Podría decirse que al estar a cargo de la investigación penal preparatoria, el Fiscal de Instrucción pierde su calidad de parte y asume el rango de “super partes” (juez de hecho), y dada su imparcialidad, en nada afectaría que esté a su cargo la práctica de tales actos. Si bien estamos de acuerdo con este razonamiento, el mismo no es correspondido por la propia ley, ya que se le reconoce potestad para unos y no para otros. Esto es grave, por cuanto la propia ley se contradice al tomar una potestad ambigua, por lo que está lejos de respetar el principio del contradictorio. Aumenta la confusión, si se tiene en cuenta que al Fiscal de Instrucción ante el planteo de las nulidades no se lo autoriza a resolverlas, sino que debe hacerlo el Juez de Instrucción, teniendo éste que correrle vista a aquél para que la evacue. Digo aumenta la confusión, por cuanto aquí se le está reconociendo la calidad de parte y al mismo tiempo la ley lo habilita para la realización de determinados actos definitivos e irreproductibles. Con esta realidad, insisto, se contradicen las razones invocadas para el cambio, ya que se funden en el mismo fiscal ambas calidades a la vez.

Correcta nos parece, por la coherencia, la posición asumida por el legislador alemán, quien únicamente faculta al Juez de Instrucción para la realización de tales actos.

El único argumento que se nos ocurre que puede haber tentado al legislador cordobés a incurrir en esta contradicción, es el hecho de querer —en este punto— ser fiel a la celeridad que también fuera levantada como estandarte de la reforma, ya que se posicionó en la situación del tiempo que le demandaría a un Fiscal de Instrucción el solicitar las suplicatorias pertinentes para tales actos. No obstante ello, creemos que tal circunstancia no habilita para rematar el contradictorio a costa de la celeridad.

No debemos dejar de lado otro aspecto de la ley procesal cordobesa, que también importa un pecado para con el principio del contradictorio. Concretamente hago referencia a la potestad que le ha sido conferida al Ayudante Fiscal, para recepcionar declaración a testigos³⁰ en las Unidades Judiciales, pues si se tiene en cuenta que tales actos se realizan durante la vigencia del secreto del sumario (CPP, art. 312), salta a la vista que no podrán estar presenciando tales actos los abogados defensores, impidiéndoseles así su contralor e interrogatorio. Además, dichos testimonios pueden ser incorporados por su lectura en el debate, lo que acrecienta la dimensión del error legislativo, ya que se torna cuestionable constitucionalmente la norma. Una cosa es la celeridad y otra es pensar que la conquista del fin del proceso arrase con garantías constitucionales como el contradictorio.

Lo dicho se agrava, si en una dimensión mayor, se advierte que al Fiscal de Instrucción se le ha otorgado el poder para dictar la medida coercitiva de mayor rigor, esto es la prisión preventiva³¹. Aquí, queda demostrada la mayor contradicción existente en el Código de Córdoba. Nadie puede negar que si con honestidad analizamos los argumentos esgrimidos en la reforma, esto es justamente lo opuesto a la inversión de roles invocada, ya que lejos está la ley de acompañar tales ideales. Véase que si se acusa al sistema mixto³² contenido en la Ley Provincial N° 5406 (Código de Vélez Mariconde), de inquisitivo —lo cual para nada es compartido por el que escribe estas líneas— este nuevo sistema sólo tendrá

²⁶ En la Constitución de la Provincia de Córdoba, el art. 45 reserva al Juez la facultad de ordenar el allanamiento. El CPP de Cba., art. 3°, primer párrafo, establece: “Si hubiere motivos suficientes para presumir que en determinado lugar existen cosas pertinentes al delito, o que allí puede efectuarse la detención del imputado o de alguna persona evadida o sospechada de criminalidad, el Tribunal o Fiscal de Instrucción si no fuere necesario allanar el domicilio, ordenarán por decreto fundado, bajo pena de nulidad, el registro de ese lugar [...]”

²⁷ CPP de Cba., art. 214.

²⁸ CPP de Cba., art. 215.

²⁹ CPP de Cba., art. 216.

³⁰ CPP de Cba., art. 134: “Cuando un funcionario público deba dar fe de los actos que realice o se cumplan en su presencia, labrará un acta en la forma prescripta por las disposiciones de este Capítulo. El Tribunal y el Fiscal de Instrucción serán asistidos por el Secretario; el Ayudante Fiscal por un oficial o auxiliar de la Policía Judicial [...]”

³¹ CPP de Cba., art. 336 en función del art. 281.

³² No compartimos la opinión de quienes pretenden hacer creer que el sistema mixto nunca fue tal sino que era un sistema inquisitivo mitigado. Ello es tan absurdo como no querer reconocer que entre dos extremos (sistema inquisitivo y acusatorio) existe un término medio. Es el juego de la dialéctica empleado por los reformistas.

el “chapón” de acusatorio, ya que ahora el Fiscal de Instrucción ejerce la acción, investiga y resuelve³³, con el agravante de que no existe a la par otro sujeto imparcial que lo controle, sino que sólo está la defensa del imputado. No es válido decir que el Juez de Control es quien lo ha de controlar, pues ello dependerá que se deduzca oposición (CPP, art. 338), ya que de lo contrario no tiene competencia para ello. Otro aspecto a destacar es que en este caso (oposición) la celeridad del proceso se desvanece, ya que importa agregar un peldaño más a la escalera haciendo así más largo el ascenso (dinámica del proceso). Efectivamente, ello porque, en primer término, si se deduce oposición debe revisar la resolución (prisión preventiva) el Juez de Instrucción, y en caso de que éste ratifique la resolución (decreto) del primero, queda la alternativa del recurso de apelación por ante la Cámara en lo Criminal que por turno corresponda. Sin esfuerzo alguno, se advierte cómo la famosa celeridad inicial ingresa en un pantano. Lo correcto sería que el Juez de Control dicte —si corresponde— la prisión preventiva, quedando el recurso de apelación como alternativa para ejercer el doble conforme por parte de la defensa y del propio imputado.

Finalmente, queda por expresar otro punto con el cual disintimos. El hecho de haber suprimido el instituto del auto de procesamiento, ha pivado a los imputados a quienes no corresponde ordenar su privación de libertad, de tener conocimiento de su situación jurídica procesal. Recién lo sabrán cuando su defensor les informe que han sido acusados, no quedándoles aquí otra alternativa que la oposición a la acusación, la que está en manos de su defensor técnico. Aludimos en este punto a la supresión del auto de procesamiento, por cuanto entendemos que también importa un atentado contra el principio del contradictorio, ya que al tomar conocimiento el imputado de su situación jurídica en el proceso, le permite cuestionar, discutir tal decisión ante la alzada, intentando demostrar al menos que lo beneficia el estado de duda.

En síntesis, por las razones antes anotadas, es que no nos declaramos a favor de la reforma tal cual ha sido concebida en Córdoba, y tenemos la seguridad en afirmar que el sistema mixto derogado era más atento a la hora del respeto de las garantías constitucionales hoy vigentes.

³³ Esto es la más palmaria demostración de que el nuevo Código Procesal de la Provincia de Córdoba, lejos de importar un avance, significa un verdadero retroceso. Para afirmar esto véase cuán adecuada se hace la crítica de Carlos Tejedor cuando expresaba “Con el procedimiento de oficio una misma persona ejercita las dos facultades de acusador y de juez, produciéndose una confusión de funciones y poderes” (*Curso de derecho criminal*, N° 149).

CONFERENCIA NACIONAL DE JUECES “JUECES Y SOCIEDAD”

30, 31 DE MARZO Y 1º DE ABRIL DE 2006

PANEL ÉTICA JUDICIAL

*Disertación Dra. Aidée Vázquez Villar**

Agradezco a las autoridades de la Conferencia y a la Mesa Directiva de la AMFJN, la invitación para participar en este panel junto a tan prestigiosos juristas. También a la Dra. María Claudia Caputi, talentosa investigadora de la Ética Pública, por haber compartido generosamente sus conocimientos sobre el tema.

I. Introducción

No es fácil abordar en breve tiempo un tema tan vasto como el que nos convoca, por lo que no voy a reflexionar conceptualmente sobre los grandes principios que integran el universo de la ética. Sólo me referiré a la ética aplicada a nuestra profesión, tratando los problemas que nos aquejan desde la práctica para facilitar la búsqueda de la solución. Creo que esta metodología impedirá que se desvirtúe la finalidad de la auspiciosa convocatoria, posibilitando que quinientos jueces de la República podamos intercambiar ideas y experiencias acerca de la ética judicial.

Ello demuestra que tenemos conciencia de la importancia del tema y también preocupación por acrecentar la reputación de integridad e imparcialidad del poder judicial, resultado que se logrará impregnando de ética cada acto en nuestro diario quehacer en los tribunales, lo que sin duda será percibido por la comunidad. Es que por la trascendencia social que adquiere nuestra función procurando ser justos desde el derecho, los magistrados no podemos transitar una senda ajena a la ética judicial lo que implica reflexionar cada día sobre el sentido de lo que hacemos¹. Hablar de ética es hablar de justicia, ya que las relaciones entre los ciudadanos sólo se construyen sobre la base del respeto de los derechos que a cada uno corresponden.

La labor del juez trasciende el mero conocimiento de la ciencia jurídica, pues hay espacios en que la directriz sólo será su conciencia fortalecida por patrones de conducta que le permitan hacer efectivos los valores ínsitos en la función jurisdiccional, cuyos principios cardinales son la independencia y la imparcialidad. Sin embargo en la actualidad ante el cambio acelerado y la complejidad de nuestra sociedad, aquellos parámetros se muestran insuficientes. Temas de gran contenido ético que antes no llegaban a la justicia hoy se someten a su decisión, lo cual supone un cambio de actitud de la sociedad y también de los magistrados sobre su función.

En este aspecto pareciera que ya no sabemos con precisión qué significa ser un buen juez, dado que la figura del juez ideal ha mutado desde el juez boca de la ley hasta el juez con responsabilidad social de estos días. Como decía Mauro CAPPELLETTI², la nuestra es la época del derecho responsabilizado, del derecho no separado de la sociedad, sino íntimamente ligado a ella, a sus necesidades, a sus demandas, a las voces de la esperanza, pero también de justa protesta y dolor que vienen de la sociedad. El buen juez ya no es simplemente el que cumple ciertas reglas de conducta, sino el que ha desarrollado profesionalmente rasgos de carácter que constituyen las virtudes judiciales: auto restricción y modestia para ser independiente, y sentido de justicia, valentía y prudencia para ser imparcial —pero no neutral— ante esos valores superiores.

¹ GRABIVKER, Marcos Arnoldo, “Algunas ideas sobre la ética en el Poder Judicial”, en *Realidad Judicial*, suplemento de la revista *LL*, 15/08/2003.

² DOÑATE, Antonio, “Nuevo perfil del juez constitucional”, en www.hechosdelajusticia.org.

Dice Antonio DONATE³ que ello implica un juez preparado técnicamente porque el saber independiza, un juez dotado de medios técnicos que le permitan cumplir adecuadamente su función garantizadora del derecho; un juez independiente de sí mismo a través de la ética que debe regir su actuación; un juez conciente de su función social sabedor que aplica un ordenamiento jurídico a una sociedad compleja; un juez que vive su independencia como herramienta de amparo y baluarte garantista de los derechos fundamentales del ciudadano, contribuyendo a reducir las zonas de impunidad; un juez responsable civil, penal y disciplinariamente, conocedor de que hay muchas clases de prevaricación y no sólo la dineraria o la amical; un juez que sepa valorar la crítica pública de sus resoluciones como mecanismo de refuerzo de su propia independencia. En suma, un juez que ve la justicia en el horizonte porque esa utopía le ayuda a caminar.

II. Antecedentes en la materia

Una visión en perspectiva del camino que ha venido transitando la ética judicial en los últimos tiempos, nos muestra que curiosamente hace más de una década ya regía el artículo 36 de la Constitución Nacional que en su último párrafo manda legislar sobre ética pública. Género dentro del cual se inserta la especie que nos concierne, la conducta esperable de jueces y funcionarios judiciales⁴. No obstante, el tema no era por entonces componente estable de las currículas académicas, situación que sólo se viene revirtiendo con la instauración hace pocos años de las maestrías o posgrados en magistratura judicial, que incluyen estudios sobre la cuestión. En marzo de 2001 comenzó a dictarse el primer curso de ética judicial en la Escuela Judicial de la AMFJN, y poco más tarde pasó a formar parte también de la oferta de cursos del Instituto Superior del Consejo de la Magistratura y de instituciones análogas en el interior del país.

Pero más allá de estos ámbitos académicos, ha habido carriles institucionales por los que transitó el intercambio de ideas en la materia. El primero se ubica en la aprobación de códigos de Ética Judicial en las provincias a partir de 1998 en Corrientes, Formosa y Santiago del Estero, en 2002 en Santa Fé teniendo amplia difusión y efecto pedagógico de la mano del Dr. Rodolfo Vigo, y en el año 2003 en Córdoba. Cabe recordar también que en el ámbito nacional el Consejo de la Magistratura tuvo en tratamiento un proyecto de código que seguía los lineamientos del modelo santafesino y que fue girado a diversas organizaciones, entre ellas la AMFJN que emitió dictamen en marzo de 2004.

No ignoro que un sector de la magistratura se opone a un código de ética, tal vez creyendo que restringe la independencia y libertad de los jueces. También que para algunos un código de ética judicial sin sanciones carece de sentido, pues “un derecho sin coacción sería como un fuego que no quema” al decir de Ihering. Sin embargo creo que un código de ética aun sin sanciones, sirve para que los jueces reflexionen sobre sus propias prácticas, orientándolas y facilitando la crítica justificada que otros puedan hacer de esta profesión⁵.

El hecho de que el propio Poder Judicial sea el que espontáneamente se impone deberes, constituye un mensaje trascendente para la ciudadanía. Deberes que a su vez constituyen derechos que pueden reclamar los jueces, requiriendo la protección necesaria para efectivizarlos. (art. 5º, Estatuto del Juez Iberoamericano, mayo de 2001).

Continuando con la mención de los aportes que enriquecieron la discusión sobre ética judicial, no puede soslayarse el interesante desarrollo alcanzado en el marco de la Mesa Permanente de Justicia del Diálogo Argentino. Allí se reflexionó sobre los nuevos roles y funciones del juez en la sociedad actual y las condiciones indispensables para garantizar la independencia, los valores éticos y la idoneidad. Se enunció el siguiente listado de principios éticos, que por su actualidad me permito recordar: independencia, imparcialidad, capacitación permanente, decoro, secreto profesional, honestidad, transparencia funcional, fortaleza, diligencia, trato respetuoso a los demás, compromiso institucional, prudencia y austeridad republicana.

También deben mencionarse por su relevancia las conclusiones de las “Sesiones de jueces de segunda instancia de los tribunales de las provincias argentinas sobre ética e independencia del Poder Judicial”, promovidas por la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas, AMFJN, Argenjus, FORES y Federación Argentina de la Magistratura.

³ GALEANO, Eduardo, citado por Antonio DONATE, “Nuevo perfil del juez constitucional”, *loc. cit.*

⁴ ATIENZA, Manuel, “Ética Judicial”, *Jueces para la Democracia*, N° 40, marzo de 2001, p. 18.

⁵ CAPUTI, Claudia, “La Independencia Judicial y sus Desafíos en los Estados Unidos de Norteamérica y en Argentina. La crítica a las sentencias por parte de la sociedad y de los órganos políticos”, en *Realidad Judicial*, suplemento de la revista *LL*, 23/02/2006.

En esta breve síntesis sobre el progreso que viene teniendo la preocupación por la ética judicial, he mencionado sin pretensión de completividad los principales disparadores. Pero entiendo que por su trascendencia el tema no se puede limitar a esos espacios, pues su proyección merece tomar vida propia sin quedar atada a la circunstancia puntual de la discusión o aprobación de una norma, como si allí concluyera la tarea.

III. Tematización de los principios básicos de la Ética Judicial

En forma coincidente se observa que la nomenclatura para emitir juicios de valor sobre la conducta judicial va en aumento y la labor del Jurado de Enjuiciamiento no deja de ser un marco de referencia insoslayable, por la permanente creación doctrinal que efectúa al delinear los conceptos básicos de la ética judicial. De tal modo se han precisado conceptos de límites indeterminados o difusos, actuando con máxima prudencia para valorar la proyección de los desaciertos o errores de los jueces y la atribución de intencionalidad en los mismos.

En efecto, más allá del trazado de contornos más nítidos a conceptos claves como la independencia y la imparcialidad, también se han ido definiendo nociones como la confianza que debe establecerse entre el magistrado y el sistema judicial en razón del cual ocupa el cargo (causas N° 7 y 10) e incluso la laboriosidad, con el concepto antagónico de pereza (causa N° 13). De este modo se han ido precisando mediante la casuística los límites del prevaricato, el error judicial, la libre elaboración y fundamentación del contenido de las sentencias, la prudencia, equilibrio, dignidad y honradez (causa N° 6); ejemplaridad de vida (causa N° 9), buena fe en el desempeño (causa N° 7), sentido moral de las acciones e integridad de espíritu, favoritismo, elevada conciencia de la misión y patrón de conducta irregular (causa N° 8).

Pero estos significativos avances no alcanzan y todavía tenemos una asignatura pendiente, ya que la ética implica también verificar y preocuparse por los ataques que sufre la magistratura pretendiendo amedrentar a quienes administran justicia. No me refiero a las críticas constructivas, sino a tomar conciencia que bajo ataques significativos la independencia —principio cardinal de la actitud del buen juez— se torna una ilusión. Sobre este tema no existen mecanismos de seguimiento, salvo la labor tesonera y firme que viene desarrollando la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional. Sería el momento de crearlos, pues no parece concebible una justicia independiente si la sociedad o los factores de poder de cualquier índole, olvidan sus deberes de respeto a la investidura y función de los magistrados.

Finalizo recordando a Honoré de Balzac que en 1847 en su obra “Esplendores y Miserias”, señaló con notable acierto que *“desconfiar de la magistratura marca el inicio de la disolución de una sociedad, cambien de la institución lo que pudiera hacer falta, o reconstrúyanla, pero no dejen nunca de creer en ella”*.

IV. Conclusiones

Es el propio Poder Judicial el que debe encontrar el camino para mostrar su mejor rostro ante la sociedad, pues cuenta con los elementos para ello y el hecho de reunirnos para debatir sobre ética judicial resulta la mejor evidencia.

Aplicación del art. 27 bis, in fine, del CP, en la suspensión del Juicio a Prueba

Tribunal Superior de Neuquén, Secretaría Penal, en autos “Recurso de Casación en expediente” 37/06 (expte. N° 247 - año 2006), de fecha 19/02/2007.

Sumario: El Juez de Instrucción revoca el beneficio de la Suspensión del Juicio a Prueba por incumplimiento de las reglas de conducta. La Cámara en lo Criminal, con competencia de Alzada, confirma el decisorio. El Tribunal Superior de Justicia finalmente resolvió que el incumplimiento de esas reglas debe ser “reiterado y persistente”. Asimismo, que la revocación del beneficio debe ser “la última ratio”, previo haber recorrido el Juez las distintas alternativas que prevé la norma para evitar tal solución.

ACUERDO N° 3/2007: En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los diecinueve días del mes de febrero del año dos mil siete, se reúne en Acuerdo el Tribunal Superior de Justicia con la Presidencia de su Titular, **Dr. EDUARDO J. BADANO**, integrado por los señores Vocales, **Dres. JORGE O. SOMMARIVA, ROBERTO O. FERNÁNDEZ, EDUARDO FELIPE CIA y RICARDO TOMÁS KOHON**, con la intervención del Titular de la Secretaría Penal **Dr. JOSÉ DANIEL CESANO**, para dictar sentencia en los autos caratulados “**RECURSO DE CASACIÓN en expediente 37/06** (expte. N° 247 - año 2006) del Registro de la mencionada Secretaría, se procedió a practicar la pertinente desinsaculación, resultando que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Roberto O. Fernández; Dr. Jorge O. Sommariva; Dr. Ricardo Tomás Kohon; Dr. Eduardo J. Badano y Dr. Eduardo Felipe Cia.

ANTECEDENTES: Por auto interlocutorio N° 155/2006 (fs. 25/26) la Cámara en lo Criminal Segunda de esta ciudad resolvió, en lo que aquí interesa: “No hacer lugar al recurso de apelación interpuesto y consecuentemente confirmar el punto I de la resolución interlocutoria de fs. 332/333 [...]” dictada por el Juzgado de Instrucción interviniente, por el que —a su vez— se revocó la suspensión del juicio a prueba que fuera otorgada a favor de Claudia Gabriela Vázquez.

En contra de tal resolución, los señores Defensores particulares de la imputada Vázquez, Dres. Emanuel A. Roa Moreno y Pablo E. Gutiérrez, de-

dujeron recurso de casación (fs. 1/23); el que fue rechazado por la Cámara *a quo* (fs. 27). Presentada la correspondiente queja, este Tribunal Superior de Justicia, previa declaración de la procedencia de la misma, dispuso la admisibilidad formal de la impugnación en estudio, a través de la resolución interlocutoria N° 162/2006 (fs. 32/36 vta.).

Por aplicación de la ley 2153, de reformas del Código Procesal (ley 1677) y lo dispuesto en el art. 423, primer párrafo, ante el requerimiento formulado las partes no hicieron uso de la facultad allí acordada, por lo que a fs. 40 se produce el llamado de autos para sentencia.

Cumplido el proceso deliberativo que prevé el artículo 427 del Código de rito, el Tribunal se plantea las siguientes **CUESTIONES:** 1°) ¿Es precedente el recurso de casación interpuesto?; 2°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar?, y 3°) Costas.

VOTACIÓN: A la **primera cuestión** planteada el **Dr. ROBERTO O. FERNÁNDEZ**, dijo: I. Los señores Defensores de la imputada Vázquez, Dres. Roa Moreno y Gutiérrez, dedujeron recurso de casación en contra de la resolución interlocutoria por la cual, la Cámara en lo Criminal Segunda, dispusiera confirmar el auto del magistrado instructor en virtud del que, a su vez, se revocó el beneficio de la suspensión del proceso penal a prueba de que gozaba la prevenida, por incumplimiento de las reglas de conducta impuestas.

El agravio desarrollado por la defensa y admitido (formalmente) por este Cuerpo, finca en lo siguiente: “La invocación como motivo de la errónea aplicación de la ley sustantiva art. 76 ter del Código Penal (conf. art. 415, inc. 1, CPP) con respecto a los requisitos exigidos para la revocación de la Suspensión de Juicio a Prueba y la inobservancia en la aplicación del art. 27 bis del Código Penal, en lo que respecta a las reglas de conducta. Lo que produjo como consecuencia, el dictado de una resolución que revoca la Suspensión del juicio a prueba oportunamente concedida; que de interpretarse correctamente las normas que rigen el caso [...] —invocadas por la Defensa— debería haberse resuelto insistiendo en el cumplimiento de las reglas de conducta, o disponer que no se computa como plazo todo o parte del tiempo transcurrido”.

Como planteo subsidiario, censura la “[...] omisión en la aplicación de la doctrina legal de los arts. 310 ter y 449 del CPP (Conf. art. 415, inc. 2, CPP). Por cuanto no se ha producido la prueba ofrecida por esta parte en la audiencia celebrada conforme el art. 310 ter, por lo cual se ha conculcado la Garantía de Defensa en Juicio (art. 18, CN)”.

En sus fundamentos, y respecto del primer agravio, sostiene el recurrente que se aplican erróneamente las normas de los arts. 76 ter y 27 bis del Código Penal, toda vez que al revocarse la *probation* oportunamente concedida a Vázquez, luego de realizada la audiencia del art. 310 ter del ritual local, no se tuvieron en cuenta las “acabadas explicaciones de las circunstancias que la llevaron a conducir, justificando su accionar en la imperiosa necesidad de regresar a su hogar donde la esperaban sus hijos menores, la falta de disponibilidad de taxis —dada la hora ‘pico’ para ese tipo de transporte—, y una afección a su salud, de reciente data en aquel entonces, que por el estado de los estudios médicos causaba especial preocupación y molestias, para lo cual acompañó y ofreció pruebas suficientes en respaldo de todo ello”.

En la audiencia mencionada la defensa sostuvo que no existe incumplimiento suficiente para revocar la Suspensión del Juicio a Prueba, atento a las reglas de conducta que se imponen según el art. 27 bis del Código Penal y que el “incumplimiento (para ser causa de revocación) debe ser reiterado y persistente además de injustificado”, lo que no ocurre en el caso.

Que la Cámara *a quo*, al confirmar la resolución del Juez Instructor sobre el punto, sostiene que “No están materialmente cuestionados los incumplimientos, sino su entidad o trascendencia como razón fundante de la revocación del beneficio [...]. No procede tampoco aplicar extensivamente las exigencias y/o alternativas previstas por el art. 27 bis, CP, no solamente porque no surge de la norma, sino porque se trata de institutos o situaciones por completo distintas. En el caso, la observación de la “prueba” es condición para la no realización del juicio; en el otro, para la no efectivización de una condena ya existente. Se entiende así un cabal cumplimiento de las obligaciones en el supuesto previsto por el art. 76 bis, CP, otorgando en cambio cierto poder discrecional al juez cuando de revocar la suspensión condicional de una pena se trata.

Consideran los recurrentes que el *a quo*, en su resolución se aleja de la interpretación adecuada y correcta de la normativa de fondo en lo que respecta a la entidad que debe alcanzar el incumplimiento de las reglas de conducta impuestas para determinar la revocación de la *probation* y en contra de la doctrina legal que respeta las garantías del proceso y hace expresa mención a la no aplicación de las pautas del art. 27 bis del CP, entendiendo que dichas reglas de conducta están previstas para un instituto o situaciones diferentes, y con ellos se vulnera la expresa remisión que realiza el art. 76 ter a la norma antes citada.

En tal sentido, la interlocutoria del Juez de Instrucción no hace ninguna consideración del art. 27 bis del C.P., y restringe sus consideraciones a

que el incumplimiento no estaba justificado y a la aplicación del art. 76 ter, cuarto párrafo del CP, con lo cual su fundamentación es errónea.

Afirma además, que el tema a decidir por parte de este Tribunal se centra en determinar los presupuestos necesarios para la revocación de la suspensión del juicio a prueba a raíz del incumplimiento de las reglas de conducta. En su apoyo cita doctrina y jurisprudencia.

Precisan los recurrentes que su defendida dio cabales explicaciones de las circunstancias que la llevaron a conducir, justificando su accionar, que durante todo el tiempo que llevaba cumpliendo, y que aún cumple, ha demostrado su voluntad de someterse a las normas de conducta impuestas; que surge acreditado en autos la buena fe de su asistida, conforme las pruebas ofrecidas: ticket de taxis, testimonios de personas que hacen las veces de chóferes, contratos de servicios de transporte escolar, etc.; y ha realizado las tareas comunitarias asignadas: cursos de capacitación para los grupos de recursos humanos de la provincia que atienden la cuestión del maltrato infantil.

En definitiva, la situación puntual que se suscitó el día del “incumplimiento” reprochado, su defendida explicó el carácter excepcional de tal situación, que fue el resultado de un cúmulo de circunstancias, que valoradas *ex ante* le configuraron un escenario y un contexto que se representó como justificante de su accionar. Es decir que, el juez a cargo del control de la ejecución de la *probation* debió controlar si el incumplimiento era injustificado, luego de lo cual debía insistir en su cumplimiento o disponer que no se compute como plazo todo o parte del tiempo transcurrido, o lo que cumple su similar finalidad, la prórroga del plazo fijado para la observación de las normas de conducta, debiendo agotar las alternativas que dispone el art. 27 bis, último párrafo, del CP, por remisión del art. 76 ter del CP, y luego sí, en el supuesto de encontrar que se “persiste o reitera maliciosamente”, revocar la suspensión del proceso a prueba.

En segundo término y de manera subsidiaria, los recurrentes se agravan por la inobservancia de los artículos 310 ter y 449 del CPP, toda vez que no se ha admitido ni producido la prueba ofrecida por su parte, y con ello la resolución recurrida resulta carente de fundamentación suficiente, que justifique la revocación resuelta.

Que los elementos probatorios ofrecidos, eran esenciales y constitutivos, para llegar a un conocimiento basto de las circunstancias sobre las que recaería la resolución, toda vez que daban muestras de su buena fe en la ejecución de las condiciones, y el esfuerzo realizado para cumplir con cada una de las reglas impuestas; y hubiesen permitido apreciar la excepcionalidad de las circunstancias que rodearon el actuar de Vázquez. Con ello se vio afectada en el ejercicio de su defensa (art. 18, CN).

II. Que luego de realizado un análisis del recurso, la resolución censurada y las constancias del legajo que se vinculan con el motivo casatorio invocado por la defensa, soy de opinión —y así lo propongo al Acuerdo— que, la casación deducida, debe ser declarada procedente. Doy mis razones:

1º) El tema central a debatir en la presente puede sintetizarse de la siguiente manera: ¿es aplicable al instituto de la suspensión del proceso a prueba, en cuanto dispone la imposición de reglas de conducta al probado (art. 76 ter, primer párrafo del Código Penal), la previsión del art. 27 bis, *in fine*, del mismo cuerpo legal?

La Cámara de Juicio ha entendido que no. Por el contrario, este Tribunal Superior, desde sus integraciones anteriores, ha dado una respuesta afirmativa a este interrogante (cfr. Acuerdo N° 23/2001, *in re* “Contreras - Saez”, del registro de la Secretaría Penal de este Cuerpo); criterio que, por compartir, habré de sostener en el presente.

En efecto, ni bien se observa la estructura lingüística de la norma en cuestión (art. 76 ter, primer párrafo), es posible advertir que el legislador no se ha limitado a decir que el Juez, al disponer la suspensión, fije alguna de las reglas que prevé el art. 27 bis. Por el contrario, ha sido mucho más explícito desde que, ha dispuesto que el cumplimiento de esas reglas de conducta (“**deberá cumplir [...]**”, *dice la ley*) lo será, “**conforme las previsiones del artículo 27 bis**”. Esta circunstancia no es una cuestión menor desde que, según lo interpretara Julio De Olazábal, en criterio que comparto, está haciendo extensivo al instituto de la *probation* “todo el régimen establecido” en tal precepto (art. 27 bis) (cfr. “Suspensión del proceso a prueba”, Astrea, Bs. As., 1994, ps. 90/91).

2º) De esta manera, el próximo paso en el análisis exige vincular el caso con la inteligencia del párrafo final del art. 27 bis.

¿Cuándo se podrá afirmar que, el imputado, ha incurrido en incumplimiento de las reglas de conducta, con entidad para revocar —**en este caso**— la suspensión del proceso dispuesta?

No basta, obviamente, que hayan existido simples incumplimientos. La ley exige, por el contrario, una particular resistencia; habla, concretamente, de incumplimiento reiterado y persistente. Las palabras de la ley tienen su sentido: sólo podrá llegarse a la revocación, por este motivo, como *ultima ratio*; esto es, **previo haber recurrido el Juez las distintas alternativas que prevé la norma para evitar la revocación**.

¿Y cuáles son estas alternativas?

En primer lugar, el tribunal podrá modificar las reglas de conducta —entre otros casos— cuando el cumplimiento de las que impuso originariamente, sea el producto de una imposibilidad justificada que impidió al imputado su observancia.

En segundo lugar, el órgano jurisdiccional podrá insistir en que el probado la satisfaga, sin

que, del incumplimiento en que hubiese incurrido, se derive sanción alguna.

Por fin, puede disponer que “no se compute como plazo de cumplimiento todo o parte del tiempo transcurrido hasta ese momento”.

De esta manera, retornando al pensamiento de De Olazábal, cabe concluir en que: “[...] en caso de incumplimiento de alguna regla el tribunal no deberá disponer directamente la revocación de la suspensión, sino que sólo lo hará ante su persistencia o reiteración [...]. Implícitamente resulta así fijado un procedimiento en el cual, tras el conocimiento del incumplimiento de alguna regla de conducta, el tribunal deberá intimar al imputado para que se atenga a su cumplimiento, pudiendo al mismo tiempo disponer que no se compute como plazo de cumplimiento todo o parte del tiempo transcurrido hasta ese momento” (cfr. *op. cit.*, p. 91. En esa misma dirección se pronuncia José Daniel CESANO, “Las reglas de conducta del art. 27 bis y la condena de ejecución condicional”, Alveroni Ediciones, Córdoba, 1996, p. 62).

Tal interpretación es admitida incluso por Jorge De la Rúa, a pesar de su desacuerdo de *lege ferenda*. En efecto, el mencionado autor, expresa: “La forma de redacción (persistir o reiterar) pareciera exigir que, previamente, haya existido una decisión judicial sobre el no cómputo parcial [...]” (cfr. *Código Penal Argentino. Parte General*, Depalma, Bs. As., 1997, p. 406, N° 105).

3º) Sobre la base de esta interpretación no habré de coincidir con la inteligencia que efectuará la Cámara al confirmar la revocación del beneficio. Ello así por cuanto:

A) Es cierto que en la causa, existen constancias de incumplimiento por parte de la probada;

Sin embargo, en la misma audiencia ventilada al efecto de la revocación —y en relación directa con la regla incumplida (prohibición de conducir)— la imputada hizo mención expresa de diversos testimonios de personas que abonarían —de su parte— el respeto de aquellas reglas (con excepción del día en que, efectivamente, se verificó ese quebrantamiento; extremo que no desconoce la acusada). También adjuntó copias de diversas facturas y tickets en donde se acredita el pago por servicios de transportes (taxis y vehículos de traslado escolar); cúmulo de indicios favorables que no merecieron un análisis detenido por parte de los magistrados intervinientes.

Que frente a este cuadro considero que las alternativas en la instancia de origen eran dos: sustanciaba prueba a los efectos de acreditar efectivamente la reiteración y persistencia de los incumplimientos o, en su defecto, a partir de la inteligencia legal que este Cuerpo viene proponiendo, prolongaba la duración de la prueba, sin llegar a la revocación directa del beneficio; habida cuenta que, el incumplimiento admitido no reúne

las notas de reiteración y persistencia que exige la norma involucrada. Ninguna de estas actitudes fue realizada; con lo cual, la sanción dispuesta (revocación directa) luce como carente de fundamentación (frente a las vías alternativas que existían) y, por ende, también adolece del mismo vicio la resolución de la Cámara *a quo*, en tanto confirma la revocación del instructor.

En virtud de los argumentos que expusiera, considero haber fundado las razones que motivan mi respuesta en el sentido de la procedencia de la casación deducida. Mi voto.

El Dr. **JORGE O. SOMMARIVA**, dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Así voto.

El Dr. **RICARDO TOMÁS KOHON**, dijo: Que comparto la solución sustentada por el Vocal preopinante en primer término, atento los fundamentos dados a la presente cuestión. Mi voto.

El Dr. **EDUARDO J. BADANO**, dijo: Por compartir las conclusiones dadas por el señor Vocal que sufragara en primer término, adhiero a la solución que propicia. Así voto.

El Dr. **EDUARDO FELIPE CIA**, dijo: Que adhiero a los fundamentos precedentemente expuestos, por el señor Vocal que votara en primer término, por lo que emito mi voto en igual sentido. Así voto.

A la **segunda cuestión**, el Dr. **ROBERTO O. FERNÁNDEZ**, dijo: Atento a lo resuelto al tratar la cuestión anterior, propongo al Acuerdo, se case el auto que fuera materia de recurso (art. 428 del CPPC) en cuanto confirma la revocación de la suspensión del proceso a prueba ordenada por el magistrado instructor; resolución esta que también se deja sin efecto. En lugar de ello se deberá disponer el no cómputo total del plazo transcurrido hasta el presente, debiendo establecer el Sr. Juez de Instrucción actuante ***un nuevo plazo para el cumplimiento de las reglas de conducta por parte de la imputada***. Mi voto.

El Dr. **JORGE O. SOMMARIVA**, dijo: Comparto la conclusión sustentada por el Vocal preopinante, atento los fundamentos dados a la primera cuestión. Mi voto.

El Dr. **RICARDO TOMÁS KOHON**, dijo: Por compartir la solución dada a esta segunda cuestión, por el Dr. Roberto O. Fernández, voto en igual sentido.

El Dr. **EDUARDO J. BADANO**, dijo: Atento los fundamentos propiciados a la primera cuestión planteada, comparto la solución dada por el señor Vocal de primer voto a esta segunda cuestión.

El Dr. **EDUARDO FELIPE CIA**, dijo: Atento la solución dada a la primera cuestión, me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba el señor Vocal preopinante en primer término, a esta segunda cuestión.

A la **tercera cuestión**, el Dr. **ROBERTO O. FERNÁNDEZ**, dijo: Sin costas en la instancia (arts. 491 y 492, *a contrario sensu*, del CPPC). Mi voto.

El Dr. **JORGE O. SOMMARIVA**, dijo: Adhiero a lo propuesto por el Dr. Roberto O. Fernández. Así voto.

El Dr. **RICARDO TOMÁS KOHON**, dijo: Comparto lo manifestado por el señor Vocal de primer voto a esta tercera cuestión. Mi voto.

El Dr. **EDUARDO J. BADANO**, dijo: Corresponde eximir de costas como lo expresa el Dr. Roberto O. Fernández. Así voto.

El Dr. **EDUARDO FELIPE CIA**, dijo: Debe eximirse de costas al recurrente de conformidad con los arts. 491 y 492 del CPPC. Mi voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, **SE RESUELVE: I. HACER LUGAR al recurso de casación** deducido por los señores Defensora Particulares, Dres. Emanuel A. Roa Moreno y Pablo E. Gutiérrez, a favor de la imputada **CLAUDIA GABRIELA VÁZQUEZ. II. Casar la Resolución Interlocutoria N° 155**, de fecha 26 de mayo de 2006, dictada por la Cámara en lo Criminal Segunda, (art. 428 del CPPC) en cuanto confirma la revocación de la suspensión del proceso a prueba ordenada por el magistrado instructor; resolución esta que también se deja sin efecto. En lugar de ello se deberá disponer el no cómputo total del plazo transcurrido hasta el presente, debiendo establecer el Sr. Juez de Instrucción actuante ***un nuevo plazo para el cumplimiento de las reglas de conducta por parte de la imputada***. **III. Sin costas** (arts. 491 y 492, *a contrario sensu*, del CPPC). **IV. Regístrese**, notifíquese y oportunamente remítanse las presentes actuaciones a la Cámara de origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

Presidente: Dr. **EDUARDO J. BADANO**.

Vocales: Dr. **JORGE O. SOMMARIVA**, Dr. **ROBERTO O. FERNÁNDEZ**, Dr. **EDUARDO FELIPE CIA**, Dr. **RICARDO TOMÁS KOHON**.

Secretario: Dr. **JOSÉ DANIEL CESANO**

Salidas transitorias. Deber de fundamentación

Tribunal Superior de Justicia, autos “Ferreira, Wilson Leao - Martínez, Darío Hernán s/ Privación Ilegítima de la Libertad Agravada por Haberse Cometido con Violencia” (expte. N° 135 - año 2006).

Sumario: La Cámara en lo Criminal Segunda actuando como tribunal de ejecución no autorizó a un interno salidas transitorias de la Unidad donde se encuentra alojado, y fijó un plazo de seis meses para volver a considerar dicha posibilidad. Agraviado el defensor, ocurre ante el Tribunal Superior de Justicia el que declara infundados los informes de conducta y concepto y contradictorio el informe del Gabinete, por ello dispone la nulidad del decisorio.

ACUERDO N° 47/2006: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los diecinueve días del mes de diciembre del año dos mil seis, se reúne en Acuerdo el Tribunal Superior de Justicia con la Presidencia de su titular, **Dr. EDUARDO FELIPE CIA**, integrado por los señores Vocales **Dres. JORGE O. SOMMARIVA, ROBERTO O. FERNÁNDEZ, EDUARDO J. BADANO** y **RICARDO TOMÁS KOHON**, con la intervención del señor Secretario, titular de la Secretaría Penal, **Dr. JOSÉ DANIEL CESANO**, para dictar sentencia en los autos caratulados “**FERREYRA, Wilson Leao - MARTÍNEZ, Darío Hernán s/Privación Ilegítima de la Libertad Agravada por Haberse Cometido con Violencia**” (expte. N°135 - año 2006) del Registro de la mencionada Secretaría; se procedió a practicar la pertinente desinsaculación, resultando que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Eduardo J. Badano; Dr. Roberto O. Fernández; Ricardo Tomás Kohon; Dr. Eduardo Felipe Cia y Dr. Jorge O. Sommariva.

ANTECEDENTES: Por resolución interlocutoria N° 163/06 (fs. 320), dictada por la Cámara en lo Criminal Segunda de esta Primera Circunscripción Judicial, se dispuso: “no autorizar por el momento al interno Darío Hernán Martínez a salir transitoriamente de la Unidad donde se encuentra alojado, y fijar un plazo de seis meses para volver a considerar dicha posibilidad, previo requerimiento de los pertinentes informes”.

Contra dicha resolución el señor Defensor de Cámara del penado Martínez, Dr. Gustavo L.

Vitale, interpuso recurso de casación (fs. 324/325 vta.); el que fue declarado admisible por resolución interlocutoria N° 163/2006 de este Tribunal Superior de Justicia (fs. 329/331).

Por aplicación de la ley 2153 de reformas del Código Procesal (ley 1677), y lo dispuesto en el artículo 424, párrafo 1°, del CPPC, ante el requerimiento formulado, el recurrente no hizo uso de la facultad allí acordada; presentando, a fs. 333, ambos Ministerios Públicos una renuncia al plazo previsto en el artículo 423, primer apartado, *in fine*, del rito local.

A fs. 334 se produjo el llamado de autos para sentencia.

Cumplido el proceso deliberativo que prevé el artículo 427 del Código de rito, el Tribunal se plantea las siguientes

CUESTIONES: 1°) Es procedente el recurso de casación interpuesto?; 2°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar?, y 3°) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión el **Dr. EDUARDO J. BADANO**, dijo: I. En contra de la resolución interlocutoria N° 163/06 (fs. 320), dictada por la Cámara en lo Criminal Segunda de esta Ciudad, el Sr. Defensor de Cámara del penado Martínez dedujo recurso de casación. Concretamente, el Dr. Vitale afirma que a su defendido se le denegó las salidas transitorias con fundamento en que “**El informe elaborado por el Gabinete Criminológico, [...], resulta contradictorio** y, en términos sustanciales, no concluye en forma negativa, aunque formalmente se expida en contra de las salidas. Ello es así por cuanto *por un lado* expresa que ‘el interno Martínez ha mantenido una irregular evolución en términos de progresividad’ (fs. 316 vta. Punto 5), habiendo sido ‘calificado por el Consejo de Evaluación con Conducta Regular Cuatro (4) y Concepto Bueno cinco (5)’ [...] y, *por el otro*, consigna que, ‘alojado en la Unidad de Detención N° 11 de esta ciudad’ **ha sido ‘recientemente reubicado en el pabellón N° 7 —régimen de autodisciplina—** de ese mismo establecimiento [...], añadiéndose que ‘dicho traslado ha sido promovido por el mismo **fundamentado en la necesidad de permanecer en un régimen de mayor autodisciplina**’ (los remarcados pertenecen al escrito).

Explica que el Informe, entre otros aspectos “[...] Refiere contar **visitas regulares por parte de su pareja actual, los hijos de ambos y su padre**’ [...] durante el año pasado **culminó satisfactoriamente el primer año correspondiente al nivel medio**’ [...] ‘**dicha participa-**

ción y rendimiento lo hizo merecedor de una mención especial al ‘Mejor Alumno’ [...] participó a su vez en los Talleres de Verano [...]”. Estima que “Todos los datos referidos demuestran un esfuerzo y un significativo adelanto en la evolución del cumplimiento de su pena. Tanto es así que, precisamente por dicho esfuerzo y dedicación, fue incluido en un régimen de autodisciplina. Si esto es así, al menos resulta contradictorio con ello la asignación de un concepto regular 4 y una conducta buena 5” (fs. 324 vta.).

Aduna que, el pronóstico conclusivo elaborado por el Gabinete Interdisciplinario, de ‘medio-alto riesgo respecto de las posibilidades de recaídas en conductas tales como la penada’ no obstaculiza legalmente el régimen de salidas solicitado, no encuentra fundamento alguno y se refiere a la valoración de un hecho ya juzgado y condenado.

Por tanto, entiende que debe ser otorgada la Salida transitoria regulada por el art. 16 de la Ley 24.660, para dar cumplimiento al fin de ‘reinserción social’ de los condenados establecido por el art. 1º de la citada ley. Cita doctrina que avala su postura.

II. Que luego de analizado el recurso, la resolución impugnada y las demás constancias del legajo que guardan relación con el agravio admitido, soy de opinión —y así he de proponerlo al Acuerdo— que la casación deducida debe ser declarada **procedente**. Pese a la solución propiciada, adelanto que, no habré de seguir la solución final que pretende el impugnante (a través del ejercicio positivo de la competencia casatoria frente a un vicio *in iudicando*) sino que, propondré la nulidad de la resolución censurada por falta de fundamentación. Tal proceder se encuentra justificado desde que —como correctamente lo sostiene Fernando De la Rúa— “abierto el recurso de casación [...] [el Tribunal] puede examinar la sentencia también en lo que atañe al contenido de un agravio respecto al cual no se planteó [...] el recurso, si la materia de aquél corresponde al ámbito de las nulidades insubsanables” (cfr. *La casación penal*, Depalma, Bs. As., 1994, p. 255). Por otra parte —si invocada por la defensa la existencia de contradicción en los informes y este Cuerpo comparte tal postura— es evidente que no se cuenta con elementos suficientes a los efectos de ejercer la competencia positiva; toda vez que, la concesión de la libertad asistida cuenta, como un requisito inexorable, con la presencia de los informes respectivos de la autoridad administrativa (artículo 17, IV, ley 24.660).

Sentado lo anterior, paso a fundamentar mi postura frente al caso:

1º) El tribunal *a quo*, actuando como órgano de ejecución, rechazó el acceso al beneficio peticionado sobre la siguiente base argumental: el interno fue “evaluado por el Consejo pertinente el 13 de marzo de 2006, asignándosele Conducta Regu-

lar (4) y Concepto Bueno (5) [...]. El Gabinete Criminológico ha efectuado un pronóstico de medio-alto riesgo, y ha informado sobre una irregular evolución personal del interno en términos de progresividad. Consecuentemente no se ha expedido favorablemente sobre su incorporación a un régimen de salidas transitorias, sugiriendo efectuar una nueva evaluación en un período próximo. [...] En función de ello, por no registrar el interno el grado de conducta y el favorable concepto sobre su evolución, conforme lo exige la ley que establece y reglamenta” el instituto, la Cámara culmina rechazando la petición efectuada.

2º) No existen dudas que, desde una estricta perspectiva **formal**, los argumentos invocados por la Cámara lucen como correctos.

En efecto, la concesión de la incorporación al régimen que se solicita debe adecuarse a los requisitos que prevé el artículo 17 de la ley 24.660; razón por la cual, si estos no se verifican, la denegación se impone.

No obstante ello, tanto en lo que atañe a la calificación de conducta (que menta el inciso III, del artículo 17) como de concepto (inciso IV, del mismo artículo) se ha dicho que la autoridad administrativa debe fundamentar, adecuadamente, los guarismos que establece.

Respecto de la conducta, el instrumento en virtud del cual se discierne la calificación, constituye un acto de naturaleza administrativa. Como todo acto administrativo, entonces, tal calificación debe estar motivada; entendiéndose por tal la exteriorización de razones que justifican y fundamentan la emisión del acto. Se trata de un recaudo esencial desde que la omisión de la exigencia acarrea la imposibilidad de ejercer un control de legalidad y razonabilidad sobre la actuación de la actividad administrativa; privando al interno del debido ejercicio de su derecho de defensa. Asimismo, en lo que atañe a los informes del Gabinete, también se ha admitido su contralor jurisdiccional. Ello así por cuanto, dichos informes deben explicitar las razones fácticas y (en este caso) científicas por la cual se arriba a la conclusión postulada. Si tales informes se limitaran a emitir un juicio de valor despojado de toda base científica o, por el contrario, a manifestar una opinión técnica pero sin guardar una relación con el caso, el acto adolecería del vicio de arbitrariedad (cfr. José Daniel CESANO, *La revisión jurisdiccional de la calificación de conducta y la concesión de las salidas transitorias. A propósito de ciertas interpretaciones jurisprudenciales*”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, N° 13, septiembre de 2005, LexisNexis, Bs. As., p. 1344; *idem*, *El valor del informe técnico criminológico en la concesión de las salidas transitorias*, Pensamiento penal y criminológico, Año V, N° 8, 2004, ps. 216/217).

3º) Sobre la base anterior, se podrá advertir que, el control de la motivación de ambas califica-

ciones deberá hacerse de oficio desde que, el déficit que pudiesen tener, podría generar la afectación de un legítimo derecho del interno (cual es: el acceso a las salidas transitorias); aspecto que —desde lo normativo— se ve reforzado por la amplia competencia que los artículos 3º y 4º de la ley 24.660 confieren a los jueces de ejecución. Este Cuerpo, en su actual integración (e, incluso, anticipándose a igual tesitura sostenida por algunas de las Salas de la Cámara Nacional de Casación Penal) así lo ha determinado como criterio general al fallar el precedente “ZEBALLOS, María Magdalena s/ Incidente de Salidas Transitorias” (Acuerdo N° 26/2004 del registro de la Secretaría Penal de este Tribunal Superior de Justicia). Si se hubiese ejercido tal control, no hay duda que, las calificaciones e informes que fundan (**en este caso**) la negativa, habrían sido descalificados; exigiéndosele a la administración su renovación **en forma debida**. Ello es así por cuanto:

A) En lo que concierne a la calificación de conducta, la misma —según ya lo reseñara— ha sido de cuatro (4) “regular” (fs. 308). El informe de la autoridad administrativa se limita a fijar el guarismo sin explicitar ninguna razón para llegar al mismo. La única referencia puntual al respecto se vincula con la constancia de que, Martínez, no registra la aplicación de correctivos disciplinarios en el último trimestre. La lectura de tal informe no hace más que confirmar lo ya adelantado: la absoluta carencia de fundamentación de la calificación formulada.

Para llegar a esta conclusión, cabe recordar que, en el mencionado precedente “Zeballos”, este Cuerpo, entre otras consideraciones expresó: “la calificación de conducta debe realizarse, en el sistema de la ley, a partir de un baremo objetivo; es decir: [ella responde] [...] al comportamiento que ha registrado el interno y **que se verifica necesariamente con la existencia o ausencia de correctivos disciplinarios**” (cfr. Axel LÓPEZ - Ricardo MACHADO, *Análisis del régimen de ejecución penal*, Ediciones Fabián J. Di Plácido, Bs. As., 2004, p. 273)”. Sí, en el presente caso, el informe de la unidad de detención, expresamente, reconoce que durante el último trimestre el penado no registra sanciones disciplinarias y tampoco se reseña si, con anterioridad, hubo o no otras sanciones; el guarismo con que se lo califica (“regular”) luce arbitrario. Por esta razón, el *a quo* debió realizar un control de la razonabilidad (incluso oficioso) de dicho acto; que, de haberlo efectuado, no podría arribar a otra conclusión que a la que aquí postulo.

B) Mención aparte merece el informe del Gabinete Criminológico. En él, luego de realizarse una reseña del caso, se consigna que el interno se encuentra alojado “en la Unidad de Detención N° 11 de esta Ciudad”; habiendo sido recientemente reubicado en el pabellón N° 7 —régimen de autodisciplina— de ese mismo establecimiento.

“Dicho traslado ha sido promovido por el mismo fundamentado en la necesidad de permanecer en un régimen de mayor autodisciplina”. Asimismo, se refiere que, durante el año pasado, Martínez culminó satisfactoriamente el primer año correspondiente al nivel medio; “dicha participación y rendimiento lo hizo merecedor de una mención especial al ‘Mejor Alumno’. Participó a su vez de lo Talleres de Verano —cine y fútbol—”, dedicando el tiempo restante al desempeño como fajinero voluntario del pabellón. “Durante el pasado año ha concurrido al espacio de Tratamiento Penitenciario desde donde se realizó un abordaje psicoterapéutico” vinculado tanto con aspectos biográficos como al consumo abusivo de sustancias psicoactivas.

No obstante ello, el informe concluye opinando desfavorablemente al pedido de incorporación en atención a una “irregular evolución en términos de progresividad”.

El informe analizado —al igual que la calificación de conducta— también resulta inmotivado. En rigor, las apreciaciones allí vertidas resultan —y en esto acierta la defensa— francamente contradictorias. Es que, si el mismo dictamen afirma que el interno está alojado en un sector del establecimiento basado en la autodisciplina, resulta evidente que, desde una perspectiva de la evolución en el régimen de progresividad, el interno se encuentra en un período de prueba (ello, simplemente, por cuanto el posible acceso a un régimen de autodisciplina está condicionado, de acuerdo con el artículo 15 de la ley 24.660, a que el interno ya transite ese período). Si esto es así, mal puede sostenerse, al mismo tiempo, la achacada irregularidad. Como atinadamente lo sostienen López y Machado: “la ponderación sobre la evolución positiva del condenado fue realizada por la misma autoridad penitenciaria al momento en que se dispuso su previa incorporación al período de prueba, siendo entonces que, si el organismo técnico criminológico [...] resolvió [...] la incorporación del interno en el referido estadio de autodisciplina, mal puede entonces después considerar que su evolución fue negativa, para obstar la obtención de los regímenes de confianza” (cfr. *Análisis del régimen de ejecución penal*, *op. cit.*, p. 111).

Por otra parte, y retornando a la calificación de fs. 308, el guarismo de concepto —que de acuerdo al artículo 104 de la ley 24.660 habrá de servir de base para la aplicación de la progresividad del régimen— tampoco aparece debidamente fundamentado. Repárese en que, sin ninguna motivación, se establece una puntuación (bueno, 5), sin dar razones respecto a porqué se arriba a la misma. El tema no es menor por cuanto, el propio dictamen del Gabinete, explicita algunos parámetros objetivos que podrían tener incidencia sobre aquélla; en el sentido de elevar ese guarismo (por ejemplo, son datos positivos: su

rendimiento educativo en primer año; su participación voluntaria en trabajos de fajina; su participación —aún cuando irregular— en los espacios de Tratamiento Penitenciario; etc.).

4º) Que siendo infundados los informes de conducta y concepto, y contradictorio el informe del Gabinete, la decisión de la Cámara, que se basa en ellos, deviene igualmente invalida.

Por las razones desarrolladas considero haber demostrado —tal cual lo anticipara— las razones por la cual, la casación deducida (dentro de los términos que enunciara al inicio de este considerando) debe ser declarada procedente. Tal es mi voto.

El **Dr. ROBERTO O. FERNÁNDEZ**, dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Así voto.

El **Dr. RICARDO TOMÁS KOHON**, dijo: Que comparto la solución sustentada por el Vocal preopinante en primer término, atento los fundamentos dados a la presente cuestión. Mi voto.

El **Dr. EDUARDO FELIPE CIA**, dijo: Por compartir las conclusiones dadas por el señor Vocal que sufragara en primer término, adhiero a la solución que propicia. Así voto.

El **Dr. JORGE O. SOMMARIVA**, dijo: Que adhiero a los fundamentos precedentemente expuestos, por el señor Vocal que votara en primer término, por lo que emito mi voto en igual sentido. Así voto.

A la **segunda cuestión**, el **Dr. EDUARDO J. BADANO**, dijo: Atento al modo en que resolviera la cuestión precedente, propongo al Acuerdo:

1º) Se declare la nulidad de la resolución interlocutoria recurrida por falta de fundamentación (artículo 369, inciso 3, CPPC);

2º) Se oficie, con copia certificada del presente, a la Unidad de detención en la que está alojado el interno a los efectos de que, en el futuro, ajuste su actuación a los estándares de motivación que se fijan en el presente Acuerdo;

3º) Se Oficie, con copia del presente, al Gabinete Criminológico con la finalidad de que tome razón de lo aquí resuelto; y

4º) Previo pedido, por parte del Tribunal *a quo*, de los informes que prevé el artículo 17, incisos III y IV, de la ley 24.660, se resuelva la petición de incorporación del interno al régimen de salidas transitorias; debiendo tener en cuenta, la Cámara de origen, los parámetros de control que aquí se establecen. Tal es mi voto.

El **Dr. ROBERTO O. FERNÁNDEZ**, dijo: Comparto la conclusión sustentada por el Vocal preopinante, atento los fundamentos dados a la primera cuestión. Mi voto.

El **Dr. RICARDO TOMÁS KOHON**, dijo: Por compartir la solución dada a esta segunda cuestión, por el Dr. Eduardo J. Badano, voto en igual sentido.

El **Dr. EDUARDO FELIPE CIA**, dijo: Atento los fundamentos propiciados a la primera cuestión

planteada, comparto la solución dada por el señor Vocal de primer voto a esta segunda cuestión.

El **Dr. JORGE O. SOMMARIVA**, dijo: Atento la solución dada a la primera cuestión, me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba el señor Vocal preopinante en primer término, a esta segunda cuestión.

A la **tercera cuestión**, el **Dr. EDUARDO J. BADANO**, dijo: Sin costas en esta instancia (artículos 491 y 492, *a contrario sensu*, CPPC). Mi voto.

El **Dr. ROBERTO O. FERNÁNDEZ**, dijo: Adhiero a lo propuesto por el Dr. Eduardo J. Badano. Así voto.

El **Dr. RICARDO TOMÁS KOHON**, dijo: Comparto lo manifestado por el señor Vocal de primer voto a esta tercera cuestión. Mi voto.

El **Dr. EDUARDO FELIPE CIA**, dijo: Corresponde eximir de costas como lo expresa el Dr. Eduardo J. Badano. Así voto.

El **Dr. JORGE O. SOMMARIVA**, dijo: Debe eximirse de costas al recurrente de conformidad con los arts. 491 y 492 del CPPC. Mi voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, **SE RESUELVE: I. HACER LUGAR al recurso de casación** deducido por el señor Defensor de Cámara, Dr. Gustavo L. Vitale, a favor del condenado **DAMIÁN HERNÁN MARTÍNEZ. II. DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución Interlocutoria N° 163**, obrante a fs. 320, dictada por la Cámara en lo Criminal Segunda, por falta de fundamentación (art. 369, inciso 3, CPPC). **III. OFÍCIESE** con copia certificada del presente, a la Unidad de detención en la que está alojado el interno a los efectos de que, en el futuro, ajuste su actuación a los estándares de motivación que se fijan en el presente Acuerdo. **IV. OFÍCIESE** con copia del presente, al Gabinete Criminológico con la finalidad de que tome razón de lo aquí resuelto. **V. Previo pedido**, por parte del Tribunal *a quo*, de los informes que prevé el artículo 17, incisos III y IV, de la ley 24.660, se resuelva la petición de incorporación del interno al régimen de salidas transitorias; debiendo tener en cuenta, la Cámara de origen, los parámetros de control que aquí se establecen. **VI. Sin costas** (arts. 491 y 492, *a contrario sensu*, del C.P.P. y C.). **VII. Registrese**, notifíquese y oportunamente remítanse las presentes actuaciones a la Cámara de origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación, por ante el Actuario, que certifica.

Presidente: Dr. EDUARDO FELIPE CIA

Vocales: Dr. JORGE O. SOMMARIVA, Dr. ROBERTO O. FERNÁNDEZ, Dr. EDUARDO J. BADANO, Dr. RICARDO TOMÁS KOHON

Secretario: Dr. JOSÉ DANIEL CESANO