



Aportes para pensar la reforma procesal penal de Neuquén

Guillermo Berto
Laura Loncopan Berti
(comp.)

Graciela M. de Corvalán
Alberto Binder
Richard Trinchero
Florencia Martini
Marcelo Medrano
Andrés Repetto
Leticia Lorenzo
Marisa Mauti
Ivana Dal Bianco
Germán Martín
Marisa Stagnaro
Silvia Couyoupetrou
Pablo Gutiérrez
Micaela Gomiz

**Aportes para pensar la reforma procesal
penal de Neuquén**

Loncopan Berti, Laura

Aportes para pensar la reforma procesal penal de Neuquén. - 1a ed. - Neuquén: el autor, 2013.

E-Book.

ISBN 978-987-33-3533-4

1. Derecho Procesal Penal. I. Título.
CDD 347.05

Fecha de catalogación: 07/06/2013



“Aportes para pensar la reforma procesal penal de Neuquén” por Guillermo Berto y Laura Loncopan Berti, en calidad de compiladores, se encuentra bajo licencia [Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported License](http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/). Creado a partir de la obra en <http://fuerafilexpediente.com.ar/>.

Esto significa que usted es libre de copiar, distribuir, y comunicar públicamente la obra si cumple las siguientes condiciones:

- Atribución: debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por la licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra)
- No comercial: no puede utilizar esta obra con fines de lucro
- Sin obras derivadas: no se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

Texto completo de la licencia disponible en: http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/deed.es_ES.

Índice

Presentación	1
En procura de una persecución penal eficaz y respetuosa de las garantías- Lelia Graciela M. de Corvalán	2
La construcción de una nueva justicia penal en Neuquén. Tiempo social y tiempo judicial- Alberto M. Binder	9
Lo que se ha hecho y lo que falta- Richard Trinchero	13
La prisión preventiva, un resabio inquisitivo- Florencia Martini	30
Código y reforma procesal penal. El final del comienzo- Marcelo G. Medrano	40
Los aspectos más relevantes del nuevo Código Procesal Penal de la provincia de Neuquén- Andrés Repetto	48
Reforma procesal penal y organización institucional: desafíos para la implementación- Leticia Lorenzo	64
Lejos de los conceptos reformistas de la década del `80- Marisa Mauti	77
De la víctima, la querrela y el “acusador único” en el nuevo Código Procesal Penal de Neuquén- Ivana Dal Bianco	86
Textos, contextos y pretextos. El proceso penal como una manifestación cultural compleja- Germán Darío Martín	95
Un necesario cambio de mentalidad y de políticas- Julia Marisa Stagnaro	108

La reforma del Código Procesal Penal de Neuquén.	
Detrás de los lemas- Silvia Couyoupetrou	117
Los nuevos vínculos entre el Ministerio Público Fiscal y la ciudadanía- Pablo Gutiérrez	132
Diversidad cultural y proceso penal- Micaela Gomiz	136

Presentación

Fuera del Expediente presenta una selección de artículos escritos por jueces, juezas, fiscales, defensores, defensoras, abogados, abogadas y operadores del sistema, quienes reflexionan acerca de los alcances del nuevo sistema de enjuiciamiento penal en la provincia de Neuquén.

Nuestro objetivo es ofrecer un material que contribuya al debate sobre la concepción, diseño e implementación de las normas procesales, con la firme convicción de que éste excede los límites de la geografía judicial. Se trata de una discusión que debe ser planteada públicamente, de cara a una sociedad diversa, y en términos políticos.

Agradecemos a cada una de las personas que aceptaron la invitación y colaboraron desinteresadamente en la realización de esta publicación de libre acceso.

Guillermo Berto y Laura Loncopan Berti

Periodistas. Responsables del sitio: <http://fueralexpediente.com.ar/>

En procura de una persecución penal eficaz y respetuosa de las garantías

Lelia Graciela M. de Corvalán

Vocal del Tribunal Superior de Justicia de Neuquén

La legislación procesal penal en nuestra provincia registra una larga historia hasta la sanción del actual sistema de enjuiciamiento penal, mediante ley 2784.

En efecto, cuando nuestro territorio aún no había sido provincializado, rigió el Código Procesal de Nación, de neto corte inquisitivo, que rigió veinticinco años más ya siendo la provincia de Neuquén autónoma. Este estaba caracterizado por la concentración de poder en el juez con un papel desdibujado del Ministerio Público Fiscal y una defensa limitada, sistema totalmente alejado de los principios de un Estado democrático.

Cuando se recupera la normalidad institucional en 1983, con motivo de las críticas al sistema mencionado precedentemente, se sanciona la ley 1977 que introduce como gran cambio procesal la adopción del juicio oral y público ya vigente en la provincia de Córdoba, y aunque permaneció la etapa instructoria de manera escrita, significó el mejoramiento de la garantía del debido proceso al incorporarse los principios de oralidad, publicidad e inmediación.

Al constatarse durante su vigencia que la etapa de instrucción mantenía los vicios ya criticados, circunstancia que desvirtuaba la etapa del juicio y la producción de cambios sociales -básicamente el alza en el índice de criminalidad con la aparición de hechos más graves y violentos- se efectuaron a través de la ley 2153 varias modificaciones, tales como la competencia de los jueces, ampliando la de los correccionales, nuevo rol del fiscal, la inclusión de la figura del querellante, suspensión de juicio a prueba, procedimientos abreviados y la inclusión de los derechos de las víctimas, entre otros, que posibilitaron una mejor respuesta de los organismos judiciales.

Con la reforma constitucional de 1994 se refuerza la tendencia reformista en el país, atento la incorporación de numerosos instrumentos internacionales, que obligaron a profundizar el sistema acusatorio. El primer intento en nuestra provincia fue efectuado por el propio Poder Judicial neuquino a través de una comisión redactora con asesoramiento del Inecip y el aporte de juristas nacionales, con amplia participación de los operadores del Poder Judicial. Dicha versión, previa intervención de la comisión revisora y del Colegio de Abogados provincial, se elevó a la Legislatura en el año 2000 no siendo tratada por ésta.

El segundo anteproyecto se gestó en 2004 por iniciativa del anterior Tribunal Superior de Justicia, elevándose a éste en el año 2007 y con posterioridad a la Legislatura, no siendo tampoco tratado.

Por último, el Inecip y el Instituto de Derecho Penal y Procesal Penal del Colegio de Abogados de Neuquén, toman la iniciativa de elaborar un nuevo proyecto, el que fue remitido a Legislatura en el año 2009, órgano que finalmente resolvió comenzar con su tratamiento, formándose una comisión interpoderes, que en base a los proyectos mencionados precedentemente, elaboró un nuevo anteproyecto conteniendo distintas alternativas. En 2010 se somete a nueva revisión con la finalidad de obtener el mayor de los consensos y de esta manera facilitar su tratamiento legislativo, resultando aprobado finalmente en el recinto mediante ley 2784.

Dicha ley constituye una trascendental decisión política, en plena etapa de la reconstrucción institucional de la justicia, al decir del titular de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, afectada por una crisis de confianza por parte de la ciudadanía. Si bien la seguridad y la prevención ciudadana es misión del Poder Ejecutivo, lo cierto es que compromete seriamente la imagen de la justicia, ya que el incremento delictivo y las sanciones tardías aumentan la sensación social de impunidad, siendo la percepción generalizada, que los jueces tienen a cargo la solución del problema de seguridad, habiéndose recurrido a reformas del Código Penal, donde se centró básicamente la discusión, cuando en realidad las soluciones más apropiadas son las reformas procesales y de

gestión que logren procesos más rápidos, que terminen en sentencias definitivas, antes que en procesos lentos que disponen largas prisiones preventivas.

Por ello es que el compromiso frente a la comunidad del nuevo sistema procesal penal debe ser la definición clara del Poder Judicial en el ámbito penal de un estado de derecho, protegiendo a los ciudadanos a través de una gestión eficaz, un rápido juzgamiento, remarcando una fuerte participación social en el marco del juicio propiamente dicho, la ampliación de la difusión de sentencias judiciales, y la aplicación de criterios coherentes a través del tiempo, que no se basen en la presión mediática o social del momento en causas resonantes.

A partir de la incorporación a la constitución nacional de los pactos internacionales (art. 75 inc.22), es evidente que el proceso penal debe responder al modelo acusatorio, basado en el equilibrio que debe existir entre el uso del poder estatal, con las herramientas que deben acordarse a las víctimas y las garantías de las que debe gozar el imputado de un delito. Por ello deben estar claramente diferenciadas las funciones de perseguir y acusar, con las de juzgar y penar. La primera de ellas estará a cargo del Ministerio Público Fiscal, o en su caso de la querrela a través de una investigación informal y rápida, dejando el protagonismo al juicio presidido por los jueces. Estas funciones delimitadas y separadas aseguran la imparcialidad del juzgador que no tiene conocimientos previos sobre el caso a dilucidar.

Uno de los principios generales que animan el nuevo sistema procesal penal es la **oralidad** en todas las etapas del proceso, ya que cualquier controversia se decidirá en audiencias orales. Esta oralidad, columna vertebral del sistema, permite el cumplimiento de otros principios tales como la **publicidad**, ya que dichas audiencias son abiertas al público; la **contradicción**, al existir igualdad de armas entre las partes (fiscalía y defensa) constituyendo un típico sistema adversarial; **concentración e inmediación** al tener el juez contacto directo con el caso, las partes y la prueba que se produzca; simplificación de la engorrosa burocracia escrita anterior, eliminándose todo exceso ritual, y **celeridad** ya que todos los plazos son más breves.

Dichos parámetros confieren transparencia al sistema, ya que cualquier ciudadano aunque no tenga interés directo en el proceso y cualquier medio de comunicación pueden presenciar todas las audiencias, aumentando y permitiendo el debido contralor de los actos judiciales, mejorando asimismo la información sobre el funcionamiento total del nuevo sistema ya que se permite conocer el trabajo diario de la justicia, los motivos de las definiciones que toma, fortaleciéndose consecuentemente la publicidad del proceso penal.

No menos importante resulta el reconocimiento expresado en el art. 17 respecto de que la paz social es la finalidad última del proceso penal, constituyendo la imposición de una pena el último recurso a arbitrarse para la recomposición del conflicto surgido a consecuencia de la comisión de un ilícito.

Los cambios innovadores e introducidos en el nuevo código son:

- El protagonismo que se le brinda a la víctima, persona directamente lesionada en forma directa o indirecta por el delito, quien realmente aparece como un sujeto del proceso penal. Su participación puede ser en calidad de tal, en cuyo caso tiene derecho a un trato digno, a ser escuchada antes de cada decisión que implique la suspensión o extinción de la acción penal, a dar su opinión en audiencia y a recibir protección o a través de la figura del querellante interviniendo formalmente durante la sustanciación de todo el proceso.
- Métodos alternativos de solución del conflicto, que proporcionan respuestas diferenciadas para la resolución de los casos, ya que resulta obvio que éstos por su entidad y gravedad no pueden tener idéntica respuesta, como asimismo que las víctimas no siempre- y esto está cabalmente demostrado -requieren la persecución penal del autor del delito, pretendiendo únicamente una reparación que puede consistir en pago del daño causado cuando éste no es grave, compromiso de no reincidir en determinadas conductas y toda otra gama de posibilidades que puedan traducirse a través de mecanismos de mediación y conciliación, que se deciden en base a criterios racionales. Cuando se haya logrado éxito con alguna de estas herramientas, que ponga fin al conflicto, el fiscal podrá prescindir total o parcialmente del ejercicio de la

acción penal, determinando que el juez declare extinguida la acción a favor del autor del hecho.

- Juicio por jurados populares, que es el mecanismo constitucional de participación ciudadana por excelencia en la administración de justicia, previsto en la constitución de 1853, ratificado en 1994. En estos casos el juicio es dirigido por un juez profesional y doce ciudadanos que deben reunir determinados requisitos, para el juzgamiento de delitos graves específicamente determinados en el nuevo código, quienes deben decidir sobre la existencia del hecho y si el acusado por el mismo es culpable o inocente. El juicio se realiza también en forma oral y pública en el que la fiscalía y la defensa formularán sus argumentaciones sobre el hecho. Al finalizar, el juez técnico precisará las instrucciones para la deliberación posterior, la que se realizará de inmediato y en privado, debiendo debatir hasta llegar a la formulación de su veredicto. Para declarar la culpabilidad del imputado deben alcanzar ocho votos como mínimo. El presidente del jurado, finalizado el debate, le hará saber al juez el resultado y lo leerá al público en la audiencia, y si el imputado fuera declarado culpable, será el juez profesional quien confeccione la sentencia e imponga la pena correspondiente.

En atención al nuevo esquema, la ley orgánica del Poder Judicial deberá establecer la integración del Colegio de Jueces. Esta es una forma de organización judicial caracterizada por la horizontalidad y la utilización dinámica del recurso humano judicial, actuando los jueces en diferentes funciones (como jueces de garantías, de juicio, de apelación). Estos magistrados no pueden delegar sus funciones jurisdiccionales, ya que el sistema se aparta de la idea de que cada uno sea titular de un organismo y maneje un grupo de empleados, solo se dedicarán exclusivamente a intervenir en los juicios y dictar las resoluciones y sentencias, no teniendo más a su cargo el manejo administrativo de un tribunal. Por el contrario trabajarán en el ámbito de un colegio donde sus funciones serán rotativas.

Cada Colegio de Jueces contará con una Oficina Judicial. La ley orgánica del Poder Judicial deberá establecer su composición y funcionamiento, ya que la

reforma de por sí no es suficiente, debiéndose cambiar los sistemas de gestión, resultando la respuesta tradicional ineficiente y disfuncional con los fines del nuevo código. Esta Oficina debe organizar las audiencias, ordenar comunicaciones, llevar registros y estadísticas, dirigir el personal auxiliar, informar a las partes y colaborar con las tareas materiales que le encomienden los jueces y tribunales.

El nuevo proceso consta de tres etapas claramente diferenciadas las que pueden formularse sintéticamente de la siguiente manera:

- Etapa preparatoria: se inicia con la formulación de la denuncia del hecho delictivo, la que puede realizarse a la policía o a la fiscalía, procediéndose a la investigación preliminar del hecho y la primera aproximación a medidas probatorias lo que deberá producirse en el plazo de 60 días, durante el cual el fiscal podrá proponer alguna medida alternativa, como suspensión del juicio a prueba, remisión a mediación o conciliación. Si el imputado no se encuentra detenido, se realiza la audiencia de formulación de cargos en la que se le indicará el delito por el cual resulta perseguido penalmente. En caso de detención en la misma audiencia pueden discutirse la implementación de medidas cautelares como prisión preventiva, cauciones, etc. Esta etapa concluye con la acusación fiscal, el sobreseimiento del imputado o la suspensión del proceso a prueba.
- Etapa intermedia: Es en esta etapa donde se evalúa el mérito de la acusación y se indican las pruebas que las partes requieran para la realización del juicio. En esta audiencia el juez podrá dictar el auto de apertura a juicio si acepta la acusación de la fiscalía y la querrela en su caso. Si considera que la acusación contiene vicios o deficiencias, puede solicitarles los subsanen. Para el caso de no compartir el criterio de la acusación a la prosecución del juicio, dictará el sobreseimiento.
- Etapa de juicio: con ella concluye el proceso, resolviéndose sobre la inocencia o culpabilidad del imputado. Como ya se adelantara precedentemente, conforme la gravedad del delito y el pedido de pena, el juicio se llevará a cabo con jueces profesionales o por jurados populares, en ambos casos con audiencia oral, pública y consecutiva.

Se inicia con las argumentaciones de las partes y con posterioridad se produce la prueba oportunamente ofrecida en la etapa anterior. Finalmente, se producen los respectivos alegatos en los que se merita la totalidad de la prueba, sosteniendo sus respectivas posiciones. El juez o los jurados en su caso, resolverán sobre la culpabilidad del imputado. Ante esta última alternativa, se produce una audiencia con el juez profesional para determinar el quantum de la pena.

En todas las etapas las principales resoluciones son revisables por otros jueces o el tribunal de impugnación.

El nuevo sistema procura lograr una persecución penal eficaz, breve, despegada de excesivo formalismo, pero profundamente respetuosa de las garantías constitucionales, a través de un proceso desarrollado conforme las normas legales y arribando a soluciones restaurativas del derecho lesionado por el delito.

La construcción de una nueva justicia penal en Neuquén.

Tiempo social y tiempo judicial

Alberto M. Binder

Abogado. Profesor de Derecho Penal (UBA)

De la reforma de la justicia penal se puede hablar desde diversas perspectivas y de muchas maneras. De hecho, muchos de los trabajos que acompañan a este comentario así lo harán. Yo quisiera enfocarme sobre el tiempo de los cambios; o mejor dicho, sobre la lentitud de los procesos de reforma de la justicia en general. Alguien dirá que no es oportuno hablar de ello cuando estamos comentando justamente el inicio de un paso importante en la reforma de Neuquén pero creo, al contrario, que este primer paso es pertinente para que hagamos esta reflexión. En la provincia se comenzó a planear una reforma profunda de la justicia penal hace más de una década y hoy podemos alegrarnos de haber dado el primero paso, sólo el primer paso, que es la aprobación del nuevo Código Procesal Penal: un instrumento moderno que permite modernizar las organizaciones y las prácticas.

La pregunta es: ¿era estrictamente necesario consumir más de una década para dar este paso? Mi respuesta es negativa y mi preocupación no nace del afán retrospectivo sino como búsqueda de aprendizaje para lo que todavía resta. Aún se deben aprobar las nuevas estructuras orgánicas, aprobar los planes de implementación, dotar de las personas y recursos materiales, instalar los nuevos modelos organizativos, enseñar a usar las nuevas herramientas, propiciar y orientar los debates sobre el sentido de las nuevas normas, poner a prueba los nuevos sistemas tecnológicos, difundir el nuevo sistema entre la población, etc. etc. etc. Si a eso le sumamos el insoslayable ensayo y error, las dificultades de planificación, los errores humanos, las dificultades de capacitación, sumados a todas las sorpresas que nos suele dar este querido país, podemos calcular que se nos puede ir fácilmente otra década. En total, cuando dejemos de hablar de “reforma de la justicia penal” para simplemente hablar de “justicia penal” habrán pasado fácilmente veinte años, toda una

generación. Bueno, nos dirá nuestro interlocutor imaginario, veinte años para dejar atrás un sistema que se construyó en varias centurias no deja de ser un hecho revolucionario. Y quizás tenga razón o quizás en veinte años recién estemos comenzando a enfrentarnos a los problemas sustanciales y no meramente instrumentales, tales como la selectividad, la impunidad estructural, la crueldad de las rutinas, la violencia institucionalizada.

Estas reflexiones sobre el proceso de cambio no se nutren ni del optimismo ni del desaliento: no tienen nada que ver con ello. Sólo quiero destacar un fenómeno propio de nuestros sistemas judiciales, que no podemos soslayar a la hora de planear un cambio. El tiempo, al interior del Poder Judicial se vive de una manera muy diferente a las vivencias de otras áreas sociales. Si el tiempo es una magnitud real del universo o una realidad meramente cultural o sólo una categoría individual es un tema que me excede y excede a los propósitos de este pequeño escrito. La pregunta que sí es pertinente es: ¿cómo se puede hacer para acercar los tiempos del Poder judicial con los tiempos de las necesidades sociales? Y en el caso particular que nos ocupa: ¿cómo podemos hacer para que el proceso de construcción de la nueva justicia penal de Neuquén no consuma el trabajo de dos generaciones?

Notemos algo curioso: el delito, por lo general, se manifiesta de un modo vertiginoso y también podría serlo la reacción de los afectados, por eso nadie supone que es una virtud una justicia también vertiginosa, porque si su cometido es la construcción de alguna forma de paz social eso reclama otros tiempos distintos a los de la construcción de la violencia. Pero estamos lejos de esa divergencia “normal” entre un tiempo y otro. Hoy la distancia entre las dos temporalidades (la social y la judicial) forma una patología ya tan conocida, tan aceptada que la queja forma una letanía susurrada sin mucho entusiasmo.

En primer lugar deberíamos propiciar una **toma de conciencia básica, al interior de los sistemas judiciales de la dimensión temporal**. No deja de ser extraño que una de las actividades estatales más sujeta a plazos formales sea la que tiene una de las conciencias más bajas sobre el simple decurso del tiempo. Quizás el abuso del gerundio, que siempre marca proximidad,

continuidad, transcurso, haya provocado esa **fantasía del movimiento que suelen tener en las oficinas judiciales**, pese a que uno puede demostrar simplemente con un gesto que las gestiones están en el mismo punto que hace meses. Quizás la reacción a dialogar con la gente de carne y hueso y a sustituirlos por actas, genere atemporalidad. Quizás el corto transcurso de la jornada judicial haga creer que se ha agotado todo el tiempo. O la cultura maquina; en fin, ojalá algún investigador se entusiasme y nos ilumine más sobre este fenómeno. Lo cierto es que la ilusión de que los conflictos han pasado a otra esfera temporal es una de las peores fantasías de la justicia: ellos siguen allí vivos y coleando, instalados en el proceso social, sólo suspendidos en la mentalidad de los tribunales. Cambiar esta enorme disparidad de percepciones temporales es una de las nuevas herramientas a las que hay que prestarle atención.

En otros procesos de reforma hemos visto como al introducirse la variable temporal con nuevos criterios cambia profundamente el funcionamiento organizacional y al mismo tiempo comienza una sorda batalla por anular todas esas normas. Caducidad de la acción penal, plazos perentorios, audiencias inmediatas, decisiones tomadas luego de escuchar a las partes, notificación rápida. Todo ello será parte del nuevo arsenal de la legislación procesal penal neuquina y permitirá comenzar a acercar los tiempos sociales con los tiempos de la justicia. Pero la experiencia nos demuestra que son normas que serán atacadas de inmediato por la práctica. Hemos visto que la capacidad de construir trámites artificiales y hasta ridículos es una especie de segregación natural de las organizaciones judiciales. Normalmente atrás de esos trámites se esconden una práctica más profunda: evitar tomar decisiones y atrás de ella se esconden otras más profunda aún: evitar ejercer el poder y atrás de ella otra más: no tocar intereses que puedan implicar meterse en algún problema. Finalmente sobrevivir. Salvo que haya una vieja garantía de que la decisión que se va a tomar es la que ya se tomaba. La reproducción de lo mismo.

Estas características de los sistemas judiciales constituyen la mayor desesperación de los reformistas y de todo planificador de políticas públicas. Es lo que en nuestro país nos ha llevado a perder tanto tiempo en las reformas

instrumentales que tenemos un atraso en el desarrollo de la política criminal ya de varias décadas y los fenómenos sociales se aceleran y se vuelven más complejos, mientras tenemos que perder un tiempo enorme en resolver los problemas organizativos más insignificantes. En algunos lugares de nuestro país decidir el tamaño de hoja de papel que se va a utilizar puede significar un esfuerzo organizativo de envergadura o armar una sala de audiencia con la más simple tecnología un esfuerzo digno de faraones. No digamos modernizar en serio las prácticas administrativas.

Estas páginas estas escritas para llamar la atención sobre el ritmo del proceso de implementación. Dentro de unos meses ya comenzará un nuevo sistema en la provincia. Moderno, ágil, con jurados. Ese sistema se debe enfrentar a problemas y expectativas serias, que hoy preocupan sobremanera al ciudadano común. Fenómenos que reclaman una nueva profesionalización, una nueva actitud profesional, nuevos fiscales, con nuevos conocimientos, nuevos defensores, jueces con firmeza y equilibrio, transparencia y rendición de cuentas. Todos valores que fortalecen el sistema institucional de nuestra República. Nada de eso se puede hacer con ritmo cansino. El ritmo del entusiasmo es un ritmo sostenido de planificación inteligente. Una vez más le vamos a pedir a la población que tenga esperanzas y un poco de paciencia hasta que el nuevo sistema se ajuste. Pero entonces pidámosle a los funcionarios que esa paciencia social que reclamamos se convierta en impaciencia para construir el nuevo sistema. Cuando termina el tiempo de construcción de las leyes, comienza el tiempo de construir prácticas de trabajo y ellas se construyen día a día con intensidad, concentración. Los hombres y mujeres de la justicia penal de Neuquén tienen que comenzar a estar concentrados en la construcción de lo nuevo y conscientes de que si no achicamos la enorme brecha entre los tiempos sociales y los tiempos judiciales, produciremos otra forma nueva de desamparo social.

Los instrumentos están allí, muchos funcionarios se han ido preparando en cursos y posgrados, los recursos materiales o están disponibles o se conseguirán. Ahora comienza el momento de construir con todo eso, lo que la sociedad necesita y reclama con urgencia.

Lo que se ha hecho y lo que falta

Richard Trinchero

Juez de la Cámara en lo Criminal de Apelaciones de Neuquén

I- Introducción II- Oposición y crítica a la reforma procesal penal III- Contexto nacional y latinoamericano del proceso de reforma procesal penal. IV- Neuquén: avances y retrocesos. V- Ley 2784: su importancia y lo que falta. VI- Conclusión.

I. Introducción

Todo proceso de reforma procesal tiene varias dimensiones, además de la normativa, y registra también un conjunto de antecedentes a describir. En el caso de Neuquén, la sanción del nuevo Código Procesal Penal en noviembre de 2011 cerró una etapa que (arbitrariamente) considero iniciada en 1995 (ley 2153). En los quince años que mediaron sucedieron hechos, algunos de los cuales deben ser destacados. Para explicar ello realizaré una subdivisión de tal etapa, para lo cual seguiré una clasificación realizada por Alejandro Álvarez¹, describiendo lo acontecido en Neuquén, el rol institucional cumplido desde los tres poderes del Estado en estos años en materia de reforma procesal penal, entre ellos lo acontecido puertas adentro del Poder Judicial. También se hará referencia a lo que acontecía en simultáneo en la mayoría de las restantes provincias argentinas y en la región latinoamericana, para finalmente describir el estado de situación actual y su perspectiva.

II. Oposición y crítica a la reforma procesal penal

En general hay una oposición – importante- al cambio procesal penal: es interna, proveniente del mismo Poder Judicial. Nada mejor que recurrir a Cafferata Nores (1998) para expresar la posición de varios operadores judiciales:

“...cuando comienzan las primeras conferencias sobre la reforma aplauden; cuando hay que participar en comisiones para reformar, las integran

¹El esquema fue planteado en una conferencia pronunciada por Álvarez en Santa Domingo, República Dominicana, en febrero de 1999.

entusiastamente; y si hay que hablar o escribir sobre los proyectos de reforma, lo hacen con envidia. Pero cuando de transformar propuestas en realidad se trata y las nuevas leyes finalmente se sancionan y se tienen que aplicar, ahí empiezan a aflorar con o sin maquillaje, las pocas ganas de cambiar. Aparecen entonces los argumentos a favor de que la ley nueva se suspenda por ahora y no se ponga en vigencia hasta más adelante, presididos casi siempre por el argumento económico: “es todo muy bueno, pero no hay plata para hacerlo funcionar” y también el argumento de oportunidad: “la gente quiere mano dura frente a alguna ola especial de delitos; dejemos que pase”...esta resistencia se entronca en la cultura inquisitiva que existe en nuestro país, herencia casi natural de la tradición recibida de la colonización española...” (Cafferata Nores, 1998).

No obstante que lo transcrito fue expresado por el profesor cordobés el 5/9/96, sus observaciones mantienen inocultable actualidad y, en el caso de Neuquén, solo el tiempo marcará el real peso de tal resistencia inquisitiva.

La crítica externa a la reforma procesal penal proviene de un sector del campo criminológico, por ejemplo Mariano Gutiérrez (2010) dice:

“La realidad de una reforma nunca se presenta tan moralmente lineal como quisiéramos, y en la misma transformación siempre puede encontrarse el germen de la destrucción de su sentido original. Las vinculaciones de lo que existe y los efectos que produce van mucho más allá de la voluntad original. ¿Podría pensarse, por ejemplo, que una reforma procesal penal necesaria como la que ocurrió durante los años noventa y subsiguientes en muchas provincias del país, que logró por fin dar un sentido más acusatorio a muchos de los sistemas penales más arcaicos, hubiera sido posible si no se hubiera extendido un clima político cultural particular que reivindica la libertad individual y ataca la autoridad estatal?, ¿Y este clima político cultural dominante no fue impuesto acaso, *gracias a y para promover al* liberalismo economicista que enarbolaba como bandera el proyecto neoliberal? No se trata de creer que el sistema acusatorio significa neoliberalismo económico. Sin embargo, la crítica liberal que desde aquellos años venía atacando al Estado “elefantiásico”, su autoritarismo, sus arcaísmos ¿No preparó el terreno, para que adquiriera fuerza la crítica liberal a un sistema penal también autoritario, atrasado y arcaico, y de esta forma posibilitar la reforma acusatoria?

Es este mismo sistema pseudo-acusatorio que hoy predomina, principalmente en la provincia de Buenos Aires, el que tiene la flexibilidad suficiente para imprimir sobre este una serie de transformaciones claramente “economicistas” de “gestión” en términos de la eficiencia de costo-resultado. A través de los órganos máximos de la administración de Justicia (La Suprema Corte y la Procuración General) se insiste mediante acordadas, normativas y órdenes en poner en marcha un sistema de evaluación estadística de los comportamientos de tribunales, fiscales y defensores, en razón de cuántos juicios orales producen por año; (y para los jueces y fiscales, cuántos de ellos se traducen en condenas; para los defensores, cuántos de ellos se terminan en absoluciones); cuántos juicios abreviados, cuántas causas irresueltas, etc. De más está decir que en términos cuantitativos el fiscal más “eficiente” será el que realice más juicios orales y logre más condenas (se desplaza, entonces, en la práctica, el **principio de objetividad** a un segundo plano). Consecuentemente en la provincia y en la Justicia Nacional se han puesto en marcha proyectos pilotos para evaluar a ciertas fiscalías y tribunales bajo las normas *ISO5 9001:2000* de gestión de servicios, con la sospechosa fórmula “eficiencia=rapidez=cumplimiento de plazos” (nótese que desaparece en la evaluación criterios como **la certeza de la prueba** y **la adecuada justificación de la condena**). La transformación por supuesto, está pensada y justificada con un discurso irresistible de “gestión de la calidad”, “buen servicio”, “transparencia”. Es un discurso tecnocrático aparentemente neutral en

términos ideológicos (no se mete en la discusión de por qué, cuándo y cómo castigar), pero: ¿alguien podrá evitar notar que si esas son las normas de un buen "servicio", perfectamente es un servicio que mejor podrían prestar los privados? "Con estos datos ¿quién podría pensar que el giro terrible que han pegado las tasas de encarcelamiento en todo el país desde los años noventa no guardan ninguna relación con las transformaciones del sistema procesal penal? Y es que, no se puede negar, el sistema pseudo-acusatorio parece un *sistema más eficiente de protección de garantías* en el caso individual. Pero también es *un sistema más eficiente de administración de justicia penal*, en términos generales, es decir, *una fábrica más productiva y eficiente de criminalización*, que el viejo, torpe y lento, sistema inquisitivo" (Gutiérrez, 2010).

Más crítico aún Gabriel Ganón (2007), para quien los procesos de reforma procesal son el camino hacia la "Macdonalización" del sistema de justicia criminal y que la eficiencia sistémica es lograr sancionar la mayor cantidad de conductas prohibidas con el menor costo y en el menor tiempo posible. El término eficacia es económico y resulta ajeno a la idea de justicia.

Los siguientes enunciados: eficacia, estandarización de resultados, flexibilización de la jornada laboral, gerenciamiento institucional, planificación, desformalización, simplificación de pasos, informatización, proceso penal electrónico, controles de gestión sobre la cantidad y calidad, capacitación, consenso, cumplimiento armónico de roles, etc., no serían más que un proceso de naturalización/idealización del funcionamiento del sistema de justicia penal, y no puede más que convertirse en una estrategia de negación de las causas sociales del delito, y de desconectarlo de la compleja estructura social y política.

Por supuesto que lo anotado precedentemente encierra una complejidad tal que no es posible agotar todos los cuestionamientos que de ello se desprende. Sin embargo, algunas respuestas pueden surgir inmediatamente. Nadie en principio podría negar la participación en los procesos de reforma procesal de la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), así como también otras agencias y bancos internacionales, que buscaban formas de fortalecer los sistemas legales latinoamericanos para incentivar el desarrollo económico y la democracia en la región, los cuales fueron convencidos por la red de abogados latinoamericanos de que la conversión de los procesos penales inquisitivos en acusatorios contribuiría a tales objetivos.

Con mucha claridad Langer (2009) explicita como hubo también una difusión de ideas legales desde la “periferia”. Ningún proceso de reforma es idéntico a otro. Las críticas de Gutiérrez y Ganón (aunque ambos hacen mención concreta a la provincia de Buenos Aires) podrían tener algún asidero en Chile, aunque no estoy tampoco en condiciones de asegurarlo. Cualquier provincia Argentina adoptando el proceso acusatorio cumple con la constitución nacional y los pactos internacionales (art.75 inc.22 CN) lo cual, de inicio, resulta una carta de presentación bastante fuerte.

En el caso de Neuquén, que al fin es la reforma que me ocupa en este trabajo, existen fuertes razones políticas para dejar atrás el proceso inquisitivo como se escribirá al concluir estas líneas. En el particular caso de los imputados, el proceso acusatorio que sancionó Neuquén contempla garantías que enervan al código de cualquier crítica sobre el particular: en materia de prisión preventiva, a diferencia de lo que acontece actualmente no procederá de oficio; será dictada previo debate en audiencia; en caso de imposición se fijará plazo; se establecieron mecanismos alternativos al encierro; se regularon mecanismos de revisión, entre otros.

El código (art. 48) al definir tan ampliamente la denominación “imputado” neutraliza en forma contundente cualquier intento de negar el ejercicio del excelso derecho de defensa en una etapa “pre procesal” o “policial”. Nada de lo apuntado podría ser posible con la vigencia del actual código “mixto”.

En otro orden, y en referencia a la ciudadanía en general, el juicio por jurado popular permite decidir directamente en la resolución del caso y la amplia previsión del código sobre la publicidad permite un control sobre la prestación del servicio de justicia penal que hoy se mantiene oculto.

III. Contexto nacional y latinoamericano del proceso de reforma procesal

La década del ochenta del siglo pasado estuvo signada por la recuperación de la democracia en la mayoría de los países de la región, entre ellos Argentina. Luego las naciones emprendieron las reformas para cambiar el enjuiciamiento

penal. Hacia 1988 Julio Maier, Ada Pellegrini Grinover, y otros procesalistas concluyeron la redacción del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica².

A la salida de los gobiernos dictatoriales le sucedió un reclamo ciudadano de eficiencia al sistema de justicia penal porque ello se vincula con la consolidación del sistema democrático. Cuando se asienta en los principios de inmediación, celeridad, publicidad, transparencia y seguridad, se convierte en uno de los instrumentos fundamentales para asegurar la paz social.

La vida en democracia necesita de un sistema que pueda canalizar de forma pacífica los conflictos sociales, requiere un árbitro independiente de la conflictividad, para mediar entre el poder y los ciudadanos y lograr finalmente reconocer y dar vigencia a los derechos de cada uno.

Cambiaron su ordenamiento procesal entre otros: Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Perú, República Dominicana, Colombia, Bolivia, Paraguay, Chile, Ecuador y Venezuela.

Aunque cada país cuenta con sus particularidades, los lineamientos generales de la reforma (inspirados en el Código Tipo para Iberoamérica y en el Código Maier) tendían a: separar estrictamente las tareas de investigación de las jurisdiccionales, atribuir la investigación al Ministerio Público Fiscal, contemplar la participación efectiva de la víctima, acentuar el principio acusatorio, rescatar al juicio como etapa central del proceso, simplificar los trámites, judicializar la ejecución penal, contemplar el desarrollo de las garantías constitucionales principalmente a favor del imputado, incorporar formas compositivas de solucionar los conflictos y la aplicación de medidas alternativas y crear la Policía Judicial.

²Maier es además autor del proyecto de Código Procesal para la justicia nacional del año 1986, el cual si bien nunca fue sancionado -ver la tercera nota al pie- ha marcado un rumbo seguido no solamente en Argentina sino en varios países de la región.

Argentina, se sabe, como país federal cuenta con tantos ordenamientos procesales como provincias que integran la República, además de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y del Código Procesal Federal³.

La mayoría de las provincias comenzó a transitar el cambio hacia el sistema acusatorio así como décadas atrás habían adoptado el sistema procesal mixto reemplazando el viejo sistema inquisitivo escrito⁴. Si bien por razones de espacio omitiré profundizar sobre la situación de cada una de las provincias, hay códigos procesales de “primera generación” y de “segunda generación”, radicando la diferencia en que los segundos, observando el funcionamiento de los que le precedieron, tomaron nota de las causas provocadoras de disfunciones y falencias y plasmaron la búsqueda de las soluciones en la nueva normativa. Integraron el primer grupo de códigos los correspondientes a las provincias de Tucumán (ley 6203), Córdoba (ley 8123), Buenos Aires (ley 11.922), Chaco (ley 4538), Catamarca (ley 5097) y Mendoza (ley 6730). Puede mencionarse entre los códigos de segunda generación a los de: Chubut (ley 5478), Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ley 2303), Santa Fe (ley 12.734), La Pampa (ley 2287), Entre Ríos (ley 9754) y Santiago del Estero (ley 9641).

Puede decirse que se debe a los primeros códigos, principalmente a Córdoba (aunque primero se sancionó el de Tucumán) haber dado (y ganado) la batalla por la “legalidad” (y más aún, por la “constitucionalidad”) del acusatorio frente a las posturas más conservadoras del Poder Judicial y haber establecido con precisión la división de roles de los sujetos del proceso, dejando la investigación y acusación a cargo de los fiscales y el juzgamiento y control de

³El 21 de agosto de 1991, el Congreso de la Nación sancionó como “moderno” código procesal –rige actualmente, ley 23984- el proyecto del Dr. Ricardo Levene, denominado “inquisitivo reformado” o “mixto”, prefiriéndolo al precitado proyecto del Dr. Julio Maier de 1986. El código que se sancionaba, en líneas generales, el mismo que Córdoba había importado de Italia en 1939, ya estaba siendo dejado de lado en la misma provincia mediterránea y en distintos países latinoamericanos. Aproximadamente 100 años antes, en 1888, también se había elegido lo caduco, lo superado. Se sancionó como Código Procesal el Proyecto “Obarrio”, escrito e inquisitivo, ya abandonado en España de donde se lo había tomado, en oposición al proyecto de Florentino González-Victorino De La Plaza, con orientación adecuada a los lineamientos constitucionales de 1853, con jurados populares incluidos. En Vázquez Rossi, Eduardo. (1995). *Derecho Procesal Penal*, Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, p.161.

⁴El cual como señalara anteriormente, rigió en el orden federal hasta 1992 y en la provincia de Santa Fe hasta agosto de 2007.

las garantías en los jueces. También fueron objetivos de estos primeros códigos la celeridad en el trámite, el reconocimiento de las garantías del imputado, la verdadera participación de la víctima y la búsqueda de establecer el juicio público como principal etapa del proceso.

IV. Neuquén: avances y retrocesos

Es imposible continuar describiendo la evolución de la reforma procesal penal en Argentina, esto es, referirme a las características de lo que se denomina “códigos de segunda generación”, sin abordar lo que fue el proyecto de Código Procesal Penal que el Poder Judicial de Neuquén elevó a la Legislatura en junio de 2001 (oficio nro. 1697) y que, pese a tomar estado parlamentario, nunca recibió tratamiento⁵. El cambio en Neuquén había comenzado en diciembre de 1995 con la sanción de la ley 2153, que introdujo pocas pero sustanciales reformas al código mixto (ley 1677) que esta provincia había incorporado en 1987. Al procedimiento oral mixto se adicionaron importantes ingredientes que apuntaban al debilitamiento de los rasgos inquisitivos: desplazamiento del centro de gravedad del juzgado de instrucción hacia mayores atribuciones del fiscal y aumento de la flexibilidad en materia de competencia y procedimientos, de modo de adaptar el trámite a las particularidades de los casos.

Ya hablando concretamente del proyecto del año 2001 describiré sintéticamente como se instrumentó el proceso de reforma para luego demostrar, ya en el plano normativo, cómo incidió en el contenido de otros proyectos y códigos, en nuestro país y en el extranjero, siendo base del actual código vigente del Chubut y del sancionado en Neuquén en 2011 (ley 2784). Concretamente, y aunque no se hable en demasía de ello, ni se tome debida nota a veces, en Neuquén comenzó la etapa de los “códigos de segunda generación”.

Lo más importante fue el origen de aquella reforma y la metodología seguida hasta la elevación del proyecto al parlamento. Se trató, inusualmente, de una

⁵La importancia de este proyecto es resaltada por Ángela Ledesma en “Proceso de Reforma Procesal Penal y judicial”, Revista de Derecho Procesal Penal, Tomo II, Rubinzal Culzoni, p.33.

decisión reformista del Tribunal Superior de Justicia y, a partir de allí, por espacio de casi dos años, se sucedieron el trabajo de la Comisión Redactora⁶, la realización en toda la provincia de foros, reuniones, debates, presentación de un texto preliminar, luego otra etapa de discusión con relevante labor de una Comisión Consultiva y Revisora, entre cuyos integrantes hubo abogados, funcionarios y magistrados judiciales, diputados provinciales y representantes del Poder Ejecutivo⁷.

Internamente, el mismo Tribunal Superior de Justicia -por impulso del Dr. Marcelo Otharán- fue posibilitando la conformación de un Ministerio Público Fiscal que estuviera preparado para enfrentar al nuevo sistema que se pensaba llegaría más temprano que tarde. Fue un caso único en el país y de ahí que merezca ser destacado. La Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, a través del entonces Fiscal General Dr. Alberto Tribug, impulsó profundos cambios en la organización del Ministerio Público, convalidados por decisiones de superintendencia del mismo Tribunal Superior, los cuales tuvieron como horizonte mejorar el funcionamiento del sistema de justicia penal y preparar definitivamente el tránsito al sistema acusatorio.

Con un fuerte control de una Fiscalía de Cámara de la ciudad capital, a cargo este organismo del Dr. Ricardo Mendaña, líder en lo intelectual y en la gestión de todo el proceso⁸, se abandonó el sistema fiscalía -turnos, se dejó atrás la organización refleja con los juzgados de instrucción, y se convirtieron todas en agencias fiscales especializadas coordinadas por una de ellas, la cual cumplía funciones de distribución del trabajo, atención de víctimas, guardias y situaciones de emergencias.

⁶Fue integrada por Ricardo Mendaña, Víctor Hugo Martínez y Juan Manuel Salgado, este último reemplazante de Emilio Castro.

⁷Esta Comisión estuvo coordinada por el Dr. Marcelo Otharán, entonces vocal del Tribunal Superior de Justicia, y fue superlativa la actuación del Dr. Oscar Pandolfi, incansable "reformista" tanto en esta provincia como en Río Negro y también participante en la sanción del código a aplicarse a partir de febrero de 2014.

⁸Mendaña también había impulsado el cambio que dio origen a la ley 2153 en 1995 y fue uno de los redactores del Proyecto Colegio de Abogados-Inecip del año 2.009 que fuera tomado como base en la sanción del nuevo código procesal contenido en la ley 2784.

Fueron tres (3) años de los que pueden recordarse como logros significativos: el establecimiento de una nueva modalidad de trabajo con la institución policial, el mejoramiento de la productividad del sector lográndose, a la vez, un mayor control de las causas radicadas en los juzgados de instrucción, también la implementación exitosa de una experiencia piloto con uno de los juzgados de la capital, que nos “acercaba” al acusatorio (consistía en que todas las causas originadas en policía previo llegar al juzgado de turno eran remitidas a la agencia fiscal que correspondiera), lográndose también implementar un mecanismo de orientación y asistencia a las víctimas con la instalación de una oficina especializada dentro de la estructura del Ministerio Fiscal⁹.

Igualmente aquellos logros (2001/2004) debían ser profundizados, pues ni la judicatura ni la defensa pública asumieron cambios de ninguna índole y en el seno de la propia fiscalía tampoco se había avanzado en la simplificación, en la desformalización y en la construcción de un sistema de información adecuado, además de no poder soslayar tampoco que el proceso solamente comprendió Neuquén capital, quedando pendiente su implementación en el resto de la provincia¹⁰. A raíz de esto hubo talleres en Puerto Madryn, Comodoro Rivadavia, Esquel, Trelew, Rawson y también desde allí visitaron Neuquén para interiorizarse sobre el funcionamiento de las entonces agencias especializadas en la fiscalía.

Desde el punto de vista técnico, varios fueron los aportes que el proyecto neuquino del año 2001 realizó a los denominados códigos de “segunda generación”¹¹. Cuando Neuquén inició la labor la Comisión Redactora conocía

⁹Así lo revela el artículo “Evaluación de la nueva forma de trabajo de las Agencias Fiscales con el Juzgado de Instrucción Nro.2. de Neuquén capital. Modalidad experimental”, publicado en la Revista de las XVI Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos, en pp. 125/135.

¹⁰Varios integrantes del Ministerio Fiscal neuquino dictaron talleres sobre la especialización en provincias que incursionaban en la reforma: Entre Ríos, La Rioja, Chubut. Con esta provincia patagónica en aquella época la relación de intercambio fue constante y paradójica: mientras Chubut tenía sancionado su código acusatorio (me refiero al proyectado por Maier en 1999, jamás aplicado) de lo cual carecía Neuquén, los chubutenses no habían trabajado sobre cambios en la estructura de la fiscalía.

¹¹Fue fuente directa del código actualmente vigente en Chubut, del proyecto de Entre Ríos que en aquella provincia coordinó el Dr. Chiara Díaz, del proyecto nacional de 2004 -HCDN, Expte.2589-D-2004-, del proyecto peruano conocido como “Proyecto Huanchaco”, del proyecto de Panamá y también del uruguayo, aunque de manera indirecta debido a que ya era ley el código de Chubut.

las falencias provenientes de los primeros códigos reformados (Córdoba, Buenos Aires) que eran básicamente las mismas: no había espacio para que las partes consensuaran salidas alternativas para conflictos menores, principalmente por la vigencia del denominado principio de “legalidad procesal”, seguía existiendo el “expediente” solo que estaba a cargo de la fiscalía; la estructura del Ministerio Público Fiscal seguía siendo rígida y formalizada, la regulación de las vías de impugnación y nulidades procesales seguían conspirando contra la celeridad y no estaba asegurada la imparcialidad debido a que el tribunal de juicio tomaba conocimiento previo de la prueba a producirse en el debate. Todas estas dificultades fueron tenidas en cuenta en el proyecto neuquino y de ahí que todos los códigos que se sancionaron a partir de esa fecha lo previeran en la redacción del articulado. Por razones de espacio, y a modo ejemplificativo voy a tomar solo un tema fundamental: sintetizaré el tratamiento que se dio desde Neuquén al régimen de la acción, estableciendo el principio de oportunidad, para posibilitar un criterio racional de selección de casos por parte del fiscal. La cuestión significaba ni más ni menos que reconocer a la provincia potestad legisferante, desafiando el “mito” del art.71 (o de su interpretación) del Código Penal.

La razón de que fuera Neuquén pionera en este aspecto tiene una explicación bastante simple: el encargado de dar la discusión a nivel nacional (en soledad en aquella época) en el plano doctrinario y académico, el reconocidísimo procesalista Dr. Alberto Binder -desde la dirección del Inecip- fue asesor con activa participación en la redacción de las normas. La posición de Binder sobre la acción fue muy resistida por un importante sector de la doctrina, entre ellos el formidable Julio Maier. Ambos protagonizaron un inolvidable debate en San Martín de los Andes en 1999, en el XX Congreso Nacional de Derecho Procesal¹².

Las dos posiciones fueron y son inconciliables, reposan sobre sólidos argumentos y, con posterioridad a aquél debate, las aguas siguieron divididas.

¹²Conviene recordar que Maier fue autor además del Código Procesal de Chubut, ley 4566, sancionado en diciembre de 1999, que no preveía el principio de oportunidad procesal pero que nunca tuvo aplicación hasta que fuera derogado con la sanción del actual código.

Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, prácticamente todas las provincias que últimamente han adaptado el proceso penal al régimen constitucional también legislaron sobre el régimen de la acción penal, siguiendo a Mendoza (art.26, CPPC) que ha sido señera (noviembre de 1999). En ese sentido: la provincia del Chubut (art.44, CPPC), la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art.199, CPPC), Entre Ríos (art.205, CPPC), Santa Fe (art.19, CPPC), La Pampa (art.15, CPPC), Neuquén (arts.106 y 107, CPPC) y los proyectos del Código Procesal Federal (años 2004, 2007 y 2010), de Río Negro (2005 y 2011). Incluso la provincia de Buenos Aires lo había omitido originalmente y lo incluyó a posteriori (art.56). La provincia de Río Negro, aún con un código mixto, también lo tiene previsto (art.180 ter, CPPC).

El proyecto que vengo comentando también innovó sobre la llamada actividad procesal defectuosa. En cinco o seis artículos se regulan las llamadas nulidades procesales teniendo en cuenta los derechos del imputado, la víctima y el fiscal y la función que respecto de cada una de ellas cumplen las formas, y las distintas consecuencias, saneamiento, convalidación y nulidad, han sido incluidos íntegramente en varios códigos sancionados en la última década.

Otra característica importante fue prever cuidadosamente la relación entre la sentencia y la acusación. También se proyectó la cuestión de la imparcialidad previendo absoluta separación entre el tribunal de juicio y aquél que lo prepara y, finalmente, tampoco puede soslayarse que en materia de recursos se categorizó las vías de impugnación, regulándose solamente el recurso que alcanza la revisión integral de la sentencia definitiva.

Retroceso: Cuesta aceptar que después del panorama descripto, Neuquén se haya “encaminado” a la sanción de un nuevo código recién en el año 2009. Hubo a partir del 2001 inacción de los diputados y del Poder Ejecutivo pero también de quienes motorizábamos el cambio desde el Poder Judicial, incluido el Tribunal Superior de Justicia. No supimos construir los consensos necesarios para que la sanción del código tuviera lugar, ello quedó más que claro.

Así se llegó al año 2004, y acá empieza otra etapa que puede caracterizarse como negativa en materia de reforma procesal y que recién culminó en la segunda mitad del 2008.

A comienzos del 2004 el entonces gobernador comenzó a realizar la renovación total de los miembros del Tribunal Superior de Justicia y ello sería determinante negativamente, en muchos aspectos que no viene al caso recordar, pero también para la reforma. Se ignoraron todas las iniciativas que se habían materializado hasta allí y se operó una suerte de desactivación de todo cambio en la fiscalía.

Por ejemplo, la agencia fiscal que investigaba los delitos de corrupción administrativa, que a esa fecha registraba varias causas contra funcionarios y allegados al poder, fue objeto de muchas modificaciones y de sustitución de personal en la agencia y en los inmediatos colaboradores, el personal policial y el gabinete contable.

En otro orden, a pesar que se declamaba desde el Tribunal Superior interés por la reforma procesal, se tomaron decisiones que francamente iban a contramano de lo que significa una reforma procesal. A la par de quitarle protagonismo a la fiscalía, por ejemplo, (vía acuerdo) el Tribunal Superior otorgó solamente quince (15) días al organismo para realizar cualquier investigación. Se volvieron a crear las prosecretarías. Si en un sistema acusatorio no tiene razón de ser el secretario, debido a la publicidad y el sistema por audiencias que lo caracterizan: ¿para qué pueden servir los prosecretarios? Todo esto llevó a que no tuviera sentido la especialización de las fiscalías, situación que ha llevado a que en 2010 desaparecieran todas salvo una, volviéndose a antes del 2001.

Otra acción que fue en sentido contrario de la reforma fue planificar la construcción de una inmensa "Ciudad Judicial" para Neuquén capital, proyectando las nuevas oficinas como típicas de un juzgado de instrucción de hoy, un despacho diferenciado para el juez, otro para el secretario y otras

tantas para sumariantes, cuando la lógica del proceso por audiencias requiere otra estructura.

En fin, a todo esto puede sumarse que el Tribunal Superior de aquella época intentó retirar de la Legislatura el proyecto que se había elevado en el 2001. No lo logró y entonces remitió otro a fines del 2007, que no fue debatido ni consensuado en su elaboración pero que tampoco fue tratado en el parlamento¹³. Como se ve la reforma procesal neuquina tiene una historia con muchos desencuentros y de la que todos somos responsables.

V. Ley 2784: su importancia y lo que falta

En 2008 se comenzó a trabajar entre el Inecip y el Instituto de Derecho Penal y Procesal Penal del Colegio de Abogados del Neuquén en un nuevo proyecto, el cual fue culminado y enviado a la Legislatura al año siguiente. Este proyecto fue tomado como base en el parlamento, en donde se dispuso la constitución de una Comisión Interpoderes, dando posibilidad a que el documento base sea tratado en una Comisión Técnica, integrada entre otros por la Asociación de Magistrados y Funcionarios, el Colegio de abogados, la policía provincial, integrantes del Poder Judicial, los asesores de los distintos diputados de la Legislatura¹⁴.

El nuevo código sancionado (ley 2784) se asienta en los cimientos de aquél proyecto del 2001 (ratificados en el proyecto de 2009) aunque con lógicos agregados. En aquella época poco se había advertido sobre la importancia superlativa de la oralidad y las audiencias en todo el proceso y la necesidad de la gestión judicial, aspectos que habían sido esbozados pero que merecían una regulación más profunda, situación que solo permitió ver el paso del tiempo.

En síntesis, el nuevo código sancionado tiene como principales características: delimitar estrictamente las funciones de investigar y juzgar, desformalizar la

¹³Se trató de un proyecto extenso -más de 450 artículos- que contenía la mayoría de los defectos propios de los denominados "códigos de primera generación".

¹⁴Tanto una como otra comisión fueron coordinadas por la Dra. Carla Pandolfi, quien actualmente, y ya en la órbita del Poder Judicial, trabaja en la implementación del nuevo sistema.

investigación, contemplar las salidas alternativas a la solución de los conflictos con instrumentos de la justicia restaurativa, contemplar la organización de los jueces en Colegios, marcar el final del secretariado judicial con la llegada de la Oficina Judicial que se encargará de todo lo administrativo para que el juez trabaje de juez y la “gestión judicial” le sea ajena, ratificar el principio de oportunidad, prever la fuerte participación de la víctima, regular el estricto respeto a la imparcialidad en todas las etapas del proceso, desde la investigación hasta la ejecución, establecer una dinámica adversarial del debate y sistemas de audiencias en general que hace posible la neutralidad del juez y el protagonismo de las partes, prever una oralidad plena con amplitud también de la publicidad de la actividad judicial, garantizar los derechos del imputado desde el comienzo mismo de la investigación, establecer un sistema de recursos novedoso y simple, algo sobre lo cual se había ya trabajado en el año 2001.

Como innovaciones a lo proyectado merece resaltarse la previsión del derecho del imputado a una acusación única (art.66 CPPC) y la instauración del juicio por jurados populares dentro del código mismo (el proyecto Inecip-Colegio de Abogados dejaba su regulación a una ley especial).

Respecto a la redacción definitiva del código cabe resaltar que en la reunión 25 del 23/11/11, el Código Procesal Penal fue aprobado en general por unanimidad con el voto positivo de los treinta (30) diputados presentes. Al día siguiente (reunión 26) se dio tratamiento en particular del proyecto aprobado, existiendo unanimidad en cuanto a todos los artículos del código a excepción de tres que consiguieron amplia mayoría: el artículo 35 (competencia de los tribunales de jurados populares), el artículo 65 (fracasó el intento de contemplar otro tipo de querrela especial además del establecido para los delitos contra la integridad sexual en el que resulte víctima un niño, niña o adolescente) y el artículo 109 (relacionado con la temática de los pueblos indígenas). Al no contarse con una exposición de motivos, solamente es posible acudir a la versión taquigráfica de lo acontecido en el recinto durante los referidos días 23 y 24 de noviembre de 2011, pudiéndose observar sintéticas referencias (muy generales) sobre algunos lineamientos de la ley sancionada a cargo de los

miembros informantes, diputados José Russo y Marcelo Inaudi, y las disidentes opiniones de las diputadas Soledad Martínez y Paula Sánchez, respecto al contenido de los tres artículos mencionados más arriba.

Eran las tres cuestiones discutidas en las dos Comisiones y que- se sabía de antemano- se resolvería a favor de la postura que más apoyo político cosechara entre los legisladores.

No puedo soslayar una crítica a una modificación de último momento: sorpresivamente se suprimió la posibilidad para la víctima de convertir la acción penal pública en privada una vez aplicado el principio de oportunidad (art.107 CPPC). Tal norma había pasado airoosamente los cedazos críticos desde el año 2000 y tampoco fue objetada en ninguna de las dos Comisiones mencionadas previo a la sanción del código en el recinto. Además, tal supresión va a contrapelo de lo dispuesto en todos los demás códigos de similar factura (Chubut, Santa Fe). Como toda modificación impensada y contrapuesta a la lógica del sistema, adolece de una técnica sistemática y traerá (lo adelanto) seguros problemas de interpretación cuando se aplique la nueva normativa.

Lo que falta: Vuelvo a Alejandro Álvarez para recordar que fue común en varios países y en provincias argentinas, creer que bastaba con aprobar una nueva ley hecha por un grupo de expertos para asegurar un cambio en el sistema de justicia penal. Por el contrario, la normativa es solo una etapa dentro del largo camino que implica una reforma procesal. Las etapas en total son cinco a saber: 1) la identificación de los problemas y la elección del modelo de justicia a crear, 2) la redacción de las normas, 3) la discusión parlamentaria, 4) la preparación de la entrada en vigencia y 5) la evaluación y el ajuste. Agrega Álvarez que la reforma es multidimensional y que no sirven los reduccionismos. Estos se esfuerzan por señalar un aspecto del problema de la administración de justicia como el único o el más importante.

Por ejemplo, existe el reduccionismo presupuestario que pretende que todos los problemas de la justicia se deben a la falta de medios materiales; existe el reduccionismo formativo que pretende mostrar como único problema al de la capacitación de los operadores y existe también el reduccionismo

administrativo que sostiene que todo es cuestión de mala organización de los recursos existentes. Lo cierto es que todos tienen una parte de razón y todos se equivocan, puesto que cada uno de esos problemas existe y deben ser resueltos, pero el error consiste en no presentarlos como parte del mismo proceso y fraccionar lo que es un problema estructural.

Trasladando lo anterior a la situación neuquina, puede concluirse que es mucho lo que aún resta recorrer para que en febrero de 2014 comience a aplicarse el nuevo código. Falta aún la sanción de leyes indispensables (organización de los jueces, de los fiscales, de los defensores) y definir situaciones importantísimas como es el caso de la policía en la investigación. Además de ello, no hay lugar para equivocaciones en el abordaje de lo que más arriba se señaló como multidimensional y que dependerá principalmente de los pasos que dé en ese sentido el Tribunal Superior de Justicia.

Resta hablar de otro cambio, tal vez más importante que el normativo: el cambio cultural. Neuquén debe ir preparándose para ello, los operadores deben entender que más allá de las normas también ellos deben cambiar la visión cultural del proceso. Se ha dicho, y con razón, que solo se podrá poner fin a la práctica inquisitiva si se logra la instalación de nuevas prácticas que reemplacen a las vigentes. Ninguna reforma procesal será exitosa si no existe ese cambio cultural y un efectivo plan de capacitación y práctica que profundice sobre la oralidad.

VI. Conclusión

Sin dudas la ley 2784, desde el punto de vista de su contenido, representa el mejor código de todos los vigentes en la actualidad porque el legislador neuquino trabajó conociendo los antecedentes conocidos en Argentina y en el extranjero y ha instaurado un sistema de investigación y juzgamiento penal acorde a la constitución nacional y, por otro lado, ha dado respuesta a las razones políticas que también demandan reformar el procedimiento penal. Entre ellas, la deslegitimación de la justicia, la falta de credibilidad por la que atraviesa, la lentitud actual en la tramitación de los casos, salvo las que tienen

detenidos, la exclusión de las víctimas, el alto nivel de impunidad y el lógico apego a la cultura del expediente con olvido del conflicto inicial.

En caso de transitar con éxito el proceso de reforma, lo que aún resta por hacer (según mi análisis en el punto anterior), dependerá de toda la aplicación de la nueva normativa y seguramente aparecerán nuevos problemas que serían materia de tratamiento en la futura etapa de “evaluación y ajuste”.

Referencias bibliográficas

Cafferata Nores, José. (1998). *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, segunda edición, p.260.

Ganón, Gabriel. (2007). “¿La macdonalización del sistema de justicia criminal? Nuevo orden o nuevo derecho en la globalidad de la sociedad excluyente”, en AA.VV, *Contornos y pliegues del derecho*, homenaje a Roberto Bergalli. Barcelona: Antrophos, p.449.

Gutiérrez, Mariano. (2010). “Punitivismo y actuarialismo en la Argentina”, artículo publicado en el sitio www.pensamientopenal.com. Disponible en el link: <http://new.pensamientopenal.com.ar/01052010/criminologia01.pdf>.

Langer, Máximo. (2009). “Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia”, en *Revista de Derecho Procesal Penal*, Tomo II. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

La prisión preventiva, un resabio inquisitivo

Florencia Martini

Jueza de la Cámara Criminal Segunda de Neuquén

El nuevo Código Procesal Penal de la provincia del Neuquén retoma las discusiones que se iniciaran en el proceso de reforma a partir del restablecimiento de la democracia en Argentina, intensificado por la reforma constitucional de Nación (1994) que incorporó al bloque constitucional los pactos internacionales de Derechos Humanos. Aquella reforma secundó la reforma constitucional de diversas provincias, entre ellas la del Neuquén, a fin de adecuarlas a la Nacional, performando desde este paradigma el procedimiento penal de la provincia.

El nuevo digesto establece:

- Un proceso acusatorio que involucra la separación de la función jurisdiccional reservada a los jueces (art. 6) y la investigativa/acusadora, entregando esta última al Ministerio Público Fiscal (investigación preliminar) sin perjuicio de los actos de control por parte de los jueces cuando se afectaren garantías constitucionales. Este proceso se instaura teniendo como principios rectores la oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplificación procesal y celeridad (art. 7).
- La solución del conflicto primario surgido a consecuencia del hecho a fin de contribuir a restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social (art. 17).
- Una selección razonable de casos mediante la aplicación del principio de oportunidad (insignificancia, pena natural, conciliación, mediación, etc. (art. 106 y 107) y la suspensión de juicio a prueba (art. 108), que sirva para la descongestión del aparato judicial, dotándolo de eficacia para decidir los casos relevantes.
- Participación ciudadana en el juzgamiento del delito (el art. 4 reza “los ciudadanos participarán en la administración de justicia penal...”,

mientras que los arts. 35, 43/46 regulan los tribunales de jurados populares).

- Mayor intervención de la víctima (derecho a la tutela judicial efectiva, art. 13; prevé el derecho a ser notificada de la revocación o imposición de una medida de coerción, intervenir en el procedimiento y ser escuchado antes de cada decisión que extinga o suspenda la acción, art. 61; derecho a constituirse en querellante con asistencia letrada provista por el Estado en caso de no tener medios suficientes para contratar un abogado particular, art. 62; control de la decisión fiscal de desestimación o aplicación de criterios de oportunidad previstos en los incisos 1 y 2 del art. 131 -art. 137-. Por su parte el art. 165 dispone que el fiscal deberá poner el requerimiento de apertura a juicio en conocimiento de la víctima y del querellante).
- Justicia en un plazo razonable (acortamiento de plazos -art. 158-, procedimiento abreviado -art. 217/221-, juicio directo -art. 222-, e instauración de plazos fatales, art. 80, art. 87 y 158).
- Un sistema de control de los defectos de la actividad procesal priorizándose la validez y el saneamiento de los actos antes que la anulación (art.98). Se entiende que el acto se ha saneado cuando, no obstante su irregularidad ha conseguido su fin respecto de todos los interesados (art. 96). Se discriminan los derechos de las distintas partes y la función que cumplen los actos respecto de ellas, diferenciando el incumplimiento de las formas procesales que protegen garantías del imputado de aquellas que procuran la tutela judicial efectiva de las víctimas o cumplimiento de los deberes del fiscal. Prevé casos de convalidación (art. 97) cuando el fiscal o el querellante no solicitaran el saneamiento así también cuando hayan aceptado expresa o tácitamente los efectos del acto.
- Una infraestructura judicial ágil y dinámica que evite la delegación, aprovechando al máximo los recursos humanos y materiales; en este sentido el régimen de impugnación revierte la dilación que implicaba el tratamiento escrito, como así la delegación propia de aquel sistema. El control se limita a los puntos que motivan el agravio. Los motivos que dan lugar a la impugnación en cada caso concreto se definen para cada

caso –sentencia definitiva, sobreseimiento, denegatoria de la suspensión del juicio a prueba, decisión que imponga mantenga o rechace una medida de coerción (art. 233 al 237). El control ordinario está a cargo del Tribunal de Impugnación sea impugnaciones contra sentencias u otras resoluciones, variando sólo los plazos de interposición, debiendo celebrarse la audiencia oral y pública dentro de los diez días de recibidas las actuaciones. Ambos tipos de impugnaciones admiten la producción de prueba debiendo ofrecerla el impugnante con el escrito de interposición, señalando las circunstancias que se pretende probar, vinculada con el contenido de la impugnación. La resolución puede dictarla el tribunal en forma inmediata o en el plazo máximo de diez días. El control extraordinario está a cargo del Tribunal Superior de Justicia contra las sentencias dictadas por el Tribunal de Impugnación en los casos excepcionalísimos fijados por el art. 248. En este caso el plazo máximo para resolver se extiende a treinta días.

- La libertad durante el proceso como regla (que determina la excepcionalidad de la aplicación de medidas de coerción conforme lo prescribe el art. 110 y la subsidiariedad de la prisión preventiva –art. 113 y 114-, como así el carácter restrictivo de interpretación de las normas que coarten la libertad personal del imputado o limiten el ejercicio de sus derechos -art. 23-).
- Creación de una Oficina Judicial (art. 39) que desliga lo administrativo de lo jurisdiccional¹, garantizando la concentración eficaz de las funciones y una mayor celeridad en el trámite orientado a la realización oportuna de las audiencias sobre las que descansa el proceso “oral”. Además de organizar las audiencias, el director de la Oficina dicta las resoluciones de mero trámite, ordena las comunicaciones y emplazamientos; dispone la custodia de objetos secuestrados; lleva los registros (en actas y audio o video, art. 86) y estadísticas; dirige al

¹La asistencia de la Oficina Judicial queda reservada a los Colegios de Jueces y a los jueces de Ejecución, dejando intacta la estructura mixta (administrativa y jurisdiccional) para los tribunales de impugnación y el Tribunal Superior de Justicia. Hubiere sido deseable que la oficina asistiese también las impugnaciones ordinarias garantizando de este modo el desarrollo eficaz del control de las decisiones en tiempo oportuno; máxime cuando el control prevé producción de prueba.

personal auxiliar; informa a las partes y colabora en todos los trabajos materiales que el juez o el tribunal le indique.

- Organización en Colegios de Jueces (tribunales de juicio y jueces de garantías) cuyo número y forma de integración será establecido por la ley orgánica de la Justicia Penal. Además de los colegios de jueces, son tribunales competentes: El Tribunal Superior de Justicia, el Tribunal de Impugnación, los Tribunales de jurados populares y los Jueces de Ejecución².

Como cuestiones novedosas, ajustadas a las exigencias de los nuevos tiempos que reclaman un lugar desde donde se cuestione al modelo europeo-occidental que invisibilizó las culturas “otras”, el nuevo digesto considera la diversidad étnica y cultural en el procedimiento (art. 19) y la aplicación del art. 9.2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, cuando se tratare de un hecho cometido por un miembro de un pueblo indígena (art. 109)³.

Otra innovación relevante es la unidad de representación como exigencia prevista por el art. 66, cuando los acusadores fueran varios e invocaren intereses entre ellos. Y en los casos en que la víctima se haya constituido como querellante, el juez convocará a las partes a efectos de revolver las controversias que pudieren existir entre el Ministerio Público Fiscal y la parte

²Ya se había debatido la necesidad impostergable de implementar los juzgados de Ejecución en Neuquén, con motivo de los incidentes ocurridos en la Unidad de Detención N°11 a comienzos del año 2012, que dio lugar al habeas corpus 69/12 resuelto por las dos Cámaras Criminales (en aquel momento integradas por dos jueces cada una) y con la jueza correccional N°2 de la Primera Circunscripción, mediante el cual se estableció la recomendación de implementación previa a la entrada en vigencia del nuevo digesto procesal. Los jueces de ejecución unipersonales permiten la resolución expedita de los reclamos inherentes a la ejecución de la pena, respondiendo a la especialidad y concentración funcional que la temática exige.

³Fundar un derecho culturalmente situado implica construir un nuevo tipo de Estado, que se instaure como espacio donde residan todos los espacios, a partir de instituciones públicas que canalicen mecanismos efectivos de protección y realización de los bienes de las identidades nacionales. Un proyecto decolonial impone isojerarquizar las nacionalidades presentes en cada Estado, entendidas como: “entidades históricas y políticas que tienen en común una identidad, historia, idioma, cultura propia y territorio en el cual han ejercido formas tradicionales de organización social, económica, jurídica, política y de autoridad” (cual lo define la Confederación de Nacionalidades Indígenas Ecuatorianas), restituyéndoles la existencia que les fue despojada y la legitimidad o “verdad” de sus relatos “como acontecimiento”, destituyendo la *vulnerabilidad* que el discurso oficial ha instaurado en los considerados “Otros” (cfr. Martini, Florencia M., ***El derecho y la cultura en América Latina y el Caribe desde el viraje decolonial***, en prensa, Revista del Centro de Investigaciones en Literatura y Cultura n°4, Facultad de Lenguas, Universidad Nacional de Córdoba).

querellante, sobre los discursos fácticos, jurídicos y estrategias probatorias. Todo ello encaminado a garantizar el derecho del imputado a que se le enrostre una única acusación⁴, debiéndose respetar el principio de congruencia procesal, tanto en los aspectos fácticos como normativos. En caso de que no hubiere consenso en cuanto a la calificación y a las estrategias acusadoras, resuelve el juez en forma definitiva la incidencia.

Asimismo resulta interesante la previsión de normas especiales para asuntos complejos (art. 223/225) a causa de la pluralidad e hechos, elevado número de imputados/víctimas o delincuencia organizada que extiende los plazos ordinarios.

Principio acusatorio y encarcelamiento cautelar: un dilema no resuelto

De los tópicos bosquejados habré de abordar el análisis crítico de las medidas de coerción privativas de libertad, en tanto bajo la excepcionalidad proclamada permanece en el proceso como un resabio inquisitivo cuya aparente supervivencia responde más a condicionamientos culturales históricos que a demandas contemporáneas de seguridad ciudadana.

Me refiero a que, cuando se sentaron las bases del modelo penal liberal, la humanización del sistema penal ilustrado dejó en pie las formas de dominación de la clase burguesa sobre los eventuales atentadores contra la propiedad. Este modelo es el que procuró criminalizar al enemigo burgués (el desposeído) transformándolo en “peligroso”, confiscándole la ciudadanía.

Dentro de este esquema, la prisión sin condena de los “presuntos delincuentes de facto” pese a la “presunción legal de inocencia” permitió sustraer al “enemigo” desde el inicio del procedimiento, instaurando el juicio como una mera revisión formal de la condena de hecho impuesta con la prisión

⁴Con esta norma se pone fin a las controversias suscitadas con motivo de la intervención obligatoria de la querellante, en carácter de acusadora pública en cabeza de la defensoría del Niño y del Adolescente para los delitos contra la integridad sexual cuyas víctimas resultasen menores de edad en tanto la defensa, en la mayoría de los casos debía resistir dos acusaciones públicas diferentes (la de la querellante del Niño y la del titular de la acción pública) no sólo en la tesis fáctica sino también la jurídica.

preventiva⁵. El discurso de la universalidad moderna encuentra justificación en su apartamiento provisorio, justamente como modo de señalar abiertamente a los que ya habían sido prefigurados silenciosamente por el programador de la modernidad como subalternos, acusándolos de ser otros, de ser distintos, inútiles al programa oficial, ineficientes, improductivos, residuos.

En mi entender, es en las medidas de coerción privativas de la libertad, donde se pone de manifiesto la distancia de un modelo jurídico acusatorio de corte teórico y el sentido común de un sector mayoritario de la ciudadanía en un Estado que se presume de Derecho, que reclama en la práctica, el cumplimiento anticipado de la pena en el proceso para aquellos que no alcanzan la carta de ciudadanía y como tales, quedan al margen de lo social⁶. Desde una visión cuasi-apocalíptica, la prisión preventiva representa el fracaso del derecho penal como herramienta para la paz social, en tanto transparenta la intención de neutralizar socialmente a ciertos individuos catalogados como indeseables o peligrosos, excluyéndolos del contrato social.

⁵La misma ley moderna que pretende acabar con los resabios inquisitivos es la que establece una legalidad subalterna. Como nos dice Zygmunt Bauman (*Vidas Desperdiciadas: la Modernidad y sus Parias*; Ed. Paidós, Buenos Aires, 2006), la ley jamás alcanzaría la universalidad sin su derecho de trazar el límite de su aplicación, creando del mismo modo una categoría universal de lo exento/excluido, así como el derecho de delimitar una zona prohibida, proporcionando así el vertedero para los excluidos, reciclados como residuos humanos. La exención es el acto de auto-suspensión; significa que la ley confina su preocupación por los exentos/excluidos al mantenimiento de éstos fuera del dominio reglamentado que ha circunscrito. De modo semejante lo caracteriza Giorgio Agamben (*El poder soberano y la nuda vida: Homo Sacer*, Editorial Pre-textos, Valencia, 1998): el modelo ideotípico de ser excluido lo ofrece un *Homo Sacer* una categoría del antiguo derecho romano "situada fuera de la jurisdicción humana, sin verse incorporada al dominio de la ley divina". La vida de un *Homo Sacer* está desprovista de valor, constituye una categoría de residuo humano dispuesta en el curso de la producción moderna. A lo largo de la era moderna, el Estado-nación ha reivindicado el derecho de *diseñar* la distinción entre orden y caos, ley y anarquía, ciudadano y *homo sacer*, pertenencia y exclusión, producto útil (legítimo) y residuo. Las declaraciones de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) como así luego los Pactos Internacionales de Derechos Humanos no han hecho más que postular la ciudadanía formal de todos los hombres, siendo que sus diseñadores, responsables en cada uno de los países firmantes de establecer estos derechos por convención (en base a un consenso que en la práctica se manifiesta inestable y frágil) son conscientes que el ejercicio de los derechos que tales convenciones reconocen no es posible ni deseable para los que son titulares de derechos en sentido fuerte (Martini, *Florencia Norma jurídica colonial como constructo de una legalidad subalterna*, II Encuentro Internacional de Teoría y práctica política en América Latina. Nuevas derechas e Izquierdas en el escenario regional, Facultad de Sociología, Universidad de Mar del Plata, 3 al 5 de marzo de 2010; ISBN: 978-987-1314-96-6, 2010).

⁶La prisión preventiva perpetúa la política criminal de defensa social.

Ya el 7/9/04, el presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez, en el caso Tibi vs. Ecuador, consideraba que: “el proceso y las prisiones han sido, son y tal vez serán- escenarios de las más reiteradas, graves, y notorias violaciones de los derechos humanos. Es hora que se vuelva la mirada hacia estos escenarios, constantemente denunciados e insuficientemente reformados, para modificarlos radicalmente”.

No parece que hayamos avanzado demasiado en los últimos diez años, al evaluar las normas reguladoras de un código que va a entrar en vigencia en febrero de 2014. Resulta casi un sinsentido admitir la privación cautelar de la libertad al menos para garantizar la integridad de la investigación –privar de la libertad para averiguar si se puede privar de la libertad-.

El art. 110 establece como principio general el **carácter procesal** de las medidas de coerción y sienta la regla de la necesidad y provisoriedad de aquellas: “serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar los fines del proceso y sólo durarán el tiempo imprescindible”. No obstante lo cual, no distingue entre el fin procesal de averiguación de la verdad (fin inmediato del proceso) y el fin procesal de la realización del juicio con la consecuente aplicación de la ley penal (fin mediato del proceso), garantizando la aplicación de la pena para el caso que fuese destruida la presunción de inocencia del acusado (mediante la sentencia de condena).

Alberto Binder (1993) afirmaba que el único peligro procesal que justificaba la prisión preventiva era el de fuga y de ningún modo el “entorpecimiento de la investigación”, en tanto el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado.

El art. 112 autoriza al fiscal a ordenar la detención del imputado, quebrantando el principio de jurisdiccionalidad que reclamaba Ferrajoli (1995) en *Derecho y Razón*. Aún si se legitimara esta facultad en la brevedad temporal de la medida de coerción (24 horas), no se encuentra suficientemente limitada en tanto no establece con precisión los extremos que debe acreditar para fundar tal orden. La norma reza: “El fiscal podrá ordenar la detención del imputado cuando

existan suficientes indicios para sostener fundadamente, que es autor o partícipe de un delito y exista riesgo de que no se someterá al proceso u obstaculizará la investigación”.

En ésta y en las demás normas que regulan las medidas de coerción se advierte esta laxitud, en lo que respecta a los límites estrictos que deben constreñir medidas que tienen la virtualidad de trastocar la naturaleza formal del proceso transformándolo en realización de la pena sin juicio. No se determina el **grado de convicción probado**⁷ que debe recaudar el fiscal para tener por autor o partícipe de un delito al imputado, ni se fijan criterios objetivos para tener por acreditada la existencia del riesgo procesal⁸.

Ni siquiera se restringe la facultad de detención del fiscal conforme a las pautas de improcedencia de la prisión preventiva establecidas por el art. 115⁹.

El art. 114 establece el principio de subsidiariedad de la prisión preventiva (*procederá cuando las demás medidas de coerción fueren insuficientes para asegurar los fines del procedimiento*) y establece los recaudos que deben acreditar el fiscal o el querellante para que la misma proceda. Al igual que el art. 112, se omite definir el grado de convicción para sostener que el delito se cometió, para considerar que el imputado es autor o partícipe y que la medida resulta procesalmente indispensable.

El inc. 3º (art. 114) comete el desacierto de referir a una **presunción de riesgo**, en lugar de **existencia de riesgo** y omite exigir la **ponderación de los elementos del caso concreto** (fundado en circunstancias objetivas verificadas y no tan sólo presuntas). Por idénticas razones el control de legalidad y

⁷Hace tiempo que la doctrina reclama el grado de probabilidad (superior incluso del requerido para procesar al imputado) a fin de fundar la verosimilitud del derecho del Estado a privar cautelarmente la libertad de un presunto inocente.

⁸Un Estado de Derecho no admite una presunción (ni aún *iuris tantum*) de peligro procesal en tanto la presunción de inocencia invierte no sólo la carga de la prueba del hecho y la autoría, sino también de los riesgos que implican para el proceso la libertad del imputado, así como porqué son insuficientes otras medidas de coerción no privativas de la libertad (prueba de la necesidad, idoneidad y proporcionalidad procesal de la cautela).

⁹Delitos de acción privada o reprimidos con pena no privativa de libertad (1); posibilidad de una eventual condena condicional (2) y personas mayores de setenta, embarazadas que requieran atención especial, primer año de lactancia de las madres o enfermedad grave y riesgosa (3).

razonabilidad del requerimiento realizado por el juez de garantías aparece discrecional.

El art. 119 establece como **causa de cesación de la prisión preventiva** el plazo de un año (o de dieciocho meses en asuntos complejos, art. 224, inc. 1º) pero no fija los casos de cesación de la prisión preventiva vinculados con los plazos fatales en sus distintas etapas, como correctamente lo previó el proyecto de Código Procesal Penal de la Nación (2004)¹⁰. Tampoco determina las consecuencias del cumplimiento del plazo fijado por el juez para la medida de coerción y la investigación conforme lo regula el art. 116, aunque operado el plazo máximo de duración de la investigación preparatoria (fijado en cuatro meses por el art. 158) sin acusación fiscal, la coerción cesa como consecuencia de la extinción de la acción penal y el sobreseimiento del imputado.

El mismo artículo establece la cesación por cumplimiento del plazo y **requisitos de la libertad condicional o asistida de los condenados**, norma que implica un retroceso en el respeto de los derechos del imputado, a tenor de la unánime interpretación doctrinaria sobre la improcedencia de exigir los demás recaudos (no temporales) de institutos de egreso anticipado de los condenados que responden a la progresividad del régimen de ejecución de la pena tendiente a la resocialización del condenado, circunstancia absolutamente ajena al procesado. Máxime cuando ya el sistema interamericano ha fijado un estándar temporal para el encarcelamiento preventivo, como criterio rector del plazo razonable, en dos tercios del mínimo de la pena que corresponde al delito imputado¹¹.

Finalmente omite establecer la **revisión judicial periódica** que, junto con el principio de provisionalidad, proporcionalidad autónoma¹² e instrumentalidad

¹⁰Superado el plazo de duración de la investigación preparatoria sin que se formulase acusación; si no se hubiese abierto la audiencia de juicio dentro de los seis meses de concluida la audiencia de control de la acusación; si no se hubiere resuelto el recurso de casación en contra de la sentencia condenatoria dentro de los seis meses (art. 153).

¹¹Plazo fijado por la Comisión Interamericana en el considerando 136 del informe 35/07, que debe prevalecer sobre el plazo establecido en la ley 24390 en virtud del principio pro homine.

¹²Inequivalencia con la pena.

fueron fijados en el informe N° 35/07 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Los estándares establecidos en el informe deben ser aplicados por los operadores jurídicos en el ámbito interno ya que, en caso contrario, sus decisiones pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado.

En síntesis, las buenas intenciones de un sistema acusatorio¹³ quedan en el camino si, más allá del *nomen iuris* asignado, se sigue perpetuando la tradicional cultura del encierro heredada de la inquisición, sobre el mismo sector de la población seleccionado por el modelo de instrucción de tipo inquisitivo del sistema mixto que pretendemos superar.

Referencias bibliográficas

Binder, Alberto. (1993). *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, p.199.

Ferrajoli, Luigi. (1995). *Derecho y Razón*. Madrid: Editorial Trotta, p.555.

¹³El carácter y la desembocadura de los actos procesales y del proceso en su conjunto son muy diferentes cuando se trata al enjuiciado como si fuera culpable que, es un rasgo del sistema inquisitivo, y cuando se le trata como si fuera inocente que lo es del sistema acusatorio. A fin de cuentas lo que pretende la presunción o el principio de inocencia es excluir el prejuicio –juicio anticipado, general y condenatorio, que se dirige en contra del inculpado, sin miramiento sobre la prueba de los hechos y de la responsabilidad – y ahuyentar la sanción adelantada que se funda en vagas apariencias (Sergio García Ramírez, Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, voto en *Tibi vs. Ecuador* -7/9/2004).

Código y reforma procesal penal. El final del comienzo

Marcelo G. Medrano

Abogado. Integrante de Convocatoria Neuquina por la Justicia y la Libertad

No hubo mejor robo que aquél camión repartidor de lácteos...con el camión la villa se llenó de lácteos, de yogur, de leche cultivada, de cosas que nunca se habían podido tener.

Cristian Alarcón, "Cuando me muera quiero que me toquen cumbia".

El intento de fundar una "teoría pura del derecho" no es sino la ultra-consecuencia límite del esfuerzo de todo el conjunto de juristas por construir un cuerpo de doctrinas y reglas totalmente independientes de las imposiciones y presiones sociales, que encuentre en sí mismo su propio fundamento.

Pierre Bourdieu, "La fuerza del derecho".

Inicio

Un código se demora trece años; un proyecto, dos proyectos; sin jurados, con jurados; fiscales destituidos, fiscales impunes; muchos fiscales pocos defensores o viceversa; imputados con muchas garantías, presos o no durante el proceso; voces de víctimas; jueces parciales, jueces imparciales. Justicia de clase, justicia y democracia. No hay delitos de corrupción en la provincia. Que se investiga, que no. Muchas causas en un estante. Que casos se mueren.

La reforma es cultural. ¿Qué es cultura?, ¿Qué cultura?

¿Cómo se eligen cada uno y todos los que dirán el derecho? Como jamás se elegirán. Ámbitos de discusión y capacitación. Ámbitos de no discusión.

Que leemos y escuchamos sobre la violencia; como nos informan; quién nos informa.

Qué y cuanto sabemos de conflictos. ¿Se vincula la violencia con la forma de incidir y resolver?, ¿Cuánta responsabilidad tenemos?

Matan un pibe en el oeste, matan dos, matan tres...; violan una nena; violencia intrafamiliar; bandas de delincuentes; siempre en el oeste. En el este están los bancos y los cines, los edificios están en el este. De este lado es más tranquilo. De un lado los denunciantes, del otro los usuarios.

¿A quién le importa?

Podemos seguir con frases, preguntas y temas las cinco hojas que pactamos escribir.

Saber todas las respuestas es imposible. Me parece esencial preguntarse. Pensar y relacionar.

De esto trata este pequeño disparador de ideas, posiblemente imprecisas, pero desde la más pura convicción, que referirán según mi criterio temas subyacentes a la reforma procesal penal, que probablemente la contengan y seguramente la excedan.

De hecho comienzo por decir, que todo lo que expreso al inicio está directa o tangencialmente vinculado al proceso penal.

La política; la cultura; la reforma como espejo, puente y medio a otros campos; algunas cuestiones prácticas o sugerencias concretas.

Definición. La política.

Reforma de aquí en adelante refiere al proceso, el código acusatorio sancionado y su ejercicio palmario de aplicación. Voy a referirme al proceso penal como el conjunto de normativa (código, leyes), operadores (fiscales, jueces, defensores, abogados, víctimas, policía), sus implicancias sobre toda la sociedad, y al universo de prácticas que vinculan lo normativo con los sujetos y los sujetos entre ellos.

La primera tarea entonces, es asumir que el proceso de reforma y los instrumentos procesales penales en general, no son un espacio de

transformación social profunda; esto implica no exigir al proceso penal soluciones que deben hallarse en otras dimensiones de la gestión de la conflictividad o incluso en otras políticas públicas. Colmar de amplias expectativas o de trascendencia suma a un proceso que trata ni más ni menos que de administrar violencia, puede constituir una forma de ocultar, velar o bien invisibilizar mecanismos no violentos de solución de disputas.

Esto ya constituye una definición política. La reforma procesal penal y el código que forma parte de ella pertenecen a una de las políticas públicas: la de gestión de la conflictividad, cuyo último nivel de intervención es la violencia¹. Esto significa, como ya dijéramos en otro trabajo; que nos movemos en el último nivel de intervención deseable, por cuanto el Estado constitucional y democrático de derecho se funda en parámetros de vinculación entre hombres y de estos con el Estado, **no violentos**.

Ello, que para algunos puede significar quitarle trascendencia a la reforma procesal penal, no lo es en realidad, sino simple y primeramente ubicarla en su justo lugar.

El término político, sea que lo vinculemos con la organización social, con relaciones de fuerza, con construcciones colectivas, con dirigir las acciones, con los asuntos públicos, con estructuras verticales u horizontales, con el clásico arte de lo posible, o con el poder; no puede separarse de la esencia y estructura de la violencia. Y en un análisis que no pretende ser filosófico pero que debo mencionar, lógico parece que cuando se decide o se escoge no decidir, se provocan efectos “políticos”. En definitiva, seguir cargando a un ámbito de aplicación de poder penal como un ente neutral o aséptico y calificar tal neutralidad como un bien o valor, constituye una ilusión que no puede

¹Un estado se expresa capitalmente a través de cinco grandes políticas: económica, educativa, salud y medio ambiente, exterior y de gestión de la conflictividad. Es en esta última donde el Estado interviene según distintas modalidades y niveles. Un primer nivel de coordinación (inclusión y coordinación con la sociedad). Un segundo nivel relacionado a modelos de referencia (regulaciones legales, normativas y culturales en sentido amplio de convivencia). Un tercer nivel conciliatorio (ámbitos de conciliación). Un cuarto nivel de justicia (todas las áreas a excepción de la penal). Y un quinto y último nivel de intervención que es la intervención violenta (ámbito propio de la justicia penal).

sostenerse. Y evita además, asumir un carácter esencial para avanzar en la discusión y la acción.

En definitiva, la reforma procesal penal existe por y para un espacio de gestión de la conflictividad; en su último escalón –violencia–. Y todas sus intervenciones son en marcos más o menos deliberados de acciones y efectos políticos. La reforma procesal penal, es un fenómeno político de alta intensidad, y es bueno verlo como un campo de disputa y debate permanente. No puede ser un espacio vacío de discusión, ni muchos menos, apto para ingenuos o neutrales.

Asumir esta realidad nos permite avanzar. La violencia y el derecho como hechos sociales. Realismo social y jurídico.

La cultura

Cada vez que nos referimos a las reformas procesales; y específicamente a la procesal penal, repetimos que el código va inescindiblemente enlazado al cambio cultural.

En este contexto: ¿Qué significa cultural? y ¿Cómo se cambia una cultura en su caso?

Podemos intentar una aproximación a lo cultural, cultura es un concepto sumamente dificultoso de precisar desde su concepción hasta sus implicancias. En una definición clásica decimos que “la cultura está constituida por todos los objetos materiales y elementos no materiales creados por el hombre en tanto sujeto histórico (lenguaje, creencias, usos, costumbres, conocimientos, normas, valores, símbolos)”. En este caso se habla de cultura objetiva, mientras que cultura subjetiva implica la interiorización llevada a cabo por el sujeto de todos los factores objetivos mencionados precedentemente. Definición extraída del Diccionario de Sociología de Acebo Ibañez y Brie. Pero acerca otra noción que me parece mucho más sencilla y rica en contenido. Jack Lang, ex ministro de cultura y educación de Francia y estudioso del tema, dice que: *“por sobre todo la cultura es el estado mental de una sociedad, es su imaginario, sus*

representaciones colectivas”. **Estado mental de una sociedad.** Este párrafo central a mi criterio, persigue una doble finalidad. Por un lado acercar algunas nociones de cultura por cuanto si cada vez que hablamos de reforma referimos el cambio cultural me parece esencial saber de qué hablamos cuando hablamos precisamente de cultura; pero además por cuanto cambiar una cultura puede significar cambiar –progresivamente claro– el estado mental de quienes vivimos en esta sociedad. Y cambiar puede que sea pensar, definir y establecer nuevos o diversos paradigmas de relación con la violencia.

Desde este prisma podemos válidamente preguntarnos: ¿Por qué el código por sí solo cambiará la cultura si las prácticas serán las mismas que con viejo código?

Y es en este punto donde el arduo trabajo que nos espera cobra sentido tal vez. La reforma procesal penal debe servir para situar la violencia en un marco institucional de referencia. O en otras palabras, que tareas harán jueces, fiscales, defensores, víctimas, organizaciones, policías, abogados, comunicadores, legisladores, gobernador, ministros, con la violencia. Cómo y qué grado de participación tendrá la sociedad en estas discusiones y que grados de acuerdo pueden alcanzarse en términos de gestión de conflictos en nuestra provincia.

En este sentido, las definiciones a las que vayamos arribando deben servir necesariamente para discutir toda la política de gestión de la conflictividad – como política pública esencial de un pueblo– y establecer que grados de violencia estamos dispuestos a tolerar.

No puedo dejar de decir en este punto, que parte de la voluntad transformadora es asumir como son las cosas, hoy y aquí. Y la realidad nos indica que los principales actores de la concreción de reformas y sus prácticas consecuentes son abogados. No es del caso y llevaría otro trabajo, reflexionar acerca de la representación que ejercen los abogados en relación a la sociedad, esto propio más bien de las teorías políticas democráticas debe ser objeto de otra matriz de análisis, fundamental por cierto. Pero lo cierto es que los principales

operadores de las reformas son los abogados, y por su filtro y mediación pasan casi todas las decisiones. Magistrados y funcionarios del Poder Judicial, de hecho, son abogados por exigencia constitucional.

Y en este punto, sólo voy a decir que si las universidades formadoras de abogados, y las alternativas laborales o de producción integrales que luego del título habilitante se abren; con la interrelación de ideología, campo y práctica que la universidad, el Estado, el Poder Judicial y el colegio representativo ejerce, mantiene habitualmente idénticas prácticas de reproducción de conocimiento y acción; por qué debiera pensarse que existirán posibilidades transformadoras. Abordar esta cuestión demandaría de igual modo otra arista de análisis. Lo que pretendo es solo plantear el tema. Ahora bien, si la reforma exige cambio cultural, y la cultura de los abogados se replica siempre en el mismo sentido, un posible buen comienzo será también asumir que nuestra escuela de formación debe ser claramente transformada. Solo como idea, revisar los planes de estudio y contextualizar el estudio del derecho en marcos políticos, sociales y culturales actuales y políticos es perfectamente posible. El pensamiento jurídico en general se debe esta discusión para luego modificar las prácticas habituales.

La reforma como espejo, puente o medio

Como dijéramos en otro trabajo, la reforma como caja de herramientas.

Varias de las posibilidades que la reforma procesal penal, por ser la primera reforma con sanción legislativa, por su duración, por su quizás equivocada preeminencia y por la sumatoria de cuestiones imbricadas y reflexionadas debe servir para reflexionar otros campos y servir como matriz de otros tantos. Por ello lo de caja de herramientas.

Parte quizás de la endogamia, discursiva y activa, sea el hecho de pensar que los conocimientos de procesal penal son sólo de quienes abordan estos temas, mientras las grandes decisiones en términos de conflictividad social y referencia se hacen en otro lado; por ejemplo en el campo civil y sus proyectos propios de reforma.

Establecimos ideas al respecto en el artículo *“Reforma procesal penal. Algunos aportes para la reflexión”*, Leticia Lorenzo y Marcelo Medrano publicado en este mismo sitio.

La reforma procesal penal, siempre en el marco que vengo desarrollando, debe servir para constituir un lugar de trabajo acotado –las repercusiones violentas deben serlo– pero consustanciada con trabajos de gestión de conflictividad, persecución penal comunitaria y estratégica; fenómenos criminales; ampliación y defensa de derechos; posiciones claras sobre víctimas; participaciones ciudadanas; relaciones y vínculos con la policía; entre tantas otras. Sin perder de vista que lo que hoy es campo estanco –el poder penal– sirve y debe servir para involucrarse en espacios mayores como el perfil y selección de quienes dirán el derecho y sus relaciones con la comunidad; las visiones acerca de los conflictos y la violencia y otros espacios de interacción y preeminencia (como el campo civil); los modelos de organización; la rendición de cuentas; la eficacia, la eficiencia y su contribución a reducir violencia y generar espacios de modelos de referencia sociales diversos, democráticos, menos violentos.

Finalmente. Tres acciones concretas

En definitiva propongo asumir el espacio y efecto del proceso penal. En su marco. Con sus campos indispensables de relación. En términos claros y políticos. Necesariamente conectados con la práctica cultural. Y que este camino, pueda conducir a prácticas transformadoras.

Consciente que las acciones concretas que pueden sugerirse son variadas, no quiero finalizar estas líneas sin al menos algunas propuestas; la propuesta va atada a mi voluntad y disposición a trabajar en tal sentido, es en lo que creo, y soy consciente además que las que aquí arrojé a la consideración general se irán nutriendo de otras tantas ideas y acciones. En concreto y como propuesta final propongo al análisis, la discusión y futuras acciones lo siguiente.

Situar la reforma procesal penal en su sector de violencia, utilizando los avances de su campo conceptual y de prácticas para **generar un colectivo de discusión y acción amplio, plural y político** (claro está) e ir logrando

acuerdos mínimos de prácticas transformadoras en relación a la gestión de conflictividad.

Trabajar en etapas con las universidades zonales que expiden títulos de abogado. Esta tarea puede iniciarse con un trabajo de campo acerca de materias, contenidos y cuerpos docentes con el fin ulterior de modificar estructuras de conocimiento y vinculación con otros actores.

No descuidar la reforma procesal civil y trabajar las propuestas anteriores en relación a esta parte del mundo social, en tanto es esencial y fundacional con respecto a los conflictos.

Para terminar y como despedida de inicio. Discusión, debate profundo, democrático, plural, relación con otros campos y saberes, atentos siempre a la realidad; probablemente sean las claves para ir siempre por algo mejor y más justo, al menos para los que pensamos, que en última instancia de eso se trata. Celebremos el Código Procesal Penal y luchemos por llenarlo de contenido real. Los conflictos nunca terminan, se transforman, cobran diversas dinámicas; por eso el trabajo con ellos y con la violencia también será siempre inacabado. Pero en esta tarea sí podemos ir construyendo sistemas más racionales, transparentes y justos.

Los aspectos más relevantes del nuevo Código Procesal Penal de la provincia del Neuquén

Andrés Repetto

Juez de la Cámara Criminal Primera de Neuquén

Introducción

A mediados de enero de 2014 comenzará a regir en la provincia del Neuquén el más moderno Código Procesal Penal sancionado en la República Argentina. La importancia histórica que tiene su sanción se sustenta en que es el primer código procesal que se adecua a los estándares constitucionales que fueron diseñados por los convencionales constituyentes en 1853/1860, estableciendo un sistema procesal acusatorio, y reglamentando además por primera vez en 160 años de vigencia de la constitución nacional el juicio por jurados populares bajo el sistema anglosajón, reservado para el juzgamiento de delitos graves. Se cumple así finalmente con las expresas disposiciones de los artículos 24 y 118 de la carta magna.

Un poco de historia

El Código Procesal Penal actualmente vigente en la provincia del Neuquén fue sancionado el 30 de diciembre de 1986 mediante ley provincial 1677, comenzado a regir a partir del 27 de abril de 1987.

Este código adoptó el sistema de enjuiciamiento mixto (o inquisitivo atenuado), siguiendo los lineamientos del código procesal de Córdoba de 1939, aún cuando en su artículo 1 dispone: “sanciónese como Código de Procedimientos Penal y Correccional para la Provincia del Neuquén, el proyecto elaborado por el Dr. Ricardo Levene (h), cuyo texto contenido en el anexo I pasa a formar parte de la presente Ley, con las modificaciones introducidas en el mismo”. Este código fue luego adoptado en 1992 para la justicia federal y juzgados nacionales por ley nacional 23984.

El 24 de noviembre de 2011 la Legislatura provincial sancionó la ley 2784 que adopta el nuevo Código Procesal Penal, el que responde al sistema acusatorio puro, con juicio por jurados, debiendo entrar en vigencia a los dos años de su publicación, en enero de 2014.

Luego de sancionada la constitución nacional en 1853 siguió rigiendo en todo el territorio nacional la legislación colonial española de carácter inquisitivo. De allí que resultaba imperativo adecuar la legislación a los nuevos estándares constitucionales, propios de un sistema republicano de gobierno, con división de poderes y respetuoso del régimen de garantías constitucionales establecido. En él debía, además, incluirse el juzgamiento por jurados conforme el mandato constitucional impuesto.

El modelo diseñado por la constitución requería (y así continúa siendo) un sistema acusatorio, en el que las funciones de acusar y juzgar se encuentren clara y radicalmente separadas entre sí, y en el que las partes (fiscal y/o querellante e imputado y su defensor) se encuentren enfrentadas en condiciones de igualdad (igualados por la ley), enfrentados en un combate dialéctico frente a un tercero (el juez) quien debe ser imparcial (que no es parte), imparcial (que no tiene un interés propio en el pleito) e independiente (que no tiene dependencia jerárquica o de poder respecto de otro que condiciones su fallo), y que se encuentra por encima de las partes con la tarea de dirigir la contienda legal, siéndole reservada a éste la función esencial de sentenciar al final de la serie procedimental, teniendo expresamente prohibida toda posibilidad de producir prueba de manera oficiosa.

En cumplimiento del mandato de los constituyentes de 1853/1860 el Congreso Nacional encomendó por ley (sancionada el 30/9/1871 y promulgada el 6/10/1871) al Poder Ejecutivo designar una comisión con la finalidad de elaborar sendos proyectos de juicio por jurados y de legislación procesal.

El Poder Ejecutivo encargó dicha tarea a Florentino González y a Victorino de la Plaza el 16 de noviembre de 1871. Dichos proyectos fueron presentados el 23 de abril de 1873, y respondían al esquema del sistema de enjuiciamiento

anglosajón, citándose como fuentes de dicho trabajo al Código de Procedimientos Penal del Estado de Luisiana y el del Estado de Nueva York. El proyecto de juicio por jurado establecía sobre quiénes recaía el deber de ser jurados y la forma de designación y convocatoria. El proyecto de código de procedimiento penal respondía al sistema acusatorio impuesto por la constitución nacional. En palabra de Julio Maier, este fue el único intento del Congreso de la Nación por aproximarse al sistema de enjuiciamiento penal que indica la carta magna hasta la fecha.

El proyecto de código preveía una primera etapa de información preparatoria a cargo de un juez profesional, de la que en caso de resultar una acusación era sometida a un jurado de acusación, equivalente al Gran Jurado previsto en la legislación de Estados Unidos. Admitida ésta el caso era sometido a un juicio público ante un jurado compuesto por ocho personas con la dirección de un juez profesional. Los casos de menor gravedad, o en los que el reo confesaba plenamente su culpabilidad eran resueltos directamente por un juez profesional. El veredicto del jurado debía ser por unanimidad, aunque el juez tenía la atribución de aconsejar la absolución cuando consideraba insuficiente la prueba de cargo, y de solicitar reconsiderar el veredicto cuando éste era condenatorio y el juez consideraba que el jurado había confundido la significación jurídica de los hechos.

Se le reconocía al imputado el derecho de defensa en juicio desde el inicio de la persecución penal y el juicio se sustanciaba en forma oral y pública. La persecución penal era pública, aunque se reconocía la posibilidad de persecución privada.

El Congreso Nacional no trató los proyectos que él mismo había encomendado realizar al Poder Ejecutivo, sin que a la fecha se conozcan las razones políticas de ello. Quizá convenga recordar que en aquel entonces existía una democracia política oligárquica, siendo el país gobernado por las elites sociales de la época. Recordemos también que no había sido sancionada aún la ley del voto obligatorio, universal y secreto (ley Sáenz Peña), lo que me permite sostener, a modo de hipótesis, que esas elites gobernantes probablemente no

estuvieran dispuestas a permitir que ciudadanos comunes pudieran determinar la culpabilidad o inocencia en los procesos penales.

Ante el fracaso legislativo en el tratamiento del proyecto de Código Procesal Penal y ley de juicio por jurados elaborado por Florentino González y Victorino de la Plaza, el Poder Ejecutivo designó el 6 de marzo de 1882 una nueva comisión integrada ahora por Manuel Obarrio y Emilio Coni, con el fin de que realizaran un nuevo proyecto de código procesal. El proyecto fue redactado finalmente por Obarrio tras la renuncia de Coni.

Este proyecto era la antítesis jurídica del anterior, consagrando un proceso penal inquisitivo, regido por la escrituralidad, el secreto, y una concepción del imputado como objeto del proceso y no como un sujeto de derecho. Ese mismo año el autor elevó el proyecto encomendado, siendo parcialmente modificado por una comisión revisora a cargo de Filemón Posse, Juan E. Barra y Onésimo Leguizamón, y elevado por el Poder Ejecutivo al Congreso Nacional el 20 de abril de 1884.

El proyecto fue sancionado el 4 de octubre de 1888 por ley nacional 2372 con el nombre de *Código de Procedimientos en Materia Penal*, siendo luego denominado erróneamente como *Código de procedimiento en materia criminal*. Rigió desde el 1 de enero de 1889 hasta el 4 de septiembre de 1992, al ser derogado por la ley 23894 que estableció el sistema procesal mixto (conocido como proyecto Levene), enterrando durante su vigencia el modelo procesal diseñado en la constitución nacional en 1853.

En la exposición de motivos del Código Procesal Penal, Manuel Obarrio expresó que resultaba “indudable” que al no tratar el Congreso el proyecto de 1873, se le había señalado “implícitamente” “la base del enjuiciamiento por tribunales de derecho”, desestimando así el mandato constitucional de reglamentar el juicio por jurados.

Luego de 160 años de haber sido dictada la Carta Magna aún hoy no ha sido sancionado por el Congreso Nacional un Código Procesal Penal que responda

al sistema acusatorio constitucionalmente previsto, y que establezca el juicio por jurado.

El cambio más significativo en la legislación procesal penal desde la sanción del código inquisitivo de Obarrio se produjo en la provincia de Córdoba en febrero de 1940, cuando se sanciona un proyecto elaborado por Sebastián Soler y Alfredo Vélez Mariconde, en el que se adopta el sistema denominado mixto, el que toma como modelo el Código Procesal Penal italiano de 1913, y su reforma de 1930.

Este sistema prevé una instrucción jurisdiccional esencialmente inquisitiva, otorgando al juez la función de investigación de los delitos, con la presencia de un fiscal desdibujado en sus funciones naturales, y una segunda etapa plenaria oral y de instancia única, esencialmente contradictoria. Si bien este sistema otorgaba más racionalidad al proceso penal, de ninguna manera satisfacía los estándares exigidos por la constitución nacional. De cualquier manera fue adoptado por muchas provincias (Santiago del Estero 1941, La Rioja, Mendoza y Jujuy 1950, Catamarca 1959, San Juan 1961, La Pampa 1964, Neuquén 1986, entre otras).

A partir de la década de los años noventa comenzó a germinar en todas las provincias argentinas la idea de ajustar las leyes procesales penales al sistema previsto por los constituyentes al momento de sancionar la Constitución.

La provincia del Neuquén no estuvo exenta de esa ola reformista. Fue en función de ello que el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de aquel entonces dispuso alrededor del año 2000, la conformación de una comisión encargada de redactar un proyecto de código procesal que se adecue plenamente al sistema acusatorio. Esa comisión elaboró un proyecto que fue aprobado por el TSJ y elevado a la legislatura provincial para su estudio y sanción. Sin embargo coyunturas político-jurídicas de la época llevaron a que la Legislatura no tratara el proyecto. Poco tiempo después, y luego de que se renovara la totalidad de los miembros del TSJ, sus nuevos integrantes solicitaron –equivocadamente- a la legislatura el retiro de aquel proyecto, presentando uno nuevo en su

reemplazo, el que si bien respondía a criterios acusatorios, no lo era en términos puros, proyecto que tampoco fue tratado por la Legislatura.

Una nueva coyuntura político-jurídica llevó a que diez años después, y luego de otra renovación casi total del TSJ (cambiaron cuatro de los cinco miembros del Tribunal), se conformara una comisión para la elaboración de un proyecto de código acusatorio, con la diferencia de que ésta estaba integrada por miembros de los tres poderes del Estado. En el proyecto debía incluirse además el juicio por jurados.

Esa comisión terminó de elaborar el proyecto a finales del año 2010, siendo luego tratado y aprobado por la Legislatura provincial el 24 de noviembre de 2011 como ley provincial 2784, código que entrará en vigencia a los dos años de su publicación, en enero de 2014.

Los aspectos más relevantes del sistema acusatorio sancionado

Como lineamientos generales de este código podemos mencionar que responde a una filosofía constitucional de tipo liberal, en el que se reconoce la autonomía de las partes, atribuyéndole al juez la función de resolver las controversias legales que éstas le presenten, sin posibilidad alguna de intervenir en el desarrollo de la investigación o en la producción de pruebas de oficio. Dispone que en el proceso se observaran los principios de oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplificación y celeridad (art. 7), y que los jueces y los fiscales procuraran la solución del conflicto primario surgido a consecuencia del hecho, a fin de contribuir a restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social. La imposición de la pena es el último recurso (art. 17). Queda así en claro que se optó por la adopción de un sistema acusatorio y por el reconocimiento expreso del mantenimiento de la paz social como fin del proceso, desterrando de una vez por todas las tradicionales invocaciones al **descubrimiento de la verdad real** o a la **realización de la justicia** como fin último del proceso.

Como puntos a resaltar mencionaré la prohibición de incomunicación del imputado y el secreto de las actuaciones. Únicamente se admite la reserva de

alguna actuación particular a pedido del fiscal, por tiempo limitado y con autorización de un juez (art. 12).

Por primera vez en la República Argentina desde la sanción de la Constitución se incorporó el sistema de enjuiciamiento por jurados populares. A diferencia del que rige en la provincia de Córdoba (escabinos) éste responde al modelo anglosajón constituido por doce ciudadanos, previendo su actuación únicamente para el juzgamiento de delitos graves, cuando el fiscal requiera la imposición de una pena mayor a 15 años de prisión (art. 35).

Un cambio rotundo en la integración de los tribunales lo constituye la creación del Colegio de Jueces. Todos los jueces, a excepción de los que integran el TSJ, el Tribunal de Impugnación y los jueces de ejecución, se organizarán en Colegio de Jueces. Sin embargo, el diseño específico de éste fue reservado para el momento en que se sancione la ley orgánica del Poder Judicial (art. 38). Se crea además la Oficina Judicial, cuya función es la de asistir a los miembros del Colegio de Jueces, organizar las audiencias, dictar las resoluciones de mero trámite, ordenar las comunicaciones y emplazamientos, disponer la custodia de los objetos secuestrados, llevar los registros y estadísticas, dirigir al personal auxiliar, informar a las partes y colaborar en todos los trabajos materiales que el juez o el tribunal le indique. Expresamente prohíbe a los jueces la delegación de tareas jurisdiccionales en los integrantes de la Oficina Judicial (art. 39). De esta manera se le quita al juez la responsabilidad de desarrollar cualquier tipo de tarea que no esté relacionada con la dirección de las audiencias o el dictado de sentencias y resoluciones judiciales propiamente dichas.

Erradica la tradicional declaración indagatoria, reconociendo el derecho del imputado de declarar si así lo desea, y cuantas veces lo considere necesario, no pudiendo ser citado para ello por requerimiento de las partes acusadoras en ningún caso (art. 53).

También se le reconoce a la víctima el derecho de participar en el proceso, de obtener una solución del conflicto y de ser escuchada antes de cada decisión

que implique la extinción o suspensión de la acción penal, pudiendo requerirle al Estado que le procure asistencia letrada en caso de que opte por constituirse en querellante y no pueda pagar un abogado (art. 61).

En el supuesto de que intervengan acusadores públicos y privados simultáneamente deberán unificar la acusación que contra el imputado pretendan, reconociendo al reo el derecho a que se le enrostre una única acusación, respetuosa del principio de congruencia procesal, tanto en los aspectos fácticos como normativos (art. 66), evitándose así la absurda situación que implica la existencia de acusaciones múltiples y disímiles.

El fiscal ejercerá la acción penal pública y dirigirá la investigación, no pudiendo ocultar a las partes información o evidencias que puedan favorecer la situación del imputado (art. 69), sin perjuicio de reconocer al fiscal, al querellante y a la defensa por igual, la posibilidad de practicar las diligencias y actuaciones de la investigación que no tengan contenido jurisdiccional. Para garantizar esta igualdad el Estado creará un fondo que posibilite los trabajos de investigación a la defensa pública (art. 135).

Impone la oralidad en todas las etapas del proceso, estableciendo que todas las peticiones o planteos de las partes que deban ser debatidas se resolverán en audiencias orales y públicas, salvo las que sean de mero trámite, que serán resueltas por la Oficina Judicial (art. 75). A su vez todas las resoluciones del tribunal durante las audiencias se dictarán verbalmente, quedando notificados todos por su mero pronunciamiento (art. 76). En este punto es importante remarcar que desaparece el “expediente judicial” tal como es conocido hasta la fecha, quedando constancias gravadas digitalmente de todas las audiencias llevadas a cabo. Todos los actos procesales deberán ser documentados por audio y/o video, sin perjuicio de la confección de un acta en los casos de audiencias (art. 77 y 86).

Se establece un plazo máximo de duración de todo el proceso de tres años a contar desde la apertura de la investigación penal preparatoria (art. 87). Además se establece expresamente que la etapa preparatoria (en la que se

desarrolla la investigación) tendrá una duración máxima de 4 meses a contar desde la apertura de la investigación. Vencido dicho plazo se producirá la extinción de la acción penal y deberá dictarse el sobreseimiento del imputado. Se prevé que el acusador pueda solicitar una prórroga en casos excepcionales, pudiendo el juez otorgar ésta por un plazo idéntico. Si en ese plazo tampoco pudo completarse la investigación podrá el Colegio de Jueces otorgar una última prórroga por otro período de cuatro meses, siendo ésta la última posibilidad, ya que luego de ello el sobreseimiento es imperativo (art. 158).

Para asuntos complejos el código establece un procedimiento específico, previendo que la duración máxima del proceso sea de cuatro años, el plazo acordado para la investigación preparatoria sea de un año, y cada una de las prórrogas también sea de un año (art. 224).

Considero que sobre esta cuestión el Código Procesal Penal se inmiscuye en una materia legislada por el código penal, creando un sistema paralelo de extinción de la acción. Si bien alguna doctrina considera que la extinción de la acción penal es materia procesal, y por ello incluida dentro de las facultades no delegadas a la Nación, otros consideran que su regulación es propia del derecho de fondo, con lo cual se estaría legislando en materia vedada a las provincias. Este es un tema que seguramente será planteado ante los nuevos Tribunales por lo que habrá que esperar para saber cuál es la postura que finalmente se imponga jurisprudencialmente.

Una cuestión innovadora es la admisión de resoluciones fictas, cuando el Tribunal de Impugnación no resuelva un recurso en el plazo establecido en el código, luego de que se solicitara un pronto despacho. En ese supuesto si en cinco días no se dicta resolución se entenderá que se ha admitido la solución propuesta, salvo que sea desfavorable al imputado, en cuyo caso se entenderá que se rechaza el recurso. En estos casos se considerará que los jueces incurrieron en responsabilidad por mal desempeño (art. 89), lo que habilitará el inicio del proceso de jurado de enjuiciamiento.

El nuevo sistema procesal admite expresamente **criterios de oportunidad**, conforme los cuales el fiscal podrá prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal, o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho. Podrá recurrir a ellos cuando se trate de un hecho insignificante, o un hecho que no afecte gravemente el interés público, o cuando la intervención del imputado se considere de menor relevancia, o el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que torne innecesaria o desproporcionada la aplicación de una pena (pena natural), o cuando la pena que pueda imponerse carezca de importancia en consideración a la pena ya impuesta o a la que pueda esperarse por los restantes hechos imputados, y cuando exista conciliación entre las partes, o se haya realizado una mediación penal exitosa que logre poner fin al conflicto primario, o se repare el daño causado en la medida de lo posible.

La excepción está dada por la existencia de un interés público relevante, el cual por cierto no fue definido en la ley. Tampoco regula los sistemas de conciliación o mediación, con lo cual todo acuerdo de partes habilita la aplicación de éste criterio de oportunidad, con la excepción ya señalada (art. 106).

Concluida la etapa de investigación la parte acusadora podrá requerir la apertura del juicio (art. 164), dando así inicio a la etapa intermedia. Esta petición será resuelta por un miembro del Colegio de Jueces en audiencia oral (art. 168). Admitida la acusación el juez resolverá qué tribunal es competente para realizar el juicio oral (unipersonal, colegiado -3 jueces-, o jurados populares), cuál fue la acusación admitida, cuáles fueron los hechos que se dieron por acreditados en virtud de las convenciones probatorias (las partes podrán convenir que ciertos y determinados hechos no se encuentran controvertidos, por lo que admiten de común acuerdo darlos por probados no permitiéndose durante el juicio que las mismas partes los cuestionen o pongan en duda), la mención de la prueba rechazada y los fundamentos de ello, y eventualmente le ordenará a la Oficia Judicial que fije fecha para la selección de jurados en caso de que así corresponda (art. 173).

Elevado el caso a juicio, la Oficina Judicial hará saber a las partes la integración del tribunal y fijará la fecha de juicio, que no podrá ser inferior a diez días, ni superior a dos meses (art. 174).

Se prevé expresamente la realización del juicio en dos partes: en primer término el juicio de responsabilidad y luego el juicio de cesura o imposición de pena. En el caso de que un fallo condenatorio habilite la realización del juicio de cesura, todas las partes podrán ofrecer nuevas pruebas para la fijación de la pena (art. 178).

A fin de garantizar la imparcialidad del juez se le prohíbe expresamente formular preguntas a los testigos o peritos durante el juicio (art. 184), si bien no prevé sanción alguna en caso de incumplimiento.

Al dictar sentencia no se admitirá la adhesión de un juez al voto de otro, imponiendo así la obligación de votar individualmente respecto de todas las cuestiones, apreciando las pruebas de un modo integral, según las reglas de la sana crítica. En caso de existir un voto en disidencia también deberá ser fundado (art. 193).

La sentencia sólo podrá dar por acreditados hechos o circunstancias contenidos en la acusación, no pudiendo tampoco dar al hecho una calificación jurídica distinta a la de la acusación, salvo que sea en beneficio del imputado. De esta manera se le otorga partida de defunción al principio *iura novit curia*.

Considero que en ciertos casos podrán presentarse problemas cuando los hechos y las pruebas que sustentan la acusación no se condicen, a criterio de los jueces, con la calificación jurídica elegida por el acusador, por ser menos gravosa que la que ellos entienden que corresponde aplicar al caso juzgado.

En estos casos, y ante la imposibilidad de condenar por una calificación jurídica más grave que la sostenida en la acusación, los jueces deberán optar por declarar la nulidad del alegato (por no adecuarse el hecho probado a la calificación jurídica elegida por la parte acusadora), condenar conforme el tipo

penal menos gravoso solicitado por la parte acusadora dejando a salvo el criterio del juez de que a su criterio hubiere correspondido una calificación más gravosa, o directamente absolver en razón de considerar que no se probó la comisión del ilícito menos grave sino uno más grave por el que no fue acusado (siempre, claro está, que no se trate de agravantes de un tipo penal básico que sí admite su imposición independientemente de que se haya o no probado la agravante).

También se le impide al tribunal aplicar penas más graves que las solicitadas por la parte acusadora (art. 196), norma que se adecua plenamente a un sistema acusatorio puro.

En caso de que el juicio se sustancie frente a un jurado, luego de clausurado el debate el juez ordenará que éste se retire de la sala y realizará una audiencia en la que invitará a los abogados de las partes a que presenten sus propuestas de **instrucciones al jurado**. Sin perjuicio de ello será el juez quien defina cuáles serán las instrucciones que impartirán a los jurados antes de que éstos comiencen a deliberar (art. 205). Luego de ello y con el jurado presente les indicará las reglas que rigen la deliberación, y les informará su deber de pronunciar el veredicto en sesión secreta y continua. Les explicará los puntos controvertidos del caso, las cuestiones esenciales a decidir y las disposiciones legales aplicables, expresando su significado y alcance en forma sencilla y clara. La deliberación durará como máximo dos días, pudiendo extenderse un día más en caso de enfermedad de un jurado. Vencido ese plazo el juicio deberá realizarse nuevamente. Si bien la norma no lo indica, es obvio que el juicio se repetirá con un nuevo jurado. La votación del jurado será secreta (art. 206).

El veredicto deberá versar sobre cada hecho y cada acusado, debiendo responder a las siguientes cuestiones: ¿Está probado o no el hecho en que se sustenta la acusación?, ¿Es culpable o no es culpable el acusado? El veredicto de culpabilidad requiere como mínimo ocho votos afirmativos. En caso de que el jurado no llegue a ese número el veredicto será de no culpable (art. 207).

La sentencia en los juicios por jurados deberá contener, en lugar de los fundamentos de la decisión sobre los hechos probados y la culpabilidad del imputado, la transcripción de las instrucciones dadas al jurado sobre las disposiciones aplicables al caso y el veredicto de éste (art. 211).

El código prevé normas específicas para asuntos complejos, definiendo éstos como casos en los que pudiera haber pluralidad de hechos, elevado número de imputados o víctimas, o cuando se trata de casos de delincuencia organizada. A solicitud del fiscal el juez podrá autorizar la aplicación de estas normas (art. 223). En caso de delitos complejos los plazos se extienden, pudiendo durar todo el proceso hasta cuatro años, la investigación preparatoria un año, y las prorrogas de un año más cada una. Además se duplicarán los plazos establecidos a favor de las partes para realizar alguna actuación, o cuando establezcan un determinado tiempo para que se realicen las audiencias. También se aumentan los plazos para deliberar y dictar sentencia, y se duplican los plazos de impugnación (art. 224).

En materia de apelaciones el código establece que son impugnables las sentencias definitivas, el sobreseimiento, la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba, la resolución que imponga la prisión preventiva, y todos los autos procesales importantes (art. 233), dejando abierta la interpretación del último concepto a los jueces.

En los juicios ante tribunal de jurados serán aplicables las reglas del recurso contra las sentencias previstas en el código, constituyendo motivos especiales para su interposición la inobservancia o errónea aplicación de las reglas de constitución y recusación del jurado y la capacidad de sus miembros, la arbitrariedad de la decisión que rechace medidas de prueba de modo que se hubiere cercenado el derecho de defensa en juicio o condicionado la decisión del jurado, y cuando se hubieran cuestionado las instrucciones al jurado y se entendiera que éstas pudieron condicionar su decisión. No procederá recurso alguno contra la sentencia absoluta, salvo que el acusador (no hace diferenciación alguna entre público o privado) demuestre fehacientemente que el veredicto de no culpable fue producto del soborno (art. 238).

El imputado puede impugnar la sentencia condenatoria, la revocatoria del sobreseimiento, la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba, la resolución que imponga la prisión preventiva, y las disposiciones que se adopten durante la etapa de ejecución de la pena (art. 239).

El querellante a su vez podrá impugnar el sobreseimiento, la absolución y la condena cuando la pena aplicable fuere inferior a la mitad de la pena pretendida. Este límite no rige si el imputado es funcionario público y el hecho fue cometido en ejercicio u ocasión de la función pública (art. 240).

Por último, el fiscal podrá impugnar el sobreseimiento, sólo si el delito tuviere prevista una pena superior a los seis años de privación de la libertad y la sentencia absolutoria si hubiere requerido una pena superior a los tres años de privación de libertad. En los juicios por jurados sólo podrá impugnar la sentencia absolutoria cuando demuestre fehacientemente que el veredicto del jurado fue obtenido mediante soborno. También podrá impugnar la sentencia condenatoria cuando la pena aplicable fuera inferior a la mitad de la pretendida (art. 241). Al igual que en el caso del querellante, este límite no rige si el imputado es funcionario público y el hecho fue cometido en ejercicio u ocasión de la función pública.

Como primera crítica advierto que el fiscal tiene menos posibilidades para apelar que el querellante, ya que éste último puede impugnar libremente el sobreseimiento, mientras que el fiscal sólo lo puede hacer en casos en los que el delito tenga prevista una pena máxima superior a los seis años de privación de la libertad, requisito que no le es exigido al querellante.

Igual diferencia de trato existe en el caso de sentencia condenatoria, ya que mientras al fiscal se le exige que haya solicitado por lo menos una pena superior a tres años de privación de la libertad, al querellante no se le exige ese requisito.

Esta diferencia de trato entre acusador público y privado no encuentra justificación alguna, circunstancia que a mi modo de ver violenta el principio de

igualdad de trato de las partes en el proceso. Esta igualdad debe existir no sólo entre acusador (sea fiscal o querellante) y defensa, sino entre acusador público y privado. Aquí encontramos un ejemplo en el cual la ley desigual a las partes (a los acusadores) en lugar de igualar las naturales desigualdades que pudieran existir entre ellos. Dicha diferencia de trato no encuentra justificación que la admita.

Como segunda crítica considero que en los supuestos de impugnación de sentencias dictadas en juicio por jurados se ha empleado una mala técnica legislativa, ya que la obligación de acreditar la existencia de soborno para la conformación del veredicto absolutorio (requisito indispensable para impugnar la sentencia absolutoria) ya se encuentra prevista en la norma específica *recursos en los juicios por jurados* (art. 238), con lo cual resulta innecesario repetirlo en el artículo *legitimación del fiscal para impugnar* (art. 241). Ello puede generar cierta confusión ya que para el querellante no se ha previsto esa exigencia (en el art. 240), a pesar de que sí fue incluida en la norma genérica (art. 238), la que es aplicable tanto al fiscal como a la querella.

Por último considero que se le exige a la parte acusadora una prueba de muy difícil producción como requisito para impugnar la sentencia absolutoria de un jurado, cual es la de acreditar en forma fehacientemente que el veredicto absolutorio del jurado fue obtenido mediante el soborno, ello teniendo en cuenta que el plazo para impugnar la sentencia es de diez días (art. 242), o de veinte días en casos de asuntos complejos (art. 224). A mi modo de ver resulta improbable (aunque no imposible) que dicha prueba pueda ser obtenida en tan breve plazo.

La implementación del nuevo Código Procesal implicará un cambio sustancial no sólo en la forma en que se desarrollará el proceso, sino en la forma de entender la aplicación de las garantías constitucionales. Ello importa un necesario compromiso de todos los operadores del sistema, y en particular de los jueces, con la defensa del nuevo paradigma (sistema acusatorio puro), ya que de lo contrario es posible que su implementación fracase. Una nueva ley procesal sólo garantiza el cambio de las normas procesales, pero no el cambio

de ideología de los jueces que la aplican. De allí que el compromiso al cambio deba ser sincero y no de mero maquillaje.

Reforma procesal penal y organización institucional: desafíos para la implementación

Leticia Lorenzo

Abogada. Secretaria de la Escuela de Capacitación del Poder Judicial

Introducción

Resta menos de un año para la implementación completa del nuevo Código Procesal Penal (CPP) y los desafíos que esta reforma implica son muchos y en diversos ámbitos. Suele sintetizarse en la fórmula *“la reforma implica un cambio cultural”*, punto de partida abierto y amplio, al que en este artículo nos referiremos desde las necesidades de cambio organizacional.

Si al momento de escribir este texto tuviese que elegir cuál es el artículo central del nuevo CPP, me referiría al nro. 75: “todas las peticiones o planteos de las partes que deban ser debatidas se resolverán en audiencias orales y públicas, salvo las que sean de mero trámite, que serán resueltas por la oficina judicial”. ¿Qué implicancias trae este artículo? Que siempre que en un proceso penal exista un desacuerdo (una controversia, una diferencia de visiones sobre lo que debe decidirse) entre las partes (acusación y defensa), el juez o la jueza deberán tomar la decisión en una audiencia. Sólo aquellas decisiones que no deban ser tomadas por lxs jueces, las propias del trámite que corresponden a la Oficina Judicial, podrán ser tomadas en un formato distinto al de la audiencia. Como cuestión complementaria, encontramos en el nuevo CPP al art. 39, que establece dos temas novedosos: la organización horizontal de los jueces por una parte (en el Colegio de Jueces) y el establecimiento del trabajo administrativo a cargo de una Oficina Judicial, asistente de esa organización horizontal de jueces, por otra. Vemos el refuerzo a lo ya dicho: lxs jueces están llamados a dedicarse en forma prácticamente exclusiva a la toma de decisiones en cuestiones controvertidas entre las partes, a lo largo de todo el proceso. Y el formato para decidir esas cuestiones controvertidas, es la audiencia oral.

Considero que allí se encuentra la centralidad de la reforma por cuanto a partir de ese formato y esa división de trabajo se deriva la necesidad de muchos cambios en las prácticas actuales, que tienen relación con la organización no sólo de jueces, sino también de las instituciones encargadas de ejercer la defensa y la acusación.

El abandono del expediente, desafío de la reorganización

Nuestro sistema penal (nuestro sistema judicial en términos generales) se ha organizado históricamente en torno a la confección, conservación y resguardo del expediente judicial. Independientemente de las audiencias que existan en la actualidad, que las hay, es innegable que la centralidad de nuestro proceso está dada por el expediente. Es en ese instrumento donde se guarda registro de absolutamente todo lo que sucede en el proceso (desde la cuestión más intrascendente hasta las cuestiones centrales para los derechos de las personas involucradas) y es al expediente donde se recurre para “conocer el caso”. Independientemente de la existencia de audiencias, las decisiones se toman sobre la base de las constancias del expediente: si un testigo concurre a declarar en vivo y en directo, probablemente quien tome la declaración vaya siguiendo su declaración en confrontación con lo que ya “obra en el expediente”; si una parte concurre con una petición concreta para su caso, probablemente en forma previa haya presentado un escrito para el expediente, en el que conste en detalle el fundamento de su declaración. Lo importante, lo esencial, es el contenido del expediente. El caso se “estudia” sobre la base del expediente. Y no sólo para los abogados esto es así, sino también para quienes buscan información sobre el estado de un proceso (periodistas, investigadores, estudiantes): la fuente de información más fidedigna es, en nuestra actualidad, el expediente.

Las audiencias que hoy tenemos, entonces, tienen una especie de carácter subsidiario con relación al expediente. Son apéndices de segunda categoría para un sistema construido en su práctica laboral y en su observación externa en torno a los sucesos del expediente.

En función a la centralidad del expediente, entonces, se organiza el trabajo de lxs diversos actores del sistema de justicia penal. En este sentido, algunas de las cuestiones que podríamos indicar son las que siguen a continuación:

- Lxs jueces, al decidir sobre la base de lo presentado por escrito e incorporado al expediente, no tienen una obligación de inmediatez con las partes ni con la prueba (es decir: de estar presentes en el mismo tiempo y espacio), ya que su decisión será tomada sobre la base de las peticiones que las partes han realizado vía expediente.
- Por ello, cualquier funcionario judicial puede recibir esas actuaciones y/o peticiones: las declaraciones de testigos, por ejemplo, pueden ser recibidas por personas distintas a la del juez o jueza, ya que la decisión será tomada con posterioridad.
- Las comunicaciones con las partes son manejadas por funcionarios y/o empleados también diferentes a lxs propios jueces, pero cuyas tareas no terminan de ser meramente administrativas ya que muchas veces implican decisiones de fondo.
- El transcurso del tiempo para decidir sobre los asuntos, en un sistema que no propicia la reunión de las partes con lxs jueces para discutir sus pretensiones (o, como hemos dicho, si lo hace llamando a audiencia es en un entorno de condiciones donde, de todas maneras, la decisión se tomará sobre la base del expediente), suele generar una percepción por parte de la ciudadanía de demora eterna en el trabajo judicial.

Un sistema que marca la centralidad de la audiencia como mecanismo de trabajo nos obliga a repensar en los procesos internos propios de las instituciones, ya que las características de las audiencias difieren mucho de las antes señaladas:

- Lxs jueces deben decidir en audiencia y, por tanto, debe lograrse que las partes (acusación y defensa) concurren al mismo tiempo al mismo lugar en que se encuentra el juez o jueza llamadx a tomar la decisión.
- Cuando la decisión involucre valorar algún tipo de prueba (la declaración de un testigo, por ejemplo) esa prueba debe presentarse también al juez, por ello a la presencia de las partes se suma la complejidad de

reunir toda la prueba necesaria al mismo tiempo y en el mismo lugar en que las partes fueron convocadas y lxs jueces llamados a realizar una audiencia.

- El personal distinto al juez o jueza dentro del ámbito judicial, pasa a tener tareas estrictamente administrativas, ya que el poder de decisión sobre cualquier tipo de asunto que implique una controversia debe ser decidido en audiencia.
- Al reunir a todxs lxs involucrados en un mismo espacio y tiempo y establecer la obligación de lxs jueces de tomar la decisión inmediatamente escuchadas las partes, los tiempos propios del expediente que hacen pensar en esa justicia que nunca llega desaparecen, posibilitando decisiones prontas y oportunas.

¿Y el registro? Evidentemente el registro de las actuaciones tiene un valor y debe conservarse, pero a diferencia del registro propio del expediente que sirve a los fines de la toma de decisión (ya se ha señalado: lxs jueces “estudian el expediente” para decidir sobre la causa), el registro en un sistema de audiencias tiene un valor instrumental para las partes: posibilita a la acusación definir sus líneas de trabajo en la investigación y a la defensa acceder a esas líneas de trabajo para ejercer en forma efectiva su garantía constitucional de defensa en juicio. Al precisarse el registro con un objetivo completamente diferente al propio del sistema actual, el formato del mismo, lxs encargados, las formas de acceso y conservación, pasan a ser también un tema de reflexión para la reorganización laboral.

Algunas características organizacionales de un sistema donde la audiencia es el centro del trabajo

Una forma posible de repensar la organización de las instituciones de justicia penal, a partir de la audiencia como centro en la toma de decisiones, puede ser plantear cuáles son las funciones principales de cada institución (el trabajo que le da sentido, por decirlo de alguna manera, a la existencia de la institución) y cuáles son las funciones de apoyo que se requieren (aquellas que hacen posible que la función principal se realice en forma eficiente). Este formato puede servir a los fines de identificar dónde deben estar los actores centrales

de la institución y dónde debe situarse al personal de apoyo. A continuación, se intenta un ejercicio en ese sentido:

Institución	Función Principal	Funciones de apoyo
Poder Judicial (en el ámbito penal)	Tomar las decisiones en audiencias orales sobre los distintos puntos de controversia (diferencia/ desacuerdo) que existan entre acusación y defensa	<ul style="list-style-type: none"> - Convocar a las audiencias - Asegurar la presencia de todxs lxs involucradxs en la audiencia - Registrar las audiencias - Dar seguimiento a las decisiones tomadas en las audiencias
Ministerio Público Fiscal	Investigar en forma objetiva hechos criminales y, una vez identificados lxs autores, presentar y sostener las acusaciones en juicio.	<ul style="list-style-type: none"> - Clasificar los casos de acuerdo a la política institucional. - Atender a víctimas y testigos. - Coordinar con organismos de investigación (policía). - Generar información de carácter general sobre el trabajo del MPF
Ministerio Público de la Defensa	Asistir técnicamente a la persona procesada penalmente, con total orientación a los intereses de dicha persona y asegurando la prestación de un servicio de alta calidad.	<ul style="list-style-type: none"> - Recopilar información sobre cada caso concreto. - Organizar, ordenar, preservar dicha información. - Generar información de carácter general sobre los casos trabajados por la defensa. - Monitorear el trabajo de la defensa.

Dado que se trata de un ejercicio esquemático e inicial, seguramente muchos de los puntos que se señalan requieren un debate de mayor profundidad y extensión. Sin embargo la intención en este caso es evidenciar las tareas propias de un sistema de audiencias conjuntamente lxs posibles responsables de cada tarea, diferenciando el trabajo propio del sistema del expediente.

En este esquema jueces, fiscales y defensores son los encargados de llevar adelante la función principal de cada institución respectiva.

Esto implica que el rol de lxs jueces será, estrictamente, decidir en audiencias sobre los planteos de las partes. Tal labor no es menor y la preparación requerida a lxs jueces para realizar su tarea en forma adecuada es importante: conducir las audiencias para que los objetivos de las mismas se cumplan se vincula con conocer muy bien la ley sustantiva y el procedimiento, pero también tiene relación con la capacidad para limitar a las partes cuando su actuación se salga de los carriles propios de la audiencia, utilizar el poder disciplinario en los casos en que el mismo resulte necesario, manejar la interacción con las partes, posibilitar la publicidad manteniendo el orden, construir decisiones fundadas en forma inmediata y desarrollar habilidades de comunicación oral que permitan transmitir en forma llana y adecuada el contenido de tales decisiones.

En el caso de los fiscales, su función principal se efectivizará concretamente en las audiencias, pero requiere habilidades previas y posteriores a la misma en sentido de utilizar las herramientas de selección de casos y uso de sus facultades discrecionales en forma no arbitraria, generar métodos de manejo de la información de cada caso eficientes para la presentación de sus peticiones y argumentos en cada audiencia, identificar las posibilidades de consenso con su contraparte y llegar a acuerdos en el marco de la finalidad de gestión pacífica de la conflictividad y, a la vez, poseer habilidades de litigio que le permitan sostener y probar sus acusaciones una vez definida la llegada al juicio oral.

En el caso de los defensores, finalmente, la función principal también se efectivizará en las audiencias y exige de los defensores un contacto directo con las personas cuyas defensas técnicas asuman, una mirada estratégica sobre los casos, que les permita diferenciar aquellos en que el litigio (la controversia, la pugna de intereses con la acusación) será el camino adecuado de esos otros en los que las mejores opciones sean las consensuales, capacidad de consenso con la acusación en los casos en que requieran de un acuerdo antes que un juicio, y, en igual medida que en los fiscales, habilidades de litigio que

permitan ejercer una defensa técnica eficaz de sus representadxs una vez llegados a un juicio.

El espacio central del trabajo de jueces, fiscales y defensores será, entonces, la sala de audiencia. En el caso de lxs jueces la sala de audiencia será casi su único espacio de trabajo, dado que ellos no deben hacer ningún trabajo previo ni posterior a la propia decisión que tomen en audiencia (de hecho, por su deber de imparcialidad para con el caso no deben tener ningún tipo de conocimiento sobre el devenir del mismo, que está bajo la responsabilidad de la acusación y la defensa). Ello ya indica un tema de organización espacial: los despachos donde jueces trabajan en la actualidad, pasan a ser bastante innecesarios en un sistema donde el mayor porcentaje del tiempo de trabajo de un juez se desarrolla en una sala de audiencias, frente a las partes y con presencia del público. Señalo esto porque no es un tema menor en las disputas y resistencias al cambio el de las “oficinas de los jueces” que muchas veces suelen ser espacios más cómodos que las propias salas de audiencia (en tanto las oficinas se mantienen espaciosas y cómodas, las salas de audiencia se construyen en espacios que originalmente eran destinados a otras actividades).

Siguiendo en el ámbito de lxs jueces, también en términos de organización, el personal de apoyo (en la actualidad deberíamos considerar bajo esa categoría a toda persona distinta al juez o jueza que desarrollen su trabajo en el ámbito de un juzgado) estará llamado a todas las funciones diferentes a “tomar decisiones sobre el hecho controvertido” y, por tanto, tendrá un trabajo intenso en materia de convocatoria a audiencias, organización del espacio, registro de las mismas, etc. En un sistema de organización horizontal, donde los jueces pertenecerán a un colegio, quienes brinden las funciones de apoyo a las que me refiero no trabajarán para “el juez 1” o “la jueza 2” sino que trabajarán para el Colegio de Jueces en su conjunto, organizados en la Oficina Judicial. Puede notarse entonces que quienes tendrán el contacto con el público, notificarán a las partes, brindarán información sobre la agenda de audiencias, velarán por el mantenimiento de las salas, mantendrán adecuadamente distribuido el trabajo y el espacio, entre otras muchas actividades que podríamos señalar como

necesarias para la realización de audiencias, serán los integrantes de la Oficina Judicial.

Dentro de la organización de este gran ámbito de apoyo al trabajo jurisdiccional, algunas cuestiones de relevancia a considerar en su diseño tienen relación con la determinación de perfiles para cada área de trabajo específico. Es claro – al menos para mí – que la organización actual de los juzgados y tribunales penales desaparecerá con la implementación del nuevo CPP (si es que queremos una implementación exitosa). Resulta bastante comprensible que ante esa perspectiva el personal actual de dichas instancias tenga el temor propio de quien no sabe cuál será su trabajo futuro. En este contexto resulta de suma importancia identificar los perfiles propios de la Oficina Judicial que desarrollará tareas en cada circunscripción, trabajarlos conjuntamente los funcionarios y empleados de cada circunscripción y empezar a identificar intereses específicos en los funcionarios y empleados, que les permitan desarrollar tareas que les resulten de interés y comodidad en el nuevo sistema, con las que estén familiarizados y para las que haya existido una formación previa.

Con relación a los fiscales, con la audiencia como centro de su trabajo, también la organización cambia sustancialmente. Fiscales y defensores comparten una característica común que los diferencia de los jueces: su trabajo inicia mucho antes de las audiencias y continúa una vez concluidas las mismas. A diferencia de los jueces, que no deben conocer los casos, la tarea de fiscales y defensores es conocer a cabalidad los detalles de cada caso que esté bajo su responsabilidad y tener una posición estratégica que les permita sostener las peticiones que llevarán a la audiencia, de acuerdo a la parte que representen.

En ese contexto, volviendo a los fiscales, la dinámica propia de su trabajo orienta a sostener que la organización debe también ser repensada en dos sentidos: cómo se asignan los casos y qué tipo de trabajo realiza cada quien en la fiscalía. Con relación a la asignación de casos, parece bastante lógico plantear que en un sistema en el que el centro del trabajo está en la audiencia y donde la audiencia más compleja e importante es la de juicio oral, no resulta

eficiente que el fiscal que va a litigar un juicio oral sea distinto al que realizó la investigación. En función a ello, una primera diferencia con la organización actual debería centrarse en que los fiscales que realicen investigaciones que concluyan con individualización de autores y acusaciones, deberían ser quienes litiguen el caso en los juicios orales.

Ello nos lleva a pensar en una segunda cuestión de importancia: la proyección del caso, para diferenciar aquellos que **deben litigarse** de los que pueden llegar a una salida diferente al juicio oral, debe realizarse al inicio, apenas conocido un hecho criminal, para evitar sobrecargar de trabajo innecesario a los fiscales que tengan la función de investigar y litigar casos en juicio, que deberían ser los más experimentados de la institución. En este esquema, en lugar de plantear una división como la actual entre “fiscales de instrucción” y “fiscales de cámara”, sería preferible una organización estructurada entre fiscales de juicio (con funciones durante todo el proceso) y fiscales orientados al uso de salidas diferentes al juicio (suspensión condicional del proceso, conciliación, etc.). Por su parte, en el esquema inicial del que parte esta reflexión vemos una serie de funciones de apoyo que no constituyen tareas menores, sino que hacen a la consolidación de los casos o su descarte. Hablamos de funciones de apoyo debido a que ellas pueden ser realizadas por personal diferente al propio fiscal del caso, pero siempre a partir de una relación de información permanente, que le sirva al fiscal para alimentar su investigación y construir su estrategia de litigio.

Con la defensa pública como institución sucede algo similar a lo mencionado para la fiscalía: en tanto el defensor o defensora públicos tendrán como principal tarea la presentación de su caso en las diversas audiencias, existe una cantidad importante de trabajo previo y posterior que constituye los procesos de apoyo y debe ser realizado por el personal de la institución, en comunicación permanente con quien tenga asignado el ejercicio de la defensa en concreto.

De la misma manera que lo mencionáramos para lxs fiscales, en el caso de lxs defensores es mucho más compleja la división entre “defensor de instrucción” y

“defensor de cámara” (o juicio), ya que aquí existe un tema adicional, cual es la concepción de “defensor/a de confianza” como aquél abogado que lleva adelante los intereses de la persona perseguida penalmente en una estrecha relación de información y consenso con quien está siendo defendido/a. El cambio de defensor/a una vez culminada la investigación y la asignación de uno/a nuevo/a para el juicio, es bastante difícil de sostener desde las ideas que están detrás de la construcción de la confianza con la persona defendida. Esta afirmación no implica que sólo un abogado o abogada deba ser quien realice todas las tareas vinculadas con la defensa de una persona perseguida penalmente (ya que, como podemos observar en el esquema, existen varias funciones de apoyo que pueden ser delegadas en personas distintas a la que ejerza la defensa), pero sí implica que en aquellos casos que tengan una proyección alta de llegar a juicio, quien asuma la defensa debe hacerlo desde el inicio hasta el final, ya que la estrategia que se plantee y los cambios que se sucedan en la misma deben ser un elemento manejado en las audiencias con consistencia y coherencia.

Una analogía rápida puede graficar el punto: si una persona va a operarse, y ha tenido varios encuentros previos con el cirujano o cirujana en que se le ha explicado la intervención, los riesgos, el procedimiento, los estudios previos que se requieren, la cantidad de tiempo que llevará la operación, etc., es lógico suponer que la expectativa de la persona es que el día de la operación aparecerá su cirujano/a a practicarla; no estoy segura que la reacción de la persona a ser intervenida sea muy pacífica y tranquila si aparece un médico diferente a quien se suponía debía practicar la intervención. En el mismo sentido puede pensarse en un caso penal: el día del juicio, lo que yo espero es que quienes vengán a litigar el caso (tanto desde la acusación como desde la defensa) sean las personas que han mantenido un contacto cercano durante todo el proceso de investigación, quienes se han reunido con el personal de apoyo para pensar en estrategias para presentar el caso, quienes han analizado todas las posibilidades del mismo, quienes conocen la prueba.

No me generaría mucha confianza un sistema en el que toda la investigación estuvo en manos de “x” y el día del juicio, como si nada, aparece a litigarlo “z”;

no porque desconfíe de “z”, sino porque desconfío de la capacidad de cualquier ser humano para visualizar, en un lapso de tiempo tan breve como el que debe existir entre la presentación de una acusación y la realización del juicio, todos los factores que ha tenido en cuenta quien tuvo la responsabilidad de llevar adelante la investigación (de la misma forma que me permito tener cierta desconfianza en la responsabilidad con la que desarrollaría una investigación que sé que posteriormente no estará en mi cabeza defender en el juicio).

Vemos entonces, que algunas cuestiones importantes en la organización de ministerios públicos fiscales y ministerios públicos de la defensa son similares, aunque la orientación de su trabajo sea opuesto:

- **La proyección de los casos.** Para la realización de un trabajo profesional, en el que lleguen a juicio los casos que deben llegar efectivamente a juicio, es preciso que las organizaciones generen un método de análisis de los casos inicial que les permita tener cierto nivel de certeza sobre los casos que llegarán a juicio y los que pueden tener una solución alternativa (todo ello en el marco del art. 17 del nuevo CPP que establece como principio el de búsqueda de solución del conflicto primario y la imposición de pena como último recurso).
- **El registro de la información.** Como señalara al principio de este artículo, el registro no tiene que ver con el expediente (que debemos abolir de nuestras mentes y nuestras prácticas para el nuevo sistema) sino que tiene que ver, en el caso de la fiscalía, con el diseño estratégico de la investigación (debe registrar lo que se realiza en el marco de la investigación para, a partir de ello, tomar decisiones estratégicas para orientar la misma) y en el caso de la defensa, con el ejercicio de derechos en cuanto al registro del ministerio público fiscal (debe exigir un registro adecuado de la investigación por parte de la fiscalía para saber contra qué debe defenderse exactamente) y con decisiones estratégicas en cuanto a su registro propio. Estos nuevos objetivos del registro generan una serie de posibilidades diferentes a las que conocemos a partir del expediente: el registro debe ser flexible, pero eficiente. Para mostrarlo con un ejemplo: la declaración de un testigo no necesariamente deberá ser registrada por la fiscalía en una transcripción

de sus dichos en un acta sellada, firmada y con todas las formalidades propias del rito actual, sino que perfectamente puede ser registrada en un formato audiovisual, de fácil acceso para que la defensa pueda prepararse con relación a ese testigo.

- **La generación de equipos de trabajo.** A diferencia de un proceso escrito, en que lxs abogadxs pueden actuar como llaneros solitarios en sus casos, en un proceso oral el trabajo en equipo es importante. Por ello, generar mecanismos de comunicación eficiente al interior de cada institución, dividir funciones en forma clara y adecuada a la misión principal de cada una, tener un contacto permanente entre las personas encargadas de litigar las audiencias y el personal de apoyo que muchas veces será el que brinde la información necesaria para obtener decisiones favorables, son temas nada menores en la lógica de trabajo del nuevo sistema.

Conclusiones

Estos son sólo algunos de los temas vinculados a la organización que trae aparejados la implementación del nuevo Código Procesal Penal. Muchos de ellos deberán ser analizados a profundidad y con responsabilidad en el proceso de discusión y sanción de las leyes orgánicas de cada institución, pero siempre debemos tener en cuenta que aún las mejores leyes pueden naufragar si el trabajo cotidiano no se transforma y genera nuevas prácticas.

Muchos de los puntos abordados lo han sido en forma sintética y seguramente ameritan un debate mayor. También hay muchos temas que han sido dejados fuera del contenido de este texto no por carecer de importancia sino por procurar una extensión breve, que no aburra al lector. Sin embargo, esto es una muestra de la cantidad de discusiones que se abren sobre cada una de las instituciones para la implementación de la reforma.

No puede perderse de vista en este proceso que una de las promesas eternas detrás de las transformaciones de los sistemas de procedimiento penal es la de generar una justicia más eficiente. La ventaja que tenemos en la actualidad es que contamos con muchísima información sobre lo que ha funcionado y lo que

no en materia de reformas. El desafío es estar a la altura de las circunstancias y trabajar por un sistema superador.

Lejos de los conceptos reformistas de la década del `80

Marisa Mauti

Defensora de Cámara de Cutral Co

Nuestro sistema acusatorio

Si bien el nuevo Código Procesal Penal es resultado de un proceso evolutivo que se inicia en la década del ochenta; lo cierto es que no responde enteramente a los objetivos y fundamentos que motivaron ese movimiento de reforma procesal penal.

En principio destaco –resumida y selectivamente- como **muy positivo** de nuestro código procesal:

- Que no exista más la figura del juez de instrucción, por la parcialidad derivada de la función que se le asignaba; y que, en consecuencia se restablezca al juez en su función constitucional a partir de la creación de la figura del **juez de garantías**.
- La **oralidad** en todas las etapas del proceso, es altamente positiva; no solo por la celeridad que ello acarrea, sino fundamentalmente por la posibilidad de control ciudadano (ya que también son públicas, obviamente). Además, brinda la certeza de que las decisiones de los jueces son construidas por ellos mismos, (no por los secretarios), como así que oyen a las partes; a diferencia del sistema actual en que se advierte, con bastante habitualidad, que no leen las presentaciones de las partes y que no se lee la causa.
- La documentación de actos en **audio o video**, permitirá garantizar publicidad, inmediatez y control. Además es un registro fundamental para la revisión de toda decisión. Lamento que no sea obligatoria la video-grabación, por que capta integralmente todo, a diferencia del solo audio.
- Los plazos acotados para la mayoría de los actos, da vigencia a la garantía de **plazo razonable**.

- Especificar **consecuencias jurídicas** para casos de incumplimientos de los jueces es muy importante (ej. si el Tribunal se demora en resolver se entenderá que resuelve a favor del imputado, si la causa la demoran tres años, se sobreseerá). La experiencia de este código aún vigente, nos dice que para los jueces las leyes no son más que “consejos” -que pueden o no seguir-. Porque ya se habían previsto plazos razonables, como el de cuatro meses para la instrucción, que los jueces en general, no cumplieron ni en las causas con detenidos.
- **Prohibir interrogar** a los jueces en un debate oral es muy útil, porque si bien ello es una exigencia que deriva de la imparcialidad que ya les es exigible; lo cierto es que todavía hay jueces que no comprenden que no deben producir prueba con sus preguntas, sino solo valorar lo producido por las partes.
- La creación de los **juzgados de Ejecución Penal**, es un signo positivo, que va a posibilitar una mejor atención de las necesidades de los privados de libertad y un mejor control judicial sobre la situación carcelaria. Aprecio que se prohíba el alojamiento en sitios que no reúnan las condiciones de salubridad o más allá del cupo autorizado.

Más allá de estas ventajas y de algunas otras; lo cierto es que el nuevo código merece, a mi modo de ver, **severos cuestionamientos**, por cuanto se aleja de los conceptos que impulsaron el movimiento reformista procesal en la década de los ochenta. Aquel proceso puso un fuerte acento en el respeto por las garantías constitucionales, la responsabilidad de quienes vulneren derechos humanos, el control de la corrupción, la transparencia, la legitimación del sistema democrático y la consolidación del Estado de Derecho; y no tan solo la “celeridad, eficacia, eficiencia y gestión exitosa”.

La más importante garantía constitucional, la de “juicio previo”, de la cual derivan y dependen todas las otras garantías procesales, no está asegurada en los casos de “**procedimientos abreviados**”. Este nuevo cuerpo procesal, no solo conserva este instituto sino que aumenta el monto de pena permitido de tres a seis años.

El sistema acusatorio que consagra nuestro nuevo código de formas, acertadamente desplaza al imputado del lugar de “objeto” del proceso, para posicionarlo en calidad de **sujeto-parte**. Y es en esta calidad, en que se ha considerado viable su “**consentimiento**” para “acordar” con la otra parte. Esta interpretación, según mi parecer, es errónea; porque aunque pueda consentir, ello tiene como límite las garantías constitucionales.

El juicio oral y público, por ser **garantía**, es irrenunciable e indisponible. Ello es precisamente lo que diferencia una garantía de un derecho. Por eso es tan protectora una garantía, porque no permite ni al ciudadano ni al Estado renunciarla por ningún motivo. Con ello, neutraliza todo intento de coaccionar a un individuo para que dé su consentimiento o haga su renuncia.

El juicio previo del art. 18 de la constitución nacional exige para la aplicación de la pena una **sentencia** condenatoria firme y un proceso regular que la precede. Esa sentencia es **constitutiva** de la sanción, pero es **declarativa** en orden a la verificación de hechos. Y ese **previo proceso**, en el sistema acusatorio, es un juicio oral, público, contradictorio, que debe garantizar inmediatez, exclusividad de las pruebas e identidad del juzgador. Nada de ello se verifica en un juicio abreviado.

La realidad es que la condena “acordada” no es el resultado de la verdad reconstruida con la prueba legalmente incorporada al debate, ni tampoco de la verdad construida por consenso de partes en igualdad de condiciones. Es solo el resultado de una **negociación denigrante** para el imputado (a veces también para la víctima), en la cual se lo compensa con “menos pena”, por ser colaborador con la sobrecargada agenda de jueces y fiscales; o, lo que es lo mismo se lo castiga con más pena por no ser colaborador con el sistema. Y el perseguido penal acepta y hasta pide “a gritos” el acuerdo, no porque le encante ir a la cárcel, sino porque le produce pánico la posibilidad de que se le impongan las desmesuradas penas vigentes en las leyes penales, y aplicadas con naturalidad por los jueces.

Como si todo esto fuera poco, además, esas penas impuestas por “acuerdo” no tienen posibilidad alguna de **revisión ni control**, porque el defensor no va a recurrir la condena que está pidiendo y ese defensor no es controlado por nadie.

Para que este “modelo de disputa” que reconoce en el imputado un sujeto de derecho, se traduzca en resultados justos, hace falta que el imputado sea real y no simbólicamente un sujeto de derecho, es necesario que no pueda ser coaccionado. No queda claro en este instituto, la diferencia lógica entre el sistema inquisitivo y secreto que toma al imputado como objeto de prueba y por lo tanto su confesión valía como la prueba misma; y el sistema acusatorio que considerándolo sujeto le asigna a la confesión el valor de un “consentimiento” que excluye la necesidad de la prueba. No parecen muy distintos.

Comparto lo dicho por Ferrajoli: *“en un sistema penal garantista ningún consenso dará legitimidad a la jurisdicción. Ni la voluntad, ni el interés general, ni otro principio de autoridad, pueden hacer verdadero lo falso o viceversa”*.

Este “juicio previo” que proclama la constitución nacional, es obviado también en otro instituto, pilar de toda la cosa inquisitiva, inhumana y demagógica, como es **la prisión preventiva**, una prisión sin juicio previo.

El nuevo ordenamiento procesal ha mantenido el esquema de encarcelamiento preventivo, con mínimas variantes. Por un lado resulta una mejoría exigir la predeterminación de la duración, por el otro fijar el máximo de duración en un año, es seguir avalando las demoras en la tramitación de causas con personas detenidas; y naturalizar la barbarie que es la aplicación de una pena sin juicio; porque la extensión de una preventiva mas allá de algunos poquísimos días; es sustancialmente una “pena”, la llamen como la llamen.

El argumento que justifica la privación de libertad sin juicio previo, es el mismo de siempre: garantizar los “fines del proceso”. Los motivos que deben argumentarse para disponerla también son los mismos de siempre: presunción

que no se someterá al proceso o que obstaculizara la investigación. Son las mismas falacias argumentales de siempre.

Así prescrita, la prisión preventiva es un instituto que habilita la pena sin juicio previo, el encarcelamiento de inocentes y la pérdida de las otras garantías constitucionales también.

La libertad durante el proceso es la base sobre la cual se asientan las demás garantías: defensa en juicio, estado de inocencia, debido proceso. Lo explico más allá del postulado: quien está preso, desesperadamente quiere aceptar la responsabilidad de lo que sea, por lo que le pidan, aceptando una condena (sea o no culpable) con tal de obtener su libertad. El privado de libertad en “preventiva” adquiere o profundiza su situación de extrema vulnerabilidad, lugar desde el cual, todos los demás derechos procesales ceden ante la necesidad de obtener la libertad; en esa situación es que a menudo se renuncia: al juicio previo, al principio del beneficio de la duda, al silencio, al doble conforme, etc., etc.

En absoluto comparto que se prioricen los “fines del proceso” por sobre la “libertad” de un ser humano; por el contrario creo que, efectivamente, el Estado debe resolver su impotencia para la consecución de los fines del proceso, que la tiene y es pronunciada, pero prescindiendo del encarcelamiento “preventivo”.

Lo simbólico como verdad

El violento giro que en materia penal venimos viendo y padeciendo en esta última década, con un creciente derecho penal simbólico y una desmedida y devastadora utilización del poder punitivo, ha puesto su sello, naturalmente en la cuestión procesal.

Se me ocurre que es útil en el marco de esta reflexión observar, lo que viene pasando con el código de fondo, que con sus reformas penales desde el inicio del milenio, dice mucho del Estado que estamos teniendo. Ese Estado, aumenta las penas para todas las situaciones que no ha podido prevenir o resolver. Solo a modo de ejemplo menciono que, ante la realidad social del

incremento de delitos cometidos por menores, el Estado reaccionó aplicando más penas al mayor que delinque. Parece que pretende decir que el responsable de la delincuencia juvenil es el adulto “delincuente”, no el Estado. La “simbólica” solución: “mas prisión”.

Esta manera de pensar la cuestión del crimen, como un “mal de malos”, solucionable con “más mal para los malos”, trae su consecuencia procesal. Hace falta para completar ese esquema de “respuesta simbólica a la sociedad”, que esas penas además de severas, sean rápida, eficaz y eficientemente aplicadas en tanta cantidad como delitos se cometen (o sea muchas). Y desde lo procesal se responde a esa exigencia con: la prisión preventiva y el juicio abreviado. Penas rápidas, soluciones eficientes.

No estoy de acuerdo con ello. Es que comparto, avalo y halago los conceptos del sistema acusatorio que motivaron en los ochenta el movimiento reformista procesal, y que concluyó en los noventa con la inserción constitucional del bloque de garantías (art. 75 inc. 22). Y advierto que desde el inicio de este siglo, tales conceptos quedaron oprimidos ante lo que se viene denominando como “populismo penal” y “justicia penal simbólica”, plasmado ello en las reformas del Código Penal (Blumberg, sptes. y conc.) En lo procesal, se trasladó al mantenimiento de la prisión preventiva, la expansión del juicio abreviado y la introducción de normas procesales que solo dan respuesta simbólica a reclamos, sentimientos o emociones populares, dejando peligrosamente en riesgo garantías constitucionales.

Es así que encontramos la figura del **querellante obligado para un niño** o adolescente víctima de de abuso sexual, que avasalla con los derechos de los padres, y esencialmente el derecho del niño a ser representado por su mamá y su papá, y no por un extraño. No le hace falta al Estado otro representante suyo en el proceso penal. No le hace falta al niño otro personaje más a quien relatar lo que le pasó, no necesita uno más que lo señale con “un daño irreversible” para fundar los elevados montos de pena que se pedirán: ni siquiera cuando el abuso es de sus propios padres hace falta el querellante del

niño, porque en tal caso el fiscal puede actuar de oficio y el defensor del Niño hacer de defensor del Niño y tutelarlos.

Claro que el Estado debe ocuparse del serio conflicto social que significa el abuso sexual infantil, pero para ello no debe hacer de mamá o papá, debe hacer de Estado. Ocuparse de educar sexualmente a los niños para fortalecer la autodeterminación sexual, por ejemplo.

Pero todo este despropósito lleno de contradicciones y carente de racionalidad y coherencia procesal y constitucional, fue legitimado desde el “populismo penal”, esto que da respuesta a las emociones y sentimientos populares, calmando y tapando rápidamente la cuestión de fondo de la que se trate.

Los derechos reconocidos a las **víctimas** también son un “símbolo”. Digo ello porque, no creándose el Ministerio de la Víctima, es mentira el derecho de la víctima a ser parte de un proceso. Cuando una facultad o atribución solo puede ser ejercida por quien tiene plata, esa facultad es un privilegio, no es un derecho. No paso por alto que en el articulado se menciona que el “Estado deberá proveer...”, pero no alcanza ello, ya existía esta obligación del Estado derivada también de otras normas y se le dio el habitual tratamiento de sugerencia.

Todo el articulado del código de procedimientos excluye de todo beneficio procesal a los **funcionarios públicos** por delitos cometidos en ejercicio de la función. Ello para dar respuesta “simbólica” a la “sed popular” de transparencia y severidad con la corrupción y los abusos de poder. Personalmente también tengo mucha indignación por las torturas que no se esclarecen, los apremios que se prescriben y la corrupción no investigada. Pero el camino no es violar la “igualdad ante la ley”, ni “la presunción de inocencia” (durante el proceso no son delitos cometidos, son solo investigados). Lo que hace falta es fortalecer la investigación, en lugar de tapar esa falencia con una falsa rectitud.

Esta forma de dar respuestas simbólicas a todo reclamo y a toda emoción y sentimiento popular, nos pone en riesgo de fortalecer por la vía del **principio**

de oportunidad el Derecho Penal de Autor o el Derecho Penal de Víctima. Es que la calidad de la persona de la víctima y del autor, en estos tiempos de populismo penal incide mucho en las decisiones de la justicia; como ocurre por ejemplo con los accidentes de tránsito, que según quienes sean los protagonistas y qué repercusión social tengan, los jueces califican como “culpa” o “dolo eventual”.

Otro aspecto que cuestiono es la habilitación que se hace para que los jurados populares juzguen culpabilidad según su “**íntima convicción**”. Estoy aún sorprendida por la vuelta que se hace sobre logros que se obtuvieron hace mucho tiempo y que estaban fuera de discusión. Ya nadie dudaba de lo terriblemente injusto que es una declaración de culpabilidad fundada en la íntima convicción; que por definición es eso y solo eso, no necesita más que esa convicción íntima para concluir que es culpable. Si se ha considerado que un ciudadano está en condiciones de juzgar culpabilidad al igual que un juez técnico, no se comprende que no se le exija hacerlo conforme las reglas de la sana crítica racional.

Por último, la “igualdad de armas” es también solo simbólica, aparente. Entre otras cosas, porque seguirá la defensa sin gabinete de profesionales o agencia de asistentes técnicos o como sea que se la llame. La norma que refiere a un “**fondo**” es ofensiva, irrespetuosa. La defensa, ya desde ahora y más aún en este nuevo proceso adversarial, necesita su propio plantel de profesionales, técnicos y peritos, propios y permanentes, para producir la prueba de la propia estrategia, para controlar la de la otra parte o la jurisdiccional, para recibir asesoramiento técnico. Si ello no existe, la igualdad de armas es otra mentira más.

Con estas reflexiones he señalado a grandes rasgos “los pro y los contra” de un sistema que me conforma, bastante más que el actual. Aún así, y más allá del respetuoso reconocimiento que hago del trabajo de tantas personas para la sanción de este código, no dejo de estar advertida de las zonas grises, sobre las que me interesa seguir pensando y trabajando para moderar los aspectos

nocivos de una tendencia penal populista que consolida la fragmentación y naturaliza la exclusión.

De la víctima, la querrela y el “acusador único” en el nuevo Código Procesal Penal de Neuquén

Ivana Dal Bianco

Abogada. Especialista en Derecho Penal y Ciencias Penales

Hay un tema que entiendo se ha discutido poco y no se han dimensionado sus efectos, los que iremos descubriendo en la práctica. Me refiero a la manera en que el nuevo código introduce la figura de la víctima y de la parte querellante, y específicamente de una figura absolutamente nueva que es la del “acusador único”.

Esta formulación implicará varias discusiones al calor de su aplicación e interrogantes en torno a si es una figura que puede verse como algo progresivo, en el sentido de las garantías del imputado/a, o regresivo, en el sentido de las facultades y derechos de la víctima, como también alrededor de las diferentes consecuencias de su aplicación concreta.

Lo que sin dudas se puede afirmar, es que parece que viniera más a generar conflictos que a resolverlos.

Esta nueva figura, que impone una actuación unificada de los acusadores, influirá directamente en la interacción y actuación de la querrela y el Ministerio Público Fiscal, y cambia sustancialmente la forma de actuación final en el proceso de ambas partes, no atreviéndome a preanunciar sus resultados.

Mi profunda preocupación, tiene que ver centralmente con lo que significará esta innovación en las causas en las que se investiguen violaciones a los derechos humanos por parte del Estado.

Es en este tema en el que quiero, como mínimo, generar una alarma legítima respecto de su aplicación en estos casos concretos.

De la víctima y la parte querellante

Previo a desarrollar como se encuentra específicamente incorporada la víctima y la parte querellante en el nuevo código, creo importante señalar algunas consideraciones generales a su respecto.

Históricamente se ha considerado que el rol de la víctima había quedado de alguna manera relegado en el proceso penal. Así se ha hablado de la “expropiación del conflicto a la víctima” por parte del Estado, al ser el fiscal el “dueño” de la acción penal.

Esto se justificó desde el derecho penal clásico y liberal aduciendo que ello se hacía contra la idea de la “venganza privada”, pues el Estado vendría a representar los intereses de todos y el fiscal actuaba en nombre de la víctima. Se intentaba borrar de esta forma, cualquier atisbo de idea que llevara a la víctima o sus familiares a tomar en sus manos la respuesta ante el crimen, y así contrarrestar el pensamiento de que se podía actuar mediante la ley del talión (ojo por ojo), pues ello aparecía ya como inaceptable en un “derecho penal racional”.

En palabras de Bovino (2006):

“La víctima, en el nuevo esquema, queda fuera de la escena. El Estado ocupa su lugar y ella pierde su calidad de sujeto de derecho. Al desaparecer la noción de daño y, con ella, la de ofendido, la víctima pierde todas sus facultades de intervención en el procedimiento penal”. “La decisión por la persecución oficial de los delitos implica que ésta es promovida por órganos del Estado. El interés público ante la gravedad del hecho y el temor a la venganza privada justifican esta intervención. La consideración del hecho punible como hecho que presenta algo más que el daño concreto ocasionado a la víctima, justifica la decisión de castigar y la necesidad de que sea un órgano estatal quien lleve adelante la persecución penal. **Un conflicto entre particulares se redefine como conflicto entre autor del hecho y sociedad, o dicho de otro modo, entre autor del hecho y Estado. De este modo se expropia el conflicto que pertenece a la víctima (Bovino, 2006).**”

Se comparta o no esta cuestión, lo cierto es que la realidad ha indicado que en los diferentes códigos procesales de la última época¹, la acción pública pertenece al fiscal en la mayoría de los delitos².

¹La mayoría de ellos denominados de tipo “mixto” como el Código Procesal Penal de la Nación o el mismo Código Procesal Penal de la provincia de Neuquén que denominaremos el “viejo Código”.

²Exceptuamos claro está los delitos de acción privada.

En torno a ello, la doctrina y la jurisprudencia fueron creando la idea de que era correcto que la víctima solo pudiera intervenir en el proceso penal (que le había sido como dijéramos “legalmente” expropiado por el Fiscal), solo si se presentaba como parte querellante o particular damnificado³, caso contrario sería una especie de convidado de piedra, que se enteraría del devenir del proceso –que surgía partir de que fuera perjudicado por la comisión de un delito- solo si los que si eran parte en el mismo, le informaban su acontecer. Cómo mínimo, la víctima que no se presenta como querellante, ve pasar el proceso que lo involucra, por su costado, y ello no cambia sustancialmente en el nuevo código, aunque se le debe reconocer una mayor extensión beneficiosa en la ampliación del carácter de víctima.

Una de las discusiones que ha atravesado la figura del “querellante” ha sido sobre la posibilidad de actuación respecto del Ministerio Público, si su rol era como “querellante adhesivo” o “autónomo”, si podía la querrela en los delitos de acción pública actuar sin requerimiento fiscal o pedir una condena sin que existiera acusación fiscal en el juicio oral. La jurisprudencia y en general los que proclaman una visión “garantista” del derecho penal⁴ fueron férreos defensores de que si el fiscal no acusaba, la querrela no lo podía hacer, o más bien, el tribunal no estaba en condiciones de imponer una pena, es decir que el rol de la querrela en ese tipo de casos era más bien de tipo decorativo.

Luego la jurisprudencia fue cambiando, dándosele mayor preponderancia a la víctima, a quien se la empezó a considerar como un sujeto con intereses propios y facultad para acusar, siempre y cuando claro está, estuviera presentada como parte en el proceso. Los últimos fallo de la Corte Suprema⁵ e incluso del Tribunal Superior de Justicia de Neuquén⁶ también comenzaron a admitir que el tribunal puede condenar sea que la acusación sea pública o privada, es decir, acuse el fiscal solo, no acuse, acusen los dos, o acuse solo la

³Como en el Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires que denomina a la víctima que se presenta en el proceso como “particular damnificado”.

⁴Garantista es aquella doctrina que considera que el imputado es la parte más débil del proceso penal, que sufre el poder punitivo del Estado en su forma más directa, y que por ello el cúmulo de derechos y garantías a su favor funcionan como un límite a ese poder punitivo, que debe ser un poder restringido en relación a la vigencia de las garantías del imputado.

⁵CSJN Fallo “Santillán” (Fallos: 321:2021).

⁶Fallo “Sobisch” Tribunal Superior de la Provincia de Neuquén.

parte querellante, reconociendo el derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva, reconociendo asimismo el derecho a la jurisdicción en consonancia con los tratados internacionales sobre Derechos Humanos⁷.

Hasta aquí una prieta síntesis, de lo que han sido los antecedentes en relación a la víctima y la querrela y la situación en la que nos encontramos actualmente, a poco tiempo de que se comience a aplicar el nuevo Código Procesal Penal en nuestra provincia.

La víctima y la querrela en el nuevo Código Procesal Penal de Neuquén

El nuevo código se presenta como uno de los primeros códigos provinciales que se acerca (y se autoproclama) un código de tipo acusatorio, en el cual en síntesis se respetaría la división de tareas: el fiscal o acusador investiga, el imputado y su defensor ejercen el derecho de defensa y el juez “garantiza” que en el proceso se respeten los derechos del imputado y toma decisiones frente a las posiciones enfrentadas (acusación y defensa). Se modifica la lógica del proceso actual que tiene la visión del “expediente” escrito para pasarse a un proceso en el que prime la oralidad e inmediatez.

En relación al tema que nos ocupa, el código recepta la tendencia jurisprudencial nacional e internacional reconociendo específicamente, el derecho a la tutela judicial efectiva. Así reza el nuevo código: “Artículo 13° Derechos de la víctima. La víctima de un delito tiene derecho a la tutela judicial efectiva y a la protección integral de su persona frente a las consecuencias del delito”. También se amplía en buena hora la legitimación activa respecto del delito, y quienes pueden presentarse como parte querellante, al ampliar la calidad de víctima.

En el artículo 60 el nuevo código afirma: “Definición de víctima. Este Código considera víctima al ofendido directamente por el delito y, cuando resultare la muerte de aquél, al cónyuge y a los hijos; al concubino, a los ascendientes; a la

⁷Los fallos que hablan del derecho a la jurisdicción: 199:617 y 305:2150, del que también se ocupan los instrumentos internacionales de los DD.HH con jerarquía constitucional: art. 8.1 CADH y art. 14.1 PIDCP.

persona que convivía con él en el momento de la comisión del delito, ligada por vínculos especiales de afecto; a los hermanos; o al último tutor, curador o guardador”.

En el código viejo, solo podían ser querellante los ascendientes, descendientes y cónyuge. Ahora el nuevo código amplía la legitimación activa, aunque introduce un orden de prelación excluyente desde los primeros a los últimos.

Como se puede ver, esto significa un avance en el reconocimiento de la calidad de víctima, aunque a diferencia del Código Procesal Penal de la Nación, no se incluye ni se le otorga específicamente la posibilidad expresa de ser querellante a los organismos de Derechos Humanos ni a las Organizaciones no Gubernamentales⁸, lo que no quiere decir que tales organizaciones no puedan serlo, en virtud de las diferentes interpretaciones jurisprudenciales tanto locales como nacionales⁹.

Del acusador único

El nuevo Código Procesal Penal de Neuquén admite a la víctima (en el carácter ya señalado) con la posibilidad de presentarse como parte querellante. Pero modifica la forma de actuación de la querrela y el fiscal (en los casos en que haya parte querellante) pues introduce la figura del “acusador único”.

Así afirma el nuevo artículo 66º: “Acusación única. Unidad de representación”: En aquellos casos en que la víctima se haya constituido como querellante, el juez -sea a petición de parte con antelación, o a más tardar en la audiencia prevista en el artículo 166- convocará a las partes a efectos de resolver las controversias que pudieren existir entre el Ministerio Público Fiscal y la parte

⁸Art. 82 bis. del Código Procesal Penal de la Nación incorporado por ley 26550: “Intereses colectivos. Las asociaciones o fundaciones, registradas conforme a la ley, podrán constituirse en parte querellante en procesos en los que se investiguen crímenes de lesa, humanidad o graves violaciones a los derechos humanos siempre que su objeto estatutario se vincule directamente con la defensa de los derechos que se consideren lesionados. No será obstáculo para el ejercicio de esta facultad la constitución en parte querellante de aquellas personas a las que se refiere el artículo 82”.

⁹Al respecto ver el artículo: “Organismos de Derechos Humanos como parte querellante” por Ivana Dal Bianco y Romina Sckmunck, publicado en Cuadernos del Instituto de Derecho Penal del Colegio de Abogados y Procuradores de Neuquén, Numero V, Año 2009.

querellante, sobre los discursos fácticos, jurídicos y estrategias probatorias. **El imputado -siempre y en todos los casos- tendrá derecho a que se le enrostre una única acusación, debiéndose respetar estrictamente el principio de congruencia procesal, tanto en los aspectos fácticos, cuando normativos.** Si fuera indispensable para ello, el juez interviniente tomará en cuenta la prevalencia de los intereses particulares o sociales generales según el caso, y ordenará la constitución de un litisconsorcio necesario. Y en caso de que no hubiese consenso en cuanto a la calificación y a las estrategias acusadoras, resolverá en forma definitiva la incidencia”.

En síntesis, lo que el código impone es la unidad de acusación entre todos los acusadores, sean estos públicos o privados, es decir, que el Ministerio Público y la parte querellante deben acordar una única acusación para enrostrarle al imputado.

El fundamento de esta imposición de acordar entre todos los acusadores una única imputación, sería el derecho del imputado, que es la parte más débil en el proceso penal, que debe sufrir los embates del Estado.

Se considera que al existir más de una acusación e incluso en algunos casos con criterios divergentes, el imputado se encontraría en una situación de desigualdad respecto de la contraparte, debiendo defenderse de varias acusaciones¹⁰.

¹⁰Así por ejemplo afirma Daniel Pastor en “Una ponencia garantista acerca de la acusación particular en los delitos de acción pública”: “En tanto que el acusado, de modo innegable, es la parte débil del proceso penal, resulta indiscutible que ello es desmentido si en su contra la legislación dispone la actuación de varios sujetos activos todos con los mismos poderes autónomos de perseguirlo, de acusarlo, de argumentar y alegar en su contra, de ofrecer pruebas, de controlar actos, de recurrir pronunciamientos judiciales favorables al imputado, etc. La única manera realmente garantista de asegurar el derecho de defensa del imputado es contraponiéndolo a una sola hipótesis acusatoria, para que pueda contar con que únicamente un sujeto va a tener a su cargo formular y probar las aserciones incriminantes y refutar las contrapruebas de la defensa. Un modelo de proceso penal contradictorio, como el que dispone el arquetipo garantista, lleva en sí la idea de una dispuesta entre dos partes, uno contra otro, y no uno contra dos, tres o más. La unificación de personería entre sujetos procesales con una misma posición en el litigio, que en el derecho procesal civil es una cuestión de orden, economía y realismo, en el proceso penal se transforma en una garantía de los derechos fundamentales del acusado”.

Esto dicho de manera general puede resultar medianamente cierto, pero yendo a los casos en particular, esta imposición puede generar varios problemas. Y específicamente en los casos de violaciones a los Derechos Humanos, considero que esta unificación de acusación resultará absolutamente perjudicial para las víctimas y querellantes.

En relación a los problemas que pueden existir, sin dudas el principal es decidir cuál es el interés que debe primar si las partes acusadoras no logran ponerse de acuerdo en la imputación o en el pedido de condena. En estos casos el código prevé que la decisión la tendrá el juez, pero es claro que podrá verse frustrada más de una vez la expectativa de la víctima si el juez opta por los criterios del fiscal.

Hay algunos autores que entienden que “acusación única” quiere decir que la facultad de acusar sería alternativa: o lo es de la querrela o lo es del Ministerio Público, entendiendo que cuando hay parte querellante, se deja de lado la acusación del Ministerio Público¹¹.

Sobre este punto se cuestiona la idea de que ello suceda así (es decir que sólo acuse la querrela y el fiscal sea imposibilitado de hacerlo), pues se vuelve a plantear como crítica que no debiera dejarse únicamente en manos de la víctima la acción, puesto que se volvería de alguna manera a la venganza, pretendiendo la querrela penas desmedidas¹².

Pero más allá de lo que crea cada uno, lo cierto es que no está claro como se resolverá en los casos concretos, y si el parámetro que tendría el juez para resolver las controversias serían los “intereses generales”, en últimas se resolverá de acuerdo a la subjetividad del propio juez. Lo que no me cabe

¹¹Así por ejemplo ver: De Luca Javier, La víctima en el proceso penal, modelo 2007, Publicado en y como: “Las transformaciones a la Administración de Justicia y el rol de la víctima en el proceso penal”, publicado en “elDial”, periódico jurídico por Internet: www.eldial.com.ar, del 17 de junio de 2008. También publicado con variantes como “La Víctima en el Proceso Penal, modelo 2007” en la obra colectiva “Las facultades del querellante en el proceso penal (de “Santillán” a “Storchi””, compiladora Sabrina Namer, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, agosto 2008, pág. 27.

¹²Sobre esto se ha escrito bastante denominando a los pedidos de las querrelas y a su irrupción en el pedido de graves penas y condena como “nuevo punitivismo” o “populismo punitivo”.

duda, es que atento el carácter del sistema penal selectivo y clasista, seguramente que la acusación será más gravosa para los de abajo que para los de arriba en la escala social, con o sin acusación única.

“Acusador único” en causas por violaciones a los DD.HH

En las causas por violaciones a los Derechos Humanos, es decir aquellas en las cuales el Estado por intermedio de su aparato represivo vulnera derechos fundamentales de los individuos, tales como el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, entre otros¹³, la idea de que exista una “acusación única” es contraria a la posibilidad de actuación independiente de las querellas justamente, en causas en que debe acusarse al propio Estado, lo que debe como mínimo ponernos una señal de alerta para evitar la impunidad de sus autores.

En la lógica de “expropiación del conflicto” por el fiscal, en este tipo de casos, lo cierto es que el fiscal que es el Estado, acusa al propio Estado figurado en el imputado. Así en una nota que escribimos con una colega hace ya tiempo afirmamos:

“Compartimos el planteo de Bovino, respecto de cómo queda redefinido el conflicto luego de la intervención estatal: autor del hecho y Estado. Y retomando nuestro tema central planteamos: ¿Qué sucede cuando el conflicto se trata de una violación a los derechos humanos?¹⁴ Nos preguntamos: ¿Cómo se redefine el conflicto en estas circunstancias? Y llegamos a una única respuesta: Estado y Estado.- Partiendo de esta premisa (Estado y Estado), el conflicto no puede analizarse en iguales términos que aquellos en los que víctima e imputado, son ambos particulares y se encuentran en una posición de relativa paridad. En las causas que analizamos, al que se pone en el banquillo de los acusados, es al Estado (figurado en el imputado), cuyo delito puede haber sido perpetrado utilizando el aparato estatal, o por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, etc. No obstante ello, será acusado por el mismo Estado, representado por el Ministerio Público, quien monopoliza la acción penal” (Dal Bianco y Sckmunck, 2009).

Está claro a esta altura que el punto de divergencia tiene que ver con la imposición de actuación común y acusación única a las partes querellantes que acusan al Estado, justamente con el representante de ese Estado, es decir el fiscal. Y el interrogante que surge es: ¿Puede admitirse esta imposición en este tipo de casos? Cabe admitir (incluso por mi propia experiencia como

¹³Casos de torturas, gatillo fácil, asesinatos y lesiones en represiones, vejaciones, privaciones ilegales de libertad, desapariciones forzadas, etc.

¹⁴Tal y como fuera antes descripta la violación a los Derechos Humanos.

querellante en este tipo de casos), que los fiscales, ósea el Estado, en la gran mayoría de casos, se niega a acusar o pedir condena para sí mismo, ósea para el Estado, y las condenas que se han conseguido ha sido por la lucha incansable de las víctimas que se constituyen como querellantes.

Es conocida incluso en nuestra provincia la enorme cantidad de denuncias contra la policía que son archivadas, y el muy poco número de ellas que llegan a una condena. Sin contar la denominada “cifra negra”, es decir todos aquellos casos de malos tratos, detenciones ilegales torturas en cárceles y comisarías que no son denunciadas por la propia vulnerabilidad de las víctimas que temen que ello agrave la situación de indefensión respecto de sus agresores cuando estos son policías. En síntesis, nadie puede negar la importancia de la actuación de la querrela en este tipo de casos para lograr que sean castigados los que llevan adelante este tipo de violaciones a los Derechos Humanos.

Como decía al inicio, entiendo que estas cuestiones no han sido debatidas ni analizadas lo suficiente, por lo que será sin dudas en el terreno más complicado para quienes luchamos contra la impunidad del Estado y sus fuerzas represivas donde tendremos que lograr que la voz de las víctimas de este tipo de delitos sea escuchada y que haya justicia en cada caso, con o sin el acompañamiento del Ministerio Público. En últimas, como la experiencia histórica lo demuestra, será la lucha del pueblo contra la impunidad de las fuerzas represivas, la que lograra este objetivo.

Referencias bibliográficas

Bovino, Alberto. (2006). “La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos”, artículo publicado en el sitio www.pensamientopenal.com. Disponible en el link: <http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/victima-como-sujeto-publico-estado-como-sujeto-sin-derechos>.

Dal Bianco, Ivana, Sckmunck, Romina. (2009). “Organismos de Derechos Humanos como parte Querellante”, publicado en Cuadernos del Colegio de Abogados y Procuradores del Neuquén, Número V.

Textos, contextos y pretextos.
El proceso penal como una manifestación cultural compleja

Germán Darío Martín

Fiscal de Delitos Juveniles de Neuquén

“No hay nada más político, y que requiera más límites éticos, que la decisión de una comunidad de resolver como quieren ser juzgados sus ciudadanos por infracciones penales”. (1)(2)

En primer término quisiera agradecer a Guillermo Berto y Laura Loncopan Berti por la invitación y celebrar la iniciativa, aunque debo decirles que desde que me convocaron me he acordado de ustedes por el desvelo de “la hoja en blanco”; no por falta de posibilidades de abordaje, sino justamente por lo contrario, por la abrumadoras posibilidades de pensar la reforma procesal penal en general y en la provincia del Neuquén en particular.

Confieso que no fue fácil porque me encontraba con la intención de no caer en lugares tan recorridos doctrinalmente de la reforma.

Por otro lado, me parecía que presentar cuestiones particulares del nuevo código o hacerlo desde una perspectiva técnica/semántica/literal, como por ejemplo desarrollar un juego interpretativo de los vocablos “*derogación/vigencia/implementación*” relacionado a los arts. 2 y 3 de ley 2784 y deducir de ello que tal vez estemos actualmente en la provincia sin Código Procesal Penal.

Considero que esos abordajes tal vez no sean tan atractivos y que además cercenarían el debate solo a un público y a un “*microclima*” profesional.

También me dificultaba aportar a la discusión sin repetirme y sin presentar un artículo autoreferencial o de síntesis en tanto una importante parte de mi libro “*Sistemas, Defensas y la Mcdonalización del sistema penal*” (FADECS-2012)

se lo dedico a este gran fenómeno socio/jurídico que significaron las reformas procesales penales en nuestra región.

Entonces el desafío personal planteado, era muy grande, era pensar un texto que pueda ser menos dogmático, pero más abarcativo y más **habilitante** de interlocutores para una conversación fructífera, aun resignando algunas explicaciones y profundidad que exigiría el desarrollo del presente texto.

Por lo cual, es posible que no haya respondido a la consigna, de lo que antemano pido disculpas.

También debo aclarar que son ideas, hipótesis, caminos posibles, insinuaciones y **sugestiones personales**, con algún grado de inestabilidad, pasibles constantemente de reflexión, de autocrítica y ojalá de crítica por parte de los potenciales lectores.

Cualquier reforma procesal penal es un evento sumamente complejo y que – como adelanté- permite múltiples abordajes. Así por ejemplo uno podría pensar la reforma en un marco geopolítico regional, o por el contrario, concentrarse en lo local. Se puede realizar un análisis hermenéutico normativo del tipo de las leyes comentadas, puede pensarse explicaciones pedagógicas a partir de dicotomías, puede tomarse sociológicamente como un evento social y cultural y actualmente, también desde una perspectiva de narrativa histórica. Es decir, ya se puede, y tal vez se deba, hacer historia de las reformas en general y de la reforma neuquina en particular. Sobre todo esta última que la creo muy rica y con muchos antecedentes, mas de los que se reconocen en las transcripciones del debate legislativo que aprobara la ley 2784.

Lo que quiero presentar en este documento está vinculado sobre todo, a **lo cultural y discursivo** que existe o existiría alrededor de las reformas procesales penales en un **marco regional**.

La idea es realizar un recorrido por lo que esquematizo como **modelos de reacción** al mandato de reforma (los textos), a partir de allí relativizar

dicotomías discursivas presentes en las reformas, brindarles algunos ejemplos de interacción de instituciones procesales y contexto cultural (los contextos) y por último sugerir algunas razones y consecuencias de lo que denomino **desculturalización** del proceso penal (los pretextos).

Ya nadie niega abiertamente la necesidad de la reformar el **tenebroso proceso** penal inquisitivo, por lo cual, haciendo un paralelismo con la teoría criminológica del etiquetamiento o **labelling approach**, podemos trabajar con la idea de cómo se reacciona a ese mandato.

Los textos

Entiendo que, en general, han existido “*tres modelos de reacción*” al mandato de reformar.

Voy a brindar algunas sintéticas características generales de cada uno, al efecto de organizarlos y explicarlos, pero advirtiéndole que no se trata de modelos cerrados, absolutos o que no los podamos encontrar fundidos en un mismo proceso.

Entonces: veamos los tres “*modelos de reacción*”:

El modelo endogámico: Es cuando la reforma es pensada y diseñada por los mismos actores judiciales a los que está dirigida y fundamentalmente respondiendo a sus propias necesidades. Lo cual la hace poco creativa, es más bien conservadora y en un ámbito donde la autocrítica no es precisamente una virtud, la hace necesariamente autocomplaciente. Es generalmente gerencial, introducida e instada por las élites internas; es personalista, tiende a pensar los cargos y las funciones a partir de los funcionarios actuales en la institución. No es **universalizable**. Es legalista, es decir, la reforma de la “ley” formal toma una central relevancia (es leitmotiv y lo convocante de la reforma). Por ello son postnormativas. Las preguntas que se imponen son: ¿Quién (qué persona), para quién (el cargo), qué hacemos con este cargo o con aquellos funcionarios?, es preocupación central las carreras profesionales internas y lo salarial. No es ideológica y no tiene visión criminológica del delito. Es más bien formalista (no realista), con estadísticas de producción propia un tanto

dudosas. Es burocrática, en el sentido de generar estructuras complejas prestando atención a la ingeniería administrativa y a los consensos internos. No obstante el consenso interno logrado el mismo es de matriz jerárquica. Su impacto mayor es en la estructura burocrática interna.

El modelo de gestión: También lo podríamos denominar productivista, procedimentalista o modelo pragmático (“*vamos a hacerlo*”). Es externo – no endogámico-, es universalizable. No es personalista, para el modelo los funcionarios son altamente fungibles. Son experienciales (o pretenden serlo). Funciona a partir de modelos de gestión validados. La característica de ser modelos externos, universales, lo experiencial y el trabajo sobre los modelos, hacen que esta modalidad sea fuertemente homogeneizante. Es reglamentarista, es decir la ley formal no es tan trascendente en el proceso de reforma. Es un modelo que no posee grandes interrogantes, sino respuestas a situaciones de gestión (cómo solucionar tal situación, por ej. el congestionamiento). Es agnóstica (no importa el ¿para qué? de la reforma), solo el ¿cómo hacerlo mejor? Entendiendo “mejor” como eficiente (rápido y barato) y eficaz (eficacia en función del proceso –más por menos- no eficacia teleológica). Sumamente vinculado a la producción de estadística fina. Pretendidamente técnico, cerrado e indiscutible, que sólo requiere aprendizaje y entrenamiento. No posee ni le interesa una definición criminológica del delito. Impacta en los procesos. Es **a-normativa**, estos modelos no requieren una cristalización legislativa estable.

El modelo culturalista: Este modelo parte de la base que el cambio de sistema procesal penal incluye un cambio normativo, pero sustancialmente es una transformación cultural (el famoso cambio de paradigma). Infinidad de situaciones, ritos, procedimientos, actitudes, vocablos, que por una cuestión práctica ubicamos en la “*tradición inquisitiva*”, poseen un impacto de gran profundidad cultural que excede sobremanera lo estrictamente procesal penal. En ese sentido, por ejemplo, aun cuando las religiones han perdido su incidencia axiológica colectiva, no van ser semejantes los valores alrededor del delito y del delincuente en una sociedad católica que en otra protestante. Más adelante traigo algunos ejemplos/hipótesis de este impacto.

Esta forma de reacción pretende trabajar sobre lo que considera “*nuestros problemas*” y no sobre las personas (endogámica) o sobre los modelos (gestión).

Pretende impactar en lo cultural (prácticas, percepciones y significaciones), haciendo hincapié en las prácticas, tradiciones, usos y costumbres actuales, las proyectadas y las expectantes (las buenas y malas). Toma en cuenta los significantes sociales, aun lo emocional, se permite ser más creativo, reconoce más las idiosincrasias y particularidades del territorio, ello necesariamente lo hace un modelo más abierto y democrático. Realiza o por lo menos intenta realizar estudios de **funcionalidad** político/ideológica de las instituciones procesales proyectadas y preguntarse por la genealogía de las cosas/instituciones.

Es integral, piensa a la ley y la reglamentación, porque hay impactos culturales en la ley, en la gestión y en las personas. Se pregunta: ¿Para qué? -la reforma es ideológica. ¿Qué justicia penal queremos y necesitamos?

Para este modelo la estadística real es importante, pero se permite trabajar con ideales. Es **pre-normativo**, permite modificaciones y cambios de prácticas previo a la implementación de “*la ley*”, por ejemplo con proyectos pilotos, programas especiales o cierta gradualidad en la reforma.

Entonces, desde una perspectiva culturalista, tal vez no encontremos dicotomías tan claras y tan difundidas por el discurso reformador como por ejemplo los binomios acusatorio/inquisitivo, moderno/arcaico, eficiente/ineficiente, escrito/oral, un antes/un después, entre otras tan propias de los discursos reformistas.

Los contextos

Actualmente desde el enfoque culturalista propuesto –contextual- podemos visualizar; entre otras formas de sistematización y asumiendo un alto riesgo epistemológico; dos ideas/fuerzas o principios rectores en el ámbito procesal penal occidental.

El primero, que se ha preocupado por establecer un sistema de garantías y resguardos frente al uso de la fuerza estatal cuyo objetivo es -o fue- esencialmente proteger la libertad y la dignidad del ciudadano -el imputado-, fundado en la relación bilateral de poder desequilibrada entre Estado/imputado (aceptación originaria e institucional de la selectividad). Se caracteriza por la búsqueda unidimensional de la “*verdad real*”. Con una constante evolución respecto a la presencia y participación de la víctima en forma directa en el proceso penal (**civil law**). Cargado de un fuerte componente de “*selectividad*” y de burocratización.

Desde el derecho penal sustantivo, esta primera idea se encuentra más vinculada a las escuelas clásicas y neoclásicas de la teoría del delito. Doctrinariamente con fuerte basamento en la doctrina continental europea, principalmente en la escuela procesal italiana (G. Carmignani, V. Manzini, F. Carrara, P. Calamandrei, F. Carnelutti, J. Chiovenda, entre los más importantes). Es de raigambre o contexto católico, densa y complejamente legislado. Proviene y se lo encuentra en países que han sufrido gobiernos autoritarios y dictaduras militares (Ej. Alemania, Italia, España, Argentina). Desde el punto de vista criminológico vinculado a la escuela *positiva*.

La segunda idea fuerza, es más flexible y tiende a lograr una aplicación efectiva de la coerción penal. Su objetivo es lograr la mayor eficacia al menor costo en la aplicación de la fuerza punitiva estatal. De lo expuesto se deriva la “*naturalización*” y aceptación de medios de investigación como la delación, el agente encubierto, el sistema de recompensas, las negociaciones en el proceso, los “*caza/recompensas*” privados, las investigaciones pro-activas, el agente provocador, la inmunidad y anonimato de testigos, hasta la aceptación de “*grados*” de tortura (acta patriótica estadounidense). Produce “*verdad procesal*” a partir de la tensión y habilidad de los contradictores. Posee una tendencia privatista del sistema penal. Esta idea se vincula a la tradición anglosajona y a la doctrina procesal estadounidense. Es de raigambre protestante y basada fundamentalmente en los precedentes jurisprudenciales (**common law**), donde la mayoría de las reglas procesales no son de origen legislativo. Se ha desarrollado en países con una larga tradición de estabilidad

democrática. No tiene reconocimiento jurídico procesal a la víctima. Esta segunda idea/fuerza, desde el derecho sustancial, se encontraría más vinculado a la escuela del *“funcionalismo”* penal, por el cual se privilegia al delito como infracción al Estado –al soberano y a la normatividad, produciendo el desplazamiento de las víctimas-. Abusando de esta perspectiva contextual, se podría decir que esta segunda idea se muestra poco permeable a la incorporación del Derecho Internacional de Derechos Humanos.

Tomando como eje estas dos ideas/fuerzas presentadas, intentemos realizar una *“lectura en clave cultural o contextual”* de algunas importantes instituciones procesales.

Veamos brevemente a los jurados, a la delación, la confesión y la fianza. Los tres primeros muy vinculados al tradición cultural católica cristiana.

En ámbito de comunidades con hegemonía cultural católica, aun inconscientemente, se observa al juicio por jurados con cierta desconfianza, porque remite directamente a un jurado popular que con un fuerte simbolismo condenó a Jesucristo –nada menos- a la cruz y liberó a un homicida, Barrabás. La cultura católica cristiana remite por lo tanto a que el juicio por jurados sería una forma *“bárbara”*, injusta e irresponsable de hacer justicia. Por lo cual el juicio por jurados, evidentemente, no va a tener buenas perspectivas de vida en estas comunidades. Nótese también la crítica despiadada y cruel de la cultura católica sobre Poncio Pilatos que desde una óptica neutral solo fue un juez imparcial en un juicio por jurados. Se podría pensar que allí se encuentra la genealogía de la creencia, la necesidad y la cultura de un modelo de juez pro activo o inquisitivo. Es decir un juez imparcial, no es un buen juez, porque frente a la necesidad de hacer justicia solo se *“lavaría las manos”*. Tal vez esto explique, parcialmente, la demora de 200 años en la implementación del modelo de jurados.

La delación tampoco tiene buena prensa en las comunidades católicas, mucho menos la delación compensada (procesal o económicamente) o en palabras procesales, la figura del **arrepentido** o las **negociaciones** que se dan en el

proceso penal, porque culturalmente remite a la escena de Judas delatando y entregando otra vez a Jesucristo por dinero.

En otro extremo encontramos la “*confesión*”, situación promovida por la cultura cristiana, jerarquizada y bien vista. Que tiene que ver con la reconciliación, con el pedido de perdón, con la “purificación del alma”, con un nuevo empezar, etc. Una institución que tiene tan “*buena prensa*” en el ámbito cultural social que no es raro que se traslade, se la promueva (la declaración indagatoria en el modelo inquisitivo no es una posibilidad de defensa, sino una posibilidad de confesión y arrepentimiento) o por lo menos no se la critique abiertamente en el proceso penal. En países de contexto protestante, por ejemplo, a la declaración del imputado/a se la despoja de todo tipo de interpretaciones “purificadoras” y son meramente testigos en causa propia con la obligación de decir verdad.

La fianza económica es una herramienta procesal valiosa y alternativa a la prisión cautelar, pero que en un sentido más agnóstico y más político/institucional, impacta en nuestro sentido de la “*igualdad ante la ley*” que tiene profundas raíces en nuestra historia política.

En ese contexto, la fianza económica se la observa culturalmente como un instituto que más bien fortalece y hace evidente la “*selectividad del sistema penal*” o la desigualdad –económica- en la persecución (y en la defensa) del sistema judicial. En nuestro contexto cultural la *fianza* puede ser tomada como una justicia para pocos (los adinerados) que además, si casualmente ingresan al sistema penal, aun pueden “*pagar para no ir a la cárcel*”. Este caso puede ser una fuerte imputación *deslegitimante* del sistema penal.

Tomé ejemplos del contexto cultural católico por ser el más cercano, pero la cultura protestante también ha influido y ha tenido intervenciones directas en el sistema penal por ejemplo la de los *cuáqueros* en las cárceles estadounidenses.

Los pretextos

¿*Cuál es la intención de enmarcar culturalmente las ideas procesales?*

En primer lugar porque soy de la idea que el delito mismo –ocasión del proceso penal- es un fenómeno cultural.

Además, porque entiendo que la decisión sobre un aspecto del proceso puede determinar, ser funcional o tener consecuencias en aspectos no analizados en el mismo proceso o en el sistema penal como un todo; que en un segundo momento de la reforma nos podrían sorprender, *¿Cómo hemos llegado hasta aquí?*

Entiendo que la **des-culturización** del debate sobre la reforma procesal penal, es decir entenderla sólo como gestión y cambio normativo, enmascara y distrae respecto de lo ideológico/político de la reforma.

Ello conlleva, en el mediano plazo, el riesgo de estar frente al dilema de aceptar las consecuencias no previstas –y tal vez no queridas-, de incorporar al proceso incoherencias o tensiones desde el punto de vista cultural (*“los olmos que dan peras”*) o de caer en reformas permanentes de las consecuencias no queridas, tan propias del sistema penal. La invisibilización de datos claramente culturales o políticos del proceso penal los **naturaliza** fortalece como datos obvios, estructurales, naturales, inmodificables e inevitables.

Contrariamente el estudio de las **funcionalidades** de una institución procesal, o de lo axiológico/cultural detrás de las mismas, es claramente una exploración que nos abre a un debate mucho más complejo.

En este marco conceptual, me permito por lo menos como hipótesis avalorada, pensar que la opción por el sistema acusatorio/adversativo es funcional a las teorías **normativas/funcionalistas** del derecho penal, a cierta metodología **preventiva de investigación judicial**, a la criminología **actuarial**, a sistemas complejos de protección de testigos y a fines **incapacitantes** de la pena. Disculpen aquí la terminología técnica y que la extensión del artículo no me permita desarrollar estas cinco hipotéticas consecuencias, no obstante dejo abierto el desarrollo de la conjetura propuesta.

Hoy el denominado “*expansionismo punitivo o penal*”, propio de la década del noventa hasta los primeros años del nuevo milenio, toma una dimensión más cualitativa, enfocado en lo procesal y en la relación de fuerzas locales. La retórica y metáfora “*inflacionaria*” sustantiva, es decir más leyes penales y más previsión de penas, ha dado espacio a disputas no explícitas (despolitizadas) procesalistas (más prisión preventiva, más quantum de pena, mas restricciones en la ejecución, entre otras).

En “*Macdonalización...*” describía este proceso como una lucha, de los mismos sectores conservadores, por la adecuación de la **criminalización secundaria** a la **criminalización primaria** en términos normativos; agrego a ello que también existió un traslado de la tensión del ámbito global a lo local, de lo sustantivo a lo procesal. Hay claramente una valorización y reconocimiento del derecho procesal penal y de la necesidad de su disputa por la reforma. No obstante en el viaje se perdieron las discusiones políticas ideológicas tan propias de los debates sustantivos nacionales.

Un viraje de un discurso más sustantivo/político a uno procesal/técnico, una transformación de los discursos estratégicos (orientaciones y principios) a los tácticos (herramientas), de una mirada constitucional a una mirada procesal.

Por último, esta **localización** territorial “*desestructura*” el debate –lo aísla– desde el punto de vista sociológico, económico, político y científico.

Entonces, ¿por qué o como se explica este proceso de *desculturalización* o de *Mcdonalización* (3), en mi particular sentido del neologismo?

En primer lugar, porque entiendo que detrás de posturas culturalistas también se pueden abrigar posturas altamente endogámicas/conservadoras que resistan la necesaria reforma procesal; y en segundo lugar por cuestiones prácticas, porque el discurso reformista debe persuadir o seducir a amplios sectores políticos gran parte de ellos conservadores.

En este proceso de persuasión y de lobby el “*menú*” de promesas y postulados del nuevo proceso penal se jerarquizaban según el oyente, en general las élites gubernamentales. Lo que llevó, por ende, a diferentes significaciones y expectativas en torno de la reforma procesal penal.

Tal vez ello explique cómo una reforma presuntamente progresista es asumida como propia por sectores políticos, por lo menos conservadores o que sostienen sobre otros temas del sistema penal por fuera de la “*agenda de la reforma procesal*”-cada vez más reducida-, posiciones reaccionarias.

Se observa que en el marco del discurso reformista existe lo que podríamos denominar una concepción – fundamentos y finalidades- garantista o progresista y una concepción neoliberal del sistema acusatorio.

La primera concepción está vinculada a la constitucionalización del proceso penal y en general a la democratización del Estado y la segunda con una fuerte preponderación del discurso eficientista/económico/productivista/cronometrista y afín a brindar respuestas neoliberales a la problemática del delito.

En el devenir del largo recorrido reformista los sectores progresistas, en su afán reformador resignan cuestiones que parecen coyunturales o anecdóticas, pero en esa ponderación y jerarquización entre cuestiones menos importantes y más importantes, tal vez se quede algo de la potencial fuerza política progresista de la reforma procesal penal.

En nuestra región, ambos argumentos reformistas se encuentran confundidos, pero ha sido fundamentalmente la concepción neoliberal quien -o con quien- hemos conocido públicamente al modelo acusatorio, aun cuando ello no sea explícito y se presente la misma como despolitizada (desculturalizada).

Si bien existe una pre-historia de las reformas procesales penales en la región, lo cierto es que estas tomaron su fuerza política en coincidencia, por lo menos

temporal, con el discurso único del modelo neoliberal que se imponía en Latinoamérica contando para ello con el financiamiento de agencias internacionales “*de desarrollo*” y de embajadas extranjeras.

Soy de la idea, entonces, que co-existen las dos **meta intenciones** en la reforma y que según el interlocutor se privilegia una u otro mensaje o discurso. Que ambos discursos –**pretextos**- coinciden o coincidieron coyunturalmente en una **agenda jibarizada** de la reforma procesal penal, esto es el dictado de nuevos **textos** legales de procedimientos. Pero que la tensión política/cultural del **contexto** no se encuentra resuelta y que debemos recurrir al antiguo axioma crítico de observación sociológica de “*la ley en la práctica*”.

La timidez política o la estrechez de agenda del movimiento de la reforma procesal penal, queda actualmente aun más patente frente a la incipiente avanzada reformadora de lo que se ha denominado “*democratización del poder judicial*”- que es en realidad del fuero penal.

A la vertiente progresista en el recorrido le queda como saldo algo no menos importante como es la adecuación normativa del proceso penal al bloque constitucional y seguramente cierto impacto positivo en la descongestión, en los tiempos procesales y en la transparencia del sistema.

A modo de *sugestión* personal me permito dos sintéticas reflexiones:

Primero que la agenda de la reforma del sistema de juzgamiento penal – desde un modelo culturalista- es más amplia y tal vez más profunda (a modo de ejemplo selectividad, cárceles, policía, juicio abreviado, selección de operadores) **no obstante ello el dictado de un código de procedimiento que rompa con la tradición inquisitiva/mixta es altamente auspicioso y valorable.**

Y segundo, que cuando se opta por un modelo procesal se está optando por mucho más que por un articulado normativo, por lo tanto tal vez nos exija estar atentos a las derivaciones funcionales de la opción procesal elegida.

Referencias bibliográficas

(1) "Sistemas, Defensas y la Mcdonalización del sistema penal" FADECS.2012. Pag.33.

(2) Por tratarse de un artículo de opinión evito referencias y citas textuales propias de un texto académico, de todas maneras lo expuesto es tributario e inspiración inmediata de las siguientes lecturas:

Alberto Binder, particularmente su libro "Política Criminal. De la formulación a la praxis", Ad-Hoc.1997.

Max Weber su texto "Ética protestante y el espíritu del capitalismo" Premia.1991.

Michael Foucault sus textos "La verdad y las formas jurídicas" y "Seguridad, territorio, población". Fce.2004.

Pat O Malley. "Riesgo, Neoliberalismo y Justicia Penal". Ad-Hoc.2006.

David Garland. "La cultura del Control". Gedisa.2005.

Máximo Langer. "Revolución en el proceso penal latinoamericano". CEJA.2007.

3) "A lo que importa a este trabajo Mcdonalización, no hace referencia sólo al origen geográfico de un modelo de proceso penal determinado, sino a la despolitización, pragmatismo y "des etización", si se me permite, del juzgamiento penal" (Sistemas, Defensas... Pág. 33).

Un necesario cambio de mentalidad y de políticas

Julia Marisa Stagnaro

Subsecretaria General del Sindicato de Empleados Judiciales de Neuquén

La reforma de nuestro código de procedimiento en lo penal nos impone un cambio de paradigma, que implica una transición de un sistema mixto a un sistema acusatorio puro, donde la función del juez de instrucción pasa a ser la de un juez de garantías que ordenará las medidas de carácter jurisdiccional, como por ejemplo un allanamiento o requisa personal, controlando la legalidad del proceso y con expresa prohibición de realizar actos de investigación, tarea que quedará bajo la responsabilidad exclusiva del fiscal, cuyo rol adquiere un mayor protagonismo, toda vez que estará a su cargo el inicio y trámite de toda la investigación.

Se exime a los jueces, fiscales y defensores de la obligación de “averiguar la verdad real” en pos de la “resolución del conflicto”, este sería el punto principal a destacar en tal proceso.

Se ofrecen otras alternativas de resolución de conflictos como **la mediación penal y la conciliación**, lo que implica no judicializar todos los hechos, teniendo en cuenta que la acción penal, que es una herramienta punitiva del Estado, debe ser aplicada como la última ratio legis, o sea como último recurso frente a determinados conflictos interpersonales y otros. Esta instancia va a permitir descomprimir el cúmulo de causas en los juzgados, evitando la investigación de un suceso que podrá ser resuelto en esta instancia de diálogo, que deberá ser guiada, necesariamente, por personal especializado en mediación penal.

Entiendo que la víctima podría sentirse más reconfortada con esta posibilidad de resolución del conflicto, que con la nula respuesta que puede recibir hoy de un sistema, que en muchos casos, termina archivando las causas por prescripción de la acción penal.

Si se realiza la implementación de esta forma alternativa de resolución de conflictos, de manera coordinada y responsable, con capacitación para el personal judicial y con las oficinas necesarias en los distintos puntos de la provincia, puede ser beneficiosa para la sociedad neuquina, ya que el Estado podrá poner más recursos en investigar los hechos que si constituyen un delito y que interesan a la sociedad.

Nos oponemos a cualquier tipo de tercerización o privatización de la justicia, rechazando la incorporación de otras instancias privadas onerosas (estudios jurídicos).

Principio de oportunidad

En la actualidad se instruyen causas penales por todas las conductas que constituyen un delito, porque se aplica el criterio de legalidad. A partir de la implementación del nuevo código, el fiscal tiene la facultad de investigar o no, determinados delitos, sin perjuicio de continuar aplicando el criterio de legalidad.

El último párrafo del art. 106 dice textualmente: “no corresponderá la aplicación de un criterio de oportunidad en los casos de delitos dolosos cometidos por un funcionario público en el ejercicio de su cargo o por razón de él”. En los incisos 1 al 5 del artículo hace una indicación taxativa de los casos en los que será procedente este criterio. Aquí hay que analizar que estamos frente a la posibilidad que un fiscal “elija” facultativamente, que casos va investigar y cuáles no, siempre dentro de los estrictamente enunciados en la ley; para los restantes casos se seguirá aplicando el criterio de legalidad.

Hay que ver con el devenir de su implementación cuales son los resultados, que también dependen de si la regla es el principio de legalidad y la excepción es el principio de oportunidad, o viceversa.

Actualmente, en la justicia neuquina se aplica el principio de oportunidad en el fuero penal del Niño: está previsto por el artículo 64 párrafos 3ro. y 4to. de la ley de Protección de Niños y Adolescentes 2.302. Allí, dentro de las

disposiciones que regulan el enjuiciamiento penal de Niños y Adolescentes, se establece que tanto si la denuncia ha sido interpuesta ante la policía como ante el fiscal, éste último, sin perjuicio de la investigación que sea necesaria en cada supuesto, PODRÁ promover la acción penal o solicitar el ARCHIVO de las actuaciones.

Juicios por jurados populares

Serán constituidos los jurados populares cuando se juzgue delitos contra las personas, la integridad sexual, delitos con resultado muerte o lesiones gravísimas, siempre que el Ministerio Público Fiscal solicite una pena privativa de la libertad superior a los 15 años, quedarán conformados por 12 ciudadanos guiados por un juez profesional.

El juicio por jurados populares es un gran desafío, teniendo en cuenta que aquí se trata de horizontalidad en la toma de una decisión tan trascendental, como es la aplicación de una pena privativa de la libertad o el sobreseimiento por un delito determinado. Si bien genera resistencia que una ama de casa, un obrero de la construcción o un profesional que no sea abogado, tomen decisiones judiciales, **estoy convencida que un ciudadano común tiene la capacidad de resolver de la manera más justa posible los casos que se sometan a un jurado popular.**

Si analizamos la falta de mérito dictada en favor de un asesino confeso (por parte de un magistrado como es el Dr. Marcelo Muñoz, un profesional del derecho), en el caso del asesinato de Braian Hernández de 14 años, **decisión revocada por unanimidad por la Cámara en lo Criminal de Apelaciones ordenando la detención del imputado y apartando de la investigación al juez interviniente,** nos da la pauta que **la ciudadanía común, despojada de preconceptos, corporativismo o artilugios legales, puede garantizar un proceso más justo.**

Oficina Judicial

conforme el anteproyecto de ley orgánica elaborado por el Tribunal Superior de Justicia no coincido con el perfil que se ha elaborado para el cargo de director,

porque se requiere título de grado en ingeniería industrial, administración de empresas, ciencias económicas o abogacía con especialización en gestión pública o afines y será cubierto por concurso público de oposición y antecedentes. Se está dejando de lado que estamos frente a la creación de una oficina que será auxiliar permanente de la tarea de los jueces, y entiendo que se pierde absolutamente de vista que estamos hablando de un proceso penal, con personas involucradas en una instancia represiva del Estado, cuyos Derechos Humanos deben ser respetados por sobre todas las cosas y este perfil es buscado apuntando principalmente a la gestión y la eficiencia. Se busca la excelencia judicial, convalidando los mandatos de un modelo de sociedad capitalista.

Si de optimizar recursos se trata, debería ser cubierto con personal de planta por concurso interno dentro de los profesionales del derecho penal que ya forman parte del recurso humano del Poder Judicial, y no buscando afuera a través de concursos externos, restando valor a la carrera judicial de quienes ya se han formado en el proceso penal. Lo mismo opino respecto del cargo de subdirector de la Oficina Judicial.

Queda pendiente el debate sobre la creación de la policía judicial, lo que implica profundos cambios, comenzando por una capacitación integral que incluya una fuerte formación en derechos y garantías de los ciudadanos, rol de la policía, dependencia de la misma al Poder Judicial, lo que puede llevar varios años para su posterior implementación.

Conclusiones

A medida que transcurra el tiempo se podrá evaluar el resultado de esta reforma y pongo énfasis en remarcar, que la mejor letra de una ley puede fracasar, si su reglamentación e implementación no van acompañadas de la decisión política, también, de destinar el presupuesto necesario para la creación de los dispositivos y programas que acompañen en forma inter-institucional e inter-disciplinaria la implementación efectiva de este nuevo código.

Como todo cambio genera resistencias, empezando por los jueces de instrucción que dejarán de ser juez y parte y pasarán a tener la responsabilidad de una dinámica judicial distinta, cuyo rol principal es garantizar la legalidad del proceso y ser protagonistas en las audiencias, abandonando el rol de investigación que hoy ejercen desde sus despachos (recordemos que somos viejos operadores con una nueva letra de la ley).

La justicia no será vista ni sentida como una institución JUSTA, en tanto y en cuanto no haya un cambio de mentalidad necesario, como es la aplicación de las normas jurídicas en un marco de tratamiento de los casos de violencia familiar o violencia hacia las mujeres y personas con distintas identidades de género, **desde un abordaje con perspectiva de género, lo cual nos impone una urgente formación en el tema para intervenir en los distintos casos desde “el conocimiento”.**

Aquí me voy a detener a analizar la reciente creación de la fiscalía de género, anunciada con bombos y platillos por el fiscal del Tribunal Superior de Justicia, José Gerez, Jefe de tod@s l@s fiscales.

Por supuesto que celebramos la creación de una fiscalía especializada para el tratamiento de los casos de violencia de género, en tanto y en cuanto no sea una mera enunciación de buena voluntad; porque, lamentablemente no se llamó a concurso para la cobertura del cargo de la fiscalía, no se estableció un perfil propio de la problemática a tratar y se omitió la capacitación necesaria para su abordaje.

Tampoco se creó un equipo interdisciplinario exclusivamente para coordinar acciones con los fiscales, poniendo la responsabilidad bajo la órbita del equipo interdisciplinario del Poder Judicial, que cuenta con profesionales de la carrera de Servicio Social y Psicología formados, pero que no dan abasto para atender las problemáticas del fuero de Familia y ahora le suman el trabajo de una fiscalía del fuero penal. Eso es flexibilización laboral y son cuestiones fundamentales que hacen al fracaso o al éxito de la creación de una nueva dependencia. Lamentablemente para la ciudadanía neuquina, el fiscal del

Tribunal no priorizó estos puntos que destaco, que hacen a la transparencia y ayudan a evitar la re-victimización en el proceso penal. Este es un ejemplo de porque tenemos que estar atentos, frente al poder del Ministerio Público Fiscal.

En la actualidad, continuamos desde el Poder Judicial dictando sentencias que re-victimizan a las víctimas y justifican la conducta del victimario y aquí no puedo dejar de referirme al fallo dictado por la Cámara Criminal Segunda en diciembre del 2007, en la causa en la que una menor de 12 años, dio a luz un hijo producto del abuso sexual cometido por un policía retirado de 73 años, extremo este probado con un examen de ADN. Por este aberrante hecho, tres jueces de Cámara entendieron que no hubo penetración sino que, el embarazo pudo haber sido a consecuencia de coito inter- fémora (eyaculación sobre las piernas sin penetración), aplicando una condena de 4 años y no el monto solicitado por la fiscalía de 11 años de prisión. Frente a ese fallo; escandalosamente misógino y apegado a un excesivo rigorismo formal, fuera de toda lógica (ya que no se le practicó un examen ginecológico a la niña), la fiscalía de Cámara guardó silencio no apelando la decisión y el victimario gozó siempre de prisión domiciliaria, residiendo pared de por medio con la casa de la víctima.

Entonces; surge claro que acercar la justicia a la sociedad, no pasa por cambiar en diferentes décadas de un sistema procesal penal a otro, sino en cambiar una forma de impartir justicia que implica sin lugar a dudas refundar un sistema desde lo ideológico, desechando una estructura corporativa, clasista, machista y misógina en pos de una justicia inclusiva, respetuosa de la diversidad, cuyas sentencias se basen en el análisis objetivo de la prueba y no en la condición social o sexual de la persona, o en el cargo de poder que ocupa y en consecuencia inclinar la balanza desde una decisión subjetiva.

Párrafo aparte merece el tema de la capacitación de todos/as los integrantes del fuero penal, empleados, funcionarios y magistrados, porque esta reforma impone la mayor responsabilidad, y es también una oportunidad de demostrar a la sociedad neuquina que la finalidad de la reforma del Código Procesal Penal tiene que ver con acercar la justicia al ciudadano común y

mejorar notablemente los resultados que todos esperamos, siendo efectivamente más garantista.

El éxito de la reforma procesal penal, tiene como principal actor al Poder Judicial neuquino, pero hay que dejar en claro que no es una responsabilidad exclusiva, sino que depende de la implementación de políticas de Estado que garanticen su efectiva aplicación en un marco de respeto de los DD.HH, que implica igualdad de oportunidades para la ciudadanía toda. Es una responsabilidad de los tres poderes del Estado, ya que las leyes complementarias serán dictadas por la Legislatura y la parte presupuestaria y creación de los programas propios para su funcionamiento, corresponden al Poder Ejecutivo provincial.

Una justicia inclusiva no puede ser impartida por un sistema judicial que funcione como un compartimento estanco; sino debe necesariamente abordarse teniendo en cuenta una democracia social, política y económica de inclusión, que permita una igualdad de oportunidades en el proceso penal y no una justicia para pocos, para garantizar intereses de los sectores con mayor poder económico, político o corporativo. La desigualdad social se potencia con la desigualdad del sistema judicial, por lo que es necesaria una modificación sustancial del orden social.

Lo antes dicho surge claro si analizamos por ejemplo la letra y la efectiva aplicación de la ley 2302, de avanzada en cuanto hace a proteger el interés superior del Niño. Ahora bien; el interrogante es: ¿Donde están los programas de contención que corresponden al Poder Ejecutivo para su efectiva aplicación?, ¿Puede el Poder Judicial trabajar interdisciplinariamente con otros estamentos del Estado?

La Justicia es la encargada de hacer cumplir las leyes; pero que pasa frente a la ausencia de camas suficientes de hospital, por ejemplo, para salud mental donde contamos con 15 camas para toda la provincia y se trabaja a cama caliente (sale un enfermo y entra otro que está en lista de espera) ¿Donde están los centros de rehabilitación en adicciones, las casas de medio camino,

los refugios de las mujeres que huyen de sus hogares por violencia de género?

Aquí hay una notoria ausencia de políticas de Estado que corresponden al Ejecutivo y como consecuencia de esa marcada ausencia del Estado, se multiplica la criminalización de la pobreza, porque las adicciones son un flagelo en nuestra sociedad y la violencia de género también y son la causante directa de muchas conductas que constituyen un delito.

La Legislatura también es responsable de la falta de tratamiento de leyes fundamentales como los proyectos de creación de un comité contra la tortura, que duermen tranquilos en los cajones, mientras los juzgados se abarrotan de causas por apremios ilegales, vejaciones u homicidios y otras violaciones a los DD.HH (ya se cumplió un año de la muerte de Cristian Ibazeta), o la falta de reglamentación de la ley nacional de Discapacidad, que hace más de una década espera su reglamentación a nivel provincial para su efectiva aplicación, provocando una re- victimización de la persona que sufre discapacidad y su familia, negando sistemáticamente los derechos de los más vulnerables e invisibilizándolos en la agenda de las prioridades del Estado.

Como contrapartida somos generosos con Caminos del Comahue, le condonamos deudas, les perdonamos que no realicen las obras viales que estaban establecidas por contrato, como por ejemplo en la ruta 7, que no cumplió con la construcción de caminos alternativos, accesos e iluminación.

Eso sí, la secretaría de Juicios Ejecutivos y la fiscalía de Estado van de la mano en la ejecución de deudas, aún por sumas irrisorias, como por ejemplo 500 pesos, por una deuda de impuestos inmobiliarios a una empleada doméstica jefa de familia.

Se torna indispensable descorrer el velo de la corrupción y transparentar con acciones concretas (reitero, de los tres poderes del Estado), la decisión política que pregonan los considerandos de la ley, que en teoría enuncia el interés de

acercar la justicia al ciudadano común (causa Temux, transcurre el tiempo para la prescripción, causa zona liberada, prescripta).

Es necesario y justo destacar que las críticas al sistema judicial penal de la provincia no implica meter en la misma bolsa a todos/as los que tienen poder de decisión respecto de la vida y libertad de las personas, también hay que resaltar que tenemos magistrados y funcionarios que son probos, comprometidos con la función, garantistas de los DD.HH, portadores de una ética y moral indispensable en estos cargos, y con una mirada inclusiva en el tratamiento de los casos penales.

De esos/as, nos enorgullecemos.

La reforma del Código Procesal Penal de Neuquén. Detrás de los lemas

Silvia Couyoupetrou

Licenciada en Trabajo Social. Maestrando en Criminología (UNL). Integrante de
Convocatoria Neuquina para la Justicia y la Libertad

El 24 de noviembre de 2011 se aprobó en Neuquén la reforma del Código Procesal Penal. Esa reforma, tan necesaria, se comenzó a discutir en esta provincia allá por 1998 y en 2001, cuando el país era un tembladeral, ingresaba el primer anteproyecto a la Legislatura provincial.

Por esas cosas de la historia será este año cuando deberá ponerse en marcha la reforma, un momento en que el ciudadano de a pie ha comenzado en todo el país a poner en cuestión al Poder Judicial, sus privilegios, sus oscurantismos, su burocracia y su inclinación a perseguir siempre a los más desfavorecidos y a tener mayores acuerdos procesales con los sectores más poderosos del sistema.

Revisando las versiones taquigráficas de la sesión de la Legislatura en la que se aprobó la ley, me atreveré a hacer un análisis de lo que Robert Merton llamaría “el detrás de los lemas”, lo latente de este debate, de esta reforma y de todo lo que aún queda por hacer.

La Constitución, la ley, la legitimidad de la norma

La reforma de la constitución nacional del año 1994 consagra el juicio por jurados en tres artículos. En el capítulo correspondiente a declaraciones, derechos y garantías, establece en el art. 24: "El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados". El art. 75 inciso 12 determina, como una atribución del Congreso: "Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social,.....y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados". En Cap. II de las atribuciones del Poder Judicial, el art. 118 reza: "Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de

acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados,....".

Se podrá decir que esa era la urgencia para la reforma del código, el juicio por jurados. Pero no era así, los postulados de la reforma son más amplios y ágiles. Oralidad, proximidad, publicidad, desburocratización, participación ciudadana, los lemas que recorrieron la reforma, aquí, en casi todo el país y algunos países de Latinoamérica.

Surge de la lectura de las versiones taquigráficas, el absoluto convencimiento y la unanimidad de criterios en estos postulados. Una justicia más humana, un juez imparcial, que no investigue y que sea garante del proceso, agencia de investigaciones, una víctima presente en la denuncia y durante todo el proceso penal, posibilidad de querellas, y querellas especiales para los niños/as y adolescentes, criterios de oportunidad para la resolución de conflictos, audiencias orales y públicas en todos sus estamentos, acceso a la información, publicidad, participación ciudadana.

Los lemas de la reforma implican dejar atrás a un fuero penal poco claro, con dependencia de los criterios del juez de instrucción, inconstitucional dado el lugar de parcialidad en el que se lo ubicaba hasta ahora, con estratificaciones jerárquicas cuasi militares, sin acceso a la información, excepto para las partes o por interposición de recursos, con víctimas las más de las veces indefensas, aún ante ese poder del Estado que debería protegerlas.

La persecución penal en manos del Ministerio Público Fiscal, con la apoyatura de una agencia de investigaciones, debería garantizar investigaciones ágiles, controladas por un juez garante de las mandas constitucionales y un Ministerio Público de la Defensa que equilibra el debate, y que le da al imputado la seguridad de que el Estado garantizará sus derechos y a la víctima la posibilidad de ser escuchada e informada.

Este proceso es el que simboliza la famosa estatua de la justicia, con los ojos vendados y la balanza en la mano. No cabe la menor duda, de que el cambio

es demasiado importante. Quizá por ello, llevó tantos años llegar a esta concreción.

Para llegar a esta ley, según consta en las versiones, se tomaron todos los anteproyectos existentes, se conformó una comisión interpoderes que funcionó en la Legislatura provincial y se escuchó la palabra del Colegio de Abogados, de la Asociación de Magistrados, de los Ministros del Poder Ejecutivo y de la Jefatura de Policía. También se puso la plata para contratar una profesional del derecho que coordinara esta comisión.

Sin lugar a dudas, había una decisión política firme de que la reforma procesal penal debía concretarse en ese tiempo y en esa gestión. Tal es así que la ley se votó por unanimidad en su tratamiento en general y solo en particular hubo disidencias. Hubo entonces un claro convencimiento de la importancia de esta herramienta procesal que vendría a agilizar y mejorar el fuero penal del Poder Judicial neuquino.

Proponía entonces sacar del medio el expediente y poner la palabra en forma de audiencia oral, horizontalizar y simplificar la estructura con un Colegio de Jueces y mejorar la comunicación garantizando publicidad de audiencias, a su vez era una garantía también para el imputado y para la víctima, en tanto que el proceso podría ser visto y “controlado” por el público.

Estos cambios, ya de por sí de gran impacto hacia adentro del sistema penal, traen como aporte el cumplimiento de la manda constitucional de la puesta en funcionamiento de los juicios por jurados, que se integrarán con ciudadanos, (se excluye a abogados, funcionarios públicos, militares o representantes de religiones), elegidos por sorteo público y que decidirán sobre la inocencia o culpabilidad de una persona acusada por un delito, para el cual el fiscal haya pedido más de 15 años de prisión. La pena será impuesta por un juez técnico, al igual que en todo el resto del proceso, en una segunda instancia del juicio.

Sin lugar a dudas, la reforma de esta herramienta procesal es importante, tal como lo dejaron plasmado todos los diputados provinciales en la sesión en que

se votó la ley, porque intenta cambiar prácticas burocratizadas y allanar el camino hacia un pronunciamiento judicial más rápido, más claro, y deja abierta una puerta a la participación de la ciudadanía en las decisiones importantes, como es la declaración o no de culpabilidad de una persona.

Esta ley viene a poner constitucionalidad en el proceso penal, tiene la legitimidad de la norma construida mediante los pasos legislativos correspondientes, surgidos de una decisión política acordada entre los partidos políticos mayoritarios representados en la Legislatura provincial.

Detrás de los lemas

Las reformas procesales, en Neuquén y en toda Latinoamérica, no surgen de la buena voluntad de ciertos actores sociales, son producto de la crisis de legitimación del Derecho como regulador del Estado.

En la sociedad moderna, el poder y los estados se organizaron teniendo como núcleo simbólico al Derecho, que funciona como el regulador de las relaciones jurídicas que sustentan los Estados democráticos (Foucault, 1989, 1995).

Los Estados democráticos y sociales han entrado en crisis, no una vez, sino muchas y cuando las tensiones sociales aumentan, los mecanismos jurídicos de regulación no alcanzan para controlar estas crisis, resultan ineficaces y comienzan las crisis de legitimación.

Las tensiones sociales son producto de procesos históricos, políticos y económicos que se aceleran en la década del noventa con la globalización y el neoliberalismo, que deriva en las crisis de los estados de bienestar y en la expansión masiva de la desigualdad económica. El estado social ya no puede garantizar derechos plasmados en la legislación y tampoco ofrece soluciones, lo que esto afecta la paz social y el sistema democrático. La crisis del 2011 en la Argentina es un ejemplo claro de esto.

Esta crisis de legitimidad, no solo se ha instalado por el fracaso del Derecho como instrumento de regulación, sino también, porque los sectores de poder

político y económico que entronizaron el Derecho como este dogma simbólico, y que mantienen el control del Estado (Melossi, 1992) han interpretado estas crisis de manera conservadora y suelen ensayar mecanismos funcionales de sensibilización de la opinión pública para reconducir estas crisis, especialmente en el sistema penal.

El sistema penal, es el que tiene la legitimación para el uso de la violencia. Por ende, es el encargado de mantener el “orden” en la resolución de estas crisis sociales. En esta búsqueda del orden se moralizan desde el poder del Estado la conducta de las personas y los grupos sociales, y se intenta su disciplinamiento en función del resguardo del orden, que no es más que el resguardo del modelo social, cultural, económico (Foucault, 1989, 1995; Pavarini, 2006; Melossi, 1992).

Por estos motivos es que la crisis de legitimación donde más se denuncia es en el sistema penal, porque el poder penal del Estado no resuelve crisis sociales sino que profundiza y agudiza las desigualdades. El sistema penal es selectivo y discriminatorio.

Esta gran discusión de fondo, que debería haber dado lugar a las respuestas para esta reforma, no se dio públicamente en Neuquén por más de una década. Los vaivenes políticos llevaron y trajeron la reforma según beneficiara más o menos a los sectores en el poder; sectores representados en el partido gobernante y en los partidos con representación mayoritaria en la Legislatura, en el Colegio de Abogados y en la Asociación de Magistrados. La reforma siempre fue un tema de expertos y de políticos. Como dice Michel Foucault (1995): “detrás de todo saber o conocimiento, lo que está en juego es una lucha por el poder”.

Cuando definitivamente se decidió impulsar la reforma, estos sectores no discutieron en forma pública las cuestiones de fondo. Se volvió a los lemas básicos: oralidad, publicidad, desburocratización, participación ciudadana, víctima presente; como si el sólo trasplante de estos lemas fuera la solución de

todo. Sin discutir qué Poder Judicial se pretende, para qué sociedad y en qué contexto histórico y político.

Hay que tener en cuenta que el Código Procesal Penal es una herramienta de las prácticas y es también una herramienta de política criminal. El Dr. Alberto Binder afirmó en publicaciones, conferencias, charlas y clases en la universidad, que si la reforma no servía para comenzar a perseguir otros delitos más complejos y tocar los centros de poder, algo no se estaba haciendo bien.

Esto se traduce claramente en lo que quedó plasmado en la reforma y también en el debate legislativo. La insistencia de un Poder Judicial más humano -sin aclarar por qué el actual es inhumano-, y que a través de la oralidad, la publicidad y la participación de la víctima lo harán mejor, más humano, más cercano al ciudadano.

El sistema penal es inhumano porque es selectivo, porque criminaliza siempre al mismo sector social, porque hay víctimas de género que el sistema penal revictimiza, porque no controla lo que sucede en las unidades de detención, donde pasan cosas inhumanas, como el asesinato, por ejemplo. No será más humano porque el juez y la víctima estén presentes en la misma audiencia, esto en todo caso, será un acto de justicia.

La víctima

La construcción “legal” de la figura de víctima que queda instituida por el nuevo Código Procesal Penal es claramente un modelo de nuestros tiempos postmodernos y que atraviesa coherentemente toda la reforma.

Art. 60 Definición de víctima. Este Código considera víctima al ofendido directamente por el delito y, cuando resultare la muerte de aquél, al cónyuge y a los hijos; al concubino, a los ascendientes; a la persona que convivía con él en el momento de la comisión del delito, ligada por vínculos especiales de afecto; a los hermanos; o al último tutor, curador o guardador. Para los efectos de su intervención en el procedimiento, la enumeración precedente constituye un orden de prelación, de manera que la intervención de una o más personas

pertenecientes a una categoría excluye a las comprendidas en las categorías siguientes.

Una definición de víctima completa que incluye los vínculos afectivos, pero de víctima individual, solitaria en sus afectos, en sus resguardos, y en sus posibilidades. La individualización como víctima solitaria que no forma parte de una comunidad (Bauman, 2003, 2011).

Al quedar plasmada la idea de que solo hay víctimas individuales, la sociedad, la comunidad ya no pueden ser víctimas de delito, por ende dejan de ser necesarias las asociaciones civiles y Organización No Gubernamentales, que representen intereses comunitarios y quieran ser querellantes. Tampoco es necesario que haya juicio por jurados para delitos contra la sociedad, como son los delitos que dañan el medio ambiente o los delitos de la administración pública. La sociedad no existe como víctima.

Lo dijo uno de los diputados - hoy ex - en el debate en particular en la Legislatura. Solo es víctima la persona ofendida y sus familiares y personas que el código establece en orden de prelación, por ende no hay más querellante que la víctima.

La víctima está sola con su representante legal ante el sistema penal, que de acuerdo a este código le da representación y voz, pero la desvincula de los lazos sociales que la transforman en ciudadana. “El Individuo es el enemigo número uno del ciudadano”, decía de Tocqueville (Zygmunt, 2003).

Infructuosos esfuerzos hicieron dos diputadas, hoy ex diputadas, para explicar que hay delitos como los que son en contra de la administración pública, y yo agregó hoy los delitos contra el medio ambiente, que no tienen víctimas individuales, sino que es la sociedad en su conjunto la que se ve amenazada, dañada y forzada a convivir con ciertas prácticas siempre impunes y que ante eso, muchas veces, la mayoría, se organiza colectivamente para defenderse de estos daños. **Pero esta valiosa reforma desconoce a la sociedad como**

víctima, la desmiembra y le quita el potencial de comunidad que puede y trabaja para el bien común.

Los delitos contra la administración pública generan daños colectivos. Por ejemplo, el funcionario que despilfarra los fondos de la salud pública y que la vacía de medicamentos, no genera una víctima, sino cientos. Son también por los que más deslegitimado está el Poder Judicial, el fuero penal y hasta el mismo sistema político.

Porque como bien se refieren en el debate legislativo, no hay persecución criminal por parte del Ministerio Público Fiscal de estos delitos, porque no hay instancia de acción pública de oficio. El fiscal está sentado en su silla esperando “la víctima”, mientras la sociedad es víctima acostumbrada de delitos de corrupción, que socaban a diario la credibilidad en las instituciones políticas.

La persecución penal y la acción penal recaen en un Ministerio Público Fiscal que en Neuquén no ha sido renovado por el Consejo de la Magistratura, sino todo lo contrario, ya que se mantienen los mismos fiscales que hicieron todo lo posible para que, como se remarcó en esa sesión legislativa, se cerrara la fiscalía de delitos contra la administración pública, decisión política si la hubo, que fue una clara señal y lo sigue siendo, que estos delitos no son de prioridad para investigar.

Cuando se descompone una sociedad en individuos, se corre el riesgo de que la indiferencia gane la partida, que es lo mismo que decir que los poderosos mantengan el control.

Juicio por jurados y participación ciudadana

Este es el otro gran lema de la reforma, que junto con la oralidad y la publicidad, viene a ponerle firma de distinción y valor a esta reforma.

La discusión de esta reforma se realizó, como señalé más arriba, en la comisión interpoderes que funcionaba en la Legislatura provincial. A este

espacio se convocó a los miembros de los poderes del Estado, al Colegio de Abogados y a la Asociación de Magistrados. Quienes estuvimos muy atentos a la reforma no vimos vocación de salir del recinto de la comisión legislativa para discutir la reforma con los ciudadanos de a pie, con los no expertos, con los justiciables.

Alguna que otra charla, con expertos, en el Colegio de Abogados, siempre en torno a los “que saben de la temática” pero siempre sin salir de los lugares simbólicos de poder. A pedido del Instituto Penal del Colegio de Abogados, un juez y un defensor fueron a un taller a un barrio. Allí, la realidad los colmó de tal manera, que uno de ellos reconoció públicamente que la distancia entre ellos y la realidad era abrumadora.

Se realizó una simulación de juicio por jurados, para los que había que inscribirse por Internet, en la sala de entrada de la Legislatura Provincial. Allí se abordó el mismo caso que se había tratado en otras provincias y que tuvo un nutrido público, entre periodistas, abogados y personas allegadas a la reforma y/o a la legislatura provincial.

Excepto estos ejemplos, no hubo vocación para salir de los recintos de Poder, el que quería participar tenía que conocer de la reforma y llevar una propuesta concreta, ir hasta allá, saber cuando, a qué hora, atravesar todos los puestos de seguridad que implica entrar en el palacio de las leyes. **En fin: que un ciudadano de un barrio popular jamás se enteraría que había personas definiendo leyes que un día podían definir su vida.**

La falta de participación en el diseño, condiciona la posterior participación, porque no hubo apropiación ciudadana de esta reforma, sino, expertos y políticos que decidieron que la que se aprobó fue la mejor reforma.

De la misma manera que no hay apropiación ciudadana de cómo funciona el Poder Judicial y de cuáles son los canales de acceso a la justicia, porque no hay desde el poder vocación genuina para que esto suceda.

Para llegar al juicio primero hay que transitar por el proceso penal, donde realmente suceden las cosas, donde se imputa un delito, donde la víctima debe ser reconocida como tal, donde debe tener toda la información necesaria para saber si quiere ser querellante, donde tanto imputado como víctima deben saber lo que les está sucediendo, y no quedar a merced de prácticas culturales que desconocen. Por más que escuchen y vean lo que sucede, sino saben lo que sucede, sino saben lo que les sucede, sino entienden el lenguaje en que se les habla, su participación será formal, no sustancial.

Hoy hay audiencias públicas donde se deciden las suspensiones a juicio a prueba, para lo cual se necesita el consentimiento de la víctima, y la mayoría de las veces los imputados desconocen lo que está sucediendo. Están a merced del acuerdo entre defensor y fiscal y no les queda más que confiar en que después, alguien les explicará.

Como ya dije, hoy por esta ley de reforma la víctima es individual y debe ser informada de todo el proceso, pero si no está, el proceso continúa en manos del fiscal. El Ministerio Público Fiscal de Neuquén, ha dado sobradas muestras de carecer de interés de perseguir delitos complejos sino hay víctimas, por lo tanto el control ciudadano del proceso penal, se ve desdibujado. Queda la publicidad, que implica que algún medio de comunicación tenga interés en ver los videos de las audiencias que, según dice el nuevo código, serán grabadas.

Actualmente, el grueso de las causas penales y por lo que las personas están presas tiene que ver con delitos contra la propiedad. Sus autores son jóvenes, varones de nuestros barrios populares. La víctima, a partir de las nuevas reglas de juego, podrá controlar el proceso penal si es informada correctamente y se resolverá en audiencia la suerte del victimario al momento, esto es, rápidamente. Las fiscalías suelen ser eficaces y el proceso penal será más rápido para imputar, procesar, condenar y en algunos casos encerrar, en palabras del profesor Pavarini, siempre a los mismos. Las causas de delitos complejos o delitos de corrupción, si existen, seguirán durando muchos años y, pareciera, sin espacio para que la participación ciudadana controle el proceso.

El juicio por jurados en sin duda, lo más relevante y rupturista que propone este código, que los ciudadanos puedan decidir quién es culpable o inocente. La pena será impuesta después por un juez técnico.

Estos ciudadanos serán elegidos de un padrón depurando las excepciones que establece el código, se hará sorteo en audiencia pública con la participación de La Lotería de Neuquén, y bajo la supervisión y atento control del Colegio de Abogados, la Asociación de Magistrados y entidades afines. Es decir, otra vez el poder y la corporación judicial controlando las instancias de este código, otra vez el control de los expertos, de los que saben, para garantizar que ciudadanos, no abogados, serán miembros de los jurados.

Para que se conforme el jurado el fiscal deberá pedir una pena mayor de 15 años. Esto es, homicidios con agravantes, casos en que sin duda estaremos todos conmovidos por el hecho, gracias a los medios de comunicación.

De acuerdo a las estadísticas oficiales, no habrá más de 10 o 12 juicios de estas características al año, si los hay. Un porcentaje mínimo de la totalidad de las causas penales que llegan a juicio. Al elegir un delito con penas tan altas, que implican hechos con características conmovedoras, se puede temer en caer en un punitivismo social particular, pero son riesgos que hay que correr. También se podría haber corrido el riesgo de darle la voz “al Pueblo” como resalta en el nuevo código para decidir en la culpabilidad o inocencia de quienes son imputados por delitos contra la administración pública, pero no, en este tema no se quisieron correr riesgos.

El pueblo está maduro para declarar la culpabilidad o inocencia de un presunto homicida, luego de toda una investigación penal, pruebas etc.; pero pareciera no estarlo para decidir si un funcionario público que, poniendo un ejemplo de fantasía, se lo imputa de haber recibido un suculento regalo por parte de una empresa a cambio de dejar pasar controles que luego impliquen la paulatina contaminación del cauce de un río del que se toma agua para el consumo, poniendo en riesgo la salud de la comunidad. Siempre y cuando, claro está, el Ministerio Público Fiscal estuviere dispuesto a investigar lo suficiente e

imponerle las agravantes del art.201bis del Código Penal y pedir 15 años de prisión para el funcionario y/o los representantes de la empresa.

Estos casos tampoco son tan frecuentes, y las investigaciones son bastantes complejas. Hay responsabilidades de todo tipo, por lo tanto no habría riesgo de que se hicieran tantos juicios, y siempre la acción penal estaría en manos de los fiscales. Pareciera que el riesgo no era tan grande.

En búsqueda de la legitimidad perdida

La reforma procesal penal, tan necesaria, como disputada, no puede ser sólo un trasplante de lemas eficientistas y ágiles que vienen a modernizar y hacer más rápido el accionar del fuero penal, selectivo, discriminatorio, con prácticas culturales que manejan estereotipos de delincuentes, con lenguajes encriptados, con alto grado de discrecionalidad.

Las reformas procesales deben traer aparejado la discusión del sistema penal en su conjunto, en su contexto histórico, social, político y económico. Debe preguntarse para quién es la reforma, para qué es la reforma, para qué modelo de Poder Judicial, para qué sociedad.

La crisis de legitimación del Poder Judicial de Neuquén y su fuero penal en particular, es producto de un Poder Judicial diseñado por el poder político para el resguardo del modelo de sociedad desigual en la que vivimos.

La reforma del Código Procesal sigue esta misma línea, desmembrando el potencial ciudadano de la víctima que pueda ser representada por organizaciones sociales. **El pueblo solo participará en la decisión de culpable o inocente de delitos conmovedores, pero individuales, y no de aquellos que puedan incluir al poder político y/o económico.**

Los conflictos sociales son, en parte, producto de la ausencia de políticas públicas específicas, que se diseñen para la inclusión de los sectores sociales más vulnerables de la sociedad. Esta ausencia deja a la policía como la representante del Estado en los barrios. La policía es quien gestiona y

selecciona los conflictos que serán llevados al fuero penal. Las estadísticas indican que la mayor cantidad de causas procesadas ingresan por preventivos policiales.

Ante esto, tenemos un poder político y judicial cada vez más concentrado en la ciudad de Neuquén y en el centro de la ciudad y que nos propone una reforma del fuero penal, bajo el viejo lema republicanita liberal de la igualdad ante la ley, como si los imputados fueran todos iguales, como si las víctimas fueran todas iguales, una reforma “progresista” con lemas ágiles, que pretende negar literal e interpretativamente lo que se le reclama hoy al Poder Judicial, mayor apertura conceptual, mayor descentralización para mejor acceso a la justicia, que la persecución penal no sea solo dirigida a los más desprotegidos del sistema social, entre otras cosas.

Esta reforma tiene una legitimidad formal, legal, pero debería buscar la legitimación social, la que solo logrará cuando desde el poder político y judicial estén dispuestos a revisar el esquema de diseño de protección al poder que se ha instaurado en la provincia hace ya demasiados años, y que tiene como contrapartida, cárceles llenas de hombres jóvenes y víctimas sociales producto de la desigualdad en la que vivimos.

Asumir esta posición en el análisis, no implica negar y reconocer la importancia de la reforma institucional. Se trató, como ya lo dije, de una reforma necesaria. Por el contrario, intento llamar a una reflexión sincera, que nos incluya a todos y todas, y que nos permita poner en discusión las razones históricas, políticas y sociales que llevaron al desprestigio y la deslegitimación del Poder Judicial y su fuero penal en particular

Aún falta el debate de todas las leyes que van a reglamentar este nuevo Código Procesal Penal. Hay que debatir una nueva ley orgánica del Poder Judicial, de los Ministerios Públicos, de la policía, una ley que pondrá en funciones un juez de Ejecución Penal. Sería bueno, en esta instancia, revisar los mecanismos de participación para la construcción de esas leyes.

La comunidad permanece ajena a esta reforma. Sería oportuno que diputados y diputadas, jueces, juezas y demás protagonistas salgan de sus recintos y le expliquen a la sociedad, al pueblo que deberá un día decidir, qué es la reforma.

Quizá así, se consiga algo de la legitimidad perdida.

Referencias bibliográficas

Agamben, Giorgio. (2003). *Estado de excepción*. Valencia: Pre-textos.

Bauman, Zygmunt. (2003). *Modernidad Líquida*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina.

Bauman, Zygmunt. (2011). *Daños colaterales, desigualdades sociales en la era global*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina.

Binder, Alberto. (2008). *La Política Judicial de la Democracia Argentina. Vaivenes de la Reforma Judicial*. Quito: Flacso.

Binder, Alberto y Obando, Jorge. (2004). *De las Repúblicas Aéreas al Estado de Derecho: El debate sobre la reforma judicial en América Latina*. Buenos Aires: Ad Hoc.

Foucault, Michel. (1989). *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Foucault, Michel. (1995). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Editorial Gedisa.

Ganón, Gabriel. (2000). "La lucha por el derecho o la reforma del sistema de (in)justicia: Algunas consideraciones comparativas sobre la cultura jurídica, las funciones del derecho y el protagonismo judicial", en *Revista Criminología Crítica y Control Social* N°2, Rosario: Juris.

Gutiérrez, Mariano. (2010). "Prácticas, discursos, funciones y disfunciones: Herramientas para entrenar la mirada crítica sobre el sistema penal", artículo publicado en el sitio www.pensamientopenal.com.ar. Disponible en el link: <http://new.pensamientopenal.com.ar/16022010/criminologia01.pdf>.

Melossi, Darío. (1992). *El Estado del Control Social. Un Estudio Sociológico de los Conceptos de Estado y Control Social en la Conformación de la Democracia (1990)*. México: Siglo XXI.

Merton, Robert. (2002). *Teoría y Estructura Sociales*. Buenos Aires: FCE.

Pavarinni, Massimo. (2006). *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Santos, Boaventura de Sousa. (1998) “La sociología de los tribunales y la democratización de la justicia”, en *De la Mano de Alicia. Lo social y lo político en la posmodernidad*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Versiones taquigráficas de las sesiones de la Legislatura de Neuquén de los días 23 y 24 de noviembre de 2011.

Los nuevos vínculos entre el Ministerio Público Fiscal y la ciudadanía

Pablo Gutiérrez

Abogado. Especialista en Derecho Penal y Ciencias Penales. Capacitador para la Reforma Procesal Penal del Centro de Justicia de las Américas.

En gran medida el éxito del nuevo sistema procesal penal de la provincia dependerá del trabajo del Ministerio Público Fiscal, el cual tendrá una gran responsabilidad y un gran desafío como es el de traccionar la reconciliación entre el servicio de justicia y la sociedad neuquina.

Pues, indudablemente será objeto de un gran número de demandas sociales, producto de las nuevas funciones asignadas por el Código Procesal Penal a la institución, en un contexto como en el que nos hallamos de incipiente apertura del Poder Judicial a la participación ciudadana en la administración de justicia.

Ello por cuanto, tendrá como principal función la de investigar la comisión de delitos, impulsar el proceso penal y determinar la participación punible, lo que generará indefectiblemente una gran expectativa social en cuánto a qué tipo de delitos se van a perseguir, cómo se los va a perseguir, por qué y cuáles son los objetivos de la persecución.

Es claro que ello implica una entrega importantísima de poder, ya que el Ministerio Público tendrá la facultad de decidir discrecionalmente qué investigar y qué no. No caben dudas respecto a que dicha prerrogativa es imprescindible para el funcionamiento normal del nuevo sistema, pues con dicha herramienta y con la posibilidad de dar un tratamiento diferenciado a los casos valiéndose de salidas alternativas o criterios de oportunidad, es la fiscalía quien marcará el ritmo y la carga de trabajo al sistema en general.

Ahora bien, dicho poder puede conllevar distintas arbitrariedades y utilizarse para garantizar impunidad para determinados delitos por lo que necesariamente debe tener su correlato y no puede ser otro que el control por

parte de la sociedad, para lo cual debe asegurarse un real acceso del ciudadano a la justicia.

Dicho acceso se logrará primero con un conjunto de acciones tendientes a:

- Promoción de derechos y educación civil para la ciudadanía.
- Explicación del nuevo Código Procesal Penal de la provincia y las nuevas funciones asignadas a los actores del sistema.
- Toma de conciencia y fomento de la importancia de su participación en la vida de las instituciones.
- Desburocratización y uso de lenguaje sencillo.
- Descentralización y acercamiento del Ministerio Público Fiscal a los barrios.
- Evaluación de las demandas de los ciudadanos.
- Interacción con distintos organismos para la satisfacción de las demandas.
- Creación de Programas para protección de víctimas y testigos.

Dichas tareas, entiendo, tendrán un doble beneficio. Por un lado, servirán al usuario del sistema para saber dónde dirigirse ante un conflicto penal, conocer las autoridades, sus derechos, las obligaciones de los funcionarios, etc. y, por otro, serán de muchísima utilidad para el Ministerio Público para posicionarse ante la comunidad y luego crear confianza en la institución.

Paralelamente, con la información recabada y de acuerdo a las necesidades sociales relevadas, el Ministerio Público podrá ir desarrollando sus propias políticas criminales que indiquen de manera clara y sencilla cuáles son las problemáticas detectadas, qué medidas se tomaran para abordarlas, qué delitos se perseguirán penalmente y en general cuáles son los objetivos de la institución.

Para ello, y de acuerdo a la experiencia de otras provincias y países de la región, es imprescindible la creación de sistemas de información y estadísticas, de fácil acceso, que permitan conocer cuáles son los propósitos de la

institución, qué recursos utiliza y si en definitiva se hace cargo de las demandas sociales en materia de persecución criminal.

Es así como el ciudadano podrá evaluar de qué forma se utilizan las prerrogativas entregadas al Ministerio Público y sólo así éste podrá fijarse metas concretas, visualizar la calidad y cantidad del trabajo desarrollado, los problemas institucionales y mejorar continuamente el servicio prestado.

Asimismo y con el fin ejercerse un control concreto sobre la discrecionalidad otorgada, tal como nuestro código receptó la participación ciudadana a través del juicio por jurados, también podría pensarse y avanzarse en el diseño de mecanismos que permitan dicha participación directa para evaluar al Ministerio Público Fiscal, máxime en sistemas como el nuestro en dónde sus titulares no son elegidos ni removidos por el pueblo.

A modo de ejemplo, se puede ver el modelo de la Comisión para la Investigación Judicial de Japón con la facultad de revisar la decisión de la no formulación de cargos por parte del Ministerio Público.

Así, si la víctima de un delito o un denunciante no están satisfechos con la decisión tomada por el fiscal, pueden solicitar la intervención de este Comité con una suerte de recurso de apelación.

Lo interesante de ello, es que el mentado Comité se encuentra integrado por once miembros de la comunidad, elegidos por sorteo del padrón electoral por períodos de seis meses. El Comité, al recibir una petición o de oficio puede revisar entonces las decisiones de la fiscalía cuando decide no ejercer la acción penal a su cabeza.

El dictamen del Comité es vinculante y obliga al Ministerio Público a revisar el caso. Si éste ratifica su decisión, el Comité debe nuevamente evaluarlo y si considera que efectivamente debe investigarse, se designa un abogado para que cumpla las funciones del fiscal e impulse el proceso penal contra los sospechosos.

Como dije, esto es sólo un ejemplo y cualquier mecanismo que prometa transparencia y participación ciudadana debe ser bienvenido y discutido pues solo así se podrá construir confianza en las instituciones.

Claro está, que para cumplir con dichos deberes estatales será necesario un poder político que sepa dirigir el cambio imperante tanto de las instituciones en general como el de la sociedad, al cual le tocará la importantísima tarea de sancionar todas las leyes complementarias al nuevo Código Procesal Penal, incluso la ley orgánica del Ministerio Público Fiscal.

Diversidad cultural y proceso penal

Micaela Gomiz

Abogada. Secretaria Ejecutiva del Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas (ODHPI). Miembro fundadora de la Asociación de Abogados/as de Derecho Indígena (AADI).

La provincia de Neuquén ha reformado su Código Procesal Penal y como ocurre en casi la totalidad de las modificaciones legislativas, institucionales o de aplicación de políticas públicas, lo ha hecho sin darle participación al Pueblo Mapuche.

Aunque, como veremos, se incluyeron referencias explícitas para reconocer derechos derivados de los reconocimientos constitucionales vigentes, las decisiones se tomaron a puertas cerradas en la Legislatura provincial, sin realizar ningún proceso de consulta con las instituciones representativas indígenas propias del Pueblo Mapuche, tal y como manda el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que es superior a cualquier normativa provincial y que debió obligatoriamente cumplirse en este proceso.

El art. 6 de dicho tratado internacional, que Argentina ratificó en el año 2000, obliga a los Estados a consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas que puedan afectar sus intereses. Esta obligación estatal se traduce en un procedimiento que no puede llevarse a cabo de cualquier modo, sino que debe realizarse de forma tal que sea respetuosa de los estándares fijados por el derecho internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas. En tal sentido, debe tratarse de un mecanismo “apropiado”, diseñado y ejecutado “de buena fe” y respetuoso de las costumbres de los pueblos indígenas y del derecho consuetudinario. Por lo tanto, no puede contrariar las formas de representación, de organización y de toma de decisiones de las comunidades indígenas.

La omisión de un proceso de consulta con los requisitos exigidos internacionalmente tampoco fue suplida por la mera participación legislativa en el debate de miembros de la cultura mapuche. Esto es así, ya que no se han

establecido mecanismos de representación que tiendan a incorporar la multiculturalidad que en 2006 aceptó el texto de la constitución provincial. No existe una ley de cupo indígena para las listas de los partidos políticos, no hay tampoco un número de bancas legislativas que deban ser cubiertas por diputados indígenas, ni existen métodos de promoción de la participación política de los representantes indígenas en los órganos estatales de toma de decisión.

El texto que finalmente fue aprobado por la Legislatura tiene algunos avances importantes, pero a su vez ha omitido la regulación de aspectos centrales de la autonomía indígena y de la relación de ella con las atribuciones del Estado, como lo es la justicia indígena.

En el art. 19 se ordena tener en cuenta la diversidad étnica y cultural en los procedimientos. Este artículo no viene más que a recepcionar la nueva concepción que ampara los derechos de los pueblos indígenas que propone respetar la diversidad y no tender a uniformarla para así lograr una pretendida igualdad irreal.

Sin embargo, este reconocimiento genérico de la diversidad cultural no fue finalmente acompañado de un reconocimiento específico que contemple todas las obligaciones que surgen del Convenio 169 de la OIT.

El art. 109 establece que: “Cuando se tratare de un hecho cometido por un miembro de un pueblo indígena se aplicará en forma directa el artículo 9.2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”. El artículo del Convenio que menciona el texto transcrito ordena a las autoridades y a los tribunales que tienen que pronunciarse sobre cuestiones penales, tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

La interpretación de la norma debe hacerse a la luz del art. 40 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas que establece que: “los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los Estados u otras

partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. **En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos”.**

Este artículo cobra una relevancia fundamental para que el sistema penal trate a los imputados indígenas, al menos, en igualdad de condiciones respecto del resto de los imputados ya que: “el respeto a las garantías del imputado indígena impone el obligado conocimiento de su cultura, sus costumbres y derecho consuetudinario por parte de los jueces con competencia para decidir en cada una de sus etapa” (Salgado, 2011). En todos los casos en que llegue a conocimiento de jueces y fiscales el carácter indígena de alguno de los imputados, será necesario que los mismos profundicen sobre las particularidades propias de esa comunidad o pueblo, sus características económicas y sociales, su derecho consuetudinario, valores, usos, costumbres¹ e incluso la relación que ese pueblo tenga con los bienes jurídicos involucrados en los hechos investigados.

Aunque la remisión que hace el artículo es altamente positiva, es lamentable que no se hayan buscado mecanismos legales para hacer efectiva esta garantía procesal. El texto pudo ser más específico puesto que sería necesario establecer normas en relación a la teoría del delito, a las penas, las pruebas, las recusaciones, etc., que conduzcan a llevar a la práctica la adecuación a los parámetros que impone el reconocimiento de la diversidad cultural.

Por último, pese a que estuvo en discusión durante el debate parlamentario, finalmente la voluntad oficial fue eliminar del proyecto de Código Procesal Penal un artículo que receptaba la jurisdicción indígena en el juzgamiento de los delitos producidos dentro de una comunidad, tal como lo establece el art.

¹Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam, sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrafo 178.

9.1 del Convenio 169 de la O.I.T., con el argumento de que eso constituía “un Estado dentro del Estado”.

El Convenio mencionado recepta las formas propias de resolución de conflictos con el límite de que no se vulneren Derechos Humanos. Los casos penales están expresamente previstos y se torna obligatorio para los Estados cuando se trata de miembros de dichos pueblos.

El artículo desechado, reconocía el derecho consuetudinario de los Pueblos Indígenas para la aplicación en conflictos que afecten bienes jurídicos comunitarios o de sus miembros. El efecto que el proyecto otorgaba a la resolución del conflicto era la extinción de la acción penal, el texto permitía que ese derecho tenga efectos extra - comunitarios previa constatación por un juez y requería acuerdo entre el imputado y la víctima o su familia.

Como se dijo, tanto el Convenio 169 como la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, reconocen el derecho de mantener los sistemas propios de justicia, tanto por el reconocimiento del derecho consuetudinario como por el de los órganos jurisdiccionales. Y esto significa que es necesario asumir que el reconocimiento del hecho de que cohabiten, dentro de los límites de un mismo Estado, sistemas de regulación social diversos, trae aparejado ciertas consecuencias prácticas, incluso, para la política criminal.

Ciertamente estamos en un momento histórico donde las relaciones entre el Estado y los Pueblos Indígenas han mejorado sustancialmente, ya que se han dejado atrás los modelos **segregacionistas y asimilacionistas** de relación, para pasar a uno donde la perspectiva es la de la **diversidad cultural**. Este es el telón de fondo, el paraguas que debe contener las nuevas regulaciones en materia legislativa, ya sea en normas de fondo o adjetivas. No es otra cosa que hacer realidad lo que se ha denominado como **pluralismo jurídico**, que puede definirse como: “la existencia simultánea –dentro del mismo espacio de un Estado- de diversos sistemas de regulación social y de resolución de conflictos, basados en cuestiones culturales, étnicas, raciales, ocupacionales, históricas,

económicas, ideológicas, geográficas, políticas, o por la diversa ubicación en la conformación de la estructura social que ocupan los actores sociales” (Yrigoyen Fajardo, 1994).

Y como nos advierte la Dra. Silvina Ramírez (1999), esto implica repensar la justicia penal, flexibilizarla, hacerla más receptiva: “pensar que es posible que las valoraciones puedan surgir como producto de un proceso que tiene diferentes raíces, y que no necesariamente surgen de la mirada occidental” (Ramírez, 1999).

No está en duda la operatividad de las cláusulas que reconocen la jurisdicción indígena, sin embargo, las problemáticas involucradas imponían la necesidad de una regulación puntual sobre el tema. Claro, aún queda la opción de recurrir a una ley especial con participación indígena que se ocupe del tema.

Referencias bibliográficas

Salgado, Juan Manuel. (2011). “El derecho constitucional a la identidad: una garantía procesal del imputado indígena” en Revista La Ley, Buenos Aires.

Yrigoyen Fajardo, Raquel (1994). *Constitución, jurisdicción indígena y derecho consuetudinario. Colombia, Perú y Bolivia*. Barcelona: Editorial Mimeo.

Ramírez, Silvina. (1999). “Diversidad cultural y sistema penal: necesidad de un abordaje multidisciplinario” en Revista Latinoamericana de Política Criminal, año 4 núm. 4: “Justicia Penal y Comunidades Indígenas”, Buenos Aires: Editores del Puerto, pág. 77.

[FdE]

Fuera del Expediente