

**PONENCIA PARA EL LAS XII JORNADAS NACIONALES PARA EL
MINISTERIO PÚBLICO**

REFORMA AL CODIGO PROCESAL PENAL DE LA NACION

**LA NUEVA REFORMA AL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN: En
sus peligros y adversidades.-**

Por Marcelo Castañeda Paz

"... y pensar que la única palabra que se repite en el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional es la palabra Justicia..."

I.- CONSIDERACIONES GENERALES:

La sanción de la ley 23.984 podría considerarse, a nivel jurídico, como el gran logro de la década pues terminó con cien años de vigencia de una ley anacrónica, rigorista y lenta como lo era la ley 2372.

Esta ley transformó el viejo sistema inquisitivo en un sistema acusatorio mixto que, además de la revolución planteada trajo aparejado una reforma total en la justicia penal, instaurándose por fin el juicio oral y público.

Este cambio otorgó mayor claridad y celeridad en los juicios y sumándose a ello un mayor respeto de las garantías constitucionales.

La doctrina recibió este cambio como una ráfaga de aire fresco que sacudió de la modorra a los procesalistas y la jurisprudencia debió hacerse eco de estos cambios complementando la ley con sus decisiones para resolver cada caso en particular.

La inclusión de nuevos institutos como el Juicio Abreviado y la "Probation" dotaron a nuestro derecho tanto de fondo cuanto de forma de instrumentos legales modernos y novedosos para resolver mejor los conflictos, pero aún falta.

Habiendo recién comenzado a caminar y "dominar" en sí a esta nueva ley, vemos cómo, camuflado de reforma parcial, nos quieren imponer un nuevo código.

Esta nueva reforma donde la diferencia existente entre las partes no sólo no se equipara sino que se hace mayor, donde se confunden los roles de a

quien el Estado le ha otorgado la Jurisdicción y de a quien se le ha encomendado el ejercicio de la acción penal (art. 120 de la C.N. y 5 del C.P.P.N.) dista mucho de lo que se pregona en su nota de elevación y repugna tanto a la Constitución Nacional cuanto a los Pactos Internacionales.

En este momento de descreimiento total en la justicia entendemos que sería contraproducente un cambio tan drástico como el que se pretende pues solamente conseguiríamos acentuar ese descrédito debido al sentimiento de fracaso que generaría respecto de la ley procesal vigente.

La presente ley 23.984 no sólo no ha fracasado sino que cada día se adecua más a nuestro derecho. Hacen falta reformas, sí, claro que hacen falta, pero sólo unos pequeños retoques y no algo que modifique en su casi totalidad como quieren hacerlo, lo que debemos adecuar no es la ley sino la mentalidad.

Tal como siempre dije los nuevos institutos del derecho penal necesitan no sólo un tiempo para su afianzamiento sino que representan un desafío: El desafío de cambiar la mentalidad.

II.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS:

Tal como expresara en el ítem anterior la modificación que se plantea desde el Poder Ejecutivo otorga al Ministerio Público Fiscal, a través del art. 65 inadmisibles atribuciones de neto corte jurisdiccional, las cuales se contraponen con el rol de *"representantes del interés general de la sociedad"* en la persecución del delito que les otorga el art. 120 de la Constitución Nacional.

Una muestra clara de lo que estamos sosteniendo es que el proyecto prescribe que el Ministerio Fiscal *"practicará la investigación preparatoria"* que *"a tal fin, dirigirá a la policía y demás autoridades de la prevención"* y finalmente alude a que *"En todos los casos incumbe a la acusación probar la materialidad de los hechos y la responsabilidad penal de imputado"*

Si bien prescribe que la actuación de los fiscales será tal como lo prevé la Ley Orgánica para el Ministerio Público, destruye lo que es la organización en espejo existente en la actualidad entre el Poder Judicial y los Ministerios Públicos, tanto Fiscal cuanto de la Defensa.

Comete el gran error de tratar de manejar al Ministerio Público Fiscal como si fuera un gran estudio jurídico, es decir que un solo fiscal lleve adelante toda la causa, evitando así los controles que son propios dentro de ese Ministerio

a través de las distintas opiniones que se van plasmando en cada una de las instancias.

Diferente es el criterio que debía adoptarse respecto del Ministerio Público de la Defensa ya que, como he dicho en oportunidades anteriores sí podría (debería) ser un solo Defensor quien lleve la causa desde un principio hasta el final. Si tenemos en cuenta que la defensa admite distintos matices en cuestión de estrategias procesales y en la independencia de cada uno de sus Magistrados resulta difícil coordinar un accionar - como sucedía por ejemplo en Capital Federal cuando ejercía este Ministerio en esa jurisdicción -, cuando las causas se sortean y no se sabe a qué defensor le tocará cada una, o a qué Tribunal, así como saber cuál será el Defensor actuante al momento del juicio, y así coordinar una estrategia común con el defensor que actúa en la etapa instructoria.

A esto se suma la relación de confianza que se crea entre Defensor y defendido, lo que le posibilita a quien ejerza el ministerio lograr un mayor conocimiento de la psiquis del imputado y los motivos que lo llevaron a delinquir, pudiendo así lograr una mayor recuperación, una mejor defensa y una mayor aceptación en caso de condena, lo que derivará en un mejor comportamiento posterior en el caso de que llegue a una sentencia condenatoria.

El proyecto propicia en su art.174 que todas las denuncias deberán ser recibidas por el Fiscal. En el Código procesal vigente en la Pcia. de Buenos Aires, se ha implementado esta modalidad que dio como resultado la imposibilidad material de que las denuncias sean recibidas por los Fiscales quienes delegan esta función en la policía.

El juez sólo toma conocimiento de la existencia del hecho denunciado cuando el Fiscal le pide la desestimación (art. 180) y si es que el fiscal se la pide. En este caso el juez que no estuviere de acuerdo con las consideraciones del fiscal sólo podrá elevar la causa en consulta al Fiscal General, quien de coincidir con los dichos del fiscal actuante la desestimación será obligatoria para el juez.

En este punto específico estamos ante la flagrante violación a la garantía de la doble instancia es decir de la posible revisión del decisorio judicial por un órgano de superior jerarquía (Cámara o Tribunal Oral) caen ante los designios de un superior jerárquico del fiscal, que en definitiva puede llegar a ser el Procurador General.

¿Qué grado de ecuanimidad podemos asignarle a quienes son, en definitiva, partes de un proceso?. ¿Cómo garantizar la misma ecuanimidad que tendría un órgano colegiado cuando generalmente en su seno hay disidencias?

El actual Código Procesal consagra en sus arts. 348 y 460 las posibilidades que tiene el juez en caso de discrepancia con el fiscal, las que no explicaré pues las considero conocidas por todos.

La ley 23.984 consagra el principio "ne procedat iudex ex officio" donde plasma la imposibilidad del juez de asumir el rol de acusador, dejando en manos del fiscal el formular el requerimiento de instrucción.

De allí que éstas y otras disposiciones ponen de manifiesto la diferenciación de funciones de cada uno de los sujetos que integran el proceso penal. Por un lado las partes –el fiscal, que es quien deberá llevar adelante la acción formular peticiones y recursos; el defensor que es quien deberá defender los derechos del imputado resguardando así el principio del debido proceso legal- y separadas de ellos la persona del juez, con el deber específico de instruir y decidir y es, en definitiva, quien desde afuera resguarda la legalidad del proceso, poniendo en un verdadero plano de igualdad a las partes.

Quiero hacer un alto en el art. 188 porque cambia sustancialmente el modo actual. No existe mas el Auto de Procesamiento, se cambia por un Decreto de determinación de los hechos.

Esto acentúa lo que venimos diciendo ya que el auto de procesamiento es -según lo prescribe hoy el art. 306 y siguientes del C.P.P.N.- "... Una decisión judicial emitida por el juez a cargo de la instrucción que, bajo la forma de auto, analiza la prueba colectada, conforme a las reglas de la sana crítica para llegar a la creencia, prescindente de la certeza plena de que se cometió un delito y que el imputado fue partícipe de él (autor, cómplice o instigador). Su reconocimiento importa el mérito de la imputación y es ineludible aún en el caso de que la instrucción hubiera sido delegada en el fiscal..." (Código Procesal Penal comentado Navarro y Daray pag. 634), y que es posible su revisión por un órgano colegiado (Cámara o Tribunal Oral en su caso). En cambio el nuevo decreto de determinación de los hechos es el decreto por el cuál el fiscal delimita el ámbito de la investigación, pero puede ser ampliado y/o modificado en el transcurso de la investigación.

Así entonces por este decreto la investigación de los hechos queda delimitado por lo que determine el fiscal y bajo su exclusiva conducción. El resto de las partes –defensa y querella- solo pueden pedirle "aclaraciones" al fiscal cuando no estén de acuerdo. Esto implica que el fiscal es quien resuelva ese pedido y solo cuando el fiscal no hiciere lugar a las aclaraciones solicitadas y solo cuando no hiciere lugar a las aclaraciones que se le solicitan y estuviere en grave peligro el ejercicio de la defensa (circunstancia que en definitiva queda a exclusivo criterio del fiscal determinar) podrá el imputado o la querella plantear el caso ante el juez de instrucción.

Con esta determinación se destruye el principio de congruencia que actualmente existe en el Código Procesal Penal entre el Requerimiento de Instrucción (art.188) – Indagatoria (art. 294) – Auto de Procesamiento (art. 306) y Requerimiento de Elevación a Juicio (art. 347).

Pasemos ahora a considerar lo que es la investigación preparatoria que se enmarca en los supuestos del art. 193 del proyecto.

Este artículo confiere al fiscal la dirección y decisión respecto de la investigación, etapa que, sin duda, marcará todo el proceso, tanto en los hechos cuanto en las pruebas sobre el que se substanciará el debate.

Como Defensor Oficial entiendo que debería prestar especial atención a los presupuestos que nacen a partir del art. 195 donde habla específicamente el derecho de defensa.

Ya desde el inicio se dispone "... se garantizará el derecho de defensa..." ¿Cómo puede garantizar el derecho de defensa quién ejerce la acusación, si en sus manos está la recolección de pruebas de cargo y el de aceptar o no el pedido de realización de pruebas solicitadas por la defensa?

Aquí debe hacerse un nuevo alto. Por imperio de los arts. 201 y 202, es el fiscal quien decide respecto de la viabilidad de las pruebas solicitadas tanto por la defensa cuanto por la querrela y esa resolución puede ser revisada por el Juez, quien resolverá en el término de tres días sin la posibilidad de apelación, cuando el defensor o la querrela manifiesten que las pruebas que se solicitan deben ser realizadas con urgencia pues su no realización podría perjudicar el esclarecimiento de la verdad.

Se estipula el tiempo de duración de la investigación preparatoria en cuatro meses prorrogables por dos meses y excepcionalmente por nuevos dos meses y luego de ello recién se realizarán las pruebas que hubieren solicitado la querrela y la defensa.

¿Cuánto tiempo se alarga el proceso con esta nueva modalidad que se pretende?

Con esto se pierde la rapidez que se había ganado con el Código vigente.

Con todo lo dicho dejo sentado que a mi criterio la garantía del derecho de defensa es realmente una falacia pues en resumidas cuentas es el fiscal quien recolecta las pruebas, decide cuales produce y cuales no y su resolución es solo puede ser revisada cuando se solicita al juez por razones de urgencia o bien una vez terminada la etapa preparatoria.

Pero esto no es todo lo que podríamos decir al respecto ya que de acuerdo a lo que disponen los arts. 361 y 368 del proyecto.

Mediante la primera de estas normas cuales se pretende otorgarle celeridad al proyecto, mas se termina de deshacer todo cuanto se pudiera hacer en favor de la defensa del imputado ya que cuando una persona estuviera detenida el debate deberá llevarse a cabo en el plazo de un mes.

Ahora bien si tenemos en cuenta que la etapa preparatoria ha sido conducida por el fiscal y la única oportunidad que tiene la defensa de lograr la producción de pruebas que hagan al resguardo de los derechos de su asistido será ese mes por medio de la solicitud de una instrucción suplementaria vemos que su producción es casi imposible. Es decir, el tiempo que se tiene es mínimo y plantea una lucha desigual y lo que dice que es a favor de la persona detenida se vuelve en contra lo que implica que el juicio solo estará integrado por las pruebas de cargo colectadas por el fiscal.

El otro artículo mencionado prevé el cambio de defensor hasta el momento de la audiencia ¿Qué clase de defensa puede ejercerse de esa manera?

Todo esto no hace mas que contrariar las normas de la Constitución Nacional (art. 18), los Pactos internacionales, destruyendo de manera flagrante las normas del debido proceso legal y de defensa en juicio, tal como la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho (CSJN Fallos 121:285; 128:417; 183:296, 193:408; 198:467; 247:724 etc.).

Pero esto no es todo, la frutilla de la torta la lleva la Declaración Indagatoria. Esta declaración según entiende toda la doctrina es el acto de defensa material más importante dentro del proceso penal pero que en el proyecto se encuentra totalmente desvirtuado, porque es ordenada por el fiscal.

El único requisito que tiene el fiscal para ordenarla es que, a juicio de éste, exista motivo bastante para sospechar que la persona de la comisión de un delito.

Al ser una parte (el fiscal) quien evalúa la necesidad del llamado a indagatoria toma un sentido diferente y tergiversa su función procesal y se convierte en una forma de obtener pruebas de cargo más que en un acto de defensa. Aún cuando el imputado pueda, según el proyecto, solicitar la presencia del juez en el acto de la indagatoria, éste será solo un mero espectador aún cuando el artículo le confiere la posibilidad de intentar un interrogatorio adicional para aclarar algunas respuestas. Aún allí el fiscal mantiene el control del acto.

Entre otras cosas el proyecto plantea volver a la declaración informativa, la prisión preventiva y agrega el nuevo instituto de la clausura provisional del sumario, que vendría a ser con una vuelta al viejo sobreseimiento provisional que mantendría al imputado bajo el riesgo procesal durante un período de tiempo de dos años sin que realmente se defina su situación ante la justicia.

III.- SEGURIDAD JURÍDICA:

Es deber de quienes han considerado este tema alertar respecto de las distintas cuestiones que hacen al proyecto, no solo formales sino por ejemplo los distintos aspectos que hacen a la seguridad jurídica.

Y aquí quiero hacer una reflexión. La seguridad jurídica –uno de los últimos inventos argentinos- es una falacia. La justicia es, fue y será segura, debe serlo pues si no es así no es justicia. Entonces no existe la seguridad jurídica, pero sí tenemos la necesidad de saber donde estamos parados.

La ley 23.984 fue sancionada en el año 1992, en momentos que estaba en vigencia la ley 2372 y por esta última eran juzgadas las causas.

Se permitió a los imputados que quienes quisieran ser juzgados por esta nueva ley procesal debía expresarlo de manera concreta y así lo hicieron en muchas causas, pero en las causas donde había mas de un imputado todos ellos debían expresar su adhesión a la nueva ley sino ninguno de ellos podría hacerlo.

Tal mecanismo llevó a que aún hoy a siete años de vigencia de esta nueva ley haya causas que aún están siendo juzgadas por los supuestos de la ley 2372. ¿Alguno llegó a darse cuenta lo engorroso que puede ser para los jueces (y procesados incluso) la convivencia de tres sistemas jurídicos distintos?

Creo que esto es otra de las razones que deben tenerse en cuenta al encarar una reforma como la que se propicia.

IV.- CONCLUSIONES FINALES:

El Código Procesal Penal sancionada en 1992, sumado a la posterior reforma constitucional de 1994, la Ley Orgánica del Ministerio Público y del Consejo de la Magistratura, y la consagración legislativa y puesta en funcionamiento, demandó mucho trabajo y mucha discusión, pero trajo consigo muchos beneficios que actualmente disfrutamos.

La jurisprudencia ha reducido sensiblemente las disputas jurídicas y la labor desarrollada tanto en los Tribunales Orales cuanto en la Cámara de Casación Penal han llevado adelante una prolífica y eficaz tarea.

La aplicación de un nuevo régimen como el que se propicia resultaría al menos engorroso y un paso hacia atrás de lo que venimos pregonando, en lo que a la defensa se refiere.

Como dije se destruye de manera "legal" la equiparación entre las partes dejando a los justiciables bajo el monopolio exclusivo de lo que se podría denominar "el Gobierno de los Fiscales",

Esto se traduce en la concentración de todo el poder acusatorio y jurisdiccional, con el consecuente desplazamiento de las facultades que actualmente le competen al Juez, en desmedro de las garantías reconocidas en nuestra Constitución Nacional y en los Pactos Internacionales.

Distinto resultaría si con esta reforma se mantuviera al juez como garante del fiel cumplimiento de esas garantías por parte del acusador público.

El cambio que se propicia, enmascarado en una reforma de la actual ley es a mi juicio un error que podríamos pagar muy caro.

Reformemos la actual ley, hagámosle los retoque que se consideren necesarios como para constituir un sistema acusatorio, pero no cambiemos el sistema al punto de poner a los fiscales por encima de los jueces ni les otorguemos por este nuevo método funciones jurisdiccionales, método que hasta ahora no nos ha traído mas que satisfacciones.

V. PLANTEOS A CONSIDERAR:

1. SISTEMA ACUSATORIO CON INTERVENCIÓN EN TODAS LAS ETAPAS DEL PROCESO.
2. RESPETO DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.-
3. FISCAL INVESTIGADOR.
4. JUEZ DE GARANTIAS COMO GARANTE DE LA IGUALDAD DE LAS PARTES.
5. IGUALDAD DE MEDIOS PARA EL ACUSADOR Y LA DEFENSA.-