

HACIA UN FUTURO FUERO PENAL ORGANIZADO CONFORME LA COMPLEJIDAD DEL DELITO A INVESTIGAR

Por Gabriel H. Di Giulio¹

Sumario:

1. La Investigación penal. 2. El imputado y la investigación penal. 3. Modelos especiales de investigación. 4. Efectos en la línea criminalística. 5. Efectos en la línea jurídica. 6. El juicio penal mediante oralidad, la doble instancia y el juicio por jurados. 7. Hacia un futuro fuero penal organizado conforme la complejidad del delito a investigar. 8. Conclusiones

1. La Investigación penal

La investigación penal es, antes que nada, investigación. Esto implica que debe reunir una condición esencial: la objetividad. Este procedimiento es necesario para indagar sobre la existencia de un hecho con trascendencia jurídica, pasando desde el desconocimiento al conocimiento provisorio, vinculado al investigador que la lleva adelante. Pero ese conocimiento, cabe aclarar, no constituye una construcción aceptada ni determinante jurídicamente de los hechos, así como una tesis en el ámbito científico no se erige como postulado cierto o válido hasta tanto no supere el juicio y crítica de la comunidad científica.

En el concreto caso de la investigación judicial existe una particularidad que, comprendida, impide confundir su alcance, error que la ha llevado más allá de lo que es. En el campo jurídico procesal, a diferencia del meramente científico o académico, el conocimiento que construya el investigador tiene como posible propósito la adjudicación de consecuencias jurídicas a alguien, no limitándose a la descripción de un hecho fáctico. Cuando la construcción de conocimiento por el investigador apareja aquella consecuencia, es imprescindible que la persona a quien se atribuye la conducta -para que se le adjudiquen las consecuencias- tenga el derecho de rebatir, controvertir o resistir la imputación, frente a un órgano imparcial que no esté involucrado con ninguno de los interesados. De ahí entonces que el conocimiento jurídico relevante, es decir, el que sustenta la posible atribución de consecuencias jurídicas, es el que deriva de un proceso y de la decisión emitida como su corolario por un tercero imparcial.

Existen tres posibles modos de terminación de una instrucción: a) mediante una afirmación que acompañe la acción procesal y la apertura de un juicio; b) mediante una afirmación que propicie su cierre definitivo para uno o todos los imputados, con el dictado de un auto de mérito de los sobresea; c) mediante una clausura

¹ Doctor en Derecho. Magister en Derecho Procesal. Especialista en Magistratura. Profesor Titular por concurso, dedicación exclusiva de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Investigador del IEJUS. Contacto: gabriel.digiulio@azul.der.unicen.edu.ar

provisional que no causa estado, a través del archivo o falta de mérito (según la legislación de que se trate).

Es una obviedad, pero vale la pena reiterarlo, que el conocimiento proveniente de la *indagación*,² que tiene lugar en el marco de la investigación, carece de eficacia para modificar el *estado jurídico de inocencia*. Para esto se requiere de un proceso previo, iniciado con una AFIRMACION (seguramente resultante de la pesquisa), seguido de la necesaria posibilidad de NEGACION, para arribar a los estadios de CONFIRMACION y ALEGACION.

Será la sentencia judicial la que declare los hechos y en su consecuencia, previa subsunción legal, condene o absuelva.

La investigación exige de un *investigador*. El investigador debe obrar con criterio objetivo. Esto implica que *la investigación debe conducirse por sus resultados, ajustándose la convicción del investigador a éstos y no a la inversa*. La investigación constituye un procedimiento desarrollado sobre bases metodológicas (epistemológicas), de modo que se tiene que sustentar en las reglas que rigen el conocimiento y el entendimiento humano. Toda investigación, por ende, parte de hipótesis (de carácter interrogativo) y sobre éstas se despliegan los actos tendientes a confirmarlas, desecharlas o modificarlas. Durante ese derrotero pueden generarse nuevas hipótesis.

La investigación penal tiene por objeto la conducta humana que se presenta con razonable probabilidad de coincidir con alguna descripción típica de una disposición penal. Esa conducta normalmente es pretérita. Y en esos casos la investigación propende a la reconstrucción de la historia, circunscripta por supuesto a los límites jurídicamente relevantes de ese acontecer. Empero no todo es investigación de conducta consumada. Existen investigaciones de hechos presentes (p.ej. delito experimental; delitos continuados y permanentes en ejecución o durante los actos preparatorios también en desarrollo). En estos casos la investigación también se dirige al presente y alcanza posiblemente al futuro (p.ej. el caso del nombrado delito experimental; o la investigación de la criminalidad organizada y el empleo del agente encubierto).

La investigación penal tiene la particularidad de regirse por la *legalidad*, lo que implica el respeto del cúmulo de derechos, garantías y prohibiciones enumerados desde disposiciones constitucionales y legales. El investigador penal encuentra entonces un límite en su obrar, porque la legalidad opera como frontera epistemológica. Ciertas acciones le están prohibidas (p.ej. no puede obligar al imputado a declarar contra sí mismo, ni siquiera puede obligarlo a declarar), otras exigen una orden de un Juez que amerite la necesidad, conveniencia y sustentación de una restricción o menoscabo a un derecho individual (p.ej. para proceder al allanamiento de un morada). La CSJN lo ha reafirmado al pronunciarse sobre las reglas de exclusión probatoria, destacando que en la

² Esta expresión se debe a Michel Foucault (ver: Foucault, Michel, *La Verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, impreso en Buenos Aires, 2007; íd. *Vigilar y Castigar, nacimiento de la prisión*, siglo veintiuno editores, Buenos Aires, 2002).

investigación de posibles delitos el Estado no puede aprovecharse de la actividad ilícita de sus órganos o funcionarios. Así, por ejemplo, para obtener una confesión extrajudicial (“Montenegro”, CSJN, *Fallos*: 303:1938), para proceder a un allanamiento sin orden (“Fiorentino”, CSJN, *Fallos*: 306:1752) o excederse de la orden librada por el Juez (“D’Acosta”, CSJN, *Fallos*: 310:85), o para determinar las condiciones de libertad necesarias para aventar el ingreso sin orden por parte del morador (“Fato”, CSJN, *Fallos*: 311:836), o al demarcar los límites del agente encubierto, que nunca debe erigirse como provocador (“Fiscal c/Fernández”, CSJN, *Fallos*: 313:1305), etc., etc.

En una investigación penal convergen dos líneas gnoseológicas diferentes: la investigación del hecho presumiblemente delictivo en sí (criminalística) y la investigación como procedimiento judicial anclado en los límites de la legalidad (derechos, garantías y prohibiciones), que impone un mérito con aceptación o descalificación, suficiencia o insuficiencia de la actividad criminalística en sí misma. Quiero decir entonces que en el núcleo de la investigación penal yace la criminalística. Pero la criminalística no agota, ni en mucho, la investigación penal, porque ésta se encuentra en el ámbito de la ciencia jurídica, donde operan derechos, garantías, prohibiciones, competencias, reglas de valoración, etc., etc. (por esos sostuve que la legalidad es un límite epistemológico).

En una investigación penal hay que preguntarse quién es el investigador. Los modelos tradicionales –algunos aún vigentes, lamentablemente basados en legislaciones inquisitivas (desde la española que dió origen al *Código Obarrio*, la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* de Napoleón de 1808, la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, etc.) – otorgan a un Juez la tarea de investigar. Se trata del Juez de Instrucción en investigación judicial o sumarial. El gran escollo del Juez de Instrucción ha sido expuesto con mucha vehemencia y claridad por la doctrina procesalista. Participo de la opinión sobre su inconstitucionalidad, en tanto reúne a su vez la competencia para velar por los derechos individuales y las garantías. Ambas actividades –me refiero a investigar y ser garante de derechos individuales– deben ser escindidas. De mixturarse o, lo que es equivalente, de otorgarse a una misma persona (Juez de Instrucción), una terminará aniquilando la otra. Se ha dicho con razón: *el buen juez mata al buen investigador y viceversa*. El Juez de Instrucción no tiene por función la de ser Juez, sino investigador.

La división de funciones entre el investigador y el Juez Garante es esencial. El Juez Garante no es un obstruccionista en la pesquisa, sino quien valorará sin compromiso con la investigación, si existen elementos para menoscabar algún derecho individual otorgando una orden, p.ej. de privación de libertad, o negándola en caso contrario, determinará si se han vulnerado prohibiciones o incurrido en nulidades a partir, principalmente, de las peticiones de las partes.

En la provincia de Buenos Aires, por ejemplo, el Agente Fiscal tiene la dirección de la investigación y, consecuentemente, de la policía en función judicial y de la Policía Judicial o Cuerpo de Investigadores Judiciales (ley 14442). En el ámbito Federal convive un Código inquisitivo (cuya fuente inmediata es el anteproyecto Levene (h) de 1975 y mediato el Código Procesal Cordobés de 1937/1940 –Soler,

Vélez Mariconde) y una reforma de corte acusatorio cuya entrada en vigencia ha sido postergada.

En la escena del hecho, tratándose de graves atentados contra el bien jurídico protegido o los que señale el Fiscal, *“el representante del Ministerio Público encargado se constituirá de inmediato en el lugar del hecho y tomará conocimiento directo, de cosas o personas, debiendo disponer la realización de las diligencias tendientes a encarrilar la investigación, de acuerdo a la verificación efectuada. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para el adecuado resguardo del material probatorio que se pudiere recoger en el lugar...”* (art. 83 de la Ley citada).

La Ley 14424 ha receptado válidamente la convergencia del ámbito criminalístico con el judicial. Conformando la policía judicial o con más propiedad el Cuerpo de Investigadores Judiciales, dependiente de la Procuración General y, por ende, del Poder Judicial, propicia articular ambas líneas en la investigación de ciertos hechos graves o complejos. Intervienen a requerimiento de Agentes Fiscales para casos complejos, en la investigación de homicidios dolosos o cometidos ocasión de otro hecho doloso y en la investigación de ilícitos reprochados a funcionarios públicos, miembros de las fuerzas de seguridad o penitenciarias en ocasión de sus funciones. Es un notorio acierto de la ley delimitar su incumbencia al campo criminalístico, prohibiendo se le asignen atribuciones administrativas o de despacho judicial, propias de la línea de investigación judicial, que conforme ha quedado demostrado en nuestras oficinas con los “instructores judiciales” que acompañaron la Ley 11922, esas tareas burocratizan la actividad y eliminan la función criminalística.

En provincia de Buenos Aires existen procedimientos investigativos abreviados, como el denominado procedimiento *para la flagrancia* que rige en ciertas hipótesis de delitos, siempre que se haya procedido de esa forma, es decir, mediando flagrancia. Habrá flagrancia cuando *“el autor del hecho es sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después, o mientras es perseguido por la fuerza pública, el ofendido o el público, o mientras tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir que acaba de participar en un delito”* (art. 154, CPPBA). En estos casos el procedimiento es abreviado, con plazos máximos de 20 días prorrogables por otros 20, a diferencia del procedimiento común, cuya duración es de 4 meses a contar desde la detención o de la audiencia de declaración del imputado, prorrogable por dos meses o hasta seis meses más en casos graves y justificados. Rige, además, la ley 13.811 que prevé la realización de audiencias orales que alcanza a las decisiones jurisdiccionales, al igual que la interposición de recursos de reposición y apelación.

2. El imputado y la investigación penal (límites epistemológicos)

En el sistema inquisitivo el imputado era considerado *un objeto*. Mediante la confesión como *probatio probatissima* era un objeto de prueba. La declaración indagatoria tenía inicialmente esa finalidad. Las legislaciones más recientes en materia procesal penal, fruto de las ideas actuales en torno al imputado, sus derechos y las garantías constitucionales que entran en juego durante la investigación y posterior proceso penal, se han apartado –más que sabido es– de

la institución conocida como *declaración indagatoria*. Ésta era, en verdad, una audiencia que podía materializar una declaración o no. Sin embargo, el concepto se erigía a partir del plano teleológico en lugar del ontológico. De ese modo la terminología reflejaba, siguiendo su espíritu, la búsqueda de una confesión como eje primordial. Las reminiscencias de sus antecedentes y de las normas de los siglos XIX y parte del XX, condujeron por el sendero de la desmembración de la “indagatoria”, para exponerla como una audiencia en la que se buscara la confesión, aunque posibilitando el silencio. Es decir que, para facilitar el cabal entendimiento del fenómeno, al referirnos a la *indagatoria*, deberíamos prevenir qué institución histórica tenemos en mente: la original o la morigerada de la actualidad. De este modo posibilitaremos eludir equívocos al reflexionar y analizar el impacto e injerencia en las garantías constitucionales, que inspiran la defensa en juicio y el debido proceso.

Para lograr la adecuada exposición del problema, sin más rodeos, corresponde señalar como factor sustancial para la sustitución –algunos dirán abrogación – de la indagatoria, la consideración *consciente* (o concientización) de que el objeto del acto que implica convocar al imputado ante los estrados de un órgano público en las condiciones explicadas se inscribe en la defensa irrenunciable de la persona y sus derechos. Entonces, el nudo ontológico (y no solamente teleológico) de la audiencia de declaración es el *derecho de defensa*, no la confesión.

Los modernos digestos procesales han reemplazado el término *indagatoria* por *audiencia de declaración del imputado*, y en muchos casos hasta han impuesto como condición para la validez de una declaración, que exista asesoramiento previo de un abogado defensor sobre la conveniencia o no de prestar declaración. Esta condición encuentra como correlato la necesidad de que el defensor conozca con anticipación al acto de asesoramiento el *hecho imputable*.

La declaración *indagatoria* como acto de naturaleza jurídico-procesal surgió a partir de la entronización del problema de la *verdad* para el juzgamiento y decisión. Problema de la verdad visible con mayor notoriedad en los casos donde la susodicha verdad no podía extraerse con facilidad de elementos ajenos al implicado, sino que debían provenir de su palabra. El ámbito más próspero y fecundo para esta práctica tuvo lugar, inicialmente, durante la Edad Media (Grecia no puede ser asimilada a la Europa medieval), especialmente en los procedimientos de la Inquisición Eclesiástica, en procura de la confesión y arrepentimiento para el justo castigo, incluso la remisión del inculcado. Como ejemplos seculares puedo citar la *Ordenanza Procesal Alemana* de 1532 (*Constitutio Criminalis*), la *Ordenanza Francesa* de 1539, el *Reglamento Giuseppino* de 1781, la *Ordenanza Austro Húngara* de Klein de 1895, entre otros tantos ejemplos.

La declaración indagatoria, en su origen, suponía al imputado como *objeto de prueba* y como tal, debía estar sometido a la interrogación y pesquisa. Los problemas eran múltiples. Por un lado, se requería la colaboración de imputado ya que no es posible la exteriorización de la palabra sino mediante actos voluntarios del propio portador del pensamiento reflejado por aquélla. Por otro, la verdad/mentira de la declaración que siempre derivaría (psicológicamente

considerada) del pensamiento, pero éste podía –y puede– obedecer a un recuerdo (evocación) o a un invento (ideación). Finalmente, casos en los cuales no era tan importante la verdad evocada sino la confesión a cualquier precio, incluso ideada, ya que el fin propuesto por el procedimiento (concebido y empleado como instrumento de persecución) radicaba en gran medida en la eficacia de sus resultados. El éxito, ligado a la confesión, justificaba los métodos empleados para obtenerla, en caso de que ésta no se brinde espontáneamente. Allí surge la tortura. Un método efectivo para lograr una confesión.

La *probatio probatissima* era un instrumento para la prueba de cargo.

La transición de la entidad *imputado* a ser un *sujeto de derechos* implicó límites a la indagatoria y la forma de llevarse a cabo. Si bien la *Ley Constans* francesa de 1897 contiene ese reconocimiento como sujeto de derechos, en nuestra región el primer y más claro antecedente fue la prohibición de la tortura como forma de obtener la confesión a partir de la Ley del 21 de mayo de 1813 de la Asamblea General Constituyente, que ordenó la prohibición del uso (detestable) de los tormentos “*adoptados por una tirana legislación para el esclarecimiento de la verdad e investigación de los crímenes; en cuya virtud serán inutilizados en la plaza mayor por mano del verdugo, antes del feliz día 25 de mayo, los instrumentos destinados a ese efecto*”. La prohibición de tortura para la autoincriminación no se limitó a la violencia física, sino que se hizo extensiva a cualquier tipo de coacción (vis moral) con la célebre disposición constitucional de la CN, 18 en cuanto reza “*Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo*”. Pero como anticipé, no basta el mero silencio para satisfacer las garantías constitucionales del imputado dentro del sistema acusatorio.

El cambio de paradigma en torno al imputado como sujeto de derechos llevó a la concepción harto repetida sobre la naturaleza de la audiencia de declaración como *acto de defensa*.

La presencia del defensor pasó a ser, tratándose de un acto de defensa, de primordial importancia. Claro que la presencia del defensor podía frustrar la expectativa de obtener una confesión ya que éste aconsejaría en muchos casos no declarar, e impediría con su participación abusos o coacciones sobre la persona del imputado. Pero tratándose, su naturaleza, de un acto de defensa y no de un medio donde el imputado es objeto de prueba –a lo sumo *sujeto de prueba*– esta posibilidad no sólo es tolerable sino más bien esperable. Tratándose de un acto de defensa el acto consiste en una audiencia que podría llevar esa denominación sin más. El imputado es convocado para ser oído, allí radica el concepto de defensa: ser oído sobre todo aquello que quiera expresar en relación con el hecho que se le intima. Pero también puede guardar silencio, porque resulte esto mejor a su defensa, sin que el silencio pueda derivar en presunción en contra. De modo que la audiencia puede contener una declaración o bien la sola manifestación de que se guardará silencio.

En caso de producirse una declaración esta podría ser desincriminatoria, negándose los hechos intimados o afirmándose otros que los tornan atípicos, o desplazan la antijuridicidad, o conducen a una eximente de responsabilidad, etc.,

en cuyo caso no existirá “confesión” en el sentido jurídico de la palabra, sino simplemente “declaración”. Habrá confesión cuando la declaración implique el reconocimiento total o parcial de los hechos atribuidos y que le son adversos al imputado. Es indiscutible que la confesión del imputado tendrá valor probatorio relevante.

El legislador bonaerense descartó el término *indagatoria* –vigente en el código Federal aplicado–, más allá de deslizarse en una disposición posteriormente modificada. La condición de imputado no exige de resolución expresa que así lo disponga; sin embargo, el llamado a prestar declaración a cargo del Ministerio Público Fiscal implica un mérito del investigador sobre la existencia de elementos suficientes para presumir la comisión de un hecho ilícito y de la participación del imputado en el mismo. Una suerte de *procesamiento*, es decir, de una decisión judicial que señala el estado de sospecha, en carácter de presunción, de la participación del imputado en un hecho de apariencia ilícita. Procesamiento que no se daría frente a la denominada “declaración informativa” mediante la cual se convoca a una persona a ser oída, aunque señalándose que no existe mérito para imputarla formalmente.

3. Modelos especiales de investigación.

La estructura procedimental tradicional se constituye sobre la “indagación” como objetivo de reconstrucción histórica de uno o más sucesos pretéritos (indagación histórica). La investigación penal constituye, en ese caso, la elaboración de una hipótesis susceptible de ser validada o desechada sobre la ocurrencia de un hecho del pasado.

Todos los medios de convicción son concebidos desde esta óptica. El testigo es quien habría percibido algún hecho con alguno de sus sentidos (registro del pasado), la pericia versará sobre elementos, rastros o datos obtenidos (es decir, preexisten) sobre los que se dictaminará para extraer otros que están presupuestos (es decir, también preexisten) pero requieren labor pericial para conocerlos, etc.

Sin embargo, la convivencia social se ha complejizado en medida extraordinaria y no sólo se han modificado las características de muchos de sus crímenes, sino también las modalidades de la organización criminal. Las bandas dirigidas a la comisión de delitos, las organizaciones destinadas al narcotráfico, al tráfico de personas y migrantes, a la trata de personas, al lavado de activos, etc. presentan todas una característica común, pero diferenciadora de la indagación histórica: la investigación de las organizaciones criminales configura una indagación del presente con visos de proyección hacia el futuro; no se limita a la reconstrucción histórica de un suceso pasado.

Se trata de una nueva forma de indagación.

La investigación de una organización criminal y/o de los hechos criminales que produjo, produce o incluso producirá.

Análogamente existe esta forma de indagación en los delitos en curso de ejecución o inmediatamente de acaecido, cuando son advertidos por la autoridad

de prevención o persecución penal, como los secuestros extorsivos en curso, la toma de rehenes en el marco de un ilícito contra la propiedad, las privaciones ilegales de la libertad, la trata de personas y los casos de flagrancia.

La investigación, en tales casos, interfiere en los hechos que serán objeto de eventual juzgamiento a diferencia de la indagación clásica en la que esta interferencia no existía, salvo en el ámbito de su conocimiento. Es decir que la indagación tradicional genera interferencia en el campo gnoseológico, mientras que la indagación transversal lo produce en el ámbito ontológico.

Esta nueva modalidad de investigación tendrá efectos en la línea criminalística y en la jurídica.

4. Efectos en la línea criminalística.

Para indagar el hoy se requiere “interferir” mediante percepción en las conductas actuales. Ver, oír, percibir, constatar son algunas posibles acciones dirigidas a ese fin. En estos casos surgen las interceptaciones de comunicaciones, grabación y videofilmación de expresiones y conductas, seguimiento, visualización de lugares, cosas, personas y conductas, utilización de espacios aéreos, etc., etc.

La indagación transversal tiene por objetivo obtener evidencias para la persecución penal y, paralelamente, hacer cesar la actividad criminal o desbaratar la organización. Estas dos finalidades deben sopesarse con criterio de razonabilidad, lo que importa que la intervención de los órganos de persecución no siempre es inmediata, pudiendo diferirse (con demora en el segundo objetivo) en pos de obtener evidencia para una eficiente persecución (primer objetivo).

En muchos casos estas acciones de indagación transversal no son suficientes o eficientes, porque las organizaciones toman medidas para preservar la comunicación y las conductas. En general, cuando más sofisticada es la criminalidad, tanto más dificultoso es indagar su composición y funcionamiento.

La respuesta de los *Estados* frente a estos casos ha sido la de interferir conductualmente en las organizaciones entrometiéndose de modo encubierto en las líneas de su organización o simulando condiciones o calidades que posibilitan la interacción (por ejemplo, un consumidor de estupefaciente que pretende adquirir la sustancia). Estos supuestos presentan tres problemas: 1) el Estado toma conocimiento inmediato de la comisión de ilícitos y puede tolerar que se consumen en pos de obtener evidencias para condenar a los responsables (problema de aparente pasividad); 2) el Estado, a través de sus órganos o dependientes, puede llegar a tomar parte en la comisión de algunos ilícitos en orden a la simulación del agente encubierto (problema de ilicitud activa del órgano del estado); 3) el Estado utiliza el engaño como mecanismo de indagación (problema ético).

5. Efectos en la línea jurídica.

La interferencia de conductas mediante percepción encuentra límites en los derechos individuales, la intimidad, la propiedad y la incoercibilidad de las personas y, en todo caso, en los principios de reserva y de legalidad. El primero supone que sin hipótesis de conducta ilícita, cuya factibilidad y razonabilidad no puedan descartarse, el Estado no puede tener injerencia en la libertad y derechos

de las personas. El segundo delimita en qué casos y quién puede autorizar al Estado a indagar.

La garantía constitucional radica en que sólo un Juez puede ordenar la interceptación de la correspondencia o el registro de un domicilio, por ejemplo.

Se trata de una garantía que no se limita a la intervención del Magistrado, sino que presupone el trámite de un procedimiento, que aunque breve, registra las motivaciones del requerimiento y lo somete a consideración crítica. Además exige que la intervención del Magistrado sea previa, por ende, que medie un control de legalidad. Parece ocioso señalar, aunque no lo es lamentablemente, que el Juez debe obrar con imparcialidad, es decir con independencia de los posibles interesados, sin interés personal en el asunto y sin tomar parte de la pesquisa.

El uso de tecnologías no puede menoscabar la protección constitucional, requiriendo la intervención judicial cuando con éstas se accede a la intimidad o comunicaciones privadas. Por ejemplo mediante imágenes en infrarrojo procedentes del interior de un domicilio o la interceptación de comunicaciones telefónicas.

Cuando la percepción proviene de espacios públicos y la información que se obtiene se encuentra en tales espacios la captación no requiere orden judicial. Por ejemplo se captan los gritos y expresiones proferidas desde el interior de una vivienda pero que por su intensidad se propagan hasta la calle.

Sobre este punto la doctrina y la jurisprudencia han sido proclives en aceptar que si la persona formula revelaciones en un lugar público asume el riesgo de ser escuchado y por consiguiente esas expresiones no están protegidas constitucionalmente, pudiendo ser utilizadas como evidencia, más allá de la valoración que finalmente merezcan. Del mismo modo, si la vivienda posee un patio abierto, el morador está asumiendo el riesgo de ser visto desde el exterior (por ejemplo la calle). En consecuencia, los hechos que se perciban no quedan alcanzados por la protección constitucional.

Mucho más delicado y sensible es la interferencia en las conductas actuales. El agente encubierto y la simulación son los instrumentos más usuales para este tipo de práctica investigativa. Como señalé al comienzo, la Corte Suprema de nuestro país fijó un límite al obrar del agente encubierto basado en no erigirse como agente provocador. Requiere la intervención de un Juez que autorice la intervención y fije o delimite las finalidades y límites de su obrar. Exige de un control período de parte del Magistrado de las actividades realizadas por el agente.

6. El juicio penal mediante oralidad, la doble instancia y el juicio por jurados.

Desde su origen la Constitución Nacional prohíbe penar sin juicio previo (art. 18 CN). En el juicio se observa la inveterada estructura del debido proceso (CSJN, Mattei, Fallos: 272:188) y el derecho a ser oído; particularmente con las características del modelo acusatorio: imparcialidad del juez, igualdad de las partes (bilateralidad, contradicción y plenitud), publicidad de los actos, etc.

Para penar, entonces, se exige del juicio previo como imperativo irreductible de raigambre constitucional. ¿Es suficiente para penar?. La CADH³ y el PIDCP,⁴ con jerarquía constitucional desde el año 1994 indican que no. Si el *juicio* previo concluye en condena, el imputado tiene derecho a la revisión del fallo (art. 8.2.h. CADH y art. 14.5. PIDCP). Pero como la garantía a la doble instancia, materializada con el derecho al recurso lo es a favor del condenado de acuerdo a la interpretación otorgada por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos (Sentencia del 23 de noviembre de 2012, “Mohamed vs. Argentina” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), la estructura constitucional del *debido proceso penal* impone dos cosas: 1ro.) la prohibición de pena sin juicio previo y; 2do) la prohibición de agotar el juzgamiento con el juicio previo, debiendo contar el imputado con el derecho de hacer revisar el fallo condenatorio por un Tribunal superior.

Esa es la inteligencia del modelo constitucional que nos rige en materia penal.

La Corte Suprema nacional afirmó reiteradamente que la garantía del debido proceso sólo exige que el litigante sea oído con las formalidades legales y no depende del número de instancias que las leyes procesales reglamentando esta garantía constitucional, establezcan según la naturaleza de las causas (Fallos: 126:114; 127:167; 155:96; 223:430; 231: 432; 289:95; 298:252, entre otros). Y agregó que en materia penal la regla ha quedado limitada por la reforma constitucional de 1994, que consagra expresamente el derecho del inculcado de “recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” (CADH, 8.2.h). Por consiguiente es voluntad del constituyente rodear a este sujeto de mayores garantías sin que sea posible concluir que esta diferencia vulnere la Carta Magna, pues es una norma con jerarquía constitucional la que dispone tal tratamiento.

Esto implica que a la garantía de la doble instancia del art. 8.2.h de la CADH y 14.5. PIDCP, que como dije es instituida a favor del imputado, *le precede la garantía al juicio previo* en el cual el imputado tiene derecho a ser oído y resiste la acusación penal, que opera para el Estado como prohibición, ya que no se puede penar sin juicio previo.

De modo que sin aquél presupuesto –juicio previo o debido proceso– considerar el derecho al recurso es una falacia. Pero el recurso o lo que es equivalente la instancia recursiva no abre una nueva etapa de juzgamiento, sino de revisión. Mientras el proceso se erige para juzgar en base a la acusación, la defensa, las pruebas producidas y sus alegaciones, el recurso propende la revisión de desvíos, injusticias o arbitrariedades en la decisión que emana de aquél. Esos desvíos, injusticias o arbitrariedades son captados por los tratados internacionales como situaciones contra las que debe guarecerse al imputado y no a los Estados signatarios o sus representantes.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos es absolutamente coherente con lo expuesto al disponer en su art. 8.1 que “*Toda persona tiene*

³ Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Una mirada de nuestro tiempo, de nuestra sociedad, cultura y tecnología induce a pensar que la escritura ha encarnizado una lucha cultural, semiótica y lingüística con la oralidad. Las formas de comunicación de ideas escritas y transmitidas por medios virtuales presenta un vertiginoso crecimiento –cada vez más conectados aunque menos comunicados, quizás- y se contrapone con la fortaleza de la oralidad basada en la percepción del acto del decir (por antonomasia de la declaración) y el lenguaje corporal del sujeto emisor del discurso.

El procedimiento judicial reglado en Las Partidas o la *Compilación General* española de 1879 (para el ámbito penal), por cierto dos importantes antecedentes de nuestra legislación, se inspiraban en la regla de la escritura. El procedimiento judicial Ateniese ante la Heliea, la *acussatio* de la República Romana o la Ordenanza Procesal del Imperio Austro-Húngaro de 1895, de Franz Klein, adoptaban la oralidad como regla de juzgamiento.

La oralidad de corte anglosajón no reconoce, sin embargo, los mismos fundamentos políticos y técnicos de la oralidad de corte continental europeo, donde no es posible, al menos del todo, escindir ésta última de la concepción que ve en el Juez el necesario “control del debate” por sobre el rol de “director” del proceso. La oralidad resulta, en esta visión, una regla propicia para la publicización del proceso.

La oralidad como regla de juzgamiento supone que las pruebas (o elementos de confirmación procesal) se “producen” (regla) o “reproducen” (excepción) oralmente, tanto como las *postulaciones* de las partes y letrados y las *resoluciones* dictadas por la autoridad, aunque en este caso reconociendo limitaciones de la escritura si se trata de una decisión definitiva.

La nota distintiva de la oralidad en el proceso penal es la existencia de otras reglas que la acompañan: la inmediación en la producción de la prueba, la celeridad y la concentración.

La oralidad del proceso penal se caracteriza entonces por la producción “ante la presencia del Juez o Tribunal”: prueba y postulaciones. La inmediación es la antítesis de la “delegación”. La fuente probatoria y postulatoria es producida ante la autoridad. Esta es la arista delicada del sistema: inmediación.

Pero además concurren la celeridad y la concentración que importan una unidad temporo-especial de juzgamiento que se debe producir “sin solución de continuidad”.

La característica que presenta la oralidad como regla de juzgamiento, desde la ópticas psicológica y sociológica, radica en la *disposición* del Juez para “escuchar y ver”. Los jueces de la oralidad deben estar dispuestos y

predispuestos, siempre, a escuchar y a ver. La oralidad fracasa cuando los tribunales, por razones diversas detectadas, no están dispuestos a la *percepción*.

De modo que la oralidad como regla de juzgamiento reconoce dos límites naturales: la inmediación y la disposición para escuchar y para ver.

Corresponde añadir ahora la condición o cualidad sociocultural propia para el desarrollo de la oralidad. Esa cualidad radica en el grado de credibilidad social sobre el funcionamiento de los órganos públicos, en general, y del sistema de Justicia, en particular. La oralidad supone que el material de convicción, el que sirve de sustento para la resolución del caso, tanto como las postulaciones de las partes, se pierden en el cosmos una vez que se producen, salvo en aquello que el Juez indica en su sentencia definitiva y escrita como “ocurrido”. La confianza en el sistema Judicial importará la tolerancia y aceptación de la palabra escrita del Juez sobre lo que ocurrió oralmente en el debate.

Una sociedad con baja confianza del sistema público de Justicia presentará conflictos serios con la decisión del Juez en lo atinente a aquello que dice en su sentencia escrita que ocurrió oralmente. Si a esto se añade el reconocimiento sociocultural del derecho a un recurso contra el mérito de esa decisión —en el fondo de nuestra idiosincrasia: cuán relativo, opinable, observable y discutible es para nosotros el fallo del Juez- la oralidad se enfrenta a una grave situación. Paralelamente a la producción oral de las pruebas y postulaciones discurre un proceso escrito motorizado por la desconfianza previa y dirigida al recurso, que exige registrar todo como la mayor minucia que sea posible.

La oralidad en segunda o ulterior instancia presenta matices singulares, desde que se pierde la inmediación, y en general la concentración y la celeridad. Además, por el carácter revisionista de la instancia, se cuenta con un antecedente que condiciona la actividad: debate oral y sentencia escrita. La idiosincrasia sociocultural relativa a la confianza/desconfianza en el sistema de Justicia trae aparejado repercusiones centrales en las reglas de Juzgamiento que terminan siempre en el modelo escriturario.

7. Hacia un futuro fuero penal organizado conforme la complejidad del delito a investigar.

La estructura del fuero penal (en sus niveles provincial y federal) exhibe escasos cambios en los últimos ciento cincuenta años. Más allá de las reformas de los procedimientos, la búsqueda y la lucha para la adopción del sistema acusatorio, los cambios culturales y tecnológicos y las nuevas modalidades delictivas el fuero penal se preserva con características similares a las de antaño. No parece, ésta, una circunstancia prometedora.

La indagación transversal encuentra en esta estructura muchos escollos y dificultades de concreción, en especial en los procedimientos de corte inquisitivo en los que el Juez de Instrucción interviene como director de la pesquisa. Paralelamente, la indagación en los casos de flagrancia encuentra similares obstáculos.

La estructura judicial se ha burocratizado, alcanzando niveles asombrosos de rigor administrativo. Las tecnologías aplicadas a los procesos y en particular al acceso a la información de los expedientes se ha destinado más a estos fines, incluso estadísticos, que a su eficacia. Existe más accesibilidad pero cada vez mayor incomunicación entre los operadores.

Las estructuras burocratizadas con esquemas de delegación de funciones propias de la Magistratura y del Ministerio Público Fiscal, militarizado y verticalista, torna obsoleto el aparato de justicia.

Y no es un problema de procedimientos sino de estructura o funcionamiento, con una clara ausencia de los valores o objetivos comunes. La regla de la oralidad es un frecuente recurso (o discurso) de favorecimiento de la eficiencia pero sobre la base de esta misma estructura. Oralidad en un esquema burocrático que cada vez quiere escuchar y observar menos que propicia, al mismo tiempo, la revisión amplia de las decisiones obtenidas de la dialéctica oral, que son tomadas por otro órgano de justicia sin intermediación y sobre la base de registros.

La estructura del fuero de justicia penal debe exhibir un criterio político jurídico y filosófico sensato, honesto y coherente. La estructura no puede adoptar una única modalidad. Los casos de flagrancia y los que exijan indagación transversal deben reconocer, cada uno, subestructuras adaptadas a las modalidades propias.

8. Conclusiones

Hace unos años en el marco de uno de los Congresos Nacionales de Derecho Procesal Garantista en Azul, el catedrático y procesalista Montero Aroca sentenció que los argentinos habíamos ingresado en un conflicto de paradigmas con jerarquía constitucional. Por un lado, el modelo de corte anglosajón (juicio por jurados de la Constitución de 1853), que de acuerdo a lo analizado en el punto correspondiente se abastecía con el juicio previo. Por el otro, con la garantía a la doble instancia de la Convención Americana de Derechos Humanos que extiende la condición de validez del proceso al derecho al recurso y revisión a favor del condenado por sentencia no firme.

Esa “sentencia” del profesor Español no me ha abandonado desde que la escuché y tampoco ha dejado de atormentar la aparentemente pacífica construcción teórica del juzgamiento penal en nuestro país. El profesor Español ponía sobre la agenda Académica un problema cuyos horizontes no son del todo conocidos. La notable incidencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos como intérprete de la Convención, a partir de su estándar constitucional por reconocimiento de nuestro derecho interno, añaden a la cuestión un elemento más: la posible supremacía de la convencionalidad sobre la constitucionalidad.

Con la misma derivación advierto que los modelos epistemológicos para la indagación en sus distintas formas son cohesionados en una única estructura que reconoce escasos cambios en 150 años de historia.

La pregunta que subyace es la siguiente ¿nos preocupan los paradigmas o solamente atendemos a las contingencias procedimentales?.