

## DE CERTEZAS, SABERES Y CREENCIAS SOBRE EL PROCESO PENAL (O LA REBELION DE LOS NECIOS<sup>1</sup> Y LA RESISTENCIA DE LOS CÓMODOS).

Por Luis Jorge Cevasco

Las dificultades de implementación del nuevo sistema procesal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no surgen de problemas de infraestructura ni de carencias de personal, sino de la falta de comprensión de sus alcances y la resistencia al cambio por parte de los operadores del sistema, en general a partir de “saberes” sustentados en “creencias” en lugar de “certezas”.

A partir de la sanción del Código Procesal Penal, el Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, a través del órgano de capacitación y de la iniciativa del Ministerio Público Fiscal, promovió talleres y cursos de actualización; pero, contrastando con la concurrencia masiva de los/las fiscales, salvo honrosas excepciones, jueces/zas de ambas instancias y defensores/as retacearon su concurrencia y, lo que es más relevante, su colaboración.

Esta situación no es patrimonio exclusivo del Poder Judicial local, pues me consta que cuando entró en vigencia el Código Procesal Penal de la Nación el 5 de septiembre de 1992, la gran mayoría de los jueces de instrucción no lo habían leído y su participación en los cursos de capacitación fue prácticamente nula. Ello derivó en lo que se llamó “catarata de nulidades” durante el primer año de funcionamiento del sistema, pues los sumarios no se adaptaban a las exigencias del Código.

Volviendo a la situación de la Ciudad de Buenos Aires, el problema causado por la resistencia a la capacitación, quizás por creer muchos de los operadores – según sus propios dichos - que habiendo accedido a los cargos por concurso habían llegado al límite posible de sus conocimientos, es que no se comprendió el cambio de paradigma: el paso de un sistema fundamentado en expedientes a uno sustentado en audiencias orales, de uno con fuertes resabios inquisitivos a uno acusatorio y adversarial.

---

<sup>1</sup> En el sentido “terco y porfiado en lo que hace o dice” (Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición)

La diferencia entre un sistema y otro es substancial, tanto en su faz práctica como en materia de garantías constitucionales. Nada es más refractario a la justa resolución de los conflictos en el siglo XXI – y antes también - que el expediente. En realidad, ya lo había advertido Franz Kafka en “El Proceso” y lo confirma la visión diaria de los tribunales tradicionales, donde el gran esfuerzo de dedicados trabajadores judiciales se concentra en fabricarlos.

El expediente en el proceso penal encierra una gran contradicción, pues mientras los códigos declaman el objetivo de averiguar la verdad y contemplan un sistema rígidamente formal para garantizar la defensa, lo cierto es que el resultado es inverso: el apartamiento de la verdad – o la afirmación de la verdad formal – y la cristalización de actos que la defensa no puede controlar, que se imponen sobre los que se realizan con su presencia.

El apartamiento de la verdad es consecuencia de la formalización, cuyas características directas son la mediatización del trámite y la lentitud. La mediatización, por oposición al principio de inmediación, obedece a la delegación informal de funciones que el sistema demanda, en tanto es imposible que los magistrados – jueces o fiscales – estén presentes en todas las declaraciones que se toman al mismo tiempo en sus dependencias, como se verá más adelante. Ello acarrea una multiplicidad de operadores por caso y cada operador interpreta y vuelca en actas a su modo los actos en los que interviene – declaraciones testimoniales, reconocimientos, etc. -, con variaciones de lenguaje, sintaxis y criterios para discriminar lo importante de lo secundario, todo lo cual condiciona seriamente la interpretación que finalmente haga quien tenga que valorar tales elementos probatorios. También veremos luego como esa situación condiciona a la defensa.

La formalidad, además, indica la necesidad de que existan múltiples operadores que trabajen en muchos casos al mismo tiempo, porque si el encargado natural – juez o fiscal – tuviera que tramitar personalmente todos, ante tanta demanda ritual la demora sería insoportable y si diéramos pocos casos a cada operador el costo sería imposible de solventar.

La lentitud obedece a que la formalización lleva tiempo para materializarse y la realización de los actos procesales demanda pasos inexorables que los demoran, como la formalidad de las citaciones, lograr la concurrencia de todos los partícipes y las reiteraciones cuando no se obtiene el resultado. El ejemplo típico es: el operador “delegado” debe escribir en el expediente el decreto ordenando la citación, mandarlo a la firma del titular – juez o fiscal-, recibirlo con la conformidad, librar las

citaciones con tiempo para que el citado las reciba y pueda concurrir. Eso implica que las citaciones se hacen de una semana para la otra generalmente. Y si algún citado no se presenta, iniciar todo el trámite de nuevo, en un contexto en el cual la misma persona tramita muchos casos a a un tiempo. Estos plazos son mayores cuando la unidad de investigación funciona por turnos, ya que durante éstos todo el trabajo se concentra en las situaciones de flagrancia o con detenidos, de modo que las tareas anteriores sufren un paréntesis hasta que el turno termina.

Todo ello lleva la resolución del caso muy lejos en el tiempo del momento en que ocurrieron los hechos y esta circunstancia, sumada a la mediatización, dificulta obtener la información veraz sobre lo ocurrido, de modo que la decisión se toma sobre lo reconstruido en el expediente, se ajuste o no a la verdad.

Por otra parte, el sistema atenta contra la eficacia de la defensa en juicio, porque en realidad es materialmente imposible que los defensores asistan a todos los actos procesales, con lo cual deben controlarlos una vez formalizados y, de no estar de acuerdo, estarán en la disyuntiva de recurrir a procedimientos engorrosos – redargución de falsedad o planteos de nulidad – o esperar el debate. Pero, el peso de lo substanciado en el expediente es tal, ha motivado tantas decisiones escritas relevantes – autos de procesamiento, resoluciones sobre la libertad u otras medidas cautelares, infinidad de incidentes, avance en las etapas del proceso, apelaciones, etc. – que la tendencia de los jueces y fiscales es convalidarlo siempre y la presión sobre los testigos en la audiencia cuando se apartan de lo escrito es enorme. Entonces, lo cierto es que la defensa termina siendo esclava de las formas y de los tiempos procesales.

Consecuentemente, *nada atenta tanto contra la verdad y el derecho de defensa que el sistema de expediente formal y secuencial*. Por ello, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires contempla expresamente, entre las garantías procesales (art. 13 inc. 3), los principios de *inmediación* y *publicidad*, lo que nos lleva necesariamente a la *desformalización* de la investigación y a la *oralidad*.

Bajo tales mandatos constitucionales fue concebido y sancionado el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que contempla una investigación preparatoria desformalizada, alejada del concepto tradicional de expediente, una oralidad plena para todas las decisiones judiciales y respetando la bilateralidad propia de todo proceso adversarial. En tal sistema procesal, una de sus características salientes es que las evidencias se convierten en pruebas sólo cuando se las invoca ante los jueces en las audiencias, es decir que se respeta el mandato constitucional de inmediación y publicidad, al tiempo que la

desformalización permite evitar los engorrosos y morosos trámites que demanda la construcción de expedientes, con lo cual los tiempos procesales se aceleran drásticamente.

Sin embargo, pese a que los resultados son excelentes cuando el sistema se respeta, como demuestra la mejor y más rápida respuesta que se da en la Ciudad a los casos por delitos transferidos que la que recibían en el ámbito judicial nacional, las mayores trabas aparecen por la resistencia de los operadores judiciales, especialmente los jueces y defensores oficiales.

Tales trabas tienen que ver, en mi criterio y como se desprende de las decisiones que comentaré a continuación, con la porfía con que se enfoca el sistema en la mayoría de los casos y la comodidad personal de sus operadores en otros, que prefieren la posibilidad de delegar funciones por sobre la eficacia – entendida como rápida respuesta - que le deben a la sociedad.

Las primer resistencia la encontramos en aspectos puramente operativos, como la *negativa a realizar las audiencias orales que contempla el sistema procesal*, tanto en primera como en segunda instancia. El Código Procesal Penal las prevé para el trámite de las medidas cautelares y contra cautelares, de las cuestiones de nulidad, de las excepciones, la incorporación de pruebas para el debate, la discusión sobre la suspensión del proceso a prueba y su revocatoria, para el juicio y para los recursos de apelación.

Tanto en primera como en segunda instancia existe una marcada resistencia a realizarlas pese al expreso mandato constitucional, que reclama inmediación y publicidad, además de la celeridad propia del sistema oral, sin que la ley autorice a soslayarlas pues el mismo Código se reconoce como una reglamentación de la Constitución (art. 1).

A modo de ejemplo, citaré un párrafo de un fallo relativo a una cuestión de nulidad planteada por la defensa: *“Si bien el art. 73 del C.P.P. establece que cuando la cuestión sea promovida por una de las partes, el Tribunal resolverá en audiencia con citación a todas las legitimadas, lo cierto es que el art. 71 dispone que deberán ser declaradas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, aquellas que impliquen violación a garantías constitucionales. En dicha inteligencia, la celebración de la audiencia deviene un dispendio jurisdiccional innecesario, a tenor de los principios de economía y celeridad procesal, máxime cuando importaría dilatar el tratamiento de la cuestión, por lo menos unos quince días, en*

*atención al cúmulo de trabajo, la agenda del tribunal y demás partícipes del proceso”<sup>2</sup>*

El argumento para soslayar la audiencia aparece claramente como una justificación de una decisión previamente tomada: la de no realizarla. Ello, porque mezcla dos situaciones procesales diferentes previstas en la, recordemos, *ley vigente*: una es el planteo de una parte, que demanda audiencia porque existe una controversia que deberá resolver el tribunal previa substanciación, bajo el parámetro de inmediación y publicidad que demanda la Constitución; y otra una decisión judicial espontánea que no requiere debate previo. Y la afirmación de que la celebración de la audiencia deviene en un *dispendio jurisdiccional innecesario* cuando hay una situación controvertida importa considerar disponible la letra expresa de la ley, asumiendo que por el solo hecho de ser Juez tiene la potestad de definir los fines que tuvieron en mira los constituyentes y los legisladores, con la banal excusa, no documentada, de que la agenda del tribunal está cargada.

Pero, tal modo particular de mirar el procedimiento *vigente* proviene también de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y Faltas, que en su Acordada 2/2009 consideró – sin tener facultades legales para ello, pues los reglamentos los debe dictar el Consejo de la Magistratura - que “...*resulta razonable que el fiscal, en el curso de una investigación preparatoria, al requerir la intervención de un juez, le remita todos los elementos que integran el legajo de investigación, guardando para sí copia certificada u otro registro fidedigno de ellos que le permitan continuar con su actuación, salvo el caso excepcional en que la remisión del original perjudique el desarrollo de la investigación... Recibida en sede judicial la presentación fiscal, corresponde que el juez interviniente disponga la formación de actuaciones en cuerpos que no excedan de doscientas fojas ordenadas en forma cronológica y foliadas correlativamente...Finalizada la cuestión que motivara su intervención, devolverá la actuación judicial a la fiscalía, la que será conservada sin modificación alguna anexa al legajo de investigación en el cual siguiera interviniendo el fiscal. Del mismo modo se procederá en futuras presentaciones que hubieren de formularse al Magistrado. En el caso de requerirse elevación a juicio el juez deberá solicitar, de no haber sido enviada, tanto la actuación judicial como aquellas que compongan el legajo de investigación...*”. Es decir: ¡para la Cámara local no existió la reforma procesal!

---

<sup>2</sup> “Caso 7923/0-2010 Paez, Juan Carlos” del Juagado Penal Contravencional y Faltas Nº 5, 6/5/2010.-

En efecto, lo que dispone la Acordada 2/2009 es que se forme un **expediente**, cuando claramente el Código Procesal Penal en su art. 94 dispone que la investigación preparatoria se realizará de manera desformalizada, en el art. 120 que la declaración testimonial sólo se formalizará cuando se trate de un acto definitivo e irreproducible, en los arts. 173 y 177 establece que las partes deben llevar la prueba a las audiencias, el art. 209 que el juez recibirá el requerimiento de juicio, el art. 210 que no se remitirán al juez de juicio las actuaciones de la investigación preparatoria y el art. 281 dispone que el juez enviará a la Cámara las actas y otros instrumentos de documentación de audiencias. Es decir, que mientras la letra de la ley sostiene que no habrá expediente sino presentación de pruebas ante los jueces, los éstos pretenden volver al código de Mussolini que la Legislatura de la Ciudad rechazó<sup>3</sup>. ¡Con ello han tornado más confuso el procedimiento que pretendieron aclarar!.

Tan es así, que en el fallo “Salfo, Elisabet Verónica s/ inf.. art. 149 bis (amenazas)” del 6 de abril de 2010, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y Faltas, dispuso que el Fiscal debía enviar el legajo de investigación al Juez para que pueda remitírselo al defensor a fin de responder el requerimiento de juicio, todo ello en favor del derecho de defensa en juicio. Sin embargo, **en el sistema del Código Procesal Penal de la Ciudad ello es tan absurdo como pretender que el Juez disponga que un abogado entregue su carpeta a la contra parte para que pueda contestar la demanda.**

Ello, porque se trata de un procedimiento desformalizado, donde lo que pueden haber son anotaciones, informes, copias de oficios y ese tipo de actuaciones, ya que las relevantes las tiene que haber conocido la defensa al momento de la intimación de los hechos y las pruebas para el debate las ofrecerá la fiscalía con el requerimiento de juicio, de modo que no tiene sentido reclamar el envío de una carpeta *que no tiene el menor valor probatorio* porque las pruebas solo serán tales cuando se las invoque ante los jueces y que no deberá conocerlas antes el Juez del juicio. Para entender bien la cuestión, cabe recordar que en la denominada *teoría del caso* las partes trazan su estrategia a partir de lo que conocen de los hechos y nadie conoce mejor lo ocurrido que la defensa. Entonces, lo importante es conocer que pruebas se pretenden llevar al juicio y ello surge del requerimiento.

Al respecto, es necesario recordar que los fiscales no pueden ocultar pruebas a las partes y que ésta puede revisar el

---

<sup>3</sup> El Código Procesal Penal de la Nación tiene su génesis en los proyectos de Rocco para el Emperador Francisco José de Austria y de Manzini para Benito Mussolini.

legajo cuando quiera; pero, realmente, reclamar que un juez que no dirigirá el juicio tenga el legajo “formalizado” para la audiencia preliminar y que se lo pueda entregar a la defensa significa reformular el sistema, porque necesariamente va a derivar en su valoración integral cuando no fue confeccionado con tal fin y no en la valoración de la pertinencia de las pruebas ofrecidas. Entonces, no se comprende la decisión si no cómo la pretensión de volver al expediente, pues la admisión o negativa de pruebas para el juicio fundamentadas en el legajo de investigación necesariamente redundará en que, tarde o temprano, se lo requiera para el debate o para la fundamentación de los recursos, con lo cual el viejo expediente, con todos sus defectos y vicios, volverá a reinar.

Y como si ello fuera poco, en el mismo instrumento (Acordada 2/2009) señalaron: *“En lo concerniente a la realización de audiencias orales en materia contravencional, de ser solicitadas por las partes el juez considerará su factibilidad si entiende que de acuerdo con las circunstancias del caso el acto puede contribuir a resolver de mejor manera la cuestión a decidir”*. Pero, resulta que la ley contravencional nada indica sobre los modos de realización de los actos procesales, pues remite supletoriamente al Código Procesal Penal (ley 12, art. 6), que, precisamente, **establece el principio de oralidad**, razón por la cual la disposición transcripta carece, por un lado, de sustento normativo y, por otro, se aparta del modo en que la legislación dispone que deban integrarse las normas formales en esa materia.

Pero, si una decisión se lleva las palmas de la retracción procesal, es la dictada por la Sala I del fuero penal local en los autos “Leiva, Verónica Vanina s/ inf.. art. 189 bis C.P.” el 31/10/2007. El Código Procesal Penal, pensado para el Siglo XXI, establece en su art. 50: *“Cuando el funcionario público que interviene en el proceso deba dar fe de los actos realizados por él o cumplidos en su presencia labrará un acta o lo documentará mediante grabaciones de imagen y o sonido en la forma prescripta por las disposiciones de este capítulo...”* y en su art. 51 reza: *“... Cuando se utilicen registros de imágenes o sonidos ... Las formalidades esenciales de los actos deberán surgir del mismo registro y, en caso de no ser posible, de un acta complementaria”*, mientras que su art. 173 señala: *“... El tribunal ... resolverá de inmediato, por auto ... De todo lo actuado se dejará constancia en acta y se registrará por grabación, filiación u otro medio idóneo...”* y el art. 281 dice: *“... el/la juez/a remitirá a la Cámara de Apelaciones las actas y/u otros instrumentos de documentación...”*. Parece claro entonces que el Legislador admitió la validez de los registros fílmicos y de las grabaciones para documentar los actos procesales.

Sin embargo, la Cámara de Apelaciones en el fallo citado precedentemente, sin pedido de las partes e invocando el derecho de defensa en juicio (¡?), argumentó sobre la nulidad de una audiencia de prisión preventiva porque el juez la había registrado en un disco compacto que firmó. Sostuvo que el único modo de que el acto sea único es por escrito, que las grabaciones o filmaciones deben entenderse como un complemento de las actas, pero no como un sustituto (no obstante los arts. 50 y 51 de la ley procesal) y que los actos más sensibles del proceso, los que afectan garantías constitucionales, no puedan dejar dudas sobre su cumplimiento. Pero los argumentos son aparentes, porque el acto emitido por el juez verbalmente y filmado o grabado no deja dudas, es único y su firma en el soporte pertinente lo certifica, la ley lo admite y, finalmente, no se advierte cuáles son las dudas que genera para las partes la versión asentada en un disco compacto. Al menos, las partes no las plantearon en el caso.

Pero, lo insólito del caso, es que en el proceso se había celebrado una suspensión del juicio a prueba, razón por la cual el tribunal **declaró abstracto el recurso!** Semejante dispendio argumental solamente demuestra una cosa: el disenso de los jueces con el sistema.

Del mismo modo se falló recientemente (4 de septiembre de 2012) en el caso N° 50118, “González, Miguel Ángel” de la Sala III, donde se sostuvo, además, que la finalidad del legislador fue que los medios de registro tecnológicos son al solo efecto de complementar las actas, pero que el procedimiento es ... **escrito**.

Hay gran cantidad de ejemplos como los expuestos y, por ello, entre la colisión normativa y las decisiones judiciales debe haber una explicación, pues no puede pensarse en mala fé. Una manera de desentrañar la cuestión es analizarla a la luz de la estructura esbozada por Wittgenstein sobre el modo en que se encadena el pensamiento. Dijo que se pueden considerar tres aspectos relevantes: *la certeza, el saber y la creencia*.

La interacción entre tales aspectos es permanente, pues la *certeza*, basada en precedentes científicos que al momento de su apreciación parecen indudables, permite desarrollar el *saber*, esto es una conclusión lógica y que puede explicarse racionalmente. La *creencia* es un aspecto presente en el pensamiento, pero no puede ser explicada racionalmente de manera que las conclusiones emanadas de su apreciación como fundamento del razonamiento son endeble y no pueden considerarse como parte del *saber*.

La situación es dinámica, pues lo que en un momento histórico puede tenerse como certeza, puede revelarse luego como una mera creencia y aquello que parecía una creencia puede resultar una certeza. Como ejemplo, puede citarse la valoración de la descripción bíblica del mundo, sobre la cual se construyeron múltiples afirmaciones acerca de la astronomía, que se derrumbó con el descubrimiento de América.

En el campo del derecho, la certeza la encontramos en la ley positiva y el saber tiene que ver con su interpretación y el análisis de sus consecuencias en general y en el caso particular y las creencias muchas veces provienen de valoraciones subjetivas sobre la norma, que pueden partir de otras creencias tomadas como certezas por error de información o de simples preferencias del intérprete.

Desde esta perspectiva, nos encontramos con una cuestión particular en nuestro ordenamiento jurídico: una constitución de origen filosófico contractualista-iluminista y un derecho infraconstitucional de origen continental europeo. Ambas fuentes filosóficas son en la mayoría de los casos contradictorias, especialmente en la consideración de la función de la ley penal, porque mientras para la una resulta ser una herramienta para la resolución de los conflictos, igual que todas las otras leyes, para la otra aparece como un elemento necesario para sostener la vigencia del orden jurídico. En la primera concepción, prevalece el proceso acusatorio pues la demanda de la intervención judicial compete a la actora y en la otra prevalece el procedimiento inquisitivo, pues existe un interés estatal en que se aplique la ley penal con independencia del conflicto.

Mezclar ambas concepciones genera, ciertamente, una gran confusión ya que fue necesario concebir el modo de ponerle límites al poder estatal y, desde esta perspectiva, las garantías constitucionales fueron aplicadas en función de las demandas de control exigidas por la forma inquisitiva del proceso, lo cual modeló el modo de pensar éste instituto. En consecuencia, la formalidad del proceso y su resguardo pasaron a ser objeto de análisis y, con ello, del “saber jurídico”, constituyendo incluso escuelas de pensamiento vinculadas con el garantismo procesal, que puso límites al enorme poder proveniente de los modos inquisitivos de concebir el proceso, donde el juez se convirtió en el titular de la potestad punitiva del Estado.

Pero, en el sistema de la Constitución Nacional y de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no solamente el modo inquisitivo no tiene cabida, sino que tampoco existe una potestad punitiva del Estado, dado que la concepción de la relación del individuo con la ley y los roles de las partes ante el conflicto son distintos. Bajo tal forma de concebir el Estado de Derecho, el Estado no tiene “potestades” frente al individuo sino

facultades delegadas y la persecución penal depende de la acción ejercida por su titular, público como el Fiscal o privado como el querellante. Es decir, el Juez decide sobre las cuestiones sometidas a juicio, pero no ejerce ninguna potestad más allá de la jurisdicción, entendida como la aplicación del derecho al caso concreto.

Resumiendo, la forma de concebir el proceso en los ejemplos antes enunciados tiene que ver con creencias y no con certezas, pues el fundamento del razonamiento parte de normas y preceptos no aplicables a nuestro ordenamiento jurídico, aún cuando estén incorporadas culturalmente al sentido común de los operadores del sistema, pues han sido parte del derecho continental europeo estudiado en nuestras universidades y que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ajustado a la constitución a golpes de fallos como “Tarifeño”, “Santillán”, “Quiroga”, “Mattei” y “Casal”.

Ese aspecto cultural, explica respuestas judiciales inconsistentes con la ley constitucional e infraconstitucional vigente en nuestro medio, pero es necesario que, tras tantos años de vuelta al orden constitucional, se promueva una reflexión sincera, despojada de prejuicios, necedades y comodidades para no terminar consolidando un sistema procesal aún más esquizofrénico que el adquirido al enfrentar nuestra Constitución con el derecho continental europeo y permitir una mejor respuesta a la comunidad sobre los conflictos sometidos al medio judicial.