

# La ley también es importante

DR. SEBASTIÁN CREUS.

Juez de la Cámara de Apelación  
en lo Penal, Sala II  
Santa Fe

*La afirmación que encabeza estas líneas se me ocurre como una especie de conclusión luego de reflexionar sobre el transcurso de la compleja transición destinada a aplicar íntegramente el nuevo Código Procesal Penal establecido por la ley 12.734.*

La complejidad a la que aludo no es, ni debe ser interpretada, como una adjetivación negativa pues, en todo caso, transformar el enjuiciamiento penal de la Provincia de Santa Fe de ningún modo puede ser fácil o sencillo. Admitirá grados, podría ser más o menos prolijo, más o menos diligente, más o menos rápido pero nunca dejará de ser traumático. Quedará para otro lugar y otro tiempo, evaluar el modo en que se ha hecho, porque el análisis estrictamente técnico, no sólo en lo formal sino también en lo material, se ha visto inficionado con argumentos políticos (y no me refiero a los obvios ideológicos sino a los estrictamente partidistas), circunstancia que produce una confusión de planos conspirativa de diagnósticos reales.

La transición fue regulada por varias leyes entre las que se destacan la organización del Ministerio Público de la Acusación (13.013), del Servicio Provincial de Defensa Penal (13.014), de Organización de la Nueva Justicia Penal (13.018) y de transición (13.004). Uno de los aspectos destacados de esa transición lo ha constituido la ley 12.912.

Las normas procesales que se refieren estrictamente al enjuiciamiento, contenidas en la ley 12.734, podían aplicarse plenamente, en toda la provincia, a partir de un momento determinado y para el futuro; esa era una opción. Otra posibilidad era aplicar en su totalidad el nuevo Código Procesal Penal en lugares determinados (por circunscripción), sucesivamente, en distintos momentos y a medida que se iban completando las estructuras necesarias. La ley 12.912, que fue en definitiva la opción del legislador, por iniciativa del Poder Ejecutivo, estableció la aplicación de algunas materias o institutos según la regulación de la ley 12.734, dentro del esquema general del proceso se-

gún el viejo Código Procesal Penal vigente (ley 6740 y sus modificatorias), sistema que se ha denominado como de «progresividad por materia», distinto, tal vez presentado como contrario, al de «progresividad territorial» (la segunda posibilidad descripta).

En un primer momento, hace ya tres años o más, supuse que se generarían situaciones difíciles de solucionar, básicamente porque muchos de los capítulos de la ley 12.734 se ubicaban en la coherencia de su lógica sistemática de modo que, la idea central de la ley 12.912 resultaba valiosa, porque no era posible continuar aplicando normas y regulaciones que no resistían el denominado «control de convencionalidad», que alude a la comparación de la ley –en este caso procesal– con los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales suscriptos por el Estado Argentino<sup>2</sup>, durante el período que llevara aplicar íntegramente el nuevo Código Procesal sin incurrir en la posibilidad de nuevos cuestionamientos a nivel internacional. Destaco, no obstante, que ese «control de convencionalidad» equivale a sostener la supremacía constitucional (función preponderante de todo juez (artículo 31 de la Constitución Nacional) porque los mismos pactos han sido incluidos con aquel nivel normativo en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

En todo caso, la alternativa, para sostener la supremacía constitucional, era que cada juez descartara la ley vigente en el punto que apareciera conflictivo, adecuando la solución del supuesto al respeto de aquellas garantías. Sin embargo, esta otra solución implicaría un desgaste importante pues podría obligar a deducir recursos permanentes en todos aquellos casos que los jueces no decidieran, por el motivo que fuere, otorgar supremacía a las Convenciones.

Aun reconociendo las virtudes en el objetivo de la ley 12.912, y también aceptando que desde su vigencia no han aparecido inconvenientes o planteos que hayan hecho crisis o cuestionado severamente el sistema de enjuiciamiento penal con estos problemas de sistematicidad, me interesa destacar algunos ejemplos de situaciones que se han dado y que son el pretexto para justificar la conclusión que quiero aportar a la discusión.

En el caso de la prisión preventiva, debo recordar que en el Código Procesal Penal según la ley 6740 (que de ahora en más, y por conveniencia del lenguaje, denominaré como Código viejo), si bien se partía del principio de «libertad» como regla (artículo 306 y derivado el principio constitucional de “inocencia”), para el supuesto de una persona traída al proceso detenida, las disposiciones de los artículos 337 y 338 ofrecían otra lógica al establecer en qué condiciones esa persona podía recuperar la libertad o no, dejando al procesamiento una suerte de mera ratificación de la eventual detención que venía sufriendo con la ficción de convertirla en prisión preventiva.

La ley 12.912 sustituyó este sector de normas, aplicando (en lo que interesa al tópico) las

correspondientes a los artículos 205 a 208 de la ley 12.734 (artículo 4 inciso 8 de la citada ley 12.912) y los artículos 216, 219, 220, 221, 222 y 227 de la ley 12.734 (que también por conveniencia del lenguaje denominaré en el futuro Código nuevo y según el artículo 4 inciso 9 de la mencionada ley 12.912).

Las normas trasladadas del Código nuevo ponen en vigencia varias cuestiones importantes como son que la prisión preventiva no puede ser decidida de oficio sino a pedido de parte, y, sobre todo, indican claramente las condiciones en que se hace procedente el encierro durante el proceso (artículo 219 del Código nuevo), dos aspectos que por sí solos suponen invertir la lógica señalada en el párrafo anterior. En el Código nuevo, a estas regulaciones se agregaba el trámite para disponer la cautela y es que, si hubiese sido traída la persona imputada en estado de detención, el fiscal debería recibirle declaración imputativa en un término que no podría superar las cuarenta y ocho horas (artículo 274 tercer párrafo del Código nuevo). En caso de que el fiscal entendiese procedente la prisión preventiva, debe solicitarla e, inmediatamente, también pide la audiencia prevista en el artículo 223, que debe desarrollarse dentro de las cuarenta y

ocho horas (artículo 224). En consecuencia, el trámite remarca la idea subyacente de que no puede haber detención que supere los cuatro días sin que se haya dispuesto la prisión preventiva y que el encierro sin sentencia resulta verdaderamente excepcional. Refuerza este sentido la norma del artículo 223 citado, cuando establece que, de no producirse la audiencia o no haber sido peticionada por el fiscal, procede la denuncia de *habeas corpus*.

En la situación actual, la de la ley 12.912, sólo se ha trasladado el primer aspecto (peticionamiento de parte, condiciones de procedencia), pero no el segundo (trámite). Hoy, combinadas las normas nuevas con el trámite de las viejas, si un detenido es indagado, recién se discute la prisión preventiva con el dictado del auto de procesamiento (artículos 325 y 329 del Código viejo), lo cual sucede a los diez días de habersele recibido su indagatoria. Si agregamos a ese plazo las cuarenta y ocho horas previstas en el artículo 316 del mismo Código, podría suceder, y de hecho esto es usual o frecuente, que una persona detenida e imputada de un delito vea los fundamentos de su detención recién con el dictado del procesamiento. Ese tiempo de encierro, en consecuencia, no pasa de

constituir una detención meramente instrumental que resulta exagerada para los fines del proceso y, por supuesto, contraria al principio de «inocencia».

Una posible solución sería aplicar las normas derogadas de los artículos 337 y 338 del Código viejo, es decir, que inmediatamente luego de la indagatoria, la defensa podría solicitar la libertad provisoria o comúnmente denominada excarcelación que, en caso de ser concedida (aun el juez de oficio podría decidirlo si fuera el caso), la detención no habría durado más de lo necesario. Pero si la denegara en los términos normativos derogados, esa detención no sería todavía prisión preventiva. Una alternativa podría darse, en aras de no caer en la prolongación del encierro sin justificación constitucional<sup>3</sup> que, en este último supuesto, el fiscal, al contestar el pedido de la defensa, además de oponerse, solicitara fundadamente que la detención se convierta en prisión preventiva y, al denegar la libertad, el juez ordenara la prisión preventiva. Claro que para que esto suceda válidamente, habrán de justificarse los requisitos del artículo 219 del Código nuevo, uno de los cuales es la «...existencia de elementos de convicción suficientes para sostener su pro-

*bable autoría o participación punible en el hecho investigado...»* Siendo así, y como este aspecto constituye el mismo objeto de la decisión de procesamiento, luego, no tiene sentido su dictado, diez o tantos días después.

Según el razonamiento que vengo exponiendo, entonces, en la mayoría de los casos en que el imputado es detenido, se le recibe la declaración indagatoria y luego su detención se convierte en prisión preventiva, se está prolongando una privación de libertad difícilmente aceptable en términos convencionales o constitucionales. El problema subsiste si una eventual excarcelación es denegada en los términos del Código viejo pues no implica ordenar y fundamentar la prisión preventiva. Si se pretendiera sortear esta discordancia, convirtiendo la detención en prisión preventiva al momento de denegar la excarcelación, no tendría sentido luego pronunciar el procesamiento pero este es necesario para elevar a juicio dentro del trámite reglado por el Código viejo, que es el que continúa vigente.

Esta última situación me permite señalar otro punto problemático de la transición normativa y es el referido a la preservación de la imparcialidad.

Efectivamente, en aquel supuesto, obviamente el juez de instrucción que haya dictado la prisión preventiva antes del procesamiento habrá de excusarse inmediatamente de conformidad con la expresa previsión del artículo 68<sup>a</sup> inciso 1. del Código nuevo. Debo recordar que el Código nuevo establece un sistema de apartamiento de los jueces notablemente distinto, hasta diría contrario, al anterior; y éste ha sido sustituido por aquel (Ley 12.012, artículo 4 inciso 3). Independientemente de la dificultad práctica que aquella situación podría generar en circunscripciones chicas (con pocos jueces de instrucción), lo cierto es que la regla amplia consagrada en el primer párrafo del citado artículo 68<sup>a</sup> tiene sentido dentro de una investigación desarrollada por el titular de la acción porque el juez es llamado a decidir puntualmente sobre aspectos incidentales. Sin embargo, en una investigación de un juez de instrucción éste se convierte en una presencia funcional absolutamente contradictoria con la regla por aquello de que juzga y controla sus propias decisiones.

Esta dificultad también se presenta en el juicio. Por ejemplo, en el Código nuevo el control de la acusación y la elevación a juicio es atendida por los jueces de la in-

investigación. Allí se incluye específicamente la admisión de la prueba para el juicio que habrá de desarrollarse oralmente. Es el cometido de la audiencia preliminar (artículos 296 y 299 del Código nuevo).

Esta circunstancia permite mantener ajenos al o los jueces del juicio sobre la prueba para preservar su imparcialidad pues, como sabemos, queda afectada si el juez de cualquier modo la conoce o ha conocido antes del juicio, dado que se supone que ya tiene una impresión o preconcepto sobre su valor. En los casos de los juicios orales obligatorios o los facultativos de la ley 12.912, no se ha trasladado esa etapa de control o intermedia, de modo que la instrucción finaliza con la requisitoria de elevación a juicio del artículo 369 del Código viejo que únicamente habrá de ser revisada en su admisibilidad formal por parte del juez de instrucción (artículo 374 del Código viejo). Consecuentemente, la admisión de la prueba deberá ser decidida por el juez a quien se elevó el proceso a juicio colocándolo en la necesidad de analizar su pertinencia y, en definitiva, en la situación de tener que valorar y conocer todo lo hecho durante la instrucción. Este juez, obviamente, no podrá ser parte del tribunal que lleve a cabo la

audiencia de juicio y dicte la sentencia, pues siempre ofrecerá la debilidad de haberse expedido sobre la prueba. Seguramente la solución podría darse con la excusación de este juez, luego de haber admitido la prueba.

Vinculadas con la elevación a juicio, también se ofrecen otras cuestiones problemáticas como son las derivadas de la intervención del querellante. En el Código nuevo se elaboró un procedimiento bastante complicado (reconozco esa crítica como certera), para resolver las disidencias entre fiscal y querellante a la hora de concluir la investigación y solicitar la elevación a juicio. Esas disidencias no tienen respuesta en el Código viejo porque, como ya hemos visto, el juez de instrucción sólo puede decidir sobre la admisibilidad formal de la acusación. Si fuera el caso, presentadas las requisitorias de elevación a juicio (de ambos acusadores), o si el fiscal requiere y la querrela solicita más pruebas, o si el fiscal pide el sobreseimiento y la querrela pide la elevación, etc., no hay una manera regulada para definir el destino del proceso. Podría acudir a la arbitración del trámite (artículo 15 del Código nuevo vigente o artículo 8 segundo párrafo de la ley 12.912) y, por ejemplo, que las diferencias

las decida el juez o se eleve a la Cámara en consulta (hay procedimientos análogos para otros casos), sin embargo ello sería censurable de la forma en que lo fue para la Corte Suprema de Justicia en el caso «Quiroga» (Fallos 327:5863). De otro modo, podría buscarse la solución con un trámite de consulta pero ante el superior del fiscal, sorteando las posibles críticas de confusión entre acusación y jurisdicción, pero el querellante eventualmente no satisfecho, podría alegar la lesión del derecho a la jurisdicción pues la solución le es impuesta sin que exista norma legal alguna que lo obligue. Y en el caso extremo de que esto suceda cuando el fiscal haya pedido el sobreseimiento y la querrela la elevación a juicio, al no haberse trasladado la hipótesis de conversión de la acción del Código nuevo, prevista para este caso, la defensa podría oponerse alegando una persecución penal también al margen de la ley.

Algunas situaciones de asistematicidad, inclusive, se plantean en términos mucho más directos. Por ejemplo, el artículo 326 del Código nuevo autoriza en el debate la lectura de *«documentos y dictámenes periciales, así como de las actas que contengan las pruebas producidas en la*

*investigación penal preparatoria*». La generalidad de los términos parece permitir la lectura de cualquier clase de documento y tenerlo como prueba. La norma, en el esquema del Código nuevo no ofrece reparo alguno porque no existe la posibilidad de que haya, por ejemplo, testigos a los que se les hubiese recibido su declaración en la investigación dejándose constancia en un acta. Pero trasladada esta norma a un proceso en el que la investigación es una instrucción formal escrita, si se permitiese la lectura de testimonios, o, inclusive, de la declaración indagatoria del imputado, el sentido de la intermediación como principio esencial (artículo 3 del Código nuevo, vigente según el artículo 4 inciso 1. ley 12.912) queda destruido al igual que sucede en los Códigos mixtos que se pretenden superar.

Los problemas que he expuesto, junto con sus razonamientos, pueden no ser compartidos y merecerían, inclusive, una buena cantidad de réplicas, aun así son teóricamente atendibles. Reitero, si bien no han generado pronunciamientos invalidantes masivos o situaciones prácticas insalvables, ofrecen suficiente material para justificar la idea que con los princi-

pios constitucionales no alcanza. Existe la necesidad de buscar reglamentaciones (sean estas legales o administrativas) que permitan lograr seguridad en las respuestas, haciendo previsibles las decisiones judiciales y esto se puede lograr únicamente legislando un sistema de enjuiciamiento que permita cierta estabilidad, sobre todo, si la transición entre el Código viejo y el nuevo sigue demorándose. Lo óptimo sería tomarlo más pronto posible la ley nueva y aplicarla en forma completa, no obstante sus defectos. Pero también se podría, como camino intermedio, reformar la ley 12.912, si es que se esperan algunos años más de demora.

En todo caso, la reglamentación de la ley es importante ■

<sup>1</sup> Título por por SEBASTIÁN CARRAS, Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Santa Fe, Sala Segunda.

<sup>2</sup> Ver informe 175/10 de la CIDH, caso «Rubén Luis Godoy» –Argentina– párr. 155 y sus antecedentes.

<sup>3</sup> Ver el art. 7<sup>o</sup> 5 y 6 de la CADH que exigen en forma «inmediata» o «sin demora», el control de toda privación de libertad. Ver también fallo de la CIDH en el caso «Barreto Leiva», sentencia del 17/11/2009, párrafos 110 a 116.

<sup>4</sup> «El juez deberá inhibirse de conocer en la causa en cuanto advirtiera la existencia de cualquier circunstancia que, por su objetiva gravedad, pudiera considerarse que afecta su imparcialidad...»