

LOS POLÉMICOS PACTOS ENTRE FISCALES Y ACUSADOS

Mario Eduardo Corigliano (*)

En la edición del domingo 20 de noviembre de 2011, sección Policiales (págs.56/7) del Diario Clarín con título “LA MAYORÍA DE LAS CONDENAS SE NEGOCIA SIN IR A JUICIO ORAL” se publicó una extensa nota -a dos páginas centrales- en las cuales, sin perjuicio de explicar cómo funciona el mecanismo de juicio abreviado, se planteó una dura crítica ante la posibilidad de que acusados inocentes acepten una pena mediante este mecanismo para salir rápido de prisión y no tener que seguir esperando preso durante años a que le den fecha de juicio, entre otros reproches.

Dado que este sistema de simplificación del proceso penal presenta disímiles opiniones de reconocidos juristas y especialistas en la materia, las posibilidades de establecer los alcances precisos y las consecuencias jurídicas del instituto no permiten por su disimilitud unificar criterios.

En función de aportar un análisis más esclarecedor sobre el tema, a partir del comentario de un reciente fallo provincial expondré una interpretación que, superando el actual criterio dominante de considerar apropiado el juicio abreviado y el principio que lo habilita para poner

(*) Abogado especialista en Derecho Penal, posgrado U.B.A.

mec@mariocorigliano.com.ar

fin al conflicto penal, debe cumplir con los fines de protección previstos por la norma en un marco de respeto de las garantías y de los principios básicos del proceso penal constitucional.

COMENTARIO A FALLO: Causa n° 3785 caratulada "López, María Gabriela s/Homicidio calificado mediando circunstancias extraordinarias de atenuación", San Nicolás - 2011.

1.- La representante del M.P.F. y el Defensor Oficial de la imputada solicitaron se dé a las actuaciones trámite de juicio abreviado, petición que fuera conformada por la causante en la audiencia respectiva. En tales condiciones convinieron en calificar al hecho como Homicidio calificado con condiciones especiales de atenuación en los términos del art. 80, último párrafo del Código Penal.

2.- Éstos valoraron como atenuantes la falta de antecedentes penales condenatorios, no hallaron agravantes, tampoco se pronunciaron sobre eximentes, en virtud de ello acordaron la pena que debía cumplir en nueve (9) años de prisión con costas.

3.- A su tiempo, los integrantes del Tribunal Oral Criminal N° 1 de San Nicolás PBA, analizando las constancias del expediente coincidieron en que el suceso descrito por la representante del M.P.F. en la requisitoria de elevación a juicio no estaba acreditado concluyendo que respecto del mismo se les había generado un estado de duda tal sobre la forma de ocurrencia del suceso que debía beneficiar a la encartada.

4.- Los miembros del Tribunal, reconociendo la imposibilidad de dilucidar el caso en debate oral y allí tomar contacto directo con los órganos de prueba con un mayor conocimiento, decidieron absolver a María Gabriela

López por el hecho materia de acusación, sin costas, disponiendo la inmediata libertad de la nombrada.

5.- Ante la sentencia absolutoria, el Agente Fiscal de Instrucción y Juicio interviniente interpuso recurso casatorio por considerar “que no se han valorado conforme a la interpretación de la sana crítica los elementos probatorios vertidos en el presente sub lite, llegando así a un absurdo valorativo de los mismos” entre otros fundamentos.

INTRODUCCIÓN

Es de conocimiento, tal como sucede con frecuencia en la labor tribunalicia, que los desacuerdos en la interpretación de la ley resultan inevitables y ello ocurre porque los principios generales aceptados sobre algunos institutos - nos referimos al juicio abreviado - no son para todos adecuados, además, requiere especial significación en el caso que tampoco se concede igual valor a los elementos probatorios agregados en la encuesta.

Al respecto opina Neuman¹ que en la evolución del ordenamiento jurídico penal argentino se advierte un cambio de paradigma, en relación a que aquella concepción de orden público del Derecho Penal, ha cedido frente al modelo de reapropiación del conflicto penal con la consecuente participación de las partes involucradas en el mismo.

“Conforme a este modelo, existe una tendencia legislativa en materia procesal penal, en la que se advierte la incorporación de diferentes procedimientos penales en los cuales, al imputado de un delito se le concede una participación en el proceso penal, permitiéndose en algunos casos la negociación en materia penal como modo de “reapropiación” del conflicto”. En estas negociaciones el imputado dispone, precariamente, de

¹ Neuman Elías, “La víctima en el neoliberalismo”, Cuadernillo 1, Debate Ciudad de Buenos Aires, 2004, p. 49.

las garantías del juicio previo o debido proceso legal y del principio de inocencia a efectos de acceder a este sistema de beneficios procesales (puede participar con el fiscal y su defensor en la discusión sobre la dosimetría de la pena).

La discusión sobre la decisión del conflicto en análisis, lejos de unificar criterios sobre el tema produce una discrepancia significativa, fundamentalmente, porque el Tribunal Oral considera que los sucesos investigados no se encuentran acreditados en la investigación, al respecto deja sentado que “... ante un hecho de esta naturaleza se debieron extremar las medidas de investigación - que realizó la fiscal que formuló la requisitoria - para que en la instancia que aquí transita el proceso se pudiera contar con evidencias que permitieran concluir con certeza sobre la real ocurrencia del evento y la fiscalía de juicio, previo a solicitar el presente trámite, meritar sobre la conveniencia de ventilar la causa en un amplio debate”.

De la lectura del fallo vemos que el TOC en la sentencia, no escatima cuestionamientos hacia el MPF por falencias en la investigación y en la errónea apreciación de los elementos de prueba tenidos en cuenta para la requisitoria. Dice entre otros fundamentos que: “... por las especiales circunstancias apuntadas, se ha generado (...) la duda respecto a la forma del deceso [de la víctima], que hoy beneficia a la encartada agotando en esta cuestión la materia a decidir pues no encuentran comprobado este extremo...”. Así también que... “Ante la opción de trámite de juicio abreviado acordado por las partes, privado el Tribunal de dilucidar el caso en debate y en consecuencia de tomar contacto directo con los órganos de prueba, lo que permitiría un mayor conocimiento de lo que hoy se tiene, impide hacer una valoración distinta de la efectuada”, en consecuencia absuelven a la encartada por la existencia de dudas acerca de la ocurrencia del

hecho... que los elementos de la causa no han despejado (art. 1° del C.P.P.)”.

Para estudiar el caso y exponer una opinión personal que resulte pertinente considero necesario plantear algunos interrogantes. El primero es el de establecer si una vez acordado formalmente el procedimiento de juicio abreviado, el Tribunal puede no sujetarse al mismo argumentando la necesidad de un mayor conocimiento respecto de los hechos investigados por hallarse privado de dilucidar el caso en debate y, en consecuencia, de tomar contacto directo con los órganos de prueba.

El segundo es el de si el M.P.F., estando facultado por el ordenamiento procesal a recurrir el fallo absolutorio en Casación, realmente tiene interés y un gravamen irreparable en el proceso². Observamos que la Agente Fiscal apeló la sentencia aportando jurisprudencia que parece legitimarla.

Una tercera cuestión, importante por la discusión doctrinaria que ha provocado en la materia, es si la eficacia que se pretende alcanzar con las formas de abreviación o simplificación del proceso para resolver el conflicto penal permite un adecuado servicio de justicia, en este ítem me explayaré en las conclusiones finales.

I.- Un sector importante de la jurisprudencia considera que el Tribunal Oral puede apartarse del acuerdo y que el rechazo debe atender a dos circunstancias: la necesidad de un mejor conocimiento de los hechos³ - a mi modesto entender debe entenderse a su materialidad y la atribución a quien se estime responsable - y la razonabilidad de la calificación antes bien que a la concreta estipulación sancionatoria resultante del acuerdo entre las partes liti-

² Según el artículo 401. (Ley 13812) Contra la sentencia que recaiga en el juicio abreviado en lo criminal, procederá el recurso de casación. ... Dichos recursos podrán ser interpuestos por el Ministerio Público Fiscal, el imputado, su defensor y el particular damnificado.

³ Artículo 399, según Ley 13260 CPP.

gantes, salvo claro está, que la misma no se ajuste al irrenunciable principio de legalidad o que contenga una grosera e intolerable divergencia con la pena justa⁴. No advierto ninguna de esas excepciones en el caso dado, el TOC lo rechaza debido a una notoria insuficiencia de actividad procesal previa del Ministerio Público que llevó a una absolución de la imputada.

Las críticas del Tribunal tuvieron especial fundamento en que tratándose de un hecho de singular gravedad se debieron extremar las medidas de investigación para que en la instancia se pudiera contar con evidencias positivas que permitieran concluir con certeza sobre la real ocurrencia del evento⁵. En síntesis, se debió ampliar el panorama probatorio antes de proceder a la requisitoria de elevación a juicio.

Tengamos en cuenta que la nueva Ley 13.260/04, sin perjuicio de haber introducido al instituto de juicio abreviado otras reformas, modificó el artículo 399 estableciendo que la sentencia debe fundarse no ya en las constancias de la investigación sino en las “evidencias recibidas antes de presentado el acuerdo”⁶.

Esta modificación fue especialmente tenida en cuenta por el Tribunal para no admitir el mismo, sin embargo, es notorio que la génesis que prevaleció es que a partir del procedimiento abreviado se privó el Tribunal de esclarecer el caso en debate oral. Los reparos precedentes pare-

⁴ En este sentido fallo “Dogil, Javier Andrés s/ tenencia ilegítima de arma y munición de guerra, robo calificado etc.”, TOC 1 Mar del Plata.

⁵ Al respecto distintos fallos de tribunales nacionales expresan: “El instituto del juicio abreviado previsto por el art. 431 bis del CPPN. exige a los jueces llamados a dictar sentencia, extremar el celo y la ponderación para evitar que circunstancias ajenas al Ministerio Público, terminen desvirtuando la finalidad de aquél “ en Brandán Walter y otro, Toral Criminal 29, abril 24-998, suplemento La Ley, Jurisprudencia Penal, 19 de febrero de 1999. En el fallo “Sepúlveda José F.”, Toral Crim. n° 14, dic. 23-998, expresó la mayoría que: “El Tribunal puede, dentro del trámite del juicio abreviado y aún cuando haya aceptado el acuerdo de las partes, dictar sentencia absolutoria si no encuentra acreditado con grado de certeza la materialidad histórica del hecho o la participación que en el suceso se adjudica al encartado”.

⁶ Por su parte el nuevo artículo 398 inc. 1° CPP, permite a las partes pactar la condicionalidad de la condena y las reglas de conducta sin siquiera requerir que se den los presupuestos objetivos del artículo 26 del CP. El pacto será vinculante para el Tribunal que no podrá rechazar el acuerdo si no existe vicio de la voluntad o discrepancia insalvable con la calificación legal.

cen indicar que consideran el sistema de simplificación del proceso deficitario para arribar a una pena justa, sin perjuicio de la responsabilidad que le adjudican al Agente Fiscal por las contradictorias pruebas colectadas en el sumario.

Como referencia citaré la resolución del Tribunal Criminal 3 de Mar del Plata, en causa 2.217 , que al rechazar el trámite de juicio abreviado, graficó el resultado de la práctica del instituto que se analiza refiriendo: "Desviado de sus fines el proceso de abreviación se ha convertido en una indebida negociación sinalagmática, donde en aras de lograr por una parte penas bajas (beneficio para el imputado) y por otra parte penas de prisión de efectivo cumplimiento (premio para el Ministerio Público), en realidad nadie gana; la comunidad, en persona de futuras víctimas, vuelve a ser conmovida por la reiterancia criminal; el imputado regresa a la cárcel, el sistema de enjuiciamiento se recarga, la cárcel se desborda"⁷.

Es de conocimiento que el procedimiento abreviado no está dirigido a la acción penal sino a la pretensión punitiva que expone el M.P. al sustanciarse el proceso. Tal disposición impide que el Juez, o el Tribunal de mérito, puedan conocer la verdad en cuanto al objeto del proceso, la conducta ilícita, la intervención del imputado y su grado de responsabilidad. Toda una contradicción con la norma del artículo 40, especialmente, con la última parte del artículo 41 del Código Penal⁸.

⁷ "Gorosito, Héctor Germán - Robo en tentativa", causa 2.217, (C.P. 42.164).

⁸ Art. 40.- En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente. Art. 41.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: 1º. la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causado; 2º. la edad, (...) la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, (...) la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, (...) y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

Patricia Ziffer (citada por Bruzzone)⁹, considera que cuando se afirma que los arts. 40 y 41 no son de aplicación se hace referencia a su aplicación contravencional para imponer una pena más grave que la solicitada, en cambio, sí será de aplicación para disminuir la pena pactada en el sistema penal. No obstante, parece claro en principio, que siempre deberán ser utilizadas porque las condiciones del autor o del hecho no siempre serán las mismas, pero no se puede descartar que sobre la base de la conducta procesal y atendiendo exclusivamente a la necesidad de descongestionar al sistema de casos, se privilegie el momento procesal en que se obtiene el reconocimiento (la confesión para casos nacionales) para realizar la reducción de pena sin que los aspectos particulares del hecho y del autor tengan incidencia.

Sin embargo vemos a diario en la práctica forense que no se suele hacer constar la apreciación precisa y circunstanciada sobre qué datos en particular se tuvieron en cuenta para arribar a la pena escogida, ni en qué porcentaje de ella se reduce, en aquellos casos en donde se considere como atenuante la ausencia de antecedentes penales. De esta manera es posible verificar que la regulación legal del juicio abreviado provee un desmedido poder al fiscal; a partir de la misma éste puede a su entera discreción solicitar la vía abreviada; seleccionar la pena que estima suficiente, obligando al tribunal a imponer esa pena o, en todo caso, una pena menor. En muchos casos el fiscal tendrá en la práctica, la facultad de determinar casi exactamente la pena que deberá aplicar el tribunal. Ello sucederá siempre que la pena solicitada por el mismo sea equivalente o apenas mayor al mínimo legal previsto para el tipo penal de que se trate. Esta práctica no resulta para nada inusual si tenemos en cuenta, en este contexto, que el fiscal habitualmente ofrece una pena relativamente baja para incentivar la vía

⁹ Bruzzone, Gustavo, "Acerca de la adecuación constitucional del juicio abreviado" Cuadernos Doctrina y Jurisprudencia Penal, n° 8-A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1988, p. 99.

en función de que acceda al mecanismo de abreviación para, de este modo, descongestionar el sistema.

Del conjunto normativo que regula el instituto en la Provincia se desprende que lo acordado entre el fiscal, el imputado y su defensor es el trámite abreviado (art. 396), por el cual las partes prescinden del juicio oral y público y aceptan que la sentencia se pronuncie con fundamento "en las evidencias recibidas antes de presentado el acuerdo" (art. 399).

Por ello estimo, se hace necesario acreditar aquellos extremos que deben reunirse a fin de tornar viable la solución alternativa del juicio abreviado. En un juicio análogo, causa 848, el Tribunal Oral 1 de Mar del Plata resolvió: "(...) Entiendo que si lo actuado por el Ministerio Público Fiscal, durante el desarrollo de la Investigación Penal Preparatoria, no alcanza a cubrir las diligencias mínimas que permitan sostener su requerimiento de elevación en un juicio abreviado, es decir, que permitan acreditar los extremos de materialidad, autoría y responsabilidad (CPP, 395/9), corresponde más que rechazar el acuerdo, absolver al encartado por esos hechos". En igual sentido resolvió el mismo Tribunal en la causa n° 49, caratulada 'Marín, Javier Ezequiel' (sent. del 27/04/99, R. 016/99), al señalar que: "(...) La necesaria desformalización de la I.P.P. que no sólo refuerza su carácter preparatorio, sino que afirma -y limita- su función de fuente de elementos convictivos mínimos e indispensables para fundar, a su debido tiempo, pedidos de medidas de coerción real o personal, y/o una acusación para llevar a juicio al procesado, no puede llegar al extremo de obviar trámites esenciales para una hipotética abreviación del trámite (CPP, 395 y sgts.)". "(...) La escasez del material instructorio que se advierte en las actuaciones preliminares carecen de aptitud demostrativa para autoabastecer una respuesta asertiva al tema de la acreditación del cuerpo del delito, y

donde ni siquiera existen piezas que a tenor de lo normado en el art. 399 del CPP, permitan en esta instancia, reconstruir el hecho pretérito con la seguridad de que se trató de un episodio delictivo, inclinan mi voto por la negativa”¹⁰. Finalmente se advierte en el fallo que es posible que el criterio expuesto en la valoración precedente sea aplicado parcialmente, es decir, que tal deficiencia de la etapa instructoria lo sea sólo respecto de parte de los hechos materia de juzgamiento y en cambio respecto de otros injustos sea posible reunir los elementos que se necesitan para arribar a un juicio de certeza. Toda una quimera al momento de dar una respuesta que se ajuste al principio de legalidad (Art. 18 C.N.).

Recogiendo otros antecedentes en la jurisprudencia provincial en consonancia con el objetivo del legislador de acelerar los juicios penales encontramos este precedente en la Corte provincial: “(...) La conformidad extendida por estos últimos en esos términos, a la pena pedida por el fiscal y al encuadramiento legal (art. 396 cit.), entraña en dicho régimen un límite más acentuado al poder jurisdiccional, ya que el sentenciante no podrá imponer una pena superior a la solicitada por el fiscal, ni modificar en perjuicio del imputado el modo de ejecución de la pena acordado por las partes, ni incluir otras reglas de conducta o consecuencias penales no convenidas (art. 399). Si el órgano judicial competente tuviere una discrepancia insalvable con la calificación legal aplicada en el acuerdo podrá desestimar la solicitud de juicio abreviado (art. 398). Por lo demás, absolverá al imputado, cuando así correspondiera (art. 399)¹¹”.

Observamos escépticamente que los mecanismos de negociación integran una orientación de la política criminal de “mínima intervención estatal” como respuesta a la necesidad actual de medidas menos

¹⁰ “Esteban, Juan C. s/ amenazas, encubrimiento y estafa”, TOC 1, Mar del Plata, causa 848, 11/04/03, rta. 060/03.

¹¹ Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, causa P. 90.327, "S., A. L. Recurso de casación", rta. 1/3/06.

represivas y de participación comunitaria en la resolución de los problemas planteados en el ámbito penal. Entre las razones de aplicación del principio de oportunidad por parte del fiscal; Cafferata Nores¹² reconoce como tales algunas que son de claro orden práctico, entre ellas, evitar la prescripción de las causas, pero además, descongestionar el sistema judicial, simplificar y abaratar el proceso. Resulta claro que no son éstas las principales motivaciones para el abandono de la indisponibilidad de la acción. Resultan mucho más trascendentes las razones vinculadas con la racionalización del proceso de selectividad de casos, con la anteposición del interés de la víctima en ser indemnizada, con la visión del delito como conflicto antes que como infracción, y en definitiva, con la concepción de un derecho penal de ultima ratio.

Coincide Binder con esta postura al señalar: “En la medida que las provincias van adoptando sistemas acusatorios que le dan al Ministerio Público un papel preponderante en la organización de la investigación y en la persecución penal se va haciendo más notorio que carece de sentido que sea el Congreso Federal quien establezca, por ejemplo, las prioridades (principio de oportunidad) de esa persecución penal cuando esas prioridades están íntimamente vinculadas a las realidades locales y a las propias características y organización del derecho de los órganos requirentes y judiciales de cada provincia y sus posibilidades de actuación¹³”.

La conformidad del acuerdo con el imputado posibilita no realizar el juicio oral con los argumentos de necesidad, simplificación procedimental, eliminación de trámites superfluos y solución para los procesos interminables que se mantienen en etapa de instrucción, respaldando desde la norma el principio de oportunidad procesal. Por otra parte los reproches

¹² Cafferata Nores, “El principio de oportunidad en el derecho argentino” en Cuestiones Actuales sobre el pro-ceso penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 3, nota 1.

¹³ Binder, Alberto, “Introducción al Derecho Procesal Penal”, 2ª ed. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 216.

más generalizados a la aplicación de condenas por el sistema de juicio abreviado, en el marco de procesos con grandes demoras, es que funciona como una extorsión al imputado cuando está cumpliendo prisión preventiva. Así cuando su caso es elevado a juicio se le ofrece firmar una condena con la que acaso pueda recuperar la libertad al computarse la medida cautelar. Convengamos que conserva otra posibilidad, y es intentar probar su inocencia en el juicio oral, pero sabe que para llegar al debate tiene un largo tiempo de espera y mientras seguirá privado de la libertad ambulatoria. Al arribar el caso a la instancia del acuerdo con la elevación a juicio, probablemente, el imputado ya habrá cumplido una sentencia virtual a través de su detención cautelar.

Partiendo de esta premisa puede hasta resultar tolerable esta tendencia, habida cuenta que al instrumentarse la posibilidad de llegar a un acuerdo los imputados, con el asesoramiento de sus abogados, sólo se arriesgan a la celebración de una audiencia oral y pública cuando tienen, por lo menos, una expectativa razonable de que pueden llegar a obtener una absolución.

Diversos estudios y encuestas de opinión siguen señalando que en la ciudadanía existe un descontento generalizado respecto al funcionamiento del sistema judicial, y dentro de este malestar se identifica como predominante el problema de la “morosidad judicial”, que se acentúa cuando se trata del proceso penal.

La última reforma al Código de Procedimiento Penal y a las leyes 12.061, 5.827 y 13.433¹⁴, según aquellos que la cuestionan, aparece a resultas de la profunda crisis de inseguridad que afecta a la Provincia, debido principalmente a la presión mediática y a las demandas sociales contra magistrados que han ordenado excarcelaciones anticipadas a delin-

¹⁴ Promulgación: 15/01/2009. Publicación en el B.O.: 10/02/2009, puesta en vigencia a partir del 1/3/09.

cuentas y que posteriormente aparecieron en los medios como responsables en graves delitos¹⁵. En términos de oportunidad, el proyecto se enmarca en los discursos que procuran resolver la problemática de seguridad a través del endurecimiento del sistema penal.

Aparece claro que esta propuesta procura condicionar a los jueces para limitar las excarcelaciones en la provincia de Buenos Aires. Retomando el tema en estudio podemos decir que no son muchas las modificaciones efectuadas en la nueva ley respecto al juicio abreviado, sin duda la más importante es la facultad del MPF de aplicarlo en aquellos casos en los que estimare suficiente la imposición de una pena privativa de la libertad no mayor de quince (15) años¹⁶.

Como podemos observar, de los seis años que originalmente autorizaba el Código anterior, desde del primer día de marzo de 2009 se facultará al encargado de la investigación que resuelva; a través de este procedimiento; causas que por la pena en expectativa sean consideradas más graves. A partir de esta modificación son pocos los casos que quedarán en la práctica con posibilidad de obtener una condena por medio de un juicio oral y público. Por otra parte casi la totalidad de los hechos que procese este sistema serán tramitados mediante un procedimiento que, como dijimos, restringe garantías constitucionales y que fueron pensados como mecanismos de excepción. Además considero que la inducción que se realiza desde la nueva ley hacia el trámite abreviado a modo de abarcar una mayor cantidad de casos desnaturaliza aún más el debido proceso.

¹⁵ Según opinión del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) la reforma contiene graves problemas de constitucionalidad vinculados fundamentalmente con la violación de las normas relativas a la aplicación de la prisión preventiva y a los medios idóneos para controlar judicialmente la privación de libertad de una persona debido a que su orientación político criminal contraría las normas de los tratados de Derechos Humanos ratificados por nuestro país.

¹⁶ Artículo 395: Solicitud. Si el Fiscal estimare suficiente la imposición de una pena privativa de la libertad no mayor de quince (15) años o de una pena no privativa de la libertad, procedente aún en forma conjunta, podrá solicitar el trámite del juicio abreviado. El imputado y su defensor, también podrán solicitarlo.

Juicio previo, inviolabilidad de la defensa, incoercibilidad moral del justiciable, estado de inocencia y carga probatoria son otras de las garantías que pueden resentir la aplicación del sistema abreviado, por ello no debe perderse de vista el justo equilibrio que debe existir entre celeridad y garantías que permita al imputado, al momento de prestar conformidad, conocer el alcance y las consecuencias que implica aceptar una pena que no se limita a un conveniente monto sino que tiene un amplio espectro de circunstancias que lo exceden.

La reforma procesal penal impulsada por el Poder Ejecutivo provincial procura una mayor aceptación del procedimiento a partir de generalizar la prisión preventiva, ello producirá en los hechos una manda para los jueces en la aplicación de la misma como regla, salvo para delitos de escasa lesividad que no amenazan con la imposición de una pena privativa de libertad y para las situaciones enumeradas en el texto del artículo 159¹⁷ del ritual en clara contradicción a la normativa procedimental del Código nacional.

En ese ámbito (nacional) puede observarse que cada vez es mayor la necesidad de instituir la prisión preventiva como medida excepcional -no como regla- y que ésta no debe ir más allá del plazo razonable. Recientemente la Cámara Nacional de Casación (30/10/08) en pleno resolvió que: no basta en materia de excarcelación o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años (arts. 316 y 317 del CPPN.), sino que deben

¹⁷ Artículo 159: Alternativas a la prisión preventiva. Cuando se tratare de imputados mayores de setenta (70) años, o que padecieren una enfermedad incurable en período terminal, o cuando se tratare de un mujer en estado de gravidez o con hijos menores de cinco (5) años y siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio pudiera razonablemente evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, o de alguna técnica o sistema electrónico o computarizado que permita controlar no se excedan los límites impuestos a la libertad locomotiva, el juez de garantías impondrá tales alternativas en lugar de la prisión, sujeta a las circunstancias del caso, pudiendo establecer las condiciones que estime necesarias.

valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el artículo 319 del ordenamiento ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal¹⁸. Se puede apreciar claramente en el fallo que se evaluó la procedencia del beneficio excarcelatorio a la luz de las pautas proporcionadas en los reiterados fallos dictados al respecto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁹.

Adelantando una interpretación personal sobre la reforma es que en aras de instalar en la provincia una política criminal que permita alejarse de la crisis de inseguridad y de los repetidos cuestionamientos hacia el poder judicial, al mismo tiempo procura, limitando las medidas de atenuación del encierro preventivo y restringiendo todas las excarcelaciones, un acortamiento de los procesos penales operando en exceso el procedimiento en tratamiento. Por lo pronto entiendo que dilatar el encierro preventivo generará en el corto plazo un notable incremento en la tasa de prisionizados sin condena en las ya superpobladas cárceles bonaerenses.

Sin perjuicio debo reconocer que este defecto de funcionamiento no es exclusivo de nuestro país ya que en mayor o menor medida alcanza también a sistemas penales de otros países de Latinoamérica. Es por ello que el movimiento de reformas, que desde hace un par de décadas transcurre en la región, ha ensayado y sigue ensayando distintas estrategias para superar la prolongada duración de los procesos. Por ello y en mi opinión, las soluciones que procuran obtener celeridad suprimiendo etapas y

¹⁸ “El principio constitucional es que la libertad individual debe ser la regla general y que sólo por excepción y sobre la base de razones legales y con la intervención de autoridades competentes puede ser restringida con anterioridad a una sentencia condenatoria, por lo cual para mantener ese estado no es necesario invocar razones o motivos. En todo caso los fundamentos deben existir sólo para privar a una persona de lo que es el estado que, normalmente y por regla general, debe gozar”. Causa 7480 del registro de la Sala II caratulada “Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de casación”, p. 140.

¹⁹ Caso Tibi vs. Ecuador, entre otros, la Corte IDH reiteró que: “la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”, párrafo 106.

limitando la audiencia oral terminan negando la existencia misma de proceso. Así ocurre en los denominados procesos autosatisfactivos como el juicio abreviado donde el principio de oportunidad permite que los fiscales puedan desistir de la acción penal, limitando el número de causas penales, con lo que se procura mejorar la funcionalidad y rapidez de los órganos jurisdiccionales en los demás casos.

Por su parte el principio de legalidad ha sido regulado en el artículo 71 del Código Penal. El texto de esa disposición dice: “Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes: *a)* las que dependieren de instancia privada; *b)* las acciones privadas”. De allí se interpreta claramente que el mismo establece el principio de legalidad procesal. A este principio se lo enuncia fácilmente indicando que todo delito de acción pública debe ser obligatoriamente investigado, juzgado y castigado (si corresponde) con igual compromiso de esfuerzos estatales.

De la manera en que ha sido interpretado en nuestro derecho el principio de legalidad procesal impone a los órganos estatales correspondientes el deber de promover la persecución penal en todos los casos en que se tenga conocimiento de la posible comisión de un hecho punible. El mismo principio exige que, una vez promovida la persecución penal, ésta no se pueda suspender, interrumpir o hacer cesar. Ningún criterio utilitario o relacionado con la escasa gravedad del hecho²⁰ puede ser utilizado para no iniciar o para no continuar la persecución. El principio de legalidad implica que la promoción de la acción penal constituye un imperativo para el ministerio público y que dicho imperativo actualmente está instituido en presupuestos de objetado valor que además producen consecuen-

²⁰ En este contexto, la prosecución de un proceso penal y la aplicación de una pena por un hecho de consecuencias lesivas nimias o insignificantes, no resulta violatorio de los principios de proporcionalidad y racionalidad -última ratio-.

cias negativas en el funcionamiento cotidiano de administración de la justicia penal.

Explicado de esta forma no parece difícil considerar que ambos principios (legalidad y oportunidad) estén básicamente encontrados. Esto ocurre cuando el principio de oportunidad manifiesta un ejercicio del *ius puniendi* extendiéndose en un sentido tan amplio que conlleva la afectación de la norma, es decir que quebranta estándares de seguridad jurídica que proporciona la previsión legal de los delitos y de las penas.

A la hora de indagar la procedencia del procedimiento de simplificación podemos mencionar como fundamento vital diversas fuentes, quizás la de mayor trascendencia es el aumento de la criminalidad, particularmente en delitos de comisión reiterada. Esta circunstancia obligó a buscar métodos adecuados para resolver un gran número de casos en el menor tiempo y evitar una emergente paralización de la justicia penal.

Tal situación que amenazaba con no permitir afrontar jurisdiccionalmente todas las manifestaciones ilícitas existentes impulsó la creación de un sistema capaz de dar una respuesta rápida y eficaz a tantos ilícitos punibles. Es entonces que, en búsqueda de posibles soluciones, se concibe la idea de descriminalización de conductas introduciendo el principio de oportunidad para llegar a través de la previa negociación con el acusado, en su caso, a una condena sin necesidad de abrir el proceso correspondiente.

De esta forma surge el procedimiento denominado juicio abreviado y que consiste en la posibilidad para el imputado de admitir la existencia del hecho que se le imputa, su participación en aquél, (tal es el caso de su inserción en el artículo 431 bis del Código nacional) y prestar conformidad sobre la calificación legal y la pena solicitada por el representante del Ministerio Público para de este modo no llevar adelante la audien-

cia de debate oral y así, si el tribunal de juicio no rechaza el acuerdo, se dicte sentencia conforme lo pactado. Estas cuestiones y la necesidad de simplificar el proceso penal llevan a la aplicación del sistema, incorporado al Código adjetivo y en otras legislaciones, nacional y provincial.

Hemos de reconocer que nos hallamos frente a un instituto novedoso que está regulado por normas implantadas en el esquema legislativo recibidas de otras culturas jurídicas, por ello tal inserción no sólo repercute seriamente en el ordenamiento procesal penal sino también en el constitucional por cuanto su aplicación puede avasallar algunas de las garantías constitucionales previamente enumeradas. Para Binder²¹ la simplificación del proceso penal implica básica y centralmente un problema de política criminal.

Así las exigencias de simplificación del juicio; dada la importante carga que requiere la realización de un debate oral, continuo y decidido por jurados, si en el futuro es posible su implementación según Constitución; corre grave riesgo de desnaturalizar la diferencia substancial del contexto en que se desean aplicar aquellas soluciones. En marco del modelo que rige nuestro procedimiento la constancia de características inquisitivas de la instrucción adicionada a la simplificación del juicio, amenaza trasladar a la misma el peso de la decisión sobre el hecho punible, la responsabilidad del imputado y la pena aplicable, debilitando a su vez los rasgos que constituyen la garantía de control de los actos de la instrucción durante el juicio, es decir el carácter contradictorio, oral y público del debate, el principio de inmediación, la necesidad de producción íntegra de la prueba en esa etapa entre otros derechos fundamentales.

²¹ Binder, Alberto M. “Límites y posibilidades de la simplificación del proceso”, en Justicia Penal y Estado de Derecho, Ad-Hoc., Buenos Aires, 1993, p. 53.

Por ello adelanto que en tanto el derecho procesal penal admita casos que se resolverán desde la perspectiva de la oportunidad incumbirá para la constitucionalidad del proceso que éstos sean correctamente estipulados. Reglas inciertas sobre el funcionamiento del principio de oportunidad lesionan el principio de legalidad y permiten que estos procedimientos se difundan de manera endémica. Las decisiones de no perseguir, emitidas por las autoridades de la investigación pudieran no ser ni limitadas ni eficientemente controladas. Superando el actual criterio dominante de considerar apropiado el juicio abreviado a partir del principio de oportunidad para poner fin al conflicto penal, debe cumplir con los fines de protección previstos por la norma, en un marco de respeto por las garantías y los principios básicos del proceso penal constitucional.

En mi opinión no debe propiciarse la aplicación del principio de oportunidad a razones de Política Criminal. Considero que para ello es necesario establecer cuál ha de ser la razón fundante que habilite legalmente la implementación del principio.

El amplio proceso de criminalización que se dio en las últimas décadas con la frecuente modificación del Código Penal; aprobación masiva de leyes especiales (Blumberg y otras), incremento de los tipos de peligro abstracto, agravamiento de penas, nuevos tipos penales, flexibilización de prácticamente todas las garantías penales y procesales, desvalorización de derechos y garantías fundamentales, morigeración de la prisión cautelar, tutela prioritaria de bienes jurídicos supraindividuales (salud pública, consumidor, etc.), anticipación de la tutela penal, admisión de la transacción penal, premios para el colaborador de la justicia (recompensas), “plea bargaining” y otros métodos de abreviación del sistema procesal, etc., marcó una radical transformación.

Ello determina un interrogante por parte de los dogmáticos del derecho penal: ¿qué se debe hacer para contener la cuota permanente de criminalidad (convencional u organizada), y al mismo tiempo respetar las clásicas garantías del derecho penal tradicional? Si admitimos la necesidad de protección de los bienes jurídicos para lograr la convivencia social la tendencia más clara sería la construcción de un sistema jurídico distinto y es entonces donde avanza la idea del sistema penal de dos velocidades de Silva Sánchez²².

En consecuencia el derecho penal sería el núcleo básico de ese sistema jurídico que tendría como ejes: la pena privativa de libertad, el debido proceso legal clásico, y respeto a todas las garantías penales y procesales. Regido por principios fundamentales como: intervención mínima (fragmentariedad y subsidiariedad del derecho penal); de legalidad; de materialización del hecho (derecho penal del hecho); de ofensividad; de responsabilidad subjetiva; de culpabilidad; de proporcionalidad; de igualdad y de humanidad o dignidad. Todos esos principios cuentan con aprobación, explícita o implícita constitucionales, y del mismo modo, casi todos integran el fundamento de la Política Criminal argentina.

Política Criminal es Política de Estado. En palabras de Santiago Mir Puig: "(...) consiste en aquel sector de la política que guarda relación con la forma de tratar la delincuencia, se refiere al conjunto de criterios empleados o a emplear en el tratamiento de la criminalidad. Cada ordenamiento jurídico penal responde a una determinada orientación y expresa una concreta política criminal. En este sentido, la Política Criminal, no es una disciplina teórica, sino una orientación práctica"²³.

²² Silva Sánchez, Jesús María, "La expansión del Derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales", Cuadernos Cívitas, Madrid, España, 1999, p. 234.

²³ "La Dogmática jurídico-penal se ocupa del Derecho Penal como norma, la Criminología como hecho, y la Política Criminal como valor". Mir Puig, Santiago, "Derecho penal. Parte General", 7ª. N. Tesis, Edición, Buenos Aires, 2001, p. 60.

El aseguramiento de las normas supone que éste es realizado de la misma manera que el derecho penal alega. Si se vuelve desproporcionado a través del funcionamiento del proceso penal o a través de la aplicación del principio de oportunidad es de esperarse que todo el sistema penal sufra importantes perjuicios. La población espera siempre que el Estado observe las normas del Derecho Penal que ha promulgado. Para ello el modelo constitucional establece límites a la política criminal de acuerdo a los principios de legalidad y certidumbre, consiste en el ejercicio de una política criminal racional -limitada- fundamentada en el respeto por la dignidad humana y de los derechos fundamentales. La política criminal no debe ser expansiva y debe dejar espacio para la aplicación de otro tipo de políticas, no debe hallarse aislada del resto de las políticas de estado y su límite está en el respeto a las garantías.

II. Garantía de la doble instancia

Es indiscutible que existen lineamientos acerca del contenido del derecho al recurso, tal y como está garantizado en los Pactos Internacionales asignando a la Casación (provinciales como nacional) la función de hacerlo operativo.

El reciente fallo “Casal”, citado por el agente fiscal en su recurso, parece que resolverá cuestiones que ocasionaron interminables controversias permitiendo que la Casación pueda revisar absolutamente todas las cuestiones de hecho implicadas en una sentencia y que la cláusula tantas veces utilizada: "el tribunal de mérito es soberano en materia de los hechos", con el fin de observar la frustración ritual del recurso quedará en desuso. A partir de este precedente, los jueces de la Casación (nacional y provinciales) deberán acatar la doctrina que emana del mismo y que dispone en esencia que los Pactos Internacionales deben ser cumplidos, sin espe-

rar del legislador reformas adicionales en los códigos procesales, aplicando las reglas provenientes de aquéllos en sus decisiones jurisdiccionales.

Como derivación del fallo Casal, ha de interpretarse el recurso de casación penal con mayor amplitud, posibilitando la revisión integral de la sentencia recurrida con una única excepción, la prueba recibida oralmente y no registrada debido a la imposibilidad de hacerlo en ese ámbito. De esta forma el límite del recurso lo fija solamente la imposibilidad, en el caso concreto, de revisar lo que esté expresamente vinculado con el principio de inmediación derivado del de oralidad que tutela el tipo constitucional del juicio penal.

La casación es ahora un verdadero medio de impugnación, un recurso otorgado al particular como remedio procesal. El interés es la medida del recurso, corresponderá tan solo a quien le sea expresamente acordado, 'siempre que tuviere un interés directo'. Desde el punto de vista objetivo, para que exista un interés, la resolución debe tener un contenido desfavorable para el impugnante, a los efectos del ordenamiento jurídico, concretamente y no según su apreciación subjetiva. Debe ocasionar al recurrente un gravamen, esto es, un perjuicio o una desventaja, consistente en una restricción a su derecho o su libertad. El perjuicio debe consistir en la decisión dañosa para el interés del sujeto, contenida en la parte resolutive de la sentencia, y desde un punto de vista subjetivo, el interés debe surgir de la discrepancia del sujeto con la resolución impugnada, es decir, de la no aquiescencia a los efectos perjudiciales del fallo.

Resumiendo según la norma procesal a las partes les asiste el derecho a impugnar el acto cuando exista interés y agravio. El agravio no puede constituirlo el que la decisión sea contraria a los intereses de la parte, dado que tal posición conllevaría a un proceso indefinido en razón de que siempre va a existir una decisión contraria a alguna de las pretensiones

y ello legitimaría que se continúe con los recursos indefinidamente. Debe de tratarse ya sea de un vicio *in iudicando o in procediendo*. En el caso aparece difusa esta incidencia. Como ya expresé el Código procesal habilita el recurso del fiscal en Casación del fallo, pero considero que el interés existiría si aparentemente el recurso se presenta, por su incidencia, sobre la parte dispositiva de la resolución como un medio jurídicamente adecuado para evitar un perjuicio jurídico, procesal o material, y que éste debe ser efectivo e inmediato.

En verdad me resulta difícil advertir en la resolución recurrida tal perjuicio. Teniendo en cuenta que el fundamento principal que conllevó a la sentencia de absolución se fundó; por falencias en la investigación y en la errónea apreciación de los elementos de prueba tenidos en cuenta por la fiscal para la requisitoria de elevación a juicio; a mi modesto entender no existe.

Estas circunstancias me llevan a pensar que tal vez en el caso, el derecho a revisión de la sentencia no resulte procedente ni atendible, una opinión que no tiene trascendencia debido que excede el tema que nos ocupa.

III. Consideraciones finales.

Puede observarse que cada vez es mayor la cantidad de países que recurren; como una solución para la sobrecarga de trabajo de los organismos responsables de la persecución penal, la complejización y excesiva duración de los procesos penales; al mecanismo de acuerdos o juicios abreviados tal el caso de nuestro país. Esta modalidad conlleva alteración del sistema de garantías para con el imputado que debe operar (y respetarse) en el proceso penal.

La eficacia que se pretende alcanzar con las formas de abreviación o simplificación del proceso debe tener como referente el principio de adecuación del procedimiento a la materia y de la culpabilidad a la pena, en correspondencia con el estándar recibido de la Corte Suprema Nacional. Esta iniciativa impone uniformar reglas precisas en la Constitución, especialmente en las leyes procesales, con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La exigencia del juicio oral, verdadero protagonista del proceso, regulado en los códigos procesales vigentes, mantiene sólidos pilares que no sólo lo sostienen sino que son los que lo prestigian como mecanismo idóneo para resolver una causa penal y el único previsto por nuestra Constitución facultado para la aplicación de penas. La inmediatez, la concentración en la recepción de la prueba y la publicidad como elementos garantizadores son valiosos principios que no deben ser vulnerados. Cada paso del procedimiento carece de sentido si no se contempla desde la perspectiva que la amenaza de coerción pública conlleva y que en función de ello debe estar presente la exigencia del debido proceso legal.

Por ello me parece penoso el que no se afronte en forma decidida y clara los problemas que trae consigo la crisis instalada en el Poder Judicial a partir de la inflación del derecho penal y la consecuente sobrecarga de trabajo que imposibilita resolver los conflictos en la materia. La búsqueda de soluciones alternativas para intentar paliar sus perniciosos efectos y la variedad de posibilidades para negociar la pena, e incluso la impunidad del acusado, como he señalado en el análisis del instituto, puede llevar a soluciones negativas amparadas en este escenario.

El mecanismo conduce sin duda a la aniquilación de la teoría del delito y de todas las garantías que ésta representa. Se admite a fin de procurar mayor celeridad procesal y flexibilización en las reglas de

imputación por lo que esta condición negativa considero debe ser uno de los fundamentos que encamine las acciones tendientes a mejorar las instituciones de la justicia penal.

Si bien se reconoce que en ámbito de la justicia penal avanza la ansiada ideología de intervención mínima (última ratio), las disfunciones procesales señaladas en la investigación se deben en parte a que el legislador no ha definido con mayor precisión los casos que justifican la intervención penal, ello determina un riesgo y está generado en que la imposición de sanciones criminales, desde una perspectiva sustantiva, esté vinculada a una necesidad de penar, dejando de lado el sentido que se debe asignar, como misión, a la pena estatal en un Estado de Derecho²⁴.

El discernimiento dominante en la materia ha sido que, mientras el derecho procesal penal admita casos que se resuelvan desde la perspectiva del principio de oportunidad, la constitucionalidad del sistema dependerá de que estos casos sean perfectamente precisados en la ley. Pese a ello, este juicio cuenta con una discreta aprobación por cuanto la Corte no ha ofrecido criterios claros para determinar, exactamente, cuáles son las formas del procedimiento abreviado que representan violación de las formas sustanciales del juicio. Las ambiguas normas que regulan su funcionamiento lesionan el principio de legalidad y permiten que los procedimientos de este carácter se expandan de manera indiscriminada en los procesos provocando que las decisiones de no perseguir una investigación, emanadas del ministerio público, resulten ilimitadas y no controladas eficientemente desde la Jurisdicción.

Considero posible la realización de un juicio oral, público -y rápido- para todos los hechos, en la medida que la investigación prelimi-

²⁴ Por otra parte, renunciar al sistema penal comprometería una descontrolada ejecución de venganzas (privadas y públicas). Por ello se impone aplicar castigos penales justos allí cuando resulte estrictamente imprescindible para impedir tales venganzas.

nar deje de ser innecesariamente prolongada. Una herramienta idónea para evitar la dilación y llevar a buen puerto la conclusión del proceso penal estriba en despejar todos los obstáculos procedimentales (rituales), desformalizándola mediante criterios más flexibles, salvaguardando las garantías del debido proceso, la defensa en juicio y el adecuado servicio de justicia, es más, de este modo se reduciría sensiblemente la cantidad de procesados, algunos detenidos sin condena.

Aumento de la criminalidad, imposibilidad de afrontar jurisdiccionalmente todas las manifestaciones ilícitas, paralización de la justicia penal sin posibilidad de solución en el menor tiempo, dar al proceso mayor celeridad, son algunas de las causas que motivaron su aceptación y aplicación, pero acaso la más importante, no mencionada conjuntamente, es la limitación por razones presupuestarias que alcanza al Poder Judicial.

Si debemos convivir en lo estructural con una organización interna en la justicia penal, sin aumentar sus recursos económicos y humanos y sin el aporte de medios materiales acordes a las nuevas funciones con que el ordenamiento jurídico está acrecentando su misión, evidentemente, el derecho del imputado a un juicio expeditivo se convertirá en una ilusión. En la medida que el mecanismo continúe resolviendo conflictos con tantos cuestionamientos sin buscar soluciones alternativas a los problemas de lentitud y eficacia en la justicia penal, incumbirá valorar con serenidad qué soluciones podrían proyectarse para contribuir a que su aplicación resulte menos traumática a la vez que sirva de cauce para las exigencias del Código Penal. Responder acertadamente a esta cuestión es difícil máxime teniendo en cuenta que anteriores propuestas de llegar a un proceso rápido han terminado en absoluto fracaso.

Por último, otro punto esencial del tema lo constituye el rol participativo de la víctima en el procedimiento penal. Sin duda aflora la

necesidad, en relación a la pretensión punitiva, por motivos jurídico-penales, reconocerle una participación junto al fiscal que vaya más allá del papel de testigo y la posibilidad de constituirse en querellante para así lograr un mejor equilibrio entre autor y víctima en el proceso.