

JUICIO ABREVIADO UNA IMPOSICIÓN DE CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN EL SISTEMA PENAL

La víctima, portadora de intereses legítimos, no encuentra satisfacción en los mecanismos de la justicia penal.

Mario E. Corigliano*

I. INTRODUCCIÓN

Principio de oportunidad es la expresión más significativa sobre la facultad otorgada al ministerio público para suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal de los autores y partícipes en hechos que revistan las características de una conducta punible.

El aumento de la criminalidad, particularmente en delitos menores, comenzó, entre otras razones, por fundamentos socioeconómicos que trajeron consigo el incremento de delitos patrimoniales, por lo general de pequeña cuantía pero 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 establecido en el C.P.P.N. y que consiste en la posibilidad para el imputado de admitir la existencia del hecho que se le imputa, su participación en aquél 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 audiencia de debate oral y así, si el tribunal de juicio no rechaza el acuerdo, se dicte sentencia conforme lo pactado.

A partir del análisis del mecanismo de este sistema me propongo establecer que su práctica implica, necesariamente, una franca imposición de criterios de oportunidad en el proceso que colisiona con precedentes de nuestra historia jurídica y conlleva a graves renunciamentos en el ordenamiento procesal y constitucional. Además deja fuera del conflicto a la vícti-

* Abogado, especialización en Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires (Dpto. Posgrado).

E-mail: mec@mariocorigliano.com.ar

mario_cori@yahoo.com.ar

ma, expropiando sus derechos y privilegiando la reacción penal por ante la reparación a él debida a consecuencia del injusto sufrido.

Con las perspectivas que aparecen en el sistema procesal penal por la introducción de prácticas de justicia reparadora destinadas a las víctimas se hace necesario atender estos espacios de desigualdad. Acerca de la interpretación del derecho fundamental de las víctimas y su privación de derecho en el juicio penal me ocuparé en el último capítulo del trabajo.

El incremento sufrido en el derecho penal -no más última ratio- y la consecuente sobrecarga de trabajo para las autoridades encargadas de la persecución penal produjo un impacto negativo en el derecho procesal penal. Tales circunstancias provocan entorpecimiento en los procesos penales, una excesiva duración de los procedimientos en la materia y una justicia que se encuentra en situación crítica debido a una insuficiente dotación de medios que permitan llevar a juicio oral y público la totalidad de los casos.

Esta dificultad no resulta privativa de la actualidad. La Revolución napolitana (junio de 1799) tuvo entre sus protagonistas a los exponentes más representativos de la cultura democrática de la época, entre ellos, al maestro Mario Pagano y a otros iluministas que ofrendaron su vida a la Revolución Jacobina. Fue precisamente Mario Pagano¹ quién desde un punto de vista estrictamente jurídico reafirmando los temas clásicos de la reforma iluminista del momento, entre ellos, la unificación de las fuentes del derecho y la eficacia de la justicia; reconoció que de hecho “la situación de su tiempo se caracterizaba por la presencia de una legislación farragosa e inorgánica y por la falta de una jurisdicción unitaria que, en todas sus formas, resultara expresión directa del poder central. Su lógica consecuencia eran los innumerables abusos judiciales y una exasperante lentitud en las decisiones”². Este contexto había generado una crisis irreversible en la justicia, que tenía como corolario lógico una constante agudización del gravísimo problema de la criminalidad³.

Estas cuestiones y la necesidad de simplificar el proceso penal llevan a la aplicación del sistema de juicio abreviado, incorporado al Código Procesal Penal de la Nación por medio de la ley 24.825, plasmada en el nuevo artículo 431 bis de ese cuerpo normativo.

Relevancia de la cuestión para el Derecho Procesal Penal

Como ya se mencionó las críticas a la lentitud de la justicia no son nuevas. “La excesiva duración de los litigios constituye uno de los mayores y más viejos males de la administración de justicia”⁴. Ante ello el legislador ha previsto mediante el procedimiento de juicio abreviado la posibilidad de no llegar al debate cuando exista conformidad entre la acusación y la defensa respecto del hecho, participación del imputado y el monto de la pena a imponer.

¹ Pagano, Mario Francisco, “Principios del Código Penal”, Editorial Hammurabi, 2002, Buenos Aires, traducido por Eugenio R. Zaffaroni y notas de Sergio Moccia, p. 15. Este autor de pensamiento liberal (práctico), no estaba de acuerdo con el contractualismo, sin embargo, observó las carencias legislativas de la época en marco de un sistema de construcción de leyes sin Constitución y sin códigos, donde no estaban claros los límites entre el derecho penal y el derecho procesal penal.

² En igual sentido, véase las consideraciones de Ajello, R., “I saggi policita di Mario Pagano e il loro tempo”, en *Il pensiero político*, 1995, p. 17 ss.

³ También, cfr. Pesina, Enrico, “Il diritto penale in Italia da Césare Beccaria sino alla promulgazione del Codice Penale vigente”, *Enciclopedia del diritto penale italiano*, Milano, 1906, vol. II, p. 541 ss.

⁴ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, “Estampas procesales de la literatura española”, Ejea, Buenos Aires, 1961, p. 62.

Sin embargo el problema y las quejas subsisten actualmente. El fenómeno de la extensa duración de los procesos penales reconoce, entre otras, dos razones predominantemente apreciables en su problemática. La primera, determinada fácticamente, es la mora constante de la administración de justicia penal para acabar con los procesos interminables. La segunda, de naturaleza jurídica, radica en que a partir de las distintas interpretaciones respecto del derecho del acusado a ser juzgado dentro de un plazo razonable, esencialmente jurisprudencial, permite la aplicación del instituto en estudio para simplificar el proceso, sin alterar las circunstancias fácticas del caso que se juzga.

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.

Se ha 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 Binder⁵ la simplificación del proceso penal implica básicamente un problema de política criminal.

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 intermediación, la necesidad de producción íntegra de la prueba en esa etapa entre otros derechos fundamentales.

La clara imposición de criterios de oportunidad que propone el juicio abreviado importa además otro riesgo procesal señalado reiteradamente por los críticos del “plea bargaining” estadounidense: la posibilidad que la no aceptación de la propuesta del fiscal por parte del imputado y su defensor conlleve la amenaza de un peligro de condena más grave⁶. Así se pone en cuestión si la supuesta “aceptación voluntaria” del imputado y el rechazo del acuerdo por parte de éste no lo coloca en una situación desventajosa.

Por su parte la Corte Suprema ha expresado reiteradamente que la celeridad en la respuesta que debe dar al sistema no constituye un asunto menor y que el instituto en tratamiento consolida en forma efectiva el derecho a una respuesta jurisdiccional más rápida.

⁵ 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.

⁶ Langbein, Jürgen, “Torture and plea bargaining”, University of Chicago Law Review, EE UU, 1978, p. 46.

Planteo de los problemas centrales

Analizando el principio de oportunidad que facilita el mecanismo de solución negociada de los casos penales y definiendo sus particularidades dentro del sistema judicial, en un ámbito donde la discrecionalidad del ministerio público es categórica, adelantaré en los umbrales de la investigación y dentro de un estricto marco teórico que el legislador no se expresó con la suficiente claridad al propugnar el instituto, de allí es que surgen las distintas interpretaciones especialmente en la doctrina.

Razones simplemente utilitarias favorecen el tipo de juicio negociado y la jurisprudencia dominante admite la aplicación del sistema enmarcado en el principio de oportunidad sin brindar una cobertura segura ni determinar los límites estrictos de su ámbito. No se han establecido las consecuencias jurídicas y previsibles producto de la aplicación del instituto. Frente a la realidad que evidencia una administración de justicia de recursos insuficientes en el sistema penal y en particular a la aplicación de una norma cuya constitucionalidad se discute, la abreviación del proceso marca camino hacia la realización de criterios abiertos que aparecen como eficaces y rápidos en la persecución penal.

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 controladas⁷.

La incertidumbre de la sociedad frente a la postura de reinterpretar el derecho de los acusados de un ilícito coloca en el centro de atención la problemática que pretende dilucidar este trabajo. Ya se evidencia una crítica; que aun pareciendo simple se torna decisiva a la hora de cuestionar la aplicación de dicha actividad procesal; proponiendo que el mecanismo negociado entre las partes está inspirado entre otras incidencias, en que el límite superior de la pena en muchos delitos se encuentra más allá de toda proporcionalidad, por ello el acusado tiene vital interés en la restricción del ámbito de decisión del juez, obteniendo una mínima participación de éste con los acuerdos.

El fin de la propuesta es presentar una interpretación que superando el actual criterio dominante de considerar apropiado el juicio abreviado a partir del principio de oportunidad para poner fin al conflicto penal, cumpla 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.

Análisis de las consecuencias jurídicas

Estas tareas están determinadas por la interpretación de las normas del instituto en estudio, en comparación con las correspondientes al sistema de derechos fundamentales de las personas, como límite a la actividad represiva del Estado y en consideración al respeto irrestricto de la dignidad humana.

⁷ Hassemer, Winfried, "La persecución penal: Legalidad y oportunidad", Revista Ciencias penales, Universidad de Frankfurt, Alemania, 1981, p. 130.

En opinión de Bovino⁸ según la regulación normativa del principio de oportunidad y de los nuevos mecanismos que hoy se han extendido a casi todos los países de la región, las nuevas disposiciones legales podrían terminar por frustrar los fines propios de la oportunidad como también la de otros mecanismos de simplificación del procedimiento (mediación penal, conciliación, etc.).

El principio de oportunidad se apoya en teorías relativas y/o utilitarias de la pena, por ello responde a motivos que se vinculan más a criterios de efectividad del sistema penal. La realidad de la persecución penal, aun concebida desde el principio de legalidad, muestra que la pauta que transmite este principio no es en gran medida concretable. “El proceso penal y el derecho procesal penal no residen sólo en la realización del derecho penal, sino que, al mismo tiempo, persigue fines propios”⁹, la verdad se presenta de manera tal que resulta ser una verdad formalizada por las reglas procesales.

Por el contrario el principio de legalidad encuentra sostén en las teorías absolutas de la pena y por su alto contenido ético, consecuente con el Estado de Derecho. Nuestra Constitución Nacional en su art. 18, prevé que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, mas no impone la obligatoriedad en la imposición de una pena o de la persecución penal. De las garantías constitucionales, contenidas en el artículo de referencia, surge expresamente "la necesidad de acusación como presupuesto del juicio, mas no ordena que aquella se produzca en todo caso"¹⁰.

Por ello sus valores principales residen en la pretensión de igualdad de tratamiento de los habitantes ante la ley (art. 16 C.N., arts. 8.1 y 24 C.A.D.H.) de conservar al máximo la división de poderes, de tornar realidad en la mayoría de los casos, que la solución del conflicto provenga de un juicio público, inmediato y oral. En definitiva, todas estas razones residen en el ámbito de la equidad ideal de la administración de justicia penal.

Toda una quimera a la hora de considerar el instituto que analizamos -juicio abreviado- y de distinguir entre pretensión penal y acción penal. Es posible decir entonces que la primera inicia el proceso y que define en el ámbito de un proceso penal un objetivo concreto, que en el caso resulta ser la imposición de una pena o medida de seguridad de acuerdo con las previsiones normativas. La acción penal, por tanto, será la que pone en marcha toda una secuencia procesal, recorriendo los caminos o instancias, hasta el pronunciamiento jurisdiccional conclusivo.

En palabras de Zaffaroni:¹¹ “(...) puede entenderse el art. 18 como estableciendo el principio de legalidad procesal¹² y dando por presupuesto el de legalidad penal, lo que no sería descabellado, teniendo en cuenta que en la propia discusión de la Convención de Virginia hubo constituyentes que se opusieron a su inclusión expresa por considerarlo obvio”¹³. En cualquier caso, es claro que el art. 18 consagra la legalidad procesal penal y la duda acerca de la legalidad penal (estaría también incorporada a ese dispositivo o se deduciría del art. 1º constitucional)

⁸ Bovino, Alberto, “Principio de oportunidad y proceso de reforma en América latina. Algunos problemas de política criminal”, Editorial Astrea, 2000, p. 13.

⁹ Hassemer, Ibid., p. 111.

¹⁰ Cafferata Nores, "Cuestiones actuales sobre el proceso penal", 2º edición actualizada. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 28.

¹¹ Zaffaroni/Plagia/Slokar A, “Derecho Penal – Parte General”, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 105.

¹² Infra. Sobre la difícil compatibilidad de la legalidad y el Common Law, Cross and Jones, 1976, p. 11 ss.; Carvell, I. G.; Swinfen Green E., Criminal Law, p. 7 ss.; Fitzgerald, P. J., Criminal Law p. 171.

¹³ Infra Thorpe, Francis Newton, p. 542, Curtis, George Ticknor, p. 328.

ha perdido importancia en función de su actual consagración expresa en el art. 9° de la CA y 9° del PIDCP (inc. 22 del art. 75).

Adelantada la opinión de este autor, describiré como opera el principio de legalidad y los problemas que acarrea su aplicación en la práctica. También analizar los fines político-criminales del principio de oportunidad, finalmente justificaré los motivos por los cuales determinadas maneras de regular su aplicación producen, inevitablemente, más problemas que soluciones.

Alcance de la investigación. Procedimiento dogmático

Antes de abordar el tratamiento del tema considero necesario delimitar el propósito de la investigación en estudio. Se trata de problemas y soluciones que dependen exclusivamente de consideraciones de dogmática jurídicas y ello impone que la cuestión se aborde desde una perspectiva metodológica, es decir que el trabajo se oriente al análisis de conceptos jurídicos, dentro del sistema al que pertenecen, para aplicarlos al caso concreto. Para ello corresponde la interpretación de las normas penales y procesales penales del sistema y del principio que lo faculta, en el ámbito de aplicación correspondiente.

Es atinente a las cuestiones abordadas en el trabajo.

a). Si el juicio abreviado sobreviene en una imposición de criterios de oportunidad en el sistema penal que importa un riesgo procesal al justiciable. b). Si su inserción en el esquema legislativo, regulado por normas implantadas y recibidas de otras culturas jurídicas, repercute seriamente en el ordenamiento procesal penal y en el constitucional y si su aplicación puede avasallar garantías constitucionales como las de: juicio previo, autoincriminación, oralidad, intermediación y publicidad. c). Si la víctima, marginada en el proceso pese a ser portadora de intereses legítimos, no encuentra satisfacción en los mecanismos abreviados de la justicia procesal penal. d). Por último el objeto de la tesis (solución del problema) es presentar una interpretación que; superando el actual criterio dominante de considerar apropiado el juicio abreviado y el principio que lo habilita para poner 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.

En la extensión de la investigación intentaré presentar el juicio abreviado como una práctica estatal inquisitiva y arbitraria. Su estudio se restringirá al análisis dogmático, tanto de las consecuencias jurídicas que la aplicación del instituto origina como del tipo normativo objetivo de la regla de derecho cuya violación da lugar a las consecuencias señaladas.

La dogmática jurídica representa, como método de la investigación, una ciencia exegética cuyo objeto es la comprensión y explicación del derecho positivo a través de la interpretación de los textos correspondientes, con miras a su aplicación en los casos concretos. Por lo tanto la investigación no tiene contenido empírico, se reduce al estudio dogmático de los preceptos que intervienen en la solución del problema objeto de análisis, en relación también con su funcionamiento dentro del orden jurídico en que se aplica.

No se trata de un trabajo sociológico ni está basado en estadísticas, cumple una función de investigación puramente jurídica que no depende de estudios de campo ni de pruebas, tampoco persigue planteos reformistas. Tan solo explica la vigencia de una norma procesal y las consecuencias relevantes de su aplicación, su objetivo es entonces establecer que la práctica del juicio abreviado implica una franca imposición de criterios de oportunidad en el proceso que col-

siona con precedentes de nuestra historia jurídica y conlleva a graves renunciamentos en el ordenamiento procesal y constitucional.

II. LEGALIDAD Vs. OPORTUNIDAD

Concepto y alcance de estos principios en el proceso penal

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) y 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 hecho¹⁴ 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 consecuencias negativas en el funcionamiento cotidiano de administración de la justicia penal.

Explicado de esta forma no parece difícil considerar que uno y otro principio (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.

Desde la doctrina se afirma que: “para especificar el precepto en su total contenido es menester recurrir a leyes o disposiciones no penales, que son las que contienen los mandatos revelando lo que el derecho quiere. Es el mandato contenido en la norma lo que otorga al Estado la facultad de exigir el imperativo, pero es la ley penal la que le otorga el derecho de castigar su infracción”¹⁵.

Así esta teoría de las normas permitió distinguir el destinatario de las mismas del destinatario de la ley penal. La norma, en cuanto integrativa del precepto de la ley penal, está dirigida a los individuos que deben obedecer el mandato absteniéndose de la conducta prohibida. La ley penal, como designación de la pena, a los órganos del Estado encargados de aplicarla, imponiéndoles el deber de hacerlo toda vez que se haya dado una infracción de mandato que esté penalizada.

¹⁴ 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-.

¹⁵ Creus, Carlos "Derecho Penal, Parte General", Astrea, Buenos Aires, 1988, ps. 74/6.

El principio de legalidad procesal constituye una garantía para los particulares y una exigencia de seguridad jurídica, así también una limitación al poder punitivo del Estado. Para fortalecer el carácter intimidatorio de la ley penal, y para evitar arbitrariedades, los juristas de la tradición continental europea consideran inseparable del precepto de obligatoriedad de la norma penal el principio de obligatoriedad de la acción penal, e incompatible con una visión democrática de la función penal el principio de discrecionalidad.

Actualmente este principio tiene en ámbito del derecho internacional una extendida vigencia como principio fundamental del Estado de Derecho y ha sido también acogido en numerosas regulaciones supranacionales. Tiene, entre otras, una justificación jurídico penal y originalmente se basa (esta fundamentación) en la “teoría de la coacción psicológica” de Feuerbach¹⁶.

Los fines de la pena, las finalidades extrapenales y los puntos de vista de la culpabilidad también pueden ser relevantes en el derecho procesal, es algo que ponen de relieve, aparte de los presupuestos de procedibilidad, especialmente, los supuestos del principio de oportunidad. “(...) hacen depender el sobreseimiento de la escasa culpabilidad y de la ausencia de interés público en la persecución penal. Tal interés público sólo puede precisarse según el criterio de los fines de la pena. Y cuando en otros casos puede producirse el sobreseimiento por razones políticas, de estrategia de persecución o de economía procesal, en ellos se imponen finalidades extrapenales frente a la necesidad de la pena”¹⁷. Si los supuestos del principio de oportunidad pertenecen al derecho procesal es sólo porque en tales ámbitos el legislador no ha querido recurrir al procedimiento de subsunción para fijar la decisión sobre la imposición de una pena sino que se ha encomendado al arbitrio del ministerio fiscal y del tribunal.

Para lograr los objetivos que le asignan se debe reconocer que se trata de una herramienta pensada para ser administrada por el órgano encargado de la persecución penal estatal. El objeto y fin de este principio exige que sea utilizado como un instrumento necesario y útil para racionalizar, ordenar y planificar criterios genéricos de política persecutoria en la materia.

III. DISCRECIONALIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO

Selectividad de casos

La selectividad de los tribunales respecto de los casos más sencillos, es una elección de hecho que responde a la estructuración normativa del sistema de persecución penal. Aquí gravita la falta de asignación de medios por encima de las posibilidades materiales de investigación, por ello debe limitarse la tarea de los tribunales a la función de juzgar y garantizar los derechos individuales, aliviándolos de la función de llevar adelante la persecución penal mediante la investigación preliminar. Para que los defectos de la investigación judicial no sean transferidos a ésta es necesario que al mismo tiempo se reorganice el ministerio público para hacerse cargo eficientemente de la prevención penal, dotándolo de recursos humanos, medios y el establecimiento de criterios más flexibles en la asignación de casos. En este sentido es necesario contar con una regulación que permita asignar en determinados casos, debido a la complejidad que éste presente,

¹⁶ Anselm Von Feuerbach no es en absoluto el creador de este principio, fue desarrollado y muchas veces codificado antes de este autor. Ideó la formulación “*nulla poena sine lege*”, aun de actualidad, y le agregó una fundamentación autónoma partiendo de la teoría de la pena.

¹⁷ Roxin, Claus, “Derecho Penal – Parte General”, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, T. I, Ed. Civitas, España, 1997, p. 991.

a más de un fiscal. Actualmente, en la práctica se viene realizando aunque sólo en la investigación de aquellos delitos que tienen desmedida trascendencia pública.

Un sistema penal apoyado en una teoría absoluta de la pena debe perseguir todos aquellos delitos de los que tenga noticia¹⁸. En tal sistema los órganos encargados de la promoción de la acción penal están sujetos a perseguir, obligatoriamente, todo delito de acción pública y este deber se expresa bajo el principio procesal de legalidad. Un sistema penal orientado hacia la obtención de ciertos fines, es decir, que repose en una concepción preventiva o mixta de la pena, no debe perseguir necesariamente a todo delito sino en la medida que ello sea necesario o útil para alcanzar esos fines, y en éste los órganos encargados de la promoción penal tienen cierta discrecionalidad para decidir cuáles hechos habrán de perseguir. Esta discrecionalidad se expresa bajo el principio procesal de oportunidad. El dilema sobre la conveniencia de adherir a uno u otro principio abarca en gran medida la discusión acerca del sentido de la pena estatal.

Se aduce que el principio de oportunidad sería de gran utilidad para hacer más efectiva la lucha contra cierto tipo de ilícitos (los más graves) pues permitiría restar complejidad a los casos seleccionados; reduciendo la persecución penal a uno o varios delitos de una serie de comportamientos delictivos; para conseguir una condena posible y suficiente en un tiempo relativamente breve, deduciendo de la persecución penal aquellos delitos o -meras clasificaciones penales- que no agreguen demasiado al juicio sobre la pena y que, sin embargo, complican el procedimiento por su cantidad o por la dificultad de su prueba.

También se encuentra en juego la eficiencia y transparencia del sistema de enjuiciamiento en lo penal, que sin duda se vería beneficiado si los procesos penales tardaran menos tiempo en su tramitación si el Estado previniera más eficazmente el delito, si las penas se impusieran en tiempo oportuno, se atendieran con preferencia las causas que provocan mayor daño social y especialmente si la selección la realiza el legislador y no el funcionario de turno de manera informal¹⁹.

Tanto el principio de legalidad como el de oportunidad presentan factores de peso que no deben ser ignorados. En favor del principio de legalidad puede sostenerse que: a) es igualitario, mientras que la aplicación selectiva y oportunista de las normas lleva a debilitarlas, y en consecuencia a debilitar el aspecto estabilizador de la sociedad. b) el principio de oportunidad se aplica en el periodo de instrucción, de este modo los criterios concretos de oportunidad no son conocidos por el público, lo cual deja a la oportunidad fuera del ámbito de control del mismo y muchas veces cuestionado.

En contra de este principio puede sostenerse que: c) el principio de legalidad parte de una concepción idealista de la realidad. La cifra negra de la criminalidad es la demostración de que el derecho penal no se aplica igualitariamente pues además de los factores que llevan a que determinados hechos nunca sean conocidos existen otros procesos fácticos de selección, no controlados, que impiden la actuación de la ley penal; d) las normas de derecho penal material no operan automáticamente en la práctica: ciertas secuencias del procedimiento dependen especial-

¹⁸ En la doctrina penal existe cierto consenso en cuanto a rechazar las concepciones absolutas de la pena. La tendencia general está orientada a negar que la pena tenga una función ideal, uno de sus fundamentos es que resulta inimaginable un Derecho Penal desligado de utilidad en el sistema social.

¹⁹ Adler, Daniel E., "El principio de oportunidad y el inicio del proceso penal a través del Ministerio Público", L.L., Buenos Aires, 1993-A, p. 906.

mente de un criterio de oportunidad no formalizado en reglas procesales, pero insustituible; ejemplo de ello es la discrecionalidad de un juez en la determinación del estado de sospecha para someter a proceso a una persona, o la duda para absolver por aplicación del principio *in dubio pro reo*; e) el proceso penal no está obligado a la indagación a toda costa de la verdad material sino a la indagación de la verdad por vías jurídico-formales que limitan la actuación del derecho penal, como la prohibición probatoria ilegítima y como remedio la regla de exclusión; f) los recursos personales y materiales de las autoridades encargadas de la instrucción siempre resultarán escasos y el principio de legalidad no podrá evitar que ellas desarrollen su actividad en forma selectiva de conformidad con los criterios no institucionalizados y exentos de todo control.

Mediante el principio de oportunidad se tiende a facultar al órgano de persecución penal o a la víctima a que unilateralmente decidan la subsistencia de la acción penal o el abandono de la misma. Este principio tiene que conectarse necesariamente con la idea de subsidiariedad del derecho penal, es decir que éste sea la última ratio del ordenamiento jurídico, y que sólo es lícito recurrir a él cuando otras sanciones jurídicas aparezcan insuficientes para mantener la confianza en el Derecho y la paz social. En este rumbo la idea privilegia la solución de conflictos por medios no penales, fomentando procesos compositivos que favorezcan la reconciliación con la víctima y con la sociedad, en especial tomándola en cuenta y promoviendo la prevención-integración.

Por otra parte la idea de un derecho penal mínimo examinado desde un universo de conductas reprimidas como delito llevaría a un proceso de descriminalización, convirtiendo algunas de estas conductas en atípicas y otras en simples faltas o infracciones menores²⁰.

Estas tendencias a formalizar el principio de oportunidad favorecen sin duda la capacidad operativa del sistema penal en la medida que permite a los órganos encargados de promover el enjuiciamiento prescindir de su promoción o continuación en los casos en que los criterios de oportunidad así lo indican. En ese sentido este principio institucionaliza la selectividad que bajo el principio de legalidad se practica de facto pues en rigor de verdad el sistema de persecución penal fundado en el principio procesal de legalidad aplica de hecho el principio de oportunidad.

Muchas denuncias sobre defraudaciones y abuso de confianza originados en relaciones contractuales son desestimadas de plano, con indicación de recurrir a la vía civil con dudosos fundamentos acerca de la naturaleza extra-penal del conflicto que en buen romance significa que los jueces, (o en su caso los fiscales) derivan a las partes a que compongan su conflicto por medio del procedimiento civil. La experiencia indica que, en muchos de los casos, la desestimación de plano es a veces prematura y encubre una reticencia a investigar esta clase de delitos. Junto con estos supuestos hay otros factores incontrolables que operan conforme a criterios de oportunidad, como ejemplo baste citar la discrecionalidad que tiene el juez para decretar el procesamiento de una persona pues no existe un estándar determinado sobre el grado de sospecha para fundar tal decisión, y más aún, la discrecionalidad en la intensidad de la investigación y en la recepción de la declaración del imputado.

Las experiencias señaladas hablan en favor de introducir el principio de oportunidad pero ello exige que la misma sea formalizada, esto es que los criterios de regulación del

²⁰ Cafferata Nores, José I., "Reasignación de recursos procesales y suspensión del juicio a prueba", Revista de Estudios Procesales, Instituto Panamericano de Derecho Procesal, 1997, p. 13.

principio estén claramente fijados en la ley y que el órgano facultado para determinar la oportunidad goce de una inserción institucional que lo ponga a resguardo de intereses políticos ajenos a los de política criminal, que la someta al mismo tiempo al control público para evitar que la decisión sobre la oportunidad se ejerza al margen del sistema penal. Una organización republicana exige que estas decisiones sean controlables.

Al respecto es necesario advertir que este principio sólo es compatible con el Estado de Derecho y si sus criterios están determinados con precisión en la ley, las reglas de oportunidad que estén así reguladas sin precisión, destruirán en su estructura el principio de legalidad. Por otro lado el principio de legalidad sobrecarga la tarea de quienes promueven la averiguación de los delitos y en función de ello el principio de oportunidad se manifiesta como alternativa seductora. La mezcla de legalidad y oportunidad depende de la ética de las autoridades y de los tribunales, del control y confianza de la población en la administración de la justicia penal. La decisión sobre la introducción del principio de oportunidad exige considerar la conveniencia de adjudicar algún tipo de control sobre promover o no una acción, de limitar el principio al sostenimiento de la misma manteniendo la obligatoriedad de su promoción o de limitarlo en el caso de oposición del imputado o de la víctima, pero siempre exigir que esa decisión sea fundada y por escrito.

La solución abordada ante la crisis del principio de legalidad es la de hacer concesiones al principio de oportunidad mediante la implementación de distintos mecanismos e institutos para simplificar el proceso. En palabras de Hassemer la síntesis del pensamiento penal y procesal de estos tiempos afirmarían “tanta legalidad como sea posible, tanta oportunidad como sea necesaria (política y económicamente)”²¹.

Principalmente la opción por el principio de oportunidad exige resolver si la facultad de promover la persecución de los delitos, conforme a criterios de oportunidad, estará a cargo de un órgano sujeto a directivas del Poder Ejecutivo o de un órgano del Poder Judicial que tenga garantizada su independencia y estabilidad. En conclusión, existirían buenas razones para introducir el principio de oportunidad procesal pero ello debe hacerse con suma prudencia, especialmente en una sociedad que necesita vivir la experiencia de una función estabilizadora y pacificadora en las normas penales.

Aunque se reforme la ley procesal admitiendo criterios de oportunidad resulta necesario señalar que no es válido emprender una asignación de esfuerzos basada en un criterio simplista según el cual el principio debería permitir una selección de los delitos más graves para desistir de la persecución penal de otros delitos en atención a su levedad. En estos casos el principio de oportunidad debería reservarse perfectamente para los casos de complejidad de hechos y dificultades de prueba²².

²¹ Citado por Cafferata Nores, “El principio de oportunidad en el derecho argentino” en Cuestiones Actuales sobre el proceso penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 30.

²² Al respecto el Proyecto de Ley (2007) de modificación al Código Penal, artículo 74, al establecer las reglas de disponibilidad en el ejercicio de las acciones señala: “Los fiscales podrán prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública en los casos siguientes” (...) También que: “La decisión que admita la aplicación de criterios de oportunidad declarará extinguida la acción pública con relación a la persona en cuyo favor se aplique”. La excepción está contenida en el párrafo que dispone: “El fiscal no podrá prescindir total ni parcialmente del ejercicio de la acción penal cuando el imputado sea funcionario público y se le atribuya un delito cometido en el ejercicio o por razón de su cargo”. Por su parte el anteproyecto de reforma al CPPN del mismo año precisa: Art. 12.- Principio de oportunidad. “En los casos expresamente autorizados por el Código Penal, el fiscal, en dictamen fundado, y en cualquier momento previo a formular acusación, podrá plantear al juez la no promoción o el cese del ejercicio de la acción penal, total o parcialmente” (...) y en correspondencia con el anteproyecto penal: “Si el juez admite la solicitud, declarará

IV. LÍMITES CONSTITUCIONALES AL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Inaplicabilidad ante graves violaciones a Derechos Humanos

Los límites al principio de oportunidad están ceñidos por la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22) que incorpora a partir del año 1994 tratados de Derechos Humanos ratificados por el Estado y normas de derecho humanitario internacional. En función de esta normativa supranacional, de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto de Roma, las leyes internas se mantienen armónicas a las mismas y el principio de oportunidad limitado en su aplicación cuando los hechos de los que se trate puedan significar graves violaciones a estos derechos (crímenes de lesa humanidad, genocidio, etc.). En su caso, podría invocarse el artículo 1.1. de la Convención Americana que impone a los Estados Parte la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Tratado a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esto supone que el Estado se organice de modo tal que pueda asegurar jurídicamente el pleno ejercicio de los derechos humanos.

Si se admitiera la aplicación del principio de oportunidad frente a esta clase de delitos el Estado estaría violando el mandato originario e incumpliendo su obligación de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos fundamentales²³.

Desde la más estricta jurisprudencia de la Corte Interamericana se ha sostenido que, “[e]l Estado está (...) obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción”²⁴.

En atención a lo expuesto el principio de oportunidad no puede aplicarse frente a hechos que hayan afectado derechos humanos protegidos por la Convención. Por lo tanto delitos de homicidio doloso, genocidio o la desaparición forzada de personas deberán ser siempre investigados. Una interpretación distinta podría comprometer la responsabilidad internacional de nuestro país ante la Corte Interamericana.

Por otra parte el tratamiento igualitario de las reglas penales y procesales, sobre todo en cuanto a sus presupuestos de legitimidad, aparece impuesto ya por razones de declaración: “el derecho procesal penal es parte del derecho penal”²⁵ o debido a que ambas cumplen funciones paralelas tendientes a lograr los mismos fines en el proceso²⁶. Atento a ello en mi opinión, tanto las normas dirigidas a la solución penal de los conflictos sociales como las que regulan los actos de las autoridades judiciales encargadas de aplicar el sistema de simplificación del proceso, deben provenir del legislador.

extinguida la acción penal con respecto a la persona en cuyo beneficio se dispuso. Si la decisión tiene como fundamento la insignificancia del hecho, sus efectos se extienden a todos los que reúnan las mismas condiciones”.

²³ CIDH, “Caso Velásquez Rodríguez”, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, N° 4, párrafos 166-172.

²⁴ Infra párrafo 176.

²⁵ Maier, Julio, “Derecho Procesal Penal, Fundamentos”, T. I, 2ª. Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 145.

²⁶ Cafferata Nores. Ibid., p. 158.

V. RAZONES DE POLÍTICA CRIMINAL

Desformalización de la justicia penal

El amplio proceso de criminalización que se dio en las últimas décadas del siglo XX 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 de 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 Sánchez²⁷. Éste se conforma por: a) un núcleo básico constituido por el clásico derecho penal, fundado en la pena privativa de libertad y en el respeto a todas las garantías penales y procesales; b) un derecho sancionador auxiliar, aplicado por el Poder Judicial, pero sin hacer uso de la pena de prisión, lo que permite cierta flexibilización de las garantías, del sistema de imputación, así como la posibilidad de elaboración de acuerdos, de transacción penal, etc., c) de un derecho administrativo clásico aplicado por la Administración Pública, y d) del Derecho Civil, Internacional, Comercial, etc. En esta orientación, tomar como punto de partida la protección del bien jurídico conduce sin duda a un exceso puesto que ello deja fuera de perspectiva el concepto de autor.

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.

Abandonada la dogmática formalista y legalista y adoptado el método de la ponderación, expone Roxin: “(...) en la solución justa para cada caso concreto, conforme propugnado por la dogmática teleológica, que persigue valores y fines constitucionales, se torna posible restablecer la estructura garantizadora del derecho penal tradicional, que debe ser reservado para la aplicación en pocos casos, solamente los más graves”²⁸.

El Derecho Penal material no sólo determina los límites de la punibilidad sino que al mismo tiempo tiene la tarea de sostener y asegurar las normas fundamentales de una socie-

²⁷ 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.

²⁸ Roxin, Claus, “Política criminal y sistema del Derecho penal”, Bosch, Barcelona, España, 1972, p. 455.

dad (Prevención General Positiva)²⁹. 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.

La teoría de la prevención general establece que la función motivadora del Derecho Penal se dirija a todos los ciudadanos. La forma cómo tiene lugar este proceso es precisamente lo que diferencia las dos variantes que existen sobre esta teoría: la prevención general negativa y la prevención general positiva. La primera se caracteriza por ver a la pena como mecanismo de intimidación para motivar a los ciudadanos a no lesionar bienes jurídicos penalmente protegidos, la segunda cambia el mecanismo de su realización, ya no es la intimidación de la amenaza penal la que debe motivar a los ciudadanos sino el fortalecimiento que produce la pena -justa- en la convicción de la población sobre la imposibilidad de agredir los bienes jurídicos³⁰.

“El Estado tiene el monopolio de la aplicación del Derecho Penal, el diseño de política criminal que realice debe ser “racional” atento que el derecho penal ocupa en el sistema jurídico general un lugar secundario. Ese carácter le es dado porque sólo debe actuar cuando ya lo han hecho otros sistemas más eficaces para la resolución del conflicto. Es el continuador de instituciones públicas o privadas que deben actuar previamente, ya que la norma penal es débil para actuar por sí sola”³¹.

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.

Esta reflexión parece ser el mejor camino para alcanzar la moderación del derecho penal, o sea, la no utilización emocional e irracional condicionado por los avatares de los acontecimientos. Un Derecho penal concebido de mínima intervención, si bien anclado en la pena de prisión (razonable), pero con total respeto al debido proceso legal y los derechos fundamentales y garantías del procesado.

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”³².

Es perceptible que frente a la evolución en la trasgresión de la norma con el progreso de la criminalidad se debilita o abandona la misma (se descriminaliza, se despenaliza, se morigerar, etc.), y se proyectan procedimientos técnicos más adecuados jurídicamente. Partiendo de

²⁹ Hassemer. *Ibid.*, p. 391.

³⁰ Esta teoría no está libre de objeciones, se le ha cuestionado que actúa como función pedagógica invadiendo indebidamente el ámbito de autonomía jurídica personal del ciudadano al imponerle el cumplimiento de sus mandatos y prohibiciones.

³¹ “Jornada Nacional Universitaria de Seguridad”, U.B.A., Conclusiones, 19 de agosto 2004.

³² “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.

la realidad del fenómeno habría que recordar que este funcionalismo colaboró en crear una relativa anomia, utilitaria para ciertos comportamientos ilegítimos.

A primera vista nada parecería más satisfactorio que existan criterios claros de detección por parte del Estado y que éstos respondan a las urgencias por resolver los conflictos penales, pero prontamente aparecerán otras dificultades, me refiero a la persecución de delitos cometidos desde el Poder.

Desde un punto de vista político-criminal se sostiene, en relación a los delitos cometidos desde la Administración gubernamental, la necesidad de contar con un mecanismo de persecución delictiva confiable que no dependa de la voluntad de órganos sospechados de complacencia y del que podrían haberse valido los imputados.

Se parte de la base que el fiscal, como órgano estatal de persecución punitiva, no permita (ni obstaculice) una represión eficaz de ciertos delitos que tocan muy de cerca al Estado. Esta preocupación debe alertar acerca de la necesidad de contar con una organización institucional del Ministerio Público -sin perjuicio de las existentes- que, mediante instancias de control (interno y externo), ofrezca garantías de independencia del poder (sobre todo del poder político). Razones como las apuntadas han llevado a propugnar sistemas procesales que confieren una facultad de persecución penal autónoma reconocida por normas supra-constitucionales a quienes se presentan como víctimas (a través de la figura del querellante autónomo), como único medio para obtener una respuesta adecuada de la justicia penal. En materia de derecho penal significaría un aporte relevante para entender y mejorar la realidad jurídica el lograr un sistema que, además de ser eficiente, garantice que la reacción punitiva del Estado resulte adecuada y congruente al derecho vigente.

Recientemente buena parte del debate constitucional se ha centrado en la forma como la Constitución ha ‘refundado’ el Poder Judicial. “Un Estado de Derecho reclama instituciones vigorosas y poderes judiciales independientes. La noción de independencia judicial implica, entre otros elementos, que el juez no ha de tener más subordinación que a la ley y ello incluye independencia de distinta índole: independencia política frente al Poder Ejecutivo; independencia funcional frente a otros órganos judiciales; independencia económica frente a otros poderes, etc.”³³. La relación del juez frente a la ley señala un ámbito de acción del ejercicio de la función judicial que obliga a representar el cumplimiento de su deber al objeto mismo de la función legislativa.

La relación intrínseca entre la actividad del juez y la acción del legislador margina en principio aún a la misma función ejecutiva. Por ello su fuente natural será la ley con todo lo que ello conlleva.

El capítulo se completa con el examen de procedimientos en el ámbito procesal penal y con la exposición de reflexiones sobre el rol de los principios de legalidad y de oportunidad. Aún cuando no haya acuerdo doctrinario sobre su función en el proceso éstos no deben alegarse en razones de Política Criminal, si bien durante el mismo se plantean cuestiones o aspectos de índole fáctica que son reveladoras de un conflicto penal, en modo alguno, constituyen verdaderos motivos de Política Criminal. Tratándose de valores que hacen a la norma penal no parece admisible que se fijen pautas de aplicación desde la legislación ya que tales fundamentos no podrían

³³ Carrillo Florez, Fernando, “Los retos de la reforma de la justicia en América Latina”, Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales, Organización de los Estados Americanos, Publicaciones, Washington, EE UU, 2005, p. 7.

considerarse argumentos o políticas de Estado, en el caso, simplemente se trata de cuestiones de preferencia o conveniencia procesal.

Por su parte el principio de legalidad garantiza, para la concreta aplicación de la justicia penal, que se dará un trato igualitario a los ciudadanos y ello impone la aplicación igualitaria de las normas penales. El principio de oportunidad no puede exceptuar que una autoridad determine, de algún modo, la aplicación de las normas penales y con ello se lesione el mandato de igualdad que impone la Constitución.

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.

Al respecto y como anticipo del tema en estudio (el juicio abreviado) que dimana del principio de oportunidad, Binder señala que “uno de los usos de la palabra simplificación del proceso, en ciertos contextos concretos de la discusión de la política criminal, puede esconder una visión profundamente autoritaria del proceso penal”³⁴.

Por último en el capítulo, a la hora de examinar los presupuestos sobre la opción legalidad y/o oportunidad, cada uno de estos principios resalta distintas partes de la regulación jurídico-penal. La legalidad se sitúa del lado de las teorías absolutas de la pena mientras que la oportunidad se inclina hacia la ubicación de los fines del Derecho Penal y hacia las teorías relativas de la pena. La relación entre legalidad y oportunidad es un problema de implementación del derecho antes que un problema teórico jurídico, por ello, los casos de oportunidad deben ser determinados con precisión en la norma para resguardar la igualdad y el Estado de Derecho, distanciando de razones político-criminales.

VI. EL PLEA BARGAINING NORTEAMERICANO

Como punto de partida describiré la práctica del *plea bargaining* en los Estados Unidos para explicar sus fines dentro del sistema intentando ubicar su aplicación con respecto a la distinción entre los sistemas acusatorio e inquisitivo y si su práctica en los hechos tiende a atenuar la diferencia entre ambos. Así también analizar si el sistema estadounidense, como lo consideran algunos juristas anglosajones, por la forma en que realmente opera en la actualidad se parece mucho más a un sistema de justicia no contradictorio de orden administrativo. Académicos y abogados discuten los méritos del mismo desde una perspectiva más amplia. Los partidarios del modelo angloamericano descartan el proceso inquisitivo por considerar que éste resulta limitado para proteger los derechos fundamentales como así también consideran a los jueces del sistema continental simples funcionarios del Estado.

Este procedimiento es mencionado habitualmente como el antecedente primario del régimen de juicio abreviado que dio origen en nuestro país a la ley 24.825, aunque esto no es compartido por algunos autores. A partir de la comparación de ambos sistemas podrán apreciar-

³⁴ Binder, *Ibid.*, p. 67.

se algunas diferencias con el sistema americano, ello se desarrollará en el apartado correspondiente del estudio.

En el mismo se encuentra implantada una institución que resulta distintiva; se establece un mecanismo de solución negociada del caso penal entre el fiscal y el abogado defensor. Se la concibe como un acuerdo mediante el cual la acusación se allana a pedir una sentencia más benigna, abandonar alguno de los cargos o dar alguna otra ventaja al acusado a cambio de que éste se declare culpable lo que evita la celebración del juicio oral por jurado³⁵.

La concepción que se tiene del proceso penal americano de que el acusado debe ser condenado por un jurado luego de un proceso contradictorio en el que la defensa pueda discutir con el ministerio público acerca del fundamento de la acusación sólo tiene un valor simbólico, la realidad es otra pues en muchos casos no se alcanza el juicio oral y público³⁶.

La defensa estándar de *plea bargaining* se basa en que la admisión de culpabilidad ahorra tiempo y dinero, reduce la incertidumbre y otorga ciertos poderes a las partes mediante la libertad de elección del procedimiento y los costos a cargo de las partes de realizarse el juicio.

Así razones simplemente utilitarias favorecen el tipo de juicio negociado que exige a los *prosecutors* el mantenimiento del mismo nivel de condenas que en años anteriores. Se estimaba en 1971 que una reducción del noventa al ochenta por ciento de declaraciones negociadas demandaría que se duplicaran los medios humanos y técnicos de la administración de justicia, en tanto que una reducción al setenta por ciento exigiría triplicarlos, según expusiera el Chief Justice Burger en "*Santobello vs. New York*", caso que se analizará más adelante en el trabajo.

Algunos textos modernos señalan que el procedimiento de partes angloamericano no es una descripción cabal de lo que realmente ocurre en los tribunales penales. Entienden que el Gran Jurado es una herramienta del fiscal y que a través de las declaraciones de culpabilidad (*guilty pleas*), consecuencia de meticulosas negociaciones entre fiscal e imputado, se dispone de muchos más casos que los que son llevados a juicio. Que tales negociaciones, a veces combinadas con sistemas de reglas de determinación judicial de la pena, establecen regularmente la sentencia a ser impuesta al acusado. Se reconoce del mismo modo que en los casos que culminan sin juicio la información sobre los hechos que recibe el juez, más allá del reconocimiento de culpabilidad del propio imputado, será presentada de manera sumaria -escrita- antes que en forma oral. Más importante aún, la única determinación genuina realizada por las instituciones de la justicia penal acerca de si el acusado es realmente culpable es llevada a cabo por la policía y por el fiscal y

³⁵ El término "Plea Bargaining" no tiene traducción equivalente en nuestro idioma. Una traducción literal del término sería una declaración (plea); negociada o pactada (bargaining). Este proceso consiste en las concesiones que el fiscal realiza a cambio de obtener la admisión de culpabilidad del imputado. En principio hay dos tipos de plea bargaining; en uno el imputado admite su culpabilidad a cambio de una recomendación del fiscal para que el juez imponga una pena determinada, o no imponga penas a cumplir consecutivamente en casos de concurso real. En el otro caso, el fiscal acusa por un hecho más leve, o bien imputa menor cantidad de hechos cuando se trata de sospecha de un concurso real. Dado que la decisión acerca del contenido de la imputación es exclusiva del fiscal su decisión, en principio, no puede ser revisada judicialmente. El fiscal ofrece reducir los cargos o solicitar una sentencia determinada, la concesión del imputado en cambio es siempre la misma: su admisión de culpabilidad

³⁶ Carrió, Alejandro, "El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos", Eudeba, Buenos Aires, 1990, p. 98.

no por el jurado o por el juez (quien simplemente acepta la decisión voluntaria e inteligente del acusado de renunciar al juicio)³⁷.

Sin embargo, aun cuando el *plea bargaining* y la discrecionalidad del fiscal puedan decidir sobre la mayoría de los juicios a través de una declaración de culpabilidad, a veces, estos métodos son apreciados como propios de un sistema autónomo. En las discusiones sobre las ventajas y desventajas de este procedimiento del derecho angloamericano es poco frecuente que se reconozca que en la mayoría de los casos la primera imputación que recibe la persona acusada es, de hecho, la decisión administrativa de un funcionario estatal (el fiscal) que desempeña sus funciones de modo esencialmente inquisitivo.

La conformidad con la pena por parte del acusado tras el acuerdo con quien detente la pretensión estatal remite a las prácticas persuasorias permitidas por el secreto en las relaciones desiguales propias de la inquisición³⁸. Estos mecanismos simplificadores no solucionan el problema de la ineficacia sino que lo ocultan. No son, ni más ni menos, que la renuncia a principios fundamentales del sistema penal, así también, no constituyen remedio alguno para la ineficacia del procedimiento penal sino tan sólo paliativos que, la mayoría de las veces y casi exclusivamente intenta ocultar esa ineficacia³⁹. No obstante han sido adoptados en las últimas décadas con diversa amplitud y alcance por diferentes estados.

La crítica estándar del *plea bargaining* se basa en que las admisiones de culpabilidad debilitan la prueba más allá de duda razonable las audiencias contradictorias y otras garantías procesales y frecuentemente la mayoría de estas objeciones conciernen a criterios procesales en lugar de reproches de derecho penal sustantivo.

El sistema deriva directamente de una noción acusatoria en que las partes se presentan como adversarios autónomos e iguales ante el tribunal y que el tribunal no es un elemento independiente de la administración de justicia estatal sino por el contrario un árbitro de las disputas existentes entre las partes. Así como éstas controlan el modo en que se presenta la prueba durante el juicio, ingresando sólo aquella información que se considera relevante para la presentación del caso que se pretende considerar, también pueden antes del juicio o fuera del tribunal establecer un acuerdo que ponga fin a la disputa de la manera que consideren adecuada.

Si bien en un primer momento, en el proceso penal americano, la declaración de culpabilidad del acusado no eximía al Estado de celebrar el juicio oral con todas las garantías (caso "*Wigh v. Rindskopt*" año 1877), a fines del siglo XIX y principios del XX, debido a lo costoso de la tramitación de los juicios y al tiempo que insumía su sustanciación comenzó a imponerse la concepción contraria. La 14ª. Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, que obligaba a los Estados a no privar de la vida, la libertad, o de la propiedad sin el debido proceso legal a ninguna persona, como ya se expuso, comenzó a debilitarse.

En este sistema el carácter ejecutivo de la persecución penal, de acuerdo al artículo II de la Constitución Federal de los Estados Unidos, corresponde al Poder Ejecutivo, consecuentemente, la posibilidad de que las decisiones del fiscal puedan ser controladas por un órgano

³⁷ Binder. *Ibid.*, p. 188.

³⁸ Ferrajoli Luigi, "Derecho y razón", Ed. Trotta, Madrid, España, 1989, p. 748.

³⁹ Maier, Julio B. "¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho?" en *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?* n° 1, Ed. Di Plácido, Buenos Aires, 2000, p. 271.

ajeno al Poder Ejecutivo representaría un problema constitucional, vinculado al principio de la división de poderes⁴⁰.

Al acuerdo se llega por medio de la negociación entre el ministerio público y la defensa, acuerdo autorizado por la ley⁴¹. Para ello se le reconoce al primero una discrecionalidad absoluta, el principio de oportunidad irrestricta le permite tomar la decisión de determinar cuándo hay que llevar a cabo una investigación, de establecer en qué casos se puede garantizar inmunidad a un testigo o en cuáles se puede negociar la declaración de culpabilidad del acusado, qué tipo de recomendaciones hacer al tribunal, en definitiva, decide si, cuándo, cómo y por qué cargos acusar a un sujeto, pudiendo renunciar a la acción penal luego de haberla iniciado.

Las ventajas que ofrece el ministerio público a cambio de la declaración de culpabilidad han recibido duras críticas por parte de algunos autores americanos, quienes dicen, que importaría penalizar a aquellos imputados que deciden ejercer un derecho constitucional al llevar su caso a juicio⁴².

El enfoque dominante con relación a las admisiones de culpabilidad se centra en valoraciones de orden procesal. Éste no tiene en cuenta otros valores fundamentales como juicio contradictorio, publicidad, adecuada retribución, vindicación de las víctimas y de las normas penales.

El “plea bargaining” consiste en la obtención por el acusado de una serie de concesiones oficiales a cambio de declararse culpable; es decir, se trata de una institución consistente en un *give and take* en donde el acusado cuando se declara culpable está esperando recibir un tratamiento menos severo (*lenient treatment*) por parte del órgano jurisdiccional. El acuerdo tiene lugar durante la etapa del *arraignment*, que se da cuando el imputado ha sido notificado de la acusación, leyéndosele el *indictment* o la *information* para que se pronuncie acerca de los cargos formulados.

Por otra parte, hay quienes discuten si el “plea bargaining” se encuentra procesalmente (penal) adecuado. En el sistema el tribunal no funciona como órgano del Estado obligado a indagar sobre los hechos, en realidad, aplica reglas prácticas para alcanzar la verdad que permitan considerar que el resultado es justo. El tribunal se ocupa entonces de resolver disputas entre partes iguales, y si bien en los casos penales se aplican reglas especiales en su organización, un caso penal no es nada más que un litigio común; el Estado como cualquier particular en un caso civil de responsabilidad contractual o extracontractual; es sólo una entidad que puede acudir al tribunal a presentar un reclamo que debe ser satisfecho y el imputado no es ni más ni menos que la parte de quien se pretende obtener la satisfacción de ese reclamo. Exactamente como en un caso civil, si el demandante decide desistir de su pretensión o si el demandado reconoce su responsabilidad y acuerda con la satisfacción exigida, no subsiste disputa alguna que el tribunal pueda resolver. Y como tal las partes pueden resolver sus discrepancias conjuntamente a través de algún tipo

⁴⁰ Bovino, Alberto, "La persecución penal pública en el derecho anglosajón", Revista Pena y Estado, n° II, "Ministerio Público", Buenos Aires, 1997, p. 35 y ss. "United States v. Cox", 342, F.2d 167; "Newman v. United States" 382 F. 2d 479; "Morrison v. Olson", 487, U.S. 654,691.

⁴¹ Rule II (e) (i) Federal Rules of Criminal Procedure.

⁴² Bovino. Ibid. cite nota. 50, p. 57, con citas de Langbein, Christie Nils, Wright Bruce y otros; Schiffrin, Leopoldo, "Corsi e Ricorsi de las garantías procesales penales en la Argentina"; "A propósito del juicio abreviado", Congreso Internacional de Derecho Penal, 75° Aniversario del Código Penal, Comisión V, "Garantías y bien jurídico", Cuaderno de Ponencias, sin numerar, con citas de Kamisar, La Fave e Israel, Buenos Aires, 1997.

de acuerdo. Si lo hacen el tribunal no buscará saber si el resultado es justo y/o conforme con la ley, porque al pactar se produce el efecto de eliminar la controversia que éste puede arbitrar.

Por otra parte la inversión de la presunción de inocencia es uno de los principales problemas que plantea el sistema de *plea bargaining*. Tanto el fiscal como el defensor parten de la base de que el acusado es culpable y celebran acuerdos que presuponen la responsabilidad del hecho que se le imputa.

Las partes sólo pueden influir sobre la pena a aplicar indirectamente a través de la determinación de los puntos de la acusación siempre que el juez no renuncie a ser él quién fije la misma. Se habla entonces de *charge bargaining* donde el objeto de los acuerdos no es la pena misma sino la cantidad y gravedad de las pretensiones penales que se harán valer ante el tribunal, ello tiene carácter vinculante para el juez, quien no puede examinar otros cargos que aquellos propuestos por el fiscal. Esta variante representa para el acusado un beneficio aparente debido a que realiza concesiones sin obtener a cambio ninguna seguridad en cuanto a su situación procesal. Por otro lado, generalmente, éste desconoce que las penas por delitos cometidos en concurso ideal suelen ser cumplidas simultáneamente como que la duración efectiva de su ejecución no está dada en la práctica por el límite máximo sino por el límite mismo del marco penal.

Entiendo oportuno señalar que en Estados Unidos el *plea bargaining* comenzó a utilizarse de modo significativo en la segunda mitad del siglo XIX y en los comienzos del XX y a modo de crítica, que degrada garantías estructurales, permite que los fiscales ejerzan un rol judicial neutral y facilita el trabajo del abogado defensor que en su contexto pretende evitar el juicio público. Así también; la negociación socava la exactitud del proceso, el trato de igualdad y la percepción de justicia; debilita la prueba más allá de lo razonable poniendo en situación de riesgo a los acusados inocentes, autodeclarados culpables, en razón de conveniencia procesal.

En definitiva, el controvertido procedimiento y la discreción del fiscal pueden decidir el destino de la mayoría de los acusados y sólo ocasionalmente, estas prácticas son percibidas como un sistema penal autónomo.

Reconocimiento de culpabilidad

“Plea of guilty”

El “*guilty plea*” frecuentemente permite disponer de los casos penales evitando como se mencionara, la realización del juicio y la necesidad para el Estado de demostrar la culpabilidad del acusado. Se trata de una declaración que implica reconocimiento de culpabilidad, que puede ser prestada ante el tribunal por el propio imputado y/o por su defensor y con ella se renuncia a todo un catálogo de derechos reconocidos constitucionalmente.

El fiscal americano cuenta con un amplísimo poder negociador, tiene la facultad de retirar cargos o de abstenerse de traer otros nuevos y esta circunstancia convierte al juez en un ratificador de lo que las partes hayan convenido, quitando al magistrado su carácter de órgano decisor.

El requisito básico para la aceptación del acuerdo, que hasta el año 1968 era verbal, es que debe efectuarse por escrito y consignarse en los autos procesales. Corresponde asegurar la voluntariedad del acuerdo (que el acusado comprenda los cargos), la pena del delito y todas sus consecuencias puesto que, como se dijo; éste renuncia al derecho de no declararse culpable, al juicio por jurados, al careo con los testigos de cargo; reconociendo que todas las afirmacio-

nes hechas en presencia de su abogado pueden ser utilizadas en su contra por haber incurrido en perjurio o falso testimonio⁴³.

También declina a objetar un allanamiento ilegal, una requisita infundada o detención ilegal, todos Estos derechos irrenunciables en nuestro sistema de raigambre europeo continental. Si contrariamente denuncia que la confesión fue ilegalmente obtenida la ‘plea’ y la sentencia deben ser anuladas, por ello la presencia del defensor en el acuerdo resulta fundamental, salvo que el acusado haya dado muestras de conocer las consecuencias de su admisión.

Como se explicó las partes no se encuentran en igualdad de posición en el proceso americano. Inicialmente la ubicación del Ministerio Público aparece predominante ya que la evidencia que posee no siempre la exhibe en su totalidad a los defensores particulares, tal es así que la defensa debe esperar el momento oportuno para negociar debido a que la ausencia de control sobre la actividad probatoria podría acarrear a acordar una pena estricta para alguno de sus defendidos y al tiempo una disminución o retiro de los cargos para otros imputados en el mismo hecho. Como vemos los criterios empleados en este procedimiento no responden a un puro retribucionismo, es más está exonerado de otras críticas debido a los elevados índices de criminalidad en este país y a que el sistema no resistiría iniciar un proceso por cada ilícito que se verifique.

Varias son las razones que pueden llevar al fiscal a entablar negociaciones con el imputado, en general las concesiones que efectúa obedecen a distintos propósitos (prioridades en la aplicación de la ley federal, naturaleza y gravedad del delito, efectos preventivos de la persecución, historia criminal del imputado, etc.). Empero debe quedar igualmente en claro que el imputado no tiene un derecho constitucional regulado a negociar su *plea*, si el fiscal no quiere negociar éste no tiene recurso alguno para lograrlo, aun cuando sea claramente discriminatorio.

Resulta irrealista objetar al agente fiscal por la discrecionalidad y posibilidad que tiene de determinación de la pena. El sistema de justicia americano se ha desarrollado así porque el procedimiento acusatorio tradicional se ha tornado prácticamente ineficiente teniendo en cuenta los índices de criminalidad y la dimensión de los recursos judiciales. Cuando los procesos eran más sencillos cada imputado podía tener un juicio por jurado pero a medida que la complejidad del modelo aumentó se consideró razonable que se busquen soluciones más rápidas y eficientes que resulten adecuadas a estas circunstancias.

Aunque no emerja del proceso norteamericano el principio de búsqueda de la verdad -correspondencia o verdad histórica-, el magistrado que recibe el reconocimiento de responsabilidad de un acusado (*guilty plea*), además de verificar su voluntariedad y real conocimiento debe verificar que concurren con una base fáctica idónea para arribar a la sentencia. Si esta circunstancia no estuviera presente la declaración del imputado será considerada de no culpabilidad (*not guilty*).

Llegado a este punto no es posible afirmar que la aceptación de culpabilidad sea es equivalente a nuestra confesión. En el sistema estadounidense el jurado se pronuncia a través de un veredicto sobre la culpabilidad del imputado. Éste se diferencia de cualquier otra decisión judicial; es pronunciado por legos sobre los hechos del caso que el tribunal puede aceptar o rechazar para fundar su decisión. En la resolución de condena *judgment of conviction* debe estar fundado el veredicto de culpabilidad por parte del jurado.

⁴³ Rule II, (e. 5), Federal Rules of Criminal Procedure.

VII. PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Ley 11.922 y sus modificaciones

“La celeridad procesal implica mucho más que rapidez en el trámite de expedientes. Es un requisito indispensable para asegurar la garantía constitucional del debido proceso legal y el derecho de defensa en juicio”.

“La justicia lenta no es justicia. Cada vez que una causa prescribe por el paso del tiempo es una nueva frustración del sistema. Y por más que se repartan culpas entre los operadores, las víctimas no saciarán jamás su sed de justicia y los verdaderos responsables del delito serán condecorados con la impunidad”.

Con estas palabras⁴⁴, en el diario Hoy de la ciudad de La Plata, la Procuradora bonaerense impulsó en el año 2006 los juicios abreviados para casos de flagrancia. Para la fecha, según la entrevistada, los casos que se estaban juzgando en los distintos Departamentos Judiciales de la provincia, en juicios orales y públicos, correspondían a hechos delictivos cometidos entre los años 1998 y 2000 y según sus declaraciones al medio “(...) la modalidad del juicio abreviado para delitos con penas de hasta seis años de prisión es un instituto procesal que se utiliza, precisamente, a partir de la reforma del '98”.

La reproducción de la nota que encabeza la presentación del ejercicio del instituto en la provincia de Buenos Aires constituye un modo de reafirmar que el móvil que impulsa su aplicación en este ámbito no escapa a lo general. Ineficacia, exceso de burocracia, fundamentalmente morosidad y otros males que trataron de solucionarse en el servicio de Justicia bonaerense, en octubre de 1998, con la puesta en marcha de la reforma procesal penal (ley 11.922) cuando se pasó al sistema acusatorio y éste a poder de los fiscales y a la oralidad plena.

Según el artículo 282 de ese código, la investigación penal preparatoria debe practicarse en un plazo de cuatro meses, a contar de la detención del imputado o de la toma de conocimiento del hecho. Del mismo modo prevé que, si el plazo es insuficiente, el fiscal dispondrá, fundamentadamente, la prórroga en hasta dos meses más, “según las causas de la demora y la naturaleza de la investigación” y en casos excepcionales debidamente justificados por su gravedad o difícil investigación, la prórroga dispuesta podrá ser de hasta seis meses”, precisa el artículo.

Demás está decir que la nueva ley de enjuiciamiento no solucionó la profunda crisis que atravesaba el sistema judicial de la provincia. Para paliar el atraso en la resolución de los casos penales se optó también, como salida más cercana por una flexibilización, introduciendo el nuevo instituto como un remedio para posibilitar la descompresión del sistema.

Su posterior modificación por ley 12.059, introdujo algunos cambios pero mantuvo como límite para admitir la vía abreviada hasta antes que se fije la fecha del debate, permitiendo en su caso, la posibilidad de no celebrar la audiencia oral.

El art. 397 considera distintas oportunidades para su trámite.

1). La oportunidad del art. 334, es decir, la requisitoria fiscal de citación a juicio ante el juez de Garantías, en este caso, la conformidad con la calificación y la pena pedida por el fiscal puede ser prestada por el imputado y su defensor hasta la instancia del art. 336, esto

⁴⁴ Falbo, María del Carmen, Procuradora de la provincia de Buenos Aires, con título “El juicio que abrevia los tiempos en la provincia de Buenos Aires”, Fuente: Diario Hoy, La Plata, 2 de junio de 2006, p. 6

es, hasta el término que determina el código (15 días) que tienen los nombrados para oponerse a la elevación o para oponer excepciones. 2). Si en la oportunidad el fiscal no hubiera pedido el trámite del instituto, formulando simplemente la requisitoria, éstos podrán solicitar la abreviación del juicio en el mismo plazo. En este caso, el Juez de Garantías deberá convocar a una audiencia a las partes en forma inmediata y en la cual el fiscal deberá manifestar si acepta la solicitud, debiendo en caso afirmativo, estimar la pena que estime corresponda con la que el imputado y su defensa deberán conformarse. 3). El tercer supuesto está dado por el último párrafo del artículo, en cuanto faculta a las partes a acordar el trámite hasta que se fije la audiencia oral, es decir, hasta que se resuelvan las cuestiones que refiere el art. 338, en la audiencia ante el Tribunal⁴⁵. Éste será el último supuesto para formular la petición de abreviación, pero fundado en razones de economía procesal, puede presentarse directamente ante el tribunal oral, quedando a cargo de éste la resolución. En este supuesto, dictará sentencia sin más trámite en el plazo de cinco días y no podrá imponer una pena superior a la solicitada por el agente fiscal, pudiendo asimismo, absolver al imputado cuando así lo considere. Regirán en lo pertinente, las reglas del veredicto y la sentencia fundada en las constancias obrantes en la investigación preliminar (arts. 398 y 399).

No obstante no escapa a agudas críticas. Juzgaron la reforma bonaerense como la transición hacia un sistema más inquisitivo aún que el Nacional, con la investigación a cargo de la policía y la confusión de funciones de dirección de la instrucción y de sentenciante en un solo magistrado, hacia uno netamente acusatorio en el que se quitó al juez de primera instancia la instrucción.

Última reforma provincial

Ley 13.943, modifica artículos de la Ley 11.922⁴⁶

La reforma al Código de Procedimiento Penal y a las leyes 12.061, 5.827 y 13.433, 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 delincuentes y que posteriormente aparecieron en los medios como responsables en graves delitos⁴⁷. 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

⁴⁵ Según Ley 13.260. El Fiscal formulará su solicitud de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 335, acompañando la conformidad mencionada en el artículo anterior. Las partes podrán acordar el trámite del juicio abreviado hasta treinta (30) días antes de la fecha fijada para audiencia del debate oral.

⁴⁶ Promulgación: 15/01/2009. Publicación en el B.O.: 10/02/2009, puesta en vigencia a partir del 1/3/09.

⁴⁷ 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.

que estimare suficiente la imposición de una pena privativa de la libertad no mayor de quince (15) años⁴⁸.

Como podemos observar, de los seis años que autorizaba el código anterior, a partir 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.

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 159⁴⁹ 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 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 procesal⁵⁰. 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 Humanos⁵¹.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ Artículo 159: Alternativas a la prisión preventiva. Cuando se tratase de imputados mayores de setenta (70) años, o que padecieren una enfermedad incurable en período terminal, o cuando se tratase 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.

⁵⁰ “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 “Diaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de casación”, p. 140.

⁵¹ 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 vir-

Una interpretación personal de 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 de la prisión preventiva y restringiendo todas las excarcelaciones, un acortamiento de los procesos penales operando en exceso el procedimiento en estudio. Por lo pronto entiendo que dilatar el encierro preventivo generará en el corto plazo un notable incremento en la tasa de prisioneros sin condena en las ya superpobladas cárceles bonaerenses.

Respecto al análisis del mecanismo, otras reformas a la ley 11.922 se encuentran en los artículos de la ley 13.943 que se mencionan a continuación.

a). Desde la perspectiva de la oportunidad se modificó el art. 6 CPP concediendo mayor participación a la víctima y al particular damnificado⁵² sin perjuicio que en el párrafo tercero expresa que la participación de éstos no alterará las facultades concedidas por la ley de Ministerio Público al agente fiscal y en el siguiente que: “El ejercicio de la acción no podrá suspenderse, interrumpirse, ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley” fórmula que contenía el mismo artículo según ley 12.059. Asimismo se mantuvo sin cambios sustanciales el párrafo tercero del art. 56 en cuanto a la posibilidad de aplicar criterios de oportunidad en cualquier etapa del proceso a través del instituto de juicio abreviado.

b). El procedimiento mencionado como “salida o acuerdo alternativo” al juicio oral sin duda se trata del instituto en estudio y aparece en la nueva ley en los últimos párrafos del art. 338⁵³ fijando como límite para realizar la audiencia respectiva ante el Tribunal hasta treinta (30) días antes de la fecha fijada para el mismo como último plazo, ratificando lo determinado en el art. 397 de la ley 13.260.

Oportunamente se mencionó la reforma del art. 395, (ley 12.059), respecto a la facultad del fiscal de solicitar el procedimiento en casos que tengan una pena inferior a 15 años. Se introdujo como agregado en el art. 398, según ley 13.260 al final del inc. 1, la cláusula “respetando el principio de congruencia” que considero redundante por cuanto de no observar dicho principio estaría, implícitamente, vulnerando la garantía constitucional y se agregó un último inciso que expresa: “En los casos en que se formule la petición ante un órgano colegiado, actuará un (1) solo Juez, quien deberá sustanciarlo y resolverlo”.

c). Por último, se suprimió el segundo párrafo del art. 402 por el cual se facultaba al particular damnificado a interponer recurso casatorio cuando la sentencia resulte absoluta. Esta incidencia tiene que ver con la supresión del Tribunal de Casación provincial reemplazado por las Cámaras departamentales. Esta iniciativa recibió numerosos reproches de inconstitucionalidad, entre otros, de magistrados, miembros del poder judicial⁵⁴ y letrados.

tud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”, párrafo 106.

⁵² Actualmente quedó redactado: Artículo 6º: Acción Pública. La acción penal pública corresponde al Ministerio Público Fiscal, sin perjuicio de la participación que se le concede a la víctima y al particular damnificado.

⁵³ “Las partes podrán acordar la realización de una audiencia oral y pública a fin de tratar salidas alternativas al juicio oral, la que deberá celebrarse, según corresponda, hasta treinta (30) días antes de la fecha fijada para la audiencia del debate oral. Cuando en la audiencia no se arribare a un acuerdo alternativo, decaerá para las partes el derecho de proponer acuerdos ulteriores y el caso deberá resolverse mediante juicio oral y público”.

⁵⁴ La mayor crítica hacia el proyecto parte de los propios jueces de la Casación provincial quienes expresaron especial rechazo al mismo: (...) “El elemento motivador de la específica supresión del Tribunal de Casación Penal -tal como se desprende del mensaje gubernativo- es el desagrado que han causado algunas de sus decisiones, inspiradas, precisa-

Para terminar en el capítulo, el código actual (L. 11.922 y sus modificaciones) determina una sentencia definitiva dictada por los órganos a cargo del juzgamiento y un recurso de casación contra el cual se puede interponer recurso extraordinario ante la SCBA. La reforma (L. 13.943) prevé un recurso de casación denominado ‘recurso contra la sentencia definitiva’ (art. 338) a resolver por la Cámara de Apelación y Garantías Departamental y contra su fallo un recurso extraordinario ante la Suprema Corte provincial.

VIII. PROCEDIMIENTO NACIONAL

Ley 24.825/97 (art. 431 bis)

La introducción del artículo 431 bis en la ley formal nacional trajo consigo, entre otras una renovada discusión sobre la conveniencia de mantener o no el aferramiento al principio de legalidad procesal. A partir del examen de este mecanismo y su semejanza con los ya analizados en el trabajo, intentaré establecer, entre otras premisas, si su puesta en marcha implica necesariamente una imposición cierta de criterios de oportunidad. Veremos por tanto, si a partir de la tensión que se suscita en los sistemas analizados ha merecido un adecuado tratamiento legislativo como modo de verificar si asegura plena operatividad de los derechos fundamentales y a un tiempo concilian el interés público, sin violar garantías individuales.

La ley 24.825 que regula el juicio abreviado en el ámbito nacional también admite la no celebración del juicio oral y público autorizando que el fiscal, el imputado y su defensor, acuerden un tope punitivo máximo a imponer por los jueces, siendo imposible alterar las circunstancias fácticas del caso que se juzga. Es indudable que se trata de una norma de carácter procesal por cuanto se relaciona con el ejercicio de la acción más allá de la ubicación sustantiva del art. 71 CP.

Antes de la vigencia de las leyes de suspensión de juicio a prueba y la denominada “ley del arrepentido”, el Código Procesal Penal Nacional (art. 408), previó la posibilidad de no producción de la prueba en el debate oral para casos de confesión en juicios correccionales, previo acuerdo entre el juez, el fiscal, la parte querellante y el defensor a través de un procedimiento que tiene algunas afinidades con el juicio abreviado⁵⁵.

El artículo presenta como característica para que este mecanismo resulte operativo, la obligatoria presencia del magistrado y del querellante en el acuerdo, y con ello discrepa

mente, en la observancia de las obligaciones internacionales adquiridas por la República Argentina con relación al sistema americano de Derechos Humanos. Esto, lisa y llanamente, pone de relieve la existencia en el proyecto de un vicio constitucional de “desviación del Poder” (utilización de una prerrogativa con una finalidad desviada o encubierta), como también de flagrante inobservancia del sistema republicano de gobierno, que exige recíproco respeto por la actuación que haga cada uno de los poderes en su esfera. Pero lo más grave va entrelíneas como amenaza: cualquier tribunal cuyos fallos (que no son otra cosa que aplicación de la ley creada por el Poder Legislativo y el Ejecutivo como colegislador) resulten ingratos al gobernante de turno será de ahora en más suprimido”. Proyecto del Poder Ejecutivo acerca de la reforma procesal penal: Síntesis crítica de los principales aspectos conflictivos. Pensamiento Penal/49síntesis.

⁵⁵ Dice el art. 408 CPPN, “Si el imputado confesara circunstanciada y llanamente su culpabilidad, podrá omitirse la recepción de la prueba tendiente a acreditarla, siempre que estuvieren de acuerdo el juez, el fiscal, la parte querellante y el defensor”. El artículo contempla la posibilidad que el imputado confiese su culpabilidad de modo circunstanciado y llano, no se trata de la “participación en los hechos” que requiere actualmente el procedimiento abreviado (art. 431 bis inc. 2).

con la ley 24.825. Tal vez la inclusión del juez en el procedimiento correccional se deba a que la norma exige una verdadera confesión y que ésta sólo puede ser prestada ante aquél. De todas formas no parece razonable tener al juez en el marco del acuerdo por cuanto la norma en estudio especifica que sólo podrán participar en él las partes, su presencia en el convenio puede afectar la transparencia e imparcialidad del mismo. Por otro lado, la ley 24.825 (inc. 3 in fine) determina que si hubiera parte querellante (...), se recabará su opinión la que no será vinculante, considerando al mismo actor pasivo en esta etapa del proceso.

El querellante no es sujeto del acuerdo ya que aún su opinión adversa no será vinculante para que el mismo proceda. Éste no podrá agravarse ante el procedimiento ya que la supresión no modifica el temperamento pues está excluido en la elaboración del trato. Se degrada la intervención de este sujeto eventual y se desoye su precisa ubicación delimitada por Creus al decir que se trata de “(...) una figura impura del querellante conjunto”.

Conforme lo dicho en principio resulta de interés para esta investigación establecer un concepto, con aceptación en la doctrina, que sirva de inspiración a la hora de determinar claramente cuáles son los fines del proceso. Éste mayoritariamente expresa que: ‘el proceso resulta un medio lógico de discusión de los litigantes que presentan sus pretensiones ante la autoridad jurisdiccional, independiente e imparcial, para verlas resueltas en tiempo razonable, manteniendo la igualdad de armas en un contradictorio dialéctico y pacífico, llevado a cabo a través de una serie lógica y secuencial de instancias bilaterales y de actos concatenados entre sí ante un juzgador’. En atención al mismo, el juez no debe inmiscuirse en la estrategia y objetivos de las partes involucradas para no comprometer tales atributos indispensables.

Por lo tanto, ninguna finalidad invocada como superior, por ejemplo, la de alcanzar la verdad real, afianzar la justicia, pacificar los ánimos sobresaltados por el delito y devolver la confianza pública, puede justificar que la autoridad jurisdiccional participe en las razones de oportunidad y conveniencia que inspiran las decisiones de los litigantes, sobrepasando el control de legalidad a su cargo, aunque uno de ellos sea el actor penal público que representa los intereses de la sociedad y de las víctimas. De ser así aceptado se corre riesgo cierto de salirse del acusatorio por confusión de roles, transformando al juez en parte, convirtiéndolo en un sujeto imprevisible en el proceso, dueño de un poder discrecional y amenazador de los derechos de los justiciables, con lo cual tendríamos en el magistrado una figura separada del debido proceso constitucional.

Al respecto enseña Ferrajoli que: “(...) la separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto lógico y estructural de todos los demás”. La garantía de la separación (prosigue), “representa por una parte, una condición esencial de la imparcialidad del juez respecto de las partes de la causa y, por otra, un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba, que pesan sobre la acusación, que son las primeras garantías procesales del juicio”⁵⁶.

Podremos observar en el trabajo que en la dinámica de este procedimiento consensual en el proceso judicial penal se plantean diversos problemas, también en la función ju-

⁵⁶ Ferrajoli. Ibid. cite nota 48, p. 567. Esta separación “comporta no solo la diferenciación entre los sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tienen atribuidas las de postulación con la consecuente calidad de espectadores pasivos y desinteresados reservada a los primeros, como consecuencia de la prohibición ne procedat iudex ex officio, sino también, y sobre todo el papel de parte, en posición de paridad con la defensa asignado al órgano de la acusación (...)”.

risdiccional en su conjunto. En el instituto la actuación del juez y la estrategia de las partes durante el proceso, e incluso las políticas judiciales, pueden comprometer la visión de un adecuado servicio de justicia y de justo respeto por los derechos fundamentales del imputado, reconocidos en la Carta Magna.

En las causas de competencia criminal el acuerdo al que refiere el art. 431 bis podrá celebrarse también durante los actos preliminares del juicio, hasta el dictado del decreto de designación de audiencia para el debate (inc. 1). El juez debe elevar la solicitud y la conformidad prestada al tribunal de juicio, el que debe tomar conocimiento de visu del imputado y escucharlo si éste desea hacer alguna manifestación (inc. 3).

El tribunal puede rechazar la solicitud por dos motivos, la necesidad de un mejor conocimiento de los hechos o por discrepancia fundada en la calificación legal admitida (inc. 3). Se debe proceder, entonces, según las reglas del procedimiento común y remitir la causa al tribunal que le siga en turno. En ese caso la conformidad prestada por el imputado y su defensor no puede ser tomada como indicio en su contra, ni el pedido de pena formulado vincula al fiscal que actúe en el debate (inc. 4).

Si el tribunal no rechaza la solicitud llama a autos para sentencia y debe dictarla en un plazo máximo de diez días (inc. 3). La sentencia deberá fundarse en las pruebas adquiridas durante la instrucción y, en su caso, en la conformidad a la que se refiere el inc. 2, y no podrá imponer una pena superior o más grave que la requerida por el ministerio fiscal (inc. 5).

Contra la sentencia impuesta es admisible el recurso de casación, según las disposiciones comunes (inc. 6).

Por último, para la aplicación de las reglas del juicio abreviado en supuestos de conexidad de causas, el imputado debe admitir el requerimiento fiscal respecto de todos los delitos allí atribuidos, salvo que se haya dispuesto la separación de oficio. Y cuando hubiera varios imputados en la causa, el juicio abreviado sólo podrá aplicarse si todos ellos prestan su conformidad (inc. 8). En esto se diferencia del procedimiento bonaerense (art. 400 CPP) que se acepta en causas donde existe pluralidad de imputados.

En el CPPN el juicio abreviado sólo procede a solicitud de todos los acusados cuando la imputación es subjetivamente múltiple. Se apunta a eliminar el riesgo de que uno de ellos quede a merced de la estipulada imputación, por la menor pena, asegurada a los demás; por otra parte, no resulta aplicable para los delitos de acción privada. Sí en cambio ante penas de reclusión, de inhabilitación y de multa o de penas conjuntas.

El sistema tolera tan solo la estructura escrita, viene impuesta para la vista del art. 346 y su contestación (art. 347). Lo mismo ocurre con la resolución judicial debido a que la forma correspondiente para el rechazo es la de auto, viene precedida por sustanciación previa, de conformidad con lo determinado en los arts. 121 y 122 CPPN. En procura de buen orden en el acuerdo es necesario documentar la decisión a modo de garantizar la seriedad y respeto del mismo.

Existe alguna aproximación, en sus causas y efectos, con el régimen del proceso civil que, en el desarrollo de la pretensión cautelar y en consonancia con el reclamo de celeridad, ha llevado a desarrollos teóricos centrados en la eficiencia que culminan con la supresión misma de la idea de proceso en el que se suprimen las etapas que aseguran la audiencia de la contraparte.

Como observamos aparece nuevamente en el centro de la escena los fines de política criminal. Ya fue expuesta y fundada mi opinión en el tema en el apartado pertinente del trabajo. Sin perjuicio sintetizo, no debe propiciarse la aplicación del principio de oportunidad en razones de Política Criminal, para ello, es necesario establecer cuál ha de ser la razón fundante que habilite legalmente su implementación en el proceso, entre otras objeciones formuladas sobre el punto. Las mismas se acogen hasta tanto la ley regule completamente la cuestión y con la justificación adecuada a las consecuencias (no violación de los principios de inmediación y publicidad, entre otras garantías), sin perjuicio de las que serán propuestas en este trabajo.

Sin duda el tema exige una estricta explicación del deber de la política criminal que descarte la responsabilidad a través de la norma y los fines de éstas son los objetivos de prevención, tanto especial como general. Esta afirmación conlleva a que la utilización del derecho penal debe ser el último medio –última ratio- por parte del Estado frente a las acciones antijurídicas.

La investigación en los modelos inquisitivos es una actividad formalizada y ritualista que impide obtener mayores niveles de eficiencia. Produce entre otras desventajas, alargamiento del tiempo de duración de los sumarios y en un nivel importante vulneración de derechos de los justiciables. La concepción del nuevo sistema (acusatorio) pasa necesariamente por darle a la investigación verdadero carácter preparatorio del juicio oral, lo que exige concretarla con mayor rapidez y agilidad que en la actualidad, asumiendo que sus resultados tengan valor informativo y no carácter probatorio. El ámbito en el que se despliega la labor probatoria es el juicio y no la investigación; ésta sólo aporta el material para desarrollar aquél a través de la formulación de la acusación, o para la adopción de otras decisiones jurisdiccionales⁵⁷.

Si debemos expresar a qué tipo de proceso responde la ley 23.984 (Código de procedimientos Penal de la Nación), creo advertir que el sistema que consagra no responde en forma pura a ninguno de los modelos antagónicos (inquisitivo – acusatorio), sino a uno que es una especie de ambos, el llamado “mixto” por distintos autores, entre ellos Cafferata Nores. En palabras de este autor se trata de un proceso inquisitivo mitigado que no es un modelo conforme al que impone la Constitución Nacional y al sistema internacional que tutela los derechos humanos con jerarquía constitucional por vía del art. 75 inc. 22 de la misma⁵⁸. Por su parte Binder⁵⁹, destaca la necesidad de superar la discusión de modelos más que de problemas y que el eje de ella, en todo caso, más que girar en los tradicionales términos de la clasificación histórica (modelos acusatorio, inquisitivo y mixto), transite sobre la dualidad “proceso penal autoritario” y “proceso penal democrático”.

Sin embargo la imposibilidad material de participar eficientemente en todos los asuntos que abordan el procedimiento y llegar al juicio oral refuerza la selectividad del sistema penal, favoreciendo ámbitos donde se puede ejercer el poder penal, en algunos casos con un alto grado de arbitrariedad. Por esta razón la selectividad de casos aparece abandonando el principio de oficiosidad (principio de legalidad procesal) y aceptando con mayor frecuencia los denominados criterios de oportunidad.

⁵⁷ Al respecto destaca Binder: “(...) el juicio es, pues, el momento de la prueba, en un sentido sustancial. Lo anterior no es sino la recolección de los elementos que servirán para probar la imputación en el juicio; ese es, precisamente, el sentido de las palabras preparatorio de la acusación” (Introducción al Derecho Procesal Penal, nota 164, p. 238)

⁵⁸ Cafferata Nores. *Ibid.*, p. 80.

⁵⁹ Binder. *Ibid.*, p. 172.

La doctrina se ha expresado mayoritariamente a favor de su adopción, aún cuando subsistan algunas calificadas opiniones contrarias, entre ellas la de Perfecto Ibáñez quién manteniendo la línea argumental que insistentemente ha pregonado opina: “(...) detrás del principio de legalidad está la aspiración de que toda infracción penal tenga una respuesta adecuada (...) aparte de ser metodológicamente incorrecto y políticamente inaceptable poner en la cuenta del principio de legalidad lo que sean derivaciones directas de un específico tratamiento del mismo, que podría o incluso debería ser otro”⁶⁰, y agrega el autor español: “(...) hay que insistir, ni el principio de obligatoriedad de la acción penal -racionalmente entendido- es la causa de todos los males de aquella (la justicia penal); ni la oportunidad el *curasana* de los mismos”.

Si entendemos que el proceso penal tiene como misión principal facultar la intervención de la ley penal sustantiva ante la comisión de un hecho delictivo y limitar el poder punitivo del Estado en razón de una efectiva vigencia de las garantías individuales, como consecuencia, éste debe restablecer la paz social alterada por el suceso ilícito. A partir de esta [conocida] inferencia algunos operadores judiciales postulan que cualquier posición vinculada con la simplificación del procedimiento penal sólo podría estar orientada a que prevalezca un más adecuado desempeño de la primera función (de la ley penal sustantiva) en perjuicio de la segunda (preservación de las garantías individuales) y que dadas las especiales características del proceso penal, según la ley procesal nacional con la simplificación se mejoraría el cumplimiento de ambas funciones por igual.

Esta posición, considero, no puede ser aceptada siquiera como hipótesis por cuanto en apartados precedentes se ha afirmado que no debe comprometer ningún derecho del justiciable y dada la importancia del debate en el marco de un proceso (debido) legal. Además, encuentro respuesta a este pensamiento la opinión de Maier⁶¹ cuando refiere: “Los dos principales problemas que presenta el llamado juicio abreviado desde el punto de vista de un proceso penal respetuoso de las reglas del Estado de derecho: por un lado, la posibilidad de renunciar al juicio previo por parte de los intervinientes en el proceso, teniendo en cuenta que éste es el único procedimiento previsto por nuestra Constitución para autorizar al Estado a aplicar una pena; y, por otro, el dudoso carácter voluntario de la conformidad prestada por el imputado sobre el hecho atribuido, su participación en él, la calificación legal y la pena que se le impondrá”. Sin perjuicio, estimo, que un responsable ejercicio de las agencias del sistema resulta la principal garantía para que no se produzcan aplicaciones incorrectas de la ley en menoscabo de derechos de los imputados.

Como vemos la doctrina no es pacífica al momento de valorar este tipo de procedimiento de simplificación, que sí encuentra correspondencia a pesar de la diversidad, respecto del accionar judicial en las disposiciones de estos institutos, en que deberá reflejar proyección procesal de las garantías penales con jerarquía constitucional en virtud de lo establecido en el artículo 31 de la Constitución Nacional.

A la sazón la incertidumbre parte de sí; ante el cambio de paradigma que posibilita la negociación en materia penal, con la incorporación de los distintos procedimientos penales; el imputado al negociar el acuerdo realmente dispone de las garantías procesales. Este interrogante conduce a otro aspecto significativo y es si el sistema de abreviación evidencia un régimen normativo coherente con los imperativos constitucionales establecidos en los artículos 18 y 28 de

⁶⁰ Ibáñez, Perfecto A., “Por un Ministerio Público dentro de la legalidad”, Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires, 1998-B, p. 458.

⁶¹ Maier. Ibid. T. I, p. 478 ss.

la Constitución Nacional con los principios sentados en el procedimiento penal. De igual manera, si fue advertido por los legisladores al regular el instituto, cuáles fueron los argumentos que se tuvieron en cuenta para fundamentar los mismos.

Tratándose de garantías indispensables para que los justiciables puedan conseguir el control de legitimidad y justicia reconocido en normas específicas (entre ellos, del art. 8, ap. 2, p. h) de la Convención Americana de Derechos Humanos y (art. 14, p. 5) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al tratarse de atributos que hacen a la Norma fundamental, y encontrarse en juego indirectamente estos resguardos, también nos encontramos frente a cuestiones que deben quedar bajo la facultad (de resguardar y velar) de los jueces. Resulta evidente que la función judicial de individualización de la pena constituye; junto a la apreciación de la prueba y la aplicación del precepto jurídico-penal a los hechos probados; una función autónoma del juez que representa la base de su actividad jurisdiccional de modo que exista coherencia con la función de la pena. Ésta debe observarse en su imposición judicial adecuada al hecho, en correspondencia con la culpabilidad del autor, sin importar si con ella se contribuye o no a la prevención general o a la resocialización del delincuente.

La función de la pena debe informar todo el sistema penal de manera tal que de una y otra forma debe influir en su operatividad. En el plano legislativo, la determinación de la función de la pena debe permitir elaborar un juicio crítico sobre su legitimidad en los marcos punitivos previstos en la ley, en síntesis, ésta tampoco se debe propiciar como una discusión teórica sin alguna finalidad práctica.

Existen demasiados interrogantes sin una clara respuesta si tenemos en cuenta que el proceso penal en su conjunto siempre afecta derechos del imputado por su mera realización, aún cuando no se dispongan medidas concretas de coerción personal. Del mismo modo pienso que, si la pena a imponer en el juicio abreviado (del CPPN) no resultara privativa de libertad, quizá desaparecería el ingrediente de coacción que limita la libertad de decisión del imputado. De todas formas, no cesaría la principal objeción que se le realiza, esto es, la supresión del debate oral y público, exclusivo procedimiento admitido por la Constitución para la aplicación de la ley penal.

El principio del Estado de Derecho reclama que toda la actividad estatal esté regulada (autorizada) por la ley. El ejercicio del poder estatal, que incluye las decisiones de los magistrados, debe tener siempre un fundamento legal que represente el respeto por la preeminencia del Derecho. “La regla de derecho como instrumento limitador del poder del Estado, es ante todo un imperativo para lograr el mayor campo de libertad para las personas (seguridad), en tanto les garantiza que sólo deberán omitir (o ejecutar) aquellas acciones que están prohibidas (o mandadas)”⁶² (art. 19 CN).

Podemos apreciar que la interpretación dominante en la cuestión se fue trayendo ante la generalizada aplicación del instituto, con fundamento en razones de celeridad procesal, olvidando que el requisito indispensable para asegurar la garantía constitucional del debido proceso legal y el derecho de defensa en juicio es el carácter contradictorio, principio éste de orden supranacional. No por ausencia de severos reproches dogmáticos y jurisprudenciales esta práctica continuó resolviéndose con un criterio utilitario, extendiendo más allá de lo razonable los alcances del principio de oportunidad procesal.

Determinación de la pena en los acuerdos

⁶² Ferrajoli, *Ibid.*, p. 104.

Una cuestión que parece no generar mayor discusión en la aplicación del mecanismo es la imposibilidad que tienen fiscal e imputado de pactar la no imposición de consecuencias accesorias que, a veces, sobrevienen como resultado de una condena penal. Varios autores se han expedido sobre esta consecuencia, entre ellos, Bruzzone⁶³. Otra, es si el fiscal se encuentra facultado para pactar la ejecución condicional de la pena en los términos del art. 26 CP. Hasta el momento no se han encontrado precedentes en la Casación nacional que se expidan directamente sobre el punto. En la doctrina, Bruzzone⁶⁴ y Schiavo⁶⁵, se inclinan por la negativa mientras que Cafferata Nores⁶⁶ lo considera viable al señalar que el acuerdo de juicio abreviado sólo podrá moverse en el marco de la especie o cantidad de la pena prevista, o en el modo de su ejecución (también D'Albora)⁶⁷.

Cualquiera sea el resultado del análisis, es concluyente que no es posible acordar el que no se imponga alguna de las reglas de conducta previstas en el art. 27 bis CP para los casos de penas de ejecución condicional, debido a que no se puede disponer de alternativas que vengan ya impuestas por el legislador. Así lo entendió la Cámara Nacional de Casación Penal al señalar que las disposiciones contenidas en la norma son inherentes a la condena y en forma alguna pueden ser prenda de negociación por las partes⁶⁸.

Otro tanto ocurre con la reincidencia cuya declaración, en caso de corresponder, resulta imperativa para el tribunal. La Casación la califica como una consecuencia necesaria de la condena ya que deriva del carácter imperativo del art. 50 CP⁶⁹. Pero las discrepancias aparecen cuando se trata de condiciones o consecuencias de la pena que resultan facultativas para el tribunal.

Queda claro entonces, que de acuerdo al art. 431 bis (inc. 5), en la sentencia el tribunal no podrá imponer una pena superior o más grave que la pedida -y acordada- con el agente fiscal. Imponer una pena superior que la pactada de por sí resulta más gravoso para el justiciable. La alternativa va más allá de la mera cuantía punitiva y contiene la calidad de la pena a imponer, y dentro de ésta la posibilidad que resulte de ejecución condicional. En definitiva considero que una vez acordada esta modalidad de ejecución entre el fiscal y el imputado el tribunal deberá respetarla de lo contrario estaría infringiendo lo dispuesto en el inc. 5 CPPN.

⁶³ Bruzzone Gustavo A., "Mito y realidad de la participación ciudadana en la administración de justicia penal en Sudamérica: ¿Se instaurará finalmente el juicio por jurados en Argentina como lo establece su Constitución Nacional desde 1853?", en "Juicio por jurados en el proceso penal", 2000, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 135. En igual sentido, D'Albora, Francisco J., "Código Procesal Penal de la Nación", T. II, 2003, Ed. Lexis-Nexis, /Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 943, quien las califica como medidas imperativas.

⁶⁴ Infra Bruzzone. p. 135.

⁶⁵ Schiavo, Nicolás, "El juicio abreviado: ¿otra búsqueda de confesión en el proceso penal?", p. 478, en cuanto señala que la transacción no puede extenderse a las condiciones de aplicación de la pena.

⁶⁶ Cafferata Nores. Ibid., p. 155.

⁶⁷ D'Albora Nicolás, "Marco punitivo del juicio abreviado", LexisNexis Online, nº 0003/010.345, 2004, Buenos Aires, p. 16.

⁶⁸ "Suárez, Claudio O. s/recurso de casación", Sala 1ª, causa 2911, reg. 3730.1, 6/9/2000. En sentido similar ya se había expresado esa misma sala en la causa 2767, "Duarte, Nelia E. y otro, s/recurso de queja", reg. 3328.1, 23/2/2000.

⁶⁹ "Benítez, Silvio A. s/recurso de queja", sala 1ª, causa 4035, reg. 4916.1 del 21/3/2002. En sentido similar, sala 4ª, causa 3441, "Bailón, Héctor A. s/recurso de casación e inconstitucionalidad", reg. 4686.4, del 3/3/2003. En mismo sentido, Schiavo Nicolás, "El juicio abreviado: ¿otra ...", p. 478.

IX. RECUPERACIÓN DE LA VÍCTIMA COMO PARTE DEL CONFLICTO PENAL

Tengamos en cuenta que el derecho penal rara vez soluciona el conflicto para la víctima ya que el mismo no puede reponer las cosas al estado anterior al hecho que la afectó. En muchos casos el demandante más que buscar la vindicta por un hecho definido busca la resolución rápida de una circunstancia conflictiva que lo afecta a través de la intervención estatal.

Frente a ello debe tenerse en cuenta que en interés de lograr satisfacción para la víctima su cooperación en el juzgamiento, en aras de obtener una pena justa, sólo debe ser admisible a partir de que tenga legitimación para actuar, conjuntamente con el fiscal, en función de control de los actos del proceso. La legislación procesal posee suficientes mecanismos para resguardar los derechos de quienes deseen constituirse en parte querellante de manera tal que cualquier eventual resolución que al respecto adopten los órganos facultados para hacerlo no resulte tardía a sus pretensiones. Por lo demás, la inercia o la desidia del pretense querellante para exigir su debido reconocimiento para garantizar el ejercicio seguro de sus derechos, o dicho de otro modo, la falta de utilización oportuna de los mecanismos procesales expresamente previstos por la ley ritual, no pueden justificar la indisposición de vías recursivas especiales que el régimen legal no prevé a su favor para tales circunstancias.

Simultáneamente considero importante proponer que el desempeño de los organismos de asistencia hacia las víctimas, que deben participar simultáneamente con la intervención judicial o cuando tramite un procedimiento, intervenga en defensa de sus derechos aunque la víctima no desee participar en él. A la vez resulta oportuno señalar que diversas encuestas señalan que la víctima en ocasiones pretende renunciar a la pena a cambio de una reparación. El Estado y su concepción de la pena pública es el que impulsa su imposición todo lo cual parece mostrar que la afirmación de la pena imponiendo su castigo no beneficia a ninguno.

Sintetizando, tenemos a la victimología como área decidida a darle una mayor intervención y satisfacción a los intereses de la víctima, se acude al derecho privado para encontrar un método de solucionar los conflictos penales y por último se plantea como propuesta la descriminalización de algunas figuras delictivas, las menos lesivas, en pos de reducir el extenso catálogo de ilícitos. Para lograrlo sostengo que se debe comenzar por aquellas infracciones superfluas, insignificantes o comprendidas en lo que se ha denominado ‘delitos sin víctima’ cuyas conductas podrían ser contenidas mediante el uso de herramientas de derecho privado o administrativo. Cabe aclarar que la estrategia de despenalización no implica dejarlas impunes sino sustituir las sanciones penales por otras formas de control legal no estigmatizantes tales como sanciones administrativas o civiles para luego iniciar procesos de socialización, control de la desviación y privatización de aquellos conflictos.

No cabe duda que el derecho penal ha evolucionado y hoy busca la consideración de la víctima, incluso como impulsora del proceso penal. La experiencia nos enseña que no hay mejor investigador que el propio ofendido, que tan solo hay que resguardar que el mismo no se desvíe hacia la venganza, porque entonces estaríamos regresando al ‘ojo por ojo’ del primitivismo penal.

Hasta aquí podemos afirmar que si bien el Código Procesal Penal de la Nación autoriza la participación procesal del acusador particular establece para el reconocimiento de tal investidura ciertos requisitos ineludibles, quedando investido de la legitimación procesal activa

recién cuando el órgano jurisdiccional ha verificado su concurrencia. Adviértase que ni aun cuando medie una expresa decisión judicial que reconozca su derecho a intervenir en el proceso el acusador particular no adquiere potestades asimilables a las del Ministerio Público Fiscal.

X. CONSIDERACIONES FINALES

Conclusión

Aunque en el trabajo se han plasmado diferentes opiniones en cada capítulo, éstas no implican una solución global a los problemas planteados como hipótesis dado que el tema admite muchas más líneas de investigación.

De lo expuesto hasta ahora es posible señalar algunas conclusiones valorativas que sirven como parámetro para determinar con mayor claridad las cuestiones en estudio.

Como resultado de la investigación realizada 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: “adecuación del procedimiento a su materia, adecuación de la culpabilidad a la pena y adecuación del servicio al todo social (Estado, autor y víctima), en compendio con el estándar recibido de la Corte Suprema Nacional, el logro, o mejor dicho, la búsqueda de un adecuado servicio de la justicia”⁷⁰. Esta iniciativa impone uniformar reglas precisas en la Constitución, especialmente en las leyes procesales, con el derecho internacional de los Derechos Humanos.

La jurisprudencia nacional y extranjera analizada aporta evidencias que detrás de la razonabilidad que se pretende dar al instituto de juicio abreviado existen criterios procesales ambiguos, duramente cuestionados desde ese ámbito. 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. Así como el Estado no ha de ejecutar actos prohibidos por las leyes tampoco debe admitir políticas penales que no estén debidamente establecidas en la norma.

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 varie-

⁷⁰ Bertolino. *Ibid.*, p. 108.

dad 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.

En este contexto, el debate sobre el sistema debe estar centrado en el límite último que el ordenamiento jurídico de un Estado esté dispuesto a permitir en términos de eficacia, la práctica de su sistema penal debe resolver que la importancia no radica en la celeridad y economía de recursos que la negociación de penas por sí misma aporta, sino en reconocer que el juicio sea la regla y no la excepción a la hora de administrar justicia.

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 los tribunales superiores no han 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 preliminar 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.

Para finalizar digo que no cabe duda que será una nueva forma de ver el derecho penal. Entender el delito como un conflicto y no como la mera infracción a una norma; entender a la víctima como real protagonista en el proceso y dejar de ver al Estado como el expropiador del conflicto; entender al poder judicial como parte esencial del Estado y a sus actos como un verdadero servicio en la búsqueda de la paz social; priorizando la prevención a la represión, en definitiva, son todos componentes de un sistema reparador que, de una vez por todas, debe entender un derecho penal mínimo como última incidencia.

BIBLIOGRAFIA

- Pagano, Mario Francisco, "Principios del Código Penal", Editorial Hammurabi, 2002, Buenos Aires, Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Estampas procesales de la literatura española", Ejea, B. Aires, 1961.
- Binder, Alberto M. "Límites y posibilidades de la simplificación del proceso", Justicia Penal y Estado de Derecho, Ad-Hoc., Buenos Aires, 1993.
- Langbein, Jürgen, "Torture and plea bargaining", University of Chicago Law Review, EE UU, 1978.
- Hassemer, Winfried, "La persecución penal: Legalidad y oportunidad", Revista Ciencias penales, Universidad de Frankfurt, Alemania, 1981.
- Bovino, Alberto, "Principio de oportunidad y proceso de reforma en América latina. Algunos problemas de política criminal", Editorial Astrea, 2000.

- Cafferata Nores, "Cuestiones actuales sobre el proceso penal", 2º edición actualizada. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- Zaffaroni/Plagia/Slokar A, "Derecho Penal – Parte General", Ediar, Buenos Aires, 2000.
- Creus, Carlos "Derecho Penal, Parte General", Astrea, Buenos Aires, 1988.
- Roxin, Claus, "Derecho Penal – Parte General", Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, T. I, Ed. Civitas, España, 1997.
- Adler, Daniel E., "El principio de oportunidad y el inicio del proceso penal a través del Ministerio Público", L.L, Buenos Aires, 1993-A.
- Cafferata Nores, José I., "Reasignación de recursos procesales y suspensión del juicio a prueba", Revista de Estudios Procesales, Instituto Panamericano de Derecho Procesal, 1997.
- Maier, Julio, "Derecho Procesal Penal, Fundamentos", T. I, 2ª. Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1996.
- Silva Sánchez, Jesús María, "La expansión del Derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales", Cuadernos Cívitas, Madrid, España, 1999.
- Roxin, Claus, "Política criminal y sistema del Derecho penal", Bosch, Barcelona, España, 1972.
- Mir Puig, Santiago, "Derecho penal. Parte General", 7ª. N. Tesis, Edición, Buenos Aires, 2001.
- Carrillo Florez, F-, "Los retos de la reforma de la justicia en América Latina", Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales, Organización Estados Americanos, Publicaciones, Washington, EE UU, 2005.
- Carrió, Alejandro, "El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos", Eudeba, Buenos Aires, 1990.
- Ferrajoli Luigi, "Derecho y razón", Ed. Trotta, Madrid, España, 1989.
- Maier, Julio B. "¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho?" Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho? nº 1, Ed. Di Plácido, Buenos Aires, 2000.
- Bovino, Alberto, "La persecución penal pública en el derecho anglosajón", Revista Pena y Estado, nº II, "Ministerio Público", Buenos Aires, 1997.
- Ibáñez, Perfecto A., "Por un Ministerio Público dentro de la legalidad", Nva. Doctrina Penal, B. Aires, 1998-B.
- Bruzzone Gustavo A., "Mito y realidad de la participación ciudadana en la administración de justicia penal en Sudamérica: ¿Se instaurará ...?", en "Juicio por jurados en el proceso penal", 2000, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires.
- Schiavo, Nicolás, "El juicio abreviado: ¿otra búsqueda de confesión en el proceso penal?", FDP, 2008.
- D'Albora Nicolás, "Marco punitivo del juicio abreviado", LexisNexis Online, nº 0003/010.345, 2004, Buenos Aires.