

Derecho Penal

AÑO IV NÚMERO 10

Código Procesal Penal de la Nación

Directores: Alejandro Alagia - Javier De Luca - Alejandro Slokar



Ministerio de
Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación

 **Infojus**
SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

AÑO IV - NÚMERO 10

Derecho Penal

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA

Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA

Lic. María Florencia Carignano

**DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO
DE INFORMACIÓN JURÍDICA**

Dra. María Paula Pontoriero

.....

ISSN 2250-7558

Revista Derecho Penal

Año IV - N° 10 - octubre 2015

Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.
Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Directora Nacional: María Paula Pontoriero

Directora de Ediciones: Laura Pereiras

Coordinadoras de contenido: María Rosa Roble - Cecilia Vanin

Responsable de diseño gráfico: Gabriela Fraga

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

La revista Derecho Penal y sus contenidos son propiedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

El contenido de esta publicación expresa solo la opinión de sus autores, y no necesariamente la de los directores de la revista ni la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

La legislación, la jurisprudencia y los artículos de doctrina que integran esta publicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: www.infojus.gob.ar

Todos los derechos reservados. Prohibida su venta. Distribución gratuita. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Alejandro Alagia - Javier De Luca
Alejandro Slokar

Directores

Martín G. Degoumois - Ernesto Kreplak
Franco Picardi - Renato Vannelli Viel

Secretarios de Redacción

Francisco Figueroa - Antonela C. Ghezzi
Gabriela L. Gusis - María Ángeles Ramos
Emiliano Espejo - Bruno Netri

Colaboradores

Diego García Yomha - Juan Pablo Iriarte
Santiago Martínez - Nahuel Martín Perlinger

Colaboradores
Sección Organización Judicial

Consejo Académico

Eduardo Aguirre
Ricardo Álvarez
Gustavo Bergesio
Alberto Binder
Cristian Cabral
Carlos Caramuti
Mariano Ciafardini
María Graciela Cortázar
Carlos Cruz
Gabriel Di Giulio
Daniel Erbetta
Martín García Díaz
Adriana Gigena de Haar
Edmundo Hendler
Lucila Larrandart
Stella Maris Martínez
Luis Niño
Carlos Ochoa
Omar Palermo
Lucila Pampillo
Daniel Pastor
Jorge Perano
Gabriel Pérez Galimberti
Alfredo Pérez Galimberti
Marcelo Riquert
María Rosa Roble
Norberto Spolansky
Fernando Valsangiacomo Blanco
Gustavo Vitale
Raúl Zaffaroni

Editorial

El presente número de la Revista de Derecho Penal tiene como objetivo profundizar los ejes centrales del nuevo Código Procesal Penal de la Nación aprobado por ley 27.063 (BO 10/12/2014) y nos es grato presentarlo porque consideramos de gran importancia, como ya venimos sosteniendo, generar espacios de discusión sobre cuestiones actuales que se vinculan al Derecho Penal y Procesal Penal. Pero mayor importancia adquiere el debate al estar frente a nuevos aires de cambio. Cambios por cierto que no son menores, sino que constituyen una vuelta de página, un nuevo paradigma, que tendrá lugar a partir del 1° de marzo próximo con la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento procesal. Ni más ni menos, estamos frente a la consagración del traspaso de un proceso penal inquisitivo a uno preponderantemente acusatorio, perfeccionamiento que se alcanzará con la implementación del juicio por jurados; proceso iniciado en 1994 (ley 23.984) y que hoy produce un gran salto con el sancionado a fines del año pasado (ley 27.063).

Creemos que el nuevo código es más respetuoso de los lineamientos constitucionales, los derechos humanos y los estándares nacionales e internacionales, ya que —entre otras cosas— se encarga de definir y separar los roles de las partes que intervienen en el proceso: jueces, fiscales y defensores.

En ese entendimiento consideramos que el nuevo ordenamiento presenta múltiples aspectos sumamente interesantes que invitan a la reflexión e indudablemente serán discutidos en los años venideros. Por esa razón, convocamos a participar a prestigiosos autores locales e internacionales que abordan la temática desde las más variadas perspectivas y puntos de vista.

Puntualmente se desarrollarán, entre otros, los siguientes temas: punto final a una justicia demorada y denegada; un modelo teórico-normativo del

procedimiento penal basado en la protección de la inocencia; la recepción de estándares internacionales en materia de restricción de derechos fundamentales; la reforma procesal penal como política pública; la incorporación de la víctima en la ejecución de la pena; reglas de disponibilidad de la acción en el nuevo Código; principio de oficialidad vs. principio de oportunidad; la regulación del juicio abreviado; reforma del Código Procesal Penal de la Nación y el Proceso Penal Juvenil; y la regulación del juicio sobre la pena.

Con la esperanza de que la presente edición contribuya al debate jurídico y a la reflexión, los invitamos a disfrutar del contenido de la revista.

Los directores

Índice General

Doctrina

p. I

Algunas consideraciones acerca del Código Procesal Penal de la Nación

por MARÍA FLORENCIA BLOTTA p. 3

Punto final a una justicia demorada y denegada

por LUCILA CHIMINELLI p. 13

Por un modelo teórico-normativo del procedimiento
penal basado en la protección de la inocencia

por MATÍAS DÍAZ p. 25

La recepción de estándares internacionales
en materia de restricción de derechos fundamentales

por MATÍAS E. EIDEM p. 71

La reforma procesal penal como política pública

por DANIEL ERBETTA p. 93

La incorporación de la víctima en la ejecución de la pena

por MARÍA BELÉN MASOLA p. 103

Reglas de disponibilidad de la acción
en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación

por ROMINA MONTELEONE p. 119

Principio de oficialidad vs. principio de oportunidad:
¿una cuestión saldada?. Repaso y algunas consideraciones de actualidad

por MATÍAS N. MOREL QUIRNO p. 145

ÍNDICE GENERAL

La regulación del juicio abreviado en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación.
Dudas y complejidades de un instituto que siempre queda a medio camino
por PABLO ROSSIp. 171

La regulación del juicio sobre la pena
por RAÚL SALINASp. 181

La Reforma del Código Procesal Penal de la Nación y el Proceso Penal Juvenil.
La aplicación del criterio de oportunidad en consonancia
con el principio de excepcionalidad
por MARÍA FERNANDA RITA TUGNOLI p. 209

Fuentes citadas p. 217

Índice temático p. 227

.....
Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: www.infojus.gob.ar

Doctrina

Algunas consideraciones acerca del Código Procesal Penal de la Nación

por **MARÍA FLORENCIA BLOTTA**⁽¹⁾

I | Consideraciones previas

En este trabajo intentaremos aportar algunas consideraciones respecto a los ejes centrales del Código Procesal Penal de la Nación, recientemente aprobado por ley 27.063, el 4 de diciembre de 2014, promulgada por decreto 2321/2014 del 9 de diciembre, y publicada en Boletín Oficial el 10 de diciembre del mismo año (en adelante, Código aprobado).

A tales fines, lo cotejaremos con el actual sistema aún vigente de enjuiciamiento penal nacional (ley 23.984 y sus reformas; en adelante, "Código vigente"), que, podemos decir, se adscribe al denominado "sistema mixto" o "inquisitivo mitigado", por estar delineado y atravesado por principios, reglas técnicas y características de los llamados "sistemas inquisitivos" y "sistemas acusatorios". En efecto, si bien el "Código vigente" consagra un procedimiento con juicios orales en los cuales se filtran rasgos inquisitivos —ante las posibilidades de intervención de los jueces en actividades de las partes—, con una etapa de investigación por regla jurisdiccional, en

(1) Abogada (UNR). Socia fundadora del Centro de Estudios Sociales y Culturales para la Comunidad (CESC). Coordinadora del Observatorio de Violencia de Género (CESC). Profesora asistente de Derecho Procesal Penal y Teoría General del Proceso (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, UCA).

la cual se ven claramente confundidas en el mismo sujeto, el juez, las actividades investigativas en pos de sostener una acusación penal hasta el dictado de una sentencia condenatoria con la de juzgar; cuestiones estas, entre otras, que son superadas por el "nuevo sistema".

Decir que el Código aprobado es un código, tal vez, resulte reiterativo y tautológico, pero es importante para comprender la esencia misma de la reforma, que regula una investigación jurisdiccional, formalizada, central, lo cual indica ya un rasgo fundamental de los sistemas inquisitivos con una etapa de enjuiciamiento que se destaca por la oralidad, que si bien es la regla técnica de debate más adecuada para los modelos adversariales no basta para dar cuenta de que estemos en presencia del mismo.

2 | Principales características de los sistemas procesales inquisitivo, acusatorio y mixto

Previamente a analizar los principales ejes del Código aprobado resulta necesario introducir caracterizando a los principales sistemas procesales que se han instalado, no en estado puro, a lo largo de la historia de acuerdo a los modelos políticos vigentes en determinados tiempo y lugar.

En efecto,

... El proceso penal (y, por cierto, el Derecho penal) se encuentra íntimamente relacionado con el modelo político en el que se exterioriza y con el sistema de valores que nutre a éste. Según sea el papel que una sociedad le asigne al Estado, el valor que reconozca al individuo y la regulación que haga de las relaciones entre ambos, será el concepto que desarrolle de delito (desobediencia a castigar, conflicto humano a solucionar o redefinir) y el tipo de proceso que se admita. En el decurso de la historia, la primacía de aquél dio lugar a un paradigma "inquisitivo"; la del individuo, a otro denominado "acusatorio". Y pensando en la conveniencia de lograr una síntesis entre las

virtudes de ambos, se desarrolló el proceso penal llamado mixto, o con más precisión, “inquisitivo mitigado”...⁽²⁾

La nota fundamental para distinguir un sistema “inquisitivo” de uno “acusatorio” reside en el análisis de las funciones fundamentales del proceso, acusación, defensa y juzgamiento. Cuando las funciones de juzgar y acusar (con su correspondiente investigación y recolección probatoria) se fusionan o concentran en una sola persona (en este caso llamado “inquisidor”) estamos frente al primero de los sistemas mencionados. Por el contrario, la clara separación de funciones del órgano requirente del de juzgamiento, y un reconocimiento efectivo del derecho de defensa, nos posicionan en lo que denominamos sistema acusatorio.

Partiendo de estas lógicas procesales, se derivan otras variables que los distinguen. Así, tomando como puntos esenciales los institutos de la acción, la jurisdicción y la defensa se delinean en torno a estos las “principales características externas” que se corresponden a un modelo “acusatorio”, y que son: publicidad, contradicción y debate, oralidad, concentración, inmediación, libre convicción; y aquellas que se corresponden a un modelo “inquisitivo”: ausencia de publicidad, investigativo y no contradictorio, escriturismo, discontinuidad y ausencia de inmediación.

El proceso “inquisitivo mitigado” rescata, según Cafferata Nores, principios orientadores del inquisitivo —en particular, la persecución y juzgamiento de todo delito que acontezca, ambas actividades a cargo de órganos estatales, el concepto de “verdad real” como objetivo supremo a descubrir como base del castigo— e incorpora principios orientadores del acusatorio, como la separación de roles de acusación y juzgamiento, la imparcialidad de los jueces, la incoercibilidad moral del imputado, la inviolabilidad de defensa, y el principio de inocencia, entre otros.

Este paradigma ha sido el preponderante en Argentina, y el seguido por el Código Procesal Penal de la Nación objeto de reforma, por una razón fundamental: sancionar un Código Procesal que reglamente el debido proceso que impone la Constitución Nacional que hasta ahora no ha sido respetado.

(2) CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Bs. As., Editores del Puerto, 2007, p. 3 y ss.

Así, en varias provincias, las reformas se vieron “precipitadas” por fallos de los Superiores Tribunales de Justicia provinciales y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los cuales se advierte sobre la inconstitucionalidad de los procesos penales cuestionados en donde se pusieron en crisis estos modelos por no respetar el principio de imparcialidad del juzgador, planteamientos a los que no ha sido ajeno el proceso penal nacional vigente.

3 | La “necesidad” de reformar. “Un proceso penal constitucional”

La Constitución de 1853, en cuanto al sistema procesal penal se refiere, adopta el modelo norteamericano, no jerarquizado ni corporativo, sino horizontal con control difuso de constitucionalidad. En este sentido, el proceso judicial horizontalmente organizado no puede ser otro que el acusatorio, público, previendo nuestra constitución el juicio por jurados, necesariamente oral y por ende público. En suma, los constituyentes optaron por un proceso penal abiertamente acusatorio.

Al respecto, resulta ilustrativo lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el año 2010, en el fallo “Sandoval”, al sostener:

... Que en los denominados sistemas mixtos la etapa del debate materializa claramente principios de puro cuño acusatorio dada la exigencia de oralidad, continuidad, publicidad y del principio contradictorio, requerimientos que, por cierto, no sólo responden a un reclamo meramente legal sino que configuran recaudos de orden constitucional (arts. 18 y 24 de la Constitución Nacional; art. 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y art. 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos).⁽³⁾

(3) CSJN, “Sandoval, David Andrés s/homicidio agravado por ensañamiento —víctimas— Sandoval, Javier Orlando s/encubrimiento causa n° 21.923/02”, 31/08/2010 (Fallos: 333:1687), cons. 16, voto de E. Raúl Zaffaroni.

En definitiva, lo que deslegitima el sistema adoptado por el Código Procesal Penal de la Nación aún vigente ("sistema mixto") son las disposiciones legales que durante la etapa del juicio o plenario autorizan al tribunal a asumir potestades propias de la acusación, acercándose al modelo de enjuiciamiento criminal diametralmente opuesto al que surge de la referencia constitucional, en el cual la actividad procesal asumiría un carácter monista que erigiría al juez en el único protagonista.

Por ello, el paradigma "mixto" o "inquisitivo mitigado" de enjuiciamiento penal propuesto a nivel nacional en el "Código aún vigente", a diferencia del sistema acusatorio que recepta el "nuevo Código aprobado", no es respetuoso del modelo impuesto por la Constitución Nacional por cuanto erige en objetivo supremo del proceso el triunfo de la verdad, al que deben contribuir —incluso a costa de omitir la distinción sustancial de roles— todos los órganos públicos intervinientes, reflejando un método de acceso a la verdad de carácter unilateral, a la que se llega, no por medio del esfuerzo de las partes, sino por la investigación de un órgano jurisdiccional que asume esa clase de protagonismo en todas las etapas del proceso.⁽⁴⁾

4 | La investigación fiscal. Salidas alternativas para la resolución del conflicto. Reglas de disponibilidad

En la actualidad, el Ministerio Público Fiscal se inserta dentro de un sistema mixto, en el cual las investigaciones son en su mayoría jurisdiccionales, formalizadas y excepcionalmente a cargo del Ministerio Público Fiscal,

... la figura del fiscal se relaciona necesariamente con el sistema acusatorio. No obstante, en muchos países existe una suerte de "híbrido" entre el viejo sistema inquisitivo —donde no existía el fiscal— y esta función propia del sistema acusatorio; se ha generado con ello una figura que es una suerte de 'extraño'

.....

(4) CAFFERATA NORES, *Cuestiones actuales...*, op. cit., p. 11 y ss.

dentro del proceso, puesto que el fiscal no acaba nunca de encajar dentro del sistema inquisitivo al que no pertenece...⁽⁵⁾

El mensaje 1936 del Poder Ejecutivo nacional, entre otras consideraciones, menciona que el entonces proyecto, hoy ya aprobado, que se sometió a consideración parlamentaria supone un avance sustantivo sobre el diseño del proceso penal. En efecto, es heredero de las experiencias regionales más modernas y refleja un cambio definitivo dentro del diseño de persecución penal pública. En ese sentido, incorpora los principios de celeridad, oralidad, publicidad y desformalización de las actuaciones judiciales. Prevé, asimismo, una cláusula que habilita la realización del juicio por jurados, conforme lo contemplado en los arts. 24, 75 inc. 22, y 118 CN. Incorpora, además, reglas de disponibilidad de la acción.

En el tratamiento de los sujetos procesales, se sigue la línea de los modelos acusatorios. Respecto de los jueces, se les asigna el control de las garantías del procedimiento y la dirección de las audiencias. Los representantes del Ministerio Público Fiscal, por su parte asumen definitivamente la dirección de las investigaciones penales.

Por todo lo expuesto, cabe afirmar que, en pos de adecuar el sistema de enjuiciamiento al mandato constitucional, el Código Procesal Penal de la Nación aprobado se enrola en el paradigma de un modelo acusatorio-adversarial. En este sentido, su art. 2º dispone coherentemente que "... durante todo el proceso se deben observar los principios de igualdad entre las partes, oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplicidad, celeridad y desformalización. Todas las audiencias deben ser públicas, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código".

En ese contexto, uno de los cambios fundamentales es reglamentar una investigación a cargo del fiscal y desformalizada con facultades de disposición de la acción penal y búsqueda de salidas alternativas en la resolución de conflictos, simplicidad y abreviación, procurando resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia

(5) BINDER, ALBERTO M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Bs. As., Ad-Hoc, p. 315 y ss.

a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social (art. 2° CPPN).

Así es que el Código aprobado regula las llamadas “reglas de disponibilidad” en virtud de las cuales el titular del ejercicio de la acción penal pública puede prescindir del ejercicio de la misma exceptuando la obligatoriedad de la persecución de todos los delitos de acción pública.

Dentro de estas reglas, se incorporan los criterios de oportunidad, la conversión de la acción, la conciliación y la suspensión del juicio a prueba.

Los criterios de oportunidad, la conciliación y la suspensión del juicio a prueba tienen como común denominador que el efecto es la no persecución penal para ciertos delitos de acción pública, finalizando el proceso con la extinción de la acción penal; mientras que la conversión es un mecanismo en virtud del cual se faculta a la víctima a solicitar convertir la acción pública en acción privada en el caso de que el Ministerio Público Fiscal aplique un criterio de oportunidad, efectúe un pedido de sobreseimiento en la etapa de investigación y en aquellos delitos que requieran la instancia de parte, o de lesiones culposas siempre que el representante del Ministerio Público Fiscal lo autorice y no exista un interés público comprometido.

Centrándonos en los institutos novedosos para el sistema procesal penal, en cuanto a los criterios de **oportunidad**, el modelo adoptado es la llamada “oportunidad reglada”, en tanto la misma ley establece en qué casos taxativamente enunciados puede el fiscal prescindir total o parcialmente de la acción. En concreto, las causas previstas son dos que miran al hecho y sus consecuencias —por un lado, la llamada “insignificancia” y por el otro la llamada “pena natural”—, y otras dos que miran la pena que le correspondería al imputado, por un lado fundamentada en una mínima intervención que daría lugar a la aplicación de una pena de multa, inhabilitación o condena de ejecución condicional y por el otro, la insignificancia de la pena a imponerse en relación a otra ya impuesta o a imponerse en por restantes hechos en el mismo u otro proceso.

Respecto a la **conciliación** se regula como facultad para la víctima e imputado de celebrar acuerdos conciliatorios en delitos con contenido patrimonial sin violencia hacia las personas o culposos sin resultados de lesiones

gravísimas o muerte. Acreditado el cumplimiento se extingue la acción penal, mientras tanto adquiere carácter reservado pudiendo la víctima o representante del Ministerio Público Fiscal, ante el incumplimiento, solicitar la reapertura de la investigación.

5 | Control de la acusación. El juicio. Rasgos importantes: oralidad, publicidad e inmediación. Abreviación. Procesos complejos

A diferencia de lo que sucede en modelos “inquisitivos” o “mixtos” con investigaciones jurisdiccionales y formales en las que la etapa intermedia o “crítica instructoria” tiene como finalidad, una vez que el juez considera agotada la investigación y dictado el auto de procesamiento, ser un momento en el cual se le da intervención al fiscal, al querellante (si lo hubiere) y a la defensa para el planteo de algunas cuestiones relativas a la disconformidad del agotamiento de la investigación o del procesamiento y ser el enlace con el actor penal público para que acuse en base a la instrucción realizada por el juez, en el modelo de enjuiciamiento que propone el Código aprobado, la etapa intermedia tiene como presupuesto la acusación fiscal. Es así que, para el nuevo Código aprobado, la apertura de esta etapa reside en la decisión del Ministerio Público Fiscal de llevar el “caso” a juicio en virtud de las evidencias recolectadas durante su investigación preliminar y del convencimiento que obtendrá una sentencia condenatoria. En definitiva, esta etapa en el nuevo sistema está orientada a ser una instancia de saneamiento de los casos que el fiscal elevará a juicio oral, controlando la acusación y siendo la última oportunidad para el planteo de salidas alternativas al juicio. En la misma también se ofrece la prueba y el juez analiza la admisión de la prueba para el juicio oral.

En lo que concierne al juicio oral, el trabajo de la etapa preliminar desformalizada e intermedia, disminuiría los plazos entre la elevación al juicio del caso y la realización del debate. Se modernizan las reglas del litigio y se obliga al registro audiovisual de las audiencias (arts. 276, 277 y 278 CPPN). En la audiencia de debate serán producidas las pruebas, no

pudiendo ser valoradas las que pretendan ser introducidas por lectura, salvo los anticipos jurisdiccionales y la prueba documental, informes y certificaciones (art. 256 CPPN).

Asimismo, por otra parte, se prevén procesos especiales de **abreviación y complejos**. En relación a los **abreviados**, se establecen tres tipos de posibilidades de acuerdos: **pleno**, **parcial** y de **acceso directo al juicio**. El **pleno** podríamos decir que es el conocido por nuestros sistemas y ya previsto "juicio o procedimiento abreviado"; el **parcial** lo que plantea es acordar respecto a los hechos e ir a un juicio en el cual se determina la culpabilidad y la pena; y, finalmente, en el último caso, el llamado **acceso directo al juicio**, precisamente como su mismo nombre lo indica las partes pueden acordar, en el momento de formalización de la investigación preparatoria, ir a juicio.

Finalmente, los procesos **complejos**, con una prolongación de los plazos ordinarios, se establecen para los supuestos de complejidad probatoria derivada de la cantidad o características de los hechos, pluralidad de imputados, víctimas, delincuencia organizada o transnacional.

6 | Consideraciones finales

El reciente Código aprobado, como mencionamos preliminarmente, es adecuado y se enrola en los modelos de enjuiciamiento penal ya implementados en numerosas provincias de Argentina como en otros países latinoamericanos.

Por ello ponderamos su aprobación, no sólo por adaptar coherentemente el sistema de enjuiciamiento penal al plexo constitucional sino también a modo de homogeneizar y armonizar la legislación nacional, regional e internacional sobre todo en lo que respecta a una seria y efectiva persecución penal de los llamados "delitos complejos".

Sin embargo, no basta con la sanción del Código aprobado sino que deben disponerse brevemente las leyes que sirvan a la instrumentación del mismo, con la asignación de presupuesto y cargos necesarios para su puesta en funcionamiento. En este sentido, deberán implementarse leyes de transición, de organización del Ministerio Público Fiscal, cuerpo de

defensores, jueces penales, gestión judicial y todas las reglamentaciones pertinentes que no tornen ilusorio este cambio de paradigma.

Sin perjuicio de ello, el esfuerzo reside también en un cambio cultural. Concretamente, debemos “desterrar” de la mente y de la práctica los conceptos de trámite y de expediente, para ser reemplazados por los de audiencia y litigación oral.

A modo de reflexión, si continúan las “viejas prácticas” todo esfuerzo legislativo y presupuestario será en vano. Ese es el verdadero desafío.

Punto final a una justicia demorada y denegada

por **LUCILA CHIMINELLI**⁽¹⁾

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter
Artículo 8.1., CADH

I | Introducción

La aprobación de ley 27.063⁽²⁾ da nacimiento al nuevo Código Procesal Penal de la Nación (CPPN), y con ello la transformación de un sistema que, atrasado y vetusto, reclamaba un cambio de paradigma que se correspondiese con una nueva concepción de administración de justicia —hoy en estado de morosidad para con la sociedad—, de los sujetos intervinientes, sus funciones y las etapas a las cuales se obliga el propio recorrido del proceso penal.

Los aires de innovación que llegan se representan esencialmente en la emigración del sistema de enjuiciamiento mixto a un modelo puramente acusatorio, un sistema procesal donde las riendas de la pesquisa son depositadas en manos del fiscal, y la figura del juez queda solo para controlar

(1) Abogada (UBA). Escribiente interina del Área de Derecho Penal de la Procuración General de la Nación.

(2) Sancionada 04/12/2014; BO 10/12/2014.

el cumplimiento estricto de garantías constitucionales del debido proceso, en su rol de verdadero tercero imparcial. Además, apuntalando esa celosa guardia sobre la actividad fiscal, aparece con gran participación la víctima y el querellante, transformándose ahora una especie de co-fiscal.

Es notable esta decisión legislativa de reformar el sistema procesal, arrancando el enquistado sistema mixto con claros tintes inquisitivos que producía un avasallamiento a las garantías constitucionales y que ya no respondía ni a las exigencias de la sociedad actual ni a los criterios de la jurisprudencia.

Hace años atrás, Alberto Binder⁽³⁾ afirmaba que las causales del fracaso de la administración de justicia se traducían en el incumplimiento de las grandes garantías del proceso —juicio previo, juez independiente, principio de inocencia, derecho de defensa—; la limitada capacidad de investigación, solo apta para delincuencia tradicional, en manos de la policía mientras judicatura se limitaba a legitimar sus actuaciones; la selectividad mediante un ejercicio irracional de las causas en la que se eligen las más fáciles; y la configuración de un sistema de investigación perezoso, dependiente de la confesión. Frente a este panorama desalentador, el mismo autor ambicionaba una transformación sustentada principalmente en diez puntos:

1. juicio como momento central del proceso;
2. rescate del poder de los jueces;
3. crear un poder civil de investigación mediante un nuevo rol para el fiscal;
4. ampliar la participación de la víctima;
5. reestructurar el Ministerio Público Fiscal para una accionar eficaz;
6. modificar el sistema de la acción penal;
7. simplificar el proceso;
8. controlar su duración;
9. crear un sistema de Defensa Pública con capacidad para responder a los requerimientos sociales; y, fundamentalmente;
10. respeto a las garantías básicas.

(3) BINDER, ALBERTO, "Crisis y transformación de la justicia penal en Latinoamérica", en *Política Criminal: de la formulación a la praxis*, Bs. As., Ad-Hoc, 1997, pp. 126/152.

Estos diez postulados son los que hoy, en líneas generales, vemos reproducidos como logro y avance en la nueva letra del Código Procesal Penal de la Nación. Al ingresar a un análisis minucioso, y atendiendo al propósito primordial de este trabajo, la necesidad de descongestionar el sistema judicial, traduciéndolo en un proceso simple que no sea identificado como un camino *in eternum*, controlando su duración y respetando por sobre todo las garantías constitucionales, se torna imperante, y es allí donde el nuevo Código también dejará su huella.

2 | Presentación del problema

2.1 | La garantía del plazo razonable

El derecho a ser juzgado en un plazo razonable tiene sustento en la legislación internacional —arts. 7.5 y 8.1 CADH; art. 9º, inc. 3, y 14, inc. 3.c, PIDCP; art. XXV, párr. 3, DADDH, todos ellos con rango constitucional a partir de la reforma de nuestra Carta Magna en el año 1994, momento en el cual se los introduce a nuestro derecho interno—; y el art. 18 de nuestra Constitución Nacional.

Pero, a pesar del amplio reconocimiento legal de esta garantía, desde un primer momento se presenta un interrogante que la letra de los citados artículos no logra desechar. El vago y ambiguo significado del término “plazo razonable” es el punto neurálgico; y con ello, la cuestión de cuál es ese plazo razonable, qué lo hace ser razonable o irrazonable, cuál es la naturaleza de la acción típica de su violación, qué criterio se debe seguir para dar cumplimiento con esta manda constitucional y con el respeto de los derechos del imputado.

En este sendero analítico, y frente a una realidad insoslayable —como la de la eterna demora en la fijación de la audiencia del debate oral, a consecuencia, entre otras, de una deficitaria administración de recursos humanos—, se genera un lamentable e ilegal estado de incertidumbre e indefensión del justiciable, más aún si éste llega privado de su libertad.

La reforma del CPPN viene a echar luz y claridad sobre este valioso aspecto vertebral del sistema de justicia, no solo incorporando y haciendo expresamente suyo la obligación de detentar una decisión judicial en un

plazo razonable⁽⁴⁾, sino que va más allá, al establecer un apartado —Capítulo 4, Título 1, Libro Tercero— abocado específicamente al control de la duración del proceso, determinando un plazo cierto, concreto, despejando la oscuridad existente y, asimismo, estableciendo la violación a dicha garantía como una causal de sanción al responsable de tal transgresión.

2.2 | Necesidad de delimitar el término

Daniel Pastor⁽⁵⁾ entiende, que plazo razonable es la expresión más significativa que utiliza la dogmática de los derechos fundamentales para regular la prerrogativa del imputado a que su proceso termine tan pronto como sea posible. Afirma Claria Olmedo⁽⁶⁾ que, al proyectarse el tiempo, el proceso penal requiere más que ninguna otra institución jurídica, una regulación estricta que permita contribuir eficazmente a la tutela de los intereses comprometidos, y esa regulación significa el emplazamiento de los actos a lo largo del desarrollo del proceso, poniendo límites a la actividad y a la inactividad. Se fijan lapsos que exigen, impiden o determinan el cumplimiento del acto.

Así, el plazo se traduce como una condición temporal en la producción de los actos procesales penales, midiéndose por años, meses, días u horas. Cuando la ley no fija específicamente un plazo, se entiende que la actuación debe practicarse sin demora alguna, es decir en forma inmediata.

Ahora bien, antes de la incorporación al derecho argentino del Pacto San José de Costa Rica, en 1984, y de la jerarquización a nivel constitucional de los pactos internacionales de derechos humanos (art. 75, inc. 22 CN), la CSJN había establecido en el fallo Mattei,⁽⁷⁾ que dentro de la garantía de

(4) "Toda persona tiene derecho a una decisión judicial definitiva en tiempo razonable, conforme los plazos establecidos en este Código. El retardo en dictar resoluciones o las dilaciones indebidas, si fueran reiteradas, constituirán falta grave y causal de mal desempeño de los magistrados" (art. 18 CPPN, ley 27.063).

(5) PASTOR, DANIEL R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*, Bs. As., Ad-Hoc, 2002, p. 480.

(6) CLARIA OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal Penal*, t. II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001, pp. 186/187.

(7) CSJN, "Mattei Ángel", 1968 (Fallos:272:188).

derecho de defensa se encontraba el derecho al imputado a obtener un pronunciamiento rápido.

El objetivo de un juicio en un corto plazo, que determine del modo más breve posible la situación del imputado reconoce su fundamento en motivos de seguridad jurídica y en la necesidad de lograr una administración de justicia ágil dentro de lo razonable, evitando una duración excesiva e incierta de los procesos pero, por sobre todas las cosas, "satisfacer una exigencia consustancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cuál es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona de liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca de una vez para siempre, su situación frente a la ley penal".⁽⁸⁾

El derecho procesal penal enuncia entonces, como una de las garantías reconocidas, el "derecho a un juicio rápido". El inconveniente siempre giró alrededor de la oscuridad del término, quedando su definición a la libre interpretación y bajo el poder absoluto de los jueces, encargados de poner en acción e interpretar la letra de la ley.

La CSJN, en 1999, sostuvo que:

... corresponde señalar que la propia naturaleza de dicha garantía impide que esta Corte pueda determinar con precisión a partir de qué momento o bajo qué circunstancias comenzaría a lesionarse, pues el lapso que puede ser razonable para el trámite judicial por un hurto puede no serlo para una asociación ilícita compleja. En otras palabras la duración razonable de un proceso depende en gran medida de diversas circunstancias propias de cada caso, y en este punto, esta Corte comparte la conclusión del *a quo* en cuanto a que el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, no puede traducirse en un número de días, meses o años...⁽⁹⁾

(8) IRISARRI, CARLOS A., *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires: comentado, anotado y concordado*, t. I, Bs. As., Astrea, 2005, p. 33.

(9) CSJN, "Kipperband, Benjamín s/ estafas reiteradas por falsificación de documentos - incidente de excepción previa de prescripción de la acción penal", 16/03/1999 (Fallos:322:360), consid. 8.

Esta indeterminación da lugar, inevitablemente, a la subjetividad de la definición de la garantía, y con ello a la variedad de opiniones y fundamentos para establecer cuando está siendo efectivamente violentada por el Estado. Nos demuestra una debilidad de la norma y un estado de desasosiego para el imputado.

La imposibilidad de determinar la “razonabilidad” del plazo de un proceso, con sustento en una norma redactada de manera tal que habilita la libre interpretación de los jueces, hace que, siendo uno de los derechos fundamentales y elementales de cualquier procesado, se debilite y se lo ignore, naturalizando su violación.

Ahora bien, no podemos olvidar que durante todo este procedimiento abstracto e incierto, hay una persona que ocupa el banquillo del acusado, quien sufre las consecuencias negativas directas del sistema, y merced a sus indebidas dilaciones, genera una sensación de desasosiego e injusticia en quien, hasta la resolución final, debería gozar del principio de inocencia.

No obstante tal circunstancia, podemos afirmar desde cuando debe computarse el inicio del proceso penal y con ello analizar la razonabilidad de su duración. El imputado se podrá valer de dicha garantía solo a partir del momento en que una autoridad del Estado dirige contra su persona una imputación formal, que revela el punto de partida del plazo razonable.

Es aquí entonces, donde comienza a correr el cronómetro, con el consecuente abanico de derechos y garantías procesales, subsumidos al factor tiempo; es decir que todos y cada uno de los derechos del procesado interactúan con la variable “plazo del proceso”, la cual puede arrasar con todos ellos si abandona su calidad de “razonable”.

3 | Pautas rectoras

3.1 | Límites de la CIDH

La Corte Interamericana de Derecho Humanos, a los fines de establecer el “plazo razonable”, especificó tres elementos a atender:

- I. la complejidad del asunto;

2. la actividad procesal del imputado;
3. la conducta de las autoridades judiciales.⁽¹⁰⁾

Analizando globalmente el procedimiento. Estos parámetros son en alguna medida, los utilizados por la CSJN como consecuencia de los fallos jurisprudenciales entre ellos, los ya citados.

Desgranando cada uno de estos elementos, la complejidad del asunto se refiere a las dificultades propias que pueden presentarse en el marco de la investigación del hecho y la realización del debate oral. La actividad procesal del interesado hace mención a determinados comportamientos procesales de esta parte, que hagan a la demora del proceso, lo cual inhabilitaría al procesado a hacer uso a su derecho de un pronunciamiento rápido, ya que las demoras son a él atribuidas y no estaríamos frente a una violación por parte del Estado. Finalmente, en cuanto a la conducta de las autoridades judiciales, es la imputación de las dilaciones en base a los actos procesales en el cual son responsables las autoridades del Estado intervinientes en el caso.

Son factores que nos habilitan poder conocer y establecer con cierta objetividad si se ha violado el derecho a un pronunciamiento penal sin demoras, es decir que con estos ejes podemos conducir una decisión justificada evitando la arbitrariedad. Si bien en la actualidad contamos con todas estas valiosas herramientas para precisar la garantía, la misma ha sido dejada de lado sin tener mayor trascendencia jurídica su trasgresión.

3.2 | La búsqueda de un justo proceso penal

El justo proceso penal exige el respeto al principio de dignidad humana e invita al refuerzo del estatuto jurídico del ciudadano sometido a la persecución penal. En la esencia de la palabra “justo” se transmite la idea de equilibrio, es decir, paridad entre los sujetos de defensa y acusador —igualdad de armas—, que actúan en contradictorio durante el proceso frente a la mirada controladora de un juez imparcial.

(10) LANCIOTTI, VIVIANA y IANNARIELLO, PABLO, “El imputado y su derecho a ser juzgado en un plazo razonable como límite a las dilaciones indebidas en el ejercicio del poder Jurisdiccional”, en *Revista de Derecho Procesal Penal. La defensa Penal-I*, 2010-1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 398, con citas de Corte IDH, “Caso La Cantuta vs. Perú” (Fondo, Reparaciones y Costas), 30/11/2007 y “Caso Suárez Rosero vs. Ecuador” (Fondo), 12/11/1997.

El concepto de “justo proceso”, en contraposición a lo arbitrario y autoritario, busca esquematizar el sistema procesal sobre la base fundamental de igualdad y respeto frente a la ley, ampliando la esfera de la libertad y restringiendo la del poder.

El proceso penal no puede convertirse en sí en un proceso que degrade materialmente la personalidad del ciudadano. Se exige que el juez, la agencia policial y la parte acusadora desarrollen sus funciones dentro de un código deontológico apropiado para conservar el respeto al principio de dignidad humana, que efectivamente marca la diferencia substancial entre los sistemas procesales autoritarios y los sistemas nacidos al amparo del liberalismo penal.⁽¹¹⁾

Lo que el “justo proceso penal” busca es que, en la praxis, se vislumbre un derecho perfilado a una sentencia justa y a la manera de administrar el sistema lo más correcta posible, protegiendo la condición humana, respetando los derechos y garantías *stricto sensu*, tal como lo manda la ley suprema y así demostrar que la letra de la norma no representa una utopía. Cuando se habla de “justicia penal” estamos mencionando el amplio espectro de garantías y derechos fundamentales que se ponen de manifiesto, el respeto y protección a estos. En el “justo proceso penal” el fin último no debe ser otro que la tutela y protección de los derechos humanos en él afectados.

Un modelo procesal ideal que produzca resultados justos —en el sentido de absolver a los inocentes y condenar a los culpables solo por el hecho o hechos que cometieron— y para que en él, el imputado tenga capacidad real de enfrentar la acusación y sea, en este sentido verdadero sujeto de derechos donde la igualdad entre los adversarios de la disputa no solo debe ser formal, sino también material, es decir las partes (acusador e imputado) no solo deben tener los mismos poderes formales sino también poderes materiales similares y adecuados que le permitan probar sus propias hipótesis y refutar las ajenas, pues o son parte de la solución o, de lo contrario, forman parte del problema.⁽¹²⁾

(11) SANT' ANA LANFREDI, LUIS GERARDO, “Vectores para la construcción de un justo proceso penal” en *Revista de Derecho Procesal Penal 2010-1. La defensa Penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 117.

(12) SANT' ANA LANFREDI, LUIS G., “Vectores...”, *ibid.*, p. 121, con cita de Langer.

4 | La nueva letra del CPPN

La aparición del nuevo Código se presenta como un contenedor de las garantías constitucionales, elevando las mismas a la máxima expresión, y haciendo de ellas la pauta rectora que guiará todo el accionar del procedimiento penal. En cuanto a la garantía aquí analizada, pone fin a la indeterminación de cuánto debe durar un proceso penal, impidiendo los abusos y arbitrariedades que en la actualidad son los protagonistas de la cuestión. El nuevo Código ritual fija, en su art. 113

Sin perjuicio de lo establecido para los procedimientos especiales, todo proceso tendrá una duración máxima de TRES (3) años contados desde el acto de la formalización de la investigación preparatoria. No se computará a estos efectos el tiempo necesario para resolver el recurso extraordinario federal. La rebeldía o la suspensión del trámite por cualquiera de las causas previstas en la ley suspenderán el plazo antes referido. El incumplimiento del plazo previsto en el párrafo anterior hará incurrir al juez y al representante del Ministerio Público Fiscal en falta grave y causal de mal desempeño.

Y haciendo una acertada distinción respecto de los delitos complejos, el art. 293 dice:

En el caso en que la recolección de la prueba o la realización del debate resultaren complejas en virtud de la cantidad o características de los hechos, el elevado número de imputados o víctimas o por tratarse de casos de delincuencia organizada o transnacional, a solicitud de cualquiera de las partes, el juez podrá autorizar fundadamente la aplicación de las normas especiales previstas en este Título. La decisión que conceda la solicitud será impugnable por las partes.

Por su parte, el art. 294 CPPN dispone:

Una vez autorizado este procedimiento, producirá los siguientes efectos:

- a. el plazo máximo de duración de todo el procedimiento, se extenderá a SEIS (6) años;

- b. el plazo máximo de duración de la investigación preparatoria se extenderá a DOS (2) años, el cual podrá ser prorrogado por única vez por un plazo no superior a UN (1) año;
- c. los plazos para la intervención, grabación o registro de comunicaciones se duplicarán;
- d. el plazo máximo de reserva total del legajo de investigación podrá extenderse hasta TREINTA (30) días, pudiéndose prorrogar por un período igual, según las condiciones fijadas en el art. 201;
- e. los plazos de duración del debate, la deliberación e interposición de las impugnaciones se duplicarán;
- f. los plazos establecidos a favor de las partes para realizar alguna actuación y aquellos que establecen un determinado tiempo para celebrar audiencia se duplicarán.

De este modo, nos encontramos frente a un plazo de duración específicamente establecido y limitado, evitando el menoscabo a derechos fundamentales de raigambre constitucional y determinando en igual medida un control sobre quienes detentan el poder de hacer funcionar la maquinaria judicial.

El nuevo Código determina el proceso en una estructura de tres etapas, propio de un sistema acusatorio puro: la investigación preparatoria; la etapa intermedia de control de la acusación; y el debate oral. Expone detalladamente términos precisos para cada momento procesal, y ante la transgresión de estos, estipula la posibilidad de imponer sanciones, en cabeza de quien la cometa, como causal de falta grave y mal desempeño en su función.

Con la misma claridad, el Código determina que a partir de la formalización de la investigación preparatoria por parte del Ministerio Público Fiscal, comenzará a correr el plazo para la determinación de duración del proceso (art. 221 CPPN; ley 27.063).

5 | A modo de conclusión

El arribo de este nuevo Código Procesal Penal se presenta esperanzador para sortear los obstáculos del proceso a los que hoy estamos acostumbrados. A lo largo del articulado podemos apreciar que esta nueva redacción tiene por fin primero enaltecer las garantías constitucionales como guía primordial para transitar el sendero de esta transformación.

La migración del sistema mixto al sistema puramente acusatorio será notable y se verá reflejada en varios aspectos de lo que hoy conocemos como administración de justicia.

El presente trabajo tuvo como encuadre el análisis de la garantía de “plazo razonable”, de lo elemental de su respeto y la necesidad de legitimarlo en la praxis judicial. Es por ello que el nuevo Código postula tal garantía —arteria propia del derecho de defensa— circunscribiendo la duración del proceso no solo a plazos ciertos, sino también a la posibilidad de aplicar sanciones frente a su violación.

Es fundamental que cada imputado sepa de antemano cuánto tiempo le va a insumir a la justicia resolver su caso, máxime si se encuentra a la espera de una resolución privado de su libertad y en la que el derecho de “plazo razonable del proceso” pareciera no importar y simplemente tener el carácter de letra muerta. En síntesis, lo que se debe evitar es que el proceso penal en sí se transforme en su propia condena.

Por un modelo teórico-normativo del procedimiento penal basado en la protección de la inocencia

por **MATÍAS DÍAZ**⁽¹⁾

I | Introducción

La sanción de un nuevo Código Procesal Penal⁽²⁾ siempre es una ocasión propicia para reflexionar sobre cuestiones axiológicas conexas al ejercicio del poder punitivo.

Es sabido que es en el ámbito procesal donde verdaderamente se juega la concreción de tal poder, su rigor y violencia.

El flamante Código contiene numerosas disposiciones e institutos innovadores para el ámbito federal o nacional. Representa la implementación de un modelo distinto al hasta ahora vigente. Entre otras muchas novedades, se destacan, en lo que aquí nos interesa: a) la asunción del fiscal del rol

.....
(1) Abogado, Universidad Nacional de Córdoba. Especialización en Derecho Penal (UBA). Asesor Tutelar de primera instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas (CABA). Docente, Facultad de Derecho (UBA).

(2) Aprobado por ley 27.063, sancionada el 04/12/2014 y promulgada el 09/12/2014 (BO, 10/12/2014).

de director de la investigación penal preparatoria;⁽³⁾ b) la sistematización de diferentes medidas de coerción, de distinta intensidad, todas dirigidas al fin de asegurar la comparecencia del imputado o evitar el entorpecimiento de la investigación;⁽⁴⁾ c) el explícito reconocimiento del interés de la víctima en la cuestión procesal penal,⁽⁵⁾ y un amplio margen de ejercicio

(3) "Art. 9º.- Separación de funciones. Los representantes del Ministerio Público Fiscal no pueden realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no pueden realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal". Ver, asimismo, el art. 196 que establece que el representante del Ministerio Público Fiscal dirigirá la investigación preparatoria con un criterio objetivo, procurando recoger con celeridad los elementos de cargo o de descargo que resulten útiles para averiguar la verdad.

(4) "Art. 177.- Medidas de coerción. El representante del Ministerio Público Fiscal o el querrelante podrán solicitar al juez, en cualquier estado del proceso y con el fin de asegurar la comparecencia del imputado o evitar el entorpecimiento de la investigación, la imposición, individual o combinada, de:

- a. la promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación;
- b. la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que se le fijen;
- c. la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;
- d. la prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine;
- e. la retención de documentos de viaje;
- f. la prohibición de concurrir a determinadas reuniones, de visitar ciertos lugares, de comunicarse o acercarse a determinadas personas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;
- g. el abandono inmediato del domicilio, si se tratara de hechos de violencia doméstica y la víctima conviviera con el imputado;
- h. la prestación por sí o por un tercero de una caución real o personal adecuada, que podrá ser voluntariamente suplida por la contratación de un seguro de caución, a satisfacción del juez;
- i. la vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física;
- j. el arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga;
- k. la prisión preventiva, en caso de que las medidas anteriores no fueren suficientes para asegurar los fines indicados.

El control sobre el cumplimiento de las medidas indicadas en los incisos a) a j) del presente artículo estará a cargo de la Oficina de Medidas Alternativas y Sustitutivas, cuya creación, composición y funcionamiento será definida por una ley que se dicte a tal efecto".

(5) "Art. 12.- Derechos de la víctima. La víctima tiene derecho a una tutela judicial efectiva, a la protección integral de su persona, su familia y sus bienes frente a las consecuencias del delito, a participar del proceso penal en forma autónoma y a solicitar del Estado la ayuda necesaria para que sea resuelto su conflicto. Las autoridades no podrán, bajo pretexto alguno, dejar de recibir sus denuncias o reclamos y de poner inmediatamente en funcionamiento los mecanismos legales, previstos para su tutela efectiva".

de este interés a través de distintas figuras⁽⁶⁾ e institutos;⁽⁷⁾ d) la diagramación de un sistema procesal de audiencias regido obviamente por los principios de oralidad, publicidad e inmediación;⁽⁸⁾ e) el establecimiento del juicio por jurados;⁽⁹⁾ y f) la adaptación de los procedimientos a la entidad y a la complejidad de los asuntos penales a resolver,⁽¹⁰⁾ por un lado, y a las decisiones de las propias partes procesales, por el otro.⁽¹¹⁾

Este recorte de algunas innovaciones del nuevo Código de procedimientos en materia penal sirve para echar luz sobre algunos de los fines que inspiran la reforma sancionada: a) lograr eficiencia y celeridad en la realización del derecho penal; y b) asegurar “una administración de Justicia que contemple la reparación a las víctimas”. En este sentido, la reforma debiera responder a un modelo teórico-normativo del procedimiento basado en los valores con los que se identifican los fines antes mencionados.⁽¹²⁾

(6) Ver arts. 26, 27, 40, 33, 80, 81, 82 CPPN, entre muchos otros.

(7) En este sentido, pueden consultarse los arts. 33, 34, 78, 79, 122, 157, 158, 218, 219, 234, 237 y 312 CPPN, entre muchos otros.

(8) “Art. 2°.- Principios del proceso acusatorio. Durante todo el proceso se deben observar los principios de igualdad entre las partes, oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplicidad, celeridad y desformalización. Todas las audiencias deben ser públicas, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código” (el resaltado me pertenece). En este sentido, el art. 57 CPPN prevé la creación de una oficina judicial para asistir a los jueces, y a cuyo director o jefe le corresponderá como función propia organizar las audiencias. El art. 105 CPPN dispone que las resoluciones jurisdiccionales que requieran un debate previo o la producción de prueba se adoptarán en audiencia pública, con la asistencia ininterrumpida del juez y las partes, garantizando el principio de oralidad, contradicción, publicidad, inmediación y simplicidad. Asimismo, pueden consultarse como concreción del sistema de audiencias, los arts. 34, 35, 38, 61, 68, 126, 145, 179 y 190 CPPN.

(9) Ver arts. 52 y 249 CPPN.

(10) Ver, por ejemplo, los arts. 288 y 293 CPPN.

(11) Ver, por ejemplo, el art. 246 CPPN, en cuanto habilita a las partes a solicitar que se tengan por probados algunos hechos de la acusación, y fundamentalmente, el art. 288 CPPN.

(12) El nuevo Código parece incrustarse en un esquema conceptual basado en valores tales como “justicia, respeto y dignidad para la víctima” (BELOOF, D. E., “The Third Model of Criminal Process: The Victim Participation Model”, en *Utah Law Review*, 1999, pp. 289/332). Siguiendo la tesis de Kent Roach, podría decirse así que el nuevo Código recepta una combinación del modelo punitivo basado en los derechos de las víctimas, también conocido, en sentido figurado, como “modelo de la montaña rusa”, por un lado, y el modelo restaurativo basado en los derechos de las víctimas, conocido como el “modelo del círculo”, por el otro.

Estas innovaciones promovidas por el cuerpo legislativo encuentran un anclaje en intereses y consideraciones de distinto tipo, todos abarcados por el bien general al que aspira una dirección de política criminal como la asumida por el Congreso de la Nación al sancionar el nuevo Código Procesal Penal. Estas decisiones resultan pasibles de ser objeto de un enfoque que apunte al beneficio neto que ellas reportan al interés general. O quizás de uno que haga foco solo en sus costos; o incluso en los aspectos morales impersonales comprometidos. Mas el análisis de estas decisiones, en tanto integrantes de una estructura procesal en materia penal, nunca debe pasar por alto que ellas conforman un foro jurídico que debe tomar sus principales determinaciones con base en los derechos de los individuos. Esta circunstancia implica necesariamente tener en cuenta el aspecto axiológico involucrado en la decisión condenatoria y en la determinación y aplicación de la pena a un individuo por parte de la comunidad política, a la hora de examinar una reforma procesal penal. A su vez, tal consideración nos llevará a otorgar el correcto lugar que aquel interés general debe tener en los asuntos más importantes del procedimiento, en los llamados casos difíciles, y a apreciar cómo juega la legitimación política de la reforma en todo ello.

Al destacar la existencia de un esquema conceptual valorativo al cual responde la reforma, y al exponer la relevancia de distintos conceptos comprometidos en la sanción del Código —tales como dirección política criminal del Estado, interés público o bienestar general, legitimidad política y valores implicados—, no pretendo argumentar en favor de la ponderación de distintos intereses en las decisiones difíciles referidas a la aplicación de sus normas procesales, sino todo lo contrario.

En el presente trabajo intentaré justificar cuál es el valor fundamental que debe ser tenido como tal en cualquier modelo normativo de procedimiento penal,⁽¹³⁾ y la importancia de la discusión popular en este asunto. Con

.....

ROACH, K., "Four models of the criminal process", en *Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 89, n° 2, 1999, pp. 671/716.

(13) La construcción de modelos del procedimiento penal permite a los teóricos del derecho procesal penal lidiar con las complejidades de los procesos penales reales, al permitir simplificar los detalles y poner el foco en los discursos y las tendencias. Según Roach, múltiples modelos son útiles porque implican múltiples versiones de lo que sucede, las cuales coexisten para dar cuenta de diferente manera sobre varios aspectos de la operatividad del sistema (ROACH, K., "Four models...", *ibid.*, p. 672). De esta forma, un modelo teórico sirve a muchos

esta propuesta en mente, expondré que la protección de la inocencia de la persona acusada es el principal valor a partir del cual debe diagramarse un esquema normativo del procedimiento penal. Para ello tendré en cuenta el pensamiento de Ronald Dworkin sobre el procedimiento penal y los valores de moral política (evitación de injusticias) que imponen límites al diagrama procesal, en general, y a su aplicación, en particular. Ese pensamiento resulta de gran utilidad pues, por un lado, explicita los derechos procesales basados en valores morales anteriores a la configuración de cualquier procedimiento, y, por el otro, alude al amalgamamiento entre cuestiones de sustancia e instrumentales en el ámbito del proceso penal, que creo que son claves para el objetivo de este trabajo.

También me interrogaré acerca de cuál es el ámbito temático propicio para la participación robusta del pueblo en materia criminal, en general, y procesal penal, en particular; es decir, si el conformado por los objetivos políticos medibles en términos utilitaristas de costos-beneficios y aportes al bienestar general, o bien puntos más sensibles como ser los aspectos de moralidad política y la definición del alcance de los derechos individuales en el transcurso del procedimiento penal, y su reverso, la configuración de injusticias. En función de ello, se plantearán preguntas con intenciones retóricas sobre la legitimidad de los argumentos utilitaristas en la conformación de un esquema normativo del procedimiento penal, para dar cuenta de su real potencia.

Si bien intentaré plantear una visión argumentativa del rol de la protección de la inocencia en el procedimiento penal, tal visión resultará interna en relación con el sistema punitivo actualmente vigente. En otras palabras, se la explicará como argumento de defensa de la posición del ciudadano en el proceso penal a partir de la vigencia de un sistema punitivo particular y de su operatividad real.

.....

propósitos en distintos niveles de análisis, por ejemplo, para juzgar el actual funcionamiento del sistema de justicia penal, proveer una guía normativa de los valores que deben influir en las leyes propias de la materia, describir las ideologías y los discursos que rodean a la justicia penal (PACKER, H. L., *The limits of the criminal sanction*, Stanford, Stanford University Press, 1968; ROACH, K., "Four models...", *op. cit.*). Este trabajo está dirigido a la construcción de modelos teóricos normativos, aquellos orientados a destacar los valores y principios que deberían servir de estructura del proceso penal y definir su sentido, sus objetivos y sus preceptos (DUFF, A.; FARMER, L.; MARSHALL, S.; y TADROS, V, *The trial on trial*, vol. 3, Oxford, Hart, 2007, pp. 2/14).

En este sentido, desde mi posición, cualquier intento por redefinir en términos normativos al proceso penal sin tener en cuenta el contexto en el que este opera conlleva el peligro de tergiversar su carga valorativa y de aminorar la fuerza del derecho de la persona acusada a que su **inocencia jurídica** sea protegida, en detrimento de su posición ante la eventual aplicación de la sanción estatal más aflictiva de todas. El sistema represivo estatal vigente se define, entre otras características, por las siguientes:

- a. tiene a la pena de prisión como principal herramienta de “solución” de conflictos sociales, cuya legitimidad no puede ser satisfactoriamente defendida en muchos casos;
- b. cuando menos puede ser definido como problemático en su realización concreta (v. gr., altas tasas de utilización de prisión sin condena; acaecimiento de incalculables condenas erróneas; realización, bajo coerción, de procedimientos abreviados por parte del acusado);
- c. opera de manera selectiva en contra de los sectores más vulnerables; y
- d. ha ampliado su campo de acción a niveles preocupantes.

Este contexto solo puede llevar a realzar la importancia del derecho del acusado a que su **inocencia jurídica** sea respetada, lo que, a su vez, da sentido al juicio penal como garantía del acusado.

2 | Cuestiones de política y de derechos en la cuestión penal. Los aspectos de la discusión popular

Simplemente por una cuestión de claridad expositiva, en esta parte y en la siguiente se distinguirán entre las justificaciones adecuadas de una acción política criminal, es decir, las buenas razones para ejercer el poder coactivo de una manera y no de otra, de aquellas cuestiones de moralidad política vinculadas con la creación de obligaciones y derechos, para precisar también los derechos políticos individuales enunciados por los principios de la dignidad⁽¹⁴⁾ posibles de ser ejercidos en el procedimiento penal.

(14) Los principios de dignidad se explican por la obligación de tratar el destino de cada uno de los miembros de la comunidad como de igual importancia que los demás y de respetar sus responsabilidades individuales por su propia vida (DWORKIN, R., *Justicia para erizos*, Bs. As., FCE, 2014).

Estos últimos funcionan como cartas de triunfo de un individuo contra la comunidad política (Estado), contra nosotros mismos como comunidad; al decir de Dworkin, son el equivalente político más conocido que se da a la idea de la moral personal.⁽¹⁵⁾

No podemos perder de vista el análisis de las políticas públicas en función de su utilidad o aporte al bienestar general.⁽¹⁶⁾ Una política criminal basada en la expansión del derecho penal y en la severidad de sus sanciones también debería ser medida en estos términos. ¿Realmente una dirección política de este tipo se justifica si, por ejemplo, su efecto pretendido de aumentar la seguridad y reducir los delitos violentos no es apreciable, sino todo lo contrario?

Dejando de lado los inconvenientes que puedan tener los resultados legislativos en cuanto a su legitimidad en un sentido amplio, ellos se pueden medir en términos utilitarios. La justificación de la pena estatal ha sido y es objeto de este enfoque utilitario vinculado con el bienestar general. No podría significar una extravagancia la exigencia de una discusión franca y abierta a la población de estos temas y en estos términos. Por ejemplo, el sistema punitivo vigente que se caracteriza por su sesgo conservador, con altos niveles de violencia estatal en sus disposiciones —pues la previsión de penas de prisión de larga duración implica alta dosis de violencia estatal—, con figuras penales que permiten la conservación del *status quo* selectivo en el ámbito de la criminalización primaria, entre otros defectos, debe ser sometido al escrutinio utilitarista en tanto concreción de una directriz política que aspira a alcanzar objetivos colectivos como la seguridad.

Cabe preguntarse desde este punto de vista si la directriz política basada en la previsión y aplicación de más pena de prisión es representativa de

(15) DWORKIN, R., *Justicia...*, *ibid.*, p. 401.

(16) En la teoría dworkiniana, las políticas son estándares que buscan proteger un objetivo colectivo como, por ejemplo, la seguridad. Su justificación se encuentra en el bienestar de la comunidad en su conjunto. Los representantes elegidos popularmente son los que deben tomar decisiones basadas en políticas. El Congreso puede sancionar una ley basada en principios o en políticas. Las medidas fundadas en políticas representan un compromiso entre los intereses de distintos grupos sociales; el cálculo estratégico de la mejor forma de lograr este compromiso puede ser hecho en una sociedad democrática sólo por los funcionarios electos (RODRÍGUEZ, C., *La decisión Judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997).

un mayor bienestar general;⁽¹⁷⁾ si el pueblo ha dado su opinión en ese sentido; si se escucharon todas las voces necesarias para arribar a la conclusión de que existe conformidad social sobre las implicancias de mantener un costoso, en todo sentido,⁽¹⁸⁾ sistema punitivo cuya eficiencia no parece ser su principal característica, sobre todo si se la relaciona con la protección de la seguridad ciudadana. La dirección de la administración penal debe ser discutida con cierta periodicidad por toda la comunidad pues *a priori* puede esperarse que vastos sectores no presten su conformidad para el mantenimiento de funciones políticas definidas por algunos como "iatrogénicas".⁽¹⁹⁾

Con esta misma óptica, la previsión de un determinado procedimiento para juzgar los hechos delictivos y la aplicación de sanciones penales también forma parte de la política pública. Diversas directrices políticas en este ámbito pueden ser encuadradas en este esquema utilitarista. Por caso, la potenciación de la víctima y/o sus familiares en el proceso donde principalmente se busca el castigo del acusado es una decisión de política criminal propia del ámbito democrático.⁽²⁰⁾

La organización institucional del Ministerio Público Fiscal y sus derivaciones funcionales en el procedimiento penal,⁽²¹⁾ o la previsión de distintas medidas cautelares que garanticen la aplicación de las sanciones estatales que lleven al mentado bienestar general, también deben ser aquí incluidas. Siguiendo con esta línea, la decisión sobre si una categoría de casos será objeto de un procedimiento más breve que el dispuesto para otra categoría de igual manera podría formar parte de una directriz política

(17) SALINAS, R., *El problema carcelario*, Bs. As., Capital Intelectual, 2006. El establecimiento de la obligatoriedad de investigar y eventualmente sancionar todas y cada una de las infracciones penales, conocido como principio de legalidad procesal, se agrega a este análisis. MAIER, J., *Derecho Procesal Penal*, t. I., Bs. As., Editores del Puerto, 2004.

(18) GARLAND, D., *La cultura del control*, Barcelona, Gedisa, 2005.

(19) WACQUANT, L., *Las dos caras de un gueto*, Bs. As., Siglo XXI, 2010. ¿Sería descabellado trazar un paralelo entre esta situación y la necesidad de contar con la opinión popular en una situación previa a decidir la intervención estatal en un conflicto bélico?

(20) MAIER, J., *Derecho Procesal Penal*, t. I, op. cit.

(21) BINDER, A., *Política criminal. De la formulación a la praxis*, Bs. As., Ad-Hoc, 1997; RUSCONI, M., "Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del ministerio público", en AAVV, *El Ministerio Público en el proceso penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 2000.

estatal vinculada con la seguridad pública y el mayor bienestar general. El análisis utilitarista de costos-beneficios para la comunidad regiría tales decisiones. ¿Este análisis también debería darse por el pueblo, con participación directa e igualitaria? Por ejemplo, ¿el pueblo sabe lo que implica en materia de costos el sostenimiento de una determinada estructura judicial y cómo ello se relaciona con la búsqueda por satisfacer un interés general? ¿La reforma procesal recientemente sancionada contempló una franca discusión sobre el grado de bienestar general involucrado, y en función de ello, la utilidad del gasto que representa ese determinado esquema procesal, o bien la viabilidad presupuestaria de la reforma procedimental?

Esta serie de preguntas nos lleva a la conclusión parcial de que cuando menos existen ciertas dudas sobre la legitimación política en la invocación de beneficios sociales y utilidad general como argumento fuerte para ser sostenido en la discusión sobre las consecuencias del sistema penal en un sentido amplio.

Dejando ello de lado, en general por fuera del proceso penal o bien antes de su comienzo, los individuos tienen, en principio, el derecho moral a no ser sancionados salvo cuando hubieran cometido un delito claramente declarado como tal antes de la comisión del hecho. En el diagrama de la política criminal del Estado, con este derecho interaccionan o pueden hacerlo en algunos casos el derecho de los ciudadanos (el de todos, incluso el del propio individuo que puede llegar a cometer el delito) a que su vida y sus bienes sean protegidos, y también el derecho moral a que las personas respeten y cumplan las leyes. Tal dirección política, eventualmente conformada —en parte— por estos derechos recién mencionados, se plasma en la legislación penal de fondo, donde se destaca como cuestión nuclear la presencia de la pena de prisión, cuya característica más notoria, más allá de fines declarados⁽²²⁾ y justificativos de variada índole,⁽²³⁾ explícitos o implícitos,⁽²⁴⁾ es la generación de un daño a un individuo.

.....

(22) ZAFFARONI, E. RAÚL, *En busca de las penas perdidas*, Bs. As., Ediar, 2005.

(23) CODESIDO, E., y DE MARTINI, S., *El concepto de pena y sus implicancias jurídicas en Santo Tomás de Aquino*, Bs. As., El Derecho, 2005.

(24) RUSCHE, G., y KIRCHHEIMER, O., *Pena y estructura social*, Bogotá, Temis, 1982; MELOSSI, D., y PAVARINI, M., *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, México, Siglo XXI, 1980; FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar*, Bs. As., Siglo XXI, 2006.

Este aspecto de la legislación en materia penal comprende, como vemos, puntos axiológicos que involucran a la sociedad. Diversas voces han surgido con el fin de llamar la atención sobre la necesidad de brindar una mayor participación al pueblo en la discusión de estos temas tan espinosos como delicados,⁽²⁵⁾ sobre todo en contextos sociales injustos.⁽²⁶⁾ Esta necesidad se vincula, entre otras cosas, con el valor epistémico de la democracia en soluciones basadas en principios morales intersubjetivos.⁽²⁷⁾

Consideramos a estas últimas como posturas sugestivas e interesantes. Por eso mismo intentaremos precisar su grado de operatividad en el ámbito procesal penal, más allá, o, mejor dicho, sobre todo cuando tal intervención popular se encuentra ausente en la discusión sobre la creación de la ley penal de fondo.⁽²⁸⁾

3 | La protección de la inocencia en el proceso penal como una cuestión de principio

En el esquema teórico elaborado por Dworkin, los argumentos de principios se basan en los derechos. Al tener en cuenta tales argumentos, determinados programas de políticas públicas deben ser implementados o abandonados justamente en virtud del sentido y el alcance de esos derechos. Su esquema se inscribe en una concepción del Estado de derecho centrada en los derechos, y opuesta, o mejor dicho, distinta a una concepción centrada en el cumplimiento de reglamentos.⁽²⁹⁾ La primera de estas concepciones se caracteriza por la suposición de que los ciudadanos poseen derechos morales distintos a los concedidos por

(25) GARGARELLA, R., "Punishment, Deliberative Democracy & The Jury", en *Criminal Law and Philosophy*, 1-9, 2013.

(26) GARGARELLA, R., "Penal Coercion in Contexts of Unjust Inequality", SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política), [en línea] [http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/81, paper 81](http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/81_paper81), 2010.

(27) NINO, C., *Derecho, moral y política*, Bs. As., Siglo XXI, 2014.

(28) GARGARELLA, R., *The Place of the People in Criminal Law*, inédito, 2014.

(29) DWORKIN, R., *Una cuestión de principios*, Bs. As., Siglo XXI, 2012.

la ley y anteriores a ellos.⁽³⁰⁾ Fundamentalmente, la concepción centrada en el derecho en tanto ideal político garantiza un foro en el que los reclamos individuales sobre lo que el ciudadano tiene derecho deben ser considerados de manera constante y seria, todo ello en el marco de un ideal más fundamental, según el cual **todo gobierno aceptable debe tratar a las personas como iguales**.⁽³¹⁾ En este contexto, la justicia es en última instancia una cuestión de derechos individuales con un basamento filosófico igualitario.

Planteado un caso penal, es decir, arrestada una persona o bien acusada de la comisión de un delito, la teoría del derecho basada en los derechos políticos no aprecia aquí una verdadera oposición de derechos como podría haber en cualquier otro caso judicial entre partes individuales. Es decir, en este asunto jurídico, visto el caso penal desde la óptica de los derechos involucrados, la pretensión por parte de los representantes estatales de lograr la aplicación de una pena (estatal), generalmente la pena de prisión, provoca una relación procesal marcada, de un lado, por la concreción de una política estatal y, del otro, por la presencia de un derecho del individuo comprometido en esa relación. Ese derecho estaría por encima de la utilidad que podría brindar la aplicación de la pena estatal en el caso concreto.⁽³²⁾

En este sentido, de acuerdo con el resultado puesto en juego en el caso penal —esto es, la realización de la consecuencia punitiva estatal sobre una persona determinada—, en la relación que se entabla entre el Estado y el individuo adquiere significación el respeto de los derechos humanos de la persona a la que se dirige la concreción del poder punitivo estatal.⁽³³⁾ Una legislación procesal que considerando la utilidad que reporta la aplicación

(30) DWORKIN, R., *Una cuestión...*, op. cit., p. 29.

(31) *Ibid.*, p. 52.

(32) El costo de las absoluciones se contaría en mayor inseguridad, y vendría dado en primer lugar por la merma de la disuasión general para cometer delitos y en la exposición de los integrantes de la comunidad a una mayor posibilidad de ser víctimas de delitos. Así también, las dificultades para condenar a una persona generarían un compromiso para la seguridad al significar un incremento en las motivaciones para delinquir y por consiguiente una merma de la disuasión personal del eventual delincuente. KITAI, R., "Protecting the Guilty", en *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 6, n° 2, pp. 1163/1187, 2003.

(33) PASTOR, D., *Tendencias: hacia una aplicación más imparcial del derecho penal*, Bs. As., Hammurabi, 2012.

de la pena estatal en un caso concreto desprecie la necesidad de protección de la **inocencia jurídica** del acusado, por ejemplo, al habilitar la posibilidad de condenarlo a pesar de la existencia de dudas sobre su culpabilidad, es incompatible con el principio de dignidad de igual consideración y respeto por el individuo. ¿Es esta la vieja idea según la cual en el proceso penal se debate entre la eficiencia, de un lado, y la protección de derechos del imputado, del otro?

Quizás podamos admitir esto, pero con la aclaración de que solo podremos hablar de un principio moral respecto de uno solo de esos lados. En este foro, un interés individual —con todo lo que ello implica— se contrapone con el interés público, el de la comunidad, que, por cierto, incluye los de cada persona.⁽³⁴⁾ Al no haber un derecho concurrente en la otra parte, es decir, en el Estado,⁽³⁵⁾ del hecho de que un acusado no sea inocente no se sigue que deba, **por una cuestión de principio**, ser condenado.⁽³⁶⁾ El intento por dar precisión a ese derecho individual en su confrontación con el interés público nos lleva a dimensionar el valor comprometido en el proceso penal.

Resulta acorde con esta idea la aseveración de que siempre que el veredicto condena a un inocente estamos ante una injusticia⁽³⁷⁾ pero no así en los casos en los que no se castiga a culpables.⁽³⁸⁾

.....

(34) DWORKIN, R., *Una cuestión...*, op. cit., p. 104.

(35) PASTOR, D., *Tendencias...*, op. cit.

(36) DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984. "Debemos reconocer el carácter de derechos concurrentes sólo a los derechos de otros miembros de la sociedad en cuanto individuos. Debemos distinguir los 'derechos' de la mayoría como tal, que no pueden contar como justificación para dejar de lado los derechos individuales, y los derechos personales de los miembros de una mayoría, que bien podrían contar". En otra parte afirma que "no puede ser verdad que alguien tenga derecho de hacer valer todas las leyes penales que, si no fueran ya ley, tendría derecho de hacer promulgar" (DWORKIN, R., *Los derechos...*, op. cit., p. 289). Ver una visión opuesta en FAIRLEY, H. S., "The Asymmetry of Ronald Dworkin's Rights Thesis in Criminal Cases: A Troublesome Exception", 7, *Pepperdine Law Review*, pp. 373/385, quien polemiza con la idea expresada por Dworkin, con el argumento de que si la pena tiene el carácter de una retribución por un mal realizado a una persona, en el lado opuesto al del derecho del acusado se encuentra el derecho de la víctima en una relación simétrica.

(37) RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.

(38) KITAI, R., "Protecting..." , op. cit.

Ese interés individual se expresa, en la idea de Dworkin, en el principio según el cual el acusado tiene un derecho político fundamental a no ser condenado si es inocente.⁽³⁹⁾ Su postura normativa acerca del proceso penal parecería ser que los jueces deben tomar las decisiones sobre la base de principios, lo que en el proceso penal involucra solamente a este mentado derecho.⁽⁴⁰⁾ No puede ser condenada una persona a menos que se demuestre que ella no tiene ese derecho, a menos que se demuestre válidamente en el juicio que ella no es inocente.

De acuerdo con ello, parecería que los jueces también deben basar sus decisiones sobre el procedimiento en ese derecho del acusado.⁽⁴¹⁾ Si bien este punto será tratado más adelante, esta conclusión sobre la relación entre las decisiones judiciales del procedimiento y el derecho del acusado abre la puerta para interrogarnos acerca de si indefectiblemente esa relación únicamente debe girar sobre la necesidad de precisión en la determinación de la culpabilidad como contenido del derecho político fundamental antes referido.⁽⁴²⁾

Dejando de lado por ahora esta cuestión teórica, vemos que en este esquema filosófico jurídico una de las principales funciones asignadas a los derechos políticos es la de determinar instrucciones para el gobierno. Sabemos que la pena estatal implica sufrimiento o daño. Por eso Dworkin distingue entre el daño básico que una persona sufre solo como

(39) Los derechos políticos derivan del principio de dignidad de que cada persona debe ser tratada con igual importancia que las demás y respetada en sus responsabilidades individuales por su propia vida (DWORKIN, R., *Justicia para...*, op. cit.).

(40) DWORKIN, R., *Una cuestión...*, op. cit. Vale aclarar que en el esquema de Dworkin las decisiones de los jueces, por razones de consistencia jurídica y moral, únicamente deben basarse en principios, y son los jueces en tanto parte de un poder contramayoritario quienes se encuentran en la única posición imparcial para tomar decisiones basadas en principios por sobre las directrices políticas asumidas por las mayorías (DWORKIN, R., *Los derechos...*, op. cit.).

(41) Dworkin recalifica a esta oposición de intereses distintos como un dramático problema de sustancia y procedimiento en el derecho penal.

(42) Por ahora solo cabe decir que si la necesidad de precisión en un proceso penal es una derivación de un derecho político del individuo acusado de la comisión de un delito, esta necesidad —en tanto necesidad de tener en cuenta la precisión de la decisión, y no la necesidad de establecer un determinado grado de precisión—, en la definición de las cuestiones de procedimiento de cara a una decisión sustancial legítima, solo podría concurrir o ser desplazada dentro del proceso por otro derecho del acusado.

consecuencia de una pena, sea esta justa o injusta, del daño provocado por una pena cuando es injusta, solo en virtud de esa injusticia, denominado **daño moral**.⁽⁴³⁾ Para Dworkin, esta última es una noción objetiva que supone que alguien sufre un daño especial cuando recibe un tratamiento injusto, sin importar si lo sabe o si le importa, pero no lo sufre si no recibe un tratamiento injusto, sin importar si lo crea así o le importe.⁽⁴⁴⁾

Reconocer el **daño moral** implica brindarle al individuo acusado una protección especial por fuera de los cálculos utilitaristas eventualmente comprendidos en la aplicación del daño básico. La consagración del derecho político de no ser condenado si se es inocente demuestra el reconocimiento y la relevancia en la sociedad del *daño moral*, y conlleva la obligación de darle cabida en la diagramación del procedimiento penal por fuera de la evaluación costo-beneficio.

Ahora bien, Dworkin afirma que desde el punto de vista moral es peor condenar deliberadamente a un inocente que una condena errónea accidental, porque el acto deliberado implica una mentira y, por lo tanto, una clara afrenta a la dignidad de la persona.⁽⁴⁵⁾ Pero ello no significa negar que una condena errónea accidental sea un **daño moral** que deba tenerse en cuenta por fuera de los análisis utilitaristas de la aplicación de las sanciones penales —sufrimiento en el individuo ejercido por el Estado—, y por fuera del análisis propio del daño básico correspondiente a toda condena.⁽⁴⁶⁾

Los siguientes principios formarían la estructura del juego limpio en este esquema. Primero, cualquier decisión política debe considerar a todos los ciudadanos como iguales, es decir, con igual derecho a ser atendidos y respetados. No es parte de este principio que el gobierno nunca pueda imponer en forma deliberada un daño básico mayor a algunos ciudadanos

(43) DWORKIN, R., *Una cuestión...*, op. cit.

(44) *Ibid.*, p. 112.

(45) *Ibid.*

(46) Retomo las dudas vinculadas con la posibilidad de existencia de otros derechos del acusado traducidos ahora como evitaciones de daños morales. Cabe preguntarnos entonces si la injusticia de sufrir una condena cuando se es inocente representa el único daño moral que define las decisiones procedimentales influyentes en la solución del proceso. Este tipo de interrogantes, vuelvo a decir, será retomado más adelante.

que a otros (cuestiones de política criminal). Pero sí es parte de este principio que no se pueda imponer a un ciudadano de manera deliberada ninguna decisión que represente un **daño moral** mucho mayor que el que se le impone a otro. El **daño moral** recibe un tratamiento especial en este principio de igualdad. Segundo, si se adopta y anuncia una decisión política que respeta la igualdad según lo enunciado en el primer principio, su cumplimiento posterior no es una nueva decisión política que deba tener un impacto equivalente en ese sentido. El segundo principio apela a la justicia de respetar los compromisos asumidos que eran justos en el momento en que se los asumió.⁽⁴⁷⁾

Estos principios, según Dworkin, desempeñan un papel especial en el establecimiento de normas del procedimiento penal. Es importante destacar cómo el autor vincula esos principios, su funcionamiento, con la consecuencia derivada del valor del **daño moral** en la decisión final del procedimiento penal. Así, para el autor, en determinadas circunstancias, la decisión de adoptar una determinada norma probatoria en un juicio penal trata a los ciudadanos como iguales porque, *a priori*, cada ciudadano tiene la misma probabilidad de ser llevado a proceso penal aunque sea inocente, como también la misma probabilidad de beneficiarse por lo que se ahorró eligiendo esa norma probatoria en vez de una más costosa en el plano social. El segundo principio afirma que el juicio que se lleva a cabo según la norma establecida es un ejemplo de que se está tratando al acusado o a cualquier otra persona como a un igual.⁽⁴⁸⁾ En este sentido, no sería coherente reconocer a una persona un derecho absoluto a que el procedimiento en virtud del cual se la juzga prevea un mecanismo que brinde la mayor precisión humanamente posible aun a costa de cualquier beneficio social que pudiera obtenerse del establecimiento de mecanismos menos costosos.

En conclusión, estos dos principios en conjunto demuestran por qué la condena deliberada de alguien que se sabe inocente es peor que la condena por error siguiendo procedimientos generales, aunque riesgosos, dispuestos de antemano. Se trata de la decisión de infligir un **daño moral** especial a una persona en particular, es decir, de la violación deliberada

(47) DWORKIN, R., *Una cuestión...*, op. cit.

(48) DWORKIN, R., *Una cuestión...*, op. cit., p. 118.

del principio contrario a la condena de inocentes. Aquí, además de violar la condición de igual de la víctima en el modo especial que sanciona el primer principio de juego limpio, participa del daño moral residual del segundo. Se trata de una nueva decisión política a partir de la cual se desconoce la obligación de tratar al individuo como un igual.⁽⁴⁹⁾

Ahora bien, para Dworkin, en el transcurso del procedimiento penal, se corre el riesgo de cometer **daños morales** del tipo de injusticias accidentales (la condena de personas con derecho a no ser condenadas), como resultado de la aplicación de las normas probatorias de ese tipo de procedimientos. Sin embargo, el autor afirma que en nuestras vidas si bien consideramos que un **daño moral** es más grave que un daño básico asumimos la posibilidad de su acaecimiento.⁽⁵⁰⁾ Un ejemplo de ello sería justamente cuando votamos en favor de medidas procesales de derecho penal que prometen menos que los niveles más altos de precisión posible. Dicho en palabras de Dworkin, se trata de cómo encontrar un equilibrio "entre el riesgo de daños accidentales y los beneficios sociales que se obtienen si se acepta ese riesgo".⁽⁵¹⁾

4 | La participación popular en la discusión acerca de la relevancia del daño moral

Que quede claro, la injusticia de una condena errónea es una cuestión objetiva. La condena a cumplir una pena implica la condena a un sufrimiento y a una restricción de derechos. Sea cual fuere el mecanismo a partir del cual se decide en una comunidad qué hechos se consideran delitos y qué penalidades se asignan a ellos, el valor moral fundamental del juzgamiento de un individuo es la protección de su inocencia, esto es, la evitación de condenas injustas. No hay dudas de que se compromete la dignidad de una persona cuando se la sanciona injustamente. La existencia de esta

(49) *Ibid.*, p. 119.

(50) Dworkin afirma que "no vivimos nuestras vidas para reducir al mínimo el daño moral a cualquier costo" (*ibid.*, p. 120).

(51) *Ibid.*, p. 119.

clase de injusticia y la necesaria consideración del derecho político básico de todo individuo a no ser condenado si en el juicio penal su culpabilidad no ha sido demostrada válidamente, se siguen de la consideración de la dignidad de la persona en la determinación de la pena estatal en tanto consecuencia necesaria de los actos considerados delictivos. Dicho en otros términos, no se podría decidir legítimamente la aplicación de la privación de la libertad u otra sanción estatal grave como consecuencia de un hecho delictivo sin reconocer este derecho fundamental del individuo sometido a juzgamiento.

Sin embargo, de acuerdo con Dworkin, ello no significa que una persona tenga derecho a que la comunidad le brinde toda la protección que podría ser brindada sacrificando aún por completo el bienestar general. El principio de igualdad (la obligación de considerar a todos los ciudadanos como iguales, con igual derecho a ser atendidos y respetados) solo implica que no debe ser aplicado deliberadamente un **daño moral** a una persona, pero no conlleva la obligación estatal de brindar protección absoluta contra los errores por sobre cualquier otra cuestión que tienda al bienestar general, o por sobre cualquier otro **daño moral** posible de ser configurado aun en el propio procedimiento penal.⁽⁵²⁾ La idea de **daño moral**, sumada al hecho de que las normas deben registrar la forma en que la comunidad evalúa la magnitud relativa del **daño moral**, lleva a determinar dos tipos de derechos en el ámbito procesal penal.⁽⁵³⁾

El primero implica que los ciudadanos tienen derecho a que los procedimientos penales asignen la importancia debida al riesgo de **daño moral**. El procedimiento penal nunca podría dejar de tener en cuenta el riesgo de condenas erróneas como **daño moral**, es decir, nunca podría definir sus reglas probatorias y de procedimiento en base a criterios utilitaristas vinculados con un fin social juzgado como provechoso. El punto clave radica en, primero, estimar dentro de la comunidad el grado de importancia del **daño moral** consistente en la generación de condenas erróneas, esto es, en la aplicación de penas injustas de manera accidental, y, segundo, respetar esta estimación cuando se sancionan las normas procesales, cuando se diagrama el procedimiento penal y posteriormente cuando se lo aplica.

(52) *Ibid.*

(53) *Ibid.*

La decisión sobre el nivel concreto de evitación de condenas erróneas que estamos dispuestos a asumir corresponde que sea tomada por todo el pueblo.⁽⁵⁴⁾ Esta decisión solo será injusta si no se trata con igual consideración y respeto a los individuos, si se discrimina a alguna persona en, y con, la decisión popular.⁽⁵⁵⁾

Ahora bien, aun cuando lo que sigue podría ser entendido como un límite a la decisión popular, parece razonable calificar de ilegítima la fijación como debido de un riesgo demasiado bajo de **daño moral**, demasiado “barato”. De la idea de Dworkin acerca de que una persona no tiene el derecho a que la comunidad sacrifique todo su gasto en pos de reducir al mínimo el riesgo de error de **daño moral**,⁽⁵⁶⁾ no se sigue que no exista un mínimo de riesgo pasado el cual estemos en presencia de una afrenta a la dignidad del individuo. Si bien el propio Dworkin aclara que el individuo no puede exigir un determinado nivel de precisión como derecho individual,⁽⁵⁷⁾ afirma que una comunidad que sea “tacaña” en la protección contra el error viola la dignidad del individuo por cuanto no asigna a la vida humana una importancia objetiva, específica e igualitaria.⁽⁵⁸⁾

Es que aun cuando existan fuertes razones políticas, incluso basadas en cuestiones de moral pública, para intentar el mayor número de condenas posibles en todos los casos penales que ingresen al sistema, la dignidad de la persona exige que la consideración del mentado riesgo sea superior a estas necesidades. Duff, al analizar el concepto de verdad en la diagramación normativa del proceso penal, expone un razonamiento que sirve de justificación a esta conclusión.⁽⁵⁹⁾ El procedimiento penal no debe ser pensado desde la visión utilitarista atada a las propias de la aplicación de la pena. Si así no fuera, el procedimiento buscaría como fin inmediato la

(54) GARGARELLA, R., *The Place of...*, cit.

(55) En palabras de Dworkin, “si no favorece o perjudica en igual medida a la totalidad del interés precedente de cada persona, que se corresponde con la suma de sus intereses morales y básicos” (DWORKIN, R., *Una cuestión...*, op. cit., p. 120).

(56) *Ibid.*

(57) *Ibid.*

(58) DWORKIN, R., *Justicia para...*, op. cit., p. 452.

(59) DUFF, A., FARMER, L., MARSHALL, S., y TADROS, V., *The trial...*, op. cit.

aplicación de una pena para cumplir con las metas sociales a él vinculadas según este examen.⁽⁶⁰⁾ De este modo, lo que satisfaría la consecución de dichos fines sociales que hacen al bienestar general sería una mera apariencia de verdad. Lo que en rigor satisfaría a las víctimas y les daría una sensación de cierre a una situación traumatizante y aflictiva, lo que aseguraría la sensación de que el Estado hace cumplir las leyes y lo que persuadiría de la comisión de delitos sería, en definitiva, solo una apariencia de que en el proceso se arribó a una decisión condenatoria verdadera.⁽⁶¹⁾ Por ello, si es que se piensa a la verdad como valor en la determinación del procedimiento, y, sobre todo de aquellas normas procedimentales vinculadas con la precisión del resultado, deben pesar más los argumentos relacionados con la injusticia del **daño moral** que cualquier otro.

Las reglas de la determinación de la culpabilidad más allá de la duda razonable;⁽⁶²⁾ la carga de la prueba de la culpabilidad a cargo del fiscal;⁽⁶³⁾ la revisión judicial integral de fallos condenatorios a favor del acusado;⁽⁶⁴⁾ la limitación⁽⁶⁵⁾ o bien la proscripción⁽⁶⁶⁾ de la apelación de decisiones

(60) La aplicación de la condena a un inocente sería un error solo si no puede ser considerada un medio para alcanzar esos fines.

(61) El punto no es que los consecuencialistas podrían justificar un sistema de juicios penales que algunas veces castigue a inocentes: todo sistema de justicia penal ejercido por humanos algunas veces hará esto, dado que todo sistema de ese tipo es falible. El punto es que la falsedad que envuelve a una condena de un inocente podría en principio, si tiene apariencia de verdadera, ser explicada o justificada por los consecuencialistas (DUFF, A., FARMER, L., MARSHALL, S., y TADROS, V, *The trial...*, op. cit.).

(62) CSJN, "Miguel, Jorge Andrés Damián s/p.s.a. de homicidio", 12/12/2006 (Fallos: 329:5628).

(63) CSJN, "Morales Solá, Joaquín Miguel s/ injurias - causa n° 9648", 12/11/1996 (Fallos: 319:2741).

(64) CSJN, "Guzmán, Jorge Alberto s/homicidio simple - causa n° 40/06", 31/08/2010 (Fallos: 333:1671).

(65) CSJN, "Sandoval, David Andrés s/homicidio agravado por ensañamiento -3 víctimas-Sandoval, Javier Orlando s/encubrimiento causa n° 21.923/02", 31/08/2010 (Fallos: 333:1687).

(66) En los EEUU, esta proscripción forma parte de una tradición jurídica consolidada (CORTE SUPREMA EEUU, *Kepner v. United States*, 195 U.S. 100, 1904). La proscripción de las apelaciones contra decisiones absolutorias en algún sentido tiene su explicación como parte de un sistema que brinda un considerable peso a la protección de la *inocencia jurídica* y, en consecuencia, a la evitación de condenas erróneas (TURNER, J., "Limits on the Search for Truth in Criminal Procedure: A Comparative View", en J. Ross, y S. Thaman, *Research Handbook On Comparative Criminal Procedure*, Cheltenham, Edward Elgar Pub., 2014; LAUDAN, L., *Verdad, error y proceso penal*, Bs. As., Marcial Pons, 2013).

absolutorias; entre otras, expresan esa alta estimación del peligro de un **daño moral** de cara a los beneficios sociales que puedan apreciarse en la decisión sobre cuánto estamos dispuestos a tolerar tal riesgo.⁽⁶⁷⁾ Estas reglas exponen una deliberada y obligatoria inclinación de la balanza en favor del acusado con relación a la ubicación del riesgo de errores, pero también el juzgamiento de la sociedad acerca de que el valor de que el inocente sea absuelto supera largamente al interés social por condenar a los culpables y lograr así el cumplimiento de la ley.⁽⁶⁸⁾ Ello puede sintetizarse en la frase popular repetida tantas veces y según la cual es preferible diez, 100 o 1000 culpables libres a un inocente preso.⁽⁶⁹⁾

El segundo de los derechos aludidos resulta el derecho a una ponderación coherente de la magnitud del **daño moral**. El acusado puede alegar que tiene derecho a disponer de procedimientos compatibles con el valor asignado al **daño moral** por la comunidad y plasmado en la ley.⁽⁷⁰⁾ Es decir, puede alegar un derecho a recibir un trato igualitario respecto de la valoración que se aprecia en las leyes y en la práctica judicial. Se trata de un derecho a la aplicación coherente de la teoría del **daño moral** que la comunidad ha fijado a lo largo de su historia en diversos antecedentes. En el ámbito penal se trata de un derecho constitucional a un debido proceso legal (arts. 18 CN; 14 PIDCyP; 8 CIDH, entre otros).

Sin embargo, los conflictos referidos a los derechos del acusado a obtener una determinación legítima del **daño moral** y a la operatividad de tal determinación no terminan allí. En los casos difíciles sobre procedimientos,

(67) Habrá casos fáciles donde la mera contrastación entre la idea de daño moral y un procedimiento determinado permite apreciar la violación de ese derecho, por ejemplo, según Dworkin, si un procedimiento no permitiera que el acusado presentara pruebas si lo deseara, o bien si un código de procedimientos es redactado únicamente en función de criterios utilitaristas. Pero en otros casos la exacta consideración del valor del riesgo de **daño moral** deberá ser objeto de debate para decidir si se ha violado o no.

(68) KITAI, R., "Protecting...", *op. cit.*

(69) DWORKIN, R., *Justicia para...*, *op. cit.*, p. 452. Esta es la idea expresada por la Suprema Corte de los EEUU en *Winship*, 397 U.S. 358 (1970), al establecer que el debido proceso impone que "every element of the offense must be proved beyond reasonable doubt, not preponderance of the evidence". El juez Brennan hizo notar que la regla de la prueba más allá de la duda razonable en el proceso penal integra la cláusula del debido proceso en el derecho de ese país desde por lo menos 1798.

(70) DWORKIN, R., *Una cuestión...*, *op. cit.*

entre otras cosas, resultará necesaria la interpretación de la ley y los registros textual e histórico que contienen esa determinación,⁽⁷¹⁾ tanto para analizar si la recepción de la estimación social del **daño moral** ha sido correcta como para verificar que en el procedimiento seguido contra una persona, ella ha recibido el trato igualitario debido con relación al nivel de precisión plasmado en las leyes.

Si la evitación de condenas injustas es el valor fundamental del proceso penal, y si el grado de estimación debida por parte de la comunidad es un derecho del individuo, la discusión abierta y franca de todas las consecuencias de la definición de esta cuestión que entrecruza directriz política con principios jurídicos debiera darse en un procedimiento democrático genuino donde fundamentalmente aquellos sectores vulnerables al sistema punitivo tengan la suficiente voz para hacerse oír.

El sistema vigente, en su aplicación práctica, selecciona los casos que juzgará mediante criterios no mencionados expresamente, arbitrarios en no pocas ocasiones; y no pocos de esos casos seleccionados son inocuos con relación a los bienes jurídicos fundamentales de un Estado social y constitucional de derecho.⁽⁷²⁾ En su funcionalidad derivada de algunos de sus postulados político-criminales (v. gr., principio de legalidad procesal), los agentes estatales “seleccionan” de entre la población más vulnerable a los individuos que llevarán a proceso penal y serán finalmente condenados y encerrados en prisiones⁽⁷³⁾ —las que se destacan por sus condiciones inhumanas—,⁽⁷⁴⁾ motivados por la simplicidad de la infracción y la facilidad de su prueba. Las medidas cautelares del procedimiento, como la prisión preventiva, se fijan como regla, y además se basan en supuestos motivos de bienestar público, procesales y no; y en muchos supuestos

(71) El contenido de esta valoración puede encontrarse en el registro histórico que refleja el gran valor asignado a la necesidad de evitar condenas de personas inocentes. KITAI, R., “Protecting...”, *op. cit.*

(72) ZAFFARONI, E. RAÚL, *En busca de...*, *op. cit.*

(73) SALINAS, R., *El problema...*, *op. cit.*

(74) Sobre las condiciones de las cárceles en la Argentina, PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN, *La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina. Informe Anual 2013*, Bs. As., 2014; CELS, MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA DE LA NACIÓN y PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN, *Mujeres en Prisión. Los alcances del Castigo*, Bs. As., Siglo XXI, 2011.

terminan representando la sanción que debieran cautelar.⁽⁷⁵⁾ Por su parte, los casos de condenas erróneas que fueron probados con certeza⁽⁷⁶⁾ tienen como protagonistas a individuos pertenecientes a una raza determinada y a una particular condición social.⁽⁷⁷⁾ Son justamente estos elementos que hacen al sistema vigente los que deben tenerse en cuenta al momento de definir las condiciones en las que deben discutirse las implicancias del **daño moral** involucrado en la aplicación de una pena.

No se trata de puras sofisterías. Existe una función conservadora del derecho a disponer de procedimientos compatibles con el valor asignado al **daño moral** por la comunidad.⁽⁷⁸⁾ Esta función protege al acusado de que se produzcan cambios en la valoración del **daño moral**. A su vez, este derecho funciona como un impulso para la introducción de reformas, pues identifica errores.⁽⁷⁹⁾

(75) BOVINO, A., *Problemas del Derecho Procesal Contemporáneo*, Bs. As., Editores del Puerto, 1998; FINKELSTEIN NAPPI, J., "La prisión preventiva como hecho de poder; la dialéctica histórica (y actual) de su legitimación y la necesidad de reconstruir una dogmática de encarcelamiento cautelar sobre la base del desconocimiento de su legitimidad", en *Revista de derecho penal y procesal penal*, n° 10, pp. 1677/1697, 2010.

(76) Las condenas erróneas representan un serio problema en cualquier sistema de justicia penal. El tópico ha merecido un detenido estudio en el funcionamiento del sistema norteamericano. Tan es así que el descubrimiento de cientos de condenas erróneas en los últimos veinte años ha dado una nueva dimensión al debate sobre el sistema de justicia de los EEUU, al calor de los denominados Movimientos de Inocencia o Revolución de la Inocencia. Las dimensiones de este problema no pueden ser determinadas con precisión. Además su relevancia no siempre es ponderada en forma adecuada en la sociedad. Samuel Gross, con motivo de los resultados arrojados por el llamado Movimiento de Inocencia en los Estados Unidos, afirma que hay una evidencia clara de que personas inocentes son regularmente condenadas por serios crímenes (GROSS, S. R., "Convicting the Innocent", en *Annual Review of Law & Social Science*, vol. 4, 173/192, p. 175). Este problema no ha obtenido en nuestro medio un impacto similar, no se cuentan con cifras oficiales sobre el número de condenas erróneas corregidas en nuestro país. Resulta evidente que la cifra negra de condenas erróneas debiera ocupar un lugar central en el diagrama procesal penal, pues entendemos que ellas conforman la mayor injusticia que puede cometer un sistema de justicia penal.

(77) GARRET, B., *Convicting the Innocent: where criminal prosecutions go wrong*, Cambridge, Harvard University Press, 2012.

(78) DWORKIN, R., *Una cuestión...*, op. cit.

(79) Dworkin advierte que esta función debe cumplirse con mucha cautela porque debe pensarse a las normas probatorias o procedimentales como parte de un sistema que tiende a la protección del riesgo de daños morales. Por lo tanto, la reforma de una norma probatoria puede ser errada o innecesaria si se malinterpreta la norma por la falta de consideración de su efecto en conjunto con otros aspectos de ese sistema. El autor ejemplifica, "si la ley no provee fondos para que los acusados indigentes lleven a cabo investigaciones costosas

Esta circunstancia nos obliga a plantearnos qué valores deben tenerse en cuenta en primer lugar al proponer una reforma procesal en materia penal y, sobre todo, a quiénes deben escucharse para evitar que los proyectos de modificación del régimen procesal, posiblemente inspirados en una necesidad de un sector de la sociedad debido a su consideración particular sobre la conflictividad social y sus respuestas, genere alteraciones en el sistema en su relación con la valoración del riesgo de **daño moral**.

Un ejemplo de ello son las reformas propuestas para instaurar procedimientos o mecanismos procesales sumarisimos pensados desde la "necesidad social" de lograr rapidez y eficiencia en la aplicación de condenas. En esos casos, generalmente no son convocados todos los integrantes de la sociedad, sobre todo los más vulnerables al sistema punitivo, para, desde la defensa del mayor peso del valor político de la protección de la **inocencia jurídica** por sobre el interés en el castigo y a través de mecanismos de participación directa, discutir, deliberar y definir los mecanismos procesales.

Por otra parte, si bien en el esquema de Dworkin los conflictos sobre las normas probatorias o procedimentales en su relación con los principios que sustentan los derechos de los acusados son conflictos que deben ser resueltos por los jueces en el foro específico en que ello debe suceder,⁽⁸⁰⁾ no podemos dejar de notar que un mayor involucramiento popular en el ámbito penal nos permite postular la posible participación del jurado en una decisión que contemple la estimación social del riesgo legítimo en función de una decisión condenatoria. Para ello, este cuerpo no solo podría analizar a la luz de las pruebas si el acusado debe ser condenado o absuelto, sino también quizás hacer otras consideraciones en el caso concreto respecto del valor de la evitación de injusticias —la protección de la **inocencia jurídica** del acusado— de cara a los intereses utilitaristas involucrados en la aplicación de la pena.⁽⁸¹⁾

relevantes para su defensa, eso podría ser un indicio del poco valor que le asigna al daño moral de una condena injusta, a menos que el efecto de esa falta se evalúe como parte de un sistema que coloca una gran carga probatoria en la acusación y también protege al acusado de otras maneras" (*Ibid.*, p. 125).

(80) DWORKIN, R., *Una cuestión...*, op. cit.

(81) Duff expone una serie de posibilidades de sentido del veredicto en su relación con las normas penales de fondo involucradas en esa decisión y los valores implicados, a su vez, en

El derecho del acusado a una **coherencia** entre la valoración debida del riesgo y su aplicación se llevaría mejor con la participación popular directa. La replicación de una participación popular para, primero, definir el peso del riesgo de **daño moral** y, después, en una causa concreta, analizar su respeto en función de una eventual decisión definitiva, vendría así a garantizar esa coherencia.

5 | La evitación de condenas injustas como elemento fundamental de un esquema normativo del procedimiento penal

Desde una posición de defensa de la participación popular en asuntos de política criminal, podría decirse que entretanto no se observe esa participación en la definición de los presupuestos legales y las consecuencias que forman parte del ámbito penal,⁽⁸²⁾ y, sobre todo, mientras la pena privativa de la libertad sea el principal recurso para dar respuesta a aquello que ha sido configurado como delito —y su aplicación pueda ser definida como selectiva—, un argumento insoslayable por su peso para postular la necesidad de una alta valoración del riesgo de una condena errónea, radica en que esa aflicción no debe ser producida si hay dudas sobre la inocencia de una persona, o mejor dicho, si aquel que pretende la condena de un individuo no demuestra la inexistencia de dudas sobre su culpabilidad.

Ante las denuncias sobre a) la falta de participación popular en la toma de decisiones sobre la manera de dar solución a los conflictos sociales

.....
ellas (DUFF, A., FARMER, L., MARSHALL, S., y TADROS, V., *The trial...*, op. cit.). Esas posibilidades podrían revelar también distintas maneras de entender el involucramiento de la comunidad en la decisión. La pregunta por el compromiso de la decisión del procedimiento penal con los valores y políticas que subyacen a las normas abre una nueva oportunidad para preguntar por las posibilidades de esa intervención popular con el sentido de justicia puesto allí en juego.

(82) Una persona acusada podría preguntarse si ella realmente participó en la conformación de un sistema que juzga con desigual relevancia determinados hechos y no otros, y al mismo tiempo elige arbitrariamente los individuos y las clases sociales que caen bajo su control basado en la aplicación efectiva de penas.

graves;⁽⁸³⁾ b) la cuando menos dificultosa justificación de la pena como forma de solución en un contexto de una **selectiva** aplicación del derecho penal,⁽⁸⁴⁾ y peor incluso, en uno de una selectiva aplicación errónea de este;⁽⁸⁵⁾ la indiferencia del daño básico —dado que no es objetivo sino subjetivo y además se encuentra contemplado en la decisión mayoritaria previamente tomada al establecer el catálogo de delitos y penas y la igualitaria posibilidad de que los individuos sean sometidos a procesos—⁽⁸⁶⁾ a la hora de establecer su vinculación con las normas procedimentales debe ser tomada “con pinzas”, pues tales denuncias harían perder fuerza a las razones consecuencialistas y utilitarias cuando se trata de definir el riesgo de **daño moral** debido.⁽⁸⁷⁾ En todo caso, ello nos impone una discusión sobre las condiciones de legitimidad que deben darse para poder hablar de una decisión mayoritaria sobre la conformación del sistema punitivo y, sobre todo, de una posición igualitaria de quienes toman esa decisión y van a ser sometidos a ese sistema.

Creo oportuno agregar que cualquier visión normativa sobre el procedimiento penal debería tener en cuenta a la protección de la inocencia, es decir, a la evitación de una condena injusta como principal punto de referencia.

En este sentido, existen razones argumentales de distinta índole que avalan la evaluación del peso del riesgo que se dice efectuado por la comunidad política a lo largo de la historia.⁽⁸⁸⁾ Esas razones se apoyan en argumentos políticos y axiológicos con claras consecuencias en el campo de la epistemología. En este sentido, me parece prudente hacer notar

(83) GARGARELLA, R., *The Place of...*, cit.

(84) ZAFFARONI, E. RAÚL, *En busca de...*, op. cit.

(85) MEDWED, D., “Prosecution Complex. America's Race to Convict and Its Impact on the Innocent”, New York, NYU Press, 2012; GARRET, B., *Convicting the...*, op. cit.

(86) DWORKIN, R., *Una cuestión...*, op. cit.

(87) Razones basadas en la gravedad de una acusación penal y en las posibles consecuencias para la persona acusada, como ser, aflicciones sociales, económicas y psicológicas, en un contexto como el señalado, jugarían así un papel importante en la conformación del procedimiento penal y en el sentido de justicia en éste, y, en consecuencia, en la decisión acerca de cuánto debemos estar dispuestos a gastar para evitar injusticias (UNDERWOOD, B., “*The Thumb on the Scales of Justice: Burdens of Persuasion*”, en *Criminal Cases*, 86, Yale L. J., 1299, 1977).

(88) CORTE SUPREMA EEUU, *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970).

que este punto de referencia va más allá de una visión del procedimiento penal estructurada en un marco teórico **contractualista** de la relación Estado-ciudadano,⁽⁸⁹⁾ o bien en una pensada dentro de un sistema de pesos y contrapesos.⁽⁹⁰⁾ Incluso un esquema normativo del proceso penal dialógico o comunicativo no debiera perder de vista que el valor fundamental puesto en juego en la decisión penal, en la decisión que impone la sanción más grave y aflictiva de todas, es la evitación de condenas injustas.

Recordemos que el derecho del acusado vinculado con el riesgo **daño moral**, representado por la condena errónea de inocentes, no demandaría en principio un determinado nivel de valoración de ese riesgo; en otras palabras, no demandaría un determinado estándar probatorio. Ahora bien, hemos dicho que una determinación mezquina del **daño moral** por debajo de la estimación de las necesidades sociales de la aplicación de penas no respetaría la dignidad de la persona acusada. Esta aseveración adquiere fuerza con la constatación efectuada en los párrafos anteriores sobre el funcionamiento del sistema punitivo. El **daño moral** provocado por las condenas erróneas, en un contexto como el descrito, puede ser caracterizado como la aplicación de una política injusta hacia al acusado. El individuo es "sacrificado" en pos del bienestar general si la propia

(89) Una justificación de un alto estándar de prueba para determinar la culpabilidad del acusado puede apreciarse en el trabajo de Rinat Kitai. Allí se analiza el comportamiento moralmente cuestionable del Estado cuando asume un gran riesgo de condenar a una persona inocente. En ese caso, se dice allí, el Estado está dispuesto a desdibujar los límites de la comprensión del propio ciudadano sobre lo permitido y prohibido, y, consecuentemente, a socavar las bases de la colaboración entre esa persona y el Estado (KITAI, R., "Protecting...", *op. cit.*).

(90) Ho, H. L., *Comparative Observation on the Burden of Proof for Criminal Defences. International Commentary on Evidence*, vol. 9, issue 2, article 2, 2011. Según esta idea, el juicio penal puede ser visto como una institución dentro del sistema constitucional de pesos y contrapesos que sirve para contener el poder del gobierno en su misión por imponer una condena y un castigo a una persona. En esta teoría, el acusador debe asumir la carga de justificar la búsqueda por condenar y castigar a esa persona, y la principal función y responsabilidad del tribunal es la protección del acusado de un castigo injustificado. Para inclinar su posición de relativa debilidad y vulnerabilidad, el acusado es investido con el derecho a permanecer en silencio y es el fiscal quien debe asumir una estricta y pesada carga de probar los elementos esenciales para su condena y castigo: el acusado puede simplemente sentarse y ver si el acusado ha probado su caso. Un desarrollo más profundo puede verse en Ho, H. L., *Liberalism and the Criminal Trial*, 32 *Sydney Law Review*, 243/256, 2011. En nuestro país, los procesalistas inspirados en la mejor tradición liberal concuerdan con esta idea, PASTOR, D., *Tendencias...*, *op. cit.*; MAIER, J., *Derecho Procesal Penal*, t. I, *op. cit.*

comunidad le aplica una pena cuando conscientemente sabe que hay o puede haber una duda sobre su culpabilidad.⁽⁹¹⁾

La teoría normativa de Duff acerca del proceso penal se construye sobre la idea de que el sistema político debe de manera pública tomar debida nota de los actos públicos injuriantes que los criminales cometen. Por ello, según él, debemos hablar de la importancia de reconocer y asignar responsabilidad penal a los ciudadanos, mediante su convocatoria a dar cuenta de esos actos. En este marco, se debe acordar a los ciudadanos, víctimas y victimarios, el respeto debido que se merecen como agentes responsables en un procedimiento público, en el que son llamados los supuestos criminales a contestar los cargos por sus delitos, y a responder por los crímenes si fueron probados en su contra.⁽⁹²⁾ Ello sugiere una concepción del juicio penal en la cual no se trata solo de establecer la verdad sobre el acusado y su conducta sino de lograr también un compromiso con el acusado en un procedimiento que busque comunicarse con él como un agente responsable.

Los argumentos de Duff para su concepción no desmienten la necesidad de que el acusado no deba correr riesgos indebidos sobre la ocurrencia de **daños morales**.⁽⁹³⁾ Quizás sea la relevancia puesta en el valor de la verdad

(91) STEIN, A., "Constitutional Evidence Law", 61 *Vanderbilt Law Review*, 65/121, 2008.

(92) Duff, en su búsqueda por proyectar una teoría normativa del juicio penal, se pregunta por las razones por las cuales sería importante mantener la búsqueda de la verdad como una de las aspiraciones fundamentales dentro del procedimiento penal, como para justificar los costos que ello acarrea. Después de descartar las visiones sobre la búsqueda de la verdad como un mero valor instrumental a los fines de lograr mayor seguridad general y reforzamiento de la aplicación de la ley, y cualquier otro relacionado al bienestar general y a una mirada utilitaria del procedimiento, Duff define a la verdad como un valor que puede determinar una limitación severa en el procedimiento penal, a partir de la cual el juicio debería evitar establecer la falsedad de una condena de una persona inocente como si fuese una verdad sobre su culpabilidad. Esta limitación se podría traducir en un derecho de los acusados a ser protegidos contra condenas erróneas. El autor ubica estas ideas dentro de un esquema normativo basado en una visión consecuencialista sobre las aspiraciones generales del sistema punitivo tendientes al bienestar de toda la comunidad, pero que reconoce fuertes limitaciones no-consecuencialistas en los medios por los cuales se llega a tales metas. Una limitación negativa en el proceso penal sería así la búsqueda de la verdad. Sin embargo, el propio Duff advierte sobre la idea de que la verdad no necesariamente tiene que ser vista como una limitación negativa en el proceso penal. El juicio penal debería establecer la verdad no solo porque sirve a otros fines, sino porque establecer la verdad es intrínsecamente importante. (DUFF, A., FARMER, L., MARSHALL, S., y TADROS, V., *The trial...*, op. cit.).

(93) *Ibid.*

en el procedimiento y su intrínseca relación con las responsabilidades del acusado lo que en mi visión acarrea un peligro sobre el valor dado en su esquema al **daño moral**.⁽⁹⁴⁾

Duff expone con razón que una visión normativa del juicio que tenga a la búsqueda de la verdad sobre si un sujeto cometió un hecho delictivo como principal objetivo, no alcanza a explicar la serie de reglas procesales que son ajenas a ese objetivo o bien que directamente lo limitan con un fundamento no-consecuencialista. Una manera de explicar esta situación normativa, expone Duff, podría ser acudiendo al modelo consecuencialista con limitaciones, el que racionaliza algunas reglas no en virtud de la manera en que se pueda alcanzar de forma más eficiente y confiable la verdad, sino como verdaderas limitaciones a la búsqueda de la verdad.⁽⁹⁵⁾ La dificultad radica en ver si ese esquema puede generar una concepción normativa adecuada del juicio penal.

Este modelo, según Duff, sugeriría que hay dos conjuntos distinguibles de demandas normativas en el juicio: un grupo de demandas preocupadas por el resultado en un procedimiento de búsqueda de la verdad; y otro preocupado por el grado en el que ese procedimiento respeta los derechos de aquellas personas sometidas a este. Sin embargo, ello lleva a preguntarnos por las consecuencias de las violaciones inspiradas en tales demandas; principalmente, por si la violación de una regla del debido proceso que no pone en duda la verdad de la condena debe llevar necesariamente a su revocación. En la visión del autor, un modelo **consecuencialista** con limitaciones no alcanza a explicar por qué aquellas violaciones a las limitaciones que dejan en pie o no socavan la veracidad de un veredicto no deben ser mantenidas, más allá de que por supuesto deba condenarse tales violaciones y encontrar un remedio para ellas. En su conclusión, los valores del debido proceso, más que establecer límites

(94) Duff expone que la verdad sería constitutiva de, más que un medio para, la resolución de la disputa procesal acerca de la culpabilidad del acusado (*ibid.*, p. 67).

(95) En este contexto adquiere relevancia el concepto de debido proceso y la idea de que un juicio debería buscar la verdad pero no a través de procedimiento o investigaciones que violan los derechos de los ciudadanos. Pero, según Duff, este modelo que toma en cuenta a los derechos fundamentales que tiene el ciudadano contra el Estado como límites, obliga a realizar una constante determinación de los valores implicados en tales limitaciones y un permanente balance entre ellas y la demanda consecuencialista sobre la eficiencia en la búsqueda de la verdad.

a la búsqueda del fin de la verdad, son intrínsecamente relevantes a los fines del juicio penal.⁽⁹⁶⁾

Para Duff, la misma conclusión se obtiene si se atiende con más detenimiento a la idea de que “el proceso debe ser consistente con (o quizás incluso una expresión de) el respeto para con los derechos de los ciudadanos que están sometidos a este”.⁽⁹⁷⁾ Según el autor, la verdad sobre si el acusado cometió un delito es todavía crucial para la racionalidad del juicio. Este juicio debe tener el propósito de determinar si las imputaciones a una persona por la comisión de delitos están bien fundadas. Lo que importa ahora en su modelo no es solo que la verdad sea establecida sino que lo sea por medio de un apropiado proceso de convocatoria al acusado para que responda sobre la imputación. No se trata solamente de respetar las limitaciones de un sistema cuyo único propósito positivo es el descubrimiento de la verdad, sino de que tal descubrimiento es parte integral del propósito del juicio penal. Así, las violaciones serias de la forma de tratar al acusado como un ciudadano responsable socavan la legitimidad del juicio en un procedimiento que convoca a los ciudadanos a contestar los cargos por imputaciones delictivas formuladas en su contra y, por lo tanto, socavan la legitimidad del veredicto como juzgamiento que surge de ese procedimiento.⁽⁹⁸⁾

Ahora bien, en cuanto a los peligros que antes anunciamos corresponde, en primer lugar, hacer notar que la propuesta normativa que tiene por eje el establecimiento de la verdad mediante un procedimiento que convoca a los ciudadanos a responder no necesariamente significa la consideración como valor fundamental de la evitación de condenas injustas. Para Duff, establecimiento de la verdad y convocatoria del acusado serían parte integral del propósito del juicio penal. Pero si la verdad es un valor intrínseco del proceso, ello podría llevar a demandar reglas distintas a las que pudiera hacerlo la evitación de condenas injustas. Este último valor, contenido en el derecho del acusado a que se respete el debido riesgo de **daño moral**, reclama reglas procedimentales que descartan

(96) *Ibid.*

(97) DUFF, A.; FARMER, L.; MARSHALL, S.; y TADROS, V., *The trial...*, op. cit., p. 75.

(98) *Ibid.*

casos verdaderos,⁽⁹⁹⁾ y ello al margen de la conceptualización del procedimiento como un proceso de convocatoria que integra a los propósitos procesales. Para ser más claro, el respeto por la evitación de condenas injustas implica el sacrificio de veredictos verdaderos aun cuando estos fueran el producto legítimo de procedimientos llevados a cabo de acuerdo con sus reglas formales, básicamente porque ese valor debe conllevar una distribución de errores en el veredicto a favor del acusado, y ello conspira contra la búsqueda de la verdad porque potencia de manera legítima la existencia de algunos casos de absoluciones erróneas.⁽¹⁰⁰⁾ En el proceso penal, ya que es necesario demostrar la culpabilidad más allá de la duda razonable en virtud de la valoración sobre el riesgo del **daño moral**, a diferencia de cualquier otro estándar probatorio (v. gr., estándar de la preponderancia de la evidencia), la posición sobre la inocencia del acusado debe prevalecer incluso en casos donde el peso de prueba conduce hacia su culpabilidad aunque no de manera indubitable.⁽¹⁰¹⁾⁽¹⁰²⁾

El propio Duff aborda el asunto cuando toma el concepto normativo de "conocimiento" más que el de verdad como el propósito del juicio penal. "Conocimiento" sería en este contexto el juzgamiento verdadero basado en la prueba más allá de la duda razonable. Pero Duff no relaciona este asunto con un derecho político del ciudadano exigible por ante quienes

(99) Dworkin se maneja de manera algo confusa en este punto, pues su concepción del derecho del acusado a obtener un grado de precisión acorde al riesgo debido de daño moral pareciera identificar ese grado de riesgo con el concepto de precisión, es decir, a mayor peso de ese riesgo, más precisión debe tener la decisión; sin embargo, cuando él expone sobre la operatividad de la estimación de ese riesgo debido de daño moral, expresa que muchas veces, a raíz del respeto por ésta, en el resultado del juicio se paga en precisión, por ejemplo, en casos donde opera la regla de la inexistencia de la duda razonable como requisito para condenar, y no un estándar basado en probabilidades (*ibid.*, p. 122).

(100) De la misma manera que el derecho al silencio protege contra la autoincriminación falsa pero también produce más absoluciones falsas (LAUDAN, L., *Verdad, error y proceso penal*, Bs. As., Marcial Pons, p. 219 y ss.)

(101) LAUDAN, L., *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Bs. As., Hammurabi, 2011; DAMASKA, M., "Truth in Adjudication", 49 *Hastings Law Journal*, 289/308, STACY, T., "The Search for the Truth in Constitutional Criminal Procedure", en *Columbia Law Review*, vol. 91, n° 6, pp. 1369/1451.

(102) Solo puede pensarse al estándar de la prueba razonable como compatible con la búsqueda de la verdad o con el concepto de veredictos precisos, si entendemos que ellos comprenden la distinción entre condenas erróneas y absoluciones erróneas, consideran peor manera a las condenas erróneas y tratan de minimizar la ocurrencia de condenas erróneas (STACY, T., "The Search...", *op. cit.*, p. 1405). Ver también TURNER, J., "Limits on the...", *op. cit.*

lo juzgan, de manera tal que no sea distorsionado o tergiversado por un sistema normativo que invocando su carácter de ciudadano responsable lo convoque a responder de los cargos existentes en su contra sin tener acreditados más allá de la duda razonable todos y cada uno de los elementos del delito.⁽¹⁰³⁾

Más allá de las advertencias del autor,⁽¹⁰⁴⁾ si el modelo normativo propuesto por Duff busca respetar la condición de ciudadano responsable del acusado, este debe garantizar antes de cualquier otra cosa el derecho del acusado a no recibir una condena injusta de acuerdo a la valoración del riesgo del **daño moral** propia de la comunidad que lo somete a juzgamiento. Al momento de conceptualizar en el campo normativo del procedimiento penal una determinada instancia, debemos medir su influencia en la consideración del riesgo de **daño moral**. En este sentido, debemos ser cuidadosos cuando definimos las razones de una convocatoria del acusado al proceso penal en su calidad de ciudadano.⁽¹⁰⁵⁾ Por caso, la carga del

(103) Un punto controversial viene dado por la existencia de justificaciones y excusas y la forma en que estas se incorporan al juicio como elementos de ese hecho por el cual se juzga a una persona. La presencia de circunstancias justificantes o excusatorias del hecho típico en el esquema de Duff debe ser únicamente puesta en evidencia por el acusado al momento de ser convocado a responder por un acto delictivo ya considerado probado por la fiscalía. Si él no las aduce y prueba, esas circunstancias no deben ser tenidas en cuenta en el hecho por el cual va a ser condenado. Por lo tanto, dos cuestiones surgen como problemáticas. Primero, en este modelo la regla de la prueba de la duda razonable de cada uno de los elementos del delito por parte de la acusación no se aplicaría en un principio a situaciones que excusan o justifican un hecho típico. Estas pueden existir, pero si no son llevadas como defensas por el acusado, es decir, como respuesta del acusado a su llamado a dar cuenta del hecho probado en su contra (DUFF, A.; FARMER, L.; MARSHALL, S.; y TADROS, V., *The trial...*, op. cit., p. 146), no pueden formar parte de la decisión, aun cuando para un juez tal circunstancia no pueda ser tenida como descartada más allá de la duda razonable. Segundo, la carga del acusado de probar tales circunstancias no queda suficientemente armonizada con relación a la carga de prueba de la acusación. Es cierto que Duff expone que una vez probada la defensa por parte del acusado, es el fiscal el que tiene la carga de desacreditar tal defensa si pretende insistir con la condena del ciudadano (*ibid.*, p. 148). Sin embargo, no quedan explicitados los niveles de prueba requeridos tanto para una como para otra actividad en función del derecho fundamental del acusado a la evitación de daños morales.

(104) El propio Duff explica que su teoría normativa no está validada por las características o rasgos de las doctrinas y normas jurídicas existentes, de la misma manera que la ausencia de estas no la desacreditan (*ibid.*, 2007).

(105) De un análisis del esquema normativo del juicio penal de Duff, quedan interrogantes vinculados con la relación entre las consecuencias derivadas del valor de la evitación del daño moral y las condiciones procedimentales y probatorias que deben darse para que sea llamado el acusado a contestar los cargos en su contra, primero, y para responder por el delito probado, después; en rigor la duda recae en las implicancias que tiene el silencio o

acusador de probar la culpabilidad del ciudadano más allá de toda duda razonable, como condición de legitimidad de su condena, debe insertarse en la idea del reconocimiento de la capacidad de "responsabilidad" del propio ciudadano. La carga del acusador, en tanto reflejo reglamentario de la valoración del *daño moral*,⁽¹⁰⁶⁾ no puede ser aminorada sin que sea al mismo tiempo reducida con ello la mentada valoración.⁽¹⁰⁷⁾ Independientemente de la efectivización de la participación del ciudadano que es juzgado, el juicio penal debe ser normativamente concebido como un ámbito donde, en primer lugar, se exija al representante estatal en el ejercicio de la acusación que dé cuenta, ante un órgano imparcial y de manera pública, de su requerimiento de condena y pena.⁽¹⁰⁸⁾

De allí que una visión normativa del procedimiento respetuosa del valor principal comprometido con la condena y castigo de una persona, más que atender a la necesidad de llamar al acusado para que conteste los cargos existentes en su contra o bien para que responda por el delito probado

.....

la contestación insatisfactoria de éste en el estándar probatorio necesario para condenar, sobre todo ante casos donde, como el propio Duff explica, la ley válidamente presume la existencia de un elemento del delito, y la falta de prueba de su existencia por parte del acusado debe ser valorada como su frustración por exponer una duda que impida su condena (Duff A., 2012).

(106) DWORKIN, R., *Una cuestión...*, op. cit.

(107) La secuencia de la participación responsable del ciudadano en el esquema de Duff vendría dada primero por la invitación a contestar la formulación de cargos en su contra; después, una vez que el fiscal aporta la prueba de la realización del hecho criminal, el acusado debe si quiere eludir su culpabilidad, demostrar la existencia de una defensa o bien de una excusa. Una vez realizada satisfactoriamente esta última instancia, el fiscal completa su labor refutando la prueba de la defensa o excusa del acusado y probando que el acusado sí cometió el delito; allí es el juzgador el que interviene para dictar condena (DUFF, A.; FARMER, L.; MARSHALL, S.; y TADROS, V., *The trial...*, op. cit., p. 148). Una crítica a esta secuencia y al esquema del que forma parte por su supuesta incompatibilidad con el diagrama del juicio penal y, sobre todo, por la "suavización" de la carga del acusador en relación con algunos elementos del delito, en Ho, H. L., "*Liberalism...*", op. cit.; "*Comparative Observation...*", op. cit.; HAMER, D., "*Delayed Complaint, Lost Evidence and Fair Trial: Epistemic and Non-epistemic Concerns*", en P. Roberts, J. Hunter, & (eds.), *Criminal Evidence and Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 213/132; WESTEN, P., "*Offences and Defenses Again*", 28 *Oxford Journal of Legal Studies*, 563, 2008.

(108) Si bien esta visión se corresponde con una idea liberal del juicio penal basada en el sistema de pesos y contrapesos de los poderes del Estado, (Ho, H. L., "*Liberalism...*", op. cit., p. 245), resulta de utilidad como parte de un esquema normativo basado en la protección de la inocencia del acusado pues hace depender la legitimidad de un veredicto de culpabilidad del modo en el que el juicio es conducido, de la calidad de la interacción entre Estado y acusado en el proceso (*ibid.*, p. 246).

por el acusador, debería convocarlo para discutir con los representantes de la comunidad que lo juzgan la observancia de las condiciones de operatividad de la valoración del riesgo del **daño moral**, ya efectuada antes por la misma comunidad que el acusado integra. Si el esquema normativo pensado en función del derecho fundamental a la protección de la inocencia del acusado asume la forma de un diálogo con quienes pretenden la imposición de una pena, pues bien, la convocatoria como agente responsable del ciudadano juzgado a brindar explicaciones sobre su comportamiento no debería suceder sino después de que se haya descartado, y no por él mismo, el riesgo del **daño moral**. Para decirlo sintéticamente, el sentido de su convocatoria no debe basarse en un aporte del propio acusado a su propia condena, y las razones deben ser otras que las que autorizan el ejercicio del derecho de defensa durante el procedimiento de disipación del riesgo del **daño moral**.⁽¹⁰⁹⁾

En definitiva, el ciudadano debería ser llamado para debatir con los integrantes de la comunidad el alcance de su derecho a la evitación de condenas injustas en relación con la carga del acusador ejecutada en el juicio.⁽¹¹⁰⁾ Solo después de este punto del juicio,⁽¹¹¹⁾ la comunidad está en condiciones de solicitarle una explicación por su comportamiento delictivo de cara a resolver sobre un necesario reproche penal.⁽¹¹²⁾ De esta manera se respeta el valor fundamental en el procedimiento que decide la sanción penal, se entiende la participación ciudadana también como

(109) Las razones de la convocatoria como agente responsable del ciudadano acusado surgen una vez que se ha ejercido el derecho de defensa durante el procedimiento y son independientes a este (DUFF, A.; FARMER, L.; MARSHALL, S.; y TADROS, V., *The trial...*, op. cit.).

(110) De esta manera quizás obtendría respuesta la objeción realizada por Duff a la posición denominada "*rule of law account*". Para esa posición el tratamiento de los acusados como ciudadanos implica el llamado a que se defiendan de las acusaciones y la prohibición de obligarlos a tomar parte del proceso. Según Duff, esta posición es incompleta, en el sentido de que explica por qué el acusado debe tener el derecho a ser escuchado pero no explica por qué hay una expectativa normativa de que tome parte (*ibid.*, p. 101).

(111) Esta convocatoria también guardaría relación con la propia conceptualización normativa que Duff hace de la presunción de inocencia en su relación con los derechos y responsabilidades del rol de acusado. Duff expresa que al analizar los roles normativos, en especial el del acusado, debemos preguntarnos qué podemos requerir de ellos (Duff A., 2012).

(112) El autor distingue la prueba de la *responsibility* del acusado por parte del acusador como punto necesario para que el primero sea llamado a argumentar y probar alguna defensa o excusa que lo haga eludir su *liability*. (DUFF, A.; FARMER, L.; MARSHALL, S.; y TADROS, V., *The trial...*, op. cit.).

parte intrínseca de ese propósito del juicio y se da una explicación a la expectativa normativa vinculada con esa participación, en tanto sería un paso previo para que el proceso cumpla con la eventual meta positiva de comunicación, y no solo sea entendido como un límite al ejercicio del poder punitivo.⁽¹¹³⁾

6 | Conclusiones parciales

Entiendo que ante la vigencia de un sistema punitivo como el imperante se entroniza al valor comprendido en la evitación de condenas injustas, que pasa a conformar un fin en sí mismo dentro del proceso, distinto de la búsqueda de la verdad, pues aun cuando en algunos casos puedan coincidir, en otros, la búsqueda por la obtención de la verdad del veredicto quedará desplazada por la necesidad de evitar condenas injustas. Cualquier intento por diagramar un esquema normativo del proceso penal (lo que el proceso penal debe ser) debería ubicar en el centro, no a la búsqueda de la verdad, sino a la evitación de condenas injustas o, lo que es lo mismo, a la protección normativa de la inocencia.⁽¹¹⁴⁾

Esta idea, quizás compatible con la concepción de la pena como mero hecho del poder punitivo⁽¹¹⁵⁾ —concepción que, por cierto, ha sido usada para abordar cuestiones procesales—,⁽¹¹⁶⁾ nos puede llevar a postular con mayor fuerza la necesidad de brindar una más intensa participación popular en las decisiones sobre la política criminal, y así proyectar modelos normativos del procedimiento penal con una mayor base de legitimidad en su relación con el sistema punitivo global.

(113) Según Duff, un proceso en el que el acusado ejerce su derecho a guardar silencio es un proceso legítimo, pero cuyo propósito positivo se ha frustrado (DUFF, A.; FARMER, L.; MARSHALL, S.; y TADROS, V., *The trial...*, op. cit.).

(114) RISINGER, M., y RISINGER, L., "Innocence Is Different: Taking Innocence into Account in Reforming Criminal Procedure", 56 *New York Law School Law Review*, 869, 2011/2012; BAKKEN, T., "Truth and Innocence Procedures to Free Innocent Persons: Beyond the Adversarial System", *University Michigan Journal Law Reform*, 547, 2008; RISINGER, M., "Unsafe Verdicts: The Need for Reformed Standards for the Trial and Review of Factual Innocence Claims", 41 *Houston Law Review*, 1281, 2004.

(115) ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO; y ZAFFARONI, E. RAÚL, *Derecho Penal. Parte general*, Bs. As., Ediar, 2000.

(116) FINKELSTEIN NAPPI, J., "La prisión preventiva...", op. cit.

7 | ¿La protección de la inocencia fáctica o la protección de la inocencia jurídica?

Nos preguntamos en puntos anteriores si la relación entre el **daño moral** y las normas del procedimiento implica únicamente la necesidad de precisión en la determinación de la culpabilidad como contenido del derecho político fundamental antes referido. ¿Podría decirse que si un acusado, que desde un punto de vista fáctico es culpable, resulta condenado en virtud de un procedimiento inapropiado o irregular obtuvo un resultado correcto o justo? ¿Se puede distinguir el “resultado correcto” del “procedimiento injusto” como dos aspiraciones distintas del procedimiento penal? Si es posible distinguirlos, ¿ellos serían daños morales diferentes? Si es así, ¿serían también ambos proyecciones de derechos individuales derivados del respeto por la dignidad de la persona acusada? ¿O en realidad es mejor hablar de una relación indisoluble tal entre veredicto y procedimiento que la corrección del primero no pueda pensarse si hay una injusticia en el procedimiento en el que surge?⁽¹¹⁷⁾

La teoría dworkiniana sobre los derechos procedimentales que tiene el ciudadano como cartas de triunfo en el proceso penal fue interpretada generalmente en clave instrumentalista en miras únicamente de la precisión debida del resultado.⁽¹¹⁸⁾ Pero esa visión instrumentalista puede ser pensada en función de la protección de la inocencia en un sentido normativo, que no se vincula solamente con la precisión del resultado. El propio Dworkin expresa que la evitación del **daño moral** se vincula con **la precisión y con la pérdida de precisión** en función de la evitación de errores que redundan en un **daño moral** mayor.⁽¹¹⁹⁾

(117) DUFF, A.; FARMER, L.; MARSHALL, S.; y TADROS, V., *The trial...*, op. cit.

(118) Así, se dice que para Dworkin la importancia del procedimiento radica únicamente en que con este se afecta la magnitud del error en el resultado y por lo tanto la calidad de ese resultado en el juzgamiento de conductas y la aplicación del derecho (BONE, R., “*Procedure, Participation, Rights*”, 90 *Boston University Law Review*, 1011/1028, 2010).

(119) DWORKIN, R., *Una cuestión...*, op. cit., p. 122.

El derecho político, que como carta de triunfo tiene un individuo sobre las justificaciones adecuadas de la acción política en el ejercicio del poder coactivo, se refiere de manera algo más general y abstracta al derecho a no ser castigado sin un juicio justo.⁽¹²⁰⁾ Se trata, como ya dijimos, de un derecho que tenemos cada uno de nosotros en cuanto individuo contra el Estado, es decir, contra nosotros mismos colectivamente, que ignora las buenas razones que, en general, tiene una comunidad política para ejercer su poder coactivo de una manera y no de otra.⁽¹²¹⁾ Vale decir que este derecho político se corresponde con el derecho humano a la protección de la inocencia en un debido proceso legal.⁽¹²²⁾ Tanto una como otra categoría tiene como base a la concepción de la dignidad humana, que en Dworkin se entiende por el estándar abstracto de que la dignidad exige igual consideración por el destino de todos y pleno respeto por la responsabilidad personal.⁽¹²³⁾

(120) "Una comunidad política no tiene poder moral para crear e imponer obligaciones a sus miembros a menos que los trate con igual consideración y respeto; es decir, a menos que sus políticas traten el destino de cada uno de ellos como de igual importancia que los demás y respeten sus responsabilidades individuales por su propia vida". Este principio de legitimidad es la fuente más abstracta de los derechos políticos. Los gobiernos no tienen autoridad moral para coaccionar a nadie, ni aunque ello redunde en un beneficio social, a no ser que respeten esas dos exigencias en cada una de las personas. "Los principios de la dignidad enuncian, por lo tanto, derechos políticos muy abstractos. Nos formamos esta hipótesis: todos los derechos políticos son derivados de ese derecho fundamental. Establecemos y defendemos derechos específicos al preguntar, con mucho más detalle, qué exige la igualdad de consideración y respeto" (DWORKIN, R., *Justicia...*, op. cit., p. 401/402).

(121) Para Dworkin, los individuos tienen derechos políticos y algunos de estos, al menos, son correspondidos solo por deberes colectivos de la comunidad en su conjunto. Serían así la contracara de la obligación política que surge de una relación que se entre los sujetos que comparten la pertenencia a una comunidad política. Los derechos políticos, los derechos como carta de triunfo es el equivalente político del sentido más conocido que se a la idea en la moral personal. Algo así como el derecho a que otro mantenga una promesa. En Dworkin, la ética estudia cuál es la mejor manera que tiene la gente de manejar su responsabilidad de vivir bien, y la moral personal, en contraste, estudia qué debemos todos juntos a los otros como individuos cuando actuamos en esa persona colectiva artificial y en su nombre (*ibid.*).

(122) Ya vimos que los derechos políticos, pueden corresponderse, o no, con los derechos legales, infraconstitucionales o constitucionales, y que también pueden identificarse, o no, con los derechos humanos. Sobre las diferencias de estas categorías en el pensamiento de Dworkin (*ibid.*, pp. 399/413).

(123) Aunque parecería que tendríamos los derechos del debido proceso en virtud de la obligación emanada del primer aspecto, esto es, del principio ético de tratar la vida de cada persona en cuanto está dotada de una importancia específica, objetiva e igual al resto (DWORKIN, R., *Justicia para...*, *ibid.*, p. 452). Montado sobre la idea de Dworkin acerca de un derecho sustancial anterior y condicionante de los derechos procedimentales, Denis

No pretendo decir que el derecho a ser juzgado con determinadas reglas procesales es un derecho humano.⁽¹²⁴⁾ Menos pretendo negar el carácter interpretativo del juicio sobre los derechos humanos y las normas previstas en el ordenamiento jurídico internacional que los receptan. El objeto del presente trabajo consiste en poner de relieve que si el derecho fundamental del acusado radica en la evitación de condenas injustas, el valor preponderante a tener en cuenta en la diagramación de un modelo normativo de procedimiento penal es la protección de la inocencia. Con ello la necesidad del juicio penal surgiría en virtud de ese derecho a la protección de la inocencia, y las reglas procedimentales serían pensadas y aplicadas también preponderantemente en función de ese derecho, y no según criterios discrecionales y discriminatorios sustentados en las necesidades políticas y sociales.⁽¹²⁵⁾

Galligan alude a un derecho sustancial a la racionalidad y a la no arbitrariedad en las decisiones jurisdiccionales que generaría un derecho procedimental a obtener decisiones basadas en un determinado nivel mínimo de racionalidad y no arbitrariedad, que va más allá de un determinado nivel de precisión del resultado (GALLIGAN, D., "The Foundations of Due Process in Socialism", en W. Maihofer, y G. Sprenger, *Revolution and Human Rights*, Stuttgart, Steiner, 1990, p. 244).

(124) "Es incompatible con los derechos humanos el castigo que se aparta de los procedimientos razonablemente bien calculados para proteger a los inocentes. Puede polemizarse en torno de qué forma de juicio, sometido a qué procedimientos y salvaguardias, es necesaria, pero no se discute la necesidad de alguna forma de juicio, por lo cual el encarcelamiento sin proceso previo implica la violación de un derecho humano" (DWORKIN, R., *Justicia para...*, op. cit., p. 411).

(125) Es elocuente Maier en cuanto desde un análisis de la deontica jurídica de las reglas procesales que regulan la actividad probatoria rechaza cualquier tipo de ponderación entre el interés particular y las necesidades estatales en la persecución penal. Su crítica radica en que ese método habilita la valoración de prueba obtenida irregularmente cuando, como sucede en los casos de criminalidad grave y de difícil esclarecimiento, prevalece el interés estatal por la supuesta mayor relevancia que tienen los objetivos políticos y sociales en ellos involucrados. "Ello significa que en la práctica, la limpieza del procedimiento penal dependerá, en verdad y en el mejor de los casos, de la magnitud de la imputación deducida en él —en la mayoría de los casos apreciada subjetivamente por el juez, sin ley que, al menos, lo imponga—, ya que el mensaje dirigido a los órganos encargados de la persecución penal reza algo así como: 'en casos de criminalidad grave, procuren respetar las formas del procedimiento, pero si no lo hacen, tal proceder no constituirá un obstáculo para la persecución penal y la decisión final de la condena, o, si se quiere, aminoradamente, solo lo constituirá excepcionalmente'" (MAIER, J., *Derecho Procesal Penal*, t. III, Bs. As., Editores del Puerto, 2013, p. 115). El autor en este punto sigue la tesis de Fabricio Guariglia (GUARIGLIA, F., *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones probatorias en el procedimiento penal. Un ensayo de fundamentación*, Bs. As., Editores del Puerto, 2005) en tanto para él una prohibición de valoración probatoria solo necesita como fundamento la lesión objetiva a una regla procesal sobre la adquisición en el procedimiento judicial de un conocimiento determinado. Para Maier, los órganos del Estado solo están facultados a llevar a cabo aquellos actos que la ley les permite y de la

Toda propuesta de un esquema normativo del sistema de justicia penal debe interrogarse sobre las reglas que corresponde disponer, y sobre la forma mediante las cuales las razones de esas reglas son impuestas.⁽¹²⁶⁾ En un modelo normativo donde la evitación del **daño moral**, en tanto derecho fundamental, se encuentra íntimamente ligada al respeto por la dignidad de la persona y su participación en el proceso en función principalmente de su consideración de sujeto autónomo, las reglas procedimentales adquieren el carácter de condiciones de legitimidad de la operatividad de esa evitación pero también de la participación del ciudadano y del diálogo entre la comunidad política y este último, y, en definitiva, de aquello que se pretende comunicar con la resolución del caso. Pero en ello también interesan las características de la sanción penal. Los cuestionamientos a la sanción penal y a la forma en la que opera su aplicación imponen un valor determinado a las condiciones en las que se juzga el derecho fundamental del sujeto a no ser condenado si es inocente.⁽¹²⁷⁾

En este sentido, la protección de la inocencia en el proceso penal no puede ser entendida de otra forma que dentro de una estructura y un fin normativo, y por eso tendríamos que aludir a un concepto normativo de protección de la inocencia.⁽¹²⁸⁾ Entonces, conviene distinguir **inocencia**

manera que la ley se los permite (MAIER, J., *Derecho Procesal Penal*, t. III, *op. cit.*). Sin embargo, el propio autor cuando alude como argumento de su postura a justificaciones basadas en el interés general y en la lacra moral y jurídica del Estado ("el aprovechamiento por parte del Estado del producto de una actividad irregular", *ibid.*, p. 116), excluye la cuestión del ámbito de los derechos individuales y parece llevarla a la arena de la acción política (*ibid.*, pp. 115/120), pero sin apelar a un argumento utilitario en torno a ello (DWORKIN, R., *Justicia para...*, *op. cit.*, p. 401).

(126) PACKER, H. L., *The limits...*, p. 171.

(127) Desde una concepción liberal de esta relación entre el individuo y el Estado que pretende la aplicación de pena, se dice que mientras más amplio es el reconocimiento de este derecho a la protección de la inocencia del individuo, más grande es su libertad entendida como seguridad contra interferencias injustificadas del Estado en áreas tan sensibles (HO, H. L., "*Liberalism...*", *op. cit.*).

(128) El concepto normativo de la protección de la inocencia englobaría los valores comprendidos en la determinación de las normas procesales y en el desarrollo del procedimiento penal. Según Arenella, el sistema procesal debe procurar justificar el uso de la coerción estatal mediante la articulación de procedimientos que limiten el ejercicio de ese poder. Algunas de esas reglas procesales tienen un efecto limitante e instrumental con relación al resultado del juicio en términos de precisión y confiabilidad. Pero otras reglas también con esa orientación limitante involucran valores independientes al resultado, pues restringen el poder del Estado para asegurar un trato digno. El contenido de ese trato digno debe reflejar las aspiraciones normativas de la sociedad (ideología, moral, costumbre, etcétera) sobre la relación entre el

jurídica de inocencia fáctica. Es decir, el procedimiento penal debe tender a proteger la inocencia de todos los acusados mediante la evitación de condenas injustas **de acuerdo con sus propias normas jurídico-procesales**, independientemente de si se trata de acusados culpables o inocentes desde el punto de vista fáctico. El concepto normativo de protección de la inocencia comprende la noción de **inocencia jurídica**.

El derecho fundamental del acusado a no ser condenado injustamente, es decir, a que la determinación popular del **daño moral** sea respetada, implica un derecho a no ser condenado si la culpabilidad no fue demostrada en el procedimiento de acuerdo con los criterios legales de validez previamente determinados. Este derecho fundamental, tal como vimos anteriormente, puede ser traducido procesalmente como un derecho del acusado a la protección de su inocencia en el ámbito donde se ejerce la persecución penal. Por consiguiente, la protección de la **inocencia jurídica** puede ser entendida como el valor fundamental en el procedimiento penal.

De allí que la protección de la inocencia implica la necesidad de que la comprobación de la culpabilidad del acusado se desarrolle dentro de las reglas del propio procedimiento y siguiendo sus estándares. La protección de la inocencia en un sentido normativo es mucho más que un determinado nivel de precisión en el resultado del juicio. En este sentido, la regla de la duda razonable funciona como una regla más del concepto normativo de la protección de la inocencia.⁽¹²⁹⁾ Es que de acuerdo con el significado normativo de la protección de la inocencia, la regla de la duda razonable no es la única establecida a ese fin dentro del proceso.

Estado y el individuo. Algunas de estas reglas procesales además promueven valores políticos como la participación ciudadana que afectan al sistema de justicia institucional. Finalmente, algunas de estas normas reflejan además valores procedimentales que son la base de la concepción del Estado de Derecho (procedimiento regular y racionalidad; ARENELLA, P., "Rethinking the Functions of Criminal Procedure: The Warren and Burger Courts' Competing Ideologies", 72 *Georgetown Law Journal*, 185-248, 1983, pp. 194/196).

(129) Ello no significa minimizar el posible sentido epistémico de la regla de la duda razonable, ni tampoco negar la necesidad de obtener resultados lo más precisos posibles como valor implicado en el concepto jurídico del debido proceso legal. Sobre esto último, Nino nos explica, en el análisis de la idea de la garantía del debido proceso legal, que el proceso judicial, y sobre todo el penal, debe estar guiado por tres principios, uno de los cuales es la búsqueda irrestricta de la verdad sobre los hechos (NINO, C., *Fundamentos de derecho constitucional*, Bs. As., Astrea, 2005, p. 448).

En consecuencia, habría que retomar la idea de **integridad**⁽¹³⁰⁾ —*integrity*, aludida por Duff⁽¹³¹⁾ y otros más—,⁽¹³²⁾ para acoplar objetivos y valores en un solo fin de la estructura normativa del procedimiento penal pensada, según la hipótesis de este trabajo, desde el concepto de la protección de la inocencia. Casi ineludible resulta la referencia al modelo normativo del **debido proceso** ideado por Packer en un clásico trabajo sobre los valores imperantes en el proceso penal norteamericano,⁽¹³³⁾ pues en él se reconoce de manera explícita las opciones axiológicas o el sistema de valores del procedimiento penal subyacentes a la doctrina de la determinación de la culpa jurídica. De acuerdo con esta doctrina, una persona puede ser considerada jurídicamente culpable sí y solo si las determinaciones fácticas en el procedimiento fueron realizadas de manera regular y por las autoridades competentes. Por consiguiente, esa persona debe ser considerada inocente desde el punto de vista normativo aun cuando existan pruebas suficientes acerca de su culpabilidad, si las reglas procedimentales diseñadas para su protección y para el resguardo de la **integridad** del proceso no han tenido efecto.⁽¹³⁴⁾

Muchas de estas reglas procedimentales no tienen que ver con la cuestión fáctica de si una persona cometió o no el delito por el cual es acusada. El concepto de culpa jurídica explica la racionalidad de la protección de la inocencia en el proceso. Para Packer, al forzar al Estado a probar el caso contra una persona acusada en un especial contexto jurídico de determinación de culpabilidad, la idea protectoria encerrada en la —valga la redundancia— protección de la inocencia en un sentido normativo sirve

(130) La **integridad** es traída a colación en sus dos acepciones, es decir, en el sentido de completitud y también por supuesto en el de rectitud y justicia. La *integridad* del procedimiento penal, de esta forma, implica la rectitud de un orden que se auto regula (ARENELLA, P., "Rethinking...", *op. cit.*, p. 196). Se afirma que los aspectos del sistema de justicia penal se encuentran tan integradas desde un punto de vista estructural y normativo que la vulneración de cualquiera de los valores inmersos en uno de esos aspectos no puede ser ignorada por los otros sin socavar esa unidad normativa (Ho, H. L., "Liberalism...", *op. cit.*, p. 247).

(131) DUFF, A.; FARMER, L.; MARSHALL, S.; y TADROS, V., *The trial...*, *op. cit.*

(132) ASWORTH, A., "Testing Fidelity to Legal Values: Official Involvement and Criminal Justice", en S. Shute, y A. Simester, *Criminal Law Theory: Doctrines of the General Part*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 299; ARENELLA, P., "Rethinking...", *op. cit.*

(133) PACKER, H. L., *The limits...*

(134) *Ibid.*, p. 167.

para poner en juego una serie de doctrinas que limitan el uso de la sanción penal contra el individuo, en virtud de las ya explicadas características de las penas estatales. Más su importancia se encarece cuando vemos que, en virtud de esa idea protectoria, el proceso penal pasa a ser un foro apropiado para que el Estado, es decir, la comunidad política corrija sus propios abusos.⁽¹³⁵⁾

El modelo del **debido proceso** de Packer es esencialmente complejo, en el sentido de que se compone de elementos diversos unidos por la idea de **integridad** del proceso penal. La relación entre las razones de las reglas del procedimiento y las consecuencias procesales que para el propio proceso penal surgen a raíz de su quebrantamiento se explica por esta idea de **integridad**.⁽¹³⁶⁾ El quebrantamiento de algunas reglas procesales ajenas a la precisión del resultado del juicio pero vinculadas con esa idea de **integridad** podría llevar como solución justa del caso —comprendida en el derecho fundamental del imputado a la protección de su **inocencia jurídica**— a la absolución de la persona culpable desde el punto de vista fáctico, y ello a pesar del cumplimiento estricto de otras reglas directamente relacionadas con la exactitud del veredicto definitivo.⁽¹³⁷⁾

Hemos postulado que la visión instrumentalista de los procedimientos, y de derechos procesales, puede ser pensada en función de la protección de la inocencia en un sentido normativo. En este sentido, vimos que la evitación del **daño moral** y el derecho fundamental del acusado que

.....

(135) *Ibid.*, p. 168.

(136) Tiene una incidencia sustancial en ello la participación del ciudadano acusado y su asistente técnico. El autor considera crucial en el contexto del sistema norteamericano este aspecto del modelo del **debido proceso** vinculado con el derecho a un abogado defensor, pues en este contexto el proceso no puede ser pensado sino como un procedimiento adversarial donde el rol del juzgador es relativamente pasivo y quienes tienen la iniciativa para invocar la violación de reglas relevantes son las partes, el Estado acusador y el acusado. Ello no niega la posibilidad de que exista un mayor activismo jurisdiccional y una posición central del juez en otro contexto (*ibid.*, p. 172). El propio Packer muchas veces remarca esa activa participación del juez en pos del respeto de las reglas del procedimiento en el modelo del **debido proceso**, por ejemplo, en lo concerniente al control de los acuerdos de culpabilidad entre acusador e imputado (*ibid.*, p. 225).

(137) En un sentido contrario, el modelo del **control del delito** no puede tolerar la vindicación de esas reglas *dentro* del propio proceso penal, por ejemplo, mediante la exclusión de la prueba de cargo o a través de la revocación de las condenas (*ibid.*, p. 168).

la involucra en el ámbito penal se vinculan directamente con el debido proceso legal.⁽¹³⁸⁾ Mas esta garantía tiene un fundamento no solo instrumental, sino también intrínseco como ámbito de reconocimiento de la dignidad de la persona que sufre la coacción, y donde a través de un mecanismo dialógico se la trata de convencer sobre la justificabilidad de tal acto de coacción.⁽¹³⁹⁾ La idea de diálogo y las condiciones para ello adquieren trascendencia decisiva para la legitimidad de la decisión final. Por consiguiente, la justicia de la decisión se conforma por estos aspectos instrumental e intrínseco. Por lo demás, las condiciones establecidas para desarrollar de buena fe el diálogo entre la comunidad y el ciudadano deberían ser respetadas por los participantes para obtener un resultado legítimo y justo.

Con un esquema normativo del procedimiento penal basado en la protección de la inocencia como el aquí propuesto,⁽¹⁴⁰⁾ adquirirían una razón y un sentido coherentes ciertos hechos del procedimiento que no se relacionan con la precisión del resultado ni la culpabilidad fáctica del acusado,⁽¹⁴¹⁾ como ser, la necesidad de que sea el acusador estatal el que pruebe la inexistencia de un quebrantamiento de las reglas del procedimiento, la aplicación analógica del principio *in dubio pro reo* a la determinación de la violación de las

(138) DWORKIN, R., *Una cuestión...*, op. cit. Esta referencia se reitera en la obra de Dworkin, el debido proceso como un "derecho liberal" a no ser castigado por un presunto delito sin un juicio llevado a cabo con las salvaguardias procedimentales adecuadas para impedir la condena de inocentes (DWORKIN, R., *Justicia para...*, op. cit., p. 451).

(139) TRIBE, L., *The Constitutional Protection of Individual Rights*, New York, Foundation Press, 1978, p. 502. La protección del legítimo proceso y sus reglas tienen el efecto de frustrar las metas del derecho penal sustantivo. Esto es una consecuencia justificable porque el procedimiento penal tiene una función independiente a las metas del derecho sustantivo (ARENELLA, P., "*Rethinking...*", op. cit., p. 205).

(140) Supongamos que el acusado ha sido absuelto debido a un tecnicismo —porque a pesar de que hay abrumadora evidencia sobre su culpabilidad, esta debe ser excluida porque fue obtenida ilegalmente. Si resultara correcta tal exclusión probatoria en un caso concreto, el acusado todavía gozaría de la protección del principio de inocencia, porque su culpabilidad no habría sido determinada de acuerdo con la ley (Duff A., 2012). Es decir, el procedimiento al impedir la condena de una persona por la razón expuesta, habría protegido la **inocencia jurídica** del acusado, pues esta debe ser considerada vencida únicamente de acuerdo con las reglas del procedimiento determinado por ley.

(141) Los procedimientos jurídicos no están diseñados para hacer a la administración de justicia penal más eficiente (BARKOW, R., "*Separation of Powers and the Criminal Law*", 58 *Stanford Law Review* 989, p. 1031).

normas procesales,⁽¹⁴²⁾ la revocación de condenas basadas únicamente en razones procesales,⁽¹⁴³⁾ la exclusión de prueba por razones ajenas a su aporte a la fiabilidad y precisión del resultado, entre otros. Es la **inocencia jurídica** entonces la que debe ser protegida. La protección de la inocencia que el propio sistema de valores que opera en el procedimiento penal reconoce.

Esta idea encuentra respaldo jurídico en un nivel constitucional de análisis. Desde el punto de vista jurídico constitucional, existe un indisimulable relación entre el principio de presunción de la inocencia y el principio del debido proceso.⁽¹⁴⁴⁾ Se dice que mientras el debido proceso es importante

(142) Para Roxin, ante la existencia de una grave infracción procesal, no es directamente aplicable el principio *in dubio pro reo*, porque la duda no se refiere a la culpabilidad del acusado. Pero cuando lo dudoso es si los principios de la dignidad humana y del *fair trial* se han cumplido, no resulta menos grave que la duda sobre la culpabilidad del procesado. Así, expresamente refiere el autor que “a este respecto, abogo en estos casos por la aplicación analógica del principio *in dubio pro reo*” (ROXIN, C., *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Valencia, Tirant lo blanch, 2000, p. 128).

(143) Por eso, en un procedimiento basado en el concepto normativo de la protección de la inocencia resultaría impensable un fallo como el del precedente “Gallo López” (CSJN, “Gallo López, Javier s/causa n° 2222”, 07/06/2011, Fallos: 334:725). En ese caso en la etapa de juicio se había restringido el derecho del imputado a interrogar a un testigo (menor de 18 años de edad, víctima del presunto delito), y aun así se había valorado tal testimonio y arribado a una decisión condenatoria. En ese caso, el máximo tribunal nacional dijo que correspondía “dejar sin efecto el pronunciamiento que anuló la sentencia condenatoria y reenvió las actuaciones para que se ocupara de que la víctima de abuso sexual por parte de su padre fuera preparada psicológicamente para prestar declaración en el debate y de la búsqueda intensiva de la tía denunciante a fin de realizar un nuevo juicio, **si el resto de las pruebas objetivas —que en modo alguno fueron impugnadas por la defensa— consideradas por el tribunal de juicio a los fines de emitir su fallo condenatorio, debieron cuanto menos ser atendidas por el a quo en orden a examinar si constituían un curso causal probatorio independiente**” (el resaltado me pertenece). La tensión con la idea de un procedimiento pensado intrínsecamente como el único medio válido para proteger la **inocencia jurídica** del acusado (concepto normativo de la protección de inocencia) resulta más evidente cuando la jueza Highton de Nolasco en voto asevera que “**si además dicho límite al control fue compensado por otras pruebas en las que la sentencia se fundó para formular el juicio de culpabilidad, que la defensa pudo fiscalizar y que habían confirmado el relato de la menor**” (el resaltado me pertenece). Como dije, en ese caso se había cometido una clara violación a una regla de procedimiento que causó un perjuicio efectivo en el acusado, toda vez que se vio impedido de ejercitar sus facultades procesales de defensa. Ello solo bastaba, desde la idea del procedimiento como un todo en sí mismo y ámbito para la protección de la inocencia jurídica, para revocar la sentencia de condena, sin necesidad de analizar si se había alcanzado la verdad sobre la culpabilidad por otros medios distintos al de la regla quebrantada, ni de ponderar tal descubrimiento de la verdad con la violación de la garantía constitucional del acusado.

(144) Tal relación fue establecida desde muy temprano en la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos (*Coffin v. United States*, 156 U.S. 432). De la misma manera, se dijo que la presunción de inocencia, a pesar de no constar expresamente en forma escrita

porque brinda legitimidad al veredicto, además tiene un valor intrínseco: el juicio penal no es solo un método para la determinación de la culpabilidad sino también un proceso para tratar de manera justa a la persona acusada, una obligación política que el Estado debe a los ciudadanos a los que busca castigar.⁽¹⁴⁵⁾ El principio de la presunción de la inocencia es el derecho general al debido proceso. Este comprende la exigencia constitucional de que el Estado no puede condenar a una persona por un delito a menos y hasta que la acusación no demuestre su culpabilidad en un proceso que cumpla con determinadas características de un juicio justo, que incluyen derechos y protecciones.⁽¹⁴⁶⁾ Cuando el debido proceso es negado, la culpabilidad no puede considerarse demostrada.

8 | Conclusiones

La sanción de un Código Procesal Penal puede ser analizada desde distintos puntos de vista. Aquí intentamos brindar dos de ellos a partir de la idea de que la reforma responde a un modelo teórico-normativo determinado.⁽¹⁴⁷⁾

Hicimos hincapié, primero, en la legitimación política de las decisiones legislativas trascendentes en materia de política criminal, representada

.....

en la Constitución, es un componente básico del juicio justo (CORTE SUPREMA EEUU, *Estelle v. Williams*, 425 U.S. 501). Se afirma que el principio de presunción de la inocencia “se ha convertido en un principio que debe informar a todo el proceso penal. De su debido respeto dependen aspectos tan importantes como la imparcialidad judicial, la garantía de no ser condenado indebidamente sin pruebas y, finalmente, el derecho a no ser violentado en la propia persona o bienes como consecuencia de una investigación sin un motivo razonable (...) es una máxima tan general que precisa de adaptación al supuesto específico, y que desde luego ayuda a interpretar con corrección las normas jurídicas implicadas en el proceso penal. En conclusión, aparte de lo que cada legislador decida hacer en su propio ordenamiento jurídico, incluyendo el principio en su norma fundamental o en otro tipo de norma, lo que no es posible dudar es que la presunción de inocencia es un principio informador del proceso penal” (NIEVA FENOLL, J., *La duda en el proceso penal*, Bs. As., Marcial Pons, 2013, p. 77).

(145) Ho, H. L., “*Liberalism...*”, *op. cit.*, p. 251. Según el autor, desde una concepción política liberal, los tribunales de justicia independientes deben conformar instituciones propias del Estado liberal, pero a su vez deben representar ellos mismos una institución liberal del Estado.

(146) Ho, H. L., “*The presumption of Innocence as a Human Right*”, en P. Roberts, y J. Hunter, *Criminal Evidence and Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, pp. 259/280. El autor explica que la demanda de que la inocencia del acusado debe ser presumida hasta que su culpabilidad sea demostrada conlleva la pregunta: ¿cómo debe ser probada?

(147) Quedará pues para el lector la respuesta última sobre el análisis del nuevo Código Procesal Penal de la Nación en base a las dos pautas aquí sugeridas.

por el grado de participación popular comprometido, y su repercusión como sustento de los argumentos utilitaristas que pudieron haber guiado el establecimiento de algunas reglas procesales (v. gr., la incorporación del fiscal en un rol altamente protagónico como representante de los intereses públicos comprometidos en la investigación penal, el reconocimiento del interés de la víctima en la cuestión procesal penal, la diagramación de un complejo sistema de audiencias, la participación del jurado, la adaptación del procedimiento a la dificultad de los casos y a las decisiones de las partes). Además, pusimos el foco en el valor fundamental implicado en cualquier modelo normativo de procedimiento penal, esto es, la legítima estimación del peligro del **daño moral** y su traducción procesal como protección de la inocencia jurídica del sujeto acusado de la comisión de un delito. Dijimos que este valor protege al acusado de que se produzcan cambios que generen ilegítimos riesgos de un **daño moral** cuando sucede una reforma procesal penal.⁽¹⁴⁸⁾ A su vez, funciona como un impulso para la introducción de futuras reformas, pues identifica errores.

Tales puntos de vista, como vimos, se relacionan intensamente. Es que la determinación del grado de consideración que debe tener en el proceso penal el peligro de **daño moral** debe surgir de una decisión de la mayoría, y dicha discusión debe contar con una fuerte participación popular directa. De la misma manera, su aplicación en el procedimiento debe contar con la presencia representativa de quienes decidieron tal estimación.

La consideración del **daño moral** no es sinónimo de precisión. La injusticia en el proceso penal no se vincula únicamente con la condena de la persona inocente desde el punto de vista fáctico, sino con las condiciones válidas para determinar una decisión de culpabilidad de acuerdo con el riesgo de **daño moral** permitido. Entonces, el valor fundamental puesto en juego en el proceso penal es la protección de la inocencia, es decir, que la persona sea condenada solo cuando el procedimiento que contempla tal consideración sea llevado a cabo válidamente. Se trata de un concepto normativo de la protección de la inocencia, de la protección de la inocencia dentro del procedimiento sancionado por la comunidad política en el

(148) Con este enfoque deben analizarse los artículos del nuevo CPPN que se relacionan directamente con la estimación del daño moral; por ejemplo, aquellos referidos a las condiciones para una condena (v. gr., art. 11 CPPN), a la impugnación de la sentencia absolutoria (v. gr., art. 312 CPPN), las cargas de los acusadores (v. gr., art. 88 CPPN) y la invalidez de los actos procesales que impliquen la exclusión de la prueba (v. gr., arts. 122, 127, 128 CPPN).

ejercicio de su propia gobernanza coactiva.⁽¹⁴⁹⁾ En la persecución penal, en la búsqueda por determinar la culpabilidad de una persona, el Estado y sus representantes están obligados a cumplir con el procedimiento presupuesto para esa protección de la inocencia.

Ello funcionaría como una carta de triunfo contra todo tipo de análisis utilitarista en el procedimiento penal para decidir cuestiones sobre la aplicación de normas procedimentales y las consecuencias procesales por su quebrantamiento.

Entiendo que la postulación en el nuevo Código Procesal Penal de intereses —desde las particulares necesidades de la acusación en casos de delitos complejos, hasta la amplia recepción de los intereses de las víctimas, pasando por un necesario empoderamiento del Ministerio Público Fiscal como órgano efector de la política criminal—, basados en fines y valores distintos a la protección de la inocencia jurídica puede generar problemas a la hora de definir las condiciones para la aplicación de determinadas normas procesales de la manera en que lo propone Maier, esto es, sin distinciones de ningún tipo ni ponderaciones.⁽¹⁵⁰⁾

(149) Ello tendría una relación con los aspectos de la dignidad de la persona involucrados en el sentido de la libertad para Dworkin, en tanto todo el pueblo debería participar en las decisiones colectivas que constituyen su gobernanza coactiva. Ello explica la idea de autogobierno de la comunidad política, de nosotros mismos, como parte del derecho a la libertad (DWORKIN, R., *Justicia para...*, op. cit., p. 444).

(150) MAIER, J., *Derecho Procesal Penal*, t. III, op. cit.

La recepción de estándares internacionales en materia de restricción de derechos fundamentales⁽¹⁾

por **MATÍAS E. EIDEM**⁽²⁾

I | Introducción. Delimitación del objeto

A partir de diciembre de 2014 podemos afirmar que estamos un paso más cerca del programa procesal penal plasmado en nuestra Constitución Nacional (en adelante, CN) y en los tratados internacionales de derechos humanos con idéntica jerarquía (art. 75, inc. 22, CN). Es indudable que el legislador federal aceptó superar el modelo previsto por la ley 23.984 (BO 09/09/1991) y, al igual que lo hicieron sus pares provinciales en distintos puntos del país, adoptó el sistema acusatorio mediante la sanción de la ley 27.063 (BO 10/12/2014). Quizás el punto de mayor relevancia sea la separación entre las funciones de investigar/acusar y juzgar, que ya no recaerán sobre la misma persona, enterrando así la figura del “juez de instrucción”.

.....
(1) Se agradece la colaboración y las observaciones formuladas por Cecilia L. Senesi y Agustín Ferreira.

(2) Abogado (UBA). Magíster en Derecho Penal (UA). Docente en la Cátedra del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Prof. Dr. Javier A. De Luca (UBA). Actualmente se desempeña en la Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad de la Procuración General de la Nación.

Si bien la vigencia del nuevo Código Procesal Penal de la Nación (en adelante, CPPN) aún se desconoce, pues dependerá de la ley de implementación correspondiente (ver art. 3° CPPN), podemos afirmar que nos encontramos ante una herramienta que pretende darle otro lugar a la víctima en el proceso, y reforzar también las garantías de los imputados. Por otro lado, la agilidad y celeridad buscada podrán permitir una distribución de recursos más eficiente en miras a fenómenos delictivos complejos vinculados con la criminalidad organizada (trata de personas, tráfico de armas, narcotráfico, delitos migratorios) y con la administración pública. Más allá de las esperanzas que generen estos nuevos aires, no podemos olvidar que para llevarlos a cabo será necesario un cambio en el paradigma de la cultura judicial, el cual deberá aprehender las modificaciones y coadyuvar a la puesta en práctica de un procedimiento penal de conformidad con los parámetros constitucionales.

Este trabajo se inmiscuirá en la temática tomada por el art. 16 CPPN, titulado "Restricción de derechos fundamentales", cuyo texto reza: "Las facultades que este Código reconoce para restringir o limitar el goce de derechos reconocidos por la Constitución Nacional o por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos deben ejercerse de conformidad con los principios de idoneidad, razonabilidad, proporcionalidad y necesidad". No abordaremos la noción de derechos fundamentales puesto que el mismo artículo hace una remisión a los establecidos en la CN y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. La idea es presentar, a modo simplemente introductorio, los estándares mencionados en el artículo citado que, junto al de protección legal y legitimidad, surgen de tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, principalmente de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP). Asimismo, fueron desarrollados, entre otros, por los tribunales regionales de derechos humanos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), órgano de referencia para la interpretación de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH). Si bien esta última no forma parte de nuestro bloque normativo, constituye una fuente utilizada en sucesivas oportunidades por nuestros tribunales.⁽³⁾

(3) Entre varios, CSJN, "Mongiardini, Renzo y otros s/ ppsa homicidio en ocasión de robo", 12/08/2008, Fallos: 331:1744, dictamen del Procurador General al que remitió la mayoría; CSJN, "Quiroga, Edgardo Oscar s/ Causa n° 4302", 23/12/2004, Fallos: 327:5863, voto del juez Fayt; CSJN, "Gómez Vielma, Carlos s/ Extradición", 19/08/1999, Fallos: 322:1564.

La elección de los legisladores no fue caprichosa puesto que obedece a criterios puestos en práctica desde hace un tiempo, y a que han demostrado un importante rendimiento en pos de regular las restricciones a los derechos humanos. Asimismo, es innegable la influencia que tiene la jurisprudencia de la Corte IDH al momento de establecer los alcances de la CADH.⁽⁴⁾

La estructura del trabajo será la siguiente: en primer lugar intentaremos traer a colación los antecedentes normativos de la CADH, CEDH y en el PIDCP vinculados al tema (apart. 2); luego, repasaremos los estándares de protección de ley, legitimidad y proporcionalidad o necesidad en una sociedad democrática (concepto empleado en la CEDH), que en adelante utilizaremos de manera indistinta, que incluye la idoneidad, razonabilidad, proporcionalidad *strictu sensu* y necesidad (apart. 3); seguiremos enfocándonos en el primero de los estándares y veremos algunos ejemplos en el nuevo Código (apart. 4); y finalmente trazaremos unas breves conclusiones (apart. 5).

2 | Antecedentes normativos

Como ya se dijo, la letra del art. 16 del nuevo CPPN sostiene estándares puestos en la letra de la CADH y el PIDCP. Veamos.

2.1 | Convención Americana sobre Derechos Humanos

El derecho a la vida (art. 4°), a la libertad personal (art. 7°), a la honra y a la dignidad (art. 11), a la libertad de conciencia y de religión (art. 12), a la libertad de pensamiento de expresión (art. 13), a la rectificación o respuesta (art. 14), a la reunión (art. 15), a la libertad de asociación (art. 16), a la circulación y residencia (art. 22) y a la igualdad ante la ley (art. 24), entre otros, exigen la presencia de una ley para ser restringidos. Asimismo, las normas referidas agregan otros requisitos vinculados a la finalidad: proteger la seguridad

(4) Ver al respecto: CSJN, "Derecho, René Jesús s/ Incidente de prescripción de la acción penal —causa N° 24.079—", 29/11/2011; CSJN, "Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ Recurso de casación", 31/08/2010; CSJN, "Sr. Fiscal general solicita desarchivo de causas que tramitaron por art. 10 ley 23.049", 29/04/2008; CSJN, "Acerbo, Néstor Horacio s/ Contrabando —causa N° 51.221—", 21/08/2007, dictamen del Procurador General al que remitió la mayoría; CSJN, "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Rec. de casación e inconstitucionalidad —Riveros—", 13/07/2007; CSJN, "Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otro s/Acción declarativa de certeza", 13/02/2007; CSJN, "Espósito, Miguel Ángel s/ Incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa - Bulacio, Walter David", 23/12/2004.

nacional, el orden público, la salud pública, la moral pública, los derechos, reputación o libertades de los demás (ver arts. 12, 13, 15, 16 y 22). En los arts. 4º, 7, 11 y 16, que reconocen los derechos ya indicados, se promueven criterios de protección contra la arbitrariedad o abuso, e incluso se refiere a la necesidad en una sociedad democrática.

Finalmente, el art. 30 complementa lo señalado al fijar, de forma genérica, el alcance de las restricciones: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

2.2 | Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

En el caso de este otro instrumento también de jerarquía constitucional, el derecho a la vida (art. 6º), a la libertad y seguridad personal (art. 9º), a la libre circulación (art. 12), a la protección de los extranjeros (art. 13), a la intimidad (art. 17), a la libertad de pensamiento y conciencia (art. 18), a la reunión (art. 21), a la asociación —en particular la sindical— (art. 22), entre otros, requieren una previsión legal para ser restringidos. Además, al igual que en la CADH, se establecen distintos supuestos relacionados con la finalidad: protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud, la moral pública, los derechos y libertades de terceros (arts. 12, 18, 21 y 22). Por último, en los arts. 6º, 9º, 13 y 17 se estipulan pautas de protección contra la arbitrariedad.

3 | Legalidad, legitimidad y proporcionalidad

Las restricciones⁽⁵⁾ a los derechos humanos se enmarcan en la tensión producida entre las herramientas de política criminal y el sistema de garantías.⁽⁶⁾ El alcance de las injerencias, tal como vimos anteriormente, ha sido materia de codificación en los distintos instrumentos internacionales.

(5) Sobre la diferencia entre restricción y supresión de derechos humanos, ver CORTE IDH, OC 06/1986, “La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, 09/05/1986, Serie A N° 6, párr. 14.

(6) BINDER, ALBERTO, *Derecho Procesal Penal*, t. I, Bs. As., Ad-Hoc, 2013, p. 100 y ss.

Para delinear los estándares que definen la cuestión se seguirá el camino trazado por la Corte IDH, el TEDH, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, CDH) y el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, CEyS), también recogidos por nuestro Máximo Tribunal.⁽⁷⁾

Los criterios son tres: previsión legal, persecución de un fin legítimo y necesidad en una sociedad democrática o proporcionalidad. Veamos algunos precedentes:

En el marco de la OC 06/1986, la Corte IDH señaló:

Al leer el artículo 30 en concordancia con otros en que la Convención autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, se observa que exige para establecerlas el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones: a) Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida; b) Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a "razones de interés general" y no se aparten del "propósito para el cual han sido establecidas". Este criterio teleológico, cuyo análisis no ha sido requerido en la presente consulta, establece un control por desviación de poder; y c) Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas.⁽⁸⁾

En la resolución de casos contenciosos, el tribunal referido también se expresó en esa sintonía. Así, señaló que "... [e]l derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, las mismas deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática".⁽⁹⁾ Por otro lado, refirió que:

(7) SAGGESE, ROBERTO M. A., *El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2010, p. 131 y ss.

(8) CORTE IDH, OC 06/1986, cit, párr. 18.

(9) CORTE IDH, "Tristán Donoso vs. Panamá", 27/01/2009, Serie C N° 193, párr. 56. Replicado también en CORTE IDH, "Escher y otros vs. Brasil", 06/07/2009, Serie C, N° 200, párr. 116.

... [e]l derecho de circulación y de residencia, incluido el derecho a salir del país, pueden ser objeto de restricciones, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 22.3 y 30 de la Convención. Sin embargo, es necesario que dichas restricciones se encuentren expresamente fijadas por ley, y que estén destinadas a prevenir infracciones penales o a proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás, en la medida indispensable en una sociedad democrática.⁽¹⁰⁾

En otro precedente se indicó:

En cuanto a los requisitos que debe cumplir una restricción en esta materia, en primer término deben estar previamente fijadas por ley como medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público [...]. En segundo lugar, la restricción establecida por ley debe responder a un objetivo permitido por la Convención Americana. Al respecto, el art. 13.2 de la Convención permite que se realicen restricciones necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas” [...]. las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho.⁽¹¹⁾

Por su parte, la CSJN, en el famoso precedente “Dessy”, manifestó:

[E]sta Corte afirma como doctrina que, para restringir válidamente la inviolabilidad de la mencionada correspondencia, se requiere:

(10) CORTE IDH, “Canese vs. Paraguay”, 31/08/2004, Serie C N° 111, párr. 117.

(11) CORTE IDH, “Claude Reyes vs. Chile”, 19/09/2006, Serie C N°151, párrs. 89, 90 y 91. El TEDH se expresó en idénticos términos en múltiples precedentes, a modo de ejemplo ver: TEDH, *Kopp c. Suiza* (N° 23224/94), 25/03/1998, párr. 54; *Valenzuela Contreras c. España* (N° 27671/95), 30/07/1998, párr. 46; TEDH, *AB c. Holanda* (N° 37328/97), 29/04/2002, párr. 82. Asimismo, la Parte I de los Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del PIDCP elaborados el 24/08/1984 por el CEyS resulta una referencia ineludible.

a) que haya sido dictada una ley que determine en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a tomar conocimiento del contenido de dicha correspondencia; b) que la ley esté fundada en la existencia de un sustancial o importante objetivo del Estado, desvinculado de la supresión de la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y de la libertad de expresión; c) que la aludida restricción resulte un medio compatible con el fin legítimo propuesto; y d) que dicho medio no sea más extenso que lo indispensable para el aludido logro. A su vez, fines y medio deberán sopesarse con arreglo a la interferencia que pudiesen producir en otros intereses concurrentes. Cabe aclarar, aun cuando no sea materia de ese pronunciamiento, que lo expuesto no excluye la necesidad de una reglamentación que garantice, con arreglo al debido proceso adjetivo, el resguardo de los derechos del preso frente a los actos particulares por los que se ejecute la restricción.⁽¹²⁾

3.1 | Protección de ley

Este estándar posee dos aspectos: uno vinculado a las características que contiene la norma (qué debemos entender por ley en los términos convencionales), y otro al examen de su contenido. En el apartado 2 ya relevamos los antecedentes normativos de la CADH y el PIDCP que prevén esta exigencia.

Ahora bien, para comprender y precisar el vocablo “ley”, que tiene más de diez acepciones en el *Diccionario de la Real Academia Española* (vigésimo segunda edición), y el motivo de su importancia para respetar y garantizar los derechos humanos, acudiremos a lo expresado por la Corte IDH en la OC 06/1986, que en esta materia resulta una fuente ineludible:

17. (...) los criterios del art. 30 sí resultan aplicables a todos aquellos casos en que la expresión **ley** o locuciones equivalentes son empleadas por la Convención a propósito de las restricciones que ella misma autoriza respecto de cada uno de los derechos protegidos. En efecto, la Convención no se limita a proclamar el conjunto de derechos y libertades cuya inviolabilidad se ga-

(12) CSJN, “Dessy, Gustavo Gastón s/ Habeas corpus”, 19/10/1995, Fallos: 318:1894, voto de Fayt, Petracchi y Boggiano.

rantiza a todo ser humano, sino que también hace referencia a las condiciones particulares en las cuales es posible restringir el goce o ejercicio de tales derechos o libertades sin violarlos. El art. 30 no puede ser interpretado como una suerte de autorización general para establecer nuevas restricciones a los derechos protegidos por la Convención, que se agregaría a las limitaciones permitidas en la regulación particular de cada uno de ellos. (...) 21. El sentido de la palabra **leyes** dentro del contexto de un régimen de protección a los derechos humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen. En efecto, la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. (...) 22. Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente (...) 24. La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad (...) 26. En tal perspectiva no es posible interpretar la expresión **leyes**, utilizada en el art. 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación

formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana (...) 27. La expresión leyes, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el art. 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado (...) 35. (...) Solo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención. 36. Lo anterior no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces.

En similar sentido se expidió el CEyS de la ONU en los Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del PIDCP:

4. Todas las limitaciones a un derecho reconocido por el Pacto serán establecidas por la ley y serán compatibles con los objetivos y propósitos del Pacto. (...) 5. No se impondrá ninguna limitación al ejercicio de los derechos humanos a menos que así lo disponga una ley nacional de aplicación general que sea compatible con el Pacto y esté en vigor al momento en que se

aplique la limitación. 6. Las leyes que impongan limitaciones al ejercicio de los derechos humanos no serán arbitrarias o irrazonables. 7. Las normas jurídicas que limiten el ejercicio de los derechos humanos serán claras y accesibles a todo el mundo.

El CDH, en el marco de la OG 16, estableció: “2. (...) es precisamente en la legislación de los Estados donde sobre todo debe preverse el amparo del derecho establecido en ese artículo. 3. El término ‘ilegales’ significa que no puede producirse injerencia alguna, salvo en los casos previstos por la ley (...) que a su vez debe conformarse a las disposiciones, propósitos y objetivos del Pacto”.

El TEDH también respaldó el requisito en estudio.⁽¹³⁾ Cabe destacar entre sus precedentes la ruptura del vínculo de la previsión legal con la tradición escrita, incluyendo el sistema de los Estados que integran el *common-law*.⁽¹⁴⁾ Por otro lado, equiparó las diferencias idiomáticas que podrían existir en el art. 8° CEDH, según sea la versión en inglés —*in accordance with the law*— o en francés —*prévues par la loi*—, señalando que “deben ser interpretadas de una manera que las reconcilie de la mejor manera posible, y de la forma más apropiada para satisfacer los objetivos que son objeto del convenio”.⁽¹⁵⁾

En el orden interno se advierte a la protección legal a partir de una interpretación armónica de los arts. 18, 19 y 28 CN. El principio de reserva de ley contenido en la segunda parte del art. 19 (“Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”) estipula una norma de clausura: lo que no está prohibido por ley es libertad,⁽¹⁶⁾ que se traduce en la necesidad de una norma para restringir derechos. La CSJN reafirmó esta exigencia en reconocidos

(13) Entre varios, TEDH, *Taylor-Sabori c. Reino Unido* (N° 47114/99), 22/01/2003, párr. 18; TEDH, *Klass y otros c. Alemania* (N° 5029/71), 06/09/1978, párr. 43.

(14) TEDH, *Sunday Times c. Reino Unido* (N° 6538/74), 26/04/1979, párr. 47; TEDH, *Kruslin vs. Francia*, (N° 11801/95), 24/04/1990, párr. 36.

(15) TEDH, *Sunday Times...*, cit., párr. 48.

(16) La expresión “todo lo que no está prohibido está permitido” encierra una explicación tautológica que nada dice sobre el contenido. Por lo tanto, se entenderá que el espíritu liberal de nuestra Constitución identifica “lo que” con la libertad de cada persona que no puede ser alcanzada por el Estado.

precedentes, como "Ponzetti de Balbín",⁽¹⁷⁾ "Dessy"⁽¹⁸⁾ y "Halabi".⁽¹⁹⁾ Por su parte, la letra del art. 18 estipula ejemplos concretos sobre este requisito. El art. 28 reitera la protección legal y agrega la condición de la razonabilidad⁽²⁰⁾ para que la norma no perturbe la esencia del derecho reglado. Esta razonabilidad la entendemos como un límite material fundamental para evitar regulaciones endebles que permitan intromisiones arbitrarias que vacíen de contenido a los derechos humanos.

Como se observa, hay coherencia en los distintos sistemas en cuanto a la exigencia *sine qua non* de una ley para restringir los derechos fundamentales, promoviendo así su respeto y garantía.

Evidentemente, no alcanza con una ley, sino que aquella debe cumplir con otras exigencias en relación con su contenido. En este aspecto, la Corte IDH y el TEDH se expresaron en un sentido concordante para delinear parámetros materiales para limitar la injerencia.⁽²¹⁾ Se trata de criterios generales, y en cierto modo abstractos, que deberán encontrar la adecuación correspondiente según el derecho humano del que se trate. Las ideas que se repiten sucesivamente son las de previsibilidad, precisión, claridad y accesibilidad. Lo central es entender que estas normas están dirigidas a la persona y al autorizado para la intromisión que, en la mayoría de las oportunidades, es un funcionario público.

(17) "Solo por ley podrá justificarse la intromisión" (en CSJN, "Ponzetti de Balbín", reiterada en CSJN, "Bahamondez, Marcelo s/ Medida cautelar", 06/04/1993, Fallos: 316:479, voto disidente de Belluscio y Petracchi; CSJN, "Gutheim, Federico c/ Alemann, Juan", 15/04/1993, Fallos: 316:703; entre otros).

(18) "Para restringir válidamente la inviolabilidad de la mencionada correspondencia, se requiere: a) que haya sido dictada una ley", en CSJN, "Dessy, Gustavo Gastón s/ Habeas corpus", fallo cit., voto de Fayt, Petracchi y Boggiano.

(19) "Solo la ley puede justificar la intromisión en la vida privada de una persona", en CSJN, "Halabi, Ernesto c/ PEN —ley 25.873 dto. 1563/04— s/amparo-ley 16.986", 24/02/2009, Fallos: 332:111).

(20) Sobre los distintos sentidos asignados a la razonabilidad, ver: LINARES, JUAN F., *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Bs. As., Astrea, 1989; y SAGGESE, ROBERTO, *op. cit.*, p. 49.

(21) Por todos: CORTE IDH, "Canese vs. Paraguay", 31/08/2004, Serie C N° 111, párr. 125; TEDH, *S. y Marper c. Estados Unidos*, 04/12/2008, párr. 95; TEDH, *Alony Kate c. España* (N° 5612/08), 17/01/2012, párr. 75; TEDH, *Silver y otros c. Reino Unido* (N° 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, y 7136/75), 25/03/1983, párr. 98.

La norma debe ofrecer la información y advertencia suficiente para que el titular del derecho pueda comportarse con conocimiento previo de las posibles restricciones, por lo que es conveniente el uso de un lenguaje normativo llano, cotidiano, sin ambigüedades ni tecnicismos innecesarios. Como contraparte, en el margen de actuación del sujeto activo de la injerencia se encontrará el aspecto más sustancioso y robusto de la protección legal, debido a que serán estas disposiciones las que eviten los desvíos de poder y excesos de arbitrariedad. La norma ha de precisar las hipótesis fácticas que habilitan la intromisión y la modalidad de esa práctica. En este aspecto radica la clave de la regulación, y es donde se observará con mayor nitidez la tensión entre la política criminal y las garantías que limitan la actuación estatal.

3.2 | Legitimidad

Las finalidades legítimas, también denominadas como “estándares materiales o sustanciales”,⁽²²⁾ se vinculan con objetivos de difícil determinación por su imprecisión lingüística.⁽²³⁾ “seguridad nacional”, “orden público”, “salud pública”, “seguridad pública”, “moral pública”, “derechos y libertades de los demás o los derechos o la reputación de los demás”.⁽²⁴⁾ El CEyS, en los Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del PIDCP brindó importantes precisiones al respecto:

22. La expresión “orden público” tal como se utiliza en el Pacto se puede definir como el conjunto de normas que aseguran el funcionamiento de la sociedad o el conjunto de principios en que se basa dicha sociedad. El respeto de los derechos humanos es parte del orden público. 23. La expresión “orden público” se interpretará en el contexto de la finalidad del derecho humano particular que se limite por este motivo. (...) 25. La salud pública puede invocarse como motivo para limitar ciertos derechos a fin de permitir a un Estado adoptar medidas para hacer frente a una grave amenaza a la salud de la población o de alguno de sus miembros. Estas medidas deberán estar encaminadas específicamente a impedir enfermedades o lesiones o a proporcionar cuidados a los enfermos y lesionados. (...)

(22) Ver GARCÍA, LUIS M., “El derecho internacional de los derechos humanos”, *Los derechos humanos en el proceso penal*, Bs. As., Ábaco, 2002, p. 134.

(23) *Ibid.*, p. 137.

(24) Al respecto, ver la normativa citada en el apartado anterior.

27. Toda vez que el concepto de moralidad pública varía según las épocas y las culturas, el Estado que invoque la moralidad pública como objetivo para limitar los derechos humanos, si bien dispone de un cierto margen de discreción, deberá demostrar que la limitación de que se trate es esencial para mantener el respeto de los valores fundamentales de la comunidad. 28. El margen de discreción reconocido a los Estados no se aplica a la norma de no discriminación tal como se define en el Pacto. 29. Solamente se puede invocar la seguridad nacional para justificar las medidas que limiten ciertos derechos cuando estas medidas se adopten para proteger la existencia de la nación, su integridad territorial o su independencia política contra la fuerza o la amenaza de la fuerza. (...) 31. No se podrá utilizar la seguridad nacional como pretexto para imponer limitaciones vagas o arbitrarias y solamente se podrá invocar cuando existan garantías adecuadas y recursos eficaces contra los abusos. (...) 33. La seguridad pública significa protección contra los peligros para la seguridad de las personas, su vida o su integridad física, o contra los daños graves a sus bienes. 34. La necesidad de proteger la seguridad pública puede justificar las limitaciones vagas o arbitrarias y solamente se podrá invocar cuando existan garantías adecuadas y recursos eficaces contra los abusos. 35. El alcance de los derechos y libertades de los demás que puedan constituir una limitación a los derechos previstos en el Pacto rebasa los derechos y libertades reconocidas en el Pacto.

Sobre el concepto de “bien común”, la Corte IDH indicó que

... [e]s posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana.⁽²⁵⁾

(25) CORTE IDH, OC-5/1985, “La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, 13/11/1985, Serie A N° 5, párr. 66.

3.3 | Proporcionalidad —sentido amplio—

Veamos qué sucede con la proporcionalidad, para lo que se evaluará la necesidad, idoneidad, subsidiariedad y proporcionalidad *strictu sensu* de la injerencia en un derecho fundamental. La necesidad de una medida implica que debe tratarse de un medio o instrumento para conseguir lo propuesto, puesto que de lo contrario carecería de sentido su realización. La intromisión también habrá de ser idónea, es decir, adecuada a fin de lograr el objetivo previsto. Supongamos que un fiscal, luego de desarrollar sucesivas tareas de investigación, averigua el domicilio donde se encuentra un distribuidor de estupefacientes de una importante red de narcotráfico. Ahí el magistrado deberá evaluar si desea únicamente detener a esta persona o profundizar la pesquisa para dar con la totalidad de los integrantes de esa red. De acuerdo a ello seleccionará entre las distintas diligencias las que sean necesarias e idóneas para orientar la investigación en la dirección que se propuso: solicitar el allanamiento para detener al distribuidor y secuestrar documentación y computadoras; pedir la intervención de teléfonos; etc.

Sin embargo, y acá entra en juego el criterio de subsidiariedad, tendrá que escoger el medio menos lesivo que permita idéntico resultado. Finalmente, se examinará si la relación entre la medida y el derecho fundamental restringido no es desproporcionada conforme a al principio *pro homine*,⁽²⁶⁾ reflejado también en el art. 14 del nuevo CPPN⁽²⁷⁾ (proporcionalidad en sentido estricto).

Por otro lado, que la medida sea necesaria en una sociedad democrática implica, en primer término, que: "...la restricción tiene que ser compatible con tal modelo social"⁽²⁸⁾ conforme lo pretenden los distintos instrumentos internacionales.⁽²⁹⁾ Sobre su contenido concreto, el TEDH ha dicho que "el adjetivo 'necesario', en el sentido previsto por el art. 10, inc. 2º, no es sinónimo

(26) Al respecto, además del art. 29 CADH ya citado, ver: PINTO, MÓNICA, "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Bs. As., Del Puerto, 2004, p. 163 y ss.

(27) Art. 14: Regla de interpretación. Las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten un derecho deberán interpretarse restrictivamente. Se prohíbe la interpretación extensiva y la analogía de dichas normas.

(28) GARCÍA, LUIS M., *op. cit.*, p. 165.

(29) Entre varios: arts. 15, 16, 17 y 32 CADH; arts. 6º, 8º y 9º CEDH.

de indispensable, ni con lo 'admisible', 'ordinario', 'usual', 'razonable' o 'de-seable', sino que implica la existencia de una necesidad social imperiosa".⁽³⁰⁾

Además, el CEyS, en los Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del PIDCP refiere:

9. La expresión "en una sociedad democrática" se interpretará en el sentido de imponer una restricción adicional a las cláusulas de limitación que califica. 10. Las cargas de demostrar que las limitaciones no entorpecen el funcionamiento democrático de la sociedad incumben al Estado que imponga limitaciones así calificadas. 11. Si bien no existe un modelo único de sociedad democrática, puede considerarse que una sociedad responde a esta definición cuando reconozca; respete y proteja los derechos humanos enunciados en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Para concluir, vale traer a colación la siguiente cita de De Luca:

A decir de Luis García, con quien hemos discutido personalmente este tema, la razonabilidad es un elemento de la proporcionalidad. La proporcionalidad implica dos exámenes: uno anterior a la decisión, hacia atrás, hacia los argumentos que justifican una convicción. Se refiere a la necesidad de hacer la injerencia, con una relación de conexión entre la probable existencia de un hecho y el objeto de esa intromisión, que permita afirmar en caso de resultado positivo que un hecho delictivo se cometió o que el sujeto está involucrado en él. Pero ello no justifica por sí solo la injerencia, porque además, debe hacerse un segundo examen referente a la proporcionalidad en sentido estricto. Siempre hay costos a ser sufridos por personas distintas y debe sopesarse que las ventajas de uno no lo sean a costa del que debe sufrir la injerencia. Hay una ponderación de bienes perseguidos y por ello, puede ocurrir que para ciertos casos se justifique una invasión domiciliaria, porque es menor el costo que el de no poder averiguar un delito; pero que en otros no se justifique la privación de la libertad del imputado frente al costo de no poder llevar adelante el proceso (riesgo de fuga). Este segundo criterio tiene tres caras:

(30) TEDH, *Sunday Times c. Reino Unido*, fallo cit, párr. 59 (la traducción me pertenece).

la idoneidad, la subsidiariedad y la proporcionalidad en sentido estricto. La injerencia habrá de ser idónea para la satisfacción del objeto y fin para el que está prevista la medida. La subsidiariedad indica que no debe haber otro medio menos lesivo que produzca el mismo resultado. La proporcionalidad implica un juicio de valor: algo que puede ser proporcionado para un criterio, se puede transformar en desproporcionado, como por ejemplo, una prisión preventiva excesiva, o una inspección corporal. Todos estos argumentos son recurrentes en la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, cuando se preguntan si la medida era necesaria en una sociedad democrática.⁽³¹⁾

4 | Restricciones a derechos fundamentales en el nuevo CPPN

En este apartado haremos hincapié en el primero de los estándares desarrollados (protección de ley),⁽³²⁾ y observaremos cómo se satisfacen las exigencias correspondientes en algunos ejemplos: la requisa, el allanamiento y la interceptación de correspondencia e intervenciones telefónicas (seguiremos ese orden conforme lo hace el Código). Desde ya, la aplicación de estos requisitos debe extenderse hacia otras eventuales intromisiones como podría considerarse, por ejemplo, la vigilancia con cámaras de seguridad en la vía pública.

4.1 | Requisa

Los arts. 130 y 131 CPPN regulan la requisa con orden judicial y sin esta, respectivamente. El aspecto más importante es la presunción motivada sobre el ocultamiento de cosas relacionadas con un delito. Es decir, ni el magistrado ni las fuerzas de seguridad pueden apartarse de este criterio objetivo que limita considerablemente la discreción y evita la arbitrariedad (cuestión que deberá analizarse bajo el prisma de los otros estándares).

(31) DE LUCA, JAVIER A., "Pruebas sobre el cuerpo del imputado o testigos y las garantías constitucionales" en *Revista de Derecho Penal*, Rubinzal - Culzoni Editores, 1-2000, nota al pie n° 10.

(32) Para el análisis de los restantes habrá que atenerse a las circunstancias del caso en concreto.

Conforme el art. 130 CPPN, el juez solo estará habilitado a disponer la orden correspondiente una vez que una parte se lo solicite —aquí se ve consagrado el principio acusatorio— mediante un auto fundado e indicando qué objetos busca. El personal de la fuerza de seguridad, al momento de acatar la orden, debe advertir a la persona acerca del motivo de la inspección e invitarla a que exhiba lo pretendido. Se observa así la recepción del principio *pro homine*, puesto que indudablemente brindarle a la persona la oportunidad de no sufrir la requisa es menos restrictivo que el paso siguiente, es decir, la inspección *per se*.⁽³³⁾ Otra circunstancia que agregan las normas en cuestión es la perspectiva de género y respeto por el pudor y la dignidad personal, avalando incluso que las requisas las practiquen profesionales de la salud en caso que corresponda.

En relación con la requisa sin orden judicial (art. 131) se adicionan dos supuestos más al aspecto genérico mencionado párrafos atrás: la imposibilidad de esperar la orden judicial ante el peligro de que desaparezca la prueba a incautar y que se practique en la vía pública o lugares de acceso público.

4.2 | Allanamiento

El allanamiento está regulado en los arts. 132 CPPN y ss. Allí encontramos mayores precisiones en pos de proteger este ámbito tan importante de la intimidad, reconocido en el art. 18 CN y también en los tratados internacionales que comprenden el bloque de legalidad.⁽³⁴⁾ En efecto, el art. 139 CPPN prevé un precepto que debe gobernar cualquier registro: “La diligencia se realizará procurando afectar lo menos posible el derecho a la intimidad”.

En primer lugar, nos encontramos ante un requisito análogo al descripto para la requisa, pero adaptado a la finalidad de esta medida de prueba:

.....

(33) Ver nota al pie 25.

(34) Recordemos la famosa y antigua frase de Lord Chatham ante el parlamento británico en 1764: “la casa de cada hombre es su fortaleza, no porque la defiendan un foso o una muralla, pues bien puede ser una cabaña de paja: el viento puede rugir alrededor y la lluvia penetrar en ella, pero el rey no”, citado por FIRPO, PAOLA, “Inviolabilidad de domicilio. Fundamentación en la resolución y orden de allanamiento” en *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal - Culzoni Editores, 2007-1, p. 164.

el juez solo podrá —otra vez, mediante auto fundado⁽³⁵⁾ y a pedido de parte—, ordenar un registro de un lugar si existen motivos para presumir que en ese sitio hay “... cosas vinculadas a la investigación del delito o que allí se pueda efectuar la detención del imputado o de alguna persona evadida o sospechada de haber participado de un hecho delictivo” (art. 132 CPPN). Las causas del allanamiento son claras y taxativas (en virtud del principio *pro homine* toda restricción a derechos fundamentales habrá de considerarse así).

Ahora bien, la norma es estricta en cuanto a los requisitos para el requirente del registro (art. 136 CPPN):⁽³⁶⁾ “a. la determinación concreta del lugar o los lugares que deberán ser registrados; b. la finalidad del registro, mencionando los objetos a secuestrar o las personas a detener; c. el nombre del representante del Ministerio Público Fiscal responsable del control o de la ejecución de la medida, los motivos que fundan su necesidad y cuáles son las evidencias disponibles que, *prima facie*, la justifican...”. Como vemos, el pedido será el sustento para que el juez alcance la presunción explicada en el párrafo anterior. Debemos destacar la primera parte del inc. c, que pone en cabeza de un “... representante del Ministerio Público Fiscal” la carga del desarrollo de la medida (sea su control o ejecución). Esta condición no puede ser pasada por alto, y más allá de la mayor eficacia de la medida que presupone esa responsabilidad, indudablemente también implica una mayor protección al derecho a la intimidad.

Los arts. 133 y 134 CPPN prevén ciertas circunstancias puntuales en la forma de ejecución de los allanamientos. Así, en caso de tratarse de una “morada” —según la propia norma: “... lugar destinado a habitación o residencia particular o sus dependencias cerradas”—, se especifica que el registro debe llevarse a cabo en horario diurno, y restringe las excepciones a los casos en los que el paso del tiempo ponga en riesgo la medida (circunstancia que deberá ser especificada en la orden correspondiente). Con relación a los “otros locales”, el art. 134 CPPN expresa que se deberá

(35) Sobre los requisitos de la orden del juez y las formalidades para el allanamiento, ver arts. 137 y 138 CPPN.

(36) El artículo en cuestión circunscribe la posibilidad del pedido únicamente al representante del Ministerio Público Fiscal. Resta ver, una vez que se implemente el Código, cómo se aplicará esta regulación al resto de las partes, principalmente al querellante.

dar aviso a las personas a cargo y detalla las condiciones concretas de ingreso al Congreso de la Nación y a los estudios jurídicos.⁽³⁷⁾

En cuanto al allanamiento sin orden judicial (art. 135 CPPN), los supuestos —taxativos— son por demás claros y similares a los previstos en el art. 227 del actual Código:

a) por incendio, explosión, inundación u otro estrago se hallare amenazada la vida de los habitantes o la propiedad; b) mediar denuncia, cuya entidad resulte verosímil de acuerdo a las circunstancias, de que una o más personas han sido vistas mientras se introducían en una casa o local con indicios manifiestos de comisión de un delito; c) se introdujere en una casa o local algún sospechado de delito a quien se persigue para su aprehensión; d) voces provenientes de una casa o local pidieren socorro o anunciaren que allí se está cometiendo un delito; e. se tuvieren sospechas fundadas de que en una casa o local se encuentra la víctima de una privación ilegal de la libertad y corre peligro inminente su vida o integridad física; el representante del Ministerio Público Fiscal deberá autorizar la medida.

Encontramos una diferencia en la segunda hipótesis en la que se agregó el requisito de verosimilitud (“... de acuerdo a las circunstancias”) para proceder cuando medie una denuncia.

Finalmente, el art. 139 CPPN propone ciertos recaudos e introduce la doctrina del *plain view*,⁽³⁸⁾ limitando el espacio donde se producirá el registro a la finalidad dispuesta por el juez, y aclara que, únicamente en ese contexto de —“estricto cumplimiento de la orden de allanamiento”— será legal el procedimiento si se encuentran objetos distintos a los buscados, debiendo poner en conocimiento a los funcionarios judiciales correspondientes previo a incautarlos.

(37) Para la entrada y registro en el Honorable Congreso de la Nación, el juez deberá dar aviso al presidente de la Cámara respectiva. Si la entrada y registro hubiesen de practicarse en un estudio jurídico, en la medida de lo posible, deberá darse aviso, antes del comienzo del registro, al colegio profesional correspondiente de la jurisdicción respectiva que podrá designar un representante para que presencie el acto y en su caso formule observaciones para asegurar el respeto del secreto profesional.

(38) Al respecto, ver CARRÍO, ALEJANDRO, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Bs. As., Hammurabi, 2008, p. 394 y ss.

4.3 | Interceptación e intervenciones telefónicas

El art. 143 CPPN regula dos aspectos que también se encuentran incluidos en el derecho a la intimidad: la interceptación y secuestro de correspondencia postal, telegráfica, electrónica o cualquier otra forma de comunicación o de todo otro efecto remitido por el imputado o destinado a este, aunque sea:

- a. bajo nombre supuesto; y la
- b. intervención de comunicaciones.

En el primer caso (a), la protección se remite a la explicada para el allanamiento. Vale destacar, de todas formas, la amplitud del objeto de protección, incluyendo los desarrollos de las nuevas tecnologías y demostrando, una vez más, el rendimiento del principio *pro homine* (protección amplia de derechos y limitaciones restrictivas).

Con relación al segundo punto (b), hay varias aristas a tener en cuenta. En primer lugar, la medida que disponga el juez (luego de controlar la legalidad y razonabilidad del pedido de parte, que deberá incluir el lapso que entienda necesario) será de "... carácter excepcional". Esta remarcada distinción debe ser comprendida en el marco de situaciones que ya de por sí son excepcionales (injerencias en derechos fundamentales), por lo que las exigencias para esta restricción deben ser sopesadas con mayor peso. La norma prevé el plazo máximo de esta medida en treinta días, posibilitando su renovación según el caso. Esta eventual extensión en modo alguno puede considerarse como lo usual o común, sino todo lo contrario, puesto que de ser así la cláusula temporal carecería de sentido. De todas formas, la última oración de la norma refiere: "Si los elementos de convicción tenidos en consideración para ordenar la medida desaparecieren, hubiere transcurrido su plazo de duración o esta hubiere alcanzado su objeto, deberá ser interrumpida inmediatamente".

Por otro lado, los funcionarios públicos que van a llevar a cabo esta tarea, tendrán el "deber de confidencialidad y secreto respecto de la información obtenida" y, en caso de incumplimiento, incurrirán en responsabilidad penal. Igual apercibimiento está previsto para las empresas vinculadas a los servicios de comunicación que no cumplan con la diligencia ordenada por el juez.

5 | Conclusiones

El nuevo CPPN nos presenta múltiples aspectos sumamente interesantes que invitan a la reflexión, e indudablemente serán discutidos en los años venideros. Aquí se intentó introducir uno de ellos, el que atañe a las restricciones de los derechos fundamentales, campo gris por el que suelen transcurrir múltiples decisiones de los operadores judiciales. Los estándares provenientes de los tratados internacionales de derechos humanos constituyen parámetros que precisan cuestiones que no deben devenir azarosas, y su incorporación al Código procesal federal es un progreso hacia la realización del programa de los derechos humanos. Los ejemplos del apartado anterior demuestran, *a priori*, satisfacer el requisito de previsión legal pues se encuentran regulados con claridad y precisión los supuestos que deben cumplirse para poder restringir ciertos derechos fundamentales. Solo resta observar cómo se desarrollarán una vez que entre en vigencia el Código, principalmente a partir de la verificación de los estándares de legitimidad y proporcionalidad en los casos concretos.

La reforma procesal penal como política pública

por **DANIEL ERBETTA**⁽¹⁾

I | Introducción

La cuestión del sistema judicial es probablemente la cuestión central de la política argentina en la actualidad.

La expansión legislativa, la ampliación de ciudadanía, el desarrollo superlativo de una cultura de derechos que excede las leyes y las permanentes demandas sociales golpean las puertas de los tribunales.

Es en este contexto de un cada vez mayor protagonismo de la justicia en la vida colectiva que se ha abierto un debate pendiente que reinstala la discusión no solo en orden a un poder carente de legitimidad política directa, sino fundamentalmente en relación a las propias estructuras organizativas, a los niveles de responsabilidad institucional y a los mecanismos de control, transparencia y publicidad de sus actos que, se sabe —y, caso contrario, vale advertirlo—, son también actos políticos (de eso se trata una sentencia); esto es, actos de un poder estatal que integra la estructura del Estado a través de la cual se gobierna la sociedad.

.....

(1) Profesor Titular en Derecho Penal (UNR). Docente Investigador Categoría I. Director del Departamento de Derecho Penal y Criminología y Director de la Carrera de Posgrado de Especialización en Derecho Penal (UNR). Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe. Miembro y coautor del Anteproyecto de Reforma y actualización Integral del Código Penal, designado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Autor de libros y artículos de la especialidad.

2 | Democratizar la justicia

En cualquier caso, y en lo que nos convoca, se ha instalado un debate pendiente sobre el estado de la justicia y su reforma, y en esos términos debe entenderse la discusión sobre la llamada "democratización de la justicia", expresión que en verdad reconoce antiguos desarrollos y preocupaciones, como ocurriera en los albores de la democracia recuperada con el gobierno de Raúl Alfonsín, que contó en estas cuestiones con el asesoramiento del maestro Carlos Nino.

Aquel debate quedó trunco por motivos justificados (veníamos del terrorismo de Estado y había que juzgar a las cúpulas), cayó luego en un pozo en la década del neoliberalismo de los 90 y se ha constituido hoy en un debate necesario que no todos están dispuestos a dar de cara a la sociedad y sin manipulaciones, pero que debemos asumir con responsabilidad y participación de toda la ciudadanía, en tanto no podemos ser tan narcisistas de creer que solo los profesionales que monopolizamos, nada más y nada menos que un poder del Estado somos los únicos habilitados para intervenir.

Democratizar la justicia no es una expresión ambigua y tampoco se agota en la transformación imprescindible de los sistemas de justicia penal.

Democratizar la justicia supone la necesidad de elaborar no ya una teoría de la justicia democrática sino, antes bien, una agenda democrática para alcanzar, mediante las reformas normativas y organizativas necesarias, los objetivos políticos de un sistema de justicia compatible con la Constitución Nacional.

Dentro de esa agenda y en ese debate deben ubicarse los procesos de reforma al Código Penal y fundamentalmente la reforma a la justicia penal, incluso dentro de ella las tentativas por saldar el incumplimiento histórico con la Constitución que proyecta un juicio oral, público, contradictorio y por jurados populares.

Pero ¿por qué la necesidad de una agenda democrática para la justicia? ¿por qué la necesidad de cambiar?

Creo que la dificultad para avanzar en estas transformaciones es, precisamente, la dificultad que tenemos para aceptar un diagnóstico crítico sobre

el estado y los resultados de la justicia; esto es, la dificultad para reconocer que tenemos problemas estructurales y de funcionamiento derivados de múltiples factores aunque preponderantemente de un modelo de poder judicial conceptualizado en el siglo XIX, estructurado a través de una burocracia jerárquica que ha formateado una matriz cerrada y relativamente conservadora que se proyecta en ciertas tradiciones, prácticas y rutinas añejas, en problemas de accesibilidad, publicidad y transparencia de los actos que el poder produce.

La dificultad para admitir que tenemos un modelo que ha sido programado para funcionar prácticamente sin controles o con controles muy débiles y donde bajo el pretexto de la independencia judicial muchas veces se neutraliza o diluye la responsabilidad funcional.

Un modelo, en todos los fueros, que institucionaliza una de las más graves lesiones a la independencia interna por vía de la declinación voluntaria que los jueces hacen mediante la delegación funcional, cuya fuente directa es el expediente y la cultura del trámite que genera.

Un modelo donde, además, resulta llamativa la naturalidad con que tanta distorsión ha sido asumida por los operadores y peor aun las socializadas pretensiones de sumar recursos humanos (por caso, los llamados "relatores") para potenciar e incrementar la delegación funcional.

Un esquema caracterizado por una suerte de deformación profesional que aleja cada vez más a la organización del cumplimiento de sus funciones y objetivos privilegiando el trámite y la observancia obsesiva de los vericuetos reglamentarios antes que la razonabilidad de las soluciones.

Un modelo de organización donde muchas veces se consolida una cultura que lleva a aceptar como algo "natural" situaciones que cualquier persona, con un mínimo de racionalidad, juzgaría como inaceptables.

Todos estos defectos, comunes en general a los diversos fueros de la justicia, han quedado magistralmente expuestos y visibilizados (aunque no lo advirtiéramos porque es propio de estas estructuras que los operadores muchas veces no puedan ver que existen otros problemas diversos a los que suelen ver) en las estructuras básicas del procedimiento inquisitorial o mixto.

Se trataba de sistemas que se regían por un procedimiento escrito, una recurrente y generalizada delegación funcional, falta de transparencia y una lógica judicial exageradamente formalista y burocratizada que colocaba al expediente —ese objeto del deseo inquisitivo y fuente del culto al trámite— como actor central de un procedimiento que muchas veces duraba largos años en un contexto bastante dominado por el llamado “síndrome de alineación temporal”.

Una estructura judicial organizada en base a “juzgados”, donde el juez asumía —y en algunas regiones lo sigue haciendo— el dominio de un territorio propio, con su propia cohorte de empleados, mobiliario y demás enseres. Un esquema feudal, burocrático y autonomizado que, al asumir las impropias funciones de investigación y persecución, además de conculcar un elemental criterio de imparcialidad, exhibía la falla derivada de la total ausencia de estrategias y políticas de persecución penal unificadas o de una ingeniería institucional que permitiera conectar hechos y protagonistas o intervenir coordinadamente en economías delictivas.

Los resultados de aquel sistema de justicia monopolizado por jueces y funcionarios profesionales y sin participación ciudadana no ha podido ser más patético: incapacidad investigativa; cómoda subordinación (generalmente, al extremo dependiente) de los jueces y fiscales a la actividad autónoma de la policía; limitadísima capacidad de respuesta a los conflictos penales; afectación de derechos y garantías, tanto de los imputados como de las víctimas.

3 | El proceso de reforma

Los procesos de reforma han pretendido y pretenden abandonar este modelo inquisitivo y adoptar el acusatorio. Todos sabemos en qué consiste el paradigma normativo de estos modelos.

Sin embargo, los resultados no fueron los esperados y muchos de los defectos señalados al modelo inquisitivo o mixto siguieron operativos. Y esto es relevante porque en las regiones o jurisdicciones que recién ahora se disponen a iniciar estas reformas es fundamental capitalizar estas experiencias, sus éxitos y sus fracasos, para no cometer los mismos errores.

Sintéticamente, algunas razones explican aquella frustración:

- En algunos casos, la reforma normativa fue incompleta al no reparar que el acusatorio no se satisface con una simple variante funcional (fiscal y juez) si no se ataca la base misma del sistema de organización judicial, incluidas las estructuras de la acusación y la defensa.
- En otras regiones la oralidad se limitó al juicio mientras la investigación preliminar a cargo del Fiscal ha seguido formalizada y por escrito. De este modo se tramitaban o tramitan expedientes que, a la hora del juicio oral, eran o son leídos (juicios leídos, no orales).⁽²⁾
- La tercera cuestión tiene que ver con una resistencia natural al cambio, una inevitable resistencia cultural. El nuevo modelo responde a otras lógicas. Exige cambiar el chip y necesariamente enterrar prácticas y rutinas añejas, cambiar prácticas, la forma de trabajar, de organizarnos, de gestionar y de litigar. Los procesos de reforma no asumieron ni atendieron debidamente este problema y los operadores terminaron trasladando las viejas prácticas a un sistema que responde a una lógica sustancialmente diversa.
- En cuarto lugar, los procesos de reforma —por diversas y, en algunos casos, atendibles razones— no fueron acompañados de un concomitante, necesario e imprescindible proceso de reforma de la estructura y organización policial.

4 | Los retos y perspectivas

Si el objetivo del movimiento reformador fue remover la matriz y tradición inquisitorial del proceso penal, hoy debemos asumir que el problema que enfrentamos está dado por lo que podríamos calificar —siguiendo a Alberto Binder— como una reconfiguración inquisitorial de los nuevos modelos acusatorios; esto es, el riesgo de la subsistencia de procesos penales inquisitivos disfrazados de acusatorios.

Por ello, creo que el desafío actual consiste en fortalecer la matriz acusatoria y para ello es necesario modificar las estructuras de la organización judicial, la acusación y la defensa y profundizar los programas de capacitación para vencer las resistencias culturales, condicionadas por las viejas prácticas rutinarias y la lógica burocrática fuertemente instalada entre nosotros.

(2) Nada se gana en calidad de juicio con prever una etapa oral al final del proceso cuando ya toda la prueba ha sido producida sin control de la defensa, se ha hecho constar en actas y el imputado se encuentra en prisión preventiva desde meses o años.

Es mentester tener cuidado porque la burocracia generalmente tiene capacidad para adecuarse a cualquier modelo y así puede funcionar con un código formalmente inquisitivo, mixto o acusatorio; siempre va a funcionar igual, cualquiera sea el modelo normativo.

En el ámbito federal se habrá desperdiciado una oportunidad si la reforma al acusatorio se agota solo en una variante funcional y se prescinde modificar la base misma del sistema de organización judicial actual, incluida la acusación y la defensa.

En el caso de la Provincia de Santa Fe se ha iniciado un profundo proceso de transformación de la justicia penal que claramente apunta a democratizar su funcionamiento y generar instrumentos que le permita alcanzar sus objetivos. Ello nos obliga a un enorme esfuerzo para preservar las bondades del cambio y evitar que se desnaturalice.

Es que venimos del último sistema inquisitivo totalmente escrito que tenía Argentina y el cambio fue radical, saltamos de un extremo al otro y no fue fácil aunque teníamos la ventaja de las otras experiencias comparadas y ahora venimos construyendo la nuestra. Llevaría más espacio dar cuenta aquí de esta experiencia pero solo me permito señalar que antes de comenzar a andar había una resistencia natural, se hacían cálculos, se decía que era imposible, que no había salas de audiencias suficientes, que no había jueces, que si en las audiencias no había secretarios sería todo nulo, etc.

No se advertía que pensar la carga de trabajo del nuevo sistema con la lógica del sistema inquisitivo solo podía llevar a error.

Hoy los jueces, a pesar de todas las dificultades propias de un nuevo modelo de organización, pueden dar testimonio de la satisfacción que tienen con un sistema que les permite trabajar exclusiva y excluyentemente en la actividad jurisdiccional, hacerlo de cara a la sociedad y resolver todas las cuestiones en audiencias orales, quedando toda la actividad de gerenciamiento y gestión concentrada en la oficina de gestión judicial, dirigida por expertos en organización.

Todo proceso de reforma presupone problemas de diseño y problemas de implementación y convengamos que las mayores dificultades se dan en esta última etapa; sin embargo, resulta fundamental acertar en algunas

opciones valorativas del sistema que queremos tener y de los objetivos políticos que queremos alcanzar.

Definir los objetivos políticos (en sentido institucional) supone acordar las metas a perseguir y hablo de objetivos políticos porque más allá de que toda reforma presupone un proceso político y está necesariamente vinculada con valores políticos, constituye además un programa destinado a un poder del Estado (el judicial), cuyos actos —como se ha dicho— son actos de gobierno.

En esa perspectiva, estimo que un sistema de justicia penal debe procurar:

- a. el respeto pleno a las garantías constitucionales de los imputados y la protección de los derechos de las víctimas, procurando la solución de los conflictos;
- b. transparentar y desburocratizar su funcionamiento y favorecer el acceso a la justicia;
- c. aumentar los niveles de respuesta institucional a los conflictos penales⁽³⁾ en un plazo razonable;
- d. modificar la repugnante selectividad de un sistema penal que se ha ocupado casi siempre de lo mismo;⁽⁴⁾ y
- e. ante los alarmantes datos de una realidad históricamente verificable, generar las condiciones para restablecer el sentido constitucional de un sistema trastocado que funciona cautelarmente, con una medida de aseguramiento físico a modo de pena anticipada cuando el preso es condenado o de medida de seguridad predelictual cuando es sobreseído o absuelto.⁽⁵⁾

(3) En puridad, si bien “impunidad” es la falta de castigo, el objetivo político de un sistema de justicia penal es reducir la falta de respuesta frente a los conflictos. Precisamente, la falta de respuesta alimenta la idea de impunidad; desde esta perspectiva no se trata de aumentar las condenas. La impunidad es la falta de respuesta institucional a los conflictos penales, situación que se verifica cuando no hay respuesta, ya sea por vía de un archivo o desestimación, un criterio de oportunidad, una salida alternativa, un sobreseimiento, una absolución o una condena.

(4) A pesar del fenómeno expansivo y de la banalización de la legislación penal, nuestros fiscales y jueces apenas si trabajan y manejan no más de una veintena de tipos penales.

(5) En general, la realidad demuestra que tenemos un sistema penal cautelar donde la pena no está al final del proceso, sino al principio en un escenario precondenatorio. No se funda en la comprobación del injusto y la culpabilidad, sino en la sospecha y la necesidad del aseguramiento físico. En cualquier perspectiva, la prisión preventiva resulta difícilmente legítima pero analizada en concreto en la realidad de nuestra región constituye una grosera ilegalidad. Funciona en muchos casos como pena anticipada —cuando posteriormente se condena al imputado preso— y en otros como medida de seguridad predelictual, tal como ocurre en los casos en que el imputado preso nunca es condenado. Si se la normativiza al extremo suele decirse, desde la teoría general del proceso, que es una medida cautelar aunque nadie se atreve a exigir que, de ser así, se efective una contracautela, tal como lo prescribe la teoría general de las cautelares. No afianza la justicia porque la justicia no se afianza con la investigación preliminar

5 | Conclusión

Si alguna conclusión quisiera transmitir es la necesidad de asumir que lo más relevante de las reformas procesales está dado por la dimensión política, organizacional y cultural. Es que el factor inquisitivo y la cultura burocrática está más en el sistema de organización y en nuestras prácticas cotidianas que en el sistema normativo.

Esto marca las dificultades de los cambios porque, en verdad, estamos hablando de poder y de una nueva concepción en el ejercicio del poder. Por ello el proceso de reforma y su consolidación demanda mucha planificación estratégica, un fuerte compromiso ideológico, responsabilidad institucional y capacitación continua.

Un compromiso ideológico que supone la necesidad de internalizar un esquema mental que privilegia las soluciones y no los obstáculos; que privilegia los objetivos políticos de la organización y no los vericuetos reglamentarios o las prácticas rutinarias.

La responsabilidad institucional para generar espacios de discusión y consenso que permitan analizar y gestionar los problemas de la reforma y su implementación. En este sentido se hace indispensable mucha coordinación entre las agencias, un adecuado gobierno y gestión del sistema y mucho monitoreo y control de gestión. Va de suyo que la experiencia demuestra que estos procesos se facilitan si los máximos responsables institucionales de las organizaciones comprometidas asumen el liderazgo para impulsar los cambios.

La capacitación en los principios y reglas de juego, en las técnicas operativas y de litigación y un cambio radical del modo de actuación de fiscales, defensores y jueces, que tiene que ver con esas nuevas formas de organizarnos y gestionar.

.....

y la sospecha inicial, sino con el juicio y la sentencia en tiempo razonable; tampoco tiene impacto en la reducción del delito y con ello en la cuestión, compleja por cierto, de la inseguridad. De otra parte, si fuera un regulador de la seguridad/inseguridad los niveles objetivos y subjetivos de seguridad deberían estar muy elevados porque en los últimos quince años la tasa de encarcelamiento se ha más que duplicado (a despecho de la pseudoteoría mediática de la "puerta giratoria), manteniendo niveles intolerables (cerca del 62% promedio país) de encarcelamiento preventivo. Su utilización solo puede justificarse excepcionalmente como neutralización temporal (y mientras dure) de un riesgo procesal (de fuga o entorpecimiento probatorio).

Pero la capacitación en lo procesal y en el nuevo diseño operativo no nos puede hacer perder de vista que el proceso es el escenario básico de configuración del derecho penal y ello obliga a transitar un camino de integración que ahora será más notorio y evidente porque fiscales, abogados y jueces, de dar misa en latín y de espaldas a la gente, han pasado a una liturgia en castellano y de frente a la sociedad.⁽⁶⁾

Pero cuidado porque ni el proceso penal ni la implementación de la reforma son un fin en sí mismo. No podemos absolutizar el cómo y perder de vista el para qué salvo que pensemos en construir un reloj de una sola aguja.

Por ello debemos saber para qué queremos el cambio. No se trata solo de cambiar la ley, ni tampoco de cambiar nuestras prácticas rutinarias y de gestión; no se trata solo de ganar eficiencia porque, además, ninguna reforma judicial es neutra y, en esa perspectiva, la eficiencia también tiene que ver con los valores.

Se trata de alcanzar los objetivos políticos relacionados desde un comienzo; en fin, de cambiar el dramático inventario de un sistema penal que no cumple ninguno de los objetivos relacionados. Para ello se necesita cambiar una concepción y una forma de ejercicio de poder. Este es probablemente el cambio paradigmático más importante. La reforma no es un problema de técnica procesal, no es un problema procesal. Es un problema esencialmente político, un problema ideológico. Una nueva concepción de poder hacia afuera y hacia adentro.

(6) Siempre he sostenido que el mejor criterio de oportunidad es conocer la estructura global del ordenamiento jurídico, los principios y las reglas del área específica, saber manejar las categorías del sistema de derecho penal y conocer la estructura particular de los delitos. Cuanto más derecho conozca más fácil será la construcción del caso y más amplia la posibilidad de asegurar la toma de decisiones y la posibilidad de desempeñar con libertad el rol que corresponda (pensemos que, por ejemplo, en el nuevo sistema los fiscales, a diferencia de lo que ocurre con los jueces de instrucción, deberán decidir probablemente un alto porcentaje de casos en el primer día y van a tener que hacerse cargo de las consecuencias políticas de sus decisiones). El conocimiento facilita la actividad, da seguridad, hace previsible las decisiones y funciona como importante elemento de descarga procesal pero también favorece la actividad de investigación porque, en muchos casos, si no conozco la estructura típica del delito difícilmente pueda disponer los medios conducentes a su comprobación. Jiménez de Asúa hablaba de la función procesal de la tipicidad y más recientemente Bacigalupo ha postulado la necesidad de extremar las exigencias procesales para la selección judicial *in limine* de las denuncias y querellas ante la comprobación de que un alto porcentaje de casos judicializados en España, tal como ocurre entre nosotros, son de antemano atípicos.

La incorporación de la víctima en la ejecución de la pena⁽¹⁾

por **MARÍA BELÉN MASOLA**⁽²⁾

I | Introducción

La creciente intervención de la víctima en el proceso penal es claramente una manifestación más de participación ciudadana, tendiendo a otorgar a la víctima un mayor espacio en el proceso penal, restituyéndole el papel que nunca debió perder, el de sujeto de derecho en el proceso penal.⁽³⁾

El respeto de los derechos de la víctima, en los nuevos códigos de procedimientos penales latinoamericanos, responde a tres puntos básicos: a) la activación de mecanismos de participación en lo referido a la actividad acusatoria; b) ayuda técnica legal, y c) posibilidades de solución de los conflictos penales, teniendo en cuenta la voluntad de la persona damnificada por el delito.⁽⁴⁾

(1) Este artículo fue presentado para su publicación con anterioridad a la sanción de la ley 27.063 (BO 10/12/2014), que aprueba el Código Procesal Penal de la Nación.

(2) Estudiante de Derecho (UBA).

(3) FELLINI, ZULITA (dir.), *Ejecución de penas privativas de libertad*, 1ª ed., Bs. As., Hammurabi, 2014, p. 396.

(4) PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA, *Colección de Derechos Humanos y Justicia. Víctimas, Derechos y Justicia*, oficina de derechos humanos y justicia, [en línea] <https://www.justiciacordoba.gob.ar/JusticiaCordoba/files/libros/ddhhLibro3.pdf>, 2001, p. 193.

En este trabajo se abordará la incorporación gradual de la víctima durante todo el proceso penal, teniendo en cuenta el tratamiento de este sujeto en el derecho internacional y en el derecho interno, a través de su incorporación mediante un recorrido histórico de los códigos de procedimientos argentinos, haciendo especial hincapié en el alcance de los derechos que tiene el ofendido en la etapa de la ejecución de la pena; y las posibilidades que tiene de controlar y recurrir las resoluciones judiciales.

2 | El rol de la víctima en la Constitución Nacional y en el derecho internacional

Desde 1994 la Constitución Nacional, en el art. 75, inc. 22, establece que los Tratados y concordatos de derechos humanos tienen jerarquía superior a las leyes, e incorpora, en las condiciones de su vigencia y otorgándoles jerarquía constitucional, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo. Aquí deseo enunciar los derechos y garantías que tiene la víctima en el proceso penal.

Primero, la Declaración Universal de Derecho Humanos establece en el art. 7° que: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley ...”; por otra parte, el art. 8° enuncia que “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley” y, por último, el art. 10 declara que “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.⁽⁵⁾

(5) ONU, “Declaración Universal de los Derechos Humanos”. Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.

Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 8º inc. 1), sobre Garantías Judiciales, establece que:

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

Además, en el inc. 2. h. establece que “Durante el proceso, toda persona tiene, en plena igualdad, (...) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. Por último, el art. 25 sobre protección judicial, establece en el inc. 1 que:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales...

Y en el inc. 2. b. compromete a los Estados partes: “a desarrollar las posibilidades de recurso judicial”.⁽⁶⁾

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece en el art. 14, inc. 1, que:

Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...⁽⁷⁾

(6) OEA, “Convención Americana sobre Derechos Humanos” (Pacto de San José, Costa Rica), 7 al 22 de noviembre de 1969.

(7) ONU, “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, adoptado y abierto a la firma. Ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de di-

Por último, y sin querer hacer extensa esta sección, quiero mencionar los **Principios de Justicia Básicos para las Víctimas de Delito y Abuso del Poder**, que reconocen la necesidad de medidas más eficaces en los planos internacional, regional y nacional en favor de las víctimas de delitos y de las víctimas del abuso de poder, y establece el art. 5° que “se establecerán y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de su derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos”. En la misma línea, su Declaración dispone en el art. 6° inc. b) que:

... se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas (...) permitiendo que la visión y preocupaciones de la víctima sean presentadas y consideradas en las instancias apropiadas de los procedimientos donde se afecten sus intereses personales, sin perjuicio para el acusado y de acuerdo con el sistema judicial nacional pertinente.⁽⁸⁾

3 | El Código Obarrio⁽⁹⁾

En la exposición de motivos, el Dr. Manuel Obarrio advierte:

... que la acción penal en nuestra actual legislación, tratándose de delitos públicos, puede ser ejercitada por cualquier persona. Este sistema, que nuestro derecho aceptó de la legislación romana, rige todavía en algunos países. En otros no solo no se acuerda a cualquiera del derecho de acusar sino que se niega a los mismos particulares damnificados, reservándose sólo su ejercicio a los funcionarios del ministerio público (...) En las

ciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el art. 49, Lista de los Estados que han ratificado el Pacto Declaraciones y Reservas.

(8) ONU, “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”, Milán, Italia, del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985. El 29 de noviembre del mismo año, la Asamblea General aprobó el texto recomendado por el Congreso al mismo tiempo que aprobó la resolución 40/34.

(9) Ley 2372 (derogada), Código de Procedimientos en Materia Penal, año 1888.

disposiciones del proyecto queda proscripta la acción popular, pero se reconoce en la parte ofendida o en sus representante legales, el derecho de querellarse contra los delincuentes, o de constituirse parte en el juicio criminal iniciado por el ministerio público. No es posible, en mi concepto, desconocer en la persona damnificada el derecho de velar por el castigo del culpable, y tanto más, cuanto que el resultado del juicio criminal tiene una influencia decisiva respecto de la existencia de las acciones civiles que nacen del delito.⁽¹⁰⁾

En ese Código, el art. 170 establece que “La persona particularmente ofendida por delito de acción pública, podrá asumir la función de parte querellante, y promover y estimular, en tal carácter, el proceso penal...” En la misma línea, el art. 172 señala: “El particular querellante quedará sometido a la jurisdicción del juez que conociere de la causa, en todo lo relativo al juicio por él promovido y a sus consecuencias legales. La circunstancia de que el querellante se domicilie en el extranjero, no obsta a su derecho de querellar, personalmente por medio de apoderado”.⁽¹¹⁾

Como consecuencia, a partir de los fragmentos transcritos de la exposición de motivos, como núcleo fundamental del Código, se puede decir que este ampliaba las facultades de la víctima en el proceso, brindándole un lugar específico durante el trámite judicial. No se debe perder de vista que este avance pierde fuerza en la posterior sanción del Código Levene, como se verá en la próxima sección, que vuelve a retroceder en este punto, quitándole a la víctima el lugar consolidado que había adquirido en la era del Código Obarrio.

4 | El Código Levene⁽¹²⁾

En este Código Procesal Penal de la Nación (Levene), el Libro Primero “Disposiciones generales”, Título IV —“Partes, defensores y derechos

(10) CHICHIZOLA, MARIO I., *Código de Procedimientos en Materia Penal*, 15ª ed., Bs. As., AbeledoPerrot, 1987, p. 13.

(11) ONU, *op. cit.*, p. 75.

(12) “Código Procesal Penal de La Nación”, del año 1991, aprobado por ley 23.984, hoy vigente.

de testigos y víctimas”— Capítulo III —“Derechos de la víctima y el testigo”—, estipula en el art. 79:

Desde el inicio de un proceso penal y hasta su finalización, el Estado nacional garantizará a las víctimas de un delito y a los testigos convocados a la causa por un órgano judicial el pleno respeto de los siguientes derechos: a) A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes...

El art. 80 dispone:

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo precedente, la víctima del delito tendrá derecho: a) A ser informada por la oficina correspondiente acerca de las facultades que puede ejercer en el proceso penal, especialmente la de constituirse en actor civil o tener calidad de querellante; b) A ser informada sobre el estado de la causa y la situación del imputado...⁽¹³⁾

A este capítulo, el Dr. Ricardo Levene, como uno de los coautores del *Código Procesal Penal de la Nación comentado y concordado*, explica que el capítulo incorpora estas nuevas disposiciones, que no contemplaba el proyecto originario. Agrega que:

... pareciera redundante ratificar el derecho de víctimas y testigos a recibir trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes (...) Pero lo cierto es que cada vez menos se observan normas de cortesía con quienes deben relacionarse con oficinas públicas. Jamás deben olvidar los intentos del Poder Judicial que están abocados a la administración de un “servicio público” y que los contribuyentes no deben soportar malos tratos, esperas, desinformación (incs. a y d)...⁽¹⁴⁾

El capítulo IV del mismo libro, titulado “El Querellante Particular”, establece en el art. 82: “Toda persona con capacidad civil particularmente ofendida por un delito de acción pública tendrá derecho a constituirse en parte querellante y como tal impulsar el proceso, proporcionar elementos de

(13) LEVENE, RICARDO *et. al*, *Código Procesal Penal de la Nación (Ley 23.984) comentado y concordado*, 2da. ed., actualizada, Bs. As., Depalma, 1992, pp. 68/69.

(14) LEVENE, RICARDO y otros, *Ibid.*

convicción, argumentar sobre ellos y recurrir con los alcances que en este Código se establezcan...”. Aquí el comentario de 1992 advierte:

El artículo establece la posibilidad de que toda persona particularmente ofendida por un delito pueda constituirse en parte querellante (...) Dentro de las amplias facultades que la ley concede a este sujeto eventual, le impide, sin embargo, abrir el plenario por su propia voluntad (art. 348). Destaca, asimismo, que el art. 80 inc. a), establece el derecho de la víctima a ser informada acerca de las facultades que puede ejercer en el proceso penal, especialmente la de constituirse en actor civil o querellante...⁽¹⁵⁾

En la exposición de motivos del proyecto, se advierte en el apéndice “Acciones que nacen del delito” que:

... el proyecto establece el ejercicio exclusivo del ministerio fiscal en lo que respecta a la acción pública, debiendo iniciarla de oficio si su instauración no depende de la instancia privada. De tal manera, siguiendo las líneas de la doctrina y legislación más moderna, que rigen en Italia, Alemania y otros países, se suprime el querellante en este tipo de acciones. Es hoy inadmisibles en materia penal, donde predominan conceptos de reeducación y defensa social, que el Estado se ponga al servicio del interés pecuniario o de la venganza personal, que son casi siempre los móviles que llevan al damnificado a ejercer la acción pública, móviles que se ponen en evidencia si nos fijamos en el gran número de querellantes que desisten de su acción, dando pretextos fútiles, una vez que han percibido la suma en la que se consideran perjudicados. Casi siempre el acusador particular es, según la vieja frase, la quinta rueda del carro, destinada a dilatar los términos, demorar los incidentes de excarcelación, u en una palabra, a entorpecer el procedimiento, para prolongar, nada más por venganza, la detención del acusado (...) Limitase la intervención del querellante como parte civil, al solo objeto de obtener la indemnización del daño causado por el delito; dictase la ley orgánica del ministerio público que saque a este último del papel pasivo a que se halla relegado, especialmente

(15) LEVENE, RICARDO y otros, *ibid.* p. 70.

en lo referente a la búsqueda de elementos de juicio del delito, o se podrá prescindir del acusar particular.

Por otra parte, mientras el Código Obarrio en el art. 179 permitía que el sumario se inicie: 1) por denuncia 2) por querella 3) por prevención 4) de oficio, el Código Levene elimina la querella como medio de promoción de la acción penal, y el denunciante por acto que lo damnifica o la víctima que aprovecha la denuncia de un tercero o una investigación oficiosa preventiva o del fiscal, puede pretender ser tenido por querellante.

Por otro lado, respecto a lo que este trabajo quiere señalar, en el Libro V —“Ejecución”—, Título I —“Disposiciones Generales”—, el art. 491 —Trámite de los incidentes. Recurso—, establece que:

... los incidentes de ejecución podrán ser planteados por el ministerio discal, el interesado o s defensor y serán resueltos, previa vista a la parte contraria, en el término de cinco días. La parte querellante no tendrá intervención. Contra la resolución sólo procederá el recurso de casación, pero este no suspenderá la ejecución a menos que así lo disponga el tribunal...

El comentario a este artículo

... indica con precisión quiénes pueden plantear los incidentes de ejecución (...) Con ello hace efectivo el principio de contradicción, el impulso procesal queda en manos de quienes tengan interés legítimo y da seguridad temporal para la expedición del traslado correspondiente (...) La norma determina quiénes puede plantear los incidentes de ejecución: el ministerio fiscal, el interesado o su defensor; cuál es el procedimiento a seguir: son resueltos, previa vista a la parte contraria, en el plazo de cinco días (...) hay de por medio un interés público en una correcta ejecución de la condena...⁽¹⁶⁾

En consecuencia, la ejecución de la sentencia que recaiga en el juicio será ajena al control o a la participación —de cualquier índole— del querellante. Su actividad cesará con el ejercicio de los recursos con que cuente en cada caso. De allí en más, una vez firme la decisión jurisdiccional, cuanto se decida está al margen de su intervención, y lo que concierna a la ejecución

(16) LEVENE, RICARDO, *et. al.*, *ibid.*, pp. 435/437.

de aquella quedará en manos exclusivas del “tribunal que la dictó o del juez de ejecución”. Así la exclusión del querellante viene impuesta por el art. 491, párr 1º, última oración que lo aparta tajantemente.⁽¹⁷⁾

5 | El Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de Maier⁽¹⁸⁾

La exposición de motivos del Código del Dr. Julio B. J. Maier —apartado III “La estructura del procedimiento y sus particularidades”; Libro II, “Facultades, deberes y garantías de los participantes en el procedimiento”— está destinado a los intervinientes del proceso.

El punto dedicado a “la víctima” comienza definiendo el Código por “una consideración efectiva del papel de la víctima en el proceso penal”.⁽¹⁹⁾ Su definición es considerablemente más amplia que el concepto tradicional. Y como principal innovación expande los derechos del ofendido aunque no asuma el papel de acusador.

Así, el art. 190 —Derechos genéricos del ofendido— establece:

Sin perjuicio de la legitimación como acusador privado, el ofendido tiene derecho, aunque no asuma el papel del acusador: 1) si se tratare de la persecución de un delito de acción pública, cuando haya denunciado, compareciere en el procedimiento de cualquier manera o se conozca su domicilio, a ser informado por el acusador público o por el tribunal acerca del sobreseimiento, de la clausura del procedimiento o archivo, de la acusación, del auto de apertura del debate y de la sentencia, con copia de los dictámenes o decisiones pertinentes; 2) si estuviere presente en

(17) NAVARRO, GUILLERMO R. y DARAY, ROBERTO R., *La querella. El derecho de querella. Su ejercicio en los diversos procesos e instancias. La capacidad, la legitimación y la representación del querellante*, 3ª ed., Bs. As., Hammurabi, 2008, p. 305.

(18) Elaborado en 1988 por Julio B. J. Maier, junto a Jaime Bernal Cuéllar, Fernando de la Rúa y Ada Pellegrini Grinover.

(19) MAIER, JULIO B. J., *Derecho Procesal Penal. III. Parte general. Actos procesales*, 1ª ed., Bs. As., Editores del Puerto, 2011, pp. 483, 486/487 y 550/551.

el debate, a tomar la palabra después de los informes finales y antes de concederle la palabra final al acusado, conforme a lo dispuesto en el art. 46 (...) 5) a impugnar por la vía jerárquica el sobreseimiento del acusador público, conforme al artículo siguiente (...) 8) a recibir asesoramiento jurídico por parte de un abogado y a hacerse representar por él en las diligencias de trámite...

El art. 191 —Facultad para impugnar— regula:

El ofendido podrá requerir, por escrito fundado y en cualquier momento, la revisión por vía jerárquica del sobreseimiento decretado por la fiscalía, hasta agotarla, salvo el caso de que la decisión haya sido emitida por el Fiscal General. En su caso, el superior ordenará realizar las acciones que correspondan, salvo que prefiriese continuar él con el procedimiento. Contra la decisión del Fiscal General, el ofendido podrá recurrir sólo por razones de legalidad, ante el tribunal competente para el recurso, ordenará al Fiscal General realizar las acciones que correspondan. El Fiscal General determinará quién continúa el procedimiento.⁽²⁰⁾

A partir de ello, cabría preguntarse si es posible hablar de la incorporación de la víctima en la etapa de ejecución dejando de lado el lugar que ocupa esta durante todo el proceso. ¿Cómo criticar la falta de un derecho completo desde el inicio hasta el final, si no sabemos qué derechos tuvo posibilidad de ejercer con anterioridad?

En cuanto a la etapa de ejecución, en la exposición de motivos luce clara la intención del Proyecto en postular a la fiscalía como órgano ejecutor inmediato de las penas y medidas de seguridad ordenadas por sentencia firme. Es así que el control general sobre la pena se encuentra en exclusiva cabeza del Ministerio Público Fiscal, que se configura como único órgano ejecutor, y no hay lugar en esta etapa del proceso para que la víctima continúe ejerciendo sus derechos a lo largo de la ejecución penal.

Así es que, el Libro II —“Ejecución penal, costas y disposiciones finales y transitorias”—, en el Título I —“Ejecución penal”—, en el art. 236 —“Com-

.....
(20) MAIER, JULIO B. *ibid.*, pp. 540/541.

petencia”— advierte que el acusador privado en el procedimiento de ejecución penal es de aplicación lo dispuesto en el art. 196, último párrafo. Allí el art. 196 pone de manifiesto la falta de legitimación que tiene la querella en intervenir en esta etapa, ya que “Cesará toda intervención del acusador privado en el procedimiento de ejecución de la pena, salvo en los casos previstos expresamente por la ley penal o por la ley de ejecución penal”.⁽²¹⁾

En los mismos términos se confirma este alcance en los arts. 240 y 244 de este Proyecto, que establecen específicamente quiénes están legitimados para recurrir o plantear incidentes en esta etapa. Por su parte, el art. 240 establece: “Las decisiones del tribunal sobre la ejecución de la pena son recurribles para el condenado, su defensor y para la fiscalía, sólo cuando procedan de un juez unipersonal, por queja directa ante un tribunal integrado por tres jueces permanentes de la organización judicial...”. Mientras que el art. 244, concretamente estipula: “La fiscalía, el condenado y su defensor podrán plantear los incidentes sobre cuestiones que alteren sustancialmente la ejecución de la pena, la manera en que ella es cumplida o que determinen su extinción...”, excluyendo así la intervención de la querella.

En consecuencia, se advierte que más allá que este Proyecto amplía los derechos del ofendido a lo largo del proceso, no existe la posibilidad de que este, habiéndose o no constituido como querella, pueda participar del control de la ejecución de la pena.

6 | El Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación⁽²²⁾

El Proyecto de reforma del Código Procesal Penal, presentado el 21/10/2014 al Congreso de la Nación y aprobado por la ley 27.063, es la consecuencia de un debate crítico de los modelos de enjuiciamiento inquisitivos heredados de la colonia, reflejado en la necesidad de transformar la administración de justicia en un proceso transparente y democrático. Como surge de la exposición de motivos, este proceso es resultado de un avance progresivo en la mayoría de los códigos de procedimiento

(21) *Ibid.*, p. 541.

(22) Aprobado por ley 27.063 (BO 10/12/2014).

de Latinoamérica y el Caribe, reconociendo como especial aporte al Anteproyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de Maier. Quiero hacer una breve reflexión sobre este punto, ya que no se puede dejar de lado que la obra de Maier es un antecedente y aporte esencial para la confección de este Anteproyecto. Sobre esto, es importante destacar, respecto a la incorporación de la víctima en la etapa de ejecución, que si bien el Modelo para Iberoamérica amplía los derechos y garantías del ofendido en el proceso penal, como ya se vio en párrafo anteriores, el Anteproyecto de Reforma del Código Procesal Penal de la Nación multiplica las facultades de la víctima para acceder a una justicia efectiva a lo largo de todo el proceso penal.

Específicamente, en la exposición de motivos, se hace referencia a los antes dicho: “Se amplían las facultades procesales de la víctima, a la que se le brindan herramientas de control sobre la actuación de los fiscales, sin la necesidad de que se constituya como parte querellante”. Además, continúa diciendo que “en materia de ejecución de la pena también se fija un sistema de audiencias para la resolución de las incidencias correspondientes a esa etapa, y se permite la intervención de la víctima en forma previa al egreso del condenado”.⁽²³⁾

No es posible reconocer íntegramente la evolución que significa la incorporación de la víctima en la etapa de ejecución, sin antes enunciar cómo se legitima a esta como sujeto procesal.

Particularmente, el art. 12 sobre derechos de la víctima establece que “La víctima tiene derecho a una tutela judicial efectiva, a la protección integral de su persona, su familia y sus bienes frente a las consecuencias del delito, a participar del proceso en forma autónoma y a solicitar del Estado la ayuda necesaria para que sea resuelto su conflicto...”. En la misma línea, el art. 35, al tratar la suspensión del juicio a prueba, le brinda un lugar a la víctima al reconocer que “la víctima tiene derecho a ser informada respecto del cumplimiento de las reglas de conducta”.⁽²⁴⁾

(23) Proyecto de Reforma de Código Procesal Penal de La Nación, presentado por Dr. Julio César Alak y el Cont. Jorge Milton Capitanich, el 21/10/2014 al Honorable Congreso de la Nación, folio 5.

(24) MAIER, JULIO B., *op. cit.*, p. 20.

El Libro II, —“La Justicia Penal y los sujetos procesales” —, Título III, Capítulo I, art. 78 y art. 79, establece, en lo que aquí interesa, la calidad de la víctima y sus derechos fundamentales. En comparación con el Modelo Iberoamericano de Maier, este amplia notablemente los derechos establecidos en el art. 79 permitiéndole: intervenir en el procedimiento penal (inc. d); a ser informada de los resultados del procedimiento (inc. e); a ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite expresamente (inc. h); a ser notificada de las resoluciones que puedan requerir su revisión (inc. i); a requerir la revisión de la desestimación, el archivo, la aplicación de un criterio de oportunidad o el sobreseimiento, solicitado por el representante del Ministerio Público Fiscal, aun si no hubiera intervenido en el procedimiento como querellante (inc. j).

En cuanto a la etapa de ejecución, el Libro IV —“Ejecución” —, Título I, el art. 325 determina que:

... la víctima tendrá derecho a ser informada de la iniciación de todo planteo en el que se pueda decidir alguna forma de liberación anticipada del condenado o la extinción de la pena o la medida de seguridad, siempre que lo hubiera solicitado expresamente ante el Ministerio Público Fiscal. A tal fin, deberá fijar un domicilio e indicar el modo en que recibirá las comunicaciones. En este supuesto, el Ministerio Público Fiscal deberá escuchar a la víctima y, en su caso, solicitar que sea oída ante el juez interviniente.⁽²⁵⁾

Más allá del gran avance que significa la incorporación de la víctima en la etapa de la ejecución de la pena, resulta evidente que en los hechos está parcialmente facultada para ejercer sus derechos de acceso a la justicia durante todo el proceso, ya que si bien, como se mencionó antes, el art. 325 permite que la víctima sea informada de la iniciación de todo planteo formulado en esta instancia, como así también sea escuchada por el Ministerio Público Fiscal, conforme lo establecido en el Libro III —“Control de las decisiones judiciales” —, Título II —“Legitimación para impugnar” —, no existe legitimación de la víctima. Específicamente, en el art. 306, sobre la legitimación de la querella para impugnar, se enuncia taxativamente que la querella solo podrá

(25) MAIER, JULIO B., *ibid.*, p. 152.

impugnar el sobreseimiento, la absolución y la condena si la pena aplicada fuere inferior a la mitad de la pena pretendida. Como consecuencia, ni la víctima ni la querrela tienen derecho a recurrir las decisiones que se tomen durante la ejecución de la pena.

7 | El Anteproyecto de Código Penal de la Nación⁽²⁶⁾

En el Anteproyecto del Código Penal de la Nación, la víctima también adquiere un lugar relevante como sujeto de derecho en la etapa de ejecución. Así, el Libro Primero, Título III, art. 41, sobre el criterio de la intervención judicial en penas y medidas establece en el inc. 2) que “En ejercicio de esta competencia, el juez atenderá a lo más conveniente para: (...) b) Proteger a la víctima, a su familia y a las personas que de ella dependan”.

En esa misma línea, como surge de la exposición de motivos de este artículo se busca consagrar la judicialización de la ejecución penal, debiendo el juez de esta instancia cumplir una función delicada y compleja. En definitiva, respecto al tema que aquí me ocupa, la paz social alterada por el hecho se restablece con cierto grado de prudente satisfacción a la víctima. Es así, que en esta fase ejecutiva se logra si no se pierde de vista la protección de la víctima, de su familia y de las personas que de ella dependan.

En consecuencia, resulta más que positivo que la ley de fondo visualice a la víctima como eje de discusión en el Título que discute sobre las penas y las medidas, ya que consagra un primer paso para que a nivel nacional se respete el rol de la víctima durante todo el proceso penal.

8 | Conclusiones

Teniendo en cuenta el avance histórico que tuvo la incorporación de la víctima en el proceso penal, tanto en el derecho internacional como en el derecho local, no se debe olvidar que se ha garantizado y consolidado su posición en diversos tratados de raigambre constitucional.

(26) Presentado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, actualización e integración del Código Penal de la Nación, creada por el decreto 678/2012.

Sin embargo, no se puede pasar por alto los diversos avances y retrocesos que tuvo el papel de la víctima como sujeto de derecho, para acceder de manera efectiva a la justicia a lo largo de los últimos años en nuestra legislación penal.

No hay más que recordar la disputa jurisprudencial que tuvo que emprender la querella, atento a la ausencia legislativa, para ir paso a paso, ganando terreno para intervenir en el proceso activamente sin que la ausencia del Ministerio Público Fiscal empañe su rol esencial como principal damnificado.

En definitiva, quiero ante todo reconocer el exitoso avance que significa la incorporación de la víctima en el Anteproyecto de Reforma del Código Procesal Penal de la Nación, de actual estado parlamentario, pero no quiero dejar de expresar mi preocupación acerca del respeto del derecho de las víctimas a ser escuchadas también en la etapa de ejecución de la pena.

Deberíamos preguntarnos, si es suficiente ampliar los derechos del ofendido solo en una etapa del proceso; si es correcto permitir que la víctima sea oída por el Fiscal y el Juez de ejecución, pero inhabilitarlo al momento de realizar un control judicial efectivo a través de la vía recursiva. También deberíamos verificar si estamos cumpliendo los tratados internacionales que obligan a la República Argentina a brindar un recurso efectivo a toda persona en pie de igualdad a lo largo del proceso judicial.

Considero que mucho se ha hecho, pero todavía mucho queda por hacer para garantizar plenamente la actuación del ofendido, dejando de lado discursos vengativos que deslegitiman su participación en toda etapa, teniendo en cuenta la importancia de que ejerza un control completo y eficaz del cumplimiento de la pena impuesta por la justicia.

Reglas de disponibilidad de la acción en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación

por **ROMINA MONTELEONE**⁽¹⁾

I | Introducción

El 21 de octubre del 2014 fue elevado al Congreso nacional un proyecto de reforma integral del Código Procesal Penal de la Nación con el propósito de modernizar los mecanismos actuales de persecución penal, bajo la necesidad de transparentar y democratizar la administración de justicia penal. Dicho Código fue aprobado el 4 de diciembre de 2014, derogando el que regía en virtud ley 23.984 (art. 1°).

El nuevo CPPN supone un avance significativo sobre el diseño del proceso penal, incorporando los principios de celeridad, oralidad, publicidad y desformalización del proceso, y habilitando la realización del juicio por jurados. La nueva norma diferencia también la función del juez, a quien se

.....

(1) Abogada (UBA). Posgrado de Especialización en Derecho Penal (UBA). Doctorado (UBA). Jefe de Trabajos Prácticos de la materia Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal de la UBA. Docente de Posgrado en materias como Reparación del daño en el proceso penal y Criminalidad Informática, para la especialización en derecho penal, UBA. Docente en cursos de la Procuración General de la Nación, el CIJE, y la Fundación de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas. Secretaria de primera instancia de la Fiscalía Nacional en lo Criminal de Instrucción n° 30.

le asigna el control de las garantías del procedimiento y la dirección de las audiencias, de la del fiscal, verdadero director de la investigación penal, otorgándole amplias facultades a la víctima sin necesidad de que esta se constituya en parte querellante y añadiendo criterios de disponibilidad de la acción penal, imprescindibles para descomprimir el flujo de casos y racionalizar la respuesta punitiva.

En el presente artículo se abordará el estudio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en el Título II, Capítulo 1, Sección 2ª del nuevo Código Procesal Penal de la Nación.

2 | Proceso inquisitivo vs. proceso acusatorio. Principio de legalidad vs. principio de oportunidad

A nivel introductorio, podemos decir que existen dos grandes sistemas de persecución penal por parte del Estado: uno es el llamado proceso inquisitivo⁽²⁾ —mayormente adoptado por países de tradición continental europea—; y el otro es el denominado proceso acusatorio, seguido principalmente por países de origen anglosajón. La separación fundamental entre estos dos modelos tiene su origen a partir del nacimiento del concepto de persecución penal pública. Al respecto, Julio Maier explica:

La característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la división de los poderes ejercidos en el proceso, por un lado, el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro, el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defenderse, y, finalmente, el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir... [mientras que] la característica fundamental del enjuiciamiento inquisitivo reside en la concentración del poder procesal en una única mano, la del inquisidor, a semejanza de la reunión de los poderes de la soberanía (administrar, legislar y juzgar) en una única persona, según el régimen político del absolutismo.⁽³⁾

(2) MONTELEONE, ROMINA, "La llamada Santa Inquisición", en revista *Nova Tesis*, n° 6, 2007.

(3) MAIER, JULIO B. J., *Derecho Procesal Penal*, t. 1, Bs. As., Editores del Puerto, 1996, p. 447.

Se ha dicho que cada uno de estos modelos adopta distintas posturas desde la óptica de la reacción del Estado. Así, mientras el sistema inquisitivo busca acreditar el hecho para castigarlo y, en consecuencia, pretende que la reacción del Estado sea ejercida en todos los casos sin excepción, con los mismos alcances y efectos, instaurando el principio de legalidad; el sistema acusatorio le otorga al Estado la posibilidad de elegir en qué casos va a accionar y en qué casos no, usualmente mediante diversos criterios preestablecidos, siguiendo un principio de oportunidad.

Conceptualmente, podemos decir que la legalidad es la automática, inevitable e irretroactiva reacción del Estado que, frente a un hecho delictivo, se presenta ante los órganos jurisdiccionales reclamando la investigación, juzgamiento y castigo del delito cometido. En sentido opuesto, encontramos el principio de oportunidad, que es la atribución que tienen los órganos encargados de la persecución penal pública de iniciar o no la acción penal, de suspenderla provisionalmente, o de hacerla cesar definitivamente. En cuanto a la instrumentación de este último principio, José Cafferata Nores señala que, a su vez, existen dos sistemas bien diferenciados, llamados oportunidad libre —en el que el grado de autonomía y discrecionalidad del fiscal para investigar o no un hecho delictivo es absoluto—, y oportunidad reglada, instancia en la que se establecen legamente los casos en los que el fiscal puede apartarse del principio de legalidad.

A simple vista, pareciera que la legislación penal —hasta el momento— adoptaba el principio de legalidad a partir del art. 71 CP, que establece: “Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales...”, mientras que el art. 5° del ahora derogado Código Procesal Penal de la Nación disponía que: “La acción penal pública se ejercerá por el Ministerio Fiscal, el que deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley”. Sin embargo, la última parte de este precepto penal —“excepto en los casos expresamente previstos por la ley”— habilitaría la adopción de criterios de oportunidad.

Como dijimos en el acápite introductorio, el nuevo CPPN expresamente establece criterios de disponibilidad de la acción penal, imprescindibles para el sistema acusatorio que se pretende, como así también para racionalizar la reacción punitiva del Estado y otorgarle a las partes mayor participación en el conflicto llevado a la justicia penal.

3 | Reglas de disponibilidad

En el Título II del nuevo CPPN se prevén, en el Capítulo 1, las disposiciones relativas a la acción penal. Si bien en el art. 25 se sigue manteniendo la misma fórmula que el “viejo” art. 5° —incorporándose solamente la frase “sin perjuicio de las facultades que este Código le confiere a la víctima”—, lo cierto es que a continuación, en la sección 2ª, se detallan expresamente las excepciones mencionadas en ambos articulados. Al respecto, recuérdese que tanto el art. 5° como el 25 señalan que la acción penal pública no puede suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar excepto en los casos expresamente previstos por la ley, que precisamente se detallan en el nuevo Código mediante la redacción de los arts. 30 a 35.

4 | Disponibilidad de la acción

El art. 30 señala que el Ministerio Público Fiscal puede disponer de la acción penal —decidir interrumpirla, suspenderla o hacerla cesar—, en los siguientes casos:

- a. criterios de oportunidad;
- b. conversión de la acción;
- c. conciliación;
- d. suspensión del proceso a prueba.

Tales casos de disponibilidad de la acción penal no resultan aplicables en los supuestos en los cuales el imputado fuera un funcionario público a quien se le atribuye un delito cometido en el ejercicio o en razón de su cargo; cuando el hecho hubiese sido cometido en un contexto de violencia doméstica o motivado por razones discriminatorias; y en los supuestos en los cuales resulten incompatibles con previsiones de instrumentos internacionales, leyes o instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal fundadas en criterios de política criminal.

De esta forma, el nuevo CPPN instaura el principio de oportunidad reglada, estableciendo expresamente en qué casos, y en cuáles no, el representante del Ministerio Público Fiscal en ejercicio de la acción penal pública puede decidir continuar o no con dicho ejercicio.

A su vez, la última parte del artículo despeja todo tipo de dudas en cuanto a las opiniones que hemos escuchado en estos últimos tiempos, vinculadas con la absoluta discrecionalidad que tendrían los fiscales para decidir qué hechos investigar y cuáles no. Si se lee atentamente la normativa, se observa que se excluyen de la posibilidad de disponer de la acción los casos en los cuales se encuentren involucrados funcionarios públicos, como aquellos en los cuales exista un compromiso internacional en su investigación, tales como los casos de violencia de género o motivado por razones discriminatorias.

Por otra parte, al establecerse expresamente criterios de oportunidad en la disponibilidad de la acción, se refuerza el principio de igualdad ante la ley, evitando la selección indiscriminada, informal y arbitraria que opera en la actualidad.

Por último, no podemos dejar de señalar que el poder discrecional del Ministerio Público Fiscal, al decidir que prescinde de la persecución penal pública por aplicación de criterios de oportunidad, está sujeto no solo a control judicial, sino principalmente a control de las partes, por cuanto, expresamente, el art. 218 establece la obligatoriedad de comunicar, a la defensa y a la víctima, la decisión adoptada, y que, en el caso de la víctima, tiene la posibilidad de requerir su revisión ante el superior del fiscal o solicitar la conversión de la acción pública en acción privada.

Resulta interesante la conclusión señalada por Cornejo, quien señala:

El principio de oportunidad no está al servicio de un uso irresponsable, antojadizo, amenazante o persecutorio del Ministerio Público, único llamado a ejercerlo dentro del sistema procesal argentino, porque si así fuese se legitimaría y alimentaría la autoritaria cultura de la persecución al servicio de una ideología, con fines espurios, de circunstancias históricas que, como tales, son eminentemente conyunturales (...) Todo lo contrario, la oportunidad en el ejercicio de la acción penal pública está directamente vinculada a la inocencia de la que se presume que goza todo ciudadano, hasta tanto no sea condenado, y al respeto por la persona como tal, a no menoscabar a nadie, hasta tanto existan pruebas fehacientes que aconsejen de manera inexorable la promoción del proceso (...) el principio de oportunidad

es una garantía para poner fin a la cultura del prontuario como método sistemático de descalificación y estigmatización social (...) con este razonamiento se propicia en forma vehemente que el sistema penal sirva de garantía al Estado de Derecho, que se castigue a los culpables y que se ponga en funcionamiento la administración de justicia ante los verdaderos crímenes, y no ante hechos nimios que solo provocan desgaste jurisdiccional, desperdicio de trabajo y un notable anquilosamiento judicial.⁽⁴⁾

5 | Criterios de oportunidad

Ahora bien, en cuanto a en qué casos los representantes del Ministerio Público Fiscal pueden prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho, debemos remitirnos al art. 31 del nuevo CPPN, de cuya lectura surgen los casos de criterios de oportunidad reglada.

En primer lugar, el inc. a) dispone: “si se tratara de un hecho que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público”. Este supuesto se vincula expresamente con el principio de insignificancia, que si bien tiene aplicación actual en base a distintos criterios jurisprudenciales, lo cierto es que resulta altamente importante su legislación, puesto que, de esta forma, torna su aplicación obligatoria, evitando la discrecionalidad del magistrado que entiende en la causa.

El principio de insignificancia representa un criterio de índole interpretativa, restrictivo de la tipicidad de la conducta, partiendo de la consideración del bien jurídico —conceptualizado sobre la base de principios de lesividad social y fragmentariedad—, y en la medida de su lesión o puesta en peligro concreto.⁽⁵⁾

Cabe recordar que en la doctrina nacional ha defendido la aplicación del principio de insignificancia, inicialmente E. R. Zaffaroni⁽⁶⁾ y García Vitor,⁽⁷⁾

(4) CORNEJO, ABEL, *Teoría de la insignificancia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 22.

(5) GARCÍA VITOR, ENRIQUE, *La insignificancia en el derecho penal*, Hammurabi, Bs. As., 2000, p. 40.

(6) ZAFFARONI, E. RAÚL, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. III, Bs. As., Ediar, 1981 p. 554.

(7) GARCÍA VITOR, ENRIQUE, *La insignificancia*, op. cit., p. 40 y ss.

e incluso parece haberlo aceptado Carlos Creus;⁽⁸⁾ y en los últimos tiempos, nuevamente Zaffaroni —esta vez, en la obra cuya autoría compartiera con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar—, Mariano Silvestroni y Elizabeth Marum.⁽⁹⁾

Así, se ha dicho que la aplicación de una pena a una afectación insignificante del bien jurídico resultaría, conforme lo resaltan Zaffaroni, Alagia y Slokar "... casos en los que la afectación es mínima y el poder punitivo revelaría una irracionalidad tan manifiesta como indignante".⁽¹⁰⁾

También cabe apuntar que la CSJN, en su actual composición, ha reconocido que el derecho penal debe funcionar como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico,⁽¹¹⁾ y es sabido que, conforme a dicho criterio, el poder penal del Estado debe emplearse solamente frente a los ataques graves contra bienes jurídicos, lo que permite excluir del ámbito de lo punible aquellas conductas que los afectan en forma mínima.

En concreto el principio de insignificancia, se encuentra íntimamente vinculado al concepto de bien jurídico que apareció en la historia dogmática recién a principios del siglo XIX, bajo el influjo de la teoría del contrato social. Birnbaum, que inició la teoría del bien jurídico, enseñaba que es un bien material asegurado por el poder del Estado, que, susceptible de corresponder tanto al particular como a la comunidad, se ideó como vulnerable en sentido naturalístico. Dicho concepto fue variando a lo largo de la historia⁽¹²⁾ hasta la actualidad, donde se señala que bien jurídico penalmente tutelado

(8) CREUS, CAROS, *Derecho Penal, parte general*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 1990, pp. 202/203.

(9) SILVESTRONI, MARIANO y MARUM, ELIZABETH, "Comentario al art. 162", en Baigún y Zaffaroni (dirs.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Bs. As., Hammurabi, 2009, pp. 33/38.

(10) ZAFFARONI, E. RAÚL; ALAGIA, A. y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal, Parte general*, Bs. As., Ediar, 2003, p. 494.

(11) CSJN, "Acosta, Alejandro Esteban s/infracción art. 14, 1º párrafo ley 23.737", 23/04/2008, consid. 6º del voto de la mayoría, jueces Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni.

(12) A modo de ejemplo, podemos mencionar la concepción de von Liszt, que trasladó el centro de gravedad del bien jurídico del derecho subjetivo al interés jurídicamente protegido; la opinión del Welzel, que entiende que es un bien vital de la comunidad o del individuo que por su significación social es protegido jurídicamente; y la de Mezger, para quien el bien jurídico es objeto de protección al describirse penalmente como típica una conducta por la norma penal, y es el objeto de ataque contra el cual se dirige el autor del delito.

es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan.⁽¹³⁾

La aplicación del principio de insignificancia o “de bagatela” permite excluir “del ámbito de la prohibición a aquellas conductas que sólo producen una lesión nimia al bien jurídico”. De castigarse aquellos hechos en los que la afectación al bien jurídico es insignificante, se estarían vulnerando ciertos principios constitucionales, a saber:

- Principio de *ultima ratio*: la intervención del derecho penal debe darse solamente en aquellos casos en que la tutela que le otorgan las otras ramas del derecho a un bien jurídico resulta insuficiente o inadecuada. En otros términos, solo será válida la intervención estatal en el ámbito penal si se realiza de modo subsidiario.
- Principio de proporcionalidad mínima: la severidad de la pena debe ser proporcional a la gravedad del hecho cometido. La pena debe guardar un mínimo de proporcionalidad con la magnitud de la lesión, y ello no sucede si se impone una pena ante un hecho de consecuencias lesivas nimias o insignificantes.
- Principio de racionalidad: el que encuentra fundamento en el art. 1° CN, exigiéndose un mínimo de racionalidad en los actos de gobierno, siendo uno de ellos la aplicación de las penas conminadas por delitos.
- Principio de humanidad: que establece la prohibición de la pena de azotes, toda forma de tormento, y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Es dable considerar que la imposición de una pena en caso de hechos nimios resultaría en sí mismo “cruel”, en virtud de la ínfima magnitud del injusto.
- Principio de lesividad: un hecho insignificante no produce el “perjuicio a terceros” que se precisa para legitimar la intervención punitiva. La afectación al bien jurídico, para compadecerse con la exigencia del art. 19 CN, debe ser cierta y relevante. Ello no sucede en los hechos nimios, por lo que la injerencia del Estado en el ámbito penal no se encontraría legitimada.⁽¹⁴⁾

Es claro que los criterios de insignificancia no se obtienen ni del orden normativo en su conjunto, ni de una norma en particular, sino de una actividad de interpretación judicial; y que si bien todo ilícito penal tiende a afectar un bien jurídico, no cualquier afectación es suficiente para legitimar la

(13) ZAFFARONI E. RAÚL, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 1987, p. 389.

(14) SANTOJANNI, JUAN P., “El principio de insignificancia y la desestimación de la denuncia por inexistencia de delito”, en *La Ley* 2009-B, 871, 04/03/2009.

injerencia del Estado en el ámbito penal. Al no existir un parámetro uniforme para medir la lesividad de un determinado comportamiento, como si fuese un cálculo matemático, debe analizarse objetivamente cada situación en concreto para determinar la existencia de una ofensa al bien jurídico. Así, se ha dicho que “un criterio para evaluar esta cuestión puede consistir en analizar el contexto del caso, la modalidad de cada afectación y cómo repercute en (...) la víctima”.⁽¹⁵⁾

En concreto, si bien existen en la actualidad normas que habilitan la aplicación del principio de insignificancia —ya sea por atipicidad de la conducta, por violación de las normas constitucionales *ut supra* mencionadas, o por causal de exclusión del merecimiento de pena—, lo cierto es que habilitar *ab initio* al fiscal a aplicar este criterio de oportunidad resulta de vital importancia, puesto que ya desde el comienzo se puede proceder a archivar el sumario cuando se advierte a simple vista que la afectación al bien jurídico es insignificante, lo que deriva no solo en un menor dispendio jurisdiccional en casos que ni siquiera resultan merecedores de una sanción penal, si no también en mayores recursos que pueden destinarse a otro tipo de investigaciones de más envergadura.

Siguiendo con el análisis del art. 31 del nuevo CPPN, el inc. b) establece que podrán aplicarse criterios de oportunidad “si la intervención del imputado se estimara de menor relevancia, y pudiera corresponderle pena de multa, inhabilitación o condena condicional”.

Este supuesto resulta de fácil interpretación. Su aplicación requiere expresamente que la intervención del imputado resulte menor o insignificante y que por ello, pese a haber participado en la comisión del delito, solamente pudiera corresponderle una pena de multa, inhabilitación o condena condicional. A diferencia del supuesto anterior, lo insignificante en este supuesto no es la lesión al bien jurídico tutelado sino la intervención del imputado en la comisión del hecho. Por su parte, el inc. c) prevé lo que en doctrina se conoce como pena natural, y estipula que el fiscal podrá prescindir del ejercicio de la acción penal “si el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que tornara innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena”.

(15) LACMAN, VALERIA A., “El principio de insignificancia”, en *La Ley* 2011-C, 547, junio 2011.

En reiteradas ocasiones, la actividad jurisdiccional se enfrenta a conflictos en los que víctimas y victimarios poseen vínculos personales íntimos y de relevancia, y en los que el autor del ilícito penal lleva sobre sí, en desgracia personal e incalculable, un dolor grande e irreparable por el mal causado. Estos supuestos se observan, mayormente, en los casos de homicidios imprudentes donde la propia acción negligente del imputado ocasiona la muerte de un ser querido. En estos casos, debemos preguntarnos si tiene cabida, dentro de este drama, el derecho penal.

La doctrina nacional no ha ignorado la existencia de este tipo de situaciones, lo que la ha llevado a poner en tela de juicio no sólo la conveniencia de concretar la persecución penal, sino también la utilidad de la sanción estatal.

Así, ha sostenido que una pena puede no ser cruel en abstracto, o sea, en consideración a lo que sucede en la generalidad de los casos, pero resultar cruel en concreto, referida a la persona y a sus particulares circunstancias. Y que uno de estos claros supuestos es, justamente, aquel en que la persona ha sufrido un grave castigo natural, es decir, cuando ha padecido en sí misma —o en su entorno inmediato y próximo— las consecuencias del hecho.⁽¹⁶⁾

Dicha recepción doctrinaria concibe, bajo la denominación de *poena naturalis*, al mal grave que el agente sufre en la comisión del injusto o con motivo de este, considerando que de imponerse la pena estatal sin referencia a esa pérdida, la respuesta punitiva alcanzaría un *quantum* que excedería la medida señalada por el principio de proporcionalidad entre delito y pena; sin contar, además, con que lesionaría seriamente el principio de humanidad, y que también se extremaría la irracionalidad del poder punitivo, pues llevaría hasta el máximo la evidencia de su inutilidad.

En estos casos, pues, resulta conveniente prescindir de la pena. En primer término, debido a que el accionar imprudente del autor ha sido compensado por las graves consecuencias del hecho, que para él mismo tienen efectos similares a una pena. Luego, en razón de que una sanción impuesta en tal contexto no puede poseer ningún sustento preventivo. Por lo tanto, la sanción penal constituiría una tortura sin sentido que inclusive vulneraría el art. 18 CN.⁽¹⁷⁾

(16) ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho Penal*, op. cit., p. 132.

(17) BACIGALUPO, ENRIQUE, "Principios de culpabilidad, carácter de autor y *poena naturalis* en el derecho penal actual", en *Teorías actuales en el Derecho Penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 1998, p. 131.

La legislación de este supuesto resulta altamente valorable y significativa, puesto que, de esta forma, la *poena naturalis* constituiría una causa que tiene como efecto excluir la persecución penal de la persona acusada de la comisión de un delito, evitando la aplicación de otra sanción —amén del dolor que ya estaría atravesando por el resultado acaecido— por el hecho cometido.

Por último, el inc. d) del art. 31 señala: “si la pena que pudiera imponerse por el hecho careciera de importancia en consideración a la sanción ya impuesta, o a la que deba esperarse por los restantes hechos investigados en el mismo u otro proceso, o a la que se impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero”.

Este supuesto se configura cuando la persona imputada ya ha cumplido una sanción —ya sea en el país o en el extranjero— y la pena que pueda imponérsele por el hecho fuera menor a la pena ya impuesta. Se emparenta al art. 317 del ordenamiento procesal vigente, en el cual se mencionan las causales en las cuales procede la excarcelación de una persona detenida. La diferencia radica en que, mientras en el actual art. 317 el detenido debe ser excarcelado, en el caso del art. 31 inc. d) del nuevo CPPN, de haber cumplido una pena mayor a la que le pudiera corresponderle por el delito cometido, se habilitaría a que el representante del Ministerio Público Fiscal prescinda del ejercicio de la acción penal a su respecto y, en consecuencia, se declare extinguida en los términos del art. 32 del nuevo Código de forma.

Este criterio de oportunidad resulta respetuoso del principio de celeridad y evitaría la realización de juicios en los cuales la persona imputada ya ha cumplido una sanción seguramente mayor a la pena que pudiera corresponderle de arribarse a una condena a su respecto.

6 | Conversión de la acción

Siguiendo con el análisis de las reglas de disponibilidad de la acción previstas en el nuevo código, el art. 33 legisla la conversión de la acción. Expresamente, el mencionado precepto legal señala:

A pedido de la víctima la acción penal pública podrá ser convertida en acción privada en los siguientes casos:

- a. si se aplicara un criterio de oportunidad;

- b. si el Ministerio Público Fiscal solicitara el sobreseimiento al momento de la conclusión de la investigación preparatoria;
- c. si se tratara de un delito que requiera instancia de parte, o de lesiones culposas, siempre que el representante del Ministerio Público Fiscal lo autorice y no exista un interés público gravemente comprometido.

Hasta hoy la víctima tiene poca y casi nula intervención en el proceso penal. Salvo que se constituya como parte querellante —lo que la habilita a impulsar el proceso, solicitar prueba y notificarse de todas las resoluciones que se adoptan durante el proceso—, una de las partes más trascendentales del sumario no interviene en los distintos actos y decisiones del procedimiento, con excepción de aquellos casos en los cuales es convocada a efectos de participar en algún tipo de acto procesal, como una pericia médica a su respecto, una rueda de reconocimiento de personas, prestar declaración testimonial, un careo, o presenciar la reconstrucción de un hecho, entre otros. Más allá de tales actos, la víctima no es notificada de ninguna de las resoluciones que se adoptan, como un sobreseimiento, un procesamiento o la extinción de la acción penal, lo que evidencia una clara violación constitucional. Recuérdesse que la participación de la víctima en el proceso penal se encuentra regulada en los pactos internacionales de derechos humanos, incorporados a nuestra Carta Fundamental mediante la sanción del art. 75 inc. 22 CN. A modo de ejemplo, podemos referirnos al llamado “derecho de justicia” expresamente legislado en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. 18), a través del cual se reconoce el derecho que tiene toda persona a concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, allí se indica que esa víctima también debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. En igual sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 8°) reconoce el derecho que tiene toda persona a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos —o “Pacto de San José de Costa Rica”— dice que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces y tribunales competentes, que la ampare contra actos que

violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención...” (art. 25).

A su vez, no puede dejar de señalarse a la declaración de Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder,⁽¹⁸⁾ que consagra el derecho de estas a ser tratadas con compasión y con respeto por su dignidad, y garantiza el acceso de las víctimas a los mecanismos de justicia y a una pronta reparación del daño sufrido. Asimismo, impone a los Estados, a fin de evitar una nueva victimización causada por el contacto con el proceso penal, facilitar la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas, prestando la asistencia apropiada durante todo el proceso judicial y adoptando las medidas que minimicen las molestias del proceso y aseguren la protección de su intimidad. En este punto, resulta interesante detenernos en la definición de “víctima” brindada por este instrumento (art. 1°), que entiende como tales a todas

... las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

... independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión “víctima” se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización (art. 2°).

Y a continuación, acertadamente, el art. 3° indica que se dicha consideración se extiende “a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico”.

(18) [En línea] http://www.unodc.org/pdf/compendium/compendium_2006_es_part_03_02.pdf

Entre los derechos reconocidos a quienes se considera víctimas, pueden mencionarse el del acceso a la justicia, a ser tratadas con compasión y respeto por su dignidad, a una pronta reparación del daño sufrido, a ser informada sobre el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, a presentar opiniones y prueba, a ser asistidas durante todo el proceso judicial, a proteger su intimidad, a garantizar su seguridad y minimizar las molestias causadas, y a ser resarcido, entre otros tantos derechos que en nuestra legislación no habían tenido la consideración necesaria y que sí han sido tratados en el nuevo CPPN.

Así, entre tales tópicos, encontramos la regla de disponibilidad bajo análisis —llamada conversión de la acción—, a través de la cual se le permite a la víctima que la acción penal pública se transforme en acción privada, y que de ese modo pueda impulsar el proceso penal bajo dicho régimen aun cuando el representante del Ministerio Público Fiscal no inste la acción, ya sea porque solicitó el sobreseimiento del imputado, porque aplicó alguno de los criterios de oportunidad mencionados en el art. 31, o, en los casos de delitos dependientes de instancia privada o lesiones culposas, porque entiende que no existe interés público gravemente comprometido.

El único requisito es que, en caso de existir pluralidad de víctimas, es necesario el consentimiento de todas para que la acción pública se convierta en acción privada.⁽¹⁹⁾

7 | Conciliación

La tercera regla de disponibilidad de la acción establecida en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación que estamos analizando se encuentra regulada en el art. 34, que establece:

Sin perjuicio de las facultades conferidas a los jueces y representantes del Ministerio Público Fiscal en el art. 22, el imputado y la víctima pueden realizar acuerdos conciliatorios en los casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones

(19) El procedimiento para este tipo de acciones se encuentra regulado en la Segunda parte del nuevo CPPN —“Procedimientos”—, Libro Segundo —“Procedimientos especiales”—, Título I —“Delitos de acción privada”—.

gravísimas o resultado de muerte. El acuerdo se presentará ante el juez para su homologación, si correspondiere, en audiencia con la presencia de todas las partes. La acreditación del cumplimiento del acuerdo extingue la acción penal; hasta tanto no se acredite dicho cumplimiento, el legajo debe ser reservado. Ante el incumplimiento de lo acordado, la víctima o el representante del Ministerio Público Fiscal podrán solicitar la reapertura de la investigación.

Como fuera expuesto en los acápites que anteceden, en los últimos tiempos se observa una clara corriente mundial que propone, respecto a un proceso, que su resolución surja de las partes. De allí nace la idea de "conciliación o mediación" como una nueva forma de culminación del proceso penal. Binder, con acierto, menciona la necesidad de reconocer a la organización de justicia como una organización de recursos limitados. Si realmente asumiéramos tal situación, intentaríamos instaurar otras formas de resolver los conflictos que llegaran al sistema penal como afirma Binder:

Cambiaría totalmente la discusión, tanto en el plano teórico como práctico, si existiera consenso y aceptación legítima de que la justicia penal solo puede atender, supongamos mil casos (...) las alternativas son simples, o se aumentan los recursos disponibles hasta llegar al punto de máxima eficiencia (...) o algo habrá que hacer con los (...) casos que no se pueden atender, que por supuesto no será tirarlos a la basura sino buscar otras formas de atención por otros sistemas institucionales.⁽²⁰⁾

Maier, por su parte, enseña que

... la preocupación por la víctima amenaza con conmover todo el sistema penal, esto es, tanto el Derecho Penal como el Derecho Procesal Penal y la misma ejecución penal. Como algún autor traducido dice, se ha transformado tanto en una "moda" de la política penal, frente a problemas no resueltos de la pena, en especial, de la pena privativa de la libertad (...) La crisis del Sistema Penal pone, de nuevo, enfrentados dos sistemas distintos de solución de conflictos sociales: aquél que los transforma en conflictos del autor contra el Estado (Inquisición) sinónimo de

(20) BINDER, ALBERTO, *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Bs. As., Editores del Puerto, 2005, p. 214.

derecho penal y de pena estatal, y aquél por el cual tales conflictos suceden entre personas individuales o como conjunto, y deben ser resueltos por ellos (composición). La tensión posible entre ambos, en la actualidad, ha arrojado como resultado la preocupación por la víctima.⁽²¹⁾

Podríamos indicar que el surgimiento de estas nuevas formas de culminación del proceso penal o de resolución de conflictos —llámese mediación o conciliación— parten de una serie de premisas básicas, las cuales pueden resumirse en:

- El castigo es ineficaz porque no reduce el delito, no resocializa y no repara.
- El castigo es ilegítimo porque implica infligir un mal como medio para solucionar los problemas sociales.
- Se advierte un claro interés en confrontar víctima e infractor. Por un lado, porque el imputado choca contra el sufrimiento causado y, por el otro, para que la víctima vea el lado humano del infractor.

Dicho ello, podemos señalar que la mediación o conciliación penal es un movimiento impulsado y consolidado desde hace más de 20 años en EEUU y Europa por los programas de atención a la víctima, y que en los últimos años ha alcanzado un auge significativo. El desarrollo de la conciliación pasa por dos etapas: la primera caracterizada porque los propios poderes públicos lo apoyan sin un sustento normativo, a la vista de un cierto número de casos resueltos satisfactoriamente; y la segunda en la que el éxito de la práctica se ve reconocido a nivel legislativo.

Tanto el Consejo de Europa como las Naciones Unidas han emitido resoluciones a través de las cuales recomiendan a los Estados miembros a examinar las ventajas que pueden presentar los sistemas de mediación y conciliación (recomendación 85, 1985), y a otorgarle a la víctima un papel más activo en el proceso penal, amén de considerar la posibilidad de instaurar principios como la restitución y compensación presidiendo de los sistemas legales (resolución 40/34, 1985).

Alemania, Austria, Italia y España —que se rigen por el principio de legalidad— prevén vías para organizar programas de mediación/conciliación a través de los cuales las víctimas reciben una reparación, lo que puede dar

(21) MAIER, JULIO B. J. (comp.), *De los delitos y de las penas*, Bs. As., Ad-Hoc, 1992, pp. 10/11.

lugar a efectuar un juicio de conformidad o al sobreseimiento de la causa. Otros países, como Inglaterra y Holanda —principio de oportunidad— son más flexibles a la hora de establecer sanciones alternativas y tienen programas de mediación.

Autores como Martin y Vecchiarelli sostienen que, en el campo penal, no todo es de factible mediación o conciliación, ya sea por el tipo de asunto o por el nivel de las emociones en juego, tornándola en algunos casos en impracticable.⁽²²⁾ Sin embargo, ya en las “reglas de Tokio” de 1990 se señalaba la necesidad que los Estados miembros introdujeran medidas no privativas de la libertad para proporcionar otras opciones y, de esta manera, reducir la aplicación de las penas de prisión y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del imputado.

Entre los beneficios de introducir la conciliación en los procesos penales pueden mencionarse la alta satisfacción de las víctimas, los bajos costos tanto para los involucrados como para el propio Estado, la celeridad en la solución del conflicto y en la terminación del asunto sometido a consideración, la mejor resocialización para el sujeto activo como así también la baja o nula estigmatización, la discreción en la resolución del problema, la total intervención del ofensor y del damnificado, la importancia del arrepentimiento por parte del imputado, la posibilidad de que el imputado cumpla con la indemnización o reparación acordada, que pueda comprender y conocer el impacto de su infracción, que los involucrados entiendan que se hace “justicia”, que la víctima conozca directamente al ofensor, que se puedan dar y recibir disculpas, que se contribuya al mantenimiento económico, social e integral de la familia del ofensor, y que disminuye la tramitación judicial, entre otros.

En cuanto a los requisitos que establece la normativa bajo estudio se observa que la conciliación solo resulta aplicable en casos de delitos con contenido patrimonial que hayan sido cometidos sin grave violencia sobre las personas (defraudaciones, estafas, hurtos, infracciones a la ley 11.723, etc.) y en los delitos culposos siempre que no se hayan producido lesiones gravísimas o la muerte de la víctima.

(22) Ver in extenso MARTIN, MIGUEL Á. y VECCHIARELLI, MARIA DE LOS ÁNGELES, “Mediación y Probation”, en *Suplemento de Resolución de Conflictos*, Bs. As., La Ley, 2001.

Para que el acuerdo conciliatorio sea viable y, de esta forma se extinga la acción penal, resulta necesario que el mismo –firmado por el imputado y la víctima– sea presentado ante el Juez para su homologación. En este caso el Juez debe convocar a una audiencia con la presencia de todas las partes para así resolver si homologa o no el acuerdo. Una vez homologado el mismo, se procede a la reserva del sumario hasta tanto se cumpla o no con lo pactado; de cumplirse el efecto inmediato es la extinción de la acción penal, caso contrario tanto la víctima como el Ministerio Público Fiscal pueden solicitar la reanudación de la investigación.

La adopción de este tipo de presupuesto procedimental permite no solo agilizar la administración de justicia mediante el descongestionamiento de procesos en los cuales se ventilan sucesos que pueden ser solucionados en corto tiempo, sino también instaurar en el colectivo social la idea de que el conflicto que lo tiene como protagonista puede ser solucionado a través de su intervención, mediante la conciliación. Obviamente que este tipo de instituto no resulta una solución mágica, pero sí un instrumento idóneo en un momento de altísima conflictividad social que el Estado no se encuentra en condiciones de atender ni en el corto ni en el largo plazo. Una reforma en tal sentido debe venir impulsada con un cambio profundo respecto a la política criminal del Estado. Así, según la corriente que se adopte, se aceptará o no arribar a un modelo alternativo para la resolución de los conflictos que hoy están penalizados. Con ello no se pretende privatizar el derecho penal, sino intentar minimizar la utilización de la violencia estatal plasmada en una pena que, como venimos refiriendo, solo sirve como una pauta de control y presión social de parte de un Estado inquisitivo y paternalista. Efectivamente, resulta necesario generar un rediseño de tareas que logre resultados convenientes y no lo que sucede en la actualidad, donde generalmente la administración de justicia provoca desaliento en la sociedad. Ello por cuanto es real que si el sistema penal funciona deficientemente o en forma limitada, si o si va a actuar en forma selectiva, orientada —casi sin piedad— sobre los más vulnerables; de esta forma se evidencia un gran porcentaje de casos delictuales a los cuales el derecho penal ni siquiera toca —cifra negra—, sin mencionar los supuestos que sí ingresan al sistema penal pero finalizan tan pronto arriban a los tribunales o fiscalías. Con lo cual, si realmente pensamos en efectuar un cambio de fondo, necesitamos diseñar un nuevo modelo procesal en el que la conciliación penal aparece como un buen instituto para tratar los casos más simples o que menos alarma causan a la sociedad.

8 | Suspensión del proceso a prueba

Por último y para finalizar con las reglas de disponibilidad de la acción penal pública, debemos remitirnos al art. 35, mediante el cual se legisla la suspensión del proceso a prueba. Dicho procedimiento, por su parte, ya se encuentra legislado en el Código Penal, específicamente en el art. 76 bis. Si bien se observan ciertas similitudes al efectuar una rápida lectura de ambos artículos, lo cierto es que su regulación en el nuevo CPPN incorpora ciertas circunstancias no previstas en el art. 76 bis CP.

En primer lugar, corresponde mencionar que la suspensión del proceso a prueba implica el rediseño del proceso penal y está ligado a la diversificación de respuestas frente a los conflictos sociales que establece el proceso y la racionalización de la persecución penal, y que se impulsa en virtud de un nuevo entendimiento de los objetivos del sistema penal.

Ante la ocurrencia de un delito, existen distintas respuestas y alternativas a la pena, donde lo importante no es castigar sino resolver el conflicto social y dar soluciones satisfactorias a ambas partes. La aplicación de este instrumento implica la renuncia al juicio, a la imposición de penas en supuestos concretos y bajo ciertos requisitos o condiciones, y a la cárcel como respuesta a la comisión de ilícitos, poniendo a la persecución penal al servicio de los fines de la justicia penal. Vasconcelos Mendez nos enseña que los fines de la suspensión del proceso a prueba serían los siguientes:

- a. Evitar la continuación de la persecución penal y la eventual imposición de una sanción punitiva al imputado que podría ocasionar que éste sufriera un proceso de estigmatización.
- b. Atender los intereses de la víctima a quien se reparará el daño que le fue causado.
- c. Racionalizar la intervención de la justicia penal logrando, por la evitación del trámite del proceso, ahorro de recursos estatales, la descongestión o descarga de casos tramitados, y la concentración de los órganos del sistema penal en la persecución y juzgamiento de los delitos más graves.
- d. Lograr efectos preventivos especiales sobre el presunto infractor para hacer posible el fin de la reinserción social.⁽²³⁾

(23) VASCONCELOS MENDEZ, RUBÉN, "La suspensión del proceso penal a prueba", en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, [en línea] http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/28/La_suspensi%C3%B3n_del_proceso.pdf

En cuanto al sujeto o sujetos procesales legitimados para solicitar la suspensión del proceso a prueba, debemos decir que no se trata de un instituto que se aplica de oficio, es decir, no puede decidirlo el juez en forma individual. La normativa bajo análisis es clara al decir que será el imputado quien, por escrito firmado por sí y por su abogado defensor, deberá proponerle al fiscal la aplicación de este instituto.

Una vez presentada la propuesta, será el fiscal quien —luego de valorar lo que resulta más conveniente para la víctima y el imputado, efectuar un pronóstico positivo sobre la conducta futura de este, estimar que la suspensión del proceso es suficiente para evitar que no vuelva a cometer delitos y lograr su reinserción social, y que tal procedimiento es más satisfactorio al sistema e incluso al trámite de su propio caso por el cúmulo de evidencia que posee, amén de determinar que se dan en el caso la totalidad de los requisitos exigidos normativamente—, remitirá el acuerdo al juez, quien dispondrá la celebración de una audiencia en la cual estarán presentes todas las partes, incluida la víctima, en la que se debatirán las reglas de conducta a imponer.

La propuesta podrá ser presentada desde el inicio de la etapa preparatoria hasta su finalización, aunque se prevé una excepción: se habilita a solicitar la suspensión del proceso a prueba durante la audiencia de juicio, si en su transcurso se produce un cambio en la calificación legal que habilite la aplicación de este instituto.

Ahora bien, como dijimos anteriormente, la suspensión del proceso a prueba no es un procedimiento que opera para todos los tipos penales, sino que el articulado de referencia expresamente establece en qué circunstancias y qué requisitos deben darse para que éste instituto pueda aplicarse. Así, concretamente se indica que podrá concederse:

- a. cuando el delito prevea un máximo de pena de TRES (3) años de prisión y el imputado no hubiere sido condenado a pena de prisión o hubieran transcurrido CINCO (5) años desde el vencimiento de la pena;
- b. cuando las circunstancias del caso permitan dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable;
- c. cuando proceda la aplicación de una pena no privativa de la libertad (art. 35 CPPN).

Como puede verse, como primer punto, la norma nos indica que a efectos de determinar la procedencia o no del instituto de la suspensión del proceso a prueba, debemos tomar en consideración un criterio objetivo: el tiempo de duración máxima de la pena prevista para el delito cuya comisión se le atribuye al imputado. Expresamente, se indica que se podrá optar por este procedimiento cuando la pena máxima de prisión prevista para el delito que se investiga sea hasta tres años. Por otra parte, se añade como requisito *sine qua non* que el imputado no haya sido anteriormente condenado a pena de prisión o, en su defecto, que haya transcurrido cinco años desde el vencimiento de la pena. Resulta claro, entonces, que el primer criterio de delimitación del instituto está vinculado con la sanción máxima prevista para el ilícito que se le achaca al peticionante, y no cabe aplicarlo, a su vez, para aquellas personas que registren una condena anterior.

En segundo lugar, el precepto legal bajo análisis establece que también podrá concederse la suspensión del proceso a prueba cuando las circunstancias del caso permitan dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable. De esta forma, se advierte que ya no importa la pena máxima prevista para el delito que se le imputa al peticionante, sino que lo que debe verificarse es si este puede beneficiarse con una pena condicional, para lo cual deberán darse los requisitos establecidos en el art. 26 CP, en cuyo caso ya no debemos tomar en cuenta la pena que prevé el delito en abstracto, sino que se debe efectuar un pronóstico con el objeto de determinar si es factible que se le pueda aplicar al imputado una pena en concreto de hasta tres años de prisión.

La incorporación expresa de este supuesto viene a despejar las arduas controversias existentes, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que giraban en torno a si el beneficio bajo estudio solo podía acordarse para aquellos delitos que no superaran, en su pena máxima conminada en abstracto, los tres años de prisión (tesis restrictiva), o si podía concederse cuando la condena aplicable fuera susceptible de condenación condicional (tesis amplia). La distinción que realiza la norma en cuestión, como dijéramos, establece dos supuestos bien diferenciados que abarcan las dos tesis antedichas.

Por último, como tercer supuesto, también se podrá aplicar la suspensión del proceso a prueba cuando la pena que se le impute al peticionante

tenga prevista una pena no privativa de la libertad: es decir, pena de multa y pena de inhabilitación. Como puede verse, este supuesto difiere expresamente con el art. 76 bis CP, que señala que no es posible aplicar este instituto respecto a los delitos reprimidos con pena de inhabilitación.

Esta incorporación resulta altamente valorativa por cuanto, si bien en la práctica y jurisprudencialmente se ha admitido en un sinnúmero de casos, lo cierto es que mediante esta modificación se despejan todas las dudas en torno al tema con un claro respeto al principio de igualdad.

Analizados que fueron los supuestos en los cuales resulta aplicable el instituto de referencia, debemos adentrarnos en la instancia de la audiencia a celebrarse entre las partes en presencia del juez. Allí se evaluarán las reglas de conducta aplicables al imputado, tales como fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato, abstenerse de concurrir a determinados lugares o de relacionarse con determinadas personas, abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas, asistir a la escolaridad primaria si no la tuviere cumplida o realizar estudios o prácticas necesarios para su capacitación laboral o profesional, entre otras posibles que el juez estime convenientes para el caso.

El control de tales reglas de conducta se encontrará a cargo de una oficina judicial específica, entre cuyas funciones estará la de informar periódicamente su cumplimiento y notificar de ello a las partes, incluso la víctima. De verificarse el incumplimiento de las reglas impuestas, tanto el Ministerio Público Fiscal como la querella le solicitarán al juez una audiencia con el objeto de exponer la conveniencia o no de continuar con la suspensión del proceso a prueba, modificar las reglas de conducta o revocar directamente la aplicación del instituto.

En este último caso, el proceso debe continuar de acuerdo a las reglas generales, llevándose a cabo el juicio, procedimiento que también se prevé para el caso en que el imputado fuera condenado por un delito cometido durante el plazo de suspensión.

Por último, no podemos dejar de señalar que el artículo bajo análisis incorporó un proceso especial para los casos en los cuales la persona imputada sea de nacionalidad extranjera. Así, se establece que también podrá aplicarse la suspensión del proceso a prueba cuando la persona de

nacionalidad extranjera sea sorprendida en flagrancia⁽²⁴⁾ de un delito cuya pena mínima de prisión no fuera superior a tres años.

En este caso, la norma señala que la aplicación del trámite implica la expulsión del territorio nacional y la prohibición de reingreso al país por un plazo que no puede ser inferior a cinco años ni mayor a quince. Esta prohibición no será aplicable en caso que se vulnere el derecho de reunificación familiar. La misma implica el derecho de los migrantes a mantener la unidad de su familia, por lo que podría reunir consigo a determinados parientes en el país al que se ha desplazado. La raíz de la reunificación familiar se encuentra en la prohibición de injerencias arbitrarias en la vida de familia y la intimidad familiar, un derecho reconocido, directa o indirectamente, por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y tratados internacionales como los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares,⁽²⁵⁾ la Carta Social Europea o el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En principio, los familiares beneficiados del derecho son el cónyuge y los hijos dependientes menores de edad, aunque, a nuestro criterio, debería regularse si también será extensible a la pareja de hecho y a los ascendientes u otros familiares a cargo.

Resta decir que el artículo que regula la suspensión del proceso a prueba nada dice respecto a qué sucede en los casos de concurso de delitos, como tampoco bajo qué premisas podrá concederse por segunda vez la aplicación de este instituto, para lo cual deberemos remitirnos al art. 76 bis CP, que sí establece los pasos a seguir en tales supuestos.

.....

(24) El art. 184 del nuevo CPPN establece: "Habrà flagrancia si el autor del delito fuera sorprendido en el momento de intentarlo, cometerlo, inmediatamente después, si fuera perseguido o tuviera objetos o presentase rastros que permitieran sostener razonablemente que acaba de participar de un delito".

(25) A modo de ejemplo, podemos mencionar el art. 4° de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, que dice: "A los efectos de la presente Convención, el término 'familiares' se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate".

9 | Conclusiones finales

Hemos visto, desde el punto de vista normativo y práctico, que hasta el momento el principio de legalidad resultó insuficiente en el sistema penal argentino, alzándose voces a favor de una reforma al respecto con el propósito de receptar legalmente el principio de oportunidad.

La reforma aprobada, mediante la sanción del nuevo CPPN, no solo implica una mejor realización del derecho material, sino que también reconoce los constantes reclamos efectuados tanto por la comunidad jurídica como por la propia sociedad. Por otra parte, el hecho de se regulen expresamente las excepciones a la legalidad despeja cualquier tipo de dudas respecto a la discrecionalidad del Ministerio Público Fiscal, todo lo cual se ve reforzado por la amplia participación otorgada a la víctima, no solo en el acápite que se analizó en este artículo, sino a lo largo del nuevo código de forma.

Desde el punto de vista axiológico, mediante esta reforma se encuentran en juego la eficiencia del sistema de enjuiciamiento penal, el cual se ve beneficiado si los procesos tardan menos tiempo en su tramitación, si el Estado previene más eficazmente el delito, si las penas se imponen en tiempo oportuno, si se atienden con preferencia las causas que provocan mayor daño social, y si la selección la realiza el legislador y no el funcionario de turno en manera informal. Mientras la legalidad pura tiene en el fondo una concepción de justicia absoluta —pues se mantiene la ilusión de hacer justicia en todos los casos, aun en los más pequeños—, la legal oportunidad se adapta a la imperfección propia del hombre, resultando ser un sistema menos perfecto pero más humano.⁽²⁶⁾

La idea de que todos los delitos deben perseguirse y castigarse, cuyo origen está históricamente vinculado al fuerte proceso de concentración y verticalización de poder generado por la Inquisición y consecuentemente ligado al llamado modelo de procedimiento inquisitivo —de profunda incidencia en la configuración de los sistemas de enjuiciamiento de nuestro país, que recién se comenzó a abandonar en la última década—, choca con una realidad cuyos efectos han sido diametralmente opuestos a la pretensión declamada y que se traducen en la falta de eficacia en la

(26) ADLER, DANIEL, "El principio de oportunidad y el inicio del proceso penal a través del Ministerio Público", en *La Ley* 1993-A, 900.

persecución penal, en el dispendio inútil de recursos humanos y presupuestarios y en la consolidación —paradojal— de criterios subterráneos de selección —fuente de grandes arbitrariedades—, tanto en sede policial como judicial.⁽²⁷⁾

El funcionamiento del sistema penal, hasta ahora, bregaba por una imprescindible, profunda y coherente transformación que se ve plasmada en la sanción de este Código Procesal Penal de la Nación, puesto que se advierte un cambio significativo en todo lo vinculado con el nacimiento, ejercicio y extinción de la acción penal, receptando criterios formales de oportunidad y apuntando a ganar en efectividad, en procura de que el sistema de justicia se ocupe de los casos relevantes y de su respuesta, amén que también se le otorga una mayor intervención y protagonismo a la víctima, cuya opinión juega un papel decisivo durante la sustanciación del proceso.

En síntesis, se puede ver que entre los objetivos principales del Código Procesal Penal de la Nación se encuentran la descriminalización de hechos punibles donde otras formas de reacción pueden alcanzar mejores resultados, la eficiencia del sistema penal mediante el descongestionamiento de la justicia penal para permitir el tratamiento preferencial de aquellos casos que no pueden ser soslayados por el sistema, y el intento de revertir la desigualdad que, por selectividad de las instituciones o de las burocracias, provoca la afirmación rígida del principio de legalidad.⁽²⁸⁾

(27) LACNMAN, VALERIA A., "El principio...", cit.

(28) *Ibid.*

Principio de oficialidad vs. principio de oportunidad: ¿una cuestión saldada?

Repaso y algunas consideraciones de actualidad

por **MATÍAS N. MOREL QUIRNO**⁽¹⁾

“Es mejor evitar los delitos que castigarlos. He aquí el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir los hombres al punto mayor de felicidad o al menor de infelicidad posible, para hablar según todos los cálculos de bienes y males de la vida”
Cesare Beccaria, De los delitos y de las penas

I | Introducción⁽²⁾

Hace muchísimos años que se advirtió, tanto desde la sociedad como desde el propio Poder Judicial y desde la doctrina especializada, la imposibilidad de perseguir y enjuiciar todas las conductas delictivas de las cuales

(1) Abogado y Bachiller en Derecho (UBA). Magíster en Derecho y Magistratura Judicial y Especialista en Derecho Penal (Universidad Austral). Especialista Nacional Avanzado en la Lucha contra el Narcotráfico (SEDRONAR). Capacitador Argentino por CEJA/INECIP para la Reforma Penal y Procesal Penal. Docente universitario *ad honorem*. Secretario en la Fiscalía en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 18 (Ministerio Público Fiscal, Poder Judicial, CABA).

(2) El presente desarrollo teórico contiene fragmentos de un trabajo presentado en la Maestría en Derecho y Magistratura Judicial impartida en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, calificado allí con distinción de honor y que actualiza conceptos de otra publicación de mi autoría (“Nación vs. Pcias. y CABA = Indisponibilidad de la Acción Penal vs. Principio de Oportunidad. Breves consideraciones”, en www.eldial.com. *Suplemento de Derecho Penal y Contravencional de la CABA*, Sección Doctrina, 13/07/2006).

se tomara conocimiento; esto es, que la obligación estatalmente erigida en cabeza del Ministerio Público Fiscal (en adelante, MPF), en la práctica, resultaba inviable.

En este aspecto, innumerables indicadores como la crítica de la comunidad jurídica,⁽³⁾ las reformas penales y procesales penales realizadas y a implementarse,⁽⁴⁾ la “cifra negra” de delitos y las estadísticas confeccionadas por el propio Poder Judicial, entre otros, avalan esta crisis persecutoria, que influye negativamente en el funcionamiento de todo el sistema jurídico.

Ahora bien, para algunos juristas, entre los que me incluyo, el inconveniente arriba señalado se aminora con la reglamentación legal de criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal pública. Esta alternativa no es reciente ni propia. Su planteamiento, a nivel nacional, puede observarse desde hace más de dos décadas; y su aplicación, con diferentes variantes, ya se ha perfeccionado en otras legislaciones como la norteamericana, alemana, española e italiana, y también en distintas jurisdicciones de Argentina (Provincia de Buenos Aires, CABA, Chubut, Entre Ríos, Santa Fe, etc.).

Sin embargo, la disponibilidad de la acción penal no es la única solución. En este sentido, también es relevante que a nivel nacional y provincial se implemente con prontitud un modelo de proceso penal acusatorio —adversarial en su mejor expresión—, garantía de un procedimiento oralizado, contradictorio, publicitado, ágil y, en definitiva, efectivo en cuanto a solidificar el derecho de las partes a un debido proceso adjetivo (defensa en juicio —persona investigada— y tutela judicial efectiva —persona damnificada—).

(3) Ver ARDUINO, ILEANA, “Reforma del sistema de justicia penal y Ministerio Público Fiscal”, en *Reformas procesales penales en América Latina: discusiones Locales*, Santiago de Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2005, pp. 15/57.

(4) Ver RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, JUAN M., *El conflicto de roles en el sistema penal federal argentino. La perspectiva de jueces, fiscales y policías*, con la colaboración de Héctor Mario Chayer, Santiago Del Carril y Ricardo Martín Casares, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer y Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia, 2005, pp. 51/87.

Sopesar: ley nacional 27.147, que modificó el Código Penal de la Nación; ley nacional 27.150 de implementación del nuevo Código Procesal Penal de la Nación (ley 27.063); Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal (27.148); Ley de Organización y Competencia de la Justicia Federal y Nacional Penal (27.146); y Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación (27.149).

Con relación a la actualmente enraizada postura de introducir criterios de oportunidad en nuestra legislación, en estos novísimos tiempos se han desencadenado diversas opiniones; sin embargo, como en otras investigaciones ya se ha profundizado sobre el tema, en este esquema teórico, en primer lugar, solo suministraré una definición del mentado principio de oportunidad que personalmente estimo como la más añeja y adecuada de las observadas en la doctrina; luego, intentaré desmitificar rápidamente el difundido “antagonismo” entre los principios de legalidad y de oportunidad. En otro orden, describiré cuál es la variante oportunista ajustable para nuestro Estado de derecho y sistema jurídico, esto es: oportunidad discrecional o reglada. Cerca del cierre repasaré las posturas mayoritarias que versan sobre la reglamentación legal de los criterios antes reseñados, e indicaré si es potestad de la Nación o de las provincias, entremezclando ideas propias a la luz de la última modificación del Código Penal (en adelante, CP) y de la inminente entrada en vigencia del Código Procesal Penal de la Nación (en adelante, CPPN) nuevo. Finalmente, volcaré algunos puntos conclusivos.

Previamente, debo subrayar que las ideas aquí expuestas no implicarán su agotamiento discursivo ni la enriquecedora discrepancia que otros autores puedan plasmar *a posteriori*; son reflexiones personales puntuales que actualizan ideas planteadas en otros trabajos, para compartir.

2 | Desarrollo

2.1 | Principio de oportunidad

2.1.1. Definición

Como expresé en la parte introductoria, en este punto plasmaré el concepto de “principio de oportunidad” que estimo es el más preciso. No obstante, el/la lector/a podrá discurrir en la idea y reflexionar sobre ello. Cabe resaltar que el objeto de este trabajo no reside en la discusión sobre la delimitación de este concepto; solo lo expongo para comenzar la descripción del tema respecto del cual bifurcaré aristas problemáticas.

Siendo así, transcribiré lo que el profesor José I. Cafferata Nores ha expresado en una de sus obras sobre el mentado principio:

... atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de

política criminal y procesal, de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para “perseguir y castigar”.⁽⁵⁾

Continuaré el presente apartado con dos inquietudes más, separadas en distintos puntos.

2.1.2. Desmitificación de su “antagonismo”

con el principio de legalidad:⁽⁶⁾ repaso del texto original del art. 71 CP⁽⁷⁾

En primer lugar, debo manifestar que el principio de legalidad se encuentra garantizado constitucionalmente en el art. 18 de nuestra Carta Magna. Este articulado, en lo que aquí interesa, reza de la siguiente manera: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa”. Ordinariamente, así estipulado, este principio es conocido como “legalidad penal”, y se lo vincula con el derecho penal de fondo y también de forma.⁽⁸⁾

En segundo orden, asentaré ilustrativamente que la obligación estatal de perseguir todas las conductas penalmente reprobadas y conocidas públicamente estaba reglamentada en la ley, puntualmente en el texto original

(5) CAFFERATA NORES, JOSÉ I., “El principio de oportunidad en el derecho argentino. Teoría, realidad y perspectivas”, en *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Bs. As., Editores del Puerto, 1997, p. 16.

(6) La inclusión de este punto surgió tras la lectura de un artículo del autor PRUNETTO LABORDE, ADOLFO, “Principio de legalidad. Alcances y precisiones”, en *Garantías constitucionales y nulidades procesales - I*, *Revista de Derecho Penal*, t. 2.001-1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, pp. 362/367.

(7) Este fue sustituido por el siguiente art. 71, que introdujo al CP el art. 2º de la ley nacional 27.147: “Sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes: 1) Las que dependieren de instancia privada; 2) Las acciones privadas”. El resaltado me pertenece.

(8) Ver ZAFFARONI, E. RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Editorial Ediar, 2005, p. 98.

del art. 71 CP, y comúnmente era conocida como “principio de oficialidad o estatalidad”.⁽⁹⁾

En ese sentido, coincido con Alberto Bovino cuando sostiene que no hay que confundir oficialidad con impulso oficial de la acción o legalidad procesal⁽¹⁰⁾ —entendida como persecución penal pública inexcusable—, ya que en este último caso se alude a la obligatoriedad de la persecución penal y no al monopolio que el Estado posee sobre la actividad referida.⁽¹¹⁾

En este orden de ideas, también es útil que rememore cómo Cafferata Nore distingue dos momentos de la legalidad procesal: uno en el inicio de la acción penal —inevitabilidad— y otro en la etapa posterior de su ejercicio —irretractabilidad—. El primero implica, conocida la *notitia criminis*, la necesaria puesta en marcha de la maquinaria estatal persecutoria; y el restante significa que, una vez desencadenado tal mecanismo, su ejercicio no puede interrumpirse, suspenderse, ni hacerse cesar hasta que se consuma la pena impuesta por sentencia judicial.⁽¹²⁾

Con anterioridad, Vélez Mariconde rotuló al principio de legalidad procesal como indeclinabilidad, cuando aseveró que “una vez que el Juez ha sido investido del conocimiento de lo ilícito penal, no puede sustraerse al ejercicio de su función; tiene el deber de pronunciarse de acuerdo a la ley”.⁽¹³⁾

Desde otra mirada, Maier describió a la persecución penal obligatoria del siguiente modo:

Desde un punto de vista negativo (comportamiento contrario al deber), ello significa que ningún criterio de **oportunidad** (principio

(9) Ver BOVINO, ALBERTO, *Estudios del Puerto. Principios políticos del procedimiento penal*, Bs. As., Editores del Puerto, 2005, p. 3.

(10) *Ibid.*

(11) Ver ZAFFARONI, E. RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Bs. As., Editorial Ediar, 2003, punto 2, p. 894.

(12) Ver CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *op. cit.*, p. 5.

(13) Ver VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO, *Derecho procesal penal*, t. II, Bs. As., Editorial Lerner, 1969, p. 182.

contrario) —político-utilitario por conveniencia práctica, económica, temporal, etc.— autoriza, en principio, a prescindir de la persecución penal frente a la noticia de la comisión de un hecho punible”.⁽¹⁴⁾

A su vez, en el art. 5° del aún vigente CPPN se pone en cabeza del MPF el ejercicio de la acción penal pública, siempre que no dependa de instancia privada; es decir, que en ese ordenamiento de forma se establece quién es el titular de la persecución penal.

Hasta ahora delineé, con la brevedad que el sentido de este trabajo me permite, qué debe entenderse por principio de legalidad penal, por principio de oficialidad o estatalidad y por principio de legalidad procesal penal; además, reflejé quién ostenta la titularidad del ejercicio de la acción penal. No definí el principio de oportunidad por haberlo conceptualizado en el punto previo ni por ser lo principal en este punto.

Tras diferenciar el alcance de cada uno de los principios citados, me adentraré en lo que planteé en el título del punto como desmitificación.

Así, es evidente que el principio de legalidad penal está consagrado a nivel constitucional y supraconstitucional a raíz de los tratados y pactos internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional (en adelante, CN) tras la reforma del año 1994;⁽¹⁵⁾ como también lo es que el principio de legalidad procesal nace de normativa infraconstitucional,⁽¹⁶⁾ esto es, del CP.⁽¹⁷⁾ Se trata de un “producto” del Congreso Nacional y no de la Convención Constituyente.⁽¹⁸⁾

(14) MAIER, JULIO B. J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, 2ª ed., 3ª reimp., Bs. As., Editores del Puerto, 2004, p. 828. El resaltado me pertenece.

(15) Ver ZAFFARONI, E. RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *op. cit.*, puntos 2 a 4, p. 112.

(16) Ver MARTÍNEZ, SANTIAGO, “Algunas cuestiones en torno a los principios de legalidad y oportunidad”, en *elDial.com*, cita DCBB.

(17) Ver DONNA, EDGARDO A.; DE LA FUENTE, ESTEBAN J.; MAIZA, MARÍA CECILIA I. y PIÑA, ROXANA G., *El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia*, con la colaboración de María Mercedes Rubio y Marcelo Alvero, t. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, p. 582.

(18) Ver BOVINO, ALBERTO, *Justicia penal y derechos humanos*, con la colaboración de Christian Hurtado, Bs. As., Editores del Puerto, 2005, p. 216.

De la misma forma, es claro que hasta la fecha la persecución penal pública⁽¹⁹⁾ es potestad absoluta del Estado, que a través de lo normado en el art. 5° del aún vigente CPPN confirió su titularidad al MPF.⁽²⁰⁾ Esta función primordial de los fiscales es también otorgada por un ordenamiento infra constitucional.⁽²¹⁾

Por lo expuesto, es indiscutible que el principio rector es la legalidad penal, regulado en el art. 18 CN, que abarca a los principios de oficialidad, legalidad procesal⁽²²⁾ e, igualmente, al principio de oportunidad.

Por otro lado, ninguna obligación de perseguir todas las conductas penalmente reprobadas de las que se tome conocimiento se sostiene en la Carta Magna de nuestro país;⁽²³⁾ solo se estipula la necesidad de ley previa. Tampoco allí se asegura que el MPF deba pretendidamente intervenir en todo accionar presuntamente delictivo. Sin lugar a dudas, el art. 120 CN pone en cabeza del MPF determinadas funciones, pero no la persecución penal en todos los casos. Esta misma opinión es compartida por el profesor Cafferata Nores, quien sustenta:

... la Constitución se limita a poner condiciones para el ejercicio del poder penal del Estado: "Nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...". Pero en ningún lugar expresa que **cada vez** que se comete un hecho de los que la ley anterior tipifica como delitos, se deba imponer una pena o deba iniciarse en proceso. Además, aun

(19) Ver TORRES, SERGIO G., *Nulidades en el proceso penal*, 4ª ed., Bs. As., Editorial Ad-Hoc, 2003, pp. 127/132.

(20) Ver DONNA, EDGARDO A.; DE LA FUENTE, ESTEBAN J.; MAIZA, MARÍA C. I.; PIÑA, ROXANA G., *op. cit.*, p. 581.

(21) Ver CERLETTI, MARCO L. y FOLGUEIRO, HERNÁN L., "Ministerio Público en el nuevo Código Procesal de la Nación", en *El Ministerio Público en el proceso penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 2003, p. 120.

(22) En esta ocasión no desarrollaré el alcance *stricto sensu* del principio de legalidad, ni si debe diferenciarse legalidad penal de legalidad procesal penal; solo potencíé su contorno recurriendo a diversos autores para encaminar la temática a exponer.

(23) Ver D'ALBORA, NICOLÁS F., *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, t. I, 7ª ed. corregida, ampliada y actualizada, Bs. As., LexisNexis - AbeledoPerrot, 2005, p. 28.

cuando reconoce expresamente la necesidad de acusación como presupuesto del juicio ("acusación, juicio y castigo", es la secuencia prevista por el art. 60 de la Constitución Nacional), **no ordena** que aquella se produzca en todo caso.⁽²⁴⁾

Entonces, si es patente que el legislador es el responsable de la implementación del principio de legalidad procesal en nuestro sistema jurídico, y no el constituyente, debiera ser posible que el mismo órgano legisferante pudiera introducir normativamente excepciones a ese principio-regla, regulando criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal. Comprendido de esta manera, el principio de oportunidad únicamente se constituye en una excepción a la regla (legalidad procesal)⁽²⁵⁾ que limita la obligación del órgano impulsor (Fiscal), pero que en modo alguno fomenta la inconstitucionalidad del texto original del art. 71 CP, como aseguran algunos juristas,⁽²⁶⁾ ya que este último no emana de la Constitución de la Nación y por ley se reglaría⁽²⁷⁾ este nuevo instituto.⁽²⁸⁾

En consecuencia, la oportunidad reglada no quebranta el principio de legalidad, ya que se trata de una particular manifestación de este último. Criterios de selección de esta especie complementan la imprescindible legalidad que debe predominar en modelos jurídicos como el que se observa en Argentina.

Sentado lo narrado en los párrafos precedentes, razonaré a continuación si en nuestro andamiaje jurídico es recomendable la imposición de un principio de oportunidad discrecional o de uno reglado.

.....

(24) CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *op. cit.*, p. 6.

(25) Ver NAVARRO, GUILLERMO RAFAEL y DARAY, ROBERTO RAÚL, *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 1, Bs. As., Hammurabi, 2004, p. 69.

(26) Es muy interesante apreciar todos los argumentos que, sobre el principio de oportunidad, desarrolla Guillermo Nicora en un artículo de su autoría: "La oportunidad en el ejercicio de la acción penal", en *Doctrina SJA* 04/02/2004 y *JA* 2004-I-913.

(27) Profundizaré este aspecto en el apartado siguiente.

(28) Ver ZAFFARONI, E. RAÚL, *En busca de las penas perdidas*, Bs. As., Editorial Ediar, 1989, nota 19, pp. 25 y 26; y también confrontar PALACIOS DEXTRE, DARIO y MONGE GUILLERGUÍA, RUTH, *El principio de oportunidad en el proceso penal peruano*, Prólogo de Moisés Tambini Del Valle, Lima, Editora Fecat, 2003, p. 19.

2.1.3. ¿Discrecional o reglado? Breves apuntes

Para circunscribir el tema central, en primer lugar encuadraré con rapidez los términos “discrecional” y “reglado”; aquí resultan provechosos los lineamientos que respecto de ambos conceptos esgrime el procesalista penal entrerriano Chiara Díaz, quien mantiene que el principio de oportunidad discrecional o pleno se nutre esencialmente del sistema acusatorio y del modelo procesal angloamericano, lugar en el que reina la discrecionalidad para promover y negociar sin sujeción a control alguno.⁽²⁹⁾

En tales sistemas, esa facultad reside en el *Crown Prosecution Service* inglés y en el *Prosecutor* estadounidense. De la misma manera, se refiere al principio de oportunidad o legalidad reglada como la “... disminución reglada de la intensidad formal del principio de legalidad, procediendo (...) a la abstención de la acusación cuando se den determinadas situaciones, manteniéndola también condicionadas al cumplimiento de ciertos y determinados deberes de conducta”.⁽³⁰⁾

Aclarado el alcance de las dos variantes del principio en cuestión, advertiré cuál se *aggiorna* mejor a nuestra legislación, y recurriré a ese fin a diversos doctrinarios en la materia, reflejando mi postura.

La discrecionalidad absoluta para disponer de la acción penal no se compadece con un sistema jurídico como el nuestro, en el que existe división de Poderes y consecuentes atribuciones para cada uno de los tres Poderes salientes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), además de las funciones asignadas al MPF desde la CN (art. 120).

En otras palabras, en un sistema de frenos y contrapesos como el difundido por Montesquieu, vigente en Argentina con algunas particularidades, no puede tolerarse que un **órgano extra poder** (MPF) pueda arbitrariamente decidir cuándo y cómo disponer de la acción penal pública con total libertad, sin contralor jurisdiccional alguno sobre su admisibilidad, a semejanza de modelos como el imperante en Estados Unidos de Améri-

(29) Ver CHIARA DÍAZ, CARLOS A., “El principio de legalidad y las alternativas de oportunidad”, en *Cuadernillo de bibliografía relativo al módulo de derecho procesal penal*, utilizado por el citado profesor en las clases impartidas en la Maestría en Derecho y Magistratura Judicial de la Universidad Austral, los días 14 y 15 de octubre de 2005, punto II.

(30) *Ibid.*, punto III.

ca, un país con costumbres y tradiciones jurídicas disímiles a las nuestras —allí se desconoce el principio de legalidad—.

En igual sintonía, tampoco se concibe que mediante un cheque en blanco legislativo de tal índole se marginalice la participación en el proceso penal de la víctima, del particular damnificado y del querellante. Racionalmente⁽³¹⁾ (arts. 1º y 28 CN), en las condiciones hasta aquí relatadas, no resiste ningún análisis una atribución de potestad de tamaña magnitud. Sin embargo, cabe recordar que hasta hace pocos días atrás nuestro ámbito jurídico padecía notables resabios inquisitivos y rendía culto a la creencia de que podían perseguirse todos los delitos y castigarse a todos los presuntos criminales,⁽³²⁾ tal como el texto original del art. 71 CP lo enmarcaba.

Siguiendo este mismo orden lógico, Hassemer afirmó que:

El principio de oportunidad pone en peligro la división de poderes en el caso en que las autoridades investigadoras puedan, independientemente, decidir sobre la no persecución de los delitos. La absolución de los delincuentes es cosa de los Juzgados: las autoridades investigadoras deben comprobar la sospecha y preparar el proceso judicial. División de Poderes significa, en el Derecho Penal, que el Ejecutivo le ha dejado la decisión sobre la punibilidad de un comportamiento comprobado al Poder Judicial.⁽³³⁾

No debe perderse de vista que, así encaminado, el principio de oportunidad colisiona con los principios constitucionales de igualdad y legalidad (arts. 16 y 18 CN). Es decir, que el MPF, al ejercer el principio de oportunidad con amplitud, puede resolver si una acción penal debe ser perseguida como delito o no, a pesar que del texto legal y de su interpretación surge una realidad penal y procesal muy diferente.

.....

(31) Ver VITALE, GUSTAVO, "Estado constitucional de derecho y derecho penal", en AAVV, *Teorías actuales en el derecho penal. 75º Aniversario del Código Penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 1998, p. 78.

(32) Ver CHIARA DÍAZ, CARLOS A., *op. cit.*, punto II.

(33) HASSEMER, WINFRIED, "La persecución penal: legalidad y oportunidad", en *Revista Iustitia*, n° 21, San José, septiembre de 1988, p. 173.

En apoyo de lo que hasta ahora bosquejé es elocuente la reflexión del jurista Daniel A. Sureda, cuando postula que:

... en los sistemas que adoptan el principio de oportunidad como regla —v. gr. Estados Unidos de Norteamérica—, entendemos que el principio de separación de poderes (...) podría encontrarse quebrantado. Pues (...) el Ministerio Público no “necesitaría” del órgano jurisdiccional para disponer “el no ejercicio de la acción penal”, produciéndose por parte del Fiscal, consecuentemente, un avasallamiento de las funciones propias de los órganos jurisdiccionales.⁽³⁴⁾

Con relación a la experiencia que el modelo discrecional de oportunidad estadounidense exhibe, es enormemente enriquecedor el pensamiento de un autor inmerso en él, Abraham Goldstein, quien puntualiza:

... la discrecionalidad acusatoria es indispensable en un sistema contemporáneo de aplicación de la ley. Pero también resulta de ella un llamado de atención sobre el peligro de dejar que esa discrecionalidad sea incontrolable. Un corolario forzoso, desde mi punto de vista, es la necesidad de un limitado control judicial de esa discrecionalidad y un rol restringido de la víctima, para asegurar que las normas del sistema vayan a ser resguardadas por un juez neutral y distanciado, más que por un fiscal eminentemente partidista. Establecido un método de control judicial, podemos esperar que surja un derecho jurisprudencial acerca de las facultades acusatorias. Ello, con el tiempo, obligará al fiscal a poner mayor atención a las disposiciones legales y a desarrollar políticas racionales de aplicación de la ley. A la vez, deberá conducir a la legislatura a manejar más racionalmente un esquema de crímenes y castigos.⁽³⁵⁾

(34) SUREDA, DANIEL A., “La adopción por los ordenamientos procesales del principio de oportunidad o los criterios de oportunidad reglados: ¿quebrantan el principio de división de los poderes del Estado?”, en *elDial.com*, cita DC1CF.

(35) GOLDSTEIN, ABRAHAM, “La discrecionalidad de la persecución penal en los Estados Unidos”, en *Lecciones y Ensayos*, n° 49, Bs. As., Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1988, p. 26.

Desde otro modelo, como lo es el peruano, de raíces europeo-continental, es interesante rescatar la opinión que los magistrados Palacios Dextre y Monge Guillergua han volcado en una de sus obras sobre el tema:

No cabe duda que la institución de la oportunidad reglada devuelve el protagonismo procesal al ofendido por el delito. Se trata de un mecanismo legal que pone en el mismo plano la búsqueda del resarcimiento de la víctima y la realización de la pretensión punitiva estatal. De allí que el Estado puede renunciar o castigar cuando se ha reparado al perjudicado por la comisión de un delito o, en caso contrario, aperturo proceso y aplique una sanción penal efectiva contra el delincuente que incumple con el compromiso de reparar a la víctima.⁽³⁶⁾

En nuestro país, Santiago Martínez manifiesta que:

... la implementación de un principio de oportunidad no podrá ser libre, sino reglado. De esta manera, nos regiremos por el principio de legalidad, y la propia ley establecerá determinadas circunstancias en las cuales el fiscal puede renunciar a excitar la acción penal; logrando así una persecución penal más eficaz, y a su vez, una mayor economía procesal.⁽³⁷⁾

Fabrizio O. Guariglia, en consonancia con lo esquematizado, al ponderar los dos modelos posibles de oportunidad señala que:

Las objeciones que se han planteado a un sistema dominado exclusivamente por el ministerio público, y a su potestad de disponer libremente del ejercicio de la acción penal, han llegado a hablar de una justicia negociada, cuyo efecto principal, a criterio de la Comisión Presidencial del Delito, es que "ni el juez, ni el público, e inclusive a veces ni siquiera el imputado, pueden saber con certeza quién obtuvo qué, de quién, o a cambio de qué";⁽³⁸⁾ y arriba a la conclusión de que: "De los dos modelos de oportunidad

(36) PALACIOS DEXTRE, DARIO y MONGE GUILLERGUA, RUTH, *op. cit.*, p. 10 (presentación de los autores).

(37) MARTÍNEZ, SANTIAGO, *op. cit.*

(38) GUARIGLIA, FABRICIO O., "Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad", en *El Ministerio Público en el proceso penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 2003, p. 92.

resulta preferible aquel que establece la aplicación excepcional del principio de oportunidad, basada en criterios expresamente determinados por la legislación y sujeta a controles formales.⁽³⁹⁾

En una de sus publicaciones, Gustavo A. Bruzzone ya avizoraba la necesidad de combatir el delito mediante expresos criterios de selección y una política criminal acorde a los nuevos desafíos.⁽⁴⁰⁾

Se inclina por la oportunidad reglada Maier, al argumentar que:

... la oportunidad asume el carácter formal (jurídico) de una excepción a las reglas de la **legalidad**, que permite, en algunos casos definidos por reglas jurídicas, de modo más o menos abierto, prescindir de la persecución penal pública. Por razones culturales, estimo que éste es el único camino viable, en la actualidad, para una reforma de la legislación argentina.⁽⁴¹⁾

Sintetizando, la mayoría de la doctrina de tradición continental, como la local, y parte de la anglosajona, escogen la variante reglada del principio de oportunidad porque asegura el sometimiento a un control jurisdiccional y garantiza la plenitud de los derechos que le asisten a los acusados y ofendidos en el proceso penal; como corolario, se fortalecen el Estado Democrático de Derecho, la Constitución Nacional y los principios y garantías en ella insertos, como la división de Poderes y la vigencia de la legalidad, entre otros.

A pesar de ello, la implementación de criterios de esta clase, por sí solo, no basta para tornar más efectiva a la administración de justicia. Un sistema acusatorio (adversarial en su mejor expresión), a nivel nacional y provincial —incluyo CABA—, y herramientas de selección como la suspensión del juicio a prueba —para algunos, como para mí, también consiste en un criterio oportunista no siempre codificado como tal—,⁽⁴²⁾ entre otras, deben y

(39) *Ibid.*, p. 95.

(40) Ver BRUZZONE, GUSTAVO A., "Fiscales y política criminal. Una aproximación al proceso de selección de los delitos que llegarán al juicio oral", en *El Ministerio Público en el proceso penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 2003, pp. 154/204.

(41) MAIER, JULIO B. J., *op. cit.*, p. 837.

(42) Ver MARINO, ESTEBAN, "Suspensión del procedimiento a prueba", en Julio B. J. Maier (comp.), *El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Bs. As., Editores del Puerto, 1993, pp. 29/31.

pueden ser combinados con este nuevo instituto —oportunidad reglada— para que la selección de casos penales se vislumbre como un instrumento de avanzada, así reconocido por la comunidad jurídica y por la sociedad, y no como una utópica teoría que la realidad refute y destruya.⁽⁴³⁾

2.2 | Su regulación: ¿facultad de la Nación o de las provincias? Posturas históricas y opinión personal

Previamente, insisto en que el siguiente esquema es eminentemente personal; aquí no pretendo dogmatizar *in extenso* el asunto, sino recorrer diferentes caminos y acercar una visión diferente que puede no ser compartida.

Así las cosas, tradicionalmente el derecho constitucional de nuestro país ha distinguido dos aspectos sobre las facultades conferidas por las provincias a la Nación. Por un lado, confirma que las provincias conservan todo el poder no delegado expresamente en la Constitución al Gobierno Federal (arts. 5° y 121 CN). Por el otro, que el Congreso Nacional tiene atribución para dictar los códigos y la legislación, ambos de fondo, sin alterar las jurisdicciones locales; es decir, el derecho común.

En síntesis, la concepción clásica constitucional puede esquematizarse de la siguiente manera:

- gobierno federal = materias delegadas (por ejemplo, Código Penal); y
- gobiernos provinciales = materias no delegadas (por ejemplo, códigos procesales).

No obstante, se ha afianzado la idea de que el Congreso de la Nación puede legislar las materias de forma que puedan ser vitales para asegurar

(43) Esta opinión la estampé en un artículo de mi autoría redactado años atrás ("Nación vs. Pcias. y CABA = Indisponibilidad de la acción penal vs. Principio de oportunidad. Breves consideraciones", en www.eldial.com. *Suplemento de Derecho Penal y Contravencional de la CABA*, sección Doctrina, 13/07/2006), que sirvió de base al presente y recoge diferentes ideas a la postre abordadas por: ley nacional 27.147, que modificó el Código Penal de la Nación; ley nacional 27.150, de implementación del nuevo Código Procesal Penal de la Nación (ley 27.063); Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal (27.148); Ley de Organización y Competencia de la Justicia Federal y Nacional Penal (27.146); y Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación (27.149), la mayoría en proceso de vigencia.

las instituciones de la legislación sustantiva.⁽⁴⁴⁾ Aun más, D'Albora asevera que:

La Corte dijo y lo ha reiterado muchas veces que, cuando el funcionamiento de una institución sustancial, dependa de la uniformidad de la legislación procesal, el Congreso no se entromete en el ámbito de reserva de las provincias, si legisla sobre el tema (...) El art. 58 del Código Penal, cuando Rodolfo Moreno lo fue a insertar en su proyecto, consultó con procesalistas y cayó en la cuenta, a través de lo que dijo Jofré, que no había forma de mantener la unidad de la pena si no se preveía un régimen que descartara el apartamiento de las normas del concurso real (art. 55 íd.). (...) Fíjense que esta es una norma de carácter procesal, inserta en un código de fondo y ninguna provincia puede desconocerla.⁽⁴⁵⁾

Como el planteamiento general gira alrededor del ejercicio de la acción penal y, en este punto específico, de la inquietud vinculada a quien detenta la exclusividad para regular la oportunidad reglada, juzgo conveniente aquilatar las posturas existentes de la acción penal para ceñir un panorama.

En primer orden, percibo una tesitura que difunde a la acción penal como una cuestión de derecho de fondo y que, por ese motivo, es parte de la materia diferida al Gobierno federal. Dentro de este grupo, principalmente, están Soler⁽⁴⁶⁾ y Fontán Balestra,⁽⁴⁷⁾ entre otros.

Del otro lado, se alistan aquellos que piensan que la acción penal es de naturaleza procesal, como Creus⁽⁴⁸⁾ y Clariá Olmedo,⁽⁴⁹⁾ entre otros. No obstante, quienes luchan en esta orilla se dividen en dos barcos. Uno de

(44) Ver CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *La prueba en el proceso penal*, Bs. As., Depalma, 1986, p. 29.

(45) D'ALBORA, FRANCISCO, "Diferentes perfiles del ejercicio de la acción penal", en *elDial.com*, cita DC123.

(46) Ver SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho penal argentino*, t. II, Bs. As., TEA, 1970, p. 439.

(47) Ver FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. III, Bs. As., AbeledoPerrot, 1970, p. 459.

(48) Ver CREUS, CARLOS, *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed. actualizada y ampliada, Bs. As., Editorial Astrea, 1992, pp. 280/282.

(49) Ver CLARIÁ OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal penal*, t. I, Córdoba, Marcos Lerner Editora, 1984, p. 159.

ellos opina que por su carácter procesal la acción penal debe ser regulada por las jurisdicciones provinciales;⁽⁵⁰⁾ el restante, que a pesar de esa naturaleza se sitúa en la órbita del ámbito legislativo nacional para no quebrantar el principio constitucional de igualdad ante la ley.⁽⁵¹⁾

Bajo la misma tónica que los dos párrafos precedentes, Fabián I. Balcarce refiere que:

Los dos bloques de posiciones analizadas hasta aquí —por un lado, los que estiman que el Derecho penal contravencional y procesal corresponde a las provincias; por el otro, los que estiman que tanto el uno como el otro son atribución de la Nación— coinciden en destacar que esta potestad del Estado (acción penal en sentido material o pretensión) se diferencia del derecho de ejercerlo en un proceso (acción penal en sentido formal o procesal o acción propiamente dicha), y que la regulación de la primera corresponde al legislador nacional, mientras la segunda al legislador provincial, en lo que coincide”.⁽⁵²⁾

Para resumir, resaltaré sinópticamente la vigencia de dos teorías generales sobre la acción penal y, dentro de una de ellas, dos subteorías:

1. Acción penal = cuestión de fondo = materia federal;
2. Acción penal = cuestión de forma = a) materia provincial
= b) materia federal (vulnera igualdad)

De nuestra Constitución Nacional no se desprende, expresa y taxativamente, que las provincias retengan el señorío absoluto para dictar los códigos procesales penales de sus jurisdicciones. Esa condición ha aflorado merced a la interpretación que diversos juristas históricamente hubieron realizado respecto de los arts. 5º, 75, inc. 12, y 121 CN (según redacción

(50) Ver SAID, JOSÉ LUIS, “Sobre la facultad de las provincias para reglar el principio de oportunidad en la persecución penal”, en *La Ley* 1997-F, pp. 1041/1047.

(51) MARTÍNEZ, SANTIAGO, *op. cit.*; y ZAFFARONI, E. RAÚL, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. I, Bs. As., Ediar, 1995, p. 198.

(52) BALCARCE, FABIÁN I., “El mal llamado ‘principio de oportunidad’. Relaciones potestativas entre Nación y provincias, interpretación del art. 71 CP, las nuevas propuestas respecto a la disponibilidad de la acción penal pública y el cuento de la buena pipa”, en *elDial.com*, cita DC2E4.

actual); sin perjuicio de ello, nada impide que jugando con ese mismo articulado se arribe a la solución contraria.

Balcarce desarrolla tres argumentos que niegan la doctrina de la facultad provincial de prescribir los ordenamientos procesales penales, y que a continuación resumiré.⁽⁵³⁾

El primero toma la última parte del inc. 12 del art. 75 CN para reafirmar que la delegación otorgada a la Nación, relativa al dictado de leyes generales para todo el país y específicamente relacionadas con el establecimiento del juicio por jurados, supone la posibilidad de que el Congreso de la Nación dicte una ley marco en materia procesal penal sobre reglas de procedimiento y organización estatal para todas las sedes judiciales del país.

En segundo término, arguye que la Reforma constitucional de 1994, con la incorporación, consensuada por las provincias, de diversos tratados y pactos internacionales (art. 75, inc., 22, CN) perfiló un diseño de proceso penal nuevo.

Por último, sigue el razonamiento del profesor Zaffaroni que ve receptado en el art. 18 CN no solo el principio de legalidad penal, sino también la legalidad procesal penal. Continuando este orden lógico, propugna que tanto el derecho penal sustantivo como el adjetivo sean establecidos por el mismo órgano legislativo, con el objeto de convalidar la simultaneidad y certificar la efectividad de las instituciones del derecho material. De no ser así, el legislador provincial podría fácilmente manipular la legislación sustantiva o podrían frustrarse las instituciones sustantivas por la inacción en crear procedimientos para solventar su funcionamiento, o también, que estas últimas se instrumenten sin un procedimiento legal, con graves perjuicios para aquellos sometidos a procesos penales.

Sumariamente, Balcarce despliega tres refutaciones de la jurisdicción exclusiva de las Legislaturas provinciales sobre las materias de forma:

1. interpretación del art. 75, inc. 12 *in fine*, CN;
2. diagrama nuevo del proceso penal a raíz de la incorporación constitucional (1994) de tratados y pactos internacionales, perpetrada con la anuencia de las provincias;
3. razonamiento recabado de Zaffaroni sobre la extensión del art. 18 CN.

.....
(53) *Ibid.*

Particularmente, estimo que estipular los lineamientos del derecho común es materia propia del Congreso de la Nación, y así lo sostuvo Joaquín V. González.⁽⁵⁴⁾ De igual forma, ratifico la soberana potestad de las provincias en sus jurisdicciones. Pese a ello, también reconozco que “**no alterar las jurisdicciones provinciales**” no se traduce en la imposibilidad del gobierno federal de dictar una ley —o modificarla— que contenga aspectos procesales comunes (*numerus clausus*), esto es, definir un piso a través de la legislación común.⁽⁵⁵⁾

En el sentido arriba indicado, sostengo que para suministrar coherencia y efectividad normativa a todo el sistema jurídico argentino, y para proveer seguridad jurídica a la sociedad, es altamente aconsejable que el Congreso de nuestra nación sea el órgano legislativo responsable de la emisión del Código Penal y, también, de específica normativa procesal penal que actúe como un mínimo adjetivo de fondo para todas las jurisdicciones. Esta actitud no impedirá que, a nivel provincial, se inserten leyes procesales que protejan con amplitud los derechos y garantías procesales de los ciudadanos. Debe ponerse de manifiesto que esta tesitura solo trata de fijar un piso y no de extralimitarse al acotar un techo.

Con relación a la acción penal, adhiero al criterio de aquellos que la enrostran como una cuestión de derecho de fondo porque estoy convencido de que es una modalidad de aquel y están, por ello, directamente vinculados. Así lo aseguro y lo avalo porque en el CP, antes de la modificación de su art. 71 por la ley nacional 27.147, no se determinaba ni cuando ni como ejercer la acción, sino que únicamente debía serlo de oficio, como así tampoco cuál era el sujeto procesal que intervenía en tal caso. No se aclaraba nada más ni se ponían en el tapete cuestiones procesales; y el nuevo contenido de ese articulado solo agrega que las legislaciones procesales pueden introducir reglas de disponibilidad de la acción penal, nada más. Empero, a esta altura debo subrayar que la disputa es más discursiva que dogmática.

(54) VER GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., *Manual de la Constitución Argentina*, 8ª ed., Bs. As., Editorial Ángel Estrada y Cía., s/f, p. 462.

(55) Esta idea la postulé años atrás en artículos de mi autoría y, en la actualidad, es recogida por la ley nacional 27.147 (modificatoria del CP, sancionada el 10/06/2015, promulgada el 17/06/2015 y publicada en el BO el 18/06/2015) en los incs. 5 a 7 del nuevo art. 59, en el nuevo art. 71 y en el art. 76 sustituido, todos del CP.

A tenor de lo antes expuesto, años atrás consideraba, como ahora mantengo, que el principio de oportunidad, como excepción al principio de persecución penal pública de oficio, debía ser incluido dentro del articulado del CP.⁽⁵⁶⁾ Siendo una institución de suma relevancia para el progreso de la administración de justicia en nuestro país, y para el fortalecimiento de los derechos y garantías que les asisten a acusados, víctimas, particulares damnificados y querellantes en general, es lógico que el gobierno federal deba ser el que lo regle, puesto que es el encargado de dictar las leyes penales cardinales.⁽⁵⁷⁾ De la misma manera, lo practicó respecto de otras instituciones que abarcan aspectos de naturaleza de fondo y procesal, como la suspensión del proceso a prueba (ley nacional 24.316).⁽⁵⁸⁾ Por este motivo, esa actividad no reviste inusualidad alguna.

Obviamente, este encuadramiento no coartará la posibilidad de que cada provincia delimite su catálogo de criterios oportunistas, basándose en razones de política criminal fundadas y debatidas en el seno de la sociedad local.

En resumen, sigo sosteniendo que el principio de oportunidad, como excepción a la regla, debe figurar en el CP. Entretanto, sus criterios deben relucir con claridad en las codificaciones procesales penales de cada jurisdicción; así, el ordenamiento procesal debe ser el perfecto complemento del de fondo.

A fin de redondear mi posición, enunciaré las razones por las que siempre patrociné que a nivel nacional se implementara el principio de oportunidad reglado, definiéndoselo en la legislación de fondo y diagramándose sus criterios de aplicación en la normativa procesal:

- a. fomenta, y por añadidura demanda, una persecución penal inteligente, efectiva y respetuosa de los derechos y garantías procesales;
- b. exige un moderno modelo de proceso penal, alejado de ideas inquisitivas y lindante a sistemas acusatorios y/o adversariales;

(56) Ver CAFFERATA NORES, JOSÉ I., "El principio de oportunidad" ..., *op. cit.*, p. 23.

(57) Ver ZAFFARONI, E. RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, punto 4, p. 99.

(58) Ver D'ALBORA, NICOLÁS F., *Código Procesal...*, *op. cit.*, p. 29; y también MOLERO, MARCO ANTONIO, *op. cit.*, pp.1347/1353.

- c. cobran sentido los principios de utilidad de la intervención penal, de subsidiariedad y carácter fragmentario del derecho penal (intervención mínima) y de resocialización.⁽⁵⁹⁾ Se exige necesariamente la utilidad de la aplicación de la persecución penal, evitando selecciones intrascendentes, al adoptar el procedimiento penal también como *última ratio*.
- d. coadyuva a satisfacer el derecho subjetivo constitucional de todo ciudadano a un proceso sin dilaciones indebidas;⁽⁶⁰⁾
- e. garantiza el deber del Estado de asegurarle al individuo el pleno y efectivo goce del derecho complementario a la seguridad personal, entendida como el derecho de toda persona de poder ejercer y disfrutar libremente de la libertad física, de la intimidad y de una adecuada defensa en juicio (arts. 3° DUDH; 7° CADH; 1° DADDH; y 9° PIDCP, en función del art. 75, inc. 22, CN);⁽⁶¹⁾
- f. en definitiva, actúa como una barrera o dique de contención frente a la irracionalidad estatal de perseguir todas las conductas de relevancia jurídica penal conocidas.

2.3 | Sistemas propugnados en: Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del CP,⁽⁶²⁾ modificación del CP,⁽⁶³⁾ CPPCABA⁽⁶⁴⁾ y nuevo CPPN⁽⁶⁵⁾

A esta altura, debo subrayar que en el inc. a del art. 49 del Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del CP se consignó, como regla, el principio de legalidad; no obstante, y en consonancia con la desmitificación que aquí explicité, en ese mismo art. 49 se reglamentó la disponibilidad de la acción penal pública.

(59) Ver MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., Montevideo - Bs. As., Editorial B de F, 2004, pp. 125/138.

(60) Ver PALACIOS DEXTRE, DARIÓ y MONGE GUILLERGA, RUTH, ...*op. cit.*, p. 60.

(61) Ver JAUCHEN, EDUARDO M., *Derechos del imputado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, pp. 85/88.

(62) Resoluciones MJyDH 303/2004 y 136/2005.

(63) Ley nacional 27.147.

(64) Ley de CABA 2303.

(65) Ley nacional 27.063.

A la par, es relevante que aclarar, contrariamente a lo que he sostenido con antelación, que en esta pieza reformista también se habían introducido directamente criterios de oportunidad, confundiéndose, a mi juicio, la materia de fondo con la procesal; sobre el particular, recuerdo que en un acápite previo manifesté la conveniencia de regular la disponibilidad de la acción penal pública en el Código de fondo —como parámetro rector que vigorice el principio de igualdad en todas las jurisdicciones— y hacer lo propio con los criterios invocados para su aplicación en el Código Procesal, en una clara delimitación de uno y otro asunto.

A la postre, esa idea reformista fue recogida, con una prolija técnica legislativa, por la ley nacional 27.147 que sustituyó los arts. 59 y 71 CP, del siguiente modo que me permito transcribir:

ARTÍCULO 59.- La acción penal se extinguirá:

1. Por la muerte del imputado;
2. Por la amnistía;
3. Por la prescripción;
4. Por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada;
5. **Por la aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;**
6. Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;
7. Por el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba, de conformidad con lo previsto en este Código y las leyes procesales correspondientes.⁽⁶⁶⁾

ARTÍCULO 71.- **Sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal**, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes:

1. Las que dependieren de instancia privada;
2. Las acciones privadas.

(66) El resaltado me pertenece.

Una sencilla lectura de esta modificación introducida en el CP reafirma lo que detallé en párrafos precedentes y en un trabajo previo arriba citado.⁽⁶⁷⁾

A mi juicio, la vigencia de esta legislación, que no está supeditada a las leyes de implementación del nuevo CPPN que antes desgrané rápidamente,⁽⁶⁸⁾ destierra el principio de oficialidad y valida el principio de oportunidad para todas las jurisdicciones, quedando al margen de esta ola legisferante si la oportunidad deberá ser discrecional o reglada, potestad esta que presumo que el/la legislador/a racional nacional dejó en manos de su par local.

Ahora bien, los inconvenientes que podría acarrear no distinguir aspectos adjetivos de aquellos sustantivos los desarrollé en una publicación anterior,⁽⁶⁹⁾ en la que comparé el Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del CP con el CPPCABA, que delimita situaciones concretas de disponibilidad de la acción penal pública —oportunidad reglada—.

En tal sentido, basta un simple cotejo de algunos incs. del art. 199 CPPCABA, como así también del inc. 2 del art. 204 del mismo ordenamiento, para percibir que los criterios oportunistas son menos amplios, más acotados que los observados en el Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del CP. A modo de ejemplo, y para clarificar el panorama, transcribiré dos disposiciones, una relativa a ese Proyecto y otra del CPPCABA, que apuntalan a la misma casuística, pero con una notoria diferencia.

- Art. 49, párr. 3, inc. b, del Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del CP:

No obstante, el Ministerio Público Fiscal podrá fundadamente no promover la acción o desistir de la promovida ante el juez o tribunal (...) en los siguientes casos: (...) b) Cuando las consecuencias del hecho sufridas por el imputado sean de tal gravedad que tornen innecesaria o desproporcionada la aplicación de una pena, salvo que mediaren razones de seguridad o interés público.

(67) Ver notas al pie 42 y 52.

(68) Ver notas al pie 3, 42 y 52.

(69) Ver notas al pie 42 y 52.

- Art. 199, inc. i, CPPCABA:

El archivo de la denuncia y de las actuaciones de prevención procede cuando: (...) i) con la conformidad del/la Fiscal de Cámara **en los delitos culposos**, cuando el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que torne innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena.⁽⁷⁰⁾

La confrontación de esas disposiciones denota que se superpone la materia procesal (criterios de oportunidad), destapándose una tensión entre esa legislación nacional descartada tiempo atrás y el CPPCABA, violándose, en mi opinión, la potestad que en aspectos de forma poseen las jurisdicciones provinciales y la CABA.

Indudablemente, se aprecia con exactitud que en el Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del CP dejado de lado la Nación deseaba imponer, para decidir cuándo disponer de la acción penal pública, criterios de oportunidad amplios, esto es, el “techo” que en el apartado 2.2 expliqué, mientras que en el CPPCABA, así analizado, se fija el “piso” con la comprensión en el caso cuestionado de delitos culposos, excluyendo a los delitos dolosos.

Por cierto, debo exaltar que el otrora Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del CP y el CPPCABA optan por el sistema reglado de oportunidad, descartando el discrecional; no obstante, en el CPPCABA resulta objetable el criterio dispuesto en el inc. f de su art. 199⁽⁷¹⁾ —lo transcribiré debajo— que invita a la negociación fiscal como sucede en el modelo norteamericano, y que la doctrina especializada ha desacreditado por entrar en pugna con el derecho de defensa de restante/s imputado/s.

.....

(70) El resaltado me pertenece.

(71) El art. 199, en su inc. f expresa: “.. con la conformidad del/la Fiscal de Cámara, cuando fuera indispensable respecto de algún imputado para asegurar el esclarecimiento del hecho y/o el éxito de la pesquisa respecto de otros autores, coautores y/o partícipes necesarios que se consideren más relevantes y aquel hubiera dado datos o indicaciones conducentes al efecto. El imputado beneficiado quedará obligado a prestar declaración como testigo en caso de ser convocado y debe ser informado fehacientemente de esta obligación antes de disponerse el archivo”.

Recapitulando, evidencio mi discrepancia con la modalidad adoptada por los redactores del descartado Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del CP quienes exageraron al regular, de manera amplísima, criterios de oportunidad del ejercicio de la acción penal pública en una cuestionable violación del mandato constitucional de no intromisión en las jurisdicciones provinciales y de la CABA; objeto la negociación fiscal abarcada en el CPPCABA; y elogio, más allá de las salvedades hechas, el sistema de oportunidad reglada escogido en ambos, que más se ajusta a nuestra realidad judicial y a nuestra sociedad.

Afortunadamente, la vigencia de la ley nacional 27.147 que ya modificó el CP se apartó del desmedido intento reformista del entonces Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del CP, solidificó la atribución de las jurisdicciones provinciales y de la CABA en materia de forma y complementa con adecuada técnica legislativa las reglas de disponibilidad de la acción penal dispuestas en los arts. 30 a 35 del CPPN nuevo.

En contraposición con la negociación fiscal reglada en el CPPCABA —modalidad de criterio de oportunidad discrecional— el CPPN nuevo, que aún no rige, patrocina un modelo de criterios de oportunidad reglado dentro de un cuadro de reglas de disponibilidad de la acción penal (criterios de oportunidad, conversión de la acción, conciliación y suspensión del proceso a prueba).

2.4 | Vigencia de las leyes nacionales 27.147 y 27.063: algunas particularidades

La ley nacional 27.147 fue sancionada el 10/06/2015, promulgada el 17/06/2015 y publicada en el BO el 18/06/2015; es decir, que ya rige para nuestro país pues modificó, en lo que aquí interesa, los arts. 59, 71 y 76 CP.

Por otro lado, la ley nacional 27.063 aprobó el CPPN nuevo. Fue sancionada el 04/12/2014, promulgada el 09/12/2014 y publicada en el BO el 10/12/2014; sin embargo, su entrada en vigencia se supeditó, en su art. 3º, a la ley de implementación correspondiente, esto es, a la 27.150 (sancionada el 10/06/2015, promulgada el 17/06/2015 y publicada en el BO el 18/06/2015), que en sus arts. 1º y 2º, inc. a, especifica cómo el CPPN nuevo regirá en el ámbito de la justicia nacional a partir del 01/03/2016.

Ante tal estado de situación, actualmente rige el CPPN aún vigente (según ley nacional 23.984) con el CP modificado por la ley nacional 27.147 ya detallada. En otras palabras, desde la normativa de fondo común ya se validó la aplicación del principio de disponibilidad de la acción penal para todo el país que, en la jurisdicción nacional, aún no encuentra correlato con el CPPN nuevo, pues entrará en vigencia el 01/03/2016.

Siendo así ¿es disponible la acción penal pública en el ámbito de la jurisdicción nacional hoy en día? ¿Cómo se cristaliza procesalmente? Como examiné arriba, el principio de disponibilidad de la acción penal pública ya es válido para todas las jurisdicciones, inclusive para la nacional; desde mi visión, este aspecto no ofrece duda alguna. Por el contrario, a nivel nacional aún no se implementó el CPPN nuevo y, por añadidura, tampoco las reglas de disponibilidad de la acción que condensan criterios de oportunidad, conversión de la acción penal, conciliación y suspensión del proceso a prueba.

Entonces, ¿puede el MPF nacional disponer de la acción penal pública de inmediato? ¿Qué alternativa posee la Defensa, tanto pública como particular? En la práctica, el MPF nacional ya dispone de la acción penal pública cuando, por ejemplo, postula jurisdiccionalmente un archivo del proceso por no poder proceder o por inexistencia de delito; así lo establece el CPPN aún vigente en su art. 195, párr. 2. Y esta facultad es tan amplia que ni siquiera luce procesalmente definido qué debe entenderse por no poder proceder, motivo por el cual es casi una modalidad discrecional.

Por consiguiente, y con independencia de la vigencia o no del CPPN nuevo (según ley nacional 27.063), la modificación del CP encuentra en la actualidad complemento con el segundo párrafo del art. 195 CPPN todavía vigente —según ley nacional 23.984— para encontrar un adecuado y provisorio cauce procesal.

Bajo una mirada defensiva, y ante un planteamiento fiscal de archivo por no poder proceder o por inexistencia de delito, la defensa pública y particular cuenta con las herramientas previstas en los arts. 339 a 345 CPPN vigente, esto es, con las excepciones de previo y especial pronunciamiento para cesar jurisdiccionalmente la situación de incertidumbre procesal de sus defendidos, con la petición de declaración de extinción de la acción penal y consecuente sobreseimiento (actual inc. 5 del art. 59 CP, modificado según ley nacional 27.147).

3 | Conclusión

En la divulgada obra *De los delitos y de las penas*, el ilustre Cesare Beccaria plasmó:

Es imposible prevenir todos los desórdenes en el combate universal de las pasiones humanas. Crecen estas en razón compuesta de la población y de la trabazón de los intereses particulares de tal suerte que no pueden dirigirse geométricamente a la pública utilidad. Es necesario en la aritmética política sustituir el cálculo de la probabilidad a la exactitud matemática. Vuélvanse los ojos sobre la historia y se verán crecer los desórdenes con los confines de los imperios, y menoscabándose en la misma proporción el sentimiento nacional, se aumenta el impulso hacia los delitos conforme al interés que cada uno toma en los mismos desórdenes: así la necesidad de agravar las penas se dilata cada vez más por este motivo.⁽⁷²⁾

Indudablemente, ya desde Beccaria se observaba la inflación del derecho penal y la ineficaz e irracional respuesta punitiva estatal para todos los casos conocidos de conductas jurídicas penalmente relevantes. Con esta elaboración intenté repasar las aristas vinculadas con el principio de oportunidad y su contracara de oficialidad, circunstancia por la cual recorrí diversas posturas y actualicé conceptos que años atrás analicé en otro trabajo que aquí ya cité, sopesando la indisponibilidad de la acción penal pública a la luz del descartado Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal (resoluciones MJyDH 303/2004 y 136/2005), del CPPCABA, del CP modificado según ley nacional 27.147 y del CPPN nuevo según ley nacional 27.063. Por último, develé algunas particularidades en torno a la vigencia de las leyes nacionales 27.147 y 27.063, y desarrollé puntos lindantes del CPPN, según ley nacional 23.984.

Consiguientemente, y sin ánimo de dilatar el cierre, transcribiré una reflexión de Hassemer que engloba el pensamiento volcado en este esquema:

Tanta legalidad como sea posible: tanta oportunidad como sea necesaria (política y económicamente en el momento).⁽⁷³⁾

(72) BECCARIA, CESARE, *op. cit.*, p. 43.

(73) Hassemer, Winfried, "La persecución penal: legalidad y oportunidad", en *Hacia una nueva Justicia Penal*, Bs. As., Consejo para la Consolidación de la Democracia, 1984, B.J. 4, citado por CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *op. cit.*, p. 30.

La regulación del juicio abreviado en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación

Dudas y complejidades de un instituto que siempre queda a medio camino

por **PABLO ROSSI**⁽¹⁾

I | Introducción

Si se observa el comportamiento del mundillo jurídico penal argentino en materia de juicio abreviado, surge a simple vista una contradicción: su uso está absolutamente extendido, en todas las jurisdicciones del país y en todos los ámbitos y, simultáneamente, se encuentra siempre cuestionado en los ámbitos académicos y no resulta fácil encontrar un autor que defienda de modo claro, encendido y directo, la legitimidad de su aplicación.

Personalmente creo que buena parte de los problemas y las discusiones sobre el juicio abreviado responden a que usualmente se discute ese instituto en forma aislada, obviando el hecho de que es un mero emergente

.....
(1) Agente fiscal del departamento judicial de Lomas de Zamora. Jefe de trabajos prácticos, Facultad de Derecho (UBA).

de una concepción más profunda acerca del sentido y el significado de lo que usualmente denominamos “proceso acusatorio”. En última instancia, la discusión acerca de la legitimidad del juicio abreviado es una discusión acerca de las facultades dispositivas de las partes en un proceso penal y, en un sentido más general, también acerca de la valoración negativa o positiva que se tenga respecto del sistema penal y la aplicación de sanciones penales.

Si se considera que las partes tienen libre y absoluta disposición sobre sus pretensiones, de un lado en el ejercicio de la acción, y del otro en la estrategia de defensa, y se acepta el hecho de que cada parte tiene a su cargo la representación de un interés en el proceso, resulta bastante difícil evitar la ocurrencia de hecho de acuerdos entre partes, tengan la denominación de “juicio abreviado” o cualquier otra.⁽²⁾ En nuestro país se acepta pacíficamente que el fiscal representa el interés de la sociedad en la realización de la ley penal, y el defensor la expectativa de evitar consecuencias negativas para su asistido o reducirlas al mínimo posible. Si a eso se le suma que se concede a ambas partes plena autonomía en el desarrollo de su estrategia, inevitablemente se lleva al proceso a un esquema en algún sentido similar al del proceso civil, en que las partes litigan en la medida de su interés y en cuanto no hayan podido arribar a una solución que les evite litigar y les parezca aceptable. Así planteadas las cosas, una regulación que pretenda forzar a las partes a realizar un juicio está destinada al fracaso, tal como lo estaría una norma en materia civil que ordene a las partes continuar con el proceso prohibiendo todo acuerdo extrajudicial: las partes siempre encontrarán “atajos” que respondan de un modo más adecuado a lo que sea —al menos— su percepción de racionalidad, es decir, realizar el menor esfuerzo posible para obtener un buen resultado en un contexto determinado.

En el caso del juicio, los intereses de las partes están también en línea con los riesgos que enfrentan y que necesariamente evalúan: para el fiscal, el juicio, además de un gasto (en sentido amplio: tiempo, recursos, etc.), presenta el riesgo de que determinados testigos no comparezcan, surjan complicaciones en la prueba o se presenten nulidades inadvertidas, entre otras.

(2) Un ejemplo de ello es el acuerdo informal usualmente denominado “rapidito” en la provincia de Buenos Aires, mediante el cual fiscal y defensor acuerdan en forma previa la incorporación de toda la prueba por lectura y la pena que solicitará el fiscal.

Para el imputado, el riesgo central es la incertidumbre respecto de la pena que se impondrá. Seguramente no resultará muy difícil para el lector advertir, en esta línea, la similitud con la situación que enfrentan las partes en un proceso civil, en el que la actora puede preferir cobrar antes y seguro una suma menor a esperar el resultado de un juicio, y la demandada, reducir sus costos al mínimo posible. Resulta esperable que el fiscal prefiera asegurarse un resultado satisfactorio, con menos esfuerzo y más rápido, aun cuando se traduzca en una pena menor; y que la defensa —si evalúa que perder el juicio es un resultado muy probable—, esté dispuesta a renunciar a un debate en el que no tiene mucho para ganar, a cambio de lograr una pena menor de la que se le podría imponer allí.

¿Puede un juicio penal, y como consecuencia una sanción penal, con todo lo que ello implica, ser materia de negociación? Una respuesta negativa puede cimentarse básicamente sobre tres perspectivas.

1) Podría argumentarse que ello no es posible por las características violentas, selectivas, discriminatorias y —en general— poco saludables de nuestro sistema penal en su operatividad real. En nuestro país, es relativamente común una perspectiva, a veces denominada “garantismo”, que tiende a sobrecargar las garantías, o asignarles una extensión bastante más allá de la visión con que fueron instauradas y la literalidad de sus términos normativos, en pos de reducir al poder punitivo del Estado a su mínima expresión posible. En esa línea, se parte de que dada la ilegitimidad del sistema penal, toda construcción tendiente a su reducción tiene un valor en sí positivo. Desde esta concepción, el juicio abreviado es cuestionable en tanto herramienta que posibilita lograr un número mayor de condenas con menos recursos, es decir, facilita la expansión del sistema penal.

Personalmente no creo en este enfoque. Si se considera que las penas son ilegítimas, lo razonable no es discutir el juicio abreviado, sino el contenido de las penas o el modo en que las mismas se ejecutan en nuestro país. Si el sistema penal es discriminatorio en su selectividad, no es consecuencia del juicio abreviado, sino de cómo se selecciona. Si ante el fracaso en convencer a la sociedad de instaurar un régimen penal de fondo más saludable, se reacciona procurando cerrar caminos en el ámbito procesal, no solo se confunden los planos, sino que se incrementa peligrosamente la distancia entre la percepción de la ciudadanía y sus demandas de eficiencia, y el modo en que se interpretan las normas en el Poder Judicial.

2) Más simplemente, podría afirmarse, en contra del juicio abreviado, que el juicio tradicional es un derecho irrenunciable, de carácter público. Esta línea de argumentación es posible y de hecho encuentra eco literal en el art. 18 CN, y frondosa jurisprudencia de la CSJN. Pero de ser así, es necesario replantearse si el Ministerio Público Fiscal es el “titular exclusivo de la acción pública” y tiene plena autonomía; como también, si el defensor y el imputado pueden decidir de modo completamente libre la estrategia de defensa. Sé que resulta poco simpático y muy impopular decirlo, pero si se considera que hay normas de orden público que determinan la forma en que debe desenvolverse el proceso más allá de los intereses de las partes, y se sostiene que esas normas de orden público se fundan en normas de jerarquía superior, parecería más razonable regular un procedimiento de corte inquisitivo como el que regía antes de esta reforma o, al menos, en el que las partes no cuenten con claras posibilidades de disposición sobre el proceso. Pretender que las partes tengan plena libertad para llevar el proceso a su antojo, partiendo de la base de que ese método es el que mejor realiza sus intereses y la justicia pero, a su vez, que precisamente en cuanto a la forma de dirimir el proceso no se puede confiar en ellas, es un contrasentido.

3) Por último, puede argumentarse que el juicio abreviado no es legítimo porque parte de una negociación desigual por la situación de debilidad y desventaja en que se encuentra el imputado. Ahora bien, si realmente el imputado está en una situación de desventaja respecto del acusador, ¿eso solamente es un problema en relación al juicio abreviado? Si el imputado se encuentra en una situación procesal en la que resulta fácil coaccionarlo, o no tiene reales posibilidades de defender sus intereses, eso no solo pone en crisis el juicio abreviado, sino el proceso en general.

Cuando se afirma que la aplicación del juicio abreviado resulta de hecho coactiva en los supuestos de prisión preventiva indebidamente extensa, eso puede ser cierto; pero el problema allí no radica en el juicio abreviado sino en el modo en que se aplica la prisión preventiva (y por cierto, el problema sustancial no se resuelve eliminando el juicio abreviado). Si esa es la cuestión, sería mucho más adecuada una regla que, por ejemplo, restrinja en sentido absoluto la extensión de la prisión preventiva, como la que, al menos hace un tiempo, regía en Inglaterra y garantizaba el derecho irrestricto a libertad bajo fianza luego de seis meses de prisión sin que haya ocurrido el juicio. Lo contrario —mantener la posibilidad de detener al

imputado por un término casi ilimitado, pero discutir el juicio abreviado—, es como plantear un debate entre un sujeto armado y uno desarmado, y pretender equilibrarlo mediante reglas de retórica.

Me parece importante resaltar esto último porque si el diagnóstico de base es una situación de fuerte desventaja del lado del imputado, compensar esa situación mediante una regla que fuerce la realización de un juicio formal es un enfoque equivocado. Sería como organizar un partido de fútbol con un equipo de 11 contra otro de 5, e intentar equilibrarlo diciendo que solo será válido para el equipo más numeroso hacer un gol si el árbitro está parado a menos de dos metros del arco certificando que la pelota entró. En su lugar, deberían evaluarse cuáles son las razones por las que el proceso es (suponiendo que lo sea) injusto (la palabra precisa, e intraducible, es “*unfair*”), y dotar a la defensa de suficiente fortaleza como para poder ejercer, de modo autónomo, una adecuada defensa de su interés.

Dicho sea de paso: que la fiscalía plantee una oferta de pena en el juicio abreviado, inferior a la que requerirá eventualmente en el juicio oral, no hace en sí a la legitimidad del procedimiento. De nuevo una comparación con el juicio civil: el actor que presenta una demanda por un monto donde computa la totalidad máxima posible de su pretensión —es decir, todo lo que dentro de la ley podría llegar a obtener de ese juicio—, no se comporta de modo “extorsivo” por el hecho de estar dispuesto a aceptar un monto menor como acuerdo para evitar el proceso. Por supuesto que el demandado sabe que si no llega a un acuerdo extrajudicial se expone al riesgo de tener que abonar una suma mayor, pero la demanda no es extorsiva en la medida en que la pretensión sea legítima.

Contrario sensu, el juicio abreviado podría tener carácter extorsivo si se habilitara al Ministerio Público Fiscal a requerir montos de pena claramente abusivos —lo que puede ocurrir si las brechas de escala penal son exageradamente amplias—, o bien si el imputado se viera restringido en su autonomía para decidir (como lo está, por ejemplo, si debe hacerlo en un contexto de prisiones preventivas indebidamente extensas). El mero hecho de que el Ministerio Público Fiscal esté dispuesto a acordar, como decisión que le evite los costos y riesgos de un juicio, una solución por una pena menor de la que hubiera solicitado al concluir el debate, no es en sí una característica de ilegitimidad, sino, precisamente, el sentido racional en función del cual podría aplicar esa herramienta en línea con sus intereses.

De hecho, si no fuera así, si la pena a acordar en un juicio abreviado fuese la misma que se requiriera luego de un debate, ¿cuál podría ser el interés de la defensa en aceptarlo y renunciar al juicio oral?

2 | La regulación en el nuevo CPPN

El nuevo Código Procesal Penal de la Nación introduce algunas características muy específicas en el trámite del procedimiento de juicio abreviado, que regula en el art. 288 y ss.

En principio, se distinguen dos tipos de procedimientos de abreviación: El “acuerdo pleno” y el “acuerdo parcial”. El primero de ellos se corresponde con el juicio abreviado tal como lo conocemos, que se habilita exclusivamente para penas de menos de seis años de prisión (art. 288 CPPN), sin modificaciones en este punto respecto del Código todavía vigente. El segundo párrafo de ese artículo dispone: “Será necesario que el imputado acepte de forma expresa los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la investigación preparatoria que la fundaren y manifieste su conformidad con la aplicación de este procedimiento”. La aceptación de los hechos ya estaba prevista en el procesal vigente, que, además, exigía conformidad con la calificación legal (art. 431 bis). En cuanto a plazos, el art. 288 CPPN, ley 27.063, establece que el acuerdo pleno solo es posible hasta la audiencia de control de la acusación, es decir, la etapa intermedia.

Para su trámite, se dispone una audiencia (art. 289 CPPN) al cierre de la cual el juez debe dictar absolución, sentencia (por una pena igual o inferior a la requerida por el fiscal) o considerar inadmisibles el acuerdo. Finalmente —tema sobre el que volveremos más adelante—, en los casos en que se considera inadmisibles el acuerdo, se establece que el fiscal “no podrá solicitar en el procedimiento común una pena superior a la requerida en el procedimiento abreviado” (art. 290 CPPN).

Por otra parte, se establece la posibilidad de un “acuerdo parcial”. El art. 291 CPPN establece que “Durante la etapa preparatoria y hasta la audiencia de control de la acusación, las partes podrán acordar exclusivamente sobre los hechos y solicitar un juicio sobre la culpabilidad y la pena”. Se trata de un acuerdo cuyo alcance es más limitado, ya que solo refiere a los hechos materia de imputación, y no evita el juicio, sino que

solo parece orientado a evitar la producción de prueba en el debate respecto de los hechos, sin que se establezca la obligación del fiscal de fijar una pretensión de pena determinada. En cierto modo, el artículo parece regular las “estipulaciones probatorias” propias del derecho anglosajón y clásicas del juicio por jurados. Planteado así, surge como un camino más sencillo y con similares resultados para las partes, apelar a la posibilidad de admitir un hecho de común acuerdo, siguiendo las previsiones del art. 128, inc. e, CPPN, ley 27.063.

3 | Análisis crítico

El nuevo CPPN dispone en su art. 198 que “Las actuaciones de la investigación preparatoria no tendrán valor para fundar la condena del acusado. No obstante, aquéllas podrán invocarse para solicitar o fundar una medida cautelar, plantear excepciones e instar el sobreseimiento”. Aquí surge una primera dificultad interpretativa respecto al denominado “acuerdo pleno”, ya que el art. 288 CPPN indica que “Será necesario que el imputado acepte de forma expresa los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la investigación preparatoria que la fundaren y manifieste su conformidad con la aplicación de este procedimiento”, y más adelante el art. 290 CPPN expresa “En caso de sentencia condenatoria, ésta no podrá pronunciarse exclusivamente sobre la base de la aceptación de los hechos por parte del acusado”. Cabe preguntarse: ¿sobre qué otros elementos de prueba podría recaer una condena en el supuesto del “acuerdo pleno” que no sean la conformidad del imputado y los elementos de la investigación preparatoria? Resulta claro que estos últimos conforman la prueba en función de la cual el juez podrá construir una sentencia condenatoria. No obstante, para toda la investigación preparatoria —inclusive, respecto de la denominada “carpeta” en sí conteniendo los elementos— no se establecen pautas de formalidad; para las declaraciones testimoniales, el Código dispone que “regirán las reglas del principio de desformalización, debiendo garantizarse el contenido de las mismas” (art. 154 CPPN, ley 27.063).

De algún modo, parecería que el nuevo Código intenta plantear una fuerte informalidad en la etapa preparatoria —de modo coherente con un sistema acusatorio—, pero a la vez, en el marco del juicio abreviado, cae nuevamente en la exigencia de algún elemento probatorio y,

en consecuencia, echa mano de la investigación preparatoria del fiscal. En el sistema norteamericano, este problema no surge por cuanto una admisión de culpabilidad del imputado (*a guilty plea*) habilita la condena sin necesidad de que el juez evalúe otros elementos de prueba. Nuevamente advertimos, como ya expresara en el primer apartado, dificultades en la adopción, en términos absolutos, de un sistema acusatorio por un lado, y la preservación ciertas exigencias de orden público por el otro, más propias de un perfil inquisitivo o, si se quiere, de mayor regulación y supervisión jurisdiccional.

Otra dificultad de interpretación surge en la parte final del art. 290 CPPN, que establece que en los casos en los que el juez no declara admisible el procedimiento abreviado, el fiscal queda atado a la pena que había propuesto y no puede requerir una pena mayor luego del debate oral. La regulación es extraña, sobre todo porque no se impone una limitación parecida para los casos en los que la fiscalía haya realizado una propuesta concreta de abreviación y esta haya sido rechazada por la defensa. En los hechos, resulta poco probable que ante un esquema así trazado, el fiscal arriesgue una propuesta de acuerdo pleno sin antes “tantear” informalmente la opinión del juez sobre su admisibilidad. En este punto el legislador parece estar convencido de que el fiscal debería requerir una misma pena en el contexto del acuerdo pleno, y luego en el debate, lo cual pasa por alto dos aspectos: en primer lugar, que precisamente el atractivo de un acuerdo previo al juicio para la defensa radica en la posibilidad de acceder a una pena menor; y adicionalmente, que del debate perfectamente podrían surgir circunstancias agravantes no advertidas previamente, llevando a que incluso cuando el fiscal no evalúe la pena a requerir en términos de costos y beneficios —que, insisto, es el presupuesto lógico por el que tendría sentido proponer ese instituto—, al momento del debate surja como adecuado requerir una pena mayor.

La regulación del acuerdo impone un fuerte límite en cuanto a no permitir que los mismos tengan lugar luego del control de la imputación. Desde el punto de vista del Ministerio Público Fiscal, esa regulación tiene sentido ya que la utilidad procesal de la abreviación se reduce a medida que se aproxima el debate: para entonces, los costos de tiempo, esfuerzo y atravesamiento de instancias de revisión de la acusación ya tuvieron lugar, y no tiene demasiado sentido llegar a un acuerdo solo para evitar el debate en sí. No obstante, esta evaluación es más próxima a un análisis de política

criminal, que a una necesaria regulación de orden procesal, por lo que definirlo en el Código Procesal no solo no resulta estrictamente adecuado, sino que puede generar otros “atajos” o vías de sortear el obstáculo, como —por citar el ejemplo más fácil— un acuerdo de partes respecto de los hechos y la forma de incorporación de la prueba al debate que lo vacíe de contenido material.

En cuanto al querellante, el nuevo Código expresamente descarta su opinión, salvo que “en su acusación hubiere efectuado una calificación jurídica de los hechos, atribuido una forma de participación o señalado circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, diferentes de las consignadas por el representante del Ministerio Público Fiscal y, como consecuencia de ello, la pena aplicable excediera el límite establecido en el artículo 288” (art. 289 CPPN).

Ahora, si se toma en cuenta que el art. 288 CPPN no establece un límite en función de la pena en expectativa, sino del concreto pedido de pena del fiscal, cabe concluir que el querellante solo podría oponerse al acuerdo, si en virtud de su interpretación de los hechos o la calificación legal, el mínimo de la pena en expectativa resultara superior al concreto pedido de pena del fiscal. Ello importa una fuerte restricción al querellante para oponerse al acuerdo, lo que sin duda traerá discusión, sobre todo teniendo en cuenta las amplias facultades que la CSJN ha reconocido a la figura del querellante en los últimos años, tanto en el *leading case* “Santillán” como en otros.

Respecto del acuerdo parcial, como ya expresara, en los términos en que está previsto resulta de difícil aplicación: al no exigirse al fiscal un requerimiento determinado de pena, no se advierte ganancia para la defensa en tener por acreditados los hechos de la acusación. Por otra parte, dado que el acuerdo no puede alcanzar la culpabilidad, cabe preguntarse de qué modo podría discutirse esta categoría de la teoría del delito, sin tomar contacto directo con los testigos, y escuchar de estos el modo en que se desarrollaron los hechos y la actitud asumida por el imputado durante los mismos. En definitiva, resulta más probable que las partes, en los casos en que estimen útil evitar la sobrecarga de declaraciones testimoniales en el debate, resuelvan el punto a través de los acuerdos probatorios del art. 128, inc. e, del nuevo Código —que plantea menos exigencias reglamentarias— en lugar de recurrir a la figura del acuerdo parcial.

4 | Conclusión

El nuevo Código Procesal Penal de la Nación se estructura sobre una matriz de oralidad, garantías y sistema acusatorio. No obstante, en la regulación del juicio abreviado, vuelven a aparecer las tradicionales dudas y conflictos que el instituto genera en nuestro país.

El problema, en mi opinión, es —precisamente— la intención de realizar un “juicio abreviado”. Un juicio no puede abreviarse. O se realiza un juicio, entrando en contacto directo con la prueba, y se toma conocimiento de la totalidad de los elementos relevantes para determinar la culpabilidad de una persona y la pena que en consecuencia corresponde aplicarse, o debe aceptarse la renuncia al juicio tal como ocurre en el sistema norteamericano. Todo el esfuerzo puesto por el nuevo Código en informalizar la investigación preparatoria cae al vacío en el instante en que se determina que todo juicio abreviado deberá basarse en la documentación que allí conste. Planteado en esos términos, el expediente ya no puede ser una mera carpeta de trabajo de la fiscalía, sino que debe someterse a las exigencias que eventualmente planteen los jueces para otorgarle valor probatorio a su contenido.

Nótese que la mera observación de toda sentencia de juicio abreviado tiene gusto a ficción: el juez analiza la prueba de la investigación preparatoria, considera que ocurrió exactamente lo que las partes dicen que ocurrió, y —¡qué casualidad!— llega a la conclusión de que corresponde imponer exactamente la misma pena que habían acordado las partes. ¿Cómo llegó a esa conclusión, si normalmente en la investigación preparatoria no hay prácticamente elementos que permitan evaluar seriamente la culpabilidad?

El derecho penal debería sincerarse y, sobre todo, superar la hipocresía con que suelen fundarse las decisiones judiciales. Y en ese camino, la regulación ideal no es la que reviste de formalidades las decisiones, sino la que otorga posibilidades y capacidades efectivas a las partes para que puedan hacer valer sus derechos y sus argumentos.

La regulación del juicio sobre la pena

por **RAÚL SALINAS**⁽¹⁾

I | Introducción

El propósito del presente trabajo es exponer las principales características del sistema establecido para la determinación de la pena en el contexto del nuevo Código Procesal Penal de la Nación, aprobado en virtud de la ley 27.063.

En función de ello, describiremos los fundamentos contenidos en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales, los rasgos centrales del instituto del juicio sobre la pena y algunas particularidades del litigio específico.

2 | El marco constitucional y convencional

El mecanismo destinado a establecer especies y cantidades de penas para culpables necesariamente se inserta en el contexto de pautas y límites desarrollados desde el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos. La preocupación por la reducción de la arbitrariedad en el uso de la violencia desplegada desde el aparato punitivo del Estado innegablemente constituye una preocupación central

.....

(1) Abogado con orientación en derecho penal (UBA). Maestrando en Derechos Humanos (UNLP). Alumno de la Especialización en Magistratura (ESJ - UNLM). Docente universitario (UNLZ - IUPFA - UNP San Juan Bosco). Coordinador del Área de Cárceles y Política Penitenciaria del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP).

y fundamenta a todo el sistema de garantías. Como señala Maier “(e)s por ello que se piensa que el derecho procesal penal de hoy en día es, desde uno de los puntos de vista principales, derecho constitucional reformulado o derecho constitucional reglamentado, en el sentido del art. 28 de nuestra Constitución Nacional”.

El establecimiento de las consecuencias del delito y la correlativa limitación o restricción de derechos inexorablemente llevan implícita la posibilidad de cometer errores y abusos que se traducen en afectaciones de la dignidad humana. Ya no se trata de penas abstractas, sino que nos encontramos ante la pena real, la cual en nuestro contexto difiere significativamente de la descrita en la norma legal, afectando muchos otros derechos distintos de la libertad ambulatoria y transformándose en una verdadera pena corporal. Ahora es cuando la pena abstracta comienza a materializarse en dolores y sufrimientos encarnados en la existencia concreta de una persona.

Como referíamos, la individualización de la pena en el contexto de un estado constitucional, democrático y social de derecho se encuentra condicionada al acatamiento de una serie de exigencias.

De modo preliminar debemos aludir al respeto por la dignidad humana, la cual se halla consagrada positivamente en nuestro ordenamiento jurídico con la más alta jerarquía normativa (art. 75 inc. 22 CN; arts. 1º, 22 y 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos —DUDH—; art. XXIII de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre —DADDH—; art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —PIDCP—; art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —PIDESC—; arts. 23, 37, 38, 39 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño —CDN—; y en general, Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y Comité Contra la Tortura), y a su vez cumple diversas funciones.

En primer término, la dignidad funciona como fundamento del Estado, que pasa a existir como medio para las personas. El poder público está obligado a respetar y proteger la dignidad humana y viene a operar como un criterio organizativo del poder público en torno a su finalidad, particularmente en los estados sociales. Tal y como sostiene Maihofer:

Se concibe al Estado, no como un fin, sino como un medio, esto es, cual garante de la dignidad del hombre, entonces el conjunto

de la organización y actividad estatales tiene que ser conformado y manejado según dicho sentido último y fin superior. Con esto se asigna al Estado, en su relación con el hombre, no una función de predominio, sino una tarea de servicio; de donde todo poderío del Estado sobre el hombre, también tiene que estar fundado y legitimado en un servicio a este.

En segundo término, la dignidad opera como valor elevado al rango de meta-principio,⁽²⁾ que se halla positivizado y que cuenta con la máxima jerarquía normativa. Se trata de una pauta axiológica, deontológica y hermenéutica de carácter general que a su vez opera como fuente y criterio de validez de las normas jurídicas de rango inferior y como elemento de interpretación,⁽³⁾ significado⁽⁴⁾ y alcance, una pauta integradora de

(2) HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1990; ZAGREBLESKY, GUSTAVO, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995; DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1995; ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1997; "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", en *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 5, 1989, [en línea] http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf; ATIENZA, MANUEL y RUIZ MANERO, JUAN, "Sobre principios y reglas", en *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 10, 1991, [en línea] http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/12482196462352624198846/cuaderno10/doxa10_04.pdf y *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 2007; AGUILÓ REGLA, JOSEP, "Tres preguntas sobre principios y directrices", en *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 10, [en línea] <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/00361731977972739932268/029116.pdf?incr=1>

(3) Como ejemplo de esta función pueden mencionarse los fundamentos del principio propio de los derechos humanos pro persona (también conocido como *pro homine*) e igualdad y no discriminación. Ver PINTO, MÓNICA, *Temas de derechos humanos*, Bs. As., Editores del Puerto, 1997; "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en Martín Abregu (coord.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Bs. As., CELS, Del Puerto, 1997; SALVIOLI, FABIÁN, "Un análisis desde el principio *pro persona*, sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en *En defensa de la Constitución: libro homenaje a Germán Bidart Campos*, Bs. As., Ediar, 2003, pp. 143/155, [en línea] <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/un-analisis-desde-el-principio-pro-persona-sobre-el-valor-juridico-de-las-decisiones-del-cidh-fabian-salvioli.pdf>

(4) Franz Von Liszt sostuvo que "por paradójico que pueda sonar, la ley penal es la Magna Carta del delincuente. Ella no protege el ordenamiento jurídico, tampoco a la colectividad, sino al individuo que se rebela contra esta. Le garantiza el derecho de ser penado únicamente al tenor de los supuestos de la ley y dentro de los límites legales. El doble principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, es el bastión del ciudadano del Estado ante la omnipotencia estatal, la fuerza inconsiderada de la mayoría, el Leviatán" en *Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts*, citado por MAIHOFFER, WERNER, *Estado de derecho y dignidad humana*, Montevideo, B de F, 2008.

todo el ordenamiento jurídico y de los denominados “derechos innombrados” en particular. En tercera instancia, podemos clasificar la función de la dignidad como derecho garantizado, cuyo titular es la persona humana, que cuenta con un objeto de protección que implica una serie de obligaciones de respeto y protección para el Estado y que es exigible judicialmente.

Es posible efectuar una clasificación con la finalidad de sistematizar algunas de las obligaciones estatales relacionadas con la dignidad. Por ejemplo, y a modo de síntesis del objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, se han establecido⁽⁵⁾ tres lineamientos claros y diferenciables: i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

La pertenencia al género humano y la nota de universalidad de la dignidad se expresan en el mandato de que la pena deba estar sujeta al principio de humanidad (arts. 18 y 75 inc. 22 CN, art. 5° DUDH, art. 7° PIDCP y art. 5°.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —CADH—) y exenta de cualquier tipo de trato cruel o castigo severo, arbitrario o excesivo.

A su vez, existe un vínculo intenso entre dignidad y derecho penal de acto referido a que la sanción aplicada es producto de las acciones lesivas efectivamente realizadas y exteriorizadas en el mundo y no responden a un juicio sobre el fuero interno, la esencia, manera de ser, forma de conducir la propia vida, naturaleza, sintomatología o peligrosidad manifiesta o latente propias del denominado derecho penal de autor⁽⁶⁾ (arts. 18, 19 y

(5) CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia de tutela N° T-881/02, dictada el 17/10/2002, [en línea] <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-881-02.htm>

(6) “En concepto de esta Corte, el problema que plantea la invocación de la peligrosidad no solo puede ser analizado a la luz de las garantías del debido proceso, dentro del art. 8° de la Convención. Esa invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el derecho penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el derecho

75 inc. 22 CN, art. 15 PIDCP y art. 8° CADH). Algo similar sucede con relación a los grados de repugnancia moral del hecho o antipatía con respecto al autor que puede desplegar el juez. Bajo la perspectiva de que los jueces hablan por sus sentencias es que en reiteradas oportunidades los tribunales envían mensajes a la sociedad a través de las penas que imponen, relativizando la responsabilidad individual: ello implica tratar al culpable como mero medio.

Son las personas, en tanto sujetos con autonomía, las que cometen los hecho típicos: la responsabilidad penal es individual y está prohibida la trascendencia de la pena: a ello aluden los principios de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad.⁽⁷⁾ Las penas impuestas, además de humanas, deben ser necesarias y mínimas. A esto se refieren los principios de *ultima ratio* y subsidiariedad del derecho penal. De allí provienen, por ejemplo, las justificaciones a los supuestos de pena natural, a la no aplicación de

penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía (...) La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo —con pena de muerte inclusive— no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobre ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos. El pronóstico será efectuado, en el mejor de los casos, a partir del diagnóstico ofrecido por una pericia psicológica o psiquiátrica del imputado (...) En consecuencia, la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención". CORTE IDH, "Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala", 20/06/2005.

(7) "En cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos". CORTE IDH, "Caso Vargas Areco vs. Paraguay", 26/09/2006; "Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala", 15/09/2005 y "Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago", 21/06/2002.

"La pena debe ser el resultado de una sentencia emitida por autoridad judicial. Al momento de individualizar las sanciones se debe fundamentar los motivos por los cuales se fija la sanción correspondiente. En cuanto al principio de favorabilidad de una ley anterior debe procurarse su armonización con el principio de proporcionalidad, de manera que no se haga ilusoria la justicia penal. Todos los elementos que incidan en la efectividad de la pena deben responder a un objetivo claramente verificable y ser compatibles con la Convención", ver CORTE IDH, "Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia", 11/05/2007.

mínimos irrazonables y todas las derivaciones de la finalidad reintegradora de la pena (arts. 5°.6 CADH y art. 10.3 PIDCP).

Estas pautas no solo se hallan dirigidas a los legisladores, sino que también alcanzan a los magistrados del Poder Judicial.

Es en la etapa de individualización donde debe materializarse la aplicación del principio de *ratio final*. El uso del encierro debe operar bajo la condición de que se acudirá a aquel como último medio y ante los casos más serios y que muestren claramente que resulta inviable el uso de otra medida o sanción. Además, de acuerdo con este postulado, recién se puede acudir al encarcelamiento cuando otras estrategias menos lesivas y riesgosas hayan fracasado.

Como señala Binder:

Si bien no es claro el reconocimiento normativo de este principio aunque él es connatural a la idea de una política republicana —limitada— y democrática, podemos hallarlo en la misma Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 cuando proclama, en el art. 8°, —con mucha mayor claridad que muchos otros textos más modernos, seguramente por su cercanía al programa ilustrado— que ‘la ley no debe establecer otras penas que las estrictamente y evidentemente necesarias’. Si atendemos bien a la fórmula podremos observar su formulación precisa y ‘fuerte’, se debe tratar de penas de una necesidad evidente y estricta. Nada de fórmulas abiertas, ni meros ‘consejos’ al legislador. Nada más alejado de la Política Criminal actual, ampulosa y desorbitada, ni de la dogmática penal confusa y permisiva con la expansión e inflación penal.⁽⁸⁾

En perspectiva histórica, y con una íntima vinculación con el principio de dulcificación de las penas, Bentham⁽⁹⁾ sostenía que todo castigo es un perjuicio que solo debería ser admitido en la medida en que promete excluir un perjuicio mayor y además resulte fundado, eficaz, razonable y necesario.

(8) BINDER, ALBERTO, *Análisis político criminal*, Bs. As., Astrea, 2011.

(9) BENTHAM, JEREMY, *Los principios de la moral y la legislación*, Bs. As., Claridad, 2008.

Existen varios instrumentos internacionales que receptan el principio de última razón: entre otros, nos referimos a la CDN (art. 37, inc. b), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores de Edad Privados de la Libertad (arts. 1º y 2º), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores o Reglas de Beijing (Reglas 13.1; 17.1, incs. b y c; y 19.1), el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (art. 8.d), las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres Delinquentes o Reglas de Bangkok (arts. 57 a 62), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad o Reglas de Tokio (arts. 1.5 y 2.7) y los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (princs. III y XXIII, inc. 2º).

La contracara necesaria de este principio es la prevención de la conflictividad violenta a partir de políticas proactivas que atiendan a sus causas estructurales y a los perfiles y contextos de vulnerabilidad de los capturados por el sistema penal.

Si bien el momento de individualización implica cierta discrecionalidad valorativa para el órgano decisor ello de ninguna manera supone que jueces y juezas se encuentren habilitados para privilegiar sus criterios personales morales o religiosos. La determinación del castigo se encuentra sujeta al Estado constitucional de derecho,⁽¹⁰⁾ opuesto por naturaleza a la arbitrariedad y al despotismo y por definición, controlable.⁽¹¹⁾

Como refirió la Corte IDH:

Aún cuando la Corte no puede, ni pretende, sustituir a las autoridades nacionales en la individualización de las sanciones

(10) "La individualización de la pena no es, como se sostuvo durante mucho tiempo, una cuestión propia de la discrecionalidad del juez, sino que en su estructura misma es 'aplicación del derecho'. Esto significa que su corrección debe ser comprobable desde el punto de vista jurídico. Esto supone que la decisión esté fundamentada en criterios racionales explícitos. El juez no puede partir de cualquier valoración personal que le merezca el hecho o el autor, sino que los parámetros que utilice deben ser elaborados a partir del ordenamiento jurídico, estructurando el complejo de circunstancias relevantes a partir de la interpretación sistemática y teleológica", ZIFFER, PATRICIA, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Bs. As., Ad-Hoc, 1996.

(11) "Al respecto, el Tribunal reitera que la racionalidad y proporcionalidad deben conducir la conducta del Estado en el desempeño de su poder punitivo, evitando así tanto la lenidad característica de la impunidad como el exceso y abuso en la determinación de penas". Ver CORTE IDH, "Caso Usón Ramírez vs. Venezuela", 20/11/2009.

correspondientes a delitos previstos en el derecho interno, el análisis de la efectividad de los procesos penales y del acceso a la justicia puede llevar al Tribunal, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, a analizar la proporcionalidad entre la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita de un agente estatal y el bien jurídico afectado en la violación de derechos humanos. En atención a la regla de proporcionalidad, los Estados deben asegurar, en el ejercicio de su deber de persecución de esas graves violaciones, que las penas impuestas y su ejecución no se constituyan en factores de impunidad, tomando en cuenta varios aspectos como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado. En efecto, existe un marco normativo internacional que establece que los delitos que tipifican hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos deben contemplar penas adecuadas en relación con la gravedad de los mismos.

La aplicación del principio de legalidad también proyecta consecuencias sobre el juicio sobre la pena, la cual en la modernidad aparece como "pena abstracta e igual, como tal cuantificable y mensurable y por ello pre-determinable legalmente y determinable judicialmente, tanto en la naturaleza como en la medida".⁽¹²⁾

De allí que el avance estatal sobre derechos individuales deba respetar las pautas fijadas para admitir restricciones legítimas sobre los derechos (ver arts. 29.2 DUDH, 4° PIDCP, 30 CADH, 4° y 5° PIDESC) bajo el prisma del principio *pro homine* o *pro persona*. Tempranamente, la Corte IDH sostuvo que cuando un estado pretende restringir un derecho debe partir de la existencia de una norma que lo habilite. El Pacto de San José alude a leyes en sentido formal:

La protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las

(12) FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995.

limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no solo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder (...) solo la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, ceñida al bien común, puede restringir el goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona humana.⁽¹³⁾

De acuerdo con la copiosa y uniforme jurisprudencia de la Corte IDH,⁽¹⁴⁾ al requisito de la previsión legal se suman la legitimidad de sus fines, racionalidad, necesidad, proporcionalidad, compatibilidad de la limitación con el contenido del derecho a limitar y judiciabilidad efectiva.⁽¹⁵⁾

(13) CORTE IDH, OC 6/1986, "La Expresión 'Leyes' en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", 09/05/1986.

(14) CORTE IDH, "Escher vs. Brasil", 06/07/2009; "Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia", 31/01/2006; "Kimel vs. Argentina", 02/05/2008; "Canese vs. Paraguay", 31/08/2004; "Tibi vs. Ecuador", 07/09/2004; "Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay", 17/06/2005; "Yatama vs. Nicaragua", sentencia de 23/06/2005; "Acosta Calderón vs. Ecuador", 24/06/2005; "Palamara Iribarne vs. Chile", 22/11/2005; "García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú", 25/11/2005; "Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia", 31/01/2006; "López Álvarez vs. Honduras", 01/02/2006; "Claude Reyes vs. Chile", 19/09/2006; "Servellón García vs. Honduras", 21/09/2006; "Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador", 21/11/2007; "Pueblo Saramaka vs. Surinam", 28/11/2007; "Kimel vs. Argentina", 02/05/2008; "Bayarri vs. Argentina", 30/10/2008; "Tristán Donoso vs. Panamá", 27/01/2009; "Ríos y otros vs. Venezuela", 28/01/2009; "Perozo vs. Venezuela", 28/01/2009; "Usón Ramírez vs. Venezuela", 20/11/2009; "Barreto Leiva vs. Venezuela", 17/11/2009; "Vélez Lóor vs. Panamá", 23/11/2010.

(15) ONU, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, "Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", Doc. E/CN.4/1985/4, y "Principios de Limburg sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales"; PINTO, MÓNICA, "El principio *pro homine*...", *op. cit.*

Ello permite asegurar valores y derechos tales como la seguridad individual, libertad e igualdad y otorgar previsibilidad y estabilidad a todo el sistema.⁽¹⁶⁾ Esta es otra de las razones que sustentan la necesidad de existencia de certeza para aplicar un castigo, la cual se traduce en la carga para el acusador y en el *favor debitoris* o *in dubio pro reo* para la persona penada.

Bajo el sistema republicano de gobierno (arts. 1° y 29 CN) el poder es dividido y ejercitado a través de distintos departamentos que recíprocamente se controlan y equilibran a fines de evitar la supremacía absoluta de alguno de aquellos sobre la vida y los bienes de las personas.⁽¹⁷⁾ Las sentencias no son otra cosa que ejercicio del poder público y constituyen un acto de gobierno de uno de los poderes estatales. En consecuencia, deben resultar racionales, coherentes, lógicas, pertinentes y suficientemente fundamentadas.

Al respecto, la Corte IDH ha señalado que “la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática...”. El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente

(16) CORTE IDH, “Caso De La Cruz Flores vs. Perú”, 18/11/2004: “Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva exista y resulte conocida, o pueda serlo antes de que ocurra la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor, ya que antes de que una conducta sea tipificada como delito la misma no reviste aún el carácter de ilícita para efectos penales. Por otro lado, si esto no fuera así, los particulares no podrían orientar su comportamiento a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de este. Estos son los fundamentos del principio de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva”.

(17) “Esta Corte considera que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces y, para tales efectos, los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos, tanto para su nombramiento como para su destitución”. CORTE IDH, “Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú”, 31/01/2001.

tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que estas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías incluidas en el art. 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso”.⁽¹⁸⁾

La misma Corte IDH, en la resolución sobre el “Caso Escher y otros vs. Brasil” del 06/07/2009 estableció:

En ocasiones anteriores, al analizar las garantías judiciales, el Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente motivadas y fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. Las decisiones deben exponer, a través de una argumentación racional, los motivos en los cuales se fundan, teniendo en cuenta los alegatos y el acervo probatorio aportado a los autos. El deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento señalado en las peticiones, sino puede variar según la naturaleza de la decisión. Corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha.

La fijación de la sanción penal debe ser respetuosa de las formas sustanciales del juicio relativas a acusación, defensa, prueba, sentencia dictada por los jueces naturales. En el mismo sentido, la participación popular ordenada por la CN a partir del mandato expreso y tácito del juicio por jurados (arts. 24; 75, inc. 12; 118 y 126 CN) en el cual bajo el modelo clásico supone la adversarialidad y la intervención de los jueces no permanentes hasta el veredicto sobre los hechos y la responsabilidad.

Adicionalmente, la determinación judicial de la pena debe observar la garantía de defensa (art. 18 CN) referida a la asistencia técnica, ser oído, contar con una imputación, controlar la prueba, probar, valorar la prueba producida y exponer las razones fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal

(18) CORTE IDH, “Caso Apitz Barbera y otros (‘Corte Primera de lo Contencioso Administrativo’) vs. Venezuela”, 05/08/2008.

una sentencia favorable a sus intereses. Ello en el contexto de un sistema acusatorio formal con un órgano decisor imparcial y una magistratura requirente independiente (art. 120 CN).

Además de respetar la separación de funciones, debe garantizarse el principio de congruencia en materia de correlación entre pena requerida y sentencia de conformidad con el adagio latino *nullum iudicium sine accusatione*, de modo que los jueces no pueden expedirse más allá del límite fijado por el acusador sin afectar la prohibición de la *reformatio in peius*.

Otro tanto ocurre con el control de la pena a partir de la impugnación de la sentencia condenatoria (art. 8.2 CADH y art. 14.5 PIDCP).

3 | El modelo contenido en el CPPN

Una de las transformaciones más significativas del nuevo sistema de juzgamiento está dada por la introducción de una etapa específica posterior al veredicto de culpabilidad destinada exclusivamente a determinar la sanción.

Uno de los defectos a superar por el CPPN consiste en la ausencia de previsiones normativas y prácticas que tengan por finalidad explicitar los modos y criterios para requerir determinada consecuencia ante el delito, probar su necesidad y acreditarla a partir de la controversia. Señala Maier:

La elección de la clase y de la cantidad de la pena, incluidas ciertas características de su ejecución, es hoy, entre nosotros, poco menos que un ejercicio de adivinación que, en última instancia, comparece solo ante el “sentimiento jurídico” de los jueces que integran el tribunal sentenciador. Su debate, incluso, escasamente conforma la cuestión en juicio, porque cualquier argumento, incluidas apreciaciones generales o abstractas sobre la aplicación de circunstancias a tomar en cuenta para la medición, con cualquier grado de aproximación a la verdad —o a la falsedad— y sin discusión previa, puede ser y es utilizada para fundar la clase y la cantidad de pena elegida, y la manera particular según la cual será ejecutada, sin que rijan para ello principios básicos, incluso de carácter constitucional, que gobiernan la aplicación del derecho penal material y el procedimiento penal.

Tal irracionalidad apenas ha sido atacada por nuestra literatura jurídica y, cuando fue atacada, salvo excepciones parciales, las obras fueron escasamente críticas del sistema y atendieron, también con escasez, al desarrollo actual en la materia y a los principios básicos de un derecho penal tributario de del Estado de Derecho”.⁽¹⁹⁾

De acuerdo con las prácticas vigentes, el tribunal no solo avasalla la petición de las partes, sino que directamente prescinde de cualquier discusión puntual bastando la mera alegación genérica, generando una suerte de concentración de funciones en la figura del órgano decisor equiparable a la propia del juez de instrucción. Esta decisión además es la que más afecta al individuo en tanto es la que habilita la aplicación de los dolores y sufrimientos a título de pena. En el mismo sentido, ello genera una jurisprudencia que carece de uniformidad y previsibilidad, afectando la seguridad jurídica y la tutela de la igualdad.

A fines de superar dicha situación, el Código ha establecido que para individualizar el tipo y la cantidad de pena se divida el juicio en dos etapas: la primera de ellas, destinada a determinar la existencia de un hecho punible, su calificación jurídica y la responsabilidad del acusado; mientras que la segunda está destinada propiamente a fijar la pena en materia de tipo de sanción, cantidad y modalidad.⁽²⁰⁾

La misma debe ser convocada en la misma oportunidad en la que se da a conocer el veredicto de culpabilidad y debe ser fijada dentro de las 48 horas siguientes. En aquellos casos que no revistan mayor complejidad de juicio sobre la pena podrá realizarse de modo contiguo.

La decisión de instaurar la cesura del debate implica que los principios y garantías procesales regulados en el libro primero resultan de plena aplicación, al igual que las normas específicas que regulan el debate (ver art. 270 *in fine* CPPN). En particular nos referimos a los principios que establecen la

(19) MAIER, JULIO, “Prólogo”, en Patricia Ziffer (ed.), *Lineamientos de la determinación de la pena*, Bs. As., Ad-Hoc, 1996, p. 14.

(20) “El derecho al proceso público consagrado en el art. 8.5 de la Convención es un elemento esencial de los sistemas procesales penales acusatorios de un Estado democrático y se garantiza a través de la realización de una etapa oral en la que el acusado pueda tener intermediación con el juez y las pruebas y que facilite el acceso al público”. Ver CORTE IDH, “Caso Palamara Iribarne vs. Chile”, 22/11/2005.

igualdad entre las partes, oralidad, publicidad, contradicción, concentración, intermediación, simplicidad, celeridad y desformalización.

En virtud del principio acusatorio, durante la etapa de cesura se mantiene vigente la separación de las funciones requirentes de aquellas jurisdiccionales. Ello implica que la carga de atribuir el tipo y cantidad de pena y el *onus probandi* pesan sobre los representantes del Ministerio Público Fiscal y se encuentran absolutamente vedados para el tribunal (*nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*). En el caso contrario, se verían afectadas seriamente las garantías de imparcialidad⁽²¹⁾ y defensa,⁽²²⁾ la petición de parte y la posibilidad del imputado de ser oído, resistir la acusación, controlar la prueba de cargo y ofrecer la prueba propia como manifestaciones concretas del principio de contradicción.

La parte acusadora debe plantear su solicitud, los hechos que justifican su petición de especie y cantidad de pena, establecer los fundamentos jurídicos (escalas, agravantes, atenuantes) y expresar y acreditar toda circunstancia de interés para la individualización de la sanción. Aquí, y tal y como ocurre con el juicio sobre la culpabilidad (art. 273 CPPN) y los acuerdos (art. 290 CPPN), la petición de la acusación opera como sustrato de la defensa, evita las sorpresas y constituye un límite para prevenir sentencias *ultra petita* o *extra petita*. Por aplicación de las reglas para el debate dicha petición además no puede ser leída.

En esta etapa rige como principio la libertad probatoria y la prohibición de la incorporación de prueba de oficio por parte de los jueces. Los criterios de admisibilidad se refieren simplemente a la necesidad y pertinencia, idoneidad y confiabilidad y a la evitación de la sobreabundancia.

(21) "La Corte considera que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez, que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática". Ver CORTE IDH, "Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica", 02/07/2004.

"La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia". Ver "Caso Palamara Iribarne vs. Chile", fallo cit.

(22) "El derecho a la defensa técnica no puede ser satisfecho por quien a la postre realizará la acusación, esto es, el Ministerio Público. La acusación afirma la pretensión penal; la defensa la responde y rechaza. No es razonable depositar funciones naturalmente antagónicas en una sola persona". Ver CORTE IDH, "Caso Barreto Leiva vs. Venezuela", 17/11/2009.

Posteriormente a los planteos iniciales de los actores, se debe proceder a la recepción de pruebas en el orden en que hubieren acordado las partes o, en su defecto, se recibirán en primer término las del Ministerio Público Fiscal, luego las de la querella y, por último, las de la defensa. Cada parte determinará el orden en que rendirá su prueba. Recordemos que estas deben haber sido ofrecidas y admitidas en la etapa intermedia y deben constar expresamente en el auto de apertura del juicio oral (arts. 246 y 247 CPPN). El Código expresamente prohíbe a los integrantes del tribunal ningún tipo de compromiso con las hipótesis que pretenden ser acreditadas. De allí que establezca que “los jueces no podrán formular preguntas”.

Según el art. 10 del Código, referido a la apreciación,

las pruebas serán valoradas por los jueces según sus libres convicciones, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia. Los elementos de prueba solo tendrán valor si son obtenidos e incorporados al proceso conforme a los principios y normas de la Constitución Nacional, de los instrumentos internacionales y de este Código.

Particularmente importante resulta lo regulado en el art. 20, referido a la motivación. Allí se establece que:

las decisiones judiciales deben expresar los fundamentos de hecho y de derecho en que se basen. La fundamentación no se puede reemplazar con la simple relación de documentos, afirmaciones dogmáticas, ficciones legales, expresiones rituales o apelaciones morales. Si se trata de sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales, cada uno de sus miembros debe fundar individualmente su voto, salvo que adhiera a los motivos expuestos por otro miembro. La adhesión a los fundamentos de otro no permite omitir la deliberación.

Esta norma se complementa con el art. 311 que establece los motivos en virtud de los cuales la sentencia condenatoria resulta impugnabile, entre los cuales figuran expresamente:

- a. si se alegara la inobservancia de un precepto o garantía constitucional o legal;
- b. si se hubiera aplicado erróneamente la ley penal;

- c. si careciera de motivación suficiente o esta fuera contradictoria, irrazonable o arbitraria;
- d. si se basara en prueba ilegal o incorporada por lectura en los casos no autorizados por este Código;
- e. si se hubiera omitido la valoración de prueba decisiva o se hubiera valorado prueba inexistente;
- f. si se hubiera, erróneamente, valorado una prueba o determinado los hechos que sustentan la sentencia condenatoria y la pena;
- g. si no se hubiesen observado las reglas relativas a la correlación entre la acusación y la sentencia;
- h. si no se cumplieran los requisitos esenciales de la sentencia;
- i. si se diera alguno de los supuestos que autoricen la revisión de la sentencia condenatoria firme;
- j. si no se hubiera respetado la cesura del debate.

Durante la segunda etapa del juicio, el objeto procesal pasa a estar constituido por establecer cuál es la pena adecuada, necesaria y proporcionada frente al veredicto de culpabilidad.

La tarea fundamental de los jueces se refiere a analizar sin intermediaciones la prueba generada por las partes, asegurar su correcta producción y valorarla de modo fundado en la sentencia. Del mismo modo en que los jueces no pueden abstenerse de decidir ante la oscuridad, insuficiencia, ambigüedad o silencio de la ley tampoco pueden dar por acreditada la petición fiscal de pena cuando no se verifique el grado de certeza suficiente como para fundamentarla. En ese caso deberán pronunciarse por lo más favorable para el imputado.

Este es uno de los puntos medulares del cambio de paradigma procesal. El sistema adversarial presupone necesariamente la actividad de las partes en defensa de sus intereses. La propia epistemología del acusatorio trabaja sobre la base de una verdad formal que es producto de la actividad de los actores. Nos referimos a lo que Ferrajoli denomina en su *Derecho y Razón* como cognoscitivismo procesal, que implica que:

Este requisito afecta, naturalmente, a aquella única parte de los pronunciamientos jurisdiccionales que viene constituida por sus "motivaciones", es decir, por las razones de hecho y de derecho

acogidas para su justificación. Tal requisito viene asegurado por lo que llamaré principio de estricta jurisdiccionalidad, que a su vez exige dos condiciones: la verificabilidad o refutabilidad de las hipótesis acusatorias en virtud de su carácter asertivo y su prueba empírica en virtud de procedimientos que permitan tanto la verificación como la refutación.

Bajo el paradigma acusatorio, no resulta admisible el concepto de prueba tasada ni las presunciones en contra. Recordemos además que aquí también es esencial contar con una adecuada teoría del caso que posibilite trabajar estratégicamente con la finalidad de convencer al tribunal acerca de la justicia de la solución propuesta.⁽²³⁾ Las partes son las encargadas de generar un punto de vista, un relato que sea capaz de dar cuenta de lo ocurrido y que funcione como una versión propuesta al tribunal para la adopción en la futura sentencia.⁽²⁴⁾ La teoría del caso relacionada con la determinación tentativa de la pena también se encuentra expresada en la etapa intermedia a partir del ofrecimiento de prueba (art. 241.f CPPN) y la estimación de pena que deben contener la acusación (art. 241.h CPPN), la cual a su vez incide en la conformación del órgano jurisdiccional que conocerá en el juicio, ya sea integrándose con un solo magistrado, con tres o bien incorporando la participación de jurados de conformidad con ley especial que se dicte al respecto (ver arts. 220 y 249 CPPN).

(23) "No basta, en consecuencia, que el acusador solicite un monto de pena 'en base a las circunstancias del hecho, a la personalidad del autor y demás pautas del artículo aplicable', según el Código de fondo utilizado, puesto que esa fundamentación es tan arbitraria e irracional como si dijera que solicita una condena en base a los tipos legales que se estimen aplicables, a la culpabilidad del autor y demás pruebas del debate, por lo que en términos de política judicial es extender como representante de la acusación, un cheque en blanco para que el juez lo llene a su discreción, y en términos de garantías procesales implica privarle a la defensa de contradecir la acusación y de controlar la congruencia y proporcionalidad de la decisión". Ver MARTIN, ADRIÁN, "La determinación judicial de la pena en la legislación sancionatoria aplicable en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (faltas, contravenciones y delitos). Implicancias de un sistema acusatorio de enjuiciamiento. Rol del fiscal, del juez y punto de ingreso en la escala", en *Revista Pensamiento Penal*, [en línea] www.pensamientopenal.com.ar

(24) BAYTELMAN, ANDRÉS y DUCE, MAURICIO, *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2004; BLANCO SUÁREZ, RAFAEL et al., *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, Santiago, LexisNexis, 2005; LORENZO, LETICIA, *Manual de litigación*, Bs. As., Didot, 2014; MORENO HOLMAN, LEONARDO, *Teoría del caso*, Bs. As., Didot, 2014; BERGMAN, PAUL, *La defensa en juicio*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2005; GOLDBERG, STEVEN, *Mi primer juicio oral*, Bs. As., Heliasta, 1994.

Además, en la fase previa al debate también se produce el ofrecimiento de prueba para el juicio sobre la pena (art. 245 CPPN), el cual es justificado durante la denominada audiencia de control de la acusación (art. 246 CPPN) y resuelto de modo fundado en el auto de apertura del juicio oral (art. 247, inc. d CPPN).

La construcción del requerimiento de pena debe integrar la teoría del caso y ser coherente y congruente con aquella en función de lo acreditado.

Si esto es así, entonces, el juicio es un ejercicio profundamente estratégico, en un específico sentido: la prueba no habla por sí sola. La prueba debe ser presentada y puesta al servicio de nuestro relato, nuestra versión acerca de qué fue lo que realmente ocurrió. Nuestra cultura jurídica, desde siempre fuertemente influenciada por una idea más bien simplista de “la verdad” asociada al procedimiento inquisitivo, ha operado tradicionalmente como si la prueba “hablara por sí misma”. Eso, en el proceso inquisitivo, se refleja en todo el modo de presentar la prueba. Por ejemplo, en la forma en que declaran los testigos —espontáneamente y no bajo las preguntas de alguien, al menos inicialmente— como si los testigos no tuvieran más que “contar la verdad” acerca de lo que percibieron y como si eso que percibieron no estuviera al servicio de una particular versión de las muchas en competencia; lo mismo ocurre cuando los objetos y documentos ingresan al debate simplemente por ser recolectados, sin que nadie los ponga en el contexto de un relato. La prueba debe ser presentada. Debe ser ofrecida al interior de un relato. Debe ordenarse al servicio de la versión para la cual está siendo ofrecida.⁽²⁵⁾

Esta particularidad cobra una relevancia central en el momento de trabajar con evidencias que busquen acreditar o rechazar la peligrosidad del autor de un hecho como pauta para fijar pena.

Desde esta perspectiva parece en especial relevante un control procedimental preventivo respecto de la decisión, que deriva de la implementación del principio de contradicción entre

(25) BAYELMAN, ANDRÉS y DUCE, MAURICIO, *op. cit.*

las partes. La garantía de ese principio es ya reconocida como uno de los elementos fundamentales del proceso civil y la posibilidad para las partes de intervenir preventivamente en todo aquello que pueda influir sobre la decisión de la controversia es una característica estructural del proceso, según la perspectiva centrada en la efectividad de las garantías. En esa línea, la regla del contradictorio manifiesta una serie de implicaciones, entre las que asumen particular importancia las que la vinculan con la adquisición y la valoración de las pruebas a los efectos de la decisión sobre el hecho. Precisamente desde este punto de vista, se hace evidente la función de la garantía de la contradicción como implementación de controles, disponibles para las partes, sobre el uso de las pruebas por parte del juez. No es casualidad que se tienda a sostener el principio según el cual la decisión debería basarse únicamente en los elementos discutidos por las partes en el curso del proceso y está claro que un principio de este tipo resulta importante a propósito de la decisión sobre el hecho.⁽²⁶⁾

Tanto la decisión de acudir a un perito como la selección de un experto de su confianza obedecen a la necesidad de acreditar proposiciones que integran la propia teoría del caso en función del interés en la sanción estimada y requerida en consideración al daño, la culpabilidad, las circunstancias personales, los atenuantes y agravantes. Al respecto, la Corte IDH sostuvo que:

Esto requiere una valoración científica, a través de medios probatorios adecuados. La peligrosidad criminal, como cualquier otra agravante o atenuante, genérica o específica, no puede ser presumida, sino debe probarse en el juicio (...) si la peligrosidad del agente trae consigo una consecuencia penal de tan grave naturaleza, como ocurre en la hipótesis de Asesinato, conforme a la ley guatemalteca, las circunstancias personales del agente deberían formar parte de la acusación, quedar demostradas durante el juicio y ser analizadas en la sentencia. Sin embargo, las circunstancias que demostrarían la peligrosidad del señor Fermín Ramírez no fueron objeto de la acusación formulada por

(26) TARUFFO, MICHELE, *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2009.

el Ministerio Público. Esto llevó a la Comisión Interamericana a considerar que el Tribunal de Sentencia incurrió en otra incongruencia por haberlas dado por demostradas, sin que figurasen en la acusación, lo cual significaría una violación al art. 8° de la Convención (supra párrs. 55.h) a 55.n), 81 y 89).⁽²⁷⁾

Nuevamente, es la segunda etapa del juicio oral la oportunidad donde se plantean, discuten y prueban tanto el tipo de sanción como el *quantum* de pena, así como la modalidad y lugar de cumplimiento. Esta opción legislativa toma partido por una judicialización fuerte de la ejecución penal. Recordemos que una de las principales críticas al modelo inquisitivo mitigado y a las sendas, graves y reiteradas violaciones a los derechos de las personas privadas de su libertad aluden a la debilidad y complacencia del control judicial y a los elevadísimos niveles de autonomía y militarización del Servicio Penitenciario Federal. Una de sus manifestaciones consiste en la fijación arbitraria del lugar de encierro trasladando a detenidos a lugares distantes del lugar de residencia y del asiento del tribunal a cargo. Al respecto, y tras su visita a la República Argentina del 18 al 27 de abril de 2012, el Sub Comité para la Prevención de la Tortura ha sostenido que “la realización de frecuentes traslados a lugares distantes de la provincia y puntos distintos del país afecta tanto a los internos como a sus familias, obstaculiza el contacto con su tribunal y abogado y la buena marcha de las actividades realizadas por los internos en las Unidades y puede constituir una forma de mal trato”. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha declarado admisible un caso referido a la temática de traslados a centros penitenciarios extremadamente distantes de los domicilios por resultar lesivos de los arts. 5° y 17 CADH.⁽²⁸⁾

El alojamiento distante del lugar de residencia, además de desnaturalizar el principio de legalidad de la pena, reinstaurando destierros, relegaciones y extrañamientos, obstaculiza la operatividad de la jurisdiccionalidad

(27) CORTE IDH, “Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala”. En sentido similar, CSJN, “Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Daniel Enrique Maldonado en la causa Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado —causa N° 1174—”, 07/12/2005, M. 1022. XXXIX; “Recurso de Hecho. Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa —causa N° 1573—”, 05/09/2006, G. 560. XL y “R., M. J. s/insania”, Fallos: 331:211.

(28) CIDH, Informe 3/2011, “Petición P-491-98. Admisibilidad. Néstor Rolando López y Otros. Argentina”, 05/01/2011.

y el acceso a un recurso rápido y sencillo,⁽²⁹⁾ desvirtúa la garantía del juez natural, genera afectaciones a la defensa,⁽³⁰⁾ al principio de inocencia y a aquel que impide empeorar la condición de los presos preventivos con relación a la situación de los condenados. Además, imposibilita la finalidad reintegradora de la pena, dificulta el acceso al trabajo, la educación y los tratamientos, afecta la integridad física y psíquica y, una vez más, complejiza el contacto con el mundo exterior y debilita a la familia, a quien trasciende la pena.

Esta situación también vulnera los principios de humanidad de la pena y proporcionalidad entre la sanción y la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho.

Esta situación se ve agravada en el caso de mujeres y de población LGTBIQ:

El juez se encuentra imposibilitado de revisar, en tiempo y forma, las medidas cautelares y sancionatorias impuestas por la autoridad administrativa. De este modo, la judicialización no se produce o acaece sobre un hecho consumado, doblemente complicado de revertir porque las decisiones administrativas traccionan la progresividad en sentido inverso. Judicializar

(29) CORTE IDH, "Caso Neira Alegría y otros vs. Perú", 19/01/1995; "Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador", 01/03/2005; "Caso López Álvarez vs. Honduras", 01/02/2006; "Caso La Cantuta vs. Perú", 29/11/2006, entre otros. SALINAS, RAÚL, "Traslados de personas privadas de su libertad, control judicial y *habeas corpus* correctivo. Comentarios a propósito del fallo Haro de la CSJN", en *Ícaro. Revista de ejecución de la pena privativa de la libertad y el encierro*, año 3, n° 3-2008, Bs. As., Di Plácido, 2008.

(30) Al respecto, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la ONU, en su informe del año 2003 (E/CN.4/2004/3/Add.3) sobre su visita a Argentina, señaló su extrema preocupación por las condiciones físicas que encontró en la mayoría de los centros de detención que visitó. Refirió que: "(a)unque el mandato del Grupo no se extiende a las condiciones de detención ni al tratamiento de los prisioneros, el Grupo debe sí considerar en qué medida las condiciones de detención pueden afectar negativamente las posibilidades de los detenidos de preparar sus defensas y tener un proceso judicial justo. Una de las categorías consideradas por el Grupo de Trabajo para pronunciarse sobre la arbitrariedad de una detención es cuando hay una grave violación, total o parcial, de las normas internacionales relativas al debido proceso legal. La detención puede entonces devenir arbitraria. Uno de los elementos fundamentales del debido proceso es asegurar la igualdad de armas entre la acusación y la defensa. Si el detenido debe padecer condiciones de detención que atentan contra su salud, su seguridad o su bienestar, concurre al proceso en inferioridad de condiciones respecto a la acusación".

tales actos implica ejercer el control de legalidad y razonabilidad dispuesto por la CSJN en “Romero Cacharane” (2004). Los jueces de ejecución tienen la facultad de controlar y el deber de remediar las condiciones de alojamiento y trato que recibe el detenido, incluso fuera y lejos de su jurisdicción. Existen 40 establecimientos del Servicio Penitenciario Federal (SPF), algunos ubicados a más de mil kilómetros de la CABA. Esta facultad se debilita proporcionalmente con la distancia y aunque las visitas a los penales más lejanos se realicen coordinadamente con los otros jueces, resulta a todas luces imposible sostener temporalmente un control efectivo sobre cualquier práctica o situación observada durante la visita.⁽³¹⁾

La intervención del tribunal en la determinación del tipo de pena, su modalidad y lugar de cumplimiento a partir de la actividad de las partes también abre una enorme posibilidad para abandonar prácticas de indiferencia judicial ante fenómenos sumamente lesivos como los referidos a la sobrepoblación penitenciaria. Por ejemplo, atendiendo a un contexto de hacinamiento carcelario, resultaría sensato y coherente con el texto constitucional y los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino en materia de trato humano, diferir la ejecución de sentencias hasta que exista el cupo necesario o bien establecer modalidades de cumplimiento alternativas.

La experiencia comparada muestra que las posibilidades que ofrecen la oralidad, inmediación y desformalización son enormes ante las tradicionales prácticas rituales que omitían el debate sobre la pena. Uno de los desafíos consiste en que la materialización de la pena abandone la ausencia de fundamentación, la abstracción, las afirmaciones dogmáticas y la repetición mecánica y sacramental de artículos del Código Penal para pasar, a través del litigio, a hacerse cargo de la realidad de la ejecución, que impacta sobre seres humanos concretos. En este sentido es que debe interpretarse el art. 15 del Código, sobre condiciones carcelarias que, en consonancia con la Constitución, establece que “está prohibido alojar a personas privadas de libertad en lugares no habilitados, o en sitios que no reúnan las mínimas condiciones de salubridad. Toda medida que

(31) BISCEGLIA, VILMA, “Urgencias en la ejecución de la pena”, en *Revista Derecho Penal*, año II, n° 6, diciembre, Bs. As., Ediciones Infojus, 2013.

conduzca a empeorar injustificadamente las condiciones de detención a presos o detenidos hará responsable a quien la ordene, autorice, aplique o consienta". Algo similar sucede con los artículos que establecen la interpretación restrictiva de las disposiciones que coarten la libertad personal (art. 14 CPPN) y sobre las pautas para la restricción de derechos fundamentales (art. 17 CPPN).

También de la actividad de las partes depende poner en cuestión la razonabilidad, proporcionalidad⁽³²⁾ y necesidad de los montos mínimos de las escalas penales⁽³³⁾ y de la imposición de sanciones accesorias legales (por ejemplo, inhabilitación absoluta, privación de la patria potestad, de la administración y disposición de bienes, exclusión del padrón electoral) o agravamientos de pena por reincidencia.

En materia de cuantificación resulta particularmente necesario justificar el monto requerido a partir de la alegación, prueba y contradicción. Al respecto, señala Zaffaroni que:

Con fundadas razones se sostuvo que en la cuantificación de las penas las consideraciones teóricas no juegan ningún papel

.....

(32) "En cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos. La pena debe ser el resultado de una sentencia emitida por autoridad judicial. Al momento de individualizar las sanciones se debe fundamentar los motivos por los cuales se fija la sanción correspondiente. En cuanto al principio de favorabilidad de una ley anterior debe procurarse su armonización con el principio de proporcionalidad, de manera que no se haga ilusoria la justicia penal. Todos los elementos que incidan en la efectividad de la pena deben responder a un objetivo claramente verificable y ser compatibles con la Convención". Ver CORTE IDH, "Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia", 11/05/2007.

(33) Ver FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*, op. cit.; ZAFFARONI, E. RAÚL, *Derecho Penal, Parte General*; JULIANO, MARIO, "La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales", en *Revista Pensamiento Penal*, n° 39 y "Nuevos aportes a la naturaleza indicativa de los mínimos las escalas penales", en *Revista Pensamiento Penal*, n° 60; BINDER, ALBERTO, *Introducción al derecho penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 1999; DEVOTO, ELEONORA y GARCÍA FAGES, MERCEDES, "De los mínimos de las escalas penales y la irracionalidad de las respuestas punitivas. Un camino con un retorno posible", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, n° 11/2007, Bs. As., LexisNexis, 2007; MARTÍN, ADRIÁN N, "Algo más sobre determinación de la pena. Notas sobre la necesaria disminución de habilitación de poder punitivo", en *Revista Derecho Penal*, año II, n° 6, diciembre, 2013, Bs. As., Ediciones Infojus. CSJN, "Martínez, José Agustín s/ robo calificado s/ causa N° 32.154", 06/06/1989, Fallos: 312:826; "Gómez, Ricardo y Federico, Eduardo Alberto s/ robo agravado por tratarse de automotor y mediante uso de arma de fuego", 08/06/1989, Fallos: 312:851 y "Pupelis, María Cristina y otros s/ robo con armas causa n° 6491", 14/05/1991, Fallos: 314:424.

importante, partiéndose frecuentemente de valoraciones generales que en muy amplia medida dependen de consideraciones morales. Una gran parte de responsabilidad incumbe a las agencias académicas en razón del magro desarrollo dogmático en esta materia que solo mereció la atención desde hace escasas décadas, sin que por ello existan hasta el presente demasiados resultados positivos: es a todas luces evidente que se ha operado un raquitismo teórico en orden a la cuantificación penal, al par que el ámbito de la teoría del delito desarrolló una hipertrofia discursiva.⁽³⁴⁾

En función de ello es que deberán acreditarse los puntos de partida dentro de la escala penal y explicitar y merituar los criterios empleados para desarrollar la fijación (por ejemplo, participación, circunstancias del hecho, extensión del daño, grado de consumación, dolo, entidad de la infracción al deber de cuidado, motivos, conducta previa, circunstancias económicas, sociales y culturales, comportamiento posterior, especialmente la disposición para reparar el daño, resolver el conflicto, mitigar sus efectos, etc.). También es la oportunidad para plantear a los fines de la pena el relevamiento en la sentencia del tiempo de detención efectivamente cumplido en prisión preventiva o internación y la compensación ante vulneraciones de derechos padecidas: subyace aquí un vínculo directo entre sanción concreta e individualizada y la finalidad de la pena que genera numerosas consecuencias jurídicas, cuyo adecuado tratamiento evidentemente excede el marco del presente trabajo.

El Código también prevé la realización de un nuevo juicio sobre la pena en aquellos casos en los cuales existan condenas que deban unificarse y la unificación pudiera modificar sustancialmente la cantidad de la pena o su modalidad de cumplimiento (ver art. 329 CPPN).

Ingresando específicamente en la actividad probatoria,⁽³⁵⁾ una de las medidas que suelen emplearse para la individualización de la pena son los informes de médicos psiquiatras o psicólogos forenses. Aquí se torna

(34) ZAFFARONI, E. RAÚL, *op. cit.*

(35) ROXIN, CLAUDIA, *Derecho procesal penal*, Bs. As., Del Puerto, 2000; MAIER, JULIO, *Derecho Procesal Penal*, t. III, Bs. As., Editores del Puerto, 2011; CORDERO, FRANCO, *Procedimiento penal*, t. II, Bogotá, Temis, 2000 y DÖRING, ERICH, *La prueba*, Bs. As., EJE, 1986.

notoria la diferencia entre el sistema procesal de cuño inquisitivo mitigado y el adversarial. Ahora los peritos no son concebidos como auxiliares de la justicia o peritos del tribunal, no se presupone la idoneidad de los peritos por pertenecer a determinada institución o figurar en el listado de peritos oficiales ni se identifica a la prueba pericial con el documento escrito en el cual se vuelcan sus conclusiones para luego ser incorporadas por lectura omitiendo el contradictorio y abonando la construcción del expediente por actas.⁽³⁶⁾ Nuevamente, la prueba pericial estará en función de determinada teoría del caso desarrollada por la parte. Bajo dicha perspectiva es que el art. 161 CPPN establece que “Si para conocer o apreciar un hecho resultaran necesarios conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica, las partes podrán presentar informes elaborados por peritos de su confianza en cuyo caso deberán acompañar los elementos que acrediten la idoneidad profesional de aquellos”.

En tanto que la prueba no habla por sí misma, es necesario para las partes trabajar adecuadamente con los peritos, los cuales deberán ser examinados y contraexaminados en el marco del debate oral.⁽³⁷⁾ Esto demanda el manejo de técnicas y destrezas de litigación específicas referidas a la preparación de la declaración y a la incorporación de los resultados, acreditación de **especialización y experiencia**, metodología empleada, nivel de confiabilidad, razones para descartar otras alternativas, contenido de las diversas áreas del informe, explicación de la terminología científica y forma de traducir las expresiones y conclusiones en lenguaje común o más general.⁽³⁸⁾

(36) DUCE, MAURICIO, *La prueba pericial*, Bs. As., Didot, 2013.

(37) “Esta lógica cambia de manera radical en el nuevo sistema, en el que los peritos son concebidos como ‘peritos de confianza de las partes’ y no como ‘auxiliares del tribunal’.

Esto quiere decir que son las partes las que deciden si traen o no a un perito al juicio y a qué perito concreto. Por así decirlo, los peritos dejan de estar al servicio del juez y pasan a estar al servicio de las teorías del caso de quienes los presentan. Con esto no queremos decir que los peritos deban ser ‘serviles’ a quienes los presentan, mucho menos que puedan ‘acomodar’ espuriamente su pericia a los intereses de las partes; el proceso es más bien el inverso: la decisión de la parte de haberlo presentado normalmente estará asociada al hecho que lo que el perito está dispuesto a afirmar en juicio, producto de su mejor ciencia, es consistente con la teoría del caso de quien la presenta. Si no fuera así, ¿qué sentido tendría presentarlo?”. Ver BAYTELMAN, ANDRÉS y DUCE, MAURICIO, *op. cit.* Ver también RÚA, GONZALO, *Contraexamen de testigos*, Bs. As., Didot, 2014.

(38) MAZZONI, GIULIANA, *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*, Madrid, Trotta, 2010.

Una adecuada comprensión del sentido de la prueba pericial durante el debate sobre la pena permite reducir el margen de riesgo ante una eventual sustitución de la actividad jurisdiccional por parte de los peritos en tanto titulares de un conocimiento experto,

situaciones de este tipo se producen, por ejemplo, cuando son admitidos a juicio, expertos que opinan sobre la culpabilidad o inocencia de los acusados o cuando los razonamientos de los juzgadores acerca de la credibilidad de los testigos son sustituidos por opiniones expertas sobre la misma. De esta forma, las decisiones se toman finalmente por expertos, con niveles de control y garantías bajas y no por el sistema institucional creado para tales objetivos.⁽³⁹⁾

Precisamente se busca prevenir lo identificado por Foucault en su texto titulado "La angustia de juzgar." Allí señaló que

Sería grave que la justicia se lavase las manos descargando sus responsabilidades sobre los psiquiatras. Y aún más grave que el veredicto sea una especie de decisión consensuada entre un código arcaico y un sabe injustificado (...) Púes bien, esto funciona. ¿Por qué? Porque todo el mundo tiene necesidad de un modulador de la pena: el fiscal, el abogado, el presidente de un tribunal. Ello permite hacer funcionar el código a voluntad, permite autoprocursarse una buena conciencia. De hecho el psiquiatra no habla de la psicología del delincuente: se dirige a la libertad del juez. Lo que está en cuestión, no es la inconsciencia del criminal, sino la conciencia del Juez (...) el Juez tenía necesidad del psiquiatra para quedarse tranquilo.⁽⁴⁰⁾

La racionalidad científica ha dado sobradas muestras históricas sobre sus condicionamientos y falibilidad. A modo de ejemplo podemos citar al sexismo y al racismo biologicista, a la patologización de la orientación sexual e identidad de género y al positivismo criminológico.

(39) DUCE, MAURICIO, *op. cit.*

(40) Ver FOUCAULT, MICHEL, *Saber y Verdad*, Madrid, La Piqueta, 1991; Yo, *Pierre Rivière, habiendo degollado a mi madre, mi hermana y mi hermano...*, Barcelona, Tusquets, 1976. MARÍ, ENRIQUE, "'Moi, Pierre Rivière...' y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias sociales y jurídicas", en AAVV, *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*. Bs. As., Hachette, 1982.

A ello debe sumársele el riesgo propio de la posibilidad de error de la pericia debido al estado del arte o a la deficiente aplicación de saberes. En el entorno de un procedimiento adversarial impera una lógica de desconfianza, por ello se somete a la prueba a un escrutinio desarrollado por las partes a través del contradictorio. Los peritos no se encuentran exonerados y, en consecuencia, deben asistir al juicio a explicar su informe, ser acreditados y sustentar sus metodologías de acuerdo con los principios y reglas de su ciencia, oficio u arte.

Incumbe a la parte la tarea de desarrollar una litigación eficiente a fines de acreditar proposiciones fácticas favorables a su teoría del caso, partiendo de la meticulosa preparación previa y el conocimiento acabado de sus antecedentes. Otro tanto ocurre con relación al contraexamen y sus líneas estratégicas de confrontación.

4 | A modo de conclusión

Es sumamente auspiciosa la introducción de la cesura de juicio como procedimiento para la individualización judicial de pena, ya que se trata de un asunto tan demorado como significativo.

El nuevo sistema es innovador y demanda para las partes y el tribunal nuevas exigencias que indudablemente redundarán en mecanismos superadores en la medida en que se realice una adecuada implementación y que no se repliquen las prácticas inquisitivas.

Algunos de los desafíos abiertos se relacionan con la litigación durante la segunda etapa del juicio, la integración de las solicitudes en las respectivas teorías del caso en pugna y en el trabajo de los litigantes con la prueba y las pericias en particular. El campo de la determinación judicial innegablemente no ha tenido aún un desarrollo comparable al de la dogmática propia de la teoría del delito. A partir del establecimiento de una nueva racionalidad fundada en la adversarialidad es que se abre la oportunidad de instalar nuevas prácticas y estándares.

Además de elevar la racionalidad, publicidad y previsibilidad, el esquema de cesura constituye un avance en lo referido a la modalidad de ejecución de las sanciones, en particular en lo relacionado a la intervención judicial de las penas privativas de la libertad.

En su célebre *Programa de Derecho Criminal*, Francesco Carrara escribió:

El precepto de que la pena debe ser proporcionada al delito, se ha convertido, por desgracia, en una fórmula nebulosa. Todos ven la niebla, todos dicen que existe, pero cuando se trata de ver qué hay dentro de ella, donde la vista de uno descubre un árbol, la de otro ve una torre. Así, todos los criminalistas repiten que la pena debe ser proporcionada al delito, con acuerdo unánime respecto a dicha fórmula; pero penetrado en el interior del concepto de quienes la repiten, y veréis que es unánime el concepto sobre la existencia de la niebla. A veces se confunde la proporción con la analogía y viceversa, a veces la materialidad con la identidad; otras veces se confunden las relaciones del motivo impelente con las del efecto causado, o el bien adquirido por el culpable con el perjuicio que este ocasiona; y no es raro que se confunda lo que atañe al arte de la economía penal con lo que se refiere a la ciencia del derecho punitivo; y estas son frecuentes.⁽⁴¹⁾

La regulación del Código indudablemente abre una oportunidad para iluminar el oscurantismo imperante y dosificar al extremo la violencia desplegada desde el Estado a partir de su poder punitivo. El demorado desarrollo de una política criminal democrática y de lineamientos para la individualización judicial de la pena respetuosa de la dignidad de las personas así lo exigen.

(41) CARRARA, FRANCESCO, *Programa de derecho criminal*, vol. II, Bogotá, Temis, 1972.

La Reforma del Código Procesal Penal de la Nación y el Proceso Penal Juvenil

La aplicación del criterio de oportunidad en consonancia con el principio de excepcionalidad

por **MARÍA FERNANDA RITA TUGNOLI**⁽¹⁾

I | Introducción y marco normativo vigente

Para poder abordar el tema, primero resulta necesario hacer un sintético repaso sobre el actual marco normativo en el proceso penal juvenil. Sabido es que, como en todo proceso, las bases se deben fundar en nuestra Constitución Nacional y en las normas jurídicas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos.⁽²⁾

.....

(1) Abogada, especializada para la Magistratura (UCA, Rosario). Profesora Superior en Abogacía (UCA, Rosario). Magister en Derecho y Magistratura Judicial (Universidad Austral, CABA). Doctoranda en Derecho (UNR, Rosario). Profesora de Filosofía del Derecho (UCA, Rosario). Secretaria de Primera Instancia de la Defensoría General de la Nación/Defensora Pública Oficial de Menores *Ad Hoc* ante los Tribunales Federales de Rosario y San Nicolás (resoluciones DGN 1449/2014 y 1510/2014).

(2) Ver art. 75, inc. 22 CN.

No obstante ello, sigue estando vigente el decreto-ley 22.278⁽³⁾ (modificada por decreto-ley 22.803),⁽⁴⁾ conocido como “Régimen Penal de Menores”, cuyo origen data de la dictadura militar, y se encuentra en franca contradicción con el *corpus iuris* de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNyA), conforme el derecho internacional de los derechos humanos, como así también con la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes⁽⁵⁾ que ha incorporado aquellos estándares internacionales en el derecho interno concerniente a los niños.

Por otra parte, el Código Procesal Penal de la Nación vigente,⁽⁶⁾ en el Libro III, Título II —relativo a los Juicios especiales— se refiere específicamente en su Capítulo II al Juicio de menores, para lo cual prescribe cinco artículos. Así las cosas, se contempla una regla general —art. 410— que reza: “En las causas seguidas contra menores de dieciocho (18) años se procederá conforme a las disposiciones comunes de este Código, salvo las que se establecen en este capítulo”.

Dicho Capítulo establece: a) una regla de excepción, bastante laxa, mediante la cual se habilitaría la detención y alojamiento de un menor, previo dictamen del asesor de menores; b) medidas tutelares que apuntan más a una injerencia abusiva en la vida del niño, que a una protección de sus derechos como tal; c) normas de debate; y, finalmente, d) reposición de medidas de seguridad y educativas.

Por lo expuesto, se puede advertir que la batería de normas reseñadas no se inclinan todas en el mismo sentido, puesto que la cuestionada ley 22.278 y el Código Procesal Penal de Levene postulan una filosofía jurídica adversa a los principios del sistema penal juvenil de los derechos humanos ya que se parte de la idea de que los NNyA son objetos de tutela, más que sujetos de derechos. Ahora bien, esta problemática debe, sí o sí, ser resuelta con una nueva ley penal juvenil que garantice verdaderamente el plus de derechos

(3) Sancionado el 25/08/1980, BO 28/08/1980.

(4) Sancionado el 05/05/1983, BO 09/05/1983.

(5) Sancionada el 28/09/2005, promulgada de hecho el 21/10/2005, BO 26/10/2005.

(6) Ley 23.984, sancionada el 21/08/1991, promulgada el 04/09/1991, BO 09/09/1991.

especiales que asisten a los NNyA debido a su condición de vulnerabilidad determinada por la edad,⁽⁷⁾ sin perjuicio del respeto a sus derechos, como cualquier otra persona mayor.

2 | El Proyecto. La incorporación del criterio de oportunidad

El nuevo Proyecto de reforma del Código Procesal Penal de la Nación, a diferencia del Código vigente, no establece ninguna normativa específica en materia penal juvenil.

No obstante ello, si bien los procesos penales contra los NNyA, a los efectos de salvaguardar el **principio de especialidad** —expresamente reconocido en el art. 5º.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)⁽⁸⁾ y en el art. 40.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño—⁽⁹⁾ se deben regir por sus propias normas, en lo que estas no establezcan específicamente serían aplicables las disposiciones de este Código, en tanto y cuanto no afecten los principios⁽¹⁰⁾ y derechos fundamentales atinentes a la especialidad.

En este sentido, es dable recordar que el *corpus iuris* de los derechos de los niños establece con claridad que estos poseen los derechos que corresponden a toda persona, sin perjuicio de los derechos especiales derivados de su condición.

(7) Ver Sección 2º: Beneficiarios de las Reglas, en 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, en XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, marzo 2008.

(8) Ley 23.054, sancionada el 01/03/1984, promulgada el 19/03/1984, BO 27/03/1983, con jerarquía constitucional en función del art. 75, inc. 22, párr. 2, CN.

(9) Ley 23.849, sancionada el 27/09/1990, promulgada el 16/10/1990, BO 22/10/1990, con jerarquía constitucional en función del art. 75, inc. 22, párr. 2, CN.

(10) Principios fundamentales del derecho penal juvenil, conforme los derechos humanos: a) principio de legalidad en la justicia penal juvenil, b) principio de excepcionalidad, c) principio de especialización, d) principio de igualdad y no discriminación, e) principio de no regresividad, en CIDH, "Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas, Relatoría sobre los derechos de la niñez", OEA/Ser.L/V/I.Doc.78, 13/07/2011, [en línea] <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/JusticiaJuvenil.pdf>

Ahora bien, un aporte interesante que ha venido a traer este Proyecto es el criterio de oportunidad en general,⁽¹¹⁾ cuya aplicación en materia de política criminal juvenil resultaría de gran utilidad en concordancia con el principio de excepcionalidad, propio del *corpus iuris* específico.

Sabido es que el principio de excepcionalidad prescrito en el art. 37.b) de la Convención de los Derechos del Niño dispone que los Estados Partes velarán por que la detención, el encarcelamiento o prisión de un niño se lleven a cabo como medidas de último recurso. Lo anterior constituye un reconocimiento de que los NNyA son personas en desarrollo respecto de quienes los Estados están obligados a adoptar medidas especiales de protección, según el art. 19 CADH y el art. VII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.⁽¹²⁾

Ahora bien, entiendo que la disponibilidad de la acción penal podría llegar a ser una herramienta eficaz para desvincular a NNyA de delitos complejos en los que puedan aparecer, a simple vista, como probables autores pero que, sin duda y bajo cualquier parámetro de lo razonable, se puede develar que más que cumplir un rol delictivo, son verdaderas víctimas por su evidente condición de vulnerabilidad.

Esto es así porque una organización criminal, como la que requiere, por ejemplo, el tráfico y/o comercialización de estupefaciente o la trata de personas, nunca puede estar compuesta por menores de edad, y menos aún ser estos los principales investigados.

Un ejemplo claro que voy a utilizar en este artículo está ligado a la reciente criminalización de los NNyA producida desde el 2011 hasta la actualidad en la Ciudad de Rosario, como consecuencia del fenómeno de los “búnker”.

Lamentablemente, en los últimos tres años la política criminal imperante en materia de narcotráfico contra los menores de 18 años de edad se ha incrementado en casi un 400%, resultando, por lo tanto, en una gran

(11) Ver art. 30: Disponibilidad de la acción.

(12) Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948, con jerarquía constitucional para la República Argentina en función del art. 75, inc. 22, párr. 2, CN.

cantidad de adolescentes entre 16 y 17 años indagados y procesados por el art. 5º, inc. c) de la ley 23.737.⁽¹³⁾

Este drástico fenómeno se ha producido como el resultado de la aparición de los denominados, vulgarmente, "búnker", es decir: puestos de ventas de droga al menudeo en barrios y zonas marginales del Gran Rosario que, al ser allanados por las fuerzas policiales, hallan generalmente en su interior a menores de edad y, pocas veces, a un implicado de fuste.

Así las cosas, el Tribunal Federal de Rosario, en muy corto lapso de tiempo, fue incrementando la cantidad de causas en el marco de la ley 23.737 —Régimen Penal de Estupefacientes— contra los NNyA como un fenómeno inesperado.

Es así cómo se ha producido una mecánica mediante la cual la policía lleva a la Justicia a adolescentes para que sean investigados, "perdiendo claramente de vista a los verdaderos responsables" que no aparecen en escena.

Indudablemente, este fenómeno se produce, entre otras razones, como consecuencia de la aplicación del principio de inevitabilidad de la acción penal por sobre el principio de oportunidad, puesto que tanto los fiscales como los jueces de la jurisdicción trabajan sobre las investigaciones arriadas por las cuestionadas fuerzas de seguridad que, en esta materia, apuntan siempre contra el último eslabón de la cadena.

Por las razones prácticas referidas, entiendo que el criterio de oportunidad, en tanto y en cuanto sea bien utilizado y esté acompañado de una justa política criminal, servirá claramente para evitar la puesta en marcha de todo el aparato judicial cuando no es necesario, reduciendo con ello el dispendio jurisdiccional que se ocasiona en la actualidad en casos como los señalados, que claramente no llevan a ningún puerto.

(13) Ver datos que surgen de los "Registros Oficiales de la Defensoría Pública Coadyuvante de Menores ante los Tribunales Federales de Rosario y San Nicolás"; del "Informe Anual 2013 de la Defensoría General de la Nación —relativo a la defensa de los Niños, Niñas y Adolescentes de la ciudad de Rosario—" [en línea], <<http://www.mpd.gov.ar/users/uploads/InformeAnual2013.pdf>>, págs. 332/336 y pág. XXXVI del Anexo - Estadísticas; y del "Informe Anual 2014 de la Defensoría General de la Nación —relativo a la defensa de los Niños, Niñas y Adolescentes de la ciudad de Rosario—" [en línea], <<http://www.mpd.gov.ar/users/uploads/InformeAnual2014concorreccion.pdf>>, pp. 259/261 y p. XXV del Anexo - Estadísticas).

En este sentido, traigo a colación las palabras de Sergio García Ramírez, ex magistrado de la Corte IDH, en cuanto ha dicho "... que las nuevas circunstancias de la realidad social traen consigo necesidades diversas que es preciso atender con instituciones adecuadas, que antes parecieran innecesarias y ahora resultan indispensables".⁽¹⁴⁾

Asimismo, el referido criterio de oportunidad será completado con el art. 236 del estudiado Proyecto que, en el inc. g), dispone como causal de sobreseimiento la aplicación del criterio de oportunidad:

Causales del sobreseimiento. El sobreseimiento procede si: (...) g) se ha aplicado un criterio de oportunidad, conciliación, reparación o suspensión del proceso a prueba, y se han cumplido las condiciones previstas en el Código Penal y en este Código.

Consecuentemente, bajo la órbita de esta reforma, será posible el dictado de sobreseimientos a menores imputables cuando, por ejemplo, de la complejidad del hecho delictivo que se le atribuyó, se pueda devenir que estos han sido el último eslabón de la cadena de comercialización e, incluso, víctimas del flagelo de las drogas.

Bajo este criterio, los fiscales necesariamente deberán apuntar a eslabones más altos de la cadena delictual, evitando la judicialización de causas de esta índole contra los NNyA que, en la actualidad, no son más que la carnada de las fuerzas policiales.

Seguramente, con estos jóvenes vulnerables el Estado tendrá mucho más que hacer mediante políticas públicas de inclusión social que lejos están del sometimiento a un proceso judicial, como si fueran ellos los verdaderos responsables de las organizaciones criminales ligadas a estos delitos complejos.

3 | Conclusión

Todos sabemos que una reforma como la aquí planteada nos lleva a un cambio de paradigma, y con ello de mentalidad, puesto que debemos emprender un camino desde un modelo cuasi-inquisitivo o mixto a un modelo

(14) CORTE IDH, OC 16/1999, "El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal", 01/10/1999, voto de Sergio García Ramírez.

acusatorio; esta labor no será nada sencilla para los operadores judiciales sin perjuicio de que el modelo acusatorio haya sido tan reclamado a nivel científico y/o académico.

Mirjan R. Damaska, en su obra *Las caras de la justicia y el poder del Estado*, construye dos ideales de organización del poder a partir de los rasgos principales que parecen distinguir los dos modelos de la maquinaria legal en el continente y en las tierras donde impera la tradición angloamericana. En esta línea, la autora explica que los procedimientos actuales anglosajones y continentales pertenecen a uno u otro modo, tal como los edificios corresponden a uno u otro estilo arquitectónico;⁽¹⁵⁾ es por ello que para poder transformar o reconstruir nuestro sistema y modificar el diseño resulta indispensable que vayamos pensando en un cambio estructural hacia un modelo más adversarial.

Finalmente, quiero dejar en claro que el pequeño aporte que pretendo realizar está únicamente dirigido a valorar o destacar la importancia de la posibilidad de aplicar el criterio de oportunidad en el sistema penal juvenil en lo que respecta, específicamente, a los delitos referidos en la jurisdicción federal, sin perjuicio de otros posibles análisis que podrían efectuarse en relación a otros tipos de casos.

(15) DAMASKA, MIRJAN R., *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis comparado del proceso Legal*, Andrea Morales Vidal (trad.), Ed. Jurídica de Chile, 2000, pp. 24/25.

Fuentes ciudades

Fuentes citadas

- ADLER DANIEL, "El principio de oportunidad y el inicio del proceso penal a través del Ministerio Público", en *La Ley* 1993-A.
- AGUILÓ REGLA, JOSEP, "Tres preguntas sobre principios y directrices", en *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 28, 2005.
- ALEXY, ROBERT, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", en *Revista Doxa*, n°5, 1988.
- ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1997.
- ARDUINO, ILEANA, "Reforma del Sistema de Justicia Penal y Ministerio Público Fiscal", en *Reformas Procesales Penales en América Latina: Discusiones Locales*, Santiago de Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2005.
- ARENELLA, P., "Rethinking the Functions of Criminal Procedure: The Warren and Burger Courts' Competing Ideologies", 72 *Georgetown Law Journal*, 185-248, 1983.
- ASWORTH, A., "Testing Fidelity to Legal Values: Official Involvement and Criminal Justice", en S. Shute, y A. Simester, *Criminal Law Theory: Doctrines of the General Part*, Oxford, Oxford Univesity Press, 2002.
- ATIENZA, MANUEL y RUIZ MANERO, JUAN, *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 2007.
- ATIENZA, MANUEL y RUIZ MANERO, JUAN, "Sobre principios y reglas", en *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 10, 1991.
- BACIGALUPO, ENRIQUE, "Principios de culpabilidad, carácter de autor y poena naturalis en el derecho penal actual", en *Teorías actuales en el Derecho Penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 1998.
- BAKKEN, T., "Truth and Innocence Procedures to Free Innocent Persons: Beyond the Adversarial System", *University Michigan Journal Law Reform*, 2008.
- BALCARCE, FABIÁN I., "El mal llamado principio de oportunidad . Relaciones potestativas entre Nación y provincias, interpretación del art. 71 CP, las nuevas propuestas respecto a la disponibilidad de la acción penal pública y el cuento de la buena pipa", en *elDial.com*, cita DC2E4.
- BAYTELMAN, ANDRÉS y DUCE, MAURICIO, *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2004.
- BECCARIA, CESARE, *De los delitos y de las penas*, Juan Antonio de la Casas (trad.), Estudio preliminar del Prof. José Sáez Capel, Bs. As., Editorial Proa XXI, 2004.
- BELOOF, D. E., "The Third Model of Criminal Process: The Victim Participation Model", en *Utah Law Review*, 1999.
- BENTHAM, JEREMY, *Los principios de la moral y la legislación*, Bs. As., Claridad, 2008.
- BERGMAN, PAUL, *La defensa en juicio*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2005.
- BINDER ALBERTO, "Crisis y transformación de la justicia penal en Latinoamérica", en *Política Criminal: de la formulación a la praxis*, Bs. As., Ad-hoc, 1997.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- BINDER, A., *Política criminal. De la formulación a la praxis*, Bs. As., Ad-Hoc., 1997.
- BINDER, ALBERTO M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2^{da} edición actualizada y ampliada, Bs. As., Ad-Hoc, 2009.
- BINDER, ALBERTO, *Análisis político criminal*, Bs. As., Astrea, 2011.
- BINDER, ALBERTO, *Derecho Procesal Penal*, t. I, Bs. As., Ad-Hoc, 2013.
- BINDER, ALBERTO, *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Bs. As., Editores del Puerto, 2005.
- BINDER, ALBERTO, *Introducción al derecho penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 1999.
- BISCEGLIA, VILMA, “Urgencias en la ejecución de la pena”, en *Revista Derecho Penal*, año II, n° 6, Ediciones Infojus, 2013.
- BLANC O SUÁREZ, RAFAEL ET AL., *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, Santiago, LexisNexis, 2005;
- LORENZO, LETICIA, *Manual de litigación*, Bs. As., Didot, 2014.
- BONE, R., “*Procedure, Participation, Rights*”, 90 *Boston University Law Review*, 2010.
- BOVINO, A., *Problemas del Derecho Procesal Contemporáneo*, Bs. As., Editores del Puerto, 1998.
- BOVINO, ALBERTO, *Estudios del Puerto. Principios políticos del procedimiento penal*, Bs. As., Editores del Puerto, 2005.
- BOVINO, ALBERTO, *Justicia Penal y Derechos Humanos*, con la colaboración de Christian Hurtado, Bs. As., Editores del Puerto, 2005.
- BRUZZONE, GUSTAVO A., “Fiscales y política criminal. Una aproximación al proceso de selección de los delitos que llegarán al juicio oral”, en *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, Bs. As., Editorial Ad-Hoc, 2003.
- CAFFERATA NORES, JOSÉ I., “El principio de oportunidad en el derecho argentino. Teoría, realidad y perspectivas”, en *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Bs. As., Editores del Puerto, 1997.
- CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Bs. As., del Puerto, 2007.
- CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *La prueba en el proceso penal*, Bs. As., Editorial Depalma, 1986.
- CARRARA, FRANCESCO, *Programa de derecho criminal*, vol. II, Bogotá, Temis, 1972.
- CARRIÓ, ALEJANDRO, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Bs. As., Hammurabi, 2008.
- CELS, MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA DE LA NACIÓN y PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN, *Mujeres en Prisión. Los alcances del Castigo*, Bs. As. Siglo XXI, 2011.
- CERLETTI, MARCO L. y FOLGUEIRO, HERNÁN L., “Ministerio público en el nuevo Código Procesal de la Nación”, en *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, Bs. As., Editorial Ad-Hoc, 2003.
- CHICHIZOLA, MARIO I., *Código de Procedimientos en Materia Penal*, 15^{ta} ed., Bs. As., AbeledoPerrot, 1987, p. 13.
- CLARIÁ OLMEDO, JORGE A., *Derecho Procesal Penal*, t. I, Córdoba, Marcos Lerner Editora, 1984.
- CLARIA OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal Penal*, t. II, Santa Fe, Rubinza-Culzoni, 2001.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- CODESIDO, E., y DE MARTINI, S., *El concepto de pena y sus implicancias jurídicas en Santo Tomás de Aquino*, Bs. As., El Derecho, 2005.
- CORDERO, FRANCO, *Procedimiento penal*, t. II, Bogotá, Temis, 2000.
- CORNEJO, ABEL, *Teoría de la insignificancia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006.
- CORVALÁN, VÍCTOR, *Derecho Procesal Penal. Análisis crítico del procedimiento penal*, Nova Tesis, Rosario, 2010.
- CREUS, CARLOS, *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed. actualizada y ampliada, Bs. As., Editorial Astrea, 1992.
- CREUS, CARLOS, *Derecho Penal, parte general*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 1990.
- D'ÁLBORA, FRANCISCO, "Diferentes perfiles del ejercicio de la acción penal", en *elDial.com*, cita DC123.
- D'ÁLBORA, NICOLÁS F., *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, t. I, 7ª ed. corregida, ampliada y actualizada, Bs. As., Editorial LexisNexis - Abeledo-Perrot, 2005.
- DAMASKA, M., "Truth in Adjudication", 49 *Hastings Law Journal*.
- DAMASKA, MIRJAN R., *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso Legal*, Andrea Morales Vidal (trad.), Ed. Jurídica de Chile, 2000.
- DE LUCA, JAVIER A., "Pruebas sobre el cuerpo del imputado o testigos y las garantías constitucionales" en *Revista de Derecho Penal*, Rubinzal - Culzoni Editores, 1-2000.
- DEVOTO, ELEONORA y GARCÍA FAGES, MERCEDES, "De los mínimos de las escalas penales y la irracionalidad de las respuestas punitivas", en *Revista de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal*, Bs. As., LexisNexis, noviembre, 2007.
- DONNA, EDGARDO ALBERTO; DE LA FUENTE, ESTEBAN JAVIER; MAIZA, MARÍA CECILIA I.; PIÑA, ROXANA GABRIELA, *El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia*, colaboradores María Mercedes Rubio y Marcelo Alvero, t. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.
- DÖRING, ERICH, *La prueba*, Bs. As., EJEa, 1986.
- DUCE, MAURICIO, *La prueba pericial*, Bs. As., Didot, 2013.
- DUFF, A.; FARMER, L.; MARSHALL, S.; y TADROS, V., *The trial on trial*, vol 3, Oxford, Hart, 2007.
- DWORKIN, R., *Justicia para erizos*, Bs. As., FCE, 2014.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.
- DWORKIN, R., *Una cuestión de principios*, Bs. As., Siglo XXI, 2012.
- FELLINI, ZULITA (dir.), *Ejecución de penas privativas de libertad*, 1ª ed., Bs. As., Hammurabi, 2014.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995.
- FINKELSTEIN NAPPI, J., "La prisión preventiva como hecho de poder; la dialéctica histórica (y actual) de su legitimación y la necesidad de reconstruir una dogmática de encarcelamiento cautelar sobre la base del desconocimiento de su legitimidad", en *Revista de derecho penal y procesal penal*, n° 10, 2010.

- FIRPO, P., "Inviolabilidad de domicilio. Fundamentación en la resolución y orden de allanamiento", en *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal - Culzoni Editores, 2007-1.
- FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. III, Bs. As., Editorial AbeledoPerrot, 1970.
- FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar*, Bs. As., Siglo XXI, 2006.
- FOUCAULT, MICHEL, *Saber y Verdad*, Madrid, La Piqueta, 1991.
- FOUCAULT, MICHEL, *Yo, Pierre Rivière, habiendo degollado a mi madre, mi hermana y mi hermano...*, Barcelona, Tusquets, 1976.
- GALLIGAN, D., "The Foundations of Due Process in Socialism", en W. Maihofer, y G. Sprenger, *Revolution and Human Rights*, Stuttgart, Steiner, 1990.
- GARCÍA VITOR, ENRIQUE, *La insignificancia en el derecho penal*, Hammurabi, Bs. As., 2000.
- GARCÍA, LUIS M., "El derecho internacional de los derechos humanos", en *Los derechos humanos en el proceso penal*, Bs. As., Ábaco, 2002.
- GARGARELLA, R., "Penal Coercion in Contexts of Unjust Inequality", SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política), [en línea] http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/81_paper_81, 2010.
- GARGARELLA, R., "Punishment, Deliberative Democracy & The Jury", en *Criminal Law and Philosophy*, 1-9, 2013.
- GARLAND, D., *La cultura del control*, Barcelona, Gedisa, 2005.
- GARRET, B., *Convicting the Innocent: where criminal prosecutions go wrong*, Cambridge, Harvard University Press, 2012.
- GOLDBERG, STEVEN, *Mi primer juicio oral*, Bs. As., Heliasta, 1994.
- GOLDSTEIN, ABRAHAM, "La discrecionalidad de la persecución penal en los Estados Unidos", en *Lecciones y Ensayos*, n° 49, Bs. As., Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1988.
- GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., *Manual de la Constitución Argentina*, 8ª ed., Bs. As., Editorial Ángel Estrada y Cía., s/f.
- GUARIGLIA, F., *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones probatorias en el procedimiento penal. Un ensayo de fundamentación*, Bs. As., Editores del Puerto, 2005.
- GUARIGLIA, FABRICIO O., "Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad", en *El Ministerio Público en el proceso penal*, Bs. As., Editorial Ad-Hoc, 2003.
- HAMER, D., "Delayed Complaint, Lost Evidence and Fair Trial: Epistemic and Non-epistemic Concerns", en P. Roberts, J. Hunter, & (eds.), *Criminal Evidence and Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2013.
- HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1990.
- HASSEMER, WINFRIED, "La persecución penal: legalidad y oportunidad", en *Revista Iustitia*, n° 21, San José, septiembre de 1988.
- HO, H. L., *Comparative Observation on the Burden of Proof for Criminal Defences. International Commentary on Evidence*, vol. 9, issue 2, article 2, 2011.
- HO, H. L., *Liberalism and the Criminal Trial*, 32 *Sydney Law Review*, 2011.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- IRISARRI, CARLOS ALBERTO, *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires: comentado, anotado y concordado*, t. I, Bs. As., Astrea, 2005.
- JAUCHEN, EDUARDO M., *Derechos del imputado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2005.
- JULIANO, MARIO, La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales”, en *Pensamiento Penal del Sur*, n° 1, 2004. Fabián Di Plácido Editores.
- JULIANO, MARIO, “Nuevos aportes a la naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales”, en www.pensamientopenal.com.ar
- KITAI, R., “Protecting the Guilty”, en *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 6, n° 2, 2003.
- LACNMAN, VALERIA A., “El principio de insignificancia”, *La Ley* 2011-C, 547, junio 2011.
- LANCIOTTI, VIVIANA y IANNARIELLO, PABLO, “El imputado y su derecho a ser juzgado en un plazo razonable como límite a las dilaciones indebidas en el ejercicio del poder Jurisdiccional”, en *Revista de Derecho Procesal Penal. La defensa Penal-I*, 2010-1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010.
- LAUDAN, L., *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Bs. As., Hammurabi, 2011.
- LAUDAN, L., *Verdad, error y proceso penal*, Bs. As., Marcial Pons, 2013.
- LEVENE, RICARDO y otros, *Código Procesal Penal de la Nación (Ley 23.984) comentado y concordado*, 2da. ed., actualizada, Bs. As., Depalma, 1992, pp. 68/69.
- LINARES, JUAN F., *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Bs. As., Astrea, 1989.
- MAIER, J., *Derecho Procesal Penal*, t. I., Bs. As., Editores del Puerto, 2004.
- MAIER, J., *Derecho Procesal Penal*, t. III, Bs. As., Editores del Puerto, 2013.
- MAIER, JULIO B. J. (comp.), *De los delitos y de las penas*, Bs. As., Ad-Hoc, 1992.
- MAIER, JULIO B. J., *Derecho Procesal Penal*, t. I, Bs. As., Editores del Puerto, 1996.
- MAIER, JULIO B. J., *Derecho Procesal Penal*, t. III. *Parte general. Actos procesales*, 1ª ed., Bs. As., Edit. del Puerto, 2011.
- MAIER, JULIO, *Derecho Procesal Penal*, t. III, Bs. As., Del Puerto, 2011.
- MARÍ, ENRIQUE, “‘Moi, Pierre Rivière...’ y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias sociales y jurídicas”, en AAVV, *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Bs. As., Hachette, 1982.
- MARINO, ESTEBAN, “Suspensión del procedimiento a prueba”, en Julio B. J. Maier (comp.), *El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Bs. As., Editores del Puerto, 1993.
- MARTÍN, ADRIÁN N., “Algo más sobre determinación de la pena. Notas sobre la necesaria disminución de habilitación de poder punitivo”, en *Revista Derecho Penal*, año II, n° 6, diciembre, 2013, Bs. As., Ediciones Infojus.
- MARTIN, MIGUEL ÁNGEL y VECCHIARELLI, MARÍA DE LOS ÁNGELES, “Mediación y Probation”, en *Suplemento de Resolución de Conflictos*, Bs. As., La Ley, 2001.
- MARTÍNEZ, SANTIAGO, “Algunas cuestiones en torno a los principios de legalidad y oportunidad”, en *elDial.com*, cita DCBB.

- MAZZONI, GIULIANA, *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*, Madrid, Trotta, 2010.
- MEDWED, D., *Prosecution Complex. America's Race to Convict and Its Impact on the Innocent*, Nueva York, NYU Press, 2012.
- MELOSSI, D., y PAVARINI, M., *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, México, Siglo XXI, 1980.
- MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., Montevideo - Bs. As., Editorial B de F, 2004.
- MOLERO, MARCO ANTONIO, "Probation y Juicio abreviado" y "Cuando los cambios vienen marchando", en *La Ley* 1998-D, Sec. Doctrina.
- MONTELEONE, ROMINA, "La llamada Santa Inquisición", en *Revista Nova Tesis*, n° 6, 2007.
- MOREL QUIRNO, MATÍAS N., "Nación vs. Pcia. y CABA = Indisponibilidad de la Acción Penal vs. Principio de Oportunidad. Breves consideraciones", en *www.eldial.com. Suplemento de Derecho Penal y Contravencional de la CABA*, Sección Doctrina, 13/07/2006.
- MORENO HOLMAN, Leonardo, *Teoría del caso*, Bs. As., Didot, 2014.
- NAVARRO, GUILLERMO R. y DARAY, ROBERTO R., *La querrela. El derecho de querrela. Su ejercicio en los diversos procesos e instancias. La capacidad, la legitimación y la representación del querrelante*, 3ª ed., Bs. As., Hammurabi, 2008, p. 305.
- NAVARRO, GUILLERMO RAFAEL y DARAY, ROBERTO RAÚL, *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 1, Bs. As., Editorial Hammurabi, 2004.
- NICORA, GUILLERMO, "La oportunidad en el ejercicio de la acción penal", en *Doctrina SJA* 04/02/2004, JA 2.004-I-913.
- NIEVA FENOLL, J., *La duda en el proceso penal*, Bs. As., Marcial Pons, 2013.
- NINO, C., *Derecho, moral y política*, Bs. As., Siglo XXI, 2014.
- PACKER, H. L., *The limits of the criminal sanction*, Stanford, Stanford University Press, 1968.
- PALACIOS DEXTRE, DARÍO y MONCE GUILLERGUA, RUTH, *El principio de oportunidad en el proceso penal peruano*, Prólogo de Moisés Tammini Del Valle, Lima, Fecat, 2003.
- PASTOR, D., *Tendencias: hacia una aplicación más imparcial del derecho penal*, Bs. As., Hammurabi, 2012.
- PASTOR, DANIEL R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*, Bs. As., Ad-Hoc, 2002.
- PINTO, MÓNICA, "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en Martín Abregu (coord.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Bs. As., CELS, Del Puerto, 1997;
- PINTO, MÓNICA, *Temas de derechos humanos*, Bs. As., Editores del Puerto, 1997;
- PINTO, MÓNICA, "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Bs. As., Del Puerto, 2004.

- PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA, *Colección de Derechos Humanos y Justicia. Víctimas, Derechos y Justicia*, oficina de derechos humanos y justicia [en línea], <https://www.justiciacordoba.gob.ar/JusticiaCordoba/files/libros/ddhhLibro3.pdf>, 2001.
- PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN, *La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina. Informe Anual 2013*, Bs As, 2014.
- PRUNOTTO LABORDE, ADOLFO, “Principio de Legalidad. Alcances y Precisiones”, en *Garantías Constitucionales y nulidades procesales – I*, *Revista de Derecho Penal*, t. 2.001-1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001.
- RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.
- RISINGER, M., “*Unsafe Verdicts: The Need for Reformed Standards for the Trial and Review of Factual Innocence Claims*”, *41 Houston Law Review*, 2004.
- RISINGER, M., y RISINGER, L., “*Innocence Is Different: Taking Innocence into Account in Reforming Criminal Procedure*”, *56 New York Law School Law Review*, 2011/2012.
- ROACH, K., “*Four models of the criminal process*”, en *Journal of Criminal Law & Criminology*, vol 89, n° 2, 1999.
- RODRÍGUEZ, C., *La decisión Judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997.
- ROXIN, C., *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Valencia, Tirant lo blanch, 2000.
- ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho procesal penal*, Bs. As., Del Puerto, 2000;
- RÚA, GONZALO, *Contraexamen de testigos*, Bs. As., Didot, 2014.
- RUSCHE, G., y KIRCHHEIMER, O., *Pena y estructura social*, Bogotá, Temis, 1982.
- RUSCONI, M., “Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del ministerio público”, en AAVV, *El Ministerio Público en el proceso penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 2000.
- SAGGESE, ROBERTO M. A., *El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010.
- SAID, JOSÉ L., “Sobre la facultad de las provincias para reglar el principio de oportunidad en la persecución penal”, en *La Ley* 1997-F.
- SALVIOLI, FABIÁN, “Un análisis desde el principio pro persona, sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de derechos humanos”, en *Defensa de la Constitución, Libro en reconocimiento al Doctor Germán Bidart Campos*, Bs. As., Ediar, 2003.
- SANT’ANA LANFREDI, LUIS GERARDO, “Vectores para la construcción de una justo proceso penal”, en *Revista de Derecho Procesal Penal 2010-1. La defensa Penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010.
- SANTOJANNI, JUAN P., “El principio de insignificancia y la desestimación de la denuncia por inexistencia de delito”, en *La Ley* 2009-B, 871, 04/03/2009.
- SILVESTRONI, MARIANO y MARUM, ELIZABETH, “Comentario al art. 162”, en Baigún y Zaffaroni (dirs.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Bs. As., Hammurabi, 2009.
- SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, t. II, Bs. As., Editorial TEA, 1970.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- STACY, T., "The Search for the Truth in Constitutional Criminal Procedure", en *Columbia Law Review*, vol. 91, n° 6.
- STEIN, A., "Constitutional Evidence Law", *Vanderbilt Law Review*, n° 61, 2008.
- SUREDA, DANIEL A., "La adopción por los ordenamientos procesales del principio de oportunidad o los criterios de oportunidad reglados: ¿quebrantan el principio de división de los poderes del Estado?", en *elDial.com*
- TARUFFO, MICHELE, *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2009.
- TORRES, SERGIO GABRIEL, *Nulidades en el Proceso Penal*, 4ª ed., Bs. As., Editorial Ad-Hoc, 2003.
- TRIBE, L., *The Constitutional Protection of Individual Rights*, New York, Foundation Press, 1978.
- TURNER, J., "Limits on the Search for Truth in Criminal Procedure: A Comparative View", en J. Ross, y S. Thaman, *Research Handbook On Comparative Criminal Procedure*, Cheltenham, Edward Elgar Pub., 2014.
- UNDERWOOD, B., "The Thumb on the Scales of Justice: Burdens of Persuasion", en *Criminal Cases*, 86, Yale L.J., 1977.
- VASCONCELOS MENDEZ, RUBÉN, "La suspensión del proceso penal a prueba", en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, [en línea] http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/28/La_suspensi%C3%B3n_del_proceso.pdf
- VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO, *Derecho procesal penal*, t. II, Bs. As., Editorial Lerner, 1969.
- VITALE, GUSTAVO, "Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal", en AAVV, *Teorías actuales en el Derecho Penal. 75º Aniversario del Código Penal*, Editorial AD-HOC, Bs. As., 1998.
- WACQUANT, L., *Las dos caras de un gueto*, Bs. As., Siglo XXI, 2010.
- WERNER, MAIHOFFER, *Estado de derecho y dignidad humana*, Montevideo, B de F, 2008.
- WESTEN, P., "Offences and Defenses Again", *28 Oxford Journal of Legal Studies*, 2008.
- ZAFFARONI E. RAÚL, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 1987.
- ZAFFARONI, E. RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO., *Derecho Penal. Parte general*, Bs. As., Ediar, 2003.
- ZAFFARONI, E. RAÚL, *En busca de las penas perdidas*, Bs. As., Ediar, 1989.
- ZAFFARONI, E. RAÚL, *Tratado de derecho penal, parte general*, t. III, Bs. As., Ediar, 1981.
- ZAFFARONI, E. RAÚL, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. I, Bs. As., Editorial Ediar, 1995.
- ZAFFARONI, E. RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Bs. As., Editorial Ediar, 2003.
- ZAFFARONI, E. RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Editorial Ediar, 2005.
- ZAGREBLESKY, GUSTAVO, *El Derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995.
- ZIFFER, PATRICIA, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Bs. As., Ad-Hoc, 1996.

Índice temático

A

ACCIÓN PENAL P. 10, 14,
106, 110, 115, 120, 127, 130, 133, 136, 143,
149, 152, 154, 155, 156, 159, 160, 213
acción penal pública P. 9, 107, 108,
109, 111, 121, 122, 123, 124, 129, 132,
136, 146, 150, 153, 164, 165, 166, 167,
168, 169, 170, 174
acción privada P. 9, 123, 129,
132, 165
conversión de la acción P. 9, 122,
123, 129, 132, 168, 169
disponibilidad de la acción penal
P. 8, 119, 120, 121, 122,
123, 129, 132, 136, 146, 162, 164, 165,
166, 168, 169, 212

C

CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA
NACIÓN P. 3, 5, 7, 8, 9,
10, 11, 15, 21, 28, 68, 73, 84, 86, 87, 88, 89,
90, 91, 107, 108, 111, 113, 114, 117, 121, 122,
124, 127, 129, 137, 138, 142, 143, 147, 150,
151, 164, 166, 168, 169, 170, 177, 178, 179,
192, 193, 194, 195, 197, 198, 203, 204, 205,
209, 210
Nuevo Código Procesal Penal de la Na-
ción P. 13, 22, 25, 28,
70, 72, 119, 120, 132, 171, 176, 180, 181
CONSTITUCIÓN NACIONAL P. 5, 6,
7, 8, 15, 16, 44, 71, 72, 80, 87, 94, 104, 126,
128, 130, 150, 151, 152, 153, 154, 157, 158,
160, 161, 164, 174, 181, 182, 184, 185, 190,
191, 192, 195, 209
declaración de inconstitucionalidad
P. 6, 152

CRITERIOS DE OPORTUNIDAD P. 9,
121, 122, 123, 124, 127, 132, 146, 147, 152,
165, 167, 168, 169

D

DEBIDO PROCESO P. 5,
14, 44, 52, 53, 60, 64, 65, 66, 67, 68, 77,
146, 191
defensa en juicio P. 120, 146,
164

DERECHOS FUNDAMENTALES *Véase*
DERECHOS HUMANOS

DERECHOS HUMANOS P. 20, 35, 60,
61, 75, 78, 80, 81, 82, 83, 85, 86, 135, 182,
189, 190, 191
Convención Americana sobre Derechos
Humanos P. 6, 13, 15,
72, 73, 74, 76, 77, 79, 104, 130, 164, 184,
185, 186, 188, 192, 200, 211, 212

Corte Interamericana de Derechos
Humanos P. 72, 73,
75, 78, 81, 84, 187, 188, 189, 190, 191,
199, 213

derecho internacional de los derechos
humanos P. 181, 209, 210

Pacto Internacional de Derechos Civiles
y Políticos P. 6, 15,
72, 74, 77, 79, 82, 85, 104, 105, 164, 182,
184, 185, 186, 188, 192

tratados internacionales de derechos
humanos P. 16, 71, 72, 91,
130, 141

Tribunal Europeo de Derechos Huma-
nos P. 72, 75,
80, 81, 85

DIGNIDAD HUMANA P. 17, 19,
20, 60, 182, 184, 208

I

IGUALDAD *Véase* PRINCIPIO DE IGUALDAD

J

JUICIO ABREVIADO P. 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 180
 acuerdo parcial P. 176, 179
 acuerdo pleno P. 176, 177, 178
 JUICIO POR JURADOS P. 6, 8, 27, 119, 161, 177, 191
 JUICIO SOBRE LA PENA P. 181, 188, 193, 198, 204
 individualización de la pena P. 182, 204, 208

M

MEDIDA DE PRUEBA *Véase* MEDIOS DE PRUEBA
 MEDIOS DE PRUEBA P. 88, 199
 allanamiento P. 84, 86, 87, 88, 89, 90
 intervención de comunicaciones P. 86, 90
 prueba pericial P. 205, 206
 requisita P. 86, 87, 88
 MINISTERIO PÚBLICO P. 106, 109, 155, 156, 200
 Ministerio Público de la Defensa P. 12, 100, 107
 Ministerio Público Fiscal P. 7, 8, 9, 10, 11, 14, 21, 22, 32, 70, 88, 89, 96, 100, 101, 112, 114, 115, 117, 122, 123, 124, 129, 130, 132, 133, 136, 140, 142, 146, 151, 166, 174, 175, 178, 179, 194, 195, 213, 214

O

ORDEN PÚBLICO P. 74, 76, 82, 83, 174, 178

P

PRINCIPIO DE IGUALDAD P. 8, 39, 41, 104, 105, 117, 139, 154, 165, 190, 193, 194
 igualdad ante la ley P. 20, 74, 123, 160
 PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA P. 124, 125, 126, 127
 PRINCIPIO DE LEGALIDAD P. 45, 74, 87, 90, 112, 120, 121, 135, 141, 143, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 156, 157, 161, 164, 170, 188, 200, 202
 PRINCIPIO DE OFICIALIDAD O ESTATALIDAD P. 145, 149, 150, 166
 PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD P. 9, 115, 120, 121, 122, 123, 127, 129, 135, 142, 145, 147, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 163, 165, 166, 168, 170, 211, 212, 213, 214, 215
 oportunidad reglada P. 9, 121, 122, 124, 152, 156, 157, 158, 159, 166, 168
 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD P. 126, 128, 188
 PRINCIPIO *PRO HOMINE* P. 84, 87, 88, 90, 188
 PROCESO PENAL P. 4, 5, 6, 8, 13, 16, 18, 19, 20, 21, 23, 29, 30, 33, 34, 36, 37, 39, 42, 45, 50, 51, 54, 55, 58, 59, 62, 64, 65, 69, 97, 101, 103, 104, 107, 108, 109, 111, 114, 116, 130, 131, 132, 133, 134, 137, 154, 157, 161, 163, 172
 proceso penal juvenil P. 209, 211

R

RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS *Véase*
SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

S

SEGURIDAD PÚBLICA P. 33, 82, 83

SISTEMA ACUSATORIO P. 5,
7, 8, 22, 71, 97, 120, 121, 153, 157, 172, 177,
178, 180, 192, 214, 215

principio acusatorio P. 87, 194, 197

SISTEMA INQUISITIVO P. 3, 4, 7,
8, 96, 98, 120, 142, 198, 200

proceso inquisitivo mitigado P. 3, 5, 7,
200, 205

SOLUCIÓN DE CONFLICTOS P. 8,
134, 135, 137, 204

acuerdo conciliatorio P. 9, 133

conciliación P. 9, 122, 132, 133,
134, 135, 136, 165, 168, 169, 214

mediación P. 133, 134, 135

SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA
P. 9, 114, 122, 137,

138, 139, 140, 141, 157, 163, 165, 168, 169,
214

