



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

Las tesis de Belgrano

**Escuela de Posgrado de Derecho
Maestría y Especialización en Derecho Penal**

**Garantismo penal y seguridad ciudadana. Ideas
para una reforma procesal equilibrada y eficaz:
acerca del régimen de la acción penal y la
participación de la víctima.**

N° 41

Tomás Gabriel Orso

Departamento de Investigaciones
Diciembre 2008

Universidad de Belgrano
Zabala 1837 (C1426DQ6)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
Tel.: 011-4788-5400 int. 2533
e-mail: invest@ub.edu.ar
url: <http://www.ub.edu.ar/investigaciones>

INTRODUCCIÓN

Segurismo, seguridad ciudadana y garantismo. Una falsa disyuntiva	5
Justicia, poder judicial y derecho penal.....	5
Entran por una puerta y salen por la otra	6
“El discurso de la seguridad conduce hacia el autoritarismo”	7
Garantismo es seguridad para todos	8
Las claves de la eficacia: participación y compromiso ciudadanos en modelos instrumentales adecuados	9

PARTE PRIMERA: lentitud vs. modelos de eficacia

ORALIDAD Y PUBLICIDAD

El modelo acusatorio y sus principios	10
a) Oralidad y Publicidad	10
b) Contradicción, inmediatez, simplificación y celeridad	12
Un plazo “razonable”	13
Plazos razonables y Nom bis in ídem	14

SALIDAS ALTERNATIVAS

Y CRITERIOS DE OPORTUNIDAD

Una apelación a la sensatez y sinceridad	14
La cárcel	14
Las salidas alternativas y los criterios de oportunidad	15

1 - LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD

Concepto y cuestión terminológica.....	16
Antecedentes históricos	16
Opciones en orden a la legalidad procesal o la oportunidad	18
La cuestión de la selectividad del sistema	18
Cuestión de imagen.....	18
Moral y moralina	19
Recursos humanos y presupuestarios	19
Gatillo fácil legislativo	19
Modelos de esquemas basados en la disponibilidad de la acción penal	20
a) La oportunidad como regla.....	20
b) La oportunidad como excepción	20
Sistemas de ejercicio de la acción penal en la legislación continental europea	21
• ITALIA.....	21
• ESPAÑA	21
• FRANCIA.....	21
• ALEMANIA	21
Esquema realizativo compatible con un sistema de oportunidad reglada. Pautas	22
Facultades negociadoras	24
Ejemplos de supuestos que pueden autorizar la aplicación de criterios de oportunidad	24
Insignificancia. El delito de bagatela	24
Casos de “pena natural”	25
Casos de ancianos, enfermos graves o terminales o falta de compromiso del interés público en la aplicación de la sanción.....	26
Casos de reparación del hecho. Conciliación. Mediación.....	26
Desacuerdo de la víctima, damnificado u ofendido con la aplicación de los criterios de oportunidad. Alternativas.....	26

2- LA SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA

Límites de la obligación de reparar	29
---	----

3 - JUICIO ABREVIADO. Ventajas y advertencias.....

Naturaleza	31
a) Proyectos	31
b) Ordenamientos provinciales.....	31

c) Derecho comparado.....	31
Ventajas.....	32
Críticas.....	33
Jurisprudencia.....	34
Presupuestos para el pedido procedimiento abreviado.....	35
PARTE SEGUNDA: compromiso y acción	
1- LA VICTIMA EN EL PROCESO PENAL	
Motor del contralor particular.....	37
Derechos de la víctima. Fundamentos y enunciación.....	39
Derecho a ser tratadas acorde con su calidad de víctimas.....	39
Derecho a la asistencia y representación técnica.....	40
Derecho a la reparación.....	40
Implementación. Coordinación de diversos organismos y personal de asistencia a la Víctima.....	41
Atención al público y asistencia primaria-asesoramiento.....	41
a) Implementación de Medidas de Autoprotección.....	41
b) Sistemas de Comunicación.....	42
c) Sistemas de Protección Policial.....	43
d) Sistemas de Re-localización.....	43
e) Medidas Cautelares contra el ofensor.....	43
f) Sistemas de Protección en las Audiencias.....	43
Comunicaciones y publicidad.....	44
2- JUICIO POR JURADOS Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA.....	44
PARTE TERCERA: cuestión de organización	
OFICINAS DE GESTIÓN JUDICIAL	
Las ventajas de un modelo de gestión empresarial.....	47
CONCLUSIÓN.....	48
BIBLIOGRAFÍA.....	49

Introducción

Segurismo, seguridad ciudadana y garantismo. Una falsa disyuntiva.

La problemática de la violencia, la seguridad ciudadana y el funcionamiento de las instituciones vinculadas con la prevención y el ejercicio del poder punitivo estatal, junto con la cuestión de la “impunidad” son temas que preocupan cada vez más a muchos y diversos sectores de la sociedad argentina y latinoamericana en general.

Tema *top* de los medios de comunicación y de la conversación cotidiana –junto con los problemas laborales e inflacionarios- en general y desde diversos ámbitos –sociológicos, políticos, económicos, judiciales y legislativos; universitarios, periodísticos- el discurso tradicional se ha limitado a enunciar las consecuencias negativas de la violencia y la necesidad de controlarla y prevenirla; sin embargo, no son muchas las propuestas serias o concretas pese a la existencia de varios exámenes o estudios acerca de las nuevas formas y modalidades que ha adquirido la violencia en nuestros países, sus consecuencias sobre la seguridad ciudadana y los desafíos que plantean al funcionamiento del sistema judicial en su conjunto, desde la legislación hasta el accionar de las fuerzas policiales. Por otro lado, las importantes reformulaciones que produjeron las ciencias sociales en los últimos años sobre estos temas requieren todavía sustentar con estudios empíricos concretos sus importantes innovaciones teóricas¹.

El abordaje de esta problemática no puede ser individual ni sectorizado, sino *multi e interdisciplinario*; es que creer que el sistema penal –o policial, o penitenciario- en soledad va a resolver las cuestiones atinentes a la corrupción y violencia aparece desprovista de sensatez o resulta, cuanto menos, ingenua.

Las soluciones vienen normalmente de la mano de políticas públicas adecuadas a los tiempos y realidades en que insertan y también acordes a las más actuales y progresistas tendencias a nivel global, siempre apegadas a los principios que las modernas constituciones y normas vienen enunciando con faro en los ideales de igualdad y libertad. Por supuesto que no puede tratarse de ingenuos idealismos, porque aparece claro que tales valores en muchas de nuestras sociedades latinoamericanas están muy lejos de alcanzar parámetros aceptables; pero quizá podemos tener a bien traer aquí a colación aquella conocida cita de Eduardo Galeano: “La utopía está en el horizonte. Camino dos pasos, ella se aleja dos pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. ¿Entonces para que sirve la utopía? *Para eso, sirve para caminar*”. También la educación debe realizar un aporte fundamental en la materia. Quien conoce sus derechos y los fundamentos de éstos, acepta también sus límites y las potestades de los demás.

Justicia, poder judicial y derecho penal.

Sin perjuicio de lo antes dicho y el imperioso requerimiento de un abordaje con y entre diversas disciplinas, llegado el caso a los estrados tribunales, hay que brindar respuestas; respuestas éstas que seguramente no siempre serán satisfactorias pues siempre serán parte de un sistema imperfecto, sí; pero no tan malo como sus alternativas.

Es que de eso se trata: de brindar la posibilidad de eliminar el conflicto con propuestas y determinaciones posibles y eficaces en tal sentido; aunque no respondan al ideal de justicia que seguramente impera en el imaginario colectivo y que tiene que ver con la retribución pura o la venganza institucionalizada. En el nivel de evolución y desarrollo intelectual en que se encuentra la sociedad occidental, no es posible admitir tales consecuencias. En este sentido, y sin ánimo de entrar en consideraciones filosóficas que excederían el marco del presente trabajo, hay que pensar en qué es lo que sucede con la idea de *justicia*; esto tiene que ver inclusive con la denominación genérica que se hace respecto al poder judicial en términos como el de: “tuve que recurrir a la ‘justicia’”; “te voy a llevar a la ‘justicia’” o, lo que es peor:

1. CLACSO- Violencia, seguridad ciudadana y justicia en América Latina y el Caribe (1999): “En las sociedades latinoamericanas y del Caribe las profundas transformaciones sociales de las últimas décadas han tenido como resultado la agudización y complejización del fenómeno de la violencia y sus secuelas: los alarmantes índices de anomia y desintegración social que hoy se evidencian en la región. Los cambios institucionales, por otra parte, son una variable importante de análisis e incluyen –entre otras- la creciente inadecuación de la administración de justicia; la corrupción policial y judicial; las acciones extrajudiciales de la policía; la violación de los derechos humanos en las prácticas institucionales, la impunidad y otras formas de violencia estatal; los efectos criminógenos de los sistemas penitenciarios y la reproducción institucional de la violencia en las cárceles. En suma: hay un círculo vicioso mediante el cual las nuevas modalidades de la violencia acentúan la inseguridad ciudadana y la crisis del sistema judicial en su conjunto, lo que a su vez se traduce en una creciente utilización de la violencia en la vida cotidiana. La inseguridad ciudadana (tanto la “real” como la “percepción” social de la misma), los delitos de autoridad y poder, los sentimientos de indefensión institucional y/o exclusión, las prácticas de criminalización y el miedo a la victimización son algunas de las dimensiones principales a tener en cuenta”.

“no hay ‘justicia’” ante la respuesta que no es la esperada. Y hasta cuando se da la respuesta esperada: imaginemos el peor de los casos: una familia se desintegra por la muerte de un hijo en manos de otra persona que, o bien no comprende lo que ha hecho, actuó a consecuencia de una intención delictiva, u ocasionó la muerte en virtud de un accidente automovilístico por una maniobra imprudente. Sigamos suponiendo que se logre atrapar al homicida y enjuiciarlo. Supongamos también que el caso termine con la aplicación de una medida de seguridad o una condena y una indemnización por los daños y perjuicios que la pérdida ha ocasionado, y pensemos que inclusive ésta pueda cobrarse efectiva y rápidamente. Pues nada de eso será *justicia* para quienes han perdido a un ser querido. Mucho menos en el primer y último caso –un inimputable o un homicidio culposo-, o en el caso de una condena a unos años de prisión efectiva para que el victimario salga en libertad condicional poco tiempo después².

Algo similar puede suceder con vgr., una estafa en la que el imputado resulte insolvente. Seguramente obtendrá una condena condicional, y la víctima no podrá recuperar lo perdido, ni *disfrutar* el ejemplar castigo. El derecho penal no siempre puede arreglar las cosas. El derecho penal poco puede hacer en estos casos. La misma sensación de impunidad e insatisfacción genera la lentitud de los procesos, porque los tiempos judiciales no son, sin duda alguna, los de la gente.

Sistemas procesales obsoletos. Lentos, formales, omnipotentes pero fracasados, soberbios, aislados de la realidad. Una sociedad con mucha marginalidad y frustración; políticas económicas falaces, corrupción institucional. Deficiencias en los sistemas educacionales. Falta de presupuesto. Incapacidad. Líderes personalistas y autoritarios. Seguridad y bienestar ciudadanos en caída libre. Demagogia. Alguien tiene que poder orden.

Es el germen del *segurismo*.

Entran por una puerta y salen por la otra...

Nadie que tenga los pies sobre la tierra puede sostener seriamente que los sistemas penales de la actualidad –y los de América Latina en particular- sean la panacea. Es que no trata de eso, sino que, simplemente, no hay nada mejor y sí muchas cosas peores, como el autoritarismo y el descontrol de la venganza privada. Claro que sí podemos argumentar acerca de la posibilidad de mejorarlos, y bastante. Para comenzar, es importante escuchar y atender el clamor social, porque toda sociedad cambia y es necesario adecuarse a los tiempos que corren, capacitar a los operadores del sistema y modernizarlo de modo que su respuesta, aún con las limitaciones que por naturaleza pudiere ostentar, se aproxime más a la satisfacción de los requerimientos de quien se acerque a los tribunales a exigir la restauración del imperio de la legalidad. Pero de ahí al demagógico acogimiento de doctrinas estigmatizadoras, muchas veces involuntarias reproductoras de la violencia por la respuesta violenta a la violencia y marginalidad al marginado, tiene que haber un límite claro.

En la actualidad, hay muchos sectores muy fomentados por los medios de comunicación que proliferan particularmente en tiempos eleccionarios consignando como solución la “mano dura”, en procura de penas más severas, disminución de la edad de imputabilidad plena, la represión pesada y la prevención “topadora”. Es aquí donde aparece el “*segurismo*” como “...doctrina política que postula que el problema central de una sociedad está en su criminalidad”³, o, lo que es lo mismo, atribuir a la consecuencia el rango de causa, lo que no admite análisis lógico alguno, porque es como decir que *la causa de las rupturas familiares está en el divorcio*. Esta corriente contiene en su esencia un negado pero no por ello menos nefasto círculo vicioso.

Lo cierto, es que **a lo largo de la historia, siempre que hubo problemas con la seguridad ciudadana, el primer afectado no resultó el infractor ni la delincuencia, sino, paradójicamente, los derechos**

2. A colación de lo dicho, puede recordarse el conmovedor hecho sucedido el pasado jueves 08 de noviembre de 2007 en las pequeñas localidades santafesinas de Santa Isabel y Villa Cañás, cuando un hombre asesinó a tres personas en venganza por la muerte de su hijo en manos de una tercera, un joven que se halla condenado por el hecho y preso. Expresaron los medios periodísticos: “Un hombre cuyo hijo fue asesinado en 2005 mató a la madre del supuesto homicida y a su pareja. Luego asesinó a la jueza de Paz de Santa Isabel y dejó herida a otra mujer, la actual pareja del padre del homicida. Por último, se suicidó sobre la tumba de su hijo. Gran conmoción en la zona... (...) Interrogantes. Muchas versiones corrieron desde que Lemos decidiera terminar con la vida de todas esas personas. Según algunas voces, no se encontraba mentalmente saludable desde la muerte de su hijo. La detención del supuesto homicida abre otro interrogante: ¿por qué Lemos mató a su madre e intentó terminar con la vida de su padre si el joven detenido paga por el supuesto homicidio?” www.rosario3.com

3. De constante aparición en distintos lugares y momentos, el *segurismo* se desarrolla con más facilidad en sociedades donde ha habido cierto deterioro de la situación económica y social de las clases bajas y medias -ver Londres en los años cuarentas del siglo XIX, Berlín en los treinta del siglo pasado, Nueva York en los setentas, Bogotá en los ochentas, Buenos Aires en los primeros de este siglo. Responde al miedo de sectores sociales de clase media y media alta -las clases altas suelen tener su propio mecanismo de autodefensa- que se sienten de pronto desprotegidas -al producirse un aumento de las diferencias económicas que, en ciertos casos, se traduce en un aumento de la criminalidad. Es lo que el *segurismo* llama inseguridad, palabra mágica que se constituye en el centro de todo enunciado y justificación de cualquier pronunciamiento”. RICARDO V. CANALETTI: “El Orejudo, Blumberg y la mano dura”.

colectivoblog.blogspot.com/2007/03/segurismo.html

civiles. Los hechos aberrantes conmocionan y la primera reacción es reprimir y retribuir. Pero la respuesta estatal no debe ser tan ligera. En nuestro país, la tendencia viene desde hace algunos años, para profundizarse en los últimos cinco años: “Ya en 2004, hubo una enorme marcha en apoyo de un ingeniero, Juan Carlos Blumberg, que sufrió el crimen de su hijo a manos de una banda que lo tenía secuestrado. La cantidad de participantes impresionó al poder. Era gente común, descreída, pidiendo endurecer el sistema penal. En un rápido ejercicio de *siblumbismo*, el Gobierno nacional impulsó reformas que llevó el máximo de pena a 50 años. (...) Habría que echar una mirada sobre los ciudadanos que consienten en perder garantías al sentirse inseguros, lo que implica, en fin, autolesionarse. Tal vez tenga que ver con a qué se teme más, si a la agresión criminal, al pillaje y a la muerte en delito violento o al estado arbitrario y a la muerte por acción policial y política. En la actualidad argentina hay mucha gente que se expresa sensible al primero de esos temores (...)...el segurismo produce una demonización de esos sectores empobrecidos de los que proviene el alza de la delincuencia. Y tiende a intensificar las divisiones en esa sociedad -y a justiciar esas divisiones definiendo como delincuentes en acto o en potencia a los integrantes de estos sectores. (...) El segurismo, que no analiza las razones y causas del problema, tiende a creer, con el mismo mecanismo, en soluciones mágicas, igualmente irrazonadas -irrupción policial, arsenales legales- y en la aparición de líderes salvadores capaces de aplicarlas -el famoso hombre fuerte”.

“El discurso de la seguridad conduce hacia el autoritarismo”⁴

“La lentitud de la Justicia penal (que hace que los presos no condenados sean muchos más que los condenados) es un problema de toda América latina” (...) “...el riesgo es imitar a Estados Unidos, donde hay un sistema que condena a todos, y los que no pueden pagarse un abogado de lujo terminan por aceptar un sistema de negociación, que implica una pena intermedia. Un sistema extorsivo que se aplica en el 95% de las causas”⁵.

Más presos, leyes más duras, poner más lejos a los marginados por pobres, locos, extranjeros ilegales o diferentes no parece otra cosa que *escupir para arriba*. Entonces no está de más recordar los principios y fines que nos han llevado a aceptar este sistema penal: que todo otro sistema es, definitivamente, nefasto; destructivo y descontrolado. Aquello que llamamos *justicia* es, entonces, en este sentido, nada más pero tampoco nada menos que la procura de eliminación o reducción del conflicto producido, con miras a la pacificación o recomposición de la situación problemática -en la medida que ello sea posible-, con la intervención de esos terceros que componen el poder judicial y sus auxiliares en representación imparcial de los intereses de la sociedad en dicha pacificación.

¿Cuál es entonces el objeto de la actividad jurisdiccional de acuerdo a estos principios? Pues podría sintetizarse del siguiente modo: producido un hecho con apariencia de delito corresponde recolectar aquellos elementos que permitan acreditar la existencia de tal hecho u omisión punible, la participación que hubiere tenido el o los imputados en el mismo y todas aquellas circunstancias fácticas que posibiliten precisar el encuadramiento típico de la conducta que originó la puesta en marcha del aparato estatal de investigación; porque sólo destruyendo el estado de inocencia del sujeto a proceso resultará procedente la imposición de una condena. Ello es así toda vez que los procedimientos judiciales deben ser entendidos como “...fenómenos culturales (que) reflejan en sus relaciones de poder el sistema de ideas dentro de los que cobran sentido y que procuran otorgar legitimidad y aceptación a las decisiones en las que culminan”⁶.

Enlazado ello con la finalidad que mayoritariamente se le asigna al proceso penal, el interrogante que se vislumbra es el de qué tipo de realidad de los hechos -qué tipo de *verdad*- estamos buscando. Desandando el camino a partir de la definición académica, surge que por verdad (Del latín “*veritas*”) se entiende: “... como la conformidad o adecuación entre concepto y cosa... (...)...la ‘cosa’ sería el objeto procesal en cuanto situación de hecho de relevancia normativa y el concepto la decisión jurisdiccional, a la que se arriba como conclusión de una serie de averiguaciones, comprobaciones y discusiones en torno a la realidad de lo ocurrido y su encuadre jurídico (por lo que) se entiende que el proceso penal se manifiesta como una búsqueda de la verdad... (...)... una ‘verdad judicial’, que, por definición, es convencional y formal”⁷.

4. Nota periodística al Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni. Rodolfo Montes / La Capital .

5. Ídem.

6. VAZQUEZ ROSSI: “Derecho Procesal Penal”, 2 tomos, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ediciones 1995/1997 y 2004.. T II, pág. 283.

7. Ídem, págs. 293/295. Los destacados son nuestros. El concepto de “verdad” ha variado filosóficamente a través del tiempo, pudiendo reseñarse básicamente este breve antecedente: en la antigüedad, aquello que aparece como “verdadero” es lo que permanece, lo inmutable, lo que siempre es de la misma manera. Lo cambiante es meramente aparente. La verdad es la idea (Platón) o la forma (Aristóteles) que se halla oculta tras el velo de la apariencia; aparece la idea de adecuación entre lo intelectual y la cosa (*teoría de la correspondencia*). En la Edad media el concepto de verdad “metafísica” o “verdad ontológica” es lo “trascendental” donde decir que algo “es” o decir que “es verdadero” es lo mismo (Santo Tomás de Aquino). A la verdad entendida como “adecuación del intelecto a

Por otra parte, indica Ferrajoli que "...más que de una '*verdad real*' de lo que corresponde hablar, con todas las consecuencias teóricas y prácticas que de ello se deducen, es de una *verdad judicial* que, por definición, es convencional y formal"⁸. En un esquema garantista, el proceso adopta una concepción de *correspondencia*⁹ y a la vez semántica de lo que es la averiguación de la verdad: esto es, con base de sentido en el principio de legalidad, por el cual para que pueda sostenerse que una persona ha cometido un delito, primero deberá tenerse en cuenta si existe relación (correspondencia) entre ese hecho (cuya ocurrencia deberá ser fácticamente comprobado) y el descrito perfectamente en la norma penal aplicable; de modo que "...el lenguaje penal como lenguaje objeto, como lenguaje construido, pueda ser comparado con los hechos de los cuales se habla permitiendo así la predicación de la verdad o falsedad de los enunciados que afirman la comisión de un delito"¹⁰. De este modo los principios y garantías instaurados constitucionalmente cobran plena operatividad.

Por ello señala Maier, como ya hemos dicho, que la averiguación de la verdad no representa un fin absoluto para el procedimiento penal, sino antes bien, un ideal genérico a alcanzar, como valor positivo de la sentencia final. "...un procedimiento concreto alcanza su meta con la decisión sobre el conflicto y es perfectamente válido, aún cuando no haya alcanzado el ideal de proporcionar un conocimiento suficiente acerca de la verdad real, material o histórica objetiva"¹¹.

Garantismo es seguridad para todos.

Las alternativas que frente a los retos planteados por la violencia y sus secuelas surgen, o podrían surgir, desde la ciudadanía y/o desde las autoridades son también cuestiones relevantes. Dentro de las primeras se incluyen asuntos tales como la administración alternativa de conflictos, a través de la realización de mediaciones, acuerdos resarcitorios, prácticas de control ciudadano de las instituciones públicas, como la intervención activa y trascendente de la víctima -per se o a través de querellante, y por medio de "acciones populares"- en la acción penal, la implementación de seguridad privada, la organización comunitaria espontánea o la demanda por una adecuada respuesta estatal; en el campo de las iniciativas gubernamentales se encuentran el diseño de políticas públicas encaminadas a la prevención de la violencia, fomento del trabajo y la reinserción de los sectores más marginados, la capacitación y modernización de los sistemas policiales y penales y otras políticas relativas al cambio del sistema judicial¹².

Ello siempre debe ir de la mano con el eficaz cumplimiento de las garantías constitucionalmente consagradas de igualdad ante la ley, libertad, dignidad y particularmente las penales relacionadas con la existencia del debido proceso, ley previa, juez natural y principio de inocencia.

El garantismo no es ni debe ser sinónimo de impunidad, de protección al *culpable*¹³, como pretenden vender algunos medios y políticos inescrupulosos en campaña; sino todo lo contrario: ***el garantismo es el can Cerbero que guarda la puerta del temible y moderno inframundo del autoritarismo y la discriminación***; porque esta corriente de pensamiento y aplicación del derecho nació como respuesta a la cosa" los medievales la denominan "verdad lógica". Más adelante, con la afirmación "Pienso, existo" de Descartes, lo verdadero aparece como construcción del sujeto; el objeto de conocimiento, el fenómeno, es construido a partir del caos de impresiones proveniente de la experiencia. El sujeto posee *apriorísticamente* (antes de la experiencia) formas puras de la sensibilidad (espacio y tiempo) y categorías vacías del entendimiento (sustancia-accidente, causa-efecto, etc.) y con ellas ordena los datos caóticos de los sentidos. La idea de identidad entre lo "mentado" y lo dado es ya un resultado contemporáneo. El conocimiento y la verdad se dan en un plano "trascendental" o "puro", equidistante tanto del realismo —que hace hincapié en el objeto— como del idealismo —que pone el acento en el sujeto—. La Fenomenología toma lo dado tal como se presenta al sujeto, sin pretender ir más allá. Actualmente, sin embargo, predomina la concepción *de verdad como utilidad*. Producto del utilitarismo surgido tras la revolución industrial, lo verdadero será sólo aquello que resulte práctico y resolutivo. Finalmente, la teoría consensualista (Habermas) implica como verdadero al producto del consenso racional fruto de la discusión entre participantes en paridad de situación para discutir acerca del tema en debate.

8. FERRAJOLI, LUIGI, "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal", Trotta, Madrid, 1997., pág. 605.

9. Platón - Aristóteles: la verdad es la idea (Platón) o la forma (Aristóteles) que se halla oculta tras el velo de la apariencia; aparece la idea de adecuación entre lo intelectual y la cosa (*teoría de la correspondencia*).

10. GUZMÁN, N.: "La verdad en el proceso penal", Una contribución a la epistemología jurídica. Editores del Puerto, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2006. págs. 66/67.

11. MAIER, JULIO: "Derecho procesal Penal" Editores Del Puerto, Bs. As., tomo 1, ed. 1996, pág. 869.

12. CLACSO- Violencia, *seguridad ciudadana* y justicia en América Latina y el Caribe (1999) cit.

13. DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ L.: "El Nuevo Modelo Penal de la Seguridad Ciudadana", en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC) 06-03, <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03>. Critica este autor español a las doctrinas garantistas por lo que refiere, entre otras cuestiones, a la "Profunda desconfianza hacia un equilibrado ejercicio del poder sancionatorio por parte de los poderes públicos. El derecho penal de este modelo se sigue declarando orgullosamente heredero del liberalismo político, y en consecuencia estima una de sus principales tareas la de defender al ciudadano, delincuente o no, de los posibles abusos y arbitrariedad del estado punitivo. De ahí que coloque la protección del delincuente, o del ciudadano potencial o presuntamente delincuente, en el mismo plano que la tutela de esos presupuestos esenciales para la convivencia acabados de aludir. ...El temor a un uso indebido del poder punitivo conferido al estado, que pudiera terminar afectando al conjunto de los ciudadanos, permea todo el armazón conceptual del derecho penal garantista, desde los criterios con los que se identifican los contenidos a proteger a aquellos que seleccionan las sanciones a imponer, pasando por los que se ocupan de estructurar un sistema de exigencia de responsabilidad socialmente convincente".

las fracturas entre el “deber ser” enunciado en los cuerpos normativos constitucionales, sus principios y enunciaciones y el “ser” de una práctica en su aplicación nula, ineficiente o hipócrita¹⁴.

Claro que, como sostuvimos antes, no se trata de meros idealismos; sino de no perder el faro; seguramente siempre habrá dificultades y falencias en el camino de la aplicación del derecho; pero lo que el garantismo propone es una brújula que nos indique las desviaciones del sistema, destruyendo su básico soporte para caer en su ilegitimidad o ineficacia, situaciones que también deben ser denunciadas y corregidas por los operadores judiciales. En este sentido, sostiene Daniel Rafecas que: “...el garantismo penal opera sobre todo descubriendo, denunciando estas contradicciones y quitándole legitimidad así a las ‘prácticas operativas’ arbitrarias del derecho penal efectivo, al mismo tiempo que reclama por que se haga cada vez más efectivo el derecho penal válido. (...) Las sociedades progresistas tienden a achicar los poderes y por ende a aumentar las libertades, en procura de reducir toda clase de violencia y opresión; las sociedades autoritarias, tienden a hacer exactamente lo opuesto. El grado de desarrollo de una sociedad puede estudiarse desde esta óptica. (...) Queda clara entonces la misión del Estado de Derecho: aumentar paulatinamente las libertades ciudadanas, en un clima de respeto y tolerancia para con las minorías, incluso las desviadas, como base para el crecimiento y desarrollo social, económico, político, cultural e intelectual de cada uno de sus integrantes y de la sociedad misma”¹⁵.

Esta doctrina procura en consecuencia que la divulgación y apertura de la normativa penal, de modo que el trasfondo de garantías de protección y bienestar no permanezcan en meras enunciaciones teóricas o formalistas. En este sentido, se transforma también en una herramienta de participación ciudadana; en una política criminal crítica y activa de prevención y represión que no se limite a administrar un sistema penitenciario, reproduciendo la marginalidad y la discriminación; de modo que se abandone el carácter simbólico para incurrir en otro más práctico y concreto¹⁶.

Continúa Rafecas: “...el garantismo no hace más que llevar hasta las últimas consecuencias la aplicación coherente y rigurosa del nuevo paradigma normativo liderado por un constitucionalismo rígido-, la lucha se centra ahora en hacer cumplir al Estado esas declaraciones normativas, para que de una vez y para siempre los derechos ciudadanos salgan ‘...del descomprometido y envilecedor vacío de cierta retórica jurídica, para integrarse eficazmente en el orden jurídico’ (IBÁÑEZ, 1999)”.

Las claves de la eficacia: participación y compromiso ciudadanos en modelos instrumentales adecuados.

No trataremos en este lugar por exceder el marco del presente trabajo el primer y básico requerimiento de actuación satisfactoria de las declaraciones normativas: políticas sociales y económicas idóneas con funcionarios capacitados y comprometidos, presupuestos básicos para consolidar un sistema democrático moderno y serio.

Es por eso que, yendo hacia lo que nos ocupa, es nuestra intención manifestar por dónde consideramos pueden estar las claves para un notorio y relativamente rápido mejoramiento en la respuesta punitiva estatal, siempre en concordancia con la doctrina antes analizada –garantismo- y en consideración a las críticas y falencias que pueden adjudicarse a los sistemas de actuación formal en general: lentitud, exclusión e *inmovilismo*¹⁷.

- 1) Adopción de sistemas acusatorios puros con oralización y publicidad de todas las etapas procesales; inclusión de criterios de oportunidad; posibilidad de adopción de acuerdos de reparación, salidas alternativas y procedimientos abreviados;
- 2) Inclusión y participación de la víctima y participación ciudadana a través de la instauración del juicio por jurados;
- 3) Inclusión de oficinas de gestión judicial.

Abordaremos a continuación las claves, características, críticas, efectos y observaciones para la implementación y tratamiento de los institutos mencionados.

14. FERRAJOLI, ob. cit.

15. RAFECAS, DANIEL EDUARDO: “Una aproximación al concepto de garantismo penal” www.catedrahendler.org/material_in.php?id=3

16. Conf. RAFECAS, DANIEL, ob. cit.

17. Díez Ripollés, José L: “El Nuevo Modelo Penal de la Seguridad Ciudadana”, cit.

Parte primera: lentitud vs. modelos de eficacia

Oralidad y publicidad

El modelo acusatorio y sus principios.

Partiendo de un modelo acusatorio, la investigación preparatoria al juicio queda en manos del órgano acusador –público o particular- y el resguardo de las garantías constitucionales a cargo del juez de garantías, quien, de modo imparcial e imparcial, se constituye de este modo en guardián de la constitucionalidad, ostentando facultades de dirección y moderación del proceso.

Se trata aquí de un procedimiento penal destinado a combatir el antiguo y oscurantista proceso secreto, propio de la inquisición. Ha señalado Ferrajoli¹⁸ la distinción entre sistema acusatorio y sistema inquisitivo puede tener un carácter teórico o simplemente histórico, resultando que las diferencias detectables en el plano teórico no coinciden necesariamente con las detectables en el plano histórico, por no estar siempre conectadas entre sí lógicamente. Pero sí forman parte tanto del modelo teórico como de la tradición histórica del proceso acusatorio la rígida separación entre juez y acusación, la igualdad entre acusación y defensa y la publicidad del juicio, mientras que son típicamente características del modelo inquisitivo la iniciativa del juez en el ámbito probatorio, la desigualdad de poder entre acusación y defensa y el carácter escrito y secreto de la instrucción¹⁹.

En cambio, los principios que impregnan el procedimiento acusatorio pueden enunciarse del siguiente modo:

a) **Oralidad y Publicidad:** Si bien la ley suprema nacional no consagró expresamente la oralidad, la doctrina entendió que la misma resultaba una derivación de la forma republicana de gobierno (a fin de permitir el control popular y la publicidad de los actos de gobierno) establecida en el art. 1º CN, por lo que el apartamiento de dicha modalidad de enjuiciamiento implicaba mantener un sistema opuesto al consagrado en la ley suprema y en los tratados internacionales incorporados a nuestro derecho interno (Art. 75 inc. 22 CN). **La función posibilitadora de contralor público es insoslayable:** así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dicho que: “El derecho a que los debates sean realizados en público es un derecho que constituye una premisa básica para que pueda hablarse de un juicio equitativo, dado que es una eficaz forma de evitar la arbitrariedad en la aplicación de la ley o, al menos, de poder controlarla”²⁰. El incumplimiento de los mandatos constitucionales y al retraso cultural que implica mantener un modelo de enjuiciamiento escriturario y secreto, por lo que la doctrina no dudó en acusar que: “Sólo la ceguera y la falta de imaginación de los juristas, teóricos o prácticos, y de los hombres políticos, que se dedicaron al Derecho penal, en sentido amplio, pudieron lograr que hasta casi terminando el siglo XX nuestro país conservara, para las organizaciones judiciales de mayor población (por ej., Buenos Aires y Santa Fe), por tanto de mayor caudal de casos, un sistema de enjuiciamiento penal reñido con el Estado republicano que consagra nuestra Constitución nacional, que elige el secreto, la falta de participación del imputado en los actos del procedimiento, la imposibilidad de la asistencia del público a las audiencias y la escritura como modo de transmisión del conocimiento válido para fundar la sentencia...Conviene, sin embargo, destacar cuál ha sido el foco de la resistencia...A la provincia de Córdoba y a su Universidad

18. Ob. Cit., pág. 563.

19. ERBETTA, DANIEL; ORSO TOMÁS; CHIARA DÍAZ, CARLOS: “Nuevo Código Procesal Penal de Santa Fe comentado”, ed. Zeus, de próxima aparición.

20. TEDH, caso “Weber”, 22/5/90, citado por JOSÉ I. CAFFERATA NORES y AÍDA TARDITTI en “Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba comentado”, Tomo II, Edit. Mediterránea, 2004, cit. En igual sentido, el STJ de Córdoba ha dicho que: “Una de las características del debate es su publicidad y dicho principio tiende, por un lado, al resultar un mandato constitucional que emana de régimen republicano de gobierno (CN, Art. 1º), a hacer efectiva la responsabilidad de los jueces, que se logra cuando los ciudadanos pueden asistir al debate y a la lectura de la sentencia (...). Por el otro, todo acusado tiene derecho a tener un juicio público, lo que está contemplado, en forma expresa, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 11), en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica) (Art. 8.5), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (XXVI) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6.1), que por lo dispuesto en el art. 75 inc. 22 de la CN tienen jerarquía constitucional. A su vez, dicha regla admite restricciones, entre otras, cuando la publicidad pueda perjudicar los intereses de la justicia o está en juego el interés de menores de edad (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.1). Al respecto, el art. 372, último párrafo, CPP, prevé que el debate se realizará a puertas cerradas cuando se juzgue a un menor de 18 años a los fines de resguardar el interés superior del niño y respetar plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento (art. 40 III y VII, de la Convención sobre los Derechos del Niño)” TSJ Córdoba, Sala Penal, Sentencia n° 115, del 30/12/02, “Elizondo”, citado por Cafferata Nores y Tarditti, en ob. cit., T II

les cabe el honor de haber encabezado la reacción... (...) Se trató, en verdad, de conservar el sistema colonial de enjuiciamiento penal hasta donde fuera posible, sin tomar en cuenta –tan siquiera– la transformación que la misma España llevaba a cabo (Ley de Enjuiciamiento criminal de 1882)²¹”.

Por otra parte, cabe destacarse que la oralidad y la publicidad resultan banderas representativas de las modificaciones progresistas en el proceso penal. Así el proceso cruel, escrito, secreto, propio del sistema inquisitivo queda desplazado con el advenimiento del proyecto político iluminista cuyo correlativo procedimental se asienta, entre otras características, en la transparencia de un juicio llevado a cabo oralmente.

Conforme a lo expuesto, el juicio se realiza a través de manifestaciones a viva voz de los sujetos intervinientes: manifestación humana por excelencia a través de la cual nos comunicamos cotidianamente. Por ello no es difícil advertir que históricamente la manifestación oral precede en todos los casos al escriturismo.

De tal modo **la percepción y comprensión de hechos se mediatiza** y quien interviene, partes y juzgadores, no conocen de los hechos sino el registro de los mismos, con lo cual pesa más el *documento* que el *acontecimiento*, el *acta* más que el *acto*: “El procedimiento por registros implica necesariamente una discontinuidad y, en muchos casos, por la preponderancia de las formas, un ritualismo que conduce a estereotipos en los que la realidad vive de los acontecimientos y de las expresiones se traduce en fórmulas repetidas que resultan infieles a la verdad de lo registrado”²².

Respecto a las **ventajas** de dicho trámite la doctrina señaló que “... ‘la oralidad plena (*omissis*) es el método que mejor se compadece con la máxima aproximación a la verdad procesal, determinada por la intermediación del juzgador”²³.

Otro de los vértices sobre los que se apoya la problemática en análisis es el **carácter público** que debe tener la sustanciación del debate²⁴, que implica un debate en recintos con las puertas abiertas al público, salvo las contadas -y justificadas- excepciones y limitaciones que se pudieran establecer. “En el sistema garantista elaborado por Ferrajoli, la publicidad – el ‘requisito más elemental y llamativo del proceso acusatorio’–, es una garantía procesal de segundo orden o instrumental, junto a la oralidad, la legalidad o ritualidad del procedimiento y la motivación de las decisiones. Instrumentales respecto de las garantías procesales primarias o epistemológicas, que son la formulación de la acusación (axioma 8), la carga de la prueba (axioma 9) y el contradictorio con la defensa (axioma 10). En este sentido las primeras

21. Ídem, págs. 649/653. Los destacados son nuestros.

22. VAZQUEZ ROSSI, JORGE E.: “Derecho Procesal Penal,” T. II, cit., pág. 411.

23. ERTOLINO, PEDRO: “Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires”, Lexis Nexis, 8ª edición actualizada, Bs. As., 2005. pág. 511, citando a la nota de elevación del Código Procesal Penal de Bs. As.

24. - “El derecho a que los debates sean realizados en público es un derecho que constituye una premisa básica para que pueda hablarse de un juicio equitativo, dado que es una eficaz forma de evitar la arbitrariedad en la aplicación de la ley o, al menos, de poder controlarla” (TEDH, caso “Weber”, 22/5/90 Citado Por : JOSE I. CAFFERTA NORES y AIDA TARDITTI en la obra: ‘CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE CORDOBA COMENTADO.’ Tomo II) “Una de las características del debate es su publicidad y dicho principio tiende, por un lado, al resultar un mandato constitucional que emana de régimen republicano de gobierno (CN, Art. 1º), a hacer efectiva la responsabilidad de los jueces, que se logra cuando los ciudadanos pueden asistir al debate y a la lectura de la sentencia (...) Por el otro, todo acusado tiene derecho a tener un juicio público, lo que está contemplado, en forma expresa, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 11), en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica) (Art. 8.5), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (XXVI) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6.1), que por lo dispuesto en el art. 75 inc. 22 de la CN tienen jerarquía constitucional. A su vez, dicha regla admite restricciones, entre otras, cuando la publicidad pueda perjudicar los intereses de la justicia o está en juego el interés de menores de edad (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.1). Al respecto, el art. 372, último párrafo, CPP, prevé que el debate se realizará a puertas cerradas cuando se juzgue a un menor de 18 años a los fines de resguardar el interés superior del niño y respetar plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento (art. 40 III y VII, de la Convención sobre los Derechos del Niño)” (TSJ Córdoba, Sala Penal, Sentencia n° 115, del 30/12/02, “Elizondo” Citado Por : JOSE I. CAFFERTA NORES y AIDA TARDITTI en la obra:” CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE CORDOBA COMENTADO.” Tomo II) “El derecho de estar presente en la audiencia es, singularmente, en materia penal, un elemento esencial de la noción de proceso justo. Información, presencia, y defensa se encuentran consecuentemente en una relación de continuidad lógica y necesaria” (Comisión EDH, caso Colozza y Rubinar, del 5/5/83 Citado Por : JOSE I. CAFFERTA NORES y AIDA TARDITTI en la obra:” CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE CORDOBA COMENTADO.” Tomo II, Edit. Mediterránea, 2004. Tomo II)

son '**garantías de garantías**' respecto de las segundas. La publicidad, junto con la oralidad, son 'rasgos estructurales y constitutivos del método acusatorio' del proceso penal –formado por las garantías epistemológicas–, por contraposición al método inquisitivo, caracterizado por el secreto y la escritura."²⁵

Es que la nota de publicidad muestra dos facetas: por un lado, la "personal", dirigida a la posibilidad de asistencia a las audiencias de terceros, público en general, en la medida que las dimensiones de las salas lo permitan y los requerimientos de orden del debate; por eso puede prohibirse el acceso a personas que se encuentren en el estado que describe el artículo siguiente (véase comentario respectivo) o que no respeten las reglas de conducta.

Y por otro lado, la publicidad implica resolver las cuestiones atinentes a la cobertura mediática del juicio. Sin embargo, existen ciertos riesgos de eventual distorsión de las finalidades que implica la publicidad del juicio cuando los medios de comunicación manipulan la información de modo que se dé lugar a lo que se ha dado en llamar "la media publicidad": "...con fundamentos muy diferentes a los ético-políticos formulados desde Beccaria hasta la actualidad. En la publicidad de hecho, tal cual la ejercida por los medios masivos de comunicación (y que consiste básicamente en el relato retaceado de un periodista de las actuaciones judiciales, quien diagnostica infundadamente una irreversible presunción de culpabilidad), no se tiene en mente una garantía del imputado ni un derecho político del control ciudadano respecto de las actuaciones del poder punitivo estatal, en el sentido de limitarlo mediante la opinión pública, sino que directamente es un medio que permite verificar si el sistema judicial funciona bien o mal, siendo que funciona bien cuanto más procesamientos con prisión preventiva y condenas haya. Esta publicidad a medias de la fase instructiva es una garantía ciudadana y en contra de la peligrosidad del imputado, una garantía que permite controlar que el Estado, en un acto de defensa social contra 'la ola de delincuencia', hace justicia 'encerrando delincuentes peligrosos'".²⁶

Las consecuencias inmediatas son la estigmatización y difamación de los sujetos a proceso y del proceso mismo, convertido en la herramienta de la "mano dura" que reclama por una culpabilidad presumida, sin juicio ni sentencia y por ende inconstitucional. Consideramos por ello que, si bien hay que analizar cada situación de acuerdo a sus particularidades, es aconsejable permitir la televisación de todas las audiencias acriticamente, de modo de evitar los efectos tan desafortunados expuestos con anterioridad.

Respecto a las limitaciones inherentes al carácter público que debe poseer el debate es lógico proponer que excepcional y fundadamente resulte posible restringir total o parcialmente dicha nota (al igual que lo que se refiere a la cobertura mediática de los juicios) cuando la divulgación de lo actuado pudiere afectar derechos de la víctima, terceros o la seguridad del Estado. Como ejemplo de éste último supuesto pueden mencionarse aquellos juicios, cuyo conocimiento público pueda generar reacciones sectoriales o mayoritarias que perturben el orden público, o aquellas tendientes a garantizar el orden y la seguridad en la Sala.

b) Contradicción, inmediatez, simplificación y celeridad.

El principio de contradicción -o simplemente contradictorio- resulta una de las características fundamentales de los procesos acusatorios, como una derivación directa del derecho de defensa en juicio, establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional, que permite al imputado ofrecer y controlar pruebas y formular los alegatos y réplicas que estime necesario en función de sus pretensiones. Pero además de ello el contradictorio puede ser visualizado como el mejor método cognoscitivo para acceder a la verdad en el marco de un proceso penal "...puesto que el permite someter a prueba la tesis de la acusación, con la posibilidad de su refutación. Es el método que permite el conocimiento de la verdad (al menos en términos relativos) no en forma unidireccional, sino por medio del confronto de hipótesis contrarias entre sí que intentan prevalecer. De esta manera, el contradictorio servirá para no caer en el error de tender sólo a la verificación de una hipótesis que, por ser tal, no es más que el producto de una selección operada en forma particular. (...) No se trata, en consecuencia, de un mero principio procesal sino de un sistema lógico de conocimiento para acercarse a la verdad (...) Así, el contradictorio pasa de ser una simple condición del derecho a de defensa a ser, directamente, *estructura del proceso*".²⁷

Contrastando cómo opera el acceso al conocimiento en un proceso acusatorio en relación a otro de signo opuesto -el inquisitivo: que veda o restringe la refutación y condiciona la crítica- se desprende que el mismo resulta un auténtico método para acceder a la verdad *judicial* y "...surge como la posibilidad de realizar el modelo contradictorio: no partiendo de la asunción de la hipótesis acusatoria como un 'dogma'

25. VAN DEN DOOREN, SEBASTIÁN: "La publicidad en el proceso penal", el destacado es nuestro. http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/publicidad_proceso_penal.doc.

26. VAN DEN DOOREN, ob. cit. Explica que autor que: "Roxin se pronuncia en contra de la televisación del juicio oral, admitiendo sólo la publicidad directa de las salas de audiencias, dado que puede modificarse 'de forma imprevisible el comportamiento del acusado y de los testigos', como así también puede llegar a 'convertir al tribunal, con mucha más facilidad, en víctima de los prejuicios y expectativas extendidos'"

27. GUZMÁN, NICOLÁS: ob. cit., págs. 155/156.

que debe ser conservado y, por lo tanto, que debe ser defendido a cualquier precio frente a los embates que puedan presentar las pruebas que lo contradigan, sino, al contrario, partiendo de la consideración de la hipótesis acusatoria como una simple conjetura (y, por lo tanto, relativa) que, para ser conservada, deberá no sólo ser confirmada sino que además deberá ser sometida a la crítica realizada por la parte contraria.”²⁸

Respecto a lo vinculado con la concentración e inmediatez cabe decir que el debate debe sustanciarse con la presencia continua del imputado y su defensor, el acusador –público o particular- y los jueces que dictarán la sentencia. Por todo ello es que D’Albora²⁹ indica que “...la inmediatez es consecuencia directa de la oralidad, ya que ésta hace posible el conocimiento directo de todo lo relevante por parte de los sujetos procesales entre sí y de éstos con la prueba rendida”.

Respecto a los principios de simplificación y celeridad, (independientemente de que la sustanciación de un enjuiciamiento oral en audiencias continuas e ininterrumpidas trae aparejado una reducción y contracción del trámite), dichas notas constituyen una plataforma programática a seguir por parte de los operadores del sistema quienes prácticamente en cualquier momento del procedimiento podrían abreviar el mismo y/o arribar a soluciones abreviadas del conflicto, teniendo como únicos límites la garantía del debido proceso y el juicio público oral³⁰. **La extensión de prácticas desritualizadas y que abrevien el trámite, por parte de los diferentes operadores, puede resultar una de las claves para un eficaz y temporáneo funcionamiento de los sistemas procesales penales**, existiendo pruebas de campo concretas (Plan Piloto de Mar del Plata) que permiten aseverar, sin margen de error alguno, que efectivamente se puede descomprimir el sistema adoptando dichas conductas procesales, sin que las mismas generen resentimiento de garantías. Es que esto ostenta relación directa con la idea de “plazo razonable” en que un proceso penal debe desarrollarse, de modo que se obtenga una decisión judicial rápida y eficaz, en tanto es un derecho del imputado obtener un pronunciamiento lo más rápido posible, como ha dicho la CSJN en los casos “Mattei”, “Mozzatti”, “Sanabria”, “Polak”, etc³¹.

Un plazo “razonable”.

En contra de la lentitud del trámite, y respecto del derecho a un juicio rápido, también llamado a ser juzgado sin dilaciones indebidas o a ser juzgado en un plazo razonable, el PIDCP en su artículo 14.3.c. dice: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas” y art. 9.3.: “Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”. En igual sentido, la CADH prescribe: Art. 8.1.: “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” y art. 7.5: “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones

28. Ídem, pág. 158.

29. Citado por VAZQUEZ ROSSI, en ob. cit. TII, pág. 412

30. Véase ítem respectivo a medidas alternativas del presente trabajo.

31. La Corte Argentina hizo aplicación de él para declarar extinguida la acción penal en una causa que había tramitado 25 años y que no estaba técnicamente prescripta debido a los distintos actos que habían ido interrumpiendo su curso (Fallos: 300:1102 “Mozzatti”, de 1978). Luego hizo lo propio en una causa que había tramitado 18 años por lesiones leves en el tránsito automotor (Fallos: 323:982 “Amadeo de Roth”). Más recientemente, cabe señalar que la CSJN, en el caso “Barra” (2004) y en “Podestá” (2006), ha avanzado y profundizado esos precedentes, sentando la extinción de la persecución penal con efectos definitivos de cosa juzgada firme, por violación a la garantía constitucional de duración razonable del proceso o a ser juzgado sin dilaciones indebidas. En el caso “Barra” la Corte abrió la queja vinculada a una impugnación dirigida contra la decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal que, denegando recurso extraordinario, confirmó la decisión de primera instancia disponiendo el rechazo del planteo de la prescripción de la acción. En el caso “Podestá” la CSJN de la provincia de Buenos Aires había confirmado las condenas impuestas por los tribunales inferiores y contra esa decisión se interpuso recurso extraordinario. La defensa solicitó que se declarara la prescripción de la pena argumentando que el proceso se había extendido durante catorce años y en ese largo interin sus defendidos habían cumplido varias veces con la pena, con el agravante de la incertidumbre sobre el resultado final que es más gravoso que las propias penas. La Corte resolvió hacer lugar a los recursos, revocar la sentencia apelada y declarar extinguida por prescripción la acción penal. En ambos casos, se advirtió que estaba en juego una cuestión federal consistente en la invocación de la garantía constitucional de defensa en juicio y debido proceso, en estricta incumbencia y vinculación a la exigencia de la duración razonable del proceso o a obtener un juicio sin dilaciones indebidas. CSJN, Barra Roberto s/Administración fraudulenta”, 09-03-2004 y “Podestá, Arturo y otros s/Defraudación en grado de tentativa y prevaricato”, citados en Fallos Actuales en Materia Penal Corte Suprema de Justicia de la Nación, dirigido por José Antonio Buteler, Nuevo Enfoque, Córdoba, 2007, págs. 193 y 206.

judiciales y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio". Por su parte, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (llamada generalmente Convención Europea de Derechos Humanos). 6.1, establece que: "toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. Debe tenerse en cuenta que este derecho quizás sea una derivación o esté comprendido en el derecho de acceso a la justicia, a la tutela judicial efectiva y al debido proceso legal. Pero en todo caso, ahora tiene formulación autónoma y corresponde sea delimitado y diferenciado de aquéllos"³².

Plazos razonables y *Nom bis in ídem*

La Corte Argentina ha realizado una aplicación de este derecho y lo ha tratado conjuntamente con el *non bis in ídem* en situaciones que tienen que ver con la marcha de los procesos, haciéndolo operativo a través de los principios procesales de progresividad y preclusión. Para lograr ello, equipara los efectos de esos postulados del proceso a los de la cosa juzgada, como una forma de derecho adquirido dentro del proceso en desarrollo y que impide su retrogradación o vuelta a etapas anteriores ya superadas³³.

Según De Luca, la idea que inspira esos pronunciamientos consiste en trazar una distinción entre la nulidad de una prueba y la nulidad de un acto-etapa procesal. Si se ha llegado al momento —etapa— de dictar sentencia no se puede ir para atrás, y si en dicha oportunidad se advierte la nulidad de una prueba, así habrá de declarárselo en ese acto procesal-etapa y dictare sentencia con lo que se tiene. No se podrá afectar la realización o validez del acto procesal-etapa en que se produjo ni acarrear consecuencias en el que se está dictando. La prueba ofrecida y producida en el juicio podrá ser declarada nula, pero ello no afecta las etapas de ofrecimiento y producción de pruebas³⁴. Otra interesante aplicación del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas tiene lugar en el instituto de la prescripción de la acción penal. Una interpretación coherente del principio constitucional (y de derechos humanos) debería conducir a ser muy restrictivos con las causales de interrupción y suspensión de la prescripción de la acción penal³⁵.

Salidas alternativas y criterios de oportunidad

Una apelación a la sensatez y sinceridad

La cárcel.

El problema de la seguridad está íntimamente ligado a factores sociales que inciden poderosamente en el recrudescimiento del delito, como la marginación, la asunción de pautas culturales que marcan retrocesos, la falta de estructuras que propicien la reeducación de aquellos delincuentes que son recuperables y la reacción de una sociedad asustada por la falta de garantías en cuestiones tan importantes como el derecho a la vida, la salud y a disponer de la propiedad. El hacinamiento en las cárceles, y la prácticamente nula reeducación del preso resultan en su falta de resocialización. Volvemos a escupir para arriba: la *gran jaula -jail*: jaula o cárcel en su asepsión anglosajona- guarda un *desecho social* que aprende nuevas prácticas delictivas y se reinserta no en la sociedad ni el trabajo, sino en el círculo vicioso de que han creado las necesidades del sistema.

Las demandas *seguristas* de mayor represión y más presos, si la Policía tuviera medios y voluntad como para encarar una eficaz labor de prevención y arresto de quienes delinquen, o si los Tribunales actuaran con más personal y estructura como para aplicar penas privativas de libertad sobre los arrestados por la otra institución, lo cierto es que no habría ya dónde poner a quienes esperan proceso o resultan condenados por lo que hicieron.

Si esto ya es malo, imaginemos el caso del preso que aún no ha sido condenado; esto es: goza aún del constitucional y básico principio de inocencia. Es que no se *afianza la justicia* encarcelando a quien todavía no ha sido declarado culpable pues, en caso de determinarse su inocencia, se habrá cometido una gran injusticia. ***La justicia se afianza con el juicio y la sentencia; no con la apariencia y la sospecha.***

32. DE LUCA, JAVIER: "Ciencias Penales Contemporáneas", Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología, dirigida por Marco Antonio Terragni, Año 1, Número 2, Edic. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, pág. 181.

33. ERBETTA, ORSO Y CHIARA DÍAZ: ob. cit.

34. DE LUCA, J.: "Ciencias..." cit.

35. ERBETTA, ORSO Y CHIARA DÍAZ, ob. cit.

Por eso **asumimos una posición que justifica políticamente la prisión preventiva sólo en supuestos asimilables a la coacción directa, de naturaleza cuasi-administrativa, dirigidos a impedir que el imputado frustré el proceso o se fugue**. Básicamente, sólo admitirían justificación constitucional las afectaciones a la libertad ambulatoria que se dirijan a *neutralizar peligros concretos* para la investigación o el cumplimiento de la pena, que *no pueden ser presumidos* de modo alguno (ni *juris tantum* ni mucho menos *jure et de jure*), por lo que devienen *esencialmente temporales o fugaces* (en relación directa con el peligro que le da base y no con el proceso o la pena en expectativa).³⁶ Ilustrativas son, en este punto, las Reglas de Mallorca³⁷: “20.1. La prisión preventiva no tendrá carácter de pena anticipada y podrá ser acordada únicamente como última ratio. Sólo podrá ser decretada cuando se compruebe peligro concreto de fuga del imputado o de destrucción, desaparición o alteración de las pruebas”.

Tanto la Constitución Nacional como los Tratados de Derechos Humanos admiten que la libertad ambulatoria es un derecho que puede ser excepcionado. Mas, esas excepciones sólo pueden ser “casos y condiciones” “no arbitrarios” fijados de antemano por leyes compatibles con la propia constitución (según art. 7 de la CADH); así, el estado de sitio³⁸ o desacato en el recinto de la Cámara de diputados³⁹. Ahora bien: ¿puede afirmarse que la eficacia de un proceso penal (en cuanto a la investigación o al cumplimiento de pena) sea uno de esos “casos y condiciones no arbitrarios” que justifiquen limitar la libertad ambulatoria? Entendemos que no es posible porque el propio texto constitucional ha tomado la opción política liberal de no tratar como culpable a los imputados hasta tanto un juez declare su culpabilidad y ello quede firme (principio de inocencia).

Parece claro que el único que admite algunas limitaciones es el derecho de libertad ambulatoria, mas ninguna excepción, recorte o mengua autorizan los textos de derechos humanos ni la propia constitución nacional al principio de inocencia que, como dice Ferrajoli⁴⁰, ni siquiera es graduable. Luego, la garantía de referencia no puede ser “un poco violada”: se la afecta “in totum” o no se la afecta.

El art. 18 de la C.N., a su turno, sólo establece las condiciones de neto corte formal que las limitaciones a la libertad ambulatoria (“poder de arresto”) deben revestir.

La prisión sin condena, además de los males físicos y psíquicos que causan en cualquier persona, tiene otros efectos negativos, uno de los cuales ha sido advertido en el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁴¹, al señalarse que en los casos en los cuales el imputado se encuentra cumpliendo prisión preventiva existe una *tendencia de los tribunales a adecuar la sentencia condenatoria a la situación de hecho que sufre el condenado a fin de justificar su prolongada privación de libertad*, aún cuando los elementos de convicción no sean contundentes. Otro efecto negativo está dado por el apremio que la situación significa y que lleva a quienes la padecen a acordar con el acusador una pena reducida por vía del juicio abreviado para recuperar la libertad cuanto antes, aún cuando tuvieran chances de no ser condenados, lo que fue señalado por Pierre Lambert⁴²: “Bajo el Ancien Regime, para obtener confesiones, los jueces torturaban. Hoy... disponen la prisión preventiva”.

Las salidas alternativas y los criterios de oportunidad.

Se trata, en ambos casos, de procurar alternativas a la cárcel. La idea de reparar y eliminar la conflictividad entre las partes mediante acuerdos o bien, remitiendo su tratamiento otra instancia de estudio -como la civil o comercial, o mediación- que generan posibilidades más concretas y eficaces para obtener una solución posible y satisfactoria a la problemática planteada; y nada tiene que ver con indiferencia al reclamo social de justicia ni con debilidad del sistema; sino, por el contrario, con su optimización.

1 - Los criterios de oportunidad.

A modo de introducción, conviene recordar los fundamentos del “Proyecto de Reforma integral al Código Penal y leyes complementarias” al referir a normas similares propuestas para su incorporación al código penal: “...Estas reformas se proyectan sobre la cuestión más operativa del sistema penal y, por ello, tienen gran incidencia en la búsqueda de eficacia en la respuesta punitiva. 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

36. Véase ERBETTA, ORSO y CHIARA DÍAZ, ob. cit.

37. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal. JA 2000-I-688.

38. CSJN, 25.08.1988, ANTINORI, Osvaldo. Fallos 321:2288, JA 1999-II-163.

39. CSJN, 21.08.1887, LINO DE LA TORRE. Fallos 19:231.

40. LUIGI FERRAJOLI, “Derecho y razón” cit.

41. Informe Anual de la C.I.D.H., 2/97, Washington, párrafo 48.

42. Citado por ROLANDO GIALDINO en “La prisión preventiva en el Derecho Internacional de los derechos humanos”, año 1999, N° 3 de “Investigaciones” CSJN, pág. 675.

con una realidad cuyos efectos han sido diametralmente opuestos a la pretensión declamada y que se traducen en la falta de eficacia en la persecución penal, en el dispendio inútil de recursos humanos y presupuestarios y en la consolidación –paradojal– de criterios subterráneos de selección tanto en sede policial como judicial (fuente de grandes arbitrariedades). Como si fuera poco, las estadísticas oficiales y las encuestas de victimización dan cuenta de algunos datos elocuentes: el sistema de justicia penal se ocupa de muy pocos casos en relación al total de los que han sido relevados en lugares y tiempos concretos, circunstancia demostrada además por la amplitud de la llamada “cifra negra”, a lo que debe sumarse que el porcentaje de sentencias en relación al conjunto de conflictos ingresados al sistema de justicia es bajo, y el de las sentencias que concluyen en la imposición de una pena es ínfimo en relación al total de casos judicializados.

Refiriéndose al concepto tradicional de lo que se ha dado en llamar: “principio de legalidad procesal” –también denominado obligatoriedad en la persecución penal u oficialidad y publicidad de la persecución– el profesor Ramón Teodoro Ríos ha dicho que: “...un análisis serio y desinteresado habrá de reconocer la imposibilidad de acceder a una justicia personalizadora y moderna mientras el principio de legalidad en la persecución penal obligue, inexorablemente, a desencadenar un largo y burocrático proceso frente al atisbo del más insignificante delito... Tarde o temprano los actuales y encubiertos criterios de selección de los casos de persecución penal pública deberán ser sustituidos por criterios racionales, delineados previamente por la ley, que sirvan para encontrar una justicia personalizada en la atención de las causas merecedoras de una mejor atención judicial y permitan descongestionar el atisgamiento del sistema.”⁴³.

Concepto y cuestión terminológica:

El art. 18 constitucional consagra expresamente y por fuente histórica el principio de legalidad procesal como uno de los más significativos límites al poder penal: Así concebido el principio de legalidad procesal genera múltiples consecuencias y apunta a posibilitar un debido proceso y su correlato: el derecho de defensa.

Pero, además, **tiene como sentido relevante evitar la justicia privada imponiendo que el derecho penal sólo es realizable judicialmente y que el poder punitivo no es disponible**. Asimismo, doctrinariamente se ha admitido que el mismo dispositivo constitucional reconoce el principio de legalidad penal (aún cuando es discutible la afirmación atendiendo a la fuente histórica, la legalidad penal surge también del art. 1 constitucional y del art. 75 inc. 22 C.N. al reconocerse jerarquía constitucional a tratados internacionales que lo refieren expresamente: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre [Art. XXV], Declaración Universal de Derechos Humanos [Art. 11 inc. 2º], Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto San José de Costa Rica [Art. 9º], Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o Pacto de Nueva York [Art. 15], etc.). De la legalidad penal surgen también múltiples consecuencias y derivaciones (irretroactividad ley más gravosa, prohibición de analogía, ley como única fuente de producción y conocimiento del derecho penal, prohibición del derecho consuetudinario, taxatividad en la descripción de la conducta y la pena respectiva, entre otros) y conforme al principio no hay delito ni pena sin ley previa, estricta, escrita y cierta. Dicho de otro modo, la conducta que eventualmente constituirá el objeto de investigación y de imputación jurídico penal debe estar penalmente prohibida mediante su descripción, junto a la pena correspondiente, en un tipo penal (ley) anterior al hecho⁴⁴.

Antecedentes históricos.

Los instrumentos centrales para gestionar la litigiosidad penal se nutren del diseño de la acción y su modo de promoción, pudiendo ser concebida la misma como “*la llave maestra del estatus jurídico del ciudadano*”⁴⁵. En este sentido no está de más resaltar la gran brecha existente entre los derechos declarados (a nivel legal, constitucional y supranacional) y los instrumentos para efectivizarlos (acciones). La separación entre el ideal y esperable deber ser, con respecto al frío y crudo ser se apreció en los diferentes sistemas históricos:

- a) En la República Romana –matriz de varios sistemas legales europeos– regía un sistema de acciones sin fuentes codificadas de derechos objetivos. En esta época se tenía claro que la mera declaración de derechos sin medios para hacerlos efectivos no tenía sentido, por lo que la legislación estuvo orientada en otorgar soluciones procesales (acciones) para problemas concretos y recién a partir de la resoluciones tomadas en los diferentes procesos fueron generándose precedentes aplicables a casos análogos. Así es que aparece “...el más completo compendio occidental: El Corpus Iuris Civiles, está nutrido esencialmente por las opiniones vertidas por importantes juristas romanos, respecto de casos prácticos en los que tuvieron intervención. La sistematización realizada a instancias del emperador

43. RÍOS, RAMÓN TEODORO: “Proceso Penal y Persona”, Zeus 5442, 10/06/96, pág. 2.

44. ERBETTA, ORSO y CHIARA DÍAZ, ob. cit.

45. BINDER, ALBERTO M.: “Introducción al Derecho Procesal Penal”, Buenos Aires, Ad- Hoc, 2002, pág. 209 y ss.

Justiniano (533 d. C.) tuvo la virtud de reunir en una misma obra, un importante conjunto de dictámenes que permitió obtener un cuerpo más o menos orgánico de precedentes y a partir de ellos, hacer pre- visibles las decisiones tomadas en los casos presentados ante la Justicia del Imperio.⁴⁶

En dicha etapa (República Romana) había un concepto de acción indiferenciado (abarcativo de conflictos tanto penales como civiles) que apuntaba exclusivamente a la reparación del daño, aún para delitos graves, siempre y cuando no estuviesen comprometidos intereses comunitarios. En la esencia de esta concepción subyacía la idea de una ciudadanía fuerte y capaz de ejercer sus derechos sin necesidad de una estructura estatal que la contuviera –no existía el Ministerio Público Fiscal o estructura análoga-; es decir que cualquier ciudadano podía ejercer la acción que le permitiera confrontar al ofensor un derecho que consideraba propio y menguado por la conducta de su contrincante. En este sistema entonces primaba la acción del ofendido (acción privada) o la de cualquier ciudadano que podía entablar el proceso contra el infractor (acción popular).

Enseña Herbel que "...la constante incorporación de amplias franjas poblacionales de las colonias al concepto de ciudadanía, con la finalidad de recaudar impuestos y reclutar tropas, fue debilitando el respeto por sus facultades como sujeto medular del sistema jurídico romano... Con el tiempo, lo que fuera una excepcional intervención estatal en la medida que el conflicto perjudicaba intereses públicos se fue expandiendo en la medida que se incorporaron nuevas materias posibles de persecución pública, al punto de que la excepcional investigación oficiosa, llamada *cognitio extra ordinem*, se transformó en regla. No sólo se establecieron gran cantidad de conductas como crímenes *maiestatis* sino que también se abarcaron conductas vinculadas con la moralidad. En definitiva, los conflictos que antes eran tratados como cuestiones interpersonales, y por tanto, materia de eventual composición entre partes, sin establecer diferencias claras entre las materias penal y civil, luego fueron interpretándose como agravios al orden establecido (laico en la primer etapa imperial, connotado religiosamente en el Bajo Imperio) y en consecuencia, objeto de persecución pública"⁴⁷.

- b) En el antiguo Derecho Germánico estaba establecido un sistema que normativizaba la confrontación entre víctima y ofensor, quienes podían acordar la reparación del daño de modo consensuado sin la intermediación de un tercero (Autoridad de Imperium) que disponga una resolución en tal sentido.
- c) Entre los siglos V a X coexisten dificultosamente los sistemas jurídicos romanos y germanos, conforme al contexto socio-político en que se encontraban las comunidades implicadas. En este período se aprecia que cuando se acentuaban las formas centralizadas de poder características del Imperio Romano resurgía la acción pública y la resolución de los conflictos por parte de la Autoridad Estatal; en tanto cuando se diluían las estructuras estatales resurgía el antiguo derecho germánico en el que primaban la acción privada y la resolución del conflicto por acuerdo entre partes o por el triunfo de una de ellas, ya que estaba reglamentada la venganza privada.
- d) Hacia fines del siglo XII y principios del XIII la consolidación de algunas monarquías, que rápidamente concibieron la administración de conflictos interpersonales como un modo de consolidarse políticamente y ampliar sus riquezas, hizo renacer el modelo de persecución estatal. Para ello se acude a procedimientos reglados por la mayor estructura político-económica de la Edad Media: la Iglesia Católica. Así aparece la *Inquisitio* que era un procedimiento mediante el cual los conflictos eran ventilados ante funcionarios de la monarquía, sustituyéndose a la víctima en la medida en que se consideraba la ofensa, no como particular, sino como un agravio al Estado, quien obtenía su legitimación de un modo similar al que lo hacía la Iglesia Católica cuando se ofendía a Dios.

El proceso de anterior mención, "...que en el plano jurídico fuera conocido como recepción del derecho romano-canónico no tuvo gran influencia en el modo de administrar justicia anglosajón, que conservó la impronta acusatoria de sus instituciones judiciales.⁴⁸" Apunta Herbel⁴⁹ que "...las Islas Británicas (a fines del siglo XII, comienzos del XIII) habían logrado consolidar un sistema legal que permitía la convivencia de una monarquía absoluta de origen extranjero, con la existencia de fuertes identidades locales. Por ello el Derecho Romano, calificado como científico, no logró influir sobre un sistema jurídico que operaba eficazmente como articulador de conflictos legales y políticos complejos. Por otra parte, Inglaterra fue la primera en organizar a sus juristas en forma de gremios, por lo que las generaciones de profesionales del derecho, lejos de quedar confinadas a la enseñanza universitaria (generalmente teórica, romanista y alejada de la práctica) fueron principalmente empíricas y controladas por un cuerpo de letrados decididos a oponerse a intentos absolutistas, en general cercanos a la Iglesia Católica".

Las características de este modelo lógicamente influyeron sobre el régimen de las acciones, careciendo

46. ERBEL, GUSTAVO: "El Proceso acusatorio y el retorno de la acción penal", Revista El Derecho Penal, UCA, Febrero de 2003, pág. 17.

47. HERBEL, G.: Ob. Cit., pág. 18

48. MAIER, JULIO: "Derecho Procesal Penal Argentino", Hammurabi, Bs. As., 1989., T. 1b, pág. 52 y ss.

49. HERBEL, G.: Ob. cit., pág. 21.

el derecho inglés de la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, quedando la misma en manos de la ciudadanía, aunque consuetudinariamente fue promovida por organismos de seguridad como heramienta para mantener el orden público, situación que le otorgó un importante ámbito de discrecionalidad a la policía.

e) Por su parte en Francia, luego de la revolución de 1789, el sistema acusatorio anglosajón es incorporado parcialmente ya que sólo se oraliza la etapa del juicio, incorporándose en la misma las garantías procesales, pero manteniéndose -a excepción de un breve período (de 1791 a 1801)- un régimen inquisitivo para la instrucción la que sigue estando a cargo de un omnipotente juez instructor y manteniendo el monopolio de la acción pública a través del Estado, representado por el Ministerio Público. Este sistema de administración de justicia criminal, denominado "Inquisitivo mixto o reformado", a partir de las conquistas napoleónicas y luego por ascendencia doctrinaria, fue imponiéndose en toda Europa continental y en las respectivas colonias.

No es fácil encontrar conceptualizaciones del criterio de oportunidad, ya que usualmente se lo definió por *oposición* al de legalidad. La acepción más abierta encuadra dentro del marco del criterio de oportunidad a cualquier excepción al principio de legalidad y a la correspondiente obligación del Ministerio Fiscal referida al ejercicio de la acción penal.

También hay quienes sostienen que "no debe entenderse como comprendido en este principio exclusivamente a los casos en los que se renuncia a la acción penal del fiscal bajo determinadas condiciones, sino a todo tratamiento penal diferenciado del conflicto social representado por el hecho delictivo⁵⁰."

Finalmente y en su acepción más restringida se entiende por principio de oportunidad como la *facultad que posee el órgano público encargado de la persecución penal, de prescindir de ella por motivos de utilidad social o razones de política criminal*.

Siguiendo el esquema trazado por Anitua y Borinsky⁵¹ la doctrina brindó las siguientes caracterizaciones del principio de oportunidad: "...aquel en virtud del cual el fiscal ejercita la acción penal con arreglo a su discrecionalidad, en determinados supuestos regulados legalmente..." (Von Hippel⁵²); "...facultad que asiste al titular de la acción penal para disponer su ejercicio, bajo determinadas condiciones, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado..." (Gimeno Sendra⁵³); "...la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos concreta de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionalmente, por motivos de utilidad social o por razones de política criminal..." (Maier⁵⁴).

Opciones en orden a la legalidad procesal o la oportunidad.

La cuestión de la selectividad del sistema. Se ha sostenido que la aplicación de criterios de oportunidad tiende a debilitar ciertas normas cuya no aplicación resulta habitual, conforme a los parámetros selectivos que se escojan. Sin embargo, enfatizar el principio de autoridad castigando a la desobediencia implica una expresión del autoritarismo penal, ya que no se le presta atención mayormente a los intereses de la víctima, a quien se la priva de eliminar o atenuar el principio legalista, aún cuando ello le permita proteger sus derechos o pueda recuperar el *statu quo* disminuido por la conducta del agente.

Sin embargo, no puede negarse que detrás del principio de legalidad se oculta una falacia idealista, según la cual todo principio previsto en la legislación cumple necesariamente efectos en la realidad o se refiere a una que da por sentada, confundiendo su carácter prescriptivo con uno descriptivo. El principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción pública establece un deber ser que podrá lograr que las realidades sociales se rijan por él según la fuerza normativa que tenga, pero nada nos dice sobre su efectivo cumplimiento, y si es aplicado en el proceso penal de modo desigual, entonces es de esperar que todo el sistema de derecho criminal sufra en su totalidad perjuicios.

Cuestión de imagen. Suele objetarse que la aplicación de criterios de oportunidad puede transmitir a la comunidad una sensación de inconsecuencia. La crítica no advierte que la realidad indica que la ley de todos modos se aplica de modo no igualitario afectando principalmente a los sectores marginales y de menor modo a los poderosos. Amén de ello existen situaciones que no obstante ser captadas por la misma norma penal merecen diferente tratamiento: no es lo mismo quien desaprensivamente comete un delito imprudente con consecuencias fatales para terceros, que el padre de familia que, debido a una desatención, le ocasiona la muerte a sus hijos en un accidente de tránsito.

50. BACIGALUPO, ENRIQUE: "Descriminalización y Prevención", Poder Judicial, Número Especial, Madrid 1987, pág. 14.

51. Citados por: "HENDLER, EDMUNDO: "Sistemas Procesales Penales Europeos", Ad-Hoc, 1993, págs. 450 y 451.

52. Citado por HENDLER en ob. cit. en nota anterior. Este autor cita su vez la obra de ARMENTA DEU, TERESA: "Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España", Barcelona, PPU, 1991, pág. 95.-

53. GIMENO SENDRA, VICENTE: "Los Procedimientos penales simplificados...", en Poder Judicial, Número Especial II, Madrid, 1987; citado por HENDLER en ob. cit., pág. 450/451.

54. MAIER, "Derecho Procesal Penal" TI, cit., ed. 1995, pág. 836.

En el mismo sentido se ha dicho que el principio de legalidad asegura un tratamiento igualitario a todos los ciudadanos, requisito fundamental para una justa administración de justicia penal. La ley se aplica del mismo modo para todos, asegurándose el cumplimiento de los fines de la pena, mientras que el principio de oportunidad puede ser el canal utilizado por los poderosos para determinar la no aplicación de las normas del derecho, lesionando el principio de igualdad ante la ley.

Desde un primer momento parece cuanto menos utópica la idea de que, en palabras de Carrara, el derecho punitivo pueda extirpar de la faz de la tierra todos los delitos, pudiendo alcanzarse los fines preventivos aún sin imponerse una sanción. Además, el rol del derecho penal no se agota en la idea de la pena, sino en su idoneidad para proporcionar nuevas alternativas para la definición del conflicto penal. Por ello es que existe una aplicación no igualitaria de la ley penal ya que “una de las características permanentes de todo sistema penal, en especial los latinoamericanos, de los cuales el argentino no es una excepción, es la desigualdad de su aplicación real”⁵⁵.

Moral y moralina. Suele afirmarse que el principio de legalidad tiene una sólida base moral, por cuanto establece parámetros de actuación rígidos a los funcionarios encargados de ejercer la acción penal, desalentando actos de corrupción. Lejos de esta aseveración un estudio realista de cualquier sistema de justicia penal pone en evidencia que los criterios de oportunidad subterráneos, es decir, los criterios de selección de casos por razones de diversa índole, son dominantes y constituyen uno de los factores más determinantes de la desigualdad de funcionamiento del sistema penal y de otro de sus defectos estructurales: la corrupción de integrantes de algunas agencias estatales.

Recursos humanos y presupuestarios. Económica y políticamente resulta poco inteligente malgastar los recursos humanos y materiales disponibles –muchas veces escasos–, pretendiendo investigar todos los hechos presuntamente delictivos que ingresen al sistema, cuando una lectura realista indica que se debe intensificar los esfuerzos e infraestructura en los hechos graves y a partir de allí, en la medida de lo posible, ocuparse del resto.

De pretender aplicar estrictamente la regla de obligatoriedad en la persecución penal sólo se obtiene un rápido colapso del sistema de administración de justicia puesto que no hay país alguno que pueda admitir la vigencia de una regla que someta a juzgamiento a todos los autores de todos los delitos que se cometen en el ámbito de ese estado, ni sistema judicial que pueda dar tratamiento a todas las conductas presuntamente delictivas que ingresen al mismo.

La utilización racional de criterios de oportunidad promueve la descongestión de la administración de justicia, la que por su actual estado de colapso, ni siquiera da cobertura mínima a los casos en que sí podría (y debería) dar algún tipo de respuesta.

Además, un ejercicio selectivo de la acción penal hacia casos de mayor trascendencia (por el *strépitus* que causaron o por su dañosidad social), maximiza la eficacia del sistema en lo que se refiere al esclarecimiento y consiguiente sanción de quienes incurrieron en tales hechos, reduciendo la criminalización de los habituales sectores marginados, que se encuentran en una “posición de mayor vulnerabilidad”⁵⁶ y que tan bien fuera descripto por corrientes enroladas en la criminología crítica, a través de la teoría del “*labelling approach*” o del etiquetamiento.

Gatillo fácil legislativo. Finalmente, estimamos que la crítica más decisiva a los detractores de la disponibilidad de la acción, deriva en la actualidad de los criterios políticos criminales que dominan la producción legislativa (el populismo penal o gatillo fácil legislativo) y se traducen en la pretensión de desarrollar de forma completa un programa punitivo que cada vez se extiende más irracionalmente. El resultado es exactamente el inverso al declamado: se amplía el número de delitos no perseguidos, se satura el sistema de justicia penal, se incrementa la selectividad del sistema y su desigualdad y se abren más ventanas a la corrupción. Precisamente, la partida de defunción del modelo de legalidad procesal en el ejercicio de la acción penal viene de la mano de la hiperinflación legislativa, que se convierte en dato empírico irrefutable de su irrazonabilidad. De otra parte, aunque por muchos otros factores, sus defensores deberían reparar que del total de conflictos penales relevados por estadísticas oficiales y encuestas de victimización sólo se judicializa entre un 24 y 26 % y que de ese total, el porcentaje de sentencias condenatorias va de 0,50% al 3% según la región del país⁵⁷.

Como si fuera poco, a nivel operativo, no hay peor criterio de oportunidad que la selección de asuntos en manos de algunos funcionarios de la agencia policial (fuente de prácticas ilegales e incompatibles con el estado de derecho) o la propia del criterio o prejuicio de la persona que, una vez judicializado el caso, tiene a su cargo el “sumario” y que, por efecto de la casi absoluta delegación de funciones, muchas veces

55. VIRGOLINI, JULIO Y OTROS: “El Sistema Penal Argentino, el Control Social y su articulación con el Sistema Penal”, Ad-Hoc, 1992, pág. 135.

56. ZAFFARONI, EUGENIO R.: “En busca de las Penas Perdidas”, Ediar, 1989, pág. 277.

57. Véase ERBETTA, DANIEL: “Seguridad y reformas penales. Hacia donde vamos?”, en “Reformas penales actualizadas, Director Edgardo Donna, Rubinzal Culzoni, 2006, pág. 45 y ss, especialmente pág. 57.

ni siquiera tiene conocimientos jurídicos formalmente validados.

Lo expuesto clarifica la cuestión respecto a que “la adopción del principio de oportunidad constituye uno de los medios para permitir no sólo un adecuado funcionamiento del sistema de enjuiciamiento penal en términos de eficiencia, sino también para evitar que la selectividad inherente a él, derive en una aplicación irracional y desigual de la ley penal”⁵⁸.

Lo expuesto, sin embargo, obliga a una prudente, responsable e igualitaria utilización de los criterios reglados, en tanto no puede omitirse que, desde cierta perspectiva, la oportunidad es también una manifestación de la selectividad del sistema penal, aunque ello no necesariamente debe resultar en algo negativo, sino todo lo contrario. Es aquí donde la capacitación e idoneidad de los operadores tendrá también un rol preponderante.

Modelos de esquemas basados en la *disponibilidad* de la acción penal.

Cabe señalar que el criterio de oportunidad en la legislación comparada se subdivide en dos especies: la oportunidad *como regla* (el verdadero criterio de oportunidad) y como *excepción*.

Veamos:

- a) *La oportunidad como regla*: Propia del sistema anglosajón. La premisa sería la siguiente: el fiscal lleva a juicio solo lo que puede “ganar” logrando una condena. “El ejercicio de la acción penal está confiado a la discrecionalidad del prosecutor que es casi ilimitada”⁵⁹. En Estados Unidos todo el funcionamiento del sistema penal parte de una disponibilidad amplísima, dominando completamente el fiscal el procedimiento, al punto tal que sus facultades “no se limitan a la posibilidad de desistir libremente de la acusación sino que también cubren un amplio espectro de actos intermedios... plantear una reducción en los cargos sobre los cuales se ha basado la acusación o que constan en el sumario policial... puede conferir inmunidad en compensación por haber colaborado con la investigación.”⁶⁰

De todos modos vale destacar que esta discrecionalidad persecutoria no le fue otorgada al fiscal por vía legal, pero tampoco fue objetada jurisprudencialmente “...por razones más pragmáticas que legales. Se han sancionado demasiadas leyes penales y se cometen demasiados delitos para que sea siquiera remotamente posible procesar por todos estos. Las leyes se superponen de tal modo que cada hecho criminal puede ser objeto de un gran número de cargos variados. En este contexto el fiscal surge como una especie de director de tráfico, que analiza los casos antes de la acusación y el juicio, para administrar su carga sobre los tribunales y las cárceles. Un amplio consenso apoya actualmente la inevitabilidad y aún la conveniencia de otorgar al fiscal una amplia discreción en esta materia.”⁶¹

Dicho sistema también promueve diferentes variantes negociadas entre el imputado y el Fiscal (*plea bargaining*), mediante las cuales el sometido a proceso suele confesar su intervención en el hecho investigado, pactándose en ese mismo momento la sanción aplicable, con lo cual se evita el juicio. En la praxis americana los Fiscales tienen este amplísimo poder de disponibilidad de la acción sin más control que el político.

Ferrajoli se muestra contrario al consenso generalizado -como acético- existente respecto de esta institución, la que representa una fuente inagotable de arbitrariedades por omisión, ya que no cabe ningún control eficaz sobre favoritismos que puedan sugerir la inercia o el carácter incompleto de la acusación⁶².

- b) *La oportunidad como excepción*: Este sistema se nutre de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad penal, otorgando primacía a diferentes medios alternativos canalizadores del conflicto y “...funciona a partir de preceptos elásticos o de cláusulas válvula que habilitan el ejercicio de la abstención fiscal, lo cual es complementado por la posibilidad de control en su legitimidad y por la habilitación de la víctima a fin de proseguir el ejercicio e la acción cuando ella voluntariamente determine”⁶³.

De acuerdo con el jurista y miembro del Tribunal Constitucional portugués Mario Torres⁶⁴ se categorizan las siguientes alternativas habilitantes de criterios de oportunidad:

58. ROXIN, CLAUS Y AUTORES VARIOS, “El Ministerio Público en el Proceso Penal”, Ad-Hoc, Primera Edición, Segunda Reimpresión, 2003, artículo de FABRICIO O. GUARIGLIA: “Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad” pág. 89.

59. MAIER, J.: “Derecho Procesal Penal” cit., ed. 1995, pág. 555.

60. GUARIGLIA, FRANCISCO: “Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad”, Ad-Hoc, Bs. As., 1998.pág. 90.

61. GOLDSTEIN, ABRAHAM.: “La discrecionalidad de la persecución penal en los Estados Unidos”, Revista “Lecciones y Ensayos”, año 198, n° 49, pág. 15, citado por José Daniel Cesano en “La incorporación del principio de oportunidad en la legislación penal argentina”, Zeus n° 5928 y 5929.

62. FERRAJOLI, LUIGI: ob. cit., págs. 568 y 569.

63. CHIARA DÍAZ, CARLOS: “El Principio de Legalidad y alternativas de oportunidad”, Zeus 7406, 6 de Abril de 2004.

64. Citado por el autor de la nota anterior en el referido artículo de “Zeus”.

- 1) Las vinculadas con el orden jurídico general: propósito de evitar grandes consecuencias sociales, económicas y/o conflictos supranacionales, ausencia de sentido de la pena por sanción máxima en otro delito, etc.
- 2) Motivos vinculados con la misma ilicitud: vieja data del hecho, nimiedad de la ofensa, mínima participación y/o arrepentimiento eficaz del agente.
- 3) Razones vinculadas al agente: senilidad o inmadurez del mismo, enfermedad terminal, consecuencias graves por el hecho en perjuicio del mismo agente, etc.
- 4) Vinculación entre los protagonistas del conflicto: conducta precedente de la víctima, actitud posterior del agente.
- 5) Canalización a través de otras ramas del derecho: civil, fiscal, administrativo, disciplinario, que otorguen una reparación más eficaz y satisfactoria.

Asimismo también se indicaron en el mismo artículo, citando a Gimeno Sendra⁶⁵, respecto a los parámetros a tener en cuenta por el fiscal, para no iniciar o proseguir una investigación criminal:

- a) Escasa lesión social ocasionada.
- b) Estímulo a una actividad posible que permita una pronta, y en lo posible integral, reparación a la víctima.
- c) Evitar los efectos criminógenos propios de los encarcelamientos breves.
- d) Consentimiento del agente en llevar a cabo el tratamiento que resulte necesario para erradicar las anomalías causantes de sus conductas disvaliosas.
- e) Reinserción social de arrepentidos genuinos, ante determinadas conductas delictivas.

Sistemas de ejercicio de la acción penal en la legislación continental europea:

- a. ITALIA: El sistema itálico posee una cláusula constitucional que impone el principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal (Art. 112: "El Ministerio Público tiene la obligación de ejercer la acción penal"). El rediseño procesal es canalizado a través de procedimientos alternativos al juicio oral: juicio abreviado, aplicación de pena a pedido de parte, juicio sumarísimo, juicio inmediato y procedimientos por decreto. Estos esquemas en realidad encubren criterios de oportunidad, lo cual es criticado por prestigiosa doctrina⁶⁶ por resultar contrarios al modelo constitucional. La necesidad de establecer pautas de selección obligó al establecimiento de la *riquerista di procedimento*, requerimiento que es dirigido a una Autoridad Administrativa que realiza un análisis discrecional, en orden a consideraciones de orden político, para habilitar o no la persecución de conductas presuntamente delictivas. La Corte Suprema, por sentencia del 5 de Mayo de 1959, convalidó la existencia de condiciones de procedibilidad para el inicio o prosecución de la acción pública. Como puede advertirse el sistema italiano no hace depender el ejercicio de la acción penal a la voluntad de la víctima ni a criterios del Ministerio Fiscal, sino que deriva la cuestión a ámbitos administrativos, en los que discrecionalmente se fijan condiciones de procedencia de la acción penal.
 - ESPAÑA: A diferencia de la legislación anteriormente reseñada, carece de norma constitucional referida al ejercicio de la acción penal. El art. 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal reza: "Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas...". La disposición transcrita establece un sistema de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, aunque su esencia legislativa permite lógicamente que una norma de igual rango (otra ley) introduzca criterios de oportunidad. En este sentido funcionan de dicha forma el juicio abreviado y la conformidad con la pretensión fiscal, los que funcionan en delitos menores.
 - FRANCIA: El Código Procesal Penal en sus artículos 40 y 41 le concede al Ministerio Fiscal discrecionalidad para iniciar el ejercicio de la acción penal. En este sentido dicho órgano posee facultades de archivo, de cambio de la calificación legal correccionalizando o contravencionalizando el injusto y de mediación penal con intervención de la víctima. Todo ello es susceptible de ser revisado jurisdiccionalmente.
 - ALEMANIA: El principio de obligatoriedad acusatoria es la regla (Arts. 152 y 170 de la Ordenanza Procesal Penal), apareciendo como excepciones variados criterios de oportunidad (Arts. 153 y 154 del mismo ordenamiento) vinculados a los siguientes parámetros: principio de insignificancia, cuando el interés de la persecución penal puede ser satisfecho de otro modo, cuando la prosecución de la investigación afecte intereses estatales prioritarios y cuando el ofendido pueda llevar autónomamente la persecución penal.

65. Reconocido procesalista citado por el Dr. Carlos Chiara Díaz en el artículo mencionado en nota 96.-

66. FERRAJOLI, L.: ob. cit., pág. 746 y ss.

Esquema realizativo compatible con un sistema de oportunidad reglada. Pautas.

La implementación de criterios de oportunidad encuentra un mayor grado de eficacia y racionalidad poniendo íntegramente la investigación preparatoria en manos del Ministerio Fiscal. En este sentido se estima que es el fiscal quien se encuentra en mejores condiciones de determinar cuando resulta viable renunciar a la promoción de la acción penal o suspender su ejercicio. Es decir que resulta responsabilidad de dicho Ministerio examinar las condiciones para promover la acción penal, todo ello en el marco de un proceso acusatorio, ámbito en donde el órgano acusador podrá eficiente y racionalmente ejercer la acción penal.

El marco funcional y realizativo de anterior mención asegura que la aplicación de criterios garantistas "...no viole la garantía constitucional de igualdad ante la ley, debido a que por su especial función de formulación de la política criminal del estado y gracias a que ciertos principios orgánicos aseguran que esa formulación sea coherente –unidad, jerarquización, verticalidad- los ciudadanos estarán sometidos siempre a las mismas reglas⁶⁷".

En el sentido indicado y como pautas regulatorias de la actividad fiscal se advierte que "...dado que las consecuencias negativas producidas por el principio de legalidad constituyen prácticas generalizadas de la justicia penal, sólo un mecanismo que permita establecer criterios genéricos para diseñar prácticas persecutorias de alcance también generalizado, podrá revertir aquellas consecuencias negativas"⁶⁸.

Al respecto expresa Binder que: "...una acabada formulación legal e implementación real de criterios de oportunidad sólo habrá de tener fundamento de legitimación (y consecuentemente sentido de pertenencia) si la investigación penal preparatoria se encuentra a cargo del Ministerio Público, ya que, dada su función requirente, es éste el único objeto procesal autorizado a determinar cuando resulta conveniente renunciar a la promoción de la acción penal o suspender su ejercicio"⁶⁹.

Dichos autores también señalan aspectos a tener en cuenta para un mejor funcionamiento de una actividad fiscal regida por una legalidad procesal atenuada por criterios de oportunidad:

- 1) Resulta una herramienta al servicio de las necesidades del Ministerio Público, en cuanto diseñador de la política de persecución penal,
- 2) El propio Ministerio Público debe dictar pautas genéricas en tal sentido,
- 3) Deben preverse circunstancias que contengan las diferentes particularidades regionales, como así también factores propios de la coyuntura política, social y económica,
- 4) Amen de lo señalado, el principio debe ser aplicado a todo caso concreto cuyas particularidades así lo exijan.

Por otra parte, el sistema de legalidad procesal es tributario de las concepciones absolutistas del Estado, sistema en el que reina el Juez de Instrucción, por lo que el cambio de modelo –de inquisitivo a acusatorio- debiera *per se* tener incidencia en el régimen de la acción penal.

La cuestión vinculada al régimen de las acciones penales trasunta una problemática no sólo jurídica en general –procesal, en particular- sino esencialmente constitucional y aún política, cuya definición resulta vital para cualquier intento de modernización institucional.

Puede decirse que: "El sistema jurídico, como expresión de la vida comunitaria organizada, debe acompañarse a los requerimientos sociales para colaborar con su satisfacción: la legislación constituye un instrumento de ingeniería social relevante que tiene por cometido principal el desarrollo racional de la sociedad"⁷⁰.

Los movimientos reformistas procesales suelen partir de la siguiente ecuación: procuran maximizar la capacidad de resolución de conflictos con el menor costo posible en recursos. Ello no debe alterar el cuerpo de principios y garantías ciudadanas, balanceándose los derechos del justiciable con los de la víctima en particular y la sociedad en general. La limitación de la persecución penal, por intermedio de los criterios de oportunidad, puede brindar una contribución útil a la solución de algunos problemas del sistema penal y, como dice Maier, convertirse en un auxilio para la *descriiminilización* de hechos punibles en los que la intervención penal se presente innecesaria o en los que puedan alcanzarse mejores resultados con otras formas de reacción; y también para la *eficiencia* del sistema penal procurando el descongestionamiento de un servicio de justicia penal sobresaturado de casos, que no permite, precisamente, el tratamiento prioritario de aquellos que deben ser intervenidos indiscutiblemente por el sistema.

Una política criminal orientada en el sentido indicado habrá de recaer en cabeza del Ministerio Público Fiscal, que por tener una estructura jerárquica verticalizada permite la fijación de políticas de persecución penal acordes a la realidad de cada distrito.

67. RUSCONI, MAXIMILIANO. "Luces y Sombras en la Relación Política Criminal-Ministerio Público", Revista Latinoamericana de Política Criminal, año 2, n° 2, Ad-Hoc, 1997, págs. 158/159.

68. BOVINO, ALBERTO y HURTADO, CHRISTIAN: Ponencia presentada en el Decimocuarto Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, -Valparaíso, 25 al 28 de Septiembre de 1992, pág. 5.

69. BINDER, ALBERTO: "Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal", Ad-Hoc, Bs. As., 2000, pág. 292.

70. HERBEL, GUSTAVO ADRIÁN: "El Proceso acusatorio y el retorno de la acción penal", Revista El Derecho Penal, UCA, Febrero de 2003, pág. 16.

Las pautas a partir de las cuales debería llevarse a cabo un sistema estructurado en función de criterios reglados de oportunidad deberían merituar las siguientes cuestiones:

- 1) Tanta legalidad como sea posible, tanta oportunidad como resulte necesario (económica y políticamente)⁷¹. Detrás de la noción legalista subyace la idea de justicia. En cambio la oportunidad refleja sin más una visión enancada en la conveniencia, en un cálculo de costos/beneficios. Por eso, una opción política criminal sincera debería partir del reconocimiento destacado en negrita. En este sentido debe señalarse la certeza de que la justicia es un fin, pero la conveniencia es una condición restrictiva e ineludible para el logro de dicho fin.
- 2) Todo proceso de reforma del servicio de administración de justicia penal quedará reducido en sus fines y aplicación si parte del principio de legalidad procesal, por cuanto detrás de su aparente fuerza moral se ocultan concepciones autoritarias que desconocen la idea elemental de que toda solución de conflicto no violenta es, política y moralmente, superior a una respuesta violenta.
- 3) Una reforma procesal penal integral y respetuosa de la constitución y de los tratados internacionales –y sincera en la lectura de la realidad- debe colocar en crisis al principio de legalidad procesal, ya que su mantenimiento no hace más que mantener el carácter distorsivo de un sistema no igualitario, permitiendo que la coacción estatal esté al servicio de la desigualdad social, manteniendo y contribuyendo a la misma.
- 4) Es conveniente abandonar progresivamente la idea de que el proceso penal es sólo un instrumento del derecho penal y que las decisiones político-criminales se toman en el ámbito del derecho sustancial, actuando el código realizativo como un mero instrumento neutro, cuyos objetivos son los de garantizar la averiguación de la verdad, sin rol alguno en materia de política criminal. Por el contrario principios como los de la “*ultima ratio*” deben nutrir al proceso penal, de modo tal de evitar abusos de poder y economizar respuestas violentas innecesarias, canalizando el conflicto por otras vías.
- 5) Debe considerarse el ejercicio de la violencia estatal solo como último recurso y ante la ineficacia de los restantes mecanismos estatales de intervención, estableciendo criterios de política criminal a través de la óptica emergente del principio de mínima intervención, revirtiendo de este modo la pretensión de exhaustividad en la persecución penal subyacente en el principio de legalidad procesal.
- 6) Toda reforma del sistema de administración de justicia debe asumir sus propias limitaciones en materia de recursos materiales y humanos. No es conveniente soslayar esa dificultad, por cuanto la postura contraria no hace más que favorecer la implementación de respuestas simbólicas (inflación normativa, legalidad procesal, etc.) ocultando el verdadero problema. Efectuando un análisis de infraestructura y recursos realista se puede elaborar un modelo de gestión racional, eficiente y sincero.
- 7) Un correcto **control de gestión** implica establecer un sistema de premios y castigos según el rendimiento de cada operador judicial, conforme a las pautas de producción que previamente, en función de los recursos disponibles, deben trazarse. De este modo se mejoraría la imagen de la justicia cuya sobrecarga de tareas deriva en un mal funcionamiento y en frustración de expectativas.
- 8) Despojar de contenidos morales –resabio de la equiparación del delito con el pecado- la misión de la administración de justicia, imponiéndole objetivos razonables, rediseñando sus labores y estableciendo mecanismos de control de resultados. Para ello es indispensable asumir una visión de políticas de gestión, abandonando las ficciones –léase el principio de legalidad procesal- dotando al servicio de justicia de objetivos políticos y no morales.
- 9) El principio de oportunidad se ajusta a la concepción de un derecho penal orientado hacia las consecuencias y respetuosos de las diferentes realidades provinciales y diversidades culturales en que se produce el conflicto, posibilitando que se ponderen las diferentes circunstancias del caso y las consecuencias que generará la respuesta aplicable al mismo. Por su parte el principio de legalidad, encuadrado dentro de las teorías absolutas de la pena, parte de postulados éticos pero idealistas y la mayoría de las veces alejados de la realidad, resultando el mismo más bien expresión de un modelo de política criminal estatista, con claros rasgos de autoritarismo.
- 10) No debe soslayarse que una adecuada y eficiente combinación entre legalidad y oportunidad depende no solo de la correcta aplicación por parte de los operadores del sistema, sino también de la confianza de la población en la administración de justicia.
- 11) Cuando se discute acerca de la oportunidad debemos adentrarnos en el problema de la *eficacia del sistema penal y la selectividad intrínseca del mismo*, emergiendo las cuestiones relacionadas a los aspectos estructurales de la justicia penal y el modo como se conformaron históricamente los sistemas procesales.
- 12) Como pautas orientadoras para tomar una decisión de oportunidad deberá efectuarse una **ponderación racional** sobre el impacto social de la conducta presuntamente delictiva, como asimismo las consecuencias de su investigación y eventual sanción.

71. HASSEMER, WINDFRIED: “La Persecución Penal: Legalidad y Oportunidad”, disertación efectuada en el Simposio Internacional hacia una nueva Justicia Penal, Facultad de Derecho de la U:B:A., 2 al 6 de Mayo de 1988.

En alguna medida la “oportunidad” es un modo de confirmar la “selectividad” del sistema procurando que ese defecto estructural sea controlado, regulado adecuadamente y reorientado a resultados más positivos. Claro que, en ese camino, surgen dificultades ya que los criterios de selección para no investigar y no castigar hechos que eventualmente merecerían pena no dejan de plantear marcos difusos y que abren margen a la discrecionalidad del actor penal. Ello debe advertirse porque en la aplicación concreta de los criterios de oportunidad jugará un rol decisivo, ahora, la formación, por prejuicios y los compromisos ideológicos y democráticos del fiscal que toque en suerte. Por ello, la introducción de criterios de oportunidad que permiten no perseguir todos los delitos debe asumirse en base a una idea central: el sistema penal debe intervenir en hechos graves y el Ministerio Público Fiscal debe ser capaz de diseñar políticas coherentes y, por tanto, más eficientes, mediante un adecuado sistema de capacitación e instrucciones⁷².

Creemos que de ese modo podrá efectuarse una contribución positiva hacia la construcción de un sistema democrático y más eficiente de proceso penal. Por ello, y ante una realidad incontrastable es que cae por peso propio el sistema que impone zonas mixtas en las que es posible aplicar reglas de selectividad, las que son denominados *criterios de oportunidad en la promoción y ejercicio de la acción penal*.

Facultades negociadoras.

Complementariamente a lo expuesto precedentemente parte de la doctrina también se inclina por conferirle al fiscal *facultades negociadoras*, para favorecer el esclarecimiento de hechos más graves. La legislación vigente ya da claras muestras de que el principio de obligatoriedad en la persecución penal admite numerosas excepciones, respondiendo a tres criterios de oportunidad:

- a) Para evitar castigos innecesarios desde una perspectiva preventora especial.
- b) Para propender al descongestionamiento del sistema judicial.
- c) Para optimizar la eficacia sistémica.

Ejemplos de supuestos que pueden autorizar la aplicación de criterios de oportunidad.

Insignificancia. El delito de bagatela. En la dogmática penal el bien jurídico protegido constituye la idea y punto de partida para la formación del tipo penal, resultando tales aquellos intereses comunitarios a los que se les presta atención. Las normas penales prohíben, imponiéndoles pena, aquellas acciones que afectan los intereses de la vida en sociedad. La idea alrededor de la cual *pivotea* la noción de la insignificancia podría enunciarse de modo negativo: **todo lo que no es jurídicamente relevante es insignificante**. Partiendo de ello es que puede elaborarse una política racional de persecución penal, la que debe estar encaminada a criminalizar únicamente conductas que generen un daño con cierta entidad social. Por eso se invoca el principio “*in dubio pro libertate*”, entendiéndose que “...mientras no se haya mostrado con claridad que una determinada conducta humana produce efectos socialmente dañosos, debe quedar libre de amenaza penal”⁷³.

Es que, desprovistos de hipocresía, hablamos de la adopción como criterio de oportunidad de una categoría que, en algunos supuestos, es propia de la dogmática penal moderna. El problema central involucra el concepto, naturaleza, contenido y alcance de la insignificancia y se proyecta a una cuestión práctica: si la insignificancia posibilita excluir la función conglobante de la tipicidad objetiva, el hecho es atípico y por ello insusceptible de ser considerado delito. Bajo estas condiciones no se trataría de un supuesto de no promoción de la acción por regla de oportunidad sino de un caso de atipicidad. Este criterio es compatible con una adecuada interpretación del art. 19 de la C.N. que consagra, entre otros, uno de los más relevantes límites al poder punitivo del estado: el principio de lesividad. Según el mismo, el legislador no puede asociar penas a acciones que no lesionan o ponen en peligro un bien jurídico. Va de suyo que la lesión o peligro demandan una entidad mínima, de modo que muchas acciones consideradas delito en base a un concepto de tipicidad extremadamente formal, no lo serían por no revestir la afectación del bien jurídico la entidad suficiente que requiere un ilícito penal. De allí que el hecho insignificante no sea delito y se resuelva dentro de la teoría del delito como un caso de atipicidad.⁷⁴

Cabe señalar que la escasa importancia para el sujeto no determina la insignificancia del hecho y, por el contrario, una lesión usualmente insignificante, puede ser significativa para el sujeto pasivo concreto en razón de alguna circunstancia particular de éste o de su situación⁷⁵. Los casos de lesiones insignificantes de bienes jurídicos fueron relevados como atípicos por Welzel, conforme a su teoría de la adecuación social de la conducta⁷⁶. Posteriormente, el viejo principio “*mínima non curat praetor*” sirvió de base para el

72. ERBETTA, ORSO y CHIARA DÍAZ, ob. cit.

73. HASSEMER, WINDFRIED: “Fundamentos del Derecho Penal”, traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984, pág. 39

74. ERBETTA, ORSO y CHIARA DÍAZ, ob. cit.

75. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO: “Derecho Penal. Parte General”, Ediar, Bs. As., 2000., pág. 495.

76. WELZEL, HANS: “Derecho penal alemán”, Parte general, traducción a la 11 edición de Bustos-Yañez, Jurídica de Chile, Santiago

enunciado moderno del llamado principio de insignificancia⁷⁷ o de bagatela⁷⁸ según el cual las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen lesividad relevante a los fines de la tipicidad objetiva. Se lo ha criticado como un criterio de tipicidad material derivado del antiguo concepto de antijuridicidad material y, por ende, se lo rechazó proponiendo su reemplazo por vía de una interpretación restrictiva o su solución de lege ferenda mediante el principio de oportunidad procesal⁷⁹.

En cualquier caso, como señalan Zaffaroni, Alagia, Slokar, tanto unos como otros (los que admite la atipicidad y los que proponen la regla procesal de oportunidad) “reconocen la necesidad de resolver casos en que la afectación es mínima y el poder punitivo revelaría una irracionalidad tan manifiesta como indignante”⁸⁰.

La acción insignificante es impune porque no supera los límites de la tipicidad, mientras que el ejercicio de la oportunidad se fundamenta primordialmente en razones de capacidad operativa del sistema de persecución penal frente a una acción con entidad de delito⁸¹.

En esa perspectiva, deberán desestimarse por ausencia de delito casos como el apoderamiento de una cerilla ajena para encender un cigarrillo (atipicidad en relación al hurto), llevar un pasajero hasta la parada siguiente a cien metros de distancia (atipicidad en función de la privación de libertad)⁸², una lesión levisima producida en accidente de tránsito, consistente en un desgaste epitelial no impeditivo de la disposición de la integridad física, sin pérdida laboral o de tiempo asistencial, ni menoscabo para la locomoción⁸³, el caso de los niños que destruyen el sembrado unos minutos antes de que lo haga el granizo⁸⁴ o el peculado de una escasa cantidad de combustible⁸⁵, que por la condición de funcionario público haría inaplicable el criterio de oportunidad pero no obstaría a la desestimación por atipicidad.

Casos de “pena natural”. El criterio se elabora también a partir de las construcciones de la dogmática penal en orden a llamada “*pena natural*”, que es aquella que padece el autor de un comportamiento delictivo, cuyas consecuencias –físicas, psíquicas o anímicas– resultan tan graves, que la sanción penal prevista para dicha conducta resulta innecesaria o desproporcionada, sea porque los fines de prevención especial y/o general contenidos en la pena ya se cumplieron –en el caso del concepto *necesidad*– o porque el daño causado por el delito resultó infinitamente menor al que padeció el agente por el mismo –que agrega a la *necesidad* el concepto de *proporcionalidad*–.

La cuestión se vincula a la discusión en torno a la necesidad o merecimiento de pena y, desde esta perspectiva, a la elaboración dogmática de Roxin, para quien la culpabilidad cumple (como el resto de los elementos o categorías de la teoría del delito) una función político criminal: es un ámbito de oportunidad y conveniencia política para la aplicación de la pena. Luego, si en un caso delictivo puede verificarse que no hay necesidad de pena porque mediante su aplicación no va a cumplirse ningún fin de prevención, al no haber necesidad de pena no hay culpabilidad. De esta forma, la culpabilidad pasa a estar determinada por los fines de la pena y, por ello, Roxin habla de un criterio amplio de “responsabilidad” que abarca dos momentos: el de la culpabilidad como reprochabilidad (posibilidad de actuar conforme a derecho) más el de merecimiento de pena. Para ser responsable el sujeto debe ser culpable y, además, merecer pena (*necesidad de pena*)⁸⁶. Pensemos en el caso de quién conduciendo descuidadamente un vehículo, en el de Chile, 1976, pág. 86. Considera el autor como conductas socialmente adecuadas a aquellas que siendo peligrosas o lesivas para los bienes jurídicos, por su utilidad se consideran lícitas, esto es, socialmente adecuadas.

77. ROXIN, CLAUS: “*Política criminal y sistema de derecho penal*”, traducción Francisco Muñoz Conde, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, pág. 52 y ss..

78. KLAUS TIEDEMANN en Jus, pp. 108-113; Krümpelmann, Justus, Die Bagatelldelikte

79. ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, “Derecho Penal...”, cit., pág. 471. Es interesante la cita allí contenida “El principio de insignificancia está expresamente consagrado en el art. 95 del código penal de la India con el nombre de triviality: Nothing is an offense by reason that it causes, or that it is intended to cause, or that it is known to be likely to cause, any harm, if that harm is so slight that no person of ordinary sense and temper would complain of such harm” (“Hari Singh Gour, The Penal Law of India, I, p. 755 y ss..”).

80. ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, ob. cit., pág. 491.

81. RUSCONI, MAXIMILIANO: “*Los Límites del Tipo Penal*”, Ad- Hoc, Buenos Aires, 1992, pág. 76/79.

82. Cabe recordar en este punto, el caso “Lucero”, citado por García Vitor, Enrique, en el profundo estudio titulado “La insignificancia en el derecho penal. Los delitos de bagatela”, Hammurabi, 2000, pág. 85. En dicho fallo, Zaffaroni como juez de sentencia, consideró la conducta mencionada como insignificante atendiendo a que el tipo de secuestro impone descartar cualquier tipicidad penal de una conducta que no afecte con un elemental mínimo de entidad el bien jurídico. Asimismo apeló a la prohibición de penas crueles y a la desproporción entre la conducta denunciada y la escala penal conminada.

83. Así lo resolvió la Cámara de Apelaciones en lo penal de la Provincia de Tucumán, Doctrina penal, 195, pág. 124 y ss., analizado por García Vitor, ob. cit., pág. 86.

84. El ejemplo, entre otros, lo mencionan Zaffaroni-Alagia-Slokar (Derecho Penal, Parte General, cit., pág. 495), como un supuesto de insignificancia por imposibilidad de disponibilidad del bien jurídico. El argumento apunta a descartar, en el caso, una solución dogmática diversa en función de la teoría de la imputación objetiva (en función de pretendido valor preventivo de la norma, según Roxin; o de garantías normativas que no pueden cesar aunque el bien sea insalvable, según Jakobs).

85. Así lo resolvió la Cámara Fed. Crim. Y Correccional de la Capital Federal, Sala II, en causa “Zambianchi, Carlos”, citado por García Vitor, pág. 83.

86. Sobre el particular puede verse ERBETTA, DANIEL: “*Proceso formativo de la teoría del delito*”, U.N.R. Editora, 2da. edición ampliada, 2007, pág. 81 y ss.. Cabe acotar que Roxin sigue teoría ecléctica o combinada de la pena, en la que ésta cumple una

que viaja junto a su padre, provoca un accidente de tránsito y causa la muerte del ser querido. En suma, según su posición, la culpabilidad es límite de la pena y no hay pena sin culpabilidad pero tampoco hay culpabilidad si no hay necesidad de pena⁸⁷.

De este modo, la categoría *pena natural* abarca aquellos casos en que las consecuencias del hecho sufridas por el imputado son de tal gravedad que tornan innecesaria o desproporcionada la aplicación de una pena, salvo que mediaren razones de seguridad o interés público.

Nuevamente los criterios de política criminal que adopte el Ministerio Público arrojarán luz sobre como deben interpretarse las zonas restrictivas de la regla de disponibilidad.

Casos de ancianos, enfermos graves o terminales o falta de compromiso del interés público en la aplicación de la sanción. En este supuesto pueden incluirse aquellos casos en que realmente la sanción estatal eventual no reviste interés público.

Casos de reparación del hecho. Conciliación. Mediación.

La ley propone que víctima y victimario resuelvan autónomamente el conflicto, arribando –extrajudicialmente o a través de un proceso de mediación- a un acuerdo reparatorio que abarque las consecuencias patrimoniales que generó el hecho padecido por el sujeto pasivo. Estos acuerdos reparatorios constituyen una de las principales salidas alternativas del proceso penal y a través de los mismos se busca realzar el interés concreto de la víctima por sobre los intereses abstractos del Estado.

Con el uso de este criterio de oportunidad se trata de internalizar la idea de que sistema penal debe procurar, en la medida de sus limitadas posibilidades, reducir y, cuando puede, solucionar los conflictos que a él se derivan, siempre que se trate de delitos con contenido patrimonial para cuya comisión el agente no haya ejecutado actos intimidatorios o con violencia física o psíquica o se halle comprometido el interés de un menor de edad, entendiéndose por tal –conforme a la ley civil- al que no cuenta con 21 años. Razones de política criminal inciden en la exclusión de tales casos, cuya justipreciación debe ser racional y prudentemente efectuado por el operador judicial.

La mediación aporta una valiosa alternativa, por su naturaleza de mecanismo *no adversarial* de resolución de conflictos penales, en el que se procura un acercamiento de las partes involucradas para que ellas mismas busquen una solución posible respecto al suceso vital que las tuvo como protagonistas. Analizaremos estas posibilidades más adelante.

Desacuerdo de la víctima, damnificado u ofendido con la aplicación de los criterios de oportunidad. Alternativas.

La víctima tiene que contar con una acción alternativa para iniciar o proseguir la persecución del ilícito ante la aplicación de criterios como el estudiado, de modo de compatibilizar su interés en tal acción con los derechos de que goza el presunto inocente sujeto a proceso.

El sistema anglosajón de oportunidad amplio -o como regla- como el que rige en Estados Unidos, le confiere absolutos poderes al Fiscal, quien bajo su responsabilidad política –recuérdese que existe un régimen electoral de promoción al cargo- decide si impulsa una investigación penal, desiste la acusación o retira la misma. Dicha decisión es irrecurrible, puesto que “...el intento de una víctima de instar al Ministerio Público a ejercer la acción mediante el llamado *writ of mandamus* (orden librada a un oficial público a los efectos de que éste realice un acto que es su deber cumplir) fue rechazada por la Corte Suprema, la cual sostuvo que la decisión sobre la pertinencia de la acusación estaba completamente sujeta a la discrecionalidad del Fiscal”⁸⁸.

En cambio, en un sistema de oportunidad reglada, nunca puede dejarse de mirar a la víctima del delito, ni colocar en una situación distinta a la que le pertenece como tal en todo proceso penal. En todo esquema procesal que contenga criterios de oportunidad debe escucharse al sujeto pasivo y contemplarse la posibilidad de que pueda ejercer autónomamente la acción penal en los casos en que el Fiscal decidió no hacerlo o desistió de hacerlo. En este sentido es válido traer a colación al maestro Carrara, citado por Herbel⁸⁹ cuando señala que: “...la acción penal es pública sólo cuando se ejerce para defender las ofensas inferidas a toda la sociedad (y que) en ningún caso puede impedirse al ofendido personalmente ejercer su derecho contra quienes lo hubieran dañado, pues éste es un derecho individual natural, de análoga naturaleza al de defensa contra la agresión ilegítima, cuya restricción el Maestro Italiano califica de tiránica...”.

El maestro de la escuela toscana enseña que el derecho del ofendido en poder querrellar penalmente al victimario es anterior al concedido al Ministerio Público para monopolizar la acusación “...pues a la

determinada función según los momentos de la conminación legal, de la aplicación concreta y de la ejecución. Pero básicamente, adhiere a la finalidad preventiva –de prevención general positiva y de prevención especial positiva-.

87. ERBETTA, ORSO Y CHIARA DÍAZ, ob. cit.

88. ROXIN, CLAUS Y AUTORES VARIOS: “El Ministerio...” cit., pág. 90.

89. HERBEL, G.: ob. cit. pág. 23.

autoridad estatal se le otorgaron dichas facultades para mejor amparo de los derechos individuales penalmente tutelados, a condición de su eficacia y nunca para obstáculo del derecho de la víctima, a la tutela judicial contra sus ofensores”⁹⁰.

La cita doctrinaria precedente pese a su antigüedad no pierde vigencia, por cuanto en los sistemas regidos por el principio de discrecionalidad (modelo anglo-americano) o en los que impera la oportunidad reglada (sistema alemán, entre otros) cuando el Fiscal decide no impulsar o continuar la acción penal sin posibilidad de reapertura le puede generar un perjuicio a la víctima quien ve expropiado su conflicto, sin chance de obtener una justa reparación por el daño sufrido. Ello se da aún cuando el modelo prevea una instancia revisora dentro del mismo Ministerio Fiscal, ya que cuando el Fiscal superior en grado convalida el criterio de archivo o retiro de la acusación del inferior, el ofendido queda fuera del juego procesal. Por ello resulta atinado prever una figura de **querellante subsidiario** que aparezca en escena autónomamente en esos casos.

Contrariamente a lo expuesto se expiden Bovino y Hurtado⁹¹, señalando la inconveniencia de que la víctima pueda convertir la acción generando igualmente un dispendio de los recursos del Estado aún sin la intervención del Ministerio Fiscal. Ponen como ejemplo las grandes empresas que utilizan la administración de justicia para reducir costos y aumentar sus ganancias a costa del erario público (verbigr.: corporaciones de telefonía celular que obligan a denunciar penalmente la pérdida del aparato, a los efectos de prevenir fraudes, actitud que adolece de fundamentos legítimos). Concluyen sosteniendo que “...si no asumimos que el principio de oportunidad debe ser una herramienta de política pública al servicio del Ministerio Público, creemos que su aplicación puede no producir resultados positivos y, en todo caso, incrementará la irracionalidad del sistema...”.

En tales hipótesis la víctima podría ejercer autónomamente la acción penal conforme a un procedimiento alternativo. A los fines de que dicha opción no sea meramente declamativa en caso de personas carenciadas, la ley conmina al Estado a que implemente los medios necesarios a través del **Centro de Asistencia a la víctima**, para que tales derechos resulten efectivos. Claro que la previsión no puede ser declamatoria si se quieren evitar distorsiones que terminen profundizando los defectos estructurales de los sistemas penales de justicia penal y su natural desigualdad en perjuicio de los más débiles. Si algo cabe evitar es la privatización de la justicia penal en manos de los poderosos o de quienes tengan recursos económicos. De allí la necesidad de asegurar programática y operativamente el derecho de todas las personas y en especial de los más necesitados. Téngase en cuenta que, en general, el sistema penal se nutre de los sectores más empobrecidos tanto a la hora de seleccionar a los autores de delitos como de comprobar sus víctimas. Unos y otros pertenecen, en general, a los sectores más desprotegidos de la sociedad y por ello resulta necesario efectivizar un adecuado acceso de estos sectores a la justicia, tanto para fanatizarles el derecho a la defensa como para hacer operativos los derechos de las víctimas. También debe procurarse evitar que el justo sentido de la norma se convierta en medio extorsivo por parte de quienes pueden asumir económicamente los costos de un litigio⁹².

2- La suspensión del juicio a prueba.

Conocido como “*probation*”, este instituto fue introducido a nuestra legislación de fondo a través de la ley 24.316 –B.O. 19/05/94- que incorporó al Código Penal los arts. 76 bis, ter y quater. Mediante dicho instituto el justiciable puede solicitar la suspensión del juicio, debiendo para ello ofrecer una reparación razonable a la víctima y cumplir con las reglas de conducta que le imponga el Tribunal.

En este sentido, somos partidarios de sostener el imperio de lo que doctrinariamente se ha dado en llamar “la tesis amplia” en numerosos precedentes jurisprudenciales⁹³. Entre los autores que han desarrollado esta posición puede citarse a Gustavo L. Vitale⁹⁴, Alejandro Alagia⁹⁵, Bossi y Ranuschio⁹⁶, Rubén

90. CARRARA, FRANCESCO: “Programa de Derecho Criminal”, Parte General, Bogotá, Temis, 1998T. II, pág. 325 y ss.

91. BOVINO, ALBERTO y HURTADO, CHRISTIAN: Ponencia presentada en el Decimocuarto Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, -Valparaíso, 25 al 28 de Septiembre de 1992. págs. 11 y 12.

92. ERBETTA, ORSO Y CHIARA DÍAZ, ob. cit.

93. Así, T.O.Crim. N° 15, c. 134, “González, J.A.”, del 3-11-94; T.O.Crim. N° 14, c. 92, “Tonelli, Rubén”, del 5-7-94; T.O.Fed. N° 1, c. 35, “Nieva, P.I.”, del 27-9-94; todos éstos citados por Palazzi, Pablo A. y Amadeo, Sergio L., en “La suspensión del juicio a prueba (Ley 24.316)”, pub. en J.A. 1995-I-1026. Se ha expedido asimismo en este sentido la C.N.C.yCorrec., Sala VI, en causa “S.,H. s/probation”, fallo del 08/03/96, por voto mayoritario de los Dres. González Palazzo y Elbert, con disidencia del Dr.González. Particularmente llamativas -y en el fondo compartidas-, resultan las palabras del segundo de los nombrados volcadas en su voto, reflexionando sobre las dificultades interpretativas del texto de la Ley 24.316 (pub. en E.D., T. 169, págs. 177/180, con comentario de Nemesio González.

94. En su obra “Suspensión del proceso penal a prueba”, Editores del Puerto, Bs.As., 1996. El tema es ardua y extensamente desarrollado en el cap. IV (págs. 57 y ss.), cuya lectura se recomienda.-

95. En “Probation y pena de inhabilitación”, pub. en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, Año III, N° 7, Edit. Ad-Hoc, Bs.As., pág. 856.-

96. CARLOS MARÍA BOSSI y DANIEL CARLOS RANUSCHIO en su trabajo “Suspensión del juicio a prueba”, pub. en L.L. “Actualidad”, ejemplar del 24/03/98, pág. 1/2.-

A. Hernandez Toledo⁹⁷, Ramón T. Ríos⁹⁸, entre otros. El último de los nombrados desarrolla con particular agudeza la distinción en materia de interpretación en el ámbito penal entre la “interpretación típica” y la “extratípica”. En la primera, también llamada “sancionadora o restrictiva de la libertad” rige el paradigma estrictamente dogmático, en el que predomina la hermenéutica literal, la lógica analítica y el método deductivo, mientras que en la segunda (que congloba el restante conjunto normativo) los operadores del sistema penal no están subordinados en su estilo interpretativo a una cerrada dogmática penal, contando en cambio con una perspectiva abierta a todo el instrumental que brindan la lógica, la retórica y la dialéctica para el hallazgo de la justa y razonable decisión del caso. Anota que probablemente el frecuente contacto del juzgador penal con la normativa sancionadora y su tendencia proverbial a imponer límites al *ius puniendi* estatal hayan diluido las fronteras entre ambos estilos interpretativos, pero que en lo concreto, la suspensión del juicio a prueba resulta ajena al territorio circunscripto de la incriminación y cabe encuadrar su interpretación como extratípica⁹⁹.

Se reafirma de este modo que en el ámbito de aplicación espacial de la normativa procesal, la suspensión del juicio a prueba regulada en la ley de fondo debe interpretarse abarcando en su campo de proyección a todos los delitos que posibiliten la condenación condicional.

Como presupuesto de su otorgamiento, hay que requerir la conformidad de la víctima y un acuerdo reparatorio: tal sentido, la aceptación del ofrecimiento por parte del damnificado que ejerce la acción en un proceso civil tendrá indudables repercusiones, pues conducirá a un acuerdo que homologado por el juez finiquitará la pretensión resarcitoria. Por el contrario, el rechazo del ofrecimiento por parte de la víctima aun cuando el juez lo considere razonable, posibilitará la continuidad de la acción resarcitoria pero exclusivamente en sede civil, sin que rija la prejudicialidad penal¹⁰⁰.

El imputado deberá expresar detallada y circunstanciadamente cuál es la reparación que ofrece y en qué plazo y modalidades la concretará, para que la víctima conozca concretamente qué es lo que se le ofrece y pueda hallarse entonces en condiciones de aceptar o rechazar el ofrecimiento e igualmente, será el parámetro del tribunal para juzgar si la reparación es razonable a los fines de conceder la suspensión y, una vez suspendida, si el imputado ha dado cumplimiento a la reparación ofrecida.

Por dicho motivo, en el caso que el imputado haga una propuesta meramente genérica, por estrictas razones de economía procesal, resulta conveniente que en la misma audiencia el tribunal conmine al imputado a que concrete su propuesta, para luego correr vista de la misma a los interesados y finalmente evaluar su razonabilidad¹⁰¹.

El propio interesado puede salvar y reiterar la pretensión cuantas veces sea necesario¹⁰², siempre que lo intente en tiempo útil. Es decir, existe la posibilidad de reiteración de solicitud del beneficio, en la medida que remedie los defectos de la anterior propuesta y sea efectuada en tiempo oportuno, esto es mientras sea posible atendiendo al estado del proceso solicitar la suspensión del juicio.

Si la víctima manifiesta haber sido ya indemnizada por el daño sufrido a raíz del hecho atribuido al acusado, carece de sentido exigir un ofrecimiento de reparación como condición de la suspensión, porque esto implicaría ir en contra del sistema de reparación de daños regulado por las normas civiles, que consideramos aplicables al caso. En efecto, exigir otra forma de pago propiciaría una situación de *enriquecimiento sin causa* (art. 499 del C.C.) por parte de la víctima. Entonces, cabe tener por satisfecho este requisito mediante el pago que realiza el asegurador a la víctima, porque no se trata de un “tercero ajeno” el que hizo efectiva la indemnización, sino justamente aquel quien, en virtud de la relación contractual que lo unía con el imputado, se veía obligado a abonar dichas enmiendas para el caso de verificarse el siniestro sobre el cual recaía el contrato de seguro¹⁰³.

Sin embargo, no basta con la declaración unilateral del imputado que manifiesta que no ofrece reparación por haber satisfecho ya el perjuicio ocasionado, y es imperativo en todo caso escuchar a la víctima¹⁰⁴.

97. En su ponencia “Alternativas a la pena y a la privación de libertad”, presentada en el Congreso 75° Aniversario del Código Penal, Bs.As., Agosto de 1997, trabajo Nro. 48 del Cuadernillo correspondiente a la Comisión N° 7.-

98. En su nota a fallo titulada “La interpretación de la ley y el juez penal. A propósito de la procedencia de la suspensión del juicio a prueba”, pub. en “Suplemento de Jurisprudencia Penal a cargo de Francisco J. D’Albora”, L.L., ejemplar del 29/05/98, págs. 6/12.-

99. RÍOS, ob.cit., ptos. I y IV.-

100. TSJCba, Sala Penal, “Abrile”, cit.

101. TSJCba, Sala Penal, “Carrara”, S. n° 3, 22/2/2002, cit.

102. TSJCba, Sala Penal, “Ávila”, cit.

103. En la causa “Abrile”, los padres de la víctima habían percibido de la Compañía de Seguros una suma de dinero en concepto de indemnización por la muerte de su hijo, por lo que se solicitó al a quo exima al acusado de efectuar una oferta de reparación del daño causado, por cuanto éste ya había sido reparado. El a quo, rechazó la solicitud, expresando que “la reparación efectuada por un tercero (en este caso, la compañía de seguros) no cumple con el requisito establecido por la ley para la procedencia del beneficio de la suspensión del juicio a prueba”. Esta interpretación fue rechazada por el TSJ con los argumentos que se señalan en el texto

104. En la causa “Abrile”, cit., el acusado manifestó en su petición que no ofrecía la aludida reparación indemnizatoria porque ya habían sido compensadas las víctimas, remitiéndose a una escritura pública presentada, en donde éstas manifestaban haber arribado

Límites de la obligación de reparar.

Sobre este punto la doctrina ha manifestado que "...la obligación de reparar el daño que el imputado ha causado debe limitarse, cuando éste ha intervenido en la comisión del hecho punible con otros partícipes, a la parte proporcional que le corresponda del total de la obligación reparatoria"¹⁰⁵.

En lo que respecta al *juicio de razonabilidad* del juzgador sobre el ofrecimiento de reparación -art. 76 bis tercer párrafo C.P. y segundo párrafo de la norma bajo comentario- vale señalar que el juicio de razonabilidad que efectúe el tribunal ha de atender a la ponderación de la oferta de reparación respecto de la existencia y extensión del supuesto daño, las pretensiones de la víctima y las reales posibilidades de pago del imputado¹⁰⁶. Como puede advertirse, el examen de la situación económica del imputado y la entidad del daño causado resultan datos relevantes al momento de examinar, de acuerdo a las particulares circunstancias de la causa, la razonabilidad del ofrecimiento de reparar el perjuicio causado¹⁰⁷.

Por su parte, al existir la posibilidad de reiteración de la solicitud por parte del imputado entendemos que a pesar de un pronunciamiento jurisdiccional negativo puede exigirse un nuevo pronunciamiento en la misma causa motivado en una nueva oferta de reparación.

En cualquier caso, la duda central podría derivar del criterio interpretativo que se siga respecto a si la falta de conformidad o consentimiento fiscal es o no vinculante y la correlativa en torno a si se trata de un derecho del imputado o de una potestad del actor penal. Es que de asignarse efecto vinculante a la falta de conformidad fiscal prácticamente se trastocaría el sentido del instituto que de beneficio y facultad del imputado, bajo ciertas condiciones, quedaría asimilado a un criterio de oportunidad disponible por el fiscal y, por ende, como una gracia de éste. Es que la suspensión del juicio a prueba ha sido regulada en el código penal como una facultad del imputado¹⁰⁸ que **procura neutralizar los efectos nocivos de la prisionización, asegurar el plazo razonable constitucional de la duración de un proceso a favor del imputado y descongestionar el sistema de justicia penal en los casos que el conflicto puede encausarse en beneficio tanto de la víctima como del autor.**

Este entendimiento no es más que la consecuencia del respeto al principio federal y al principio de judicialidad, cuyos contenidos y alcances tornarían inconstitucional una interpretación diversa¹⁰⁹. En consecuencia, cuando el pedido del imputado no cuente con el consentimiento fiscal, el tribunal igualmente podrá conceder el beneficio, en tanto su dictamen negativo no puede considerarse vinculante. Por ello, en caso que el dictamen fiscal, debido a su palmaria irrazonabilidad o su total falta de fundamentación, implique ejercicio arbitrario de una función que le es propia al acusador -la requirente-, el tribunal puede fundadamente conceder la *probation* aun cuando el representante del Ministerio Público se haya expedido en sentido contrario¹¹⁰.

Finalmente, vale destacar que en diversos precedentes la CSJN consideró que la resolución que hace lugar a la suspensión del proceso a prueba (arts. 76 bis y ter del C.P.) es susceptible de ser recurrida mediante el recurso de casación (art. 457 CPP) al tratarse de una resolución equiparable a definitiva, puesto que la tutela de los derechos que se invocan no podría hacerse efectiva en una oportunidad procesal posterior. Ello es así dado que la citada decisión impide que el proceso continúe hasta el dictado de la sentencia definitiva, con la consecuencia de que se extinguirá la acción penal al cumplirse las condiciones establecidas en el cuarto párrafo del citado art. 76 ter. De esta forma, declaró procedente el recurso extraordinario deducido por el Sr. Fiscal de Cámara¹¹¹.

En el caso "Padula", la CSJN reiteró el criterio de que la resolución sobre la suspensión del juicio a pruebas debe equipararse a definitiva. Sostuvo que si bien es doctrina del Tribunal que las resoluciones cuya consecuencia sea la obligación de seguir sometido a proceso criminal no reúnen por regla, la calidad de sentencia definitiva a los efectos del art. 14 de la ley 48, corresponde hacer excepción a dicha regla en los casos en los cuales su aplicación podría provocar un gravamen de insuficiente, imposible o tardía reparación posterior. Se trataba de una decisión de la Cámara nacional de casación Penal que había declarado mal concedidos los recursos de casación interpuestos por la defensa contra la resolución que rechazaba el pedido de suspensión del juicio a prueba. La Corte afirmó que el caso sometido a estudio del Tribunal constituía una de esas excepciones puesto que el rechazo del beneficio de la suspensión del juicio a prueba, tiene sustento en la imposibilidad de acordarlo por superar el máximo de la pena prevista por el delito que se le imputa "a partir de la calificación jurídica del hecho traído a juicio efectuada en el

a un acuerdo económico, extremo que a su vez se vio confirmado por la circunstancia que las víctimas, debidamente notificadas del pedido de suspensión del juicio a prueba efectuado por el imputado, nada objetaron respecto del mismo.

105. BOVINO, ALBERTO: "La suspensión...", cit., págs. 135/6

106. TSJCba, Sala Penal, "Ávila", cit.

107. TSJCba, Sala Penal, "Pace", S. 123, 26/11/2004

108. Art. 76 bis C.P. -primer párrafo-: "El imputado... podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba".

109. Conf. ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, ob. cit.

110. TSJCba, Sala Penal "Oliva", S. n° 23, 18/04/2002

111. CSJN, causa MENNA, LUIS s/ recurso de queja, Buenos Aires, 25 de septiembre de 1997.

requerimiento fiscal...”, razón por la cual el gravamen no resultaba susceptible de reparación posterior, en tanto restringía el derecho del procesado a poner fin a la acción y evitar la imposición de una pena. Por lo demás, consideró que la resolución impugnada por la defensa guardaba nexo directo e inmediato con las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso, correspondiendo por ello habilitar la instancia extraordinaria¹¹².

3 - Juicio abreviado. Ventajas y advertencias.

El aumento de la conflictividad social generada fundamentalmente por las condiciones miserables que padecen millones de seres humanos y que en nuestro país reflejan las estadísticas sobre insuficientes ingresos *per cápita* y falta de acceso a la salud, educación y a un trabajo digno generó un lógico incremento de la tasa delictiva, la que como vaso comunicante se trasladó a la Administración de Justicia con la consiguiente consecuencia colapsante. Una de las alternativas que se idearon en un intento de superación de tal problemática, junto a la posibilidad de que el Ministerio Público Fiscal pueda disponer de la acción penal en determinados casos, fue la de promover soluciones consensuadas del conflicto y la de permitir acuerdos entre el acusador público con el imputado, cuando éste reconoce su responsabilidad penal, otorgándose por dicha admisión un trato menos gravoso que si afrontara un juicio ordinario.

El procedimiento abreviado es -conforme a los actuales criterios predominantes en lo procesal-, la posibilidad concedida al acusador público y a la defensa, de abreviar el trámite a través de un acuerdo, que lógicamente requiere la conformidad del imputado, acerca de cómo ocurrieron los hechos y la responsabilidad penal del justiciable en los mismos. El pacto además incluirá la pena y debe ser admitido, en cuanto al cumplimiento de los requisitos formales, por parte del Juez de Garantías y homologado por el tribunal de juicio, órgano jurisdiccional que deberá dictar la correspondiente sentencia¹¹³.

112. CSJN, en “Padula, Osvaldo y otros s/defraudación-Recurso de hecho”, causa 274, 11 de noviembre de 1997.

113. Juicio Abreviado - acuerdos - recursos: “La pacífica jurisprudencia de esta Sala en orden a la impugnabilidad de la sentencia recaída en el procedimiento especial del juicio abreviado (art. 415, C.P.P.) ha destacado que, desde que éste tiene como presupuesto esencial el consenso de las partes y el Tribunal, ello acarrea, de manera ineludible, la aceptación de la condición impuesta para su procedencia, esto es, la confesión lisa y llana de la culpabilidad por parte del imputado -obviamente con la observancia de las garantías constitucionales- y el consiguiente acuerdo que posibilita la omisión en la recepción de la prueba, que la sentencia se fundamente en la prueba recogida en la investigación penal preparatoria y que no se imponga una pena más grave que la solicitada por el Fiscal. Consecuentemente y, en principio, no se puede objetar por esta vía impugnativa el fallo alegando un reproche de carácter formal, si no se acusa una inobservancia de los requisitos ya mencionados que vulnere la base misma del consenso (T.S.J., Sala Penal, “Varas”, A. 321, 2/9/99; “Avendaño”, A.288, 16/9/02; “Ochoa”, A. 353, 4/11/02).El recurso de casación, por tanto, sólo resulta procedente por el motivo sustancial, pues la calificación jurídica aplicable a la imputación no forma parte de dicho acuerdo (T.S.J., Sala Penal Cba. “Arias”, S. 27, 14/6/96; “Nápoli”, A. 224, 17/11/97; “Porcel de Peralta”, A. 149, 22/4/99; “Calderón”, A. 153, 28/4/99; “Ferreira”, A. 156, 28/4/99; “Alvarez”, A. 164, 5/5/99; “Varas”, A. 321, 2/9/99, entre otros. (...)) la imposición de la pena no conforma parte del consenso contemplado en el art. 415 C.P.P., por lo tanto se impone un examen especial (T.S.J., Sala Penal, “Varas” A. n° 321, 2/9/99; “González” A. n° 142, 10/4/01; “Ferreira” A. n° 104, 13/4/04). Y, con respecto a ella, se ha sostenido que la facultad discrecional de fijarla es exclusiva del tribunal de juicio, la que sólo resulta revisable en casación en supuestos de arbitrariedad (T.S.J., S. n° 14, 7/7/88, “Gutiérrez”; S. n° 4, 28/3/90, “Ullua”; S. n° 69, 17/11/97, “Fariás”; A. n° 93, 27/4/98, “Salomón”, entre otras). Dentro de ese estrecho margen de recurribilidad relativo a las facultades discrecionales del tribunal de sentencia, se ha fijado el estándar de revisión en los supuestos de falta de motivación de la sentencia, de motivación ilegítima o de motivación omisiva (T.S.J., Sala Penal, Carnero, A. n° 181, 18/5/99; “Esteban”, S. n° 119, 14/10/99; “Lanza Castelli”, A. n° 346, 21/9/99; “Tarditti”, A. n° 362, 6/10/99; entre otros).” (T.S.J. Córdoba, Sala Penal, Sentencia n° 141, 2/11/2006, “LÓPEZ, Rubén Oscar p.s.a. Encubrimiento Agravado etc. -Recurso de Casación-”)

Juicio Abreviado: “ (...)es necesario señalar que la resolución objeto de embate fue dictada en el curso de un juicio abreviado (art. 415 de la ley de rito), procedimiento éste caracterizado por un estrecho margen de recurribilidad dentro del cual ingresa, sin dificultad, el cuestionamiento a través del motivo sustancial de casación (art. 468 inc. 1°, C.P.P.), en tanto la calificación legal no forma parte del acuerdo entre las partes y el Tribunal (T.S.J., Sala Penal Cba., “Arias”, S. 27, 14/6/96; “Nápoli”, A. 224, 17/11/97; “Porcel de Peralta”, A. 149, 22/4/99; “Calderón”, A. 153, 28/4/99; “Ferreira”, A. 156, 28/4/99; “Alvarez”, A. 164, 5/5/99; “Varas”, A. 321, 2/9/99, entre otros).(...) en reiterada jurisprudencia de la Sala se ha establecido que una vez que se declara abierta la competencia por la vía del motivo sustancial de casación, este Tribunal tiene la potestad para efectuar la correcta solución jurídica del caso bajo examen, aun valiéndose de argumentos distintos de los esgrimidos por el impugnante, siempre que deje incólumes los hechos fijados por el a quo en la sentencia de mérito, que no viole la prohibición de la reformatio in peius y no vaya más allá del agravio presentado (arts. 456 y 479 C.P.P.; Ricardo C. Núñez, “Código Procesal Penal”, Lerner, Córdoba, 1986, pág. 484, nota 2; María Cristina Barberá de Riso, “Manual de Casación Penal”, Advocatus, Córdoba, 1997, págs. 23, 26 y 27; Fernando de la Rúa, “La casación penal”, Depalma, Bs.As., 1996, págs. 231/232; T.S.J., Sala Penal, “Paredes”, S. n° 18, del 26/5/72; S. n° 106, 8/9/99, “Ferrer y Junyent Bas c/ Novillo Corvalán”; S. n° 88, 19/10/2000, “Nardi”; A. n° 344, 26/10/2000, “Cagnolo”; S. n° 94, 13/11/00, “Budano”; S. n° 95, 18/10/01, “González”; S. 98, 30/10/01, “Cesarín”; S. n° 100, 2/11/01, “Querrela de Sársfield Novillo c/ Croce”; S. n° 69, 2/9/02, “Quiroga”, entre otros).” (T.S.J. Córdoba, Sala Penal, Sent. n° 178, 06/12/2006, “ALTAMIRANO, Luis Roberto y otro p.ss.aa. Daño, etc. -Recurso de Casación-”.)

Juicio Abreviado: “ (...)de acuerdo con el régimen procedimental al que vengo en este pronunciamiento haciendo referencia, el Representante del Ministerio Público Fiscal, al concretar el pedido de pena que establece el primer párrafo del inc. 1°) del art. 431 bis del C.P.P.N., lo hace sólo respecto del suceso fáctico delictivo para el cual ha sido llamado a ejercer la acción y su opinión, no constituyendo parte del acuerdo, para el caso en que también lo pretenda, la morigeración punitiva que exprese en concepto de pena única (art. 58, C.P.).” (Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, sentencia del 15/09/2003, autos: “Tula, Fabio O. y otro s/rec. de casación”)

Su *naturaleza* ha sido definida como una "...homologación jurisdiccional de una confesión condicionada, con alcances de transacción para el supuesto de abarcar intereses particulares que, como pretensión accesoria a la penal, hubiere introducido el actor civil. La condición es precisamente que la pretensión de abreviación sea convalidada jurisdiccionalmente; caso contrario, no podrá hacerse valer en contra del imputado"¹¹⁴. Sin embargo, a fuerza de ser sinceros, el procedimiento abreviado no pasa de ser un mecanismo procesal que nació de la necesidad de descongestión del sistema de justicia penal. Es cierto que si todos los casos fueran llevados a juicio el colapso se potenciaría a límites insospechados; tan cierto como que el procedimiento abreviado se ha convertido en una suerte de "estado de necesidad" que, en cualquier caso, no ha logrado sortear las serias objeciones constitucionales y las reprobables distorsiones prácticas que lo han convertido en algunas jurisdicciones en un instrumento que poco tiene que ver con la "justicia" penal y menos aún con los principios constitucionales que condicionan su funcionamiento y operatividad.

Respecto a los antecedentes legislativos revelan vertientes diversas:

a) *Proyectos*: Los que previeron modos abreviados de juicio fueron el federal de 1987 (autoría de Julio Maier, que también lo denominaba procedimiento monitorio) y el santafesino de 1992.

En realidad, el instituto ingresa en nuestro país de la mano del Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación de Julio Maier (1986), que regulaba el llamado "*procedimiento monitorio*" en los arts. 371/373, previsto para los casos en que al momento de requerir la apertura del juicio, el Ministerio Público Fiscal estimare suficiente la imposición de una pena privativa de libertad *no mayor a un año, de multa o de inhabilitación, aún en forma conjunta*.

De esta forma, se limitaba el uso del abreviado como una salida más a los delitos menores y, va de suyo, se reducían los riesgos que su utilización indiscriminada podía generar.

b) *Ordenamientos provinciales*: Los códigos de Córdoba, Tierra del Fuego, Santa Cruz, Neuquén, Formosa, Buenos Aires, Entre Ríos, Tucumán, etc.

El CPPN por Ley 24.825 (1997), art. 431 bis, fija el límite del acuerdo de pena en 6 años, requiere la conformidad del imputado asistido por su defensor, sobre la existencia del hecho y la participación de aquél, descriptas en el requerimiento de elevación a juicio y la calificación legal recaída.

El Código de Córdoba (ley 8123), art. 415, requiere la confesión llana y circunstanciada del imputado, en cuyo caso se omite la recepción de la prueba tendiente a acreditarla con acuerdo del Tribunal, Fiscal y Defensa. No se puede imponer una pena más grave que la pedida por el Fiscal.

El Código bonaerense (ley 11.922), arts. 395 y ss., que fija el límite del acuerdo de pena en 8 años y sólo pide el consentimiento para la vía abreviada.

Además, pueden contarse entre otros textos que lo contemplan, como ya se ha relacionado, el Código de Formosa (1996), arts. 503 a 506; el de Santa Cruz, arts. 517 (omisión del debate) y 518 (juicio abreviado); el de Chubut, art. 9.1..

c) *Derecho comparado*: Pueden citarse "el proceso sumario y el proceso sumarísimo" del Código procesal penal portugués de 1997, "el proceso abreviado" (LO, art.788) y "el juicio rápido" (ley 10/1992) de la legislación española, el "procedimiento acelerado" y el "proceso por orden común" del derecho alemán, y "el procedimiento abreviado" de los nuevos Códigos de Guatemala (1992), Costa Rica (1996), El Salvador (1997) y Chile (2002), entre similares latinoamericanos¹¹⁵.

El otro antecedente de interés se vincula al "*patteggiamento sulla pena*" (*applicazione della pena su richiesta delle parti*), del CPP italiano de 1988 (arts. 444/448), por el que puede imponerse una *pena*

Recursos. Juicio abreviado: "Tal como surge de las copias fotostáticas obrantes a fs. 29/38 vta. del legajo, el fiscal, el imputado y su defensor, solicitaron la aplicación del instituto de Juicio Abreviado, acordando una calificación legal y monto de pena que receptora la sentencia. Así las cosas, el recurso resulta inadmisibile, por falta de agravio, pues es un requisito genérico de los recursos, la existencia de un interés directo para recurrir, y como señalara el doctor Mahiques en "Gómez" (Reg. 26/12/00), la aceptación del imputado y su defensa de la pena propuesta por el fiscal dentro de un procedimiento de juicio abreviado, resulta entonces incompatible con la existencia del interés directo requerido en el último párr. del art. 421 del Cód. Procesal Penal, en tanto el tribunal no se apartó de lo acordado entre las partes." (Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, sala III, sentencia del 24/10/2002, Autos: "Mansilla, Rubén D. s/rec. de casación")

Juicio Abreviado: "Lleva dicho esta sala que de la simple lectura del art. 27 bis del Cód. Penal se advierte que las disposiciones allí contenidas son inherentes a la condena por los delitos y en la modalidad en ellos previstas; tal circunstancia, que debió ser conocida por el aquí recurrente al momento de concluir el acuerdo con el representante del Ministerio Público Fiscal como necesaria consecuencia del consenso dado, en forma alguna pudo ser prenda de negociación por las partes; y siendo ello así, fácil se colige que carece de todo sustento la afirmación de que el tribunal a quo agravó la pena solicitada por el ministerio fiscal al imponer las referidas accesorias, con olvido del carácter imperativo de dichas normas y de las consecuencias que de tal condición se derivan (confr. C. 2070, "Streitemberger, Rubén L. S/rec. De casación", Reg. 2461, rta. 29/10/98)." (Cámara Nacional de Casación Penal, sala I, sentencia del 06/09/2000 en autos: SUAREZ; Claudio O.)

114. Ob. cit. pág. 683. Los destacados son nuestros.

115. BERTOLINO, "Código..." cit., págs. 550/551

privativa de libertad de hasta 2 años de prisión. El original “patteggiamento” italiano (Ley 689 del 24/11/81) consistía básicamente en la sustitución de la pena de prisión por otras sanciones (semidetención, libertad vigilada, sanción pecuniaria), sólo podía ser solicitado por el imputado y requería la conformidad del fiscal con su aplicación.

También suele traerse a colación al “*plea bargaining*” norteamericano, que a diferencia de los modelos concebidos en nuestro país contempla la posibilidad de que el fiscal prescinda de determinadas calificaciones (“*charge bargain*”), lo que ha merecido la observación de Niño en el sentido que este funcionario se ve forzado a ingresar a la negociación con un monto de pena virtual superior al mínimo porque de lo contrario, nada tendría para otorgar el eventual consentidor¹¹⁶.

Por su parte, señala Magariños que, en su consideración, el procedimiento incorporado, por ejemplo, por la ley 24.825 presenta las características básicas del “*sentence bargain*” (lo negociado es la pena), “...toda vez que la renuncia a un juicio sobre la culpabilidad que efectúa el imputado tiene como correlato una negociación del monto o la gravedad de la pena a imponer, a partir de la que se pueda estimar que se determinaría en caso de recaer una condena dictada luego de la realización de un juicio oral, público, contradictorio y continuo”¹¹⁷.

Suele sostenerse que el instituto plantea múltiples **ventajas**:

- a) Para el sistema de justicia penal, en tanto representa un ahorro de trámites y pasos procesales, a través de un mecanismo ágil, rápido, sencillo y que permite (o al menos propende) descongestionar de causas los estrados judiciales. Otra consecuencia destacable es que los recursos humanos y materiales que habitualmente escasean pueden ser utilizados en otro sentido, resultando disecionados hacia otros objetivos que merecen mayor atención;
- b) Para asegurar la realización de la ley penal y satisfacer el interés punitivo del estado, sociedad, ley y víctimas; evitando el riesgo que todo juicio oral importa por el que no se pueda lograr aquel objetivo, sin mengua de los derechos del imputado;
- c) Para concretar el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, en beneficio de una más pronta y menos costosa administración de justicia y como modo de reducción de la ignominiosa cantidad de presos sin condena;
- d) Para el imputado, en tanto se afirma *que el mismo consigue o puede conseguir un trato más benévolo* que si afrontara un juicio común, lo cual ha generado alguna crítica: “La única reserva que nos merece es que se imponga una pena más benigna que la que se le hubiera aplicado de haberse llevado adelante el contradictorio, pues implicaría violar el principio de igualdad constitucionalmente consagrado –vigente también en la graduación de la condena–, ya que a quien decida correr la suerte del juicio se le aplicaría una pena mayor”¹¹⁸. Sin embargo, esta crítica no se sostiene ni conceptual, ni operativamente. Conceptualmente, porque en nada sería objetable que quien se expone a una condena sin juicio, admitiendo lisa y llanamente la autoría y responsabilidad y evitándole al estado la obligación excluyente de juzgar con celeridad y dictar una sentencia, pueda obtener una pena reducida. De otra parte la posibilidad de establecer una igualdad comparativa respecto de montos punitivos en casos independientes es, aún en la mayor similitud fáctica, casi imposible. Cada caso es una realidad propia y cada persona difiere sustancialmente de la otra. Para peor, y como crítica a la crítica, aún en la hipótesis de una pena supuestamente inferior o reducida, cobra vigencia la objeción de D’Albora al señalar que resulta “innegable que, bajo la apariencia del sistema acusatorio y sublimado, con equívoco, por el pacto cuando su esencia pasa -por la distinción entre órgano requirente y decisor- se encierra una fórmula de alto contenido inquisitivo, *pues se utiliza una verdadera coacción sobre el acusado, a quien se coloca frente al dilema de aceptar el trámite acelerado o afrontar el riesgo de una condena mayor, si*

116. La no identificación plena del juicio abreviado con el plea bargaining vino afirmada desde el mismo informe de la Comisión de Legislación Penal en la Cámara de Diputados (que fue la de origen), acompañado al proyecto de ley y signado por el diputado Carlos O. Menem, donde se consigna que “Cabe aclarar que el juicio abreviado que se ha dictaminado favorablemente, no se corresponde con el pleabargaining americano, ya que sólo procede ante convenios que respeten la “verdad procesal”, relacionada con el hecho efectivamente probado, y el principio de legalidad en relación con la calificación jurídica del hecho probado y la correspondiente pena según dicha calificación” (“Antecedentes Parlamentarios”, Nro. 7/97, L.L., pág. 1548). Sin perjuicio de ello, el diputado Cafferata Norez reconoce expresamente al *plea bargaining* como una norma antecedente de legislación extranjera, subrayando luego las diferencias con el proyecto en debate (“Antecedentes”, pág. 1592, parág. 3). El miembro informante en Senadores, Quinzio, citó también entre los antecedentes al Código Procesal Penal de la República Italiana (se trata del Libro VI, de “Procedimientos Especiales”, que contiene entre otros -según aclara Bertolino, págs. 4/5-, el “juicio abreviado propiamente dicho”, la “aplicación de pena a solicitud de parte”, el “juicio directísimo”, el “juicio inmediato” y el “procedimiento por decreto”, en sus arts. 438 a 464) y a los locales códigos procesales de Córdoba (1992) y al reciente de Buenos Aires (ob.cit., pág. 1595, parág. 15). Bertolino (pág. 8), agrega entre los antecedentes uno lejano pero que estima significativo: la conformidad en el procedimiento correccional del viejo código bonaerense de Jofré (1915).

117. Fallo oportunamente citado, pág. 14.

118. PRUNOTTO LABORDE, A. B. J., PRIVIDERA, J. A. J.: “Código Procesal Penal. Reforma por Ley 12.162”, Ed. Zeus, Rosario, 2ª edición, 2004., pág. 423.

opta por el juicio común; se cuelan resquicios coercitivos en desmedro de su libre determinación¹¹⁹.

Operativamente, y aquí lo más grave, porque precisamente si un cuestionamiento cabe es que, lejos de un trato más benévolo, el instituto puede servir para canjear la confesión por una pena sin juicio, distorsionando y utilizado de modo extorsivo.

De lo que se trata, es de una potestad del imputado en virtud de la cual puede renunciar al juicio oral –instaurado a favor de sus garantías constitucionales- y funciona, a la vez, como una limitación, de naturaleza local-procesal, a la potestad del estado a juzgar en un proceso de determinadas características. De este modo, el acuerdo es capaz de proveer certeza, evita riesgo procesal; el juicio abreviado al poner fin a la discusión sobre su culpabilidad, constituye un derecho legal a que no se conozca en la audiencia pública, de una manera más profunda, lo realmente sucedido y su intervención. Ese derecho se hace prevalecer sobre el del estado a la averiguación de una parte de la verdad y al de la víctima cuando ésta se ha constituido en parte querellante; sin embargo, una objeción primera cabe ya anticipar y se vincula a la idea de si el juicio previo es una obligación del estado o, antes bien, un derecho del imputado. Rige su consentimiento, garantizado por su abogado de confianza y la intervención del Ministerio Público Fiscal que debe, también, velar por sus derechos. Además, todo ello está sometido al control de la jurisdicción de los jueces, que no ven restringidas las demás potestades que el mismo artículo les acuerda, de modo que no hay forma de considerar que ese consentimiento no haya sido prestado libremente y precedido de la información y comprensión de las consecuencias a que da lugar por parte del imputado¹²⁰.

Señala Carrió al ocuparse de las críticas formuladas al juicio abreviado que: “En cuanto al ataque al instituto del “juicio abreviado” por considerarlo un retroceso en el camino a un sistema acusatorio, no estoy tan seguro que ello sea así. Justamente, una de las notas del sistema acusatorio por oposición a los modelos inquisitivos, es que en aquél son las partes (fiscal y defensa) las que retienen un considerable poder de decisión acerca de qué pruebas introducirán al juicio, qué defensas o planteos jurídicos desarrollarán, y que calificación regirá. Dentro de este esquema que concibe al sistema de enjuiciamiento como una contienda entre partes más que como una encuesta oficial acerca de lo ocurrido, es natural entonces que sean las partes las que acuerden si el juicio tendrá lugar o no¹²¹.

Es que las garantías constitucionales están disponibles; mas ello no quita la posibilidad de renunciarlas.

El juicio abreviado en el modelo acusatorio encuadra perfectamente y hasta se torna imprescindible que exista para aquellos casos donde hay confesión y allanamiento.

Críticas.

Cuestionando su validez constitucional no son pocas las voces que se alzan contra dicho instituto señalando que se afecta la garantía constitucional del juicio previo y que el mismo en muchos casos termina siendo una *pseudo* extorsión legal, generada por la lentitud de los trámites, situación que suele obligar al imputado que se encuentra detenido y sabe que faltan años hasta que se concrete el juicio oral a que acepte un juicio abreviado por una pena en principio menor que la que se le aplicará en dicha instancia.

Otras críticas se asientan el *carácter discriminatorio* que genera la aplicación del instituto. En tal sentido y respecto a lo verificado el sistema imperante en Alemania se indicó que “...la práctica de los acuerdos lleva en la realidad a un *sistema clasista del proceso penal*, dado que en muchos casos posibilita ventajas para aquellos imputados que pueden pagar los defensores mejores y más caros; justamente estos defensores pueden obtener los resultados más favorecidos para sus mandantes, hasta la impunidad. Teniendo en cuenta que los acuerdos son habituales sobre todo en el ámbito de los delitos económicos, uno tiene la impresión de que los delincuentes ‘grandes’ son absueltos o por lo menos beneficiados con una pena mínima, mientras que los ladrones y estafadores ‘chicos’ son perseguidos con todo el peso de la ley, dado que no pueden pagar los servicios de los mejores defensores o, en los casos de una defensa innecesaria... ni siquiera pueden pagar a cualquier defensor. Cabe advertir que no hay que desestimar los resultados negativos respecto a la conciencia de justicia de los ciudadanos¹²².

Los problemas más graves se dan por la aplicación de una pena sin juicio, como un atentado al principio del juicio previo, que no podría ser salvado con el pertinente consentimiento libre del imputado; el art. 18 de la CN menciona al “*juicio previo*” como exigencia para sancionar. Se trata precisamente del “*debido proceso*”, que es “*adjetivo*” en tanto exige cumplimentar ciertos recaudos de forma, trámite y procedimiento para llegar a una definición mediante sentencia, y es “*sustantivo*” en cuanto a implicar que las sentencias sean valiosas en sí mismas, esto es, razonables (desde esta óptica, estaríamos hablando de una garantía

119. Nota citada, pág. 8.

120. ERBETTA, ORSO y CHIARA DÍAZ, ob. cit.

121. CARRIÓ, ALEJANDRO: “*Garantías constitucionales en el proceso penal*”, Hammurabi, Bs.As., 4º edición, 2000, ya cit., pág. 98.

122. GÖSSEL, KARL HEINZ: “*Acerca del ‘Acuerdo’ en el Proceso Penal*” (Traducción de Dirk Styra) en Revista de Derecho Procesal Penal, 2006 - 1, (DONNA, E. A., director) La injerencia en los derechos fundamentales del imputado -I, pág. 24.

constitucional innominada). Esto implica, dice el profesor marplatense, que ha de tramitarse necesariamente un juicio, consistente en un procedimiento regular y legal, para la aplicación de una pena¹²³.

Jurisprudencia.

Son realmente pocos los que se han expedido en contra del juicio abreviado y, en todos los casos, se ha tratado de declaraciones de inconstitucionalidad dictadas de oficio. Las que han trascendido son las siguientes: Luis F. Niño (minoría, TOC 20, Wasylszyn); Héctor M. Magariños¹²⁴ (minoría, TOC 23, Osorio Sosa), Ernesto Gandolfi (minoría, TOPEc 3, Dos Santos Amaral), Bistué de Soler (minoría, TOC 14, Riveiro), por unanimidad el T.O.C.Federal de Gral. Roca, Río Negro, causa Yunez, todos citados en el trabajo de Marcelo Riquert. Sostiene Francisco J. D'Albora que "Si no hay debate y la sentencia, aún condenatoria, puede fundarse "...en las pruebas recibidas durante la instrucción y en su caso en la admisión a que se refiere el punto 2..." queda en descubierto que no existe juicio, sino meritación apoteótica de aquélla... De esta suerte desaparece el debido proceso... cuya concreción reclama la posibilidad de una discusión que preceda al corolario decisor... Se da la paradoja de que sea un "juicio abreviado" en que no hay "juicio"..."¹²⁵.

Esta idea referida por Niño de que la etapa que debe simplificarse es la de la investigación, que es la que presenta mayores problemas, es también sostenida por Alberto Bovino¹²⁶. En tal sentido apunta Schünemann que a través de la práctica de los acuerdos florece disimuladamente "la apoteosis de la instrucción", es decir, "la renuncia al juicio oral y por la condena basada solamente en el reconocimiento, parcial o total, por parte del acusado, del contenido de la instrucción"¹²⁷, agregando que desde el punto de vista dogmático se produce una inversión de todos los valores en los que se basa la práctica procesal continental europea (que es la tradicionalmente seguida por los ordenamientos procesales de nuestro país) y precisando —entre nosotros— el agravio constitucional, indica D'Albora que la incompatibilidad del juicio abreviado con la Constitución Nacional, "...transita por la agresión soportada por los arts. 18, 28 y 33... la inviolabilidad de la defensa se esfuma cuando se reclama la conformidad del imputado... sobre ciertos recaudos del requerimiento fiscal; sobre todo porque resulta obvio que se menoscaba su derecho a contradecir los extremos de la acusación... al resultar factible que se respalde una condena en la actividad cumplida en la etapa instructoria..."¹²⁸.

En un trabajo publicado en nuestro medio¹²⁹, John H. Langbein, reflexionando sobre la desaparición en la práctica del juicio por jurados en Estados Unidos se refiere críticamente a dicho pariente mediato. Aclara que en los tribunales estatales —que son los que intervienen en la mayoría de los casos penales—, el 95 % de los delitos son resueltos sin juicio; en el 91 % de los casos se impone la condena a través de la práctica del *plea bargaining* y el 4 % restante en un juicio sin jurados¹³⁰. En su consideración, no se está respetando el imperativo constitucional norteamericano y el sistema, en términos reales, opera por la intimidación¹³¹. En sus dos versiones (*charge bargain* o negociación sobre el hecho imputado y *sentence bargain* o negociación sobre la pena), la práctica del *plea bargaining* consiste en obligar al acusado a resignar su derecho a un juicio por jurados, amenazándolo con una pena sustancialmente mayor en el caso de que decida ejercer su derecho¹³². De este modo, el *plea bargaining* suprime tanto al juicio como al jurado y se pierden en el camino las virtudes de estos últimos: la publicidad republicana del juicio y el límite al poder del funcionario estatal (y al Estado mismo) que supone la intervención de un jurado, sin olvidar la creación de estadísticas penales absolutamente ficticias (la "deshonestidad" del instituto, según

123. RIQUEERT, MARCELO: "Límites constitucionales a la simplificación del proceso penal", en "Verba Iustitiae", Revista de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Morón, N° 18, noviembre de 2004, págs. 15/38.

124. Puede consultarse además su artículo "El juicio previo de la Constitución Nacional y el juicio abreviado", pub. en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", Año V, N° 9-B, 1999, págs. 77/105.

125. De su nota al fallo citado del TOC N° 23, titulada "El juicio abreviado y la Constitución Nacional", pub. en "Suplemento de Jurisprudencia Penal", ejemplar del 30/04/98, pág. 9.

126. En "Simplificación del procedimiento y Juicio Abreviado", pub. en AAVV "Primeras Jornadas Provinciales de Derecho Procesal", Colegio de Abogados de Córdoba, 1995, pág. 601 y en "Cuadernos...", N° 8-A, Ad-Hoc, 1998, pág. 540.

127. SCHÜNEMANN, BERND: "¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)", pub. en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", Ad-Hoc, Bs.As., N° 8-A, 1998, págs. 417/433. La cita textual es de pág. 427.

128. "Código Procesal Penal de la Nación", Abeledo Perrot, Bs. As., 1997, pág. 9.

129. LANGBEIN, JOHN H.: "Sobre el mito de las constituciones escritas: la desaparición del juicio penal por jurados", pub. en N.D.P., T. 1996-A, págs. 45/53, trad. por Alberto Bovino y Christian Courtsin.

130. Op.cit., pág. 47, nota al pie Nro. 7. En cuanto a los precedentes locales, el senador Quinzio (ya citado parág. 15) indicó que la experiencia cordobesa indica que se concluyen por aplicación del juicio abreviado el 40 % de las causas, sin que los tribunales mediterráneos cuestionaran su legalidad.

131. Un dato importante al respecto aporta el Dr. Magariños, citando a su vez a Alberto Bovino, cuando señala como punto a tener cuenta respecto de quienes no acuerdan en los términos del *plea bargaining* el aumento del monto de pena que se registra para quienes son condenados luego de un juicio por jurados, que ronda en Estados Unidos el 40 o 50 % (op.cit., pág. 16).

132. Texto citado, págs. 47/48.

Langbein), fruto no de la realidad sino de la negociación, lo que ha provocado la práctica generalizada de preferir los registros de arrestos a los de condenas¹³³.

La justificación proporcionada por la C.S.J. estadounidense al *plea bargaining* ha sido plenamente coherente con el clásico pragmatismo norteamericano: el sistema judicial debiera crecer desmesuradamente si todos los casos fueran sometidos a un juicio completo. Es decir, hay una razón instrumental: no se puede afrontar financieramente la exigencia constitucional. La doctrina jurisprudencial consagrada con base en la Sexta Enmienda de la Const. de USA interpreta que el juicio previo a una sentencia de condena es sólo un derecho o “*valioso privilegio*” renunciable por un acusado y no una exigencia de carácter institucional. Magariños advierte que es incompatible trasladar una interpretación semejante a nuestra Carta Magna “...dado que la Constitución Nacional condiciona la aplicación de una pena a la sustanciación de un “juicio previo”, y que dicho juicio debe observar, según la misma Ley Suprema, ciertos requisitos, incumplidos estos requisitos —o algunos de ellos— no hay posibilidades de aplicación válida de una sanción penal. Tales requisitos constituyen, en suma, garantías constitucionales de los ciudadanos frente a toda pretensión punitiva del estado”.

Los datos sociales posibilitan la sospecha de muchos operadores en orden a que esas circunstancias terminen provocando distorsiones en la primer etapa del proceso, en función del dato cierto que el “juicio” no se realizará. De tal suerte, que se verificaría un anticipo de cuestiones propias del debate a la etapa inicial como modo de lograr una mejor situación en la causa al momento de ingresar en la negociación para el abreviado¹³⁴, circunstancia que pone en evidencia una coincidencia notable con el sistema inquisitivo derogado, en el que el juicio se agotaba en la instrucción y el plenario era, prácticamente, un recurso de revisión. Ese riesgo se corre, por ejemplo, si la investigación sigue en manos de policías que dependen del poder ejecutivo, en muchos casos con gran deterioro institucional y no del ministerio público. Ese riesgo se corre si los fiscales, por ejemplo, no asumen definitivamente su nuevo rol e internalizan que ellos son los responsables de la IPP y que la policía debe trabajar para ellos y no a la inversa. Pero también el acusatorio corre serios riesgos si el milagroso ingenio de la condena abreviada se generaliza y da lugar a que la confesión (disimulada como conformidad con el hecho, la calificación legal y la pena) siga siendo la “*regina probationum*”, que tanto se había combatido con el escriturismo inquisitivo. Luego, como ha dicho Alejandro Slokar, habilitada la negociación, los tribunales acaban tratando con cierta antipatía a aquellos imputados que no hicieron uso de esa vía, lo que fuerza a la conformidad para el avenimiento a la pretensión fiscal, que es tanto más grave cuando se está privado de libertad. Un sistema acusatorio supone que el juicio es la etapa central y, por ello, debe evitarse el riesgo de que termine perdiendo el protagonismo que le corresponde y asuma un carácter subalterno, es decir, el riesgo de que se vuelva extraordinario, que la negociación se convierta en una extorsión contra algunos seleccionados y el proceso penal acusatorio derive en gran medida en una ficción, donde el carácter adversarial y la igualdad de armas desaparezcan y la decisión quede en manos del propio acusador, que es el ministerio público. En ese esquema deberá internalizarse la idea de que el procedimiento abreviado puede encontrar alguna justificación política en los casos de flagrancia o confesos o, como siempre sostuvo Cafferata Nores, en aquellos donde la prueba colectada en la IPP resulta definitiva de la suerte de un eventual juicio¹³⁵.

Finalmente, en caso de frustración del acuerdo, y en consideración a lo antes expuesto, ninguna consecuencia negativa puede acarrear al imputado y muchos menos en orden al reconocimiento de la autoría o responsabilidad penal. En cambio, y salvo que concurrieren nuevos elementos que hagan variar la situación, estimamos que la frustración del acuerdo sí limitará la pretensión del fiscal, en tanto sería insostenible que el acuerdo inicial no sólo prescindiera del juicio previo sino además del principio de culpabilidad. Dicho de otro modo, abreviado o no de por medio, la pena reconoce como fundamento el injusto y la culpabilidad del autor y se supone que ello ha sido ponderado en las pautas de cuantificación para arribar al acuerdo del abreviado. Luego, el fundamento de la pretensión de quién debe acusar no puede variar en función del fracaso del negocio porque el fundamento de la pena no es la “negociación exitosa” sino, en todos los casos, el injusto cometido y la culpabilidad por el acto. Haya o no haya juicio.

Presupuestos para el pedido procedimiento abreviado

- Petición del imputado o su defensa.
- Descripción del hecho atribuido al imputado y su calificación legal: la base fáctica sobre la cual se apoya el acuerdo debe estar suficientemente descripta, resultando ello importante por las mismas razones garantistas señaladas precedentemente. Deberá constar además el *nomen juris* que capta la conducta endilgada al imputado y el articulado legal respectivo.

133. Idem, págs. 50/51.

134. Cfr. RIQUERT, CISTOLDI Y CELSI: “Justicia de Garantías, de Ejecución y Ministerio Público”, Ediar, Bs.As., 2001, cap. 1, págs. 14/20

135. Conf. ERBETTA, ORSO y CHIARA DÍAZ, ob cit.

Pena solicitada por el Fiscal: debe figurar la misma en cuanto a su especie y monto. Deben brindarse las razones que se tuvieron en cuenta para fijar el monto punitivo.

- Celebración de una audiencia oral: dadas las críticas antes mencionadas, hay que procurar reproducir del mayor modo posible las características de un juicio ordinario: oralidad, publicidad e inmediatez, estableciendo como requisito de validez de la audiencia la presencia de las partes y el imputado, quien deberá escuchar del magistrado el contenido del acuerdo con los hechos que se le atribuyen y su respectivo encuadramiento tipológico, así como la pena solicitada por el Fiscal, requiriéndole luego si es su voluntad reconocer el acuerdo y prestar expresa conformidad con el mismo, tras explicarle de modo claro y sencillo el significado del acto que está llevando a cabo y las consecuencias inherentes al mismo.
- Conformidad del imputado y su defensa: se exige que la conformidad lo sea tanto respecto del hecho por el que se lo acusa y su calificación legal como sobre la pena solicitada por el fiscal. De ello debe derivarse que ya no interesa una razón de justicia vinculada a la culpabilidad y eventual sanción del responsable sino que se trata de una negociación lisa y llana, cuya frustración no puede, bajo ningún punto de vista, generar presunción contra el imputado.
- Manifestación de aceptación o no de la víctima.¹³⁶
- Sujeción a admisibilidad por parte del juez de garantías: en orden al control de admisibilidad de la solicitud de abreviación, y puede desestimar la solicitud sólo en caso de demostrarse que la voluntad del imputado se hallaba viciada al momento de su aceptación o cuando haya discrepancia insalvable con la calificación legal aplicada en el acuerdo.

136. Intervención del querellante: "(...)corresponde decidir, en primer término, acerca de la nulidad de lo actuado a partir de fs. 175 por haberse omitido dar intervención a la parte querellante, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 431 bis inc. 3° del Código Procesal Penal de la Nación. Que en este aspecto, asiste razón a la parte recurrente, ya que efectivamente se ha omitido darle la intervención correspondiente en los términos de dicha norma. Repárese que, formulada la propuesta para el trámite del juicio abreviado (fs. 175) y dada la conformidad del imputado a los hechos, la calificación legal y la sanción pedida por el Sr. Fiscal, (fs. 181 y 182), se cumplió con la audiencia de visu del artículo 41 del Código Penal, se constató el pago de la multa convenida y se dispuso la inmediata libertad de A. Luego de lo cual, el a quo procedió, sin más trámite, a dictar el pronunciamiento condenatorio que luce a fs. 192/193. Es claro el artículo 431 bis en cuanto al procedimiento a seguir en el trámite del juicio abreviado, dado que en su inciso 3° dispone que "Si el tribunal no rechaza la solicitud argumentando la necesidad de un mejor conocimiento de los hechos o su discrepancia fundada con la calificación legal admitida, llamará a autos para sentencia, que deberá dictarse en un plazo máximo de diez días. Si hubiera querellante, previo a la adopción de cualquiera de estas decisiones, le recabará su opinión, la que no será vinculante". Dicha omisión, de innegable trascendencia, aparece afectando la intervención de la parte querellante en el proceso, en los términos del artículo 167 inc. 2° del Código Procesal Penal de la Nación, así como el principio constitucional del debido proceso (art. 18 de la Constitución Nacional), e impone declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de fs. 182, abarcativa de la sentencia de fs. 192/193 vta." (Cámara Nacional de Casación Penal, sala III, sentencia del 15/02/2006, autos: A., G. O. s/rec. de casación).

Juicio Abreviado: "Con respecto al cuestionamiento sobre la validez del acuerdo de juicio abreviado celebrado con el representante del Ministerio Público Fiscal, el cual también fue introducido por A. desde su impugnación inicial de inconstitucionalidad, aprecio que del legajo no surgen elementos -ni tampoco han sido invocados- que permitan dar sustento a la supuesta coerción psicológica o al insuficiente asesoramiento que adujo el justiciable. En efecto, el escrito acompañado por el defensor oficial a fojas 437, que acredita la solicitud efectuada por el nombrado a ese letrado para la aplicación de aquel régimen, sumado a que esa petición tuvo lugar tras haber revocado el mandato de su anterior defensor particular y propuesto que lo asistiera el provisto por el Estado, impide abrigar suspicacias sobre la libre voluntad de ese pedido o la falta de debido asesoramiento. Para ello, debe tenerse en cuenta que desde que tomó intervención el nuevo letrado (7 de noviembre de 2000 - fs. 393 vta.) hasta la concreción del acuerdo (14 de noviembre siguiente - fs. 410), transcurrió una semana. Pero además de la voluntad expresada por A. en la aludida presentación, al documentarse el acuerdo mediante el acta labrada ante la fiscalía actuante, con la presencia del defensor oficial, el nombrado, al igual que los otros dos procesados también asistidos por su defensor particular, mantuvo esa decisión y prestó su expresa conformidad sobre su participación en los hechos que le habían sido imputados en el requerimiento de elevación a juicio y la calificación legal allí adoptada (fs. 409/10). Esa voluntad fue nuevamente ratificada ante el tribunal oral en la audiencia que prevé el artículo 431 bis, inciso 3°, del Código Procesal Penal (fs. 412) y luego fue considerada al momento de dictar sentencia (fs. 417/23). (...) La ausencia de constancias al respecto, también obsta a la demostración de lo alegado y permite concluir que se trata de una reflexión tardía o, incluso, de un arrepentimiento (ver fs. 451). En este sentido, es criterio de V.E. que el sometimiento voluntario y sin reservas expresas a un régimen jurídico, obsta a su ulterior impugnación con base constitucional (Fallos: 320:1985 y sus citas), pues nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior, deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (Fallos: 323:3765 y sus citas). Tal es, en mi opinión, la situación acreditada en el sub júdice y a la luz de esos precedentes estimo que debe resolverse la cuestión, pues así como la voluntad del encausado es la que debe prevalecer para que una sentencia condenatoria no quede firme por la sola conformidad del defensor, también es jurídicamente relevante para decidir su acogimiento al régimen de juicio abreviado -que requiere "la conformidad del imputado"- cuando, como en el caso, ella se ha prestado en forma reiterada, según los recaudos que establece el artículo 431 bis del Código Procesal Penal, y no se ha acreditado ni invocado la existencia de elementos que permitan suponer que ha mediado algún vicio de la voluntad. Por lo demás, atribuir esa consecuencia a la falta de demostración de esos extremos, importa aplicar las pautas que V.E. ha elaborado para analizar la libertad del consentimiento prestado por personas sujetas a un proceso penal en diligencias que, al igual que la de autos, requieren la manifestación de voluntad del afectado, como son la declaración indagatoria (Fallos: 311:340 y 345; 318:1476) y la autorización del interesado para el registro domiciliario practicado sin orden judicial (Fallos: 324:3764 y sus citas), en los cuales al descartarse que haya mediado alguna clase de coacción para la celebración del acto, no es posible desconocer su validez." (Dictamen del Procurador General de la C.S.J.N in re: "Arduino, Diego José y otro s/ p.ss.aa. infr. ley 23.737" A. 274. XXXVIII. RECURSO DE HECHO. Causa n° 64/00C.)

Como regla debe homologar lo acordado por las partes o introducir modificaciones siempre a favor del imputado. Con razón sostuvo Corvalán "... para el sistema acusatorio es impensado que un juez, avance sobre el acuerdo de las partes y trate de imponer condiciones... No es en rigor una cuestión académica, respecto a si es tal figura o tal otra, la que mejor conviene al caso en examen, sino que lo que está en juego es la posibilidad de aplicar una pena superior a la acordada, como directa consecuencia de no aceptar el encuadre jurídico penal propuesto. (...) A los tribunales les queda reservada la tarea de resolver los conflictos discursivos que las partes concreten en los debates. Allí sí deben hacer oír su voz, reclamada por las partes... si media acuerdo de partes, al Tribunal no le corresponde resolver nada, por la sencilla razón que no existe conflicto donde terciar"¹³⁷.

Las posibles modificaciones son las siguientes:

- Modificar la calificación legal escogida cuando el tribunal estimare que ello correspondiere: sin alterar la conformidad con la pena aceptada por las partes. De modo que **está vedado al juez agravar la pena aceptada por las partes** -sea en su monto, especie, reglas de conducta, etc.-.
- Puede absolverse al imputado o disminuirse la pena: las facultades jurisdiccionales para desestimar la aplicación de una pena negociada se impone axiológicamente frente al acuerdo cuando el hecho presupuesto de la pena no es delito, ya por atipicidad, ya por concurrir alguna de las causas que descartan las categorías que integran el sistema de imputación para afirmar la existencia de un delito (justificación o inculpabilidad en sentido amplio), ya por verificarse una causa personal de exclusión de pena (excusa absolutoria) e, incluso, por concurrir una circunstancia que justifique aminorar la cantidad de pena aceptada por las partes. Ello además es compatible con la función de límite a la habilitación de poder punitivo (público o negociado) propia de la actividad jurisdiccional en un estado de derecho.

La homologación judicial del acuerdo, sin juicio, es una condición propia del control de legalidad penal ya que jamás podría habilitarse una pena consensuada en función de hechos atípicos o no punibles o en los que la sanción no guarde adecuada proporcionalidad con el hecho.

Parte segunda: compromiso y acción

1- La víctima en el proceso penal

Motor del contralor particular.

Una adecuada atención a las víctimas, primeras personas en donde la sociedad forma sus percepciones acerca del trabajo del sistema, puede constituir una estrategia clave para mejorar los niveles de confianza en el mismo y disminuir las sensaciones de temor ciudadano. El poder judicial debe abandonar la concepción rígida y tradicional según la cuál le toca desempeñar el papel de una institución cuyo único rol relevante es el procesal. Esto es un error desde el punto de vista técnico, a la vez que desde un punto de vista político constituye una muy mala estrategia de inserción institucional.

Tradicionalmente todas las ideas vinculadas a la teoría del delito y de la pena, como así también los estudios procedimentales, partían invariablemente desde el imputado, otorgándole al sujeto pasivo del delito un mero lugar de reparto. Los debates político-criminales se orientaban exclusivamente hacia el autor y la víctima solo importaba en tanto prueba que permitía acceder al mismo. Esto tiene que ver con las concepciones "modernas" del derecho penal caracterizadas por constituir un derecho eminentemente estatal, es decir, un sistema de regulaciones legales en donde el delito es definido como conflicto entre autor del mismo y el Estado. Frente a la comisión de un delito, surge el derecho del Estado de sancionar la violación al deber de todos los ciudadanos de respetar las normas penales. Posteriormente, con la humanización del sistema penal, se montó una amplia estructura de derechos y garantías que tendían a proteger al justiciable fundamentalmente contra el abuso del aparato de control estatal. Por eso, la víctima había sido dejada de lado en el proceso desde que la pena pasó a ser pública y su finalidad era prevenir -general o especialmente- futuros ataques a bienes jurídicos.

Dicho cuadro de situación subsistió, casi sin contradictores, hasta mediados del siglo XX, en que tanto desde el derecho penal como desde la criminología se comienza a recuperar el lugar de la víctima y a reorientar el sistema hacia la reparación como modo de solución del conflicto.

La superación del conflicto con el victimario y la noción de que el mismo no puede resolverse "confiscándose" al damnificado, sino que éste siempre tiene que tener la posibilidad de intervenir, lo que deriva en lo que doctrinariamente se ha denominado "reapropiación del conflicto". Dicha plataforma ideológica se traduce procesalmente en un rol más activo del sujeto pasivo del delito dentro del proceso penal, lo cual se ve plasmado en el nuevo ordenamiento procesal santafesino.

137. CORVALÁN, VÍCTOR: "Comentarios Críticos a la Reforma Procesal Penal", Juris, Rosario, 2004, págs. 241/246.

Producto de los diferentes marcos conceptuales e ideológicos imperantes se permitió que las víctimas pudieran introducirse y participar en el proceso penal, con mayores o menores prerrogativas, o directamente se las excluyó. Esta última posición fue la que intentó filtrarse en los claustros académicos y en los ordenamientos realizativos principalmente durante las décadas del '60 y '70 –con singular éxito en la otrora legislación santafesina- a partir de la postulación de que el ofendido nada tenía que hacer dentro de la causa; que lo único que pretendía era la venganza privada, que para investigar estaban los fiscales (los que muchas veces se *aburguesaban* con la presencia de un “competidor” paralelo), etc.

Sin embargo, en los últimos tiempos también ha existido un desarrollo creciente de recomendaciones y otros textos preparados por organismos internacionales con el propósito de apoyar los procesos de implementación de los derechos reconocidos en la Declaración y otros instrumentos internacionales. Un rol preponderante en este sentido ha tenido la Oficina de Naciones Unidas para el Control de la Droga y la Prevención del Crimen quien ha producido un manual sobre justicia para víctimas en 1999 y una guía destinada a la policía para su concreta implementación. Asimismo, la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder” adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985¹³⁸ realiza una conceptualización de lo que debe entenderse por “víctima” en general y contempla también específicamente a la víctima del abuso de poder (apartado B. 18) “Se entenderá por ‘víctimas’ las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos” y sugiere un sistema de derechos y tratamiento e intervención más adecuados a los requerimientos sociales de la actualidad¹³⁹. Algo similar sucede con el “Estatuto de la víctima en el proceso penal” realizado en el marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal en 2001, enunciando que: “...las disposiciones de la presente Decisión marco no se limitan a atender a los intereses de la víctima en el marco del procedimiento penal en sentido estricto. Engloban asimismo algunas medidas de asistencia a las víctimas, antes o después del proceso penal, encaminadas a paliar los efectos del delito”

138. A.-Las víctimas de delitos. 1. Se entenderá por “víctimas” 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.

2. Podrá considerarse “víctima” a una persona, con arreglo a la presente Declaración, 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.

3. Las disposiciones de la presente Declaración serán aplicables 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.

Acceso a la justicia y trato justo

4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.

5. Se establecerá 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 sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.

6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:

a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información;

b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente;

c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial;

d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia;

e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas.

7. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.

139. (...) 19. Los Estados considerarán la posibilidad de incorporar a la legislación nacional normas que proscriban los abusos de poder y proporcionen remedios a las víctimas de esos abusos. En particular, esos remedios incluirán el resarcimiento y la indemnización, así como la asistencia y el apoyo materiales, médicos, psicológicos y sociales necesarios.

20. Los Estados considerarán la posibilidad de negociar tratados internacionales multilaterales relativos a las víctimas, definidas en el párrafo 18.

21. Los Estados revisarán periódicamente la legislación y la práctica vigentes para asegurar su adaptación a las circunstancias cambiantes, promulgarán y aplicarán, en su caso, leyes por las cuales se prohíban los actos que constituyan graves abusos de poder político o económico y se fomenten medidas y mecanismos para prevenir esos actos, y establecerán derechos y recursos adecuados para las víctimas de tales actos, facilitándoles su ejercicio.

(ap. 6) así como que “Es necesario armonizar las normas y prácticas en lo que respecta al estatuto y a los principales derechos de la víctima, prestando especial atención al respeto de su dignidad, a su derecho a declarar y ser informada, a comprender y ser comprendida, a ser protegida en las diversas fases de las actuaciones y a que se tenga en cuenta la desventaja de residir en un Estado miembro distinto del de la comisión del delito” (ap. 8) considerando que “Es importante la intervención de servicios especializados y organizaciones de apoyo a la víctima antes, durante y después del proceso penal” (ap. 10).

De este modo, la protección de los derechos e intereses de las víctimas se transformó en una de las plataformas que ha permitido justificar públicamente la necesidad de emprender la reforma en nuestros países y que contribuyó a generar los consensos políticos para ésta.

Sin embargo y ya ingresados al siglo XXI, la realidad ha demostrado en forma abrumadora que las estructuras judiciales se encuentran colapsadas; que una gran cantidad de los conflictos –de cualquier índole– no pueden ser tratados debidamente por los órganos predispuestos, que las causas prescriben a mansalva y que las víctimas resultan “convidadas de piedra”, sin participación en la secuela investigativa originada a partir del delito que padecieron en carne propia. Por eso y obviamente muchos otros motivos, no sorprenden los altos niveles de descrédito de los poderes del Estado en general y del Poder Judicial en particular.

Ante la reiterada manifestación de disconformidad y desconfianza de la sociedad en general acerca de la efectiva posibilidad de tutela de sus derechos, resulta acertado y compatible con las últimas y más modernas tendencias (tanto procesales como político-criminales) posicionar vigorosamente a la víctima en la secuela procesal, permitiéndose su participación como querellante –el que había sido expulsado hace décadas del esquema realizativo santafesino– tanto en su rol **exclusivo**, como de modo **conjunto** o **sustitutivo** del Ministerio Fiscal, luego de haber quedado desterrada definitivamente la falsa disyuntiva que pretendía plantear que el otorgamiento de mayores facultades a la víctima implica un menoscabo de los derechos del imputado. En este punto es dable recordar que tanto víctima como victimario son los protagonistas del conflicto, por lo que impedir que el ofendido no tenga el derecho de participar activamente en el proceso implica un desconocimiento de su condición, actitud tan discriminatoria como resultaría la de cercenar algunos de los derechos del sometido a proceso.

Claro está que la reivindicación del lugar de la víctima debe procurarse en un esquema de prudente equilibrio para evitar una distorsionada privatización de la justicia penal (en la que las desigualdades sociales y económicas pueden llevar a consecuencias poco deseables), así como una revalorización a costa de derechos y garantías constitucionales que todo ordenamiento procesal debe asegurar al imputado frente al ejercicio de poder punitivo, lo cual no es ni debería ser incompatible.

Derechos de la víctima. Fundamentos y enunciación.

De acuerdo a los enunciados en diversos acuerdos y convenciones internacionales, así como en lo que constituye legislación procesal penal vigente en muchos ordenamientos de América Latina (incluso a nivel constitucional: vgr. Art. 250 de la Constitución de Colombia, Art. 80 A de la Constitución de Chile) y nuestro país en particular, parece claro que los movimientos a favor de las víctimas han logrado un proceso de sensibilización que ha llevado a reconocerla en cuanto titular de un conjunto de derechos inalienables que deben ser reconocidos en el proceso penal.

Sin perjuicio de ello, puede también afirmarse que la víctima es un actor clave para la eficacia de la actuación penal. Sin víctima dispuesta a denunciar el delito que ha sido objeto o sin víctima motivada a entregar información relevante para su esclarecimiento, las posibilidades del sistema de conocer el caso y luego resolverlo son muy escasas. Un particular que ingresa al procedimiento penal en forma activa e independiente contribuye a la propia eficacia del sistema, muchas veces sobrecargado y abúlico; de modo de constituirse en una poderosa herramienta de participación y contralor ciudadano de las instituciones penales y su funcionamiento. Esta es una manera de obtener la intervención activa y también el compromiso de la sociedad que reclama ser atendida; pues bien: aquí tenemos una posibilidad de hacerlo.-

Podrían agruparse básicamente en tres grandes ítems:

- ***Derecho a ser tratadas acorde con su calidad de víctimas.***

Esto implica la posibilidad de intervenir activamente como sujeto procesal en tanto afectado directo por el accionar delictivo. En reconocimiento a esto, debe tener acceso a la actuación concreta a través de un querellante, el cual puede asumir diversas modalidades, con posibilidades de continuar aquellas actuaciones que el fiscal opte por no investigar por aplicación de criterios de oportunidad u otras razones, siempre con arreglo a las garantías a favor del imputado.

En este sentido, la víctima debe tener acceso: a la información sobre la marcha de la causa; a los servicios u organizaciones a los que puede dirigirse para obtener apoyo; el lugar y el modo en que puede presentar una denuncia; a qué tipo de protección puede acceder; de la sentencia del tribunal, etc.

Derecho a la asistencia y representación técnica: también debe existir un sistema de asesoramiento y asistencia técnica gratuito para aquellas que no pueden contar con un abogado particular. Esto puede preverse a través de sus servicios públicos o mediante la financiación de organizaciones de apoyo a la víctima, iniciativas en virtud de las cuales las personas que intervienen en las actuaciones o que tienen otro tipo de contacto con la víctima reciben la adecuada formación, con especial atención a las necesidades de los grupos más vulnerables¹⁴⁰. Algunos ordenamientos brindan una solución consistente en la designación, previo sorteo, de un abogado de la matrícula. Dicho profesional, si bien debe desempeñar la función —salvo causa justificada que alegue y acredite el curial— como una carga pública, merece ser recompensado, pudiendo instrumentarse ello a través de algún sistema remunerativo a cargo del Estado o a través de compensaciones fiscales, tal como ya se está implementando en algunas regiones chilenas.

Se trata de ensanchar la operatividad de los derechos de la “víctima a secas”, siguiendo la denominación del profesor Bertolino¹⁴¹, quien explica la problemática de la legitimación diferenciando entre la *legitimatio ad causam*, que apunta al conflicto generado por el delito y el rol de la víctima en función de ello y la *legitimatio ad processum*, direccionado a la intervención concreta del sujeto pasivo dentro del procedimiento penal; y explica —en relación a la específica regulación legal— que la expresión: “...a quien invoque verosimilmente su calidad de víctima...”, está implicando de manera primordial el origen causal-penal de dicha calidad.

En relación a la posibilidad de actuación sin asesoramiento profesional, se han objetado que el frecuente estado de conmoción que suele padecer el sujeto pasivo de una acción delictiva, además de la falta de conocimientos técnicos, podría redundar en su perjuicio contrariando de este modo el espíritu de la norma. Así, se ha dicho que: “Nada mejor que el abogado de la matrícula, por la independencia que ostenta, para poder asesorar convenientemente a quien se manifiesta como la víctima o el damnificado. Bastaría con organizar más eficazmente los consultorios jurídicos gratuitos, que dependen de las Facultades de Derecho y coordinar tareas con los Colegios de Abogados, para estar en condiciones de atender una demanda social que no puede tener cabida en los estudios particulares”¹⁴².

- **Derecho a la reparación.** la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de UN ya mencionada sugiere las siguientes condiciones de resarcimiento:

Ap. 8. “Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos”.

Ap.10. “En los casos en que se causen daños considerables al medio ambiente, el resarcimiento que se exija comprenderá, en la medida de lo posible, la rehabilitación del medio ambiente, la reconstrucción de la infraestructura, la reposición de las instalaciones comunitarias y el reembolso de los gastos de reubicación cuando esos daños causen la disgregación de una comunidad”.

Ap.11. “Cuando funcionarios públicos u otros agentes que actúen a título oficial o cuasioficial hayan violado la legislación penal nacional, las víctimas serán resarcidas por el Estado cuyos funcionarios o agentes hayan sido responsables de los daños causados. En los casos en que ya no exista el gobierno bajo cuya autoridad se produjo la acción u omisión victimizadora, el Estado o gobierno sucesor deberá proveer al resarcimiento de las víctimas”.

Asimismo, plantea el rol de garantía del Estado en cuando a la seguridad ciudadana y su responsabilidad subsidiaria de modo que: “Cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente: a) A las víctimas de delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves; b) A la familia, en particular a las personas a cargo, de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización”. (Ap. 12).

Ap. 13. “Se fomentará el establecimiento, el reforzamiento y la ampliación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas. Cuando proceda, también podrán establecerse otros fondos con ese propósito, incluidos los casos en los que el Estado de nacionalidad de la víctima no esté en condiciones de indemnizarla por el daño sufrido”.

140. Sugerencias del Consejo de Unión Europea antes mencionado.

141. “Código...” cit., págs. 106/107

142. CORVALÁN, V.: “Comentarios Críticos...” cit, pág. 42.- Véanse los comentarios al art. 9.

Implementación. Coordinación de diversos organismos y personal de asistencia a la Víctima.

Lo ideal es contar con Unidades de Asistencia a Víctimas y Testigos¹⁴³ con personal especializado (funcionarios), o en caso de no existir este tipo de instituto, es necesario que se **confeccionen y coordinen listas y turnos** de personal de asistencia -en salud, psicología, psiquiatría, sociales, etc; policía- para la atención primaria de la víctima, de modo de evitar demoras, idas y vueltas, falta de personal adecuado, etc. que puedan redundar en mayor victimización (victimización secundaria)¹⁴⁴. Para ello es conveniente contar con una Oficina de Gestión -que puede ser dependiente del Ministerio Público Fiscal- encargada de llevar a cabo una labor de coordinación entre las diferentes centros asistenciales y agencias vinculadas a la víctima. (Véase último punto del presente trabajo: Oficinas de Gestión Judicial)

Atención al público y asistencia primaria-asesoramiento: esta oficina debería recibir las denuncias y brindar un asesoramiento primario. A tales fines se sugiere programar entrevistas cuya duración no resulte menor a 15 minutos ni superiores a 45, en cuyo lapso el funcionario requerirá las derivaciones que resultaren menester de acuerdo al ítem anterior (servicios de asistencia) y tras entregar al/los entrevistados la folletería que se explicará en el ítem siguiente y sugerirá a la víctima, al Fiscal o Tribunal interviniente (según correspondiere) las medidas que a continuación se exponen:

a) Implementación de Medidas de Autoprotección:

En muchas hipótesis, la comisión del hecho delictual permite a la víctima tomar conciencia acerca de la falta de medidas mínimas de seguridad en su propio entorno (domicilio) y ello es la principal causa de temor de la víctima, la facilidad con la que puede ser objeto de atentados futuros del mismo autor o un tercero. Es así, como diversos sistemas han desarrollado programas de apoyo que le permitan a la víctima identificar cuales son sus principales necesidades e incluso contribuir económicamente o con apoyo técnico proveído por el propio sistema para superar la situación de inseguridad generada por

143. Algunos países han establecido algunas pautas y criterios para la atención de víctimas o incluso han creado una institucionalidad especialmente encargada de ello (por ejemplo las Oficinas de Atención a las Víctimas), la regla general en la región es que todavía dicha actividad es realizada por funcionarios que no han recibido ningún tipo de capacitación específica en la materia y sin ningún procedimiento predeterminado acerca de cómo debe ejecutarse tal actividad, es decir, sin que sea una actividad que se haya profesionalizado u opere con estándares que no sean producto de la mera intuición. En los pocos casos en los que existen unidades especializadas de atención que sí han profesionalizado un sistema de atención adecuado a las víctimas, el problema que se presenta es de cobertura. Se trata de unidades que despliegan su trabajo en un ámbito muy acotado (generalmente el Ministerio Público) sin que se resuelva el grave problema que representa el contacto de la víctima con las otras agencias del sistema. El caso más paradigmático y grave se produce tratándose de víctimas de delitos sexuales que deben ser atendidas por unidades hospitalarias con el objeto de preconstituir evidencia acerca del delito. Los estudios empíricos disponibles indican que la atención en este tipo de contextos sigue siendo muy problemática, lo mismo ocurre con quienes comparecen a los cuarteles policiales por primera vez. Una de las fórmulas experimentadas por varios países de la región para intentar satisfacer de manera concreta los derechos de las víctimas ha sido a través de la creación de unidades o centros de atención de víctimas (en lo sucesivo las llamaremos genéricamente como UAV). Así, por ejemplo, en la Provincia de Buenos Aires se han creado los Centros de Atención de Asistencia de las Víctimas a nivel de fiscalías departamentales, en la Provincia de Córdoba (Argentina) desde el año 1986 existe el Centro de Asistencia a la Víctima del delito (Dirección de Asistencia a la Víctima del Delito), dependiente del ministerio de gobierno del Poder Ejecutivo local, en Guatemala las Oficinas de Atención a Víctimas existentes en la policía y el Ministerio Público, en Costa Rica la Oficina Especializada en la Defensa Civil de las Víctimas del Ministerio Público y en Chile las Unidades de Atención de Víctimas y Testigos existentes a nivel de la fiscalía nacional y de las fiscalías regionales del Ministerio Público.

(Fuente: CEJA)

144. Una primera demanda central para que el sistema pueda satisfacer el derecho de las víctimas a ser tratadas de acorde a su condición de tales es que se les pueda atender con *sensibilidad, deferencia y oportunamente* por parte de todas las agencias que entran en contacto con las mismas en las diversas instancias del proceso. Quizás la situación más paradigmática se produce en el primer contacto de la víctima con el sistema, usualmente con la policía, debido al estado de mayor vulnerabilidad que se produce en los momentos más cercanos a la comisión de los delitos (particularmente tratándose de los delitos violentos).

Pero incluso en los casos comunes y corrientes es posible notar deficiencias como las que siguen:

- Falta de información acerca de los procedimientos a seguir frente a las autoridades del sistema a las que se concurre
- Inexistencia de criterios que racionalicen los tiempos de atención de las víctimas y disminuyan largas esperas de las mismas para ser atendidas.
- Falta de espacios físicos adecuados tanto para la espera como la atención de las víctimas
- Falta de información acerca de los procedimientos a seguir una vez finalizado el trámite con la autoridad respectiva
- Falta de capacitación de los funcionarios que atienden a las víctimas, tanto en materia de trato con las mismas como respecto al tipo de información que deben recabar de ellas y la información que se les debe entregar respecto a sus derechos.
- Problemas de coordinación entre las diversas agencias que reciben sucesivamente a las víctimas (policía, ministerios público, servicios de salud) que se traducen en problemas de atención (esperas largas, falta de información acerca del objeto de la visita, etc.).

Debe destacarse que no todos estos problemas emanan de falta de recursos, sino en una gran medida en que como sistema no se ha adoptado una política explícita de parte de todas las instituciones de preocuparse seriamente del problema. En aquellos países en donde ha existido mayor liderazgo en adoptar políticas concretas para evitar la victimización secundaria producto de mala atención de la víctima, incluso algunas muy sencillas (por ejemplo políticas de coordinación básica del Ministerio Público con la policía para regular los casos en que es necesario citar a las víctimas para que concurren a las fiscalías y los horarios de atención de las mismas para evitar flujos inmanejables de personas), se producen grandes impactos en la mejora de calidad de la atención. Hay aquí, entonces, un problema que excede el puro tema de recursos o falta de presupuesto. (Información: CEJA)

el delito. Sobre este tipo de medidas de protección existe la más variada gama de ejemplos. Veamos algunos de ellos:

- Acompañamiento y revisión inmediata por parte de personal policial del hogar, para analizar las potenciales debilidades en seguridad y luego ofrecer un diagnóstico técnico de las medidas que debieran adoptarse de parte de los residentes para evitar nuevos hechos problemáticos. Para un policía o funcionario con experiencia se trata de una actividad relativamente simple, sin que se consuma mucho tiempo en ella¹⁴⁵.
- Sistemas de Luces: Existen múltiples experiencias en varios países en donde el reforzamiento de las medidas de protección del hogar pasa por la instalación de sistemas de luces con sensores de movimiento en las entradas del mismo o mejoramiento general de los sistemas de iluminación externos e internos del hogar.
- Coordinación con agencias municipales: Hay experiencias de coordinación de fiscalías y policías con servicios municipales destinados a que éstos puedan remover arbustos y otros obstáculos alrededor de los hogares que pueden servir como lugares para que los criminales se oculten de noche en los mismos.
- Sugerir Sistemas de Alarmas: Hay otras ocasiones en que las necesidades de protección de las víctimas surgen como consecuencia de una sensación de aislamiento en que ellas se encuentran frente a potenciales atentados de los autores del delito denunciado o de terceros. En ese contexto, como complemento de las medidas de autoprotección, dichas necesidades de protección pueden ser resueltas a través de la instalación de diversos sistemas de alarma que permitan a la víctima dar cuenta de una situación riesgosa¹⁴⁶.

b) Sistemas de Comunicación: Las necesidades de protección en múltiples situaciones se asocian a las necesidades de la víctima de poder comunicarse muy rápida y directamente con las diversas autoridades en casos de situaciones problemáticas para su integridad física o psíquica como consecuencia de ser víctima en un caso. En esta área también han sido desarrolladas numerosas experiencias concretas que intentan hacerse cargo del problema. A continuación revisaremos algunos ejemplos:

- Entrega de Teléfonos Celulares (móvil): En varios países una política bastante extendida es la entrega de teléfonos celulares a las víctimas para que se puedan comunicar con los fiscales o la policía durante el desarrollo del proceso. El número de dicho teléfono es registrado por los fiscales o la policía como un número de atención preferente, es decir, que frente a un llamado de dicho número tienen un sistema especial de atención inmediata. Para aumentar cobertura de estas medidas, los Ministerios Públicos o la policía realizan convenios con las compañías de teléfonos celulares y otras empresas que operan como sponsors de este tipo de programas lo que permite obtener una mayor cantidad de aparatos disponibles.
- Mejoramiento de Capacidades de Comunicación: En otros casos las medidas tienen por objeto aumentar la capacidad de comunicación de las víctimas con la policía o el Ministerio Público. Así, hay experiencias de poner a disposición de la víctima diversos aparatos telefónicos de manera que su domicilio cuente con uno por habitación o instalar un botón en el aparato que marque directamente el número de la fiscalía o policía. Dichas medidas se complementan con el sistema de atención preferente de dichos llamados. En casos en que las víctimas no cuentan con teléfono se les entrega tarjetas telefónicas que les permitan hacer llamados sin costos.
- Teléfonos de Asistencia: En Estados Unidos e Inglaterra existen diversas experiencias con sistemas de atención telefónica de 24 horas al día en teléfonos 1-800, es decir, teléfonos de llamado sin costo. Estos servicios ofrecen variados tipos de atención para las víctimas: información general, contención, recomendaciones de seguridad, conexión con servicios policiales de emergencia, etc.

145. Apoyo en Medidas de Seguridad: En Chile, las Unidades de Atención de Víctimas y Testigos contribuyen con financiamiento o con mano de obra para reforzar medidas de seguridad de hogares en donde hay víctimas que tienen temor de ser atacadas nuevamente por los autores del delito. Así, se han desarrollado múltiples casos en lo que dichas unidades cooperan en la construcción de muros, levantamiento de rejas, colocación de protecciones en las ventanas, entrega de seguros para puertas, etc.

146. - Botones de Pánico: En muchos países se ha desarrollado un sistema a través del cual se instala en el domicilio de las víctimas o en sus automóviles "Botones de Pánico". Se trata de dispositivos que al ser activados por la víctima generan un ruido tan intenso que son capaces de alertar a vecinos y transeúntes acerca que algo está ocurriendo en ese domicilio o en el automóvil en el que se requiere ayuda o intervención policial.

- Alarmas Tradicionales: En otros casos, se provee a la víctima un sistema de alarmas tradicionales en su domicilio que se activa cuando alguien intenta entrar al mismo sin desactivar la alarma. En algunas ocasiones dichas alarmas se encuentran conectadas directamente con la policía que puede responder inmediatamente frente a la señal de su activación.

- Alarmas Móviles: Existen también experiencias de entrega de sistemas de alarma personales, es decir, un sistema de alarma móvil que es un dispositivo que la víctima lleva consigo y puede activar en caso que se sienta intimidada por una situación en cualquier lugar en donde se encuentre. (Fuente: CEJA)

c) Sistemas de Protección Policial: Hay casos en que las demandas de protección no sólo requieren un comportamiento reactivo de la policía o el Ministerio Público, sino que cierta proactividad para demostrarle a la víctima la preocupación del sistema. Para estos efectos existen diversas medidas de protección policial que pueden ser adoptadas. Aquí nuevamente van algunos ejemplos desarrollados en el ámbito comparado:

- Sistemas de Rondas Periódicas: Se trata de casos en los que se incluye dentro de la agenda de patrullajes del sector el hecho de visitar la casa de una víctima en cuyo favor se ha adoptado esta medida de protección. La idea es que la policía haga visible su presencia, por ejemplo, cada vez que anda en el sector parando en el domicilio de la víctima y preguntando a sus moradores si todo está en orden.
- Sistemas de Llamados Telefónicos: en otros casos se desarrolla un sistema de seguimiento de la víctima por medio de llamados telefónicos cada cierto tiempo destinados a verificar que todo esté en orden y no exista ningún problema. Sistemas de este tipo pueden estar tanto en manos de la policía como de otras agencias del sistema.
- Sistemas de Punto Fijo: En casos más extremos, se puede asignar un policía como punto fijo para la vigilancia de un hogar o para dar seguridad en traslados de la víctima en ciertas actuaciones claves del proceso. Como se puede observar se trata de una medida que puede tener diversos grados, desde un acompañamiento permanente de la víctima o su familia hasta la presencia policial en actuaciones precisas y concretas.

d) Sistemas de Re-localización: Existen tipos de delito que por su gravedad o por las relaciones existentes entre autor y víctima suponen como medida de protección y aseguramiento de esta última la posibilidad de ubicarla en domicilios distintos durante todo el proceso o al menos en algún momento de él. Para estos efectos existen también diversas modalidades de re-localización. A continuación veremos algunos ejemplos:

- Ubicación Temporal: hay casos en que las necesidades de re-localización de la víctima sólo se requieren en momentos muy específicos del proceso, por ejemplo al momento en que se formula la denuncia o durante el desarrollo del juicio. Para estos efectos varios sistemas desarrollan medidas de ubicación temporal en casas de acogida u hospedaje, hoteles u otros equivalentes.
- Ubicación familiar: en situaciones más complejas no sólo se requiere cambiar a la víctima de su domicilio sino que al grupo familiar en conjunto. Se trata de medidas más sofisticadas ya que se requiere encontrar un lugar idóneo para ubicar a un grupo familiar.
- Reubicación definitiva: en casos de mayor gravedad la necesidad de cambio de domicilio no es temporal sino que permanente. Para estos efectos, varios sistemas coordinan con las autoridades de vivienda a nivel nacional o local con el objeto de obtener acceso a subsidios o viviendas estatales disponibles que puedan ser asignadas a las víctimas.

e) Medidas Cautelares contra el ofensor:

Otro grupo de medidas de protección se asocia al establecimiento de restricciones a la libertad individual del ofensor con el objeto de evitar su contacto con la víctima. Esto se hace normalmente a través de decisiones judiciales que imponen restricciones de diversa índole al imputado, en el contexto del proceso penal seguido en su contra o incluso antes de que se inicie. Veamos algunos ejemplos:

- Prohibición de Acercamiento a la Víctima,
- Abandono del Hogar Común,
- Prisión Preventiva, etc.

f) Sistemas de Protección en las Audiencias:

Las demandas y necesidades de protección surgen muchas veces como consecuencia directa de la participación de la víctima en las distintas actividades del proceso, particularmente cuando les corresponde comparecer a diversas audiencias ante los tribunales. Se puede sugerir:

- Salas de Espera Especiales: Un primer grupo de medidas se refiere a la existencia de salas de espera especiales de las víctimas en los tribunales cuyo objetivo es evitar que éstas tomen contacto con el imputado, sus familiares o testigos que puedan ser hostiles en su contra y que eventualmente puedan intimidarla o derechamente atacarla.
- Entrega de Elementos de Distorsión de Identidad: utilización de biombos, cortinas, etc. que no permiten que el público pueda ver el aspecto físico del testigo, pero sí los jueces.
- Excepciones a la Publicidad de las Audiencias.

Comunicaciones y publicidad: La oficina debe poner a disposición del público folletería de distribución gratuita informando en lenguaje claro y sencillo qué se debe hacer frente a una agresión, lugares y personas a quienes recurrir 24 hs. consignado números telefónicos y móviles, líneas 0800, correos electrónicos, listas de turnos, etc. También debe establecer modos de publicidad en entes públicos y privados, escuelas, organizar charlas informativas, difusión y prensa¹⁴⁷.

Un tema central es el de la distribución local de los centros de atención y asistencia a las víctimas y testigos en localidades pequeñas o alejadas de los grandes centros urbanos, que generalmente no cuentan con infraestructura ni personal adecuados para atender la problemática enunciada. Para estos casos, se sugiere establecer las oficinas en las fiscalías; o en localidades más pequeñas en comisarías o en las municipalidades o comunas, en coordinación con los centros de salud existentes¹⁴⁸. A tales fines, se deberá hacer un estudio y la consiguiente referencia en relación a las localidades de su competencia territorial deberá hacer un estudio y análisis de los requerimientos y deficiencias puntuales: con qué se cuenta, qué instituciones y nivel poblacional, índices delictivos, etc. y todo otro dato de interés para evitar traslados, demoras y lagunas de atención) y en función de ello escoger las instituciones más adecuadas, lo que se registrará en la Oficina central.

Por otra parte, y en caso de falta carencia de funcionarios o lugares físicos de asistencia en localidades muy pequeñas, pueden instaurarse **centros de atención urgente** en cada una, pero con inmediata derivación a centros mayores que deberán preverse al efecto.

Es importante contar en estas situaciones con cobertura de gastos de movilidad y traslados, así como turnos 24 hs.

2- Juicio por jurados y participación ciudadana

Aún admitiendo las dificultades operativas, no puede dejar de señalarse que el juicio penal querido por la Constitución Nacional es el modelo de un juicio oral, público y por jurados. Desde su fuente de inspiración histórica-política y desde una interpretación dogmática no puede negarse que el juicio por jurados fue pensado por nuestros constituyentes para juzgar todos los delitos. Esa decisión fue ratificada con la reforma de 1994. En esa línea la reforma radical que representa este nuevo diseño normativo procesal se aleja significativamente del modelo inconstitucional vigente durante años y se aproxima positivamente al diseño constitucional pero no lo satisface plenamente al no adoptar para todos los casos el juicio por jurados.

Los jurados son una garantía procesal que integra el debido proceso legal adjetivo desde la perspectiva del justiciable: el imputado de un delito tiene derecho a ser juzgado en materia penal por los ciudadanos, quienes deciden si es culpable o inocente del hecho que se le imputa. Desde este punto de vista, el jurado es un órgano de justicia de carácter colegiado integrado transitoriamente, conformado total o parcialmente con legos, ante quien sólo puede desarrollarse un juicio caracterizado por la inmediación, publicidad y oralidad.

147. Un defecto en el funcionamiento práctico de los sistemas reformados ha sido la falta de información básica a las víctimas acerca de los procedimientos a seguir, a quiénes concurrir, información que requieren entregar, consecuencias de los distintos pasos, derechos en cada etapa, etc. En los mejores casos es posible encontrar cartillas o panfletos informativos de los derechos de las víctimas o carteles que se ponen en diversos lugares que pretenden dar una noción básica acerca de los derechos de las víctimas. Si bien se trata de esfuerzos que son necesarios de profundizar, la información que se entrega en esos formatos suele adolecer de la especificidad necesaria para que la víctima se vaya con una idea clara acerca de lo que debe hacer en su caso o derechamente en otras oportunidades la información que ellos contienen simplemente no es relevante. En fin, en varios países se trata de instrumentos que no llegan a su público natural por problemas de difusión y distribución. Incluso cuando es posible detectar experiencias en donde se ha avanzado a través de formas más efectivas de comunicación con las víctimas (por ejemplo envío de cartas o llamados telefónicos) se presenta un nuevo nivel de problemas: información formal, plagada de tecnicismos y poco efectiva. Por ejemplo en aquellas situaciones en las que el sistema toma la decisión de no llevar adelante la investigación del caso, enviar una copia de una resolución judicial o de un fiscal no constituyen un buen ejemplo de contenidos pensados para satisfacer las necesidades de información de las víctimas. (Fuente: CEJA)

148. Un último aspecto respecto a estructura de las UAV que interesa revisar se refiere a la composición de estas unidades, es decir, revisar cómo se integran y el perfil de profesionales que conforman parte de las mismas. La tendencia prácticamente unánime es la integración interdisciplinaria de las UAV. La mayoría de las experiencias en la región, como también fuera de ellas, es que unidades de este tipo se integran por profesionales de distintas disciplinas, incluyendo típicamente además de abogados a psicólogos, asistentes o trabajadores sociales, médicos y otras profesiones del área de las ciencias sociales.

Si bien la integración de las UAV dependen fuertemente de las funciones específicas asignadas a la misma, las que varían de país en país, un problema que es posible detectar en varios casos es todavía una preeminencia muy importante de abogados que la integran. En abstracto tampoco esto representa un problema en sí mismo, lo que ocurre es que normalmente ello refleja una cierta vocación por privilegiar una atención de la UAV orientada a la prestación de servicios legales por sobre otras dimensiones del trabajo con las víctimas. Hemos visto que los derechos de las víctimas involucran dimensiones que exceden el ámbito de asistencia legal, el que además puede ser perfectamente prestado por los fiscales sin necesidad que los recursos escasos de las mismas sean gastados en un área en donde las fiscalías normalmente tienen una capacidad instalada disponible muy importante. Con esto no se quiere señalar que las funciones de asistencia legal no sean relevantes, sino que ellas pueden ser perfectamente cumplidas por otros actores dentro de la propia fiscalía.

Sin embargo, el jurado también implica el deber y el derecho de todo ciudadano de integrarlo ya que es una expresión democrática y su fundamento constitucional está en la soberanía popular (art. 33 in fine y art. 37 párr. 1 de la C.N.); por eso, el “jurado” debe ser “popular” y no cabría integrarlo totalmente con letrados.

La participación ciudadana en la administración de justicia, categóricamente reclamada en nuestro texto constitucional a través de sus reiteradas referencias al juicio por jurados en causas criminales, está lejos de constituir una singularidad del ordenamiento constitucional argentino¹⁴⁹.

Desde las primeras horas de vida de nuestra Nación se vivió un interés inusitado por el enjuiciamiento criminal por jurados, por considerarlo el sistema más fiel a la expresión de la forma republicana de gobierno. Pero el tiempo fue transcurriendo, y a pesar de haber contado dicha institución con el alto respaldo de la Constitución Nacional, no ha llegado a materializarse en nuestra práctica jurídica, pese a que desde muy temprano nuestro país experimentó distintos ensayos en lo concerniente al establecimiento del juicio por jurados.

Los primeros antecedentes juradistas se detectan en 1811 “...mediante la constitución del Jurado de Imprenta, aplicado expresamente en todas las provincias y compuesto por nueve miembros que debían reunir la calidad de ‘ciudadanos honrados’ cuya función era la de declarar si había o no delito en el papel, puesto que el castigo correspondía a los jueces”¹⁵⁰.

Dos años más tarde, los Proyectos Constitucionales de 1813, de la Comisión formada por Pedro Agrelo y otros, y de la Sociedad Patriótica, confiaron a jurados el juicio criminal. Luego, dicho instituto afloraría en el art 114 de la Constitución Nacional de 1819, el cual rezaba “...el cuerpo legislativo cuidará de preparar y poner en planta el establecimiento del juicio por jurados, en cuanto lo permitan las circunstancias.”

A nivel provincial, como por ejemplo Córdoba, el Reglamento Provisorio de 1821, prescribía que la administración de Justicia seguiría los mismos principios de orden y método “...entretanto las circunstancias de la provincia hacen aceptable y permiten establecer el sistema de legislación por jurados.”¹⁵¹.

En un breve lapso, el 19 de enero de 1825 la Provincia de Buenos Aires instituyó el Jurado Por Abigeato para juzgar a los ladrones de corto número de cabezas de ganado. El modo de juzgamiento era el siguiente: el Jurado era presidido por el Juez de Paz y lo formaban dos vecinos de su elección, de “conocida honradez y propiedad”¹⁵², a los cuales se los debía instruir sobre el proceso y dictar sentencia, la cual resultaba ser inapelable.

Un sistema análogo, pero limitado sólo a los casos de robo de una cabeza de ganado, sería adoptado en la provincia mediterránea, por el decreto de José María Paz, del 2 de mayo de 1829 y reiterado por Calixto González el 24 de marzo de 1832. Al año siguiente, la Constitución Nacional de 1826, reproduce literalmente en su artículo 164, el contenido del artículo 114 de la Constitución Nacional de 1819 el cual hacía referencia a la implementación del Juicio por Jurados.

Transcurridos dos años de aquel intento constitucional, como menciona Daniel Horacio Obligado, en

149. “El juicio por jurados es utilizado hasta en los mitos griegos, lo que denota una trayectoria de larga data. Así por ejemplo, el dios Ares fue absuelto por un jurado de doce dioses, por un empate de seis a seis. El primer jurado que consta en la historia actual data de la época egipcia, esto es, unos dos mil años, formado por ocho miembros de la comunidad. El concepto contemporáneo del jurado tiene sus raíces más profundas en los países del derecho común, como Gran Bretaña, Estados Unidos, Canadá, Australia. A su vez, países de la historia del Derecho Romano también han usado este tipo de institución. En la actualidad, países como Rusia y Japón, otra vez vuelven al uso de jurado de conciencia, el jurado popular. Si echamos un vistazo al presente instituto en la historia de los pueblos Anglosajones, veremos que se remonta a la Carta Magna de Inglaterra de 1215, donde establece el poder popular en la cara de los reyes y afina para el futuro la tradición anglosajona del uso del poder popular como instrumento de los derechos civiles y políticos. En Estados Unidos fue ratificado por la Constitución Nacional en 1776, donde fue una de las pocas decisiones que no tuvieron mucho debate ya que los conservadores, liberales, federalistas y no federalistas, siempre apoyaron el derecho del jurado. El mismo fue apoyado por el pueblo ya que contrarrestaba el abuso de poder del rey y rechazó las acusaciones arbitrarias de los fiscales y de los agentes del rey en Estados Unidos. (...) Nos detengamos brevemente en la realidad estadounidense. Antes de la guerra civil, al decir de Wilson, este instituto adquiere notas bien definidas. La primera es que el jurado fallaba sobre el derecho y el hecho, y ahora únicamente lo hace sobre el hecho. La segunda es que los jurados, aunque tuvieran prohibida la discriminación por causa racial, fueron compuestos casi siempre por hombres blancos, libres, educados, o sea no incluía el derecho de la mujer y seguramente no incluía el derecho del esclavo o del negro. A grandes rasgos podemos mencionar la existencia de dos grandes formas de aplicar el juicio por jurados. Sistema anglosajón, en el cual existen jurados legos, encargados de determinar los hechos y jurados letrados encargados de aplicar el derecho. Sistema escabinado, combina la existencia de jurados legos y jurados letrados, los cuales en forma conjunta determinan los hechos y el derecho aplicable. Esta última cuenta con dos formas de implementación; la primera priorizando la existencia de los letrados por sobre la cantidad de ciudadanos comunes que forman parte del jurado; la segunda, por el contrario, prioriza la cantidad de ciudadanos por sobre la de los letrados.” Publicación extractada del Diario Judicial *on line* “El Dial”, artículo: “El juicio por jurados en la legislación cordobesa” Por JAVIER ROJO.

150. OBLIGADO, DANIEL HORACIO: “El Juicio Por Jurados en Entre Ríos”, La Ley, Año 1997, Vol E, Buenos Aires 1997, pág. 1459.

151. LEVAGGI, ABELARDO: “Los escritos del fiscal de la Audiencia de Buenos Aires Manuel Genaro de Villota”, Ed. Conicet, Buenos Aires, 1981; cit. por MAIER, en “Derecho Procesal Penal” cit..

152. Jurado de abigeato de Buenos Aires de 1825 del Gobernador Las Heras: aunque restringido a éste sólo delito, estuvo vigente hasta la sanción del Código Rural de 1866. El trámite se concretaba con un jurado integrado por un juez y vecinos.

1828, "...el Gobernador Dorrego restableció el Juicio por Jurados en ciertas causas".¹⁵³ Ya en la década siguiente, Juan Manuel de Rosas dictaría el 12 de abril de 1836 un decreto mediante el cual se establecía un Jurado para conocer fraudes y perjuicios que podían sobrevenir en el mercado de Buenos Aires. Fue así como se organizó el Jurado de Mercado, el cual se encontraba compuesto por un juez, más dos ciudadanos extraídos de una lista de ocho.

Así llegamos al dictado de la Constitución Nacional del año de 1853, la que separándose del proyecto de Alberdi y basándose en la Constitución de 1826, expresó su inequívoca voluntad de implantar el sistema de Jurados en nuestra administración de justicia, que puede observarse en tres de sus disposiciones. Ellas son: el art. 24: "El congreso promoverá...el establecimiento de juicio por jurados"; el art. 67: "Corresponde al Congreso de la Nación..."; inc 11: Dictar...leyes que requieran el establecimiento del juicio por jurados" y el art. 102: "Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminaran por jurados, luego de que se establezca en la República esa institución".

Con la Constitución Nacional de 1860, mediante la cual se establecía la incorporación de Buenos Aires, los congresales ratificaron las disposiciones de la Constitución Nacional de 1853, referidas al Juicio por Jurado y Bartolomé Mitre, por aquel entonces presidente de la nueva República consideró que el juicio por jurados "...es el complemento necesario de un pueblo libre"¹⁵⁴.

A pesar de contar con tan valioso aval como lo es el Constitucional, lo cierto es que el sistema del jurado no logró imponerse, aunque es verdad que tuvo un principio de aplicación en la Provincia de Mendoza en 1853 cuando se sometió a todos los delitos a tribunales presididos por el Juez de Letras en lo criminal y completados por dos ciudadanos.

Finalmente el 30 de septiembre de 1871 el Congreso Nacional sancionó una ley por la cual el Poder Ejecutivo debía nombrar "Una comisión de dos personas idóneas que proyecten la ley de organización del jurado y la de enjuiciamiento en las causas criminales ordinarias de Jurisdicción Federal, debiendo someterla a la consideración del Congreso en las primeras sesiones del próximo período legislativo". En su cumplimiento, por decreto del 16 de noviembre, Sarmiento nombró a Florentino González y Victorino de la Plaza quienes, por nota del 23 de abril de 1873 dirigida al ministro Avellaneda, comunicaron la conclusión del trabajo.

Este "...proyecto contemplaba el funcionamiento de dos jurados: uno de acusación y otro de juicio, cuyos miembros serían extraídos por sorteo de una lista de confección trienal. Podían ser jurados tanto los argentinos como los extranjeros, con tal que fueran capaces, estuvieran domiciliados en el distrito y tuvieran propiedad o fueran contribuyentes. El Congreso empero no lo aprobó, por vicios de redacción y porque no compartió el criterio del doble jurado".

Otro intento infructuoso data del año 1884, en el cual el Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, José Domínguez redactó un segundo proyecto de ley de enjuiciamiento por jurados, el cual en sus fundamentos aludía al proyecto anterior de 1871.

Así fue que este proyecto, previa revisión por una comisión especial fue presentado al Congreso por el Poder Ejecutivo el 1º de Septiembre de 1884, sin embargo el 20 de Septiembre del mismo año, el Presidente de la República Argentina, Julio A. Roca había sometido el Proyecto de Código de Procedimiento en Materia Penal, redactado por el catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires, Manuel Obarrio, y revisado por Filemón Posse, Juan E. Barra y Onésimo Leguizamón. De esta forma el proyecto de José Domínguez quedó en contraposición con el Proyecto de Manuel Obarrio dando como resultado que el congreso optase por este último sancionando el Código de Procedimiento en Materia Penal por la Ley 2372 en el año de 1889.

Desde una óptica histórico-política puede aseverarse que la argumentación favorable a la institución de la participación popular en la justicia penal ha transitado preferentemente por el terreno de lo político y sobre todo durante el período en que se encontraba vigente el pensamiento clásico. En tal sentido podemos recordar la postura francamente favorable otorgada al instituto por Domingo Faustino Sarmiento, quien en 1846 había escrito en "El Mercurio": "El Jurado es el Paladium de las libertades públicas. Introducir el jurado es inocular un principio de vida y de existencia en el pueblo."¹⁵⁵. Por su parte, su antecesor en la Presidencia, Bartolomé Mitre, coincidía con estas ideas llegando a expresar que "...la institución del

153. OBLIGADO, DANIEL H.: ob. cit., pág.1459.

154. En este sentido: "No podemos dejar de mencionar a Bartolomé Mitre, quien sostuvo durante la discusión de la Ley 483, luego promulgada por Sarmiento, la institución del jurado como *dogma para todo pueblo libre*. Este primer proceso concluye con la inclusión de este instituto dentro de la Constitución de 1853, la cual, por su importancia, está contemplada en tres artículos de la misma, 24, 75 inc. 12 y el Art. 118." Nota de JAVIER ROJO, en "El Dial" cit.. La cursiva es nuestra.

155. PALACIO, LINO E. : "La Realidad Jurídica y la proyectada integración de los Tribunales Penales" Disertación pronunciada por el académico Dr. Lino E. Palacio, en la VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 4, 5, y 6 de octubre de 1989, Editorial. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires 1989, pág 7

jurado es un dogma para todo pueblo libre”.

En igual sentido, se expedirían otros gobernantes como Nicolás Avellaneda y Manuel Quintana, de quienes se recuerdan las siguientes palabras: “Para honor de esta Cámara ninguna voz se ha levantado atacando la institución del Jurado, que es una de las grandes conquistas de la civilización moderna y de las garantías más firmes sobre las que reposan las libertades públicas y privadas.”¹⁵⁶.

La buena predisposición respecto del Jurado a nivel político pronto se tradujo en una incipiente doctrina que produjo importantes trabajos en la materia antes de que comenzara a cobrar influencia la Escuela Positiva. Así se alzaron las voces de eminentes procesalistas como Tomás Jofré quien esbozaba: “...que si el pueblo tiene derecho administrar su propia justicia, es evidente que la forma más práctica de hacerlo es por medio de jurados.”¹⁵⁷ y de Máximo Castro, quien expresaba “...que el jurado es la forma más práctica y directa de administrar justicia puesto que es el pueblo mismo quién realiza esa función.”¹⁵⁸

Tal es así que como ejemplo de estos autores puede citarse lo reseñado por Gumersindo de Azcárate el cual encontraba en el jurado las siguientes ventajas: “1) Que contribuye a crear caracteres enérgicos despertando el sentimiento de responsabilidad en los ciudadanos; 2) que al asociar a éstos a la obra de la justicia, facilita su elevación moral e intelectual; 3) que por el mismo motivo se populariza el derecho en cuya suerte se interesan todos los miembros de la sociedad; 4) que además de ser para todos una escuela donde se adquiere experiencia de estos asuntos, reviste a cada ciudadano de una especie de magistratura, como dice Tocqueville, haciendo conocer a todos que tienen deberes que cumplir con la sociedad y que entran a formar parte de un gobierno.”¹⁵⁹

Pero una vez entrado el año de 1887 y con el desembarco del pensamiento positivista en La Argentina, comenzó a minimizarse el debate en torno a la institución del Juicio por Jurados, ya que como bien refieren Ricardo Cavallero y Edmundo Hendlar: “La Escuela Positiva nunca ocultó su ‘científico’ desprecio por el jurado popular, actitud que en la Argentina se tradujo sobre todo en un silencio a su respecto, en un concertado disimulo para dejar en el olvido a ese ‘desdichado’ recurso de las edades bárbaras.”¹⁶⁰.

Algunos de los argumentos para denostar al instituto partían de entender que el pueblo argentino no se encontraba educado o bien que no poseía la misma idiosincrasia que el pueblo inglés, con lo cual puede vislumbrarse que la clasificación biotipológica efectuada por esta escuela trasciende lo criminal y se traslada a todo el campo social, denotando un claro corte elitista, pues evidentemente el pueblo colonizado y recién independizado de las provincias unidas del sur, mestizo y subsumido en luchas de carácter político, no se encuentra en un plano de igualdad con el pueblo colonizador inglés creador de la antropología como discurso legitimante para su aventura colonialista.

En lo que atañe a la conformación del jurado –**popular**: integrado totalmente por legos, o **escabinado**: integrado por los anteriores y jueces técnicos, en diferentes proporciones, según la variante escogida- la norma procesal optó por dejar abierta la posibilidad a ley reglamentaria futura.

Parte tercera: cuestión de organización

Oficinas de gestión judicial

Las ventajas de un modelo de gestión empresarial

Una de las claves del un sistema eficaz y confiable consiste en la necesidad de un nuevo diseño en cuanto a la organización de las estructuras judiciales y, especialmente de un nuevo sistema de gestión. En general, es importante establecer un organismo que estará a cargo de un director o jefe y que contará con medios materiales y humanos para llevar adelante su tarea conjuntamente con los Jueces y sin perjuicio de las facultades y atribuciones de éstos, conferidas por la misma ley procesal.

La separación tajante de las funciones administrativas de las judiciales resulta una de las claves para lograr un adecuado funcionamiento del sistema, por lo que resultaría importante que no se descuide la implementación de la mencionada Oficina.

Las funciones que debería cumplir esta Oficina son las siguientes:

- a) Coordinar las agendas de Jueces, Fiscales y Defensores, de modo tal que no se superpongan las audiencias ni fracasen, tal como sucede en provincias vecinas –como Bs. As.- en donde se intenta

156. CAVALLERO, RICARDO – HENDLER, EDMUNDO: “Justicia y Participación. El Juicio por Jurados en Materia Penal” Editorial Universidad, Buenos Aires 1988, Pág 83

157. CARVAJAL PALACIOS “El Juicio por Jurado” Editorial Dirección General de Publicaciones, Biblioteca y Archivo, Buenos Aires 1953, pág. 7

158. Ídem, pág. 7

159. Ídem, pág. 6

160. CAVALLERO RICARDO - HENDLER, EDMUNDO: “Justicia y Participación. El Juicio por Jurados en Materia Penal” Universidad, Bs. As., 1988, pág. 71.

implantar una instancia similar debido al bajo porcentaje de concreción de audiencias (siempre por debajo del 50 %).

- b) Garantizar la presencia de todos ellos a la hora y en la sala señalada, para lograr puntualidad y cumplimiento de las audiencias fijadas.
- c) Citar y trasladar –cuando ello fuere necesario- a las personas que deben concurrir a las audiencias: testigos, imputado, peritos, etc.
- d) Dictar, por parte del Director de la OGJ, disposiciones de mero trámite –susceptibles de ser cuestionadas por las partes ante el Juez- dentro del marco de su cometido.
- e) Debería brindar al público información clara y sencilla, de modo tal de transparentar el accionar del servicio de justicia y tornarla más cercana –y por ende creíble- a la sociedad, de acuerdo a lo manifestado en ocasión de plantear la implementación de medios de protección a la víctima.

En definitiva este organismo, debe ser el encargado de *crear un esquema* organizacional moderno, flexible y ágil, que se adecue al índice de litigiosidad y que exigirá una lógica buena predisposición de los operadores del sistema para que el mismo funcione adecuadamente.

Conclusión

Muchas veces los afanes publicitarios de políticos en campaña, los medios de comunicación inescrupulosos y las “huelgas de la inteligencia” al decir de Zaffaroni llevan a que se elaboren discursos con gran trascendencia y llegada a la ciudadanía que descalifican instituciones y normas de modo completamente destructivo, sin que nadie repare en la absoluta necesidad que implica ignorar o manipular lo que tantos siglos de evolución y luchas ha tomado lograr: la consagración constitucional de los derechos a la igualdad, libertad y dignidad. Más allá de las críticas que merezcan las instituciones públicas en general, su lentitud, su indiferencia y hasta la recurrente falta de capacitación, es de trascendental importancia que la comunidad comience a comprender que las fracturas y la falta de confianza no construyen nada bueno; y asimile que sólo la participación activa y comprometida logra plasmar las mejoras del cambio social.

A lo largo de nuestra experiencia en el poder judicial, hemos visto que los mismos sujetos que clamaban por la mano dura y la cárcel al *precondenado procesado delincuente* comprendían rápidamente los principios de inocencia y la necesidad del juicio previo cuando, por esas cosas de la vida, se veían a sí mismos o a un ser querido involucrados como imputados en una causa penal. Es necesaria realmente una gran carga de ignorancia o al menos de mala voluntad para enunciar su pisoteo.

Es que, en cuanto a la “inseguridad”, cuyas causas jamás históricamente han sido evitadas por las políticas represivas duras -sino todo lo contrario-, son alentadas por ciertas funcionalidades en manos de los mismos que manipulan los discursos y no cumplen con la evitación de las verdaderas causas de la delincuencia: la marginalidad, la exclusión social y la falta de educación. El garantismo, como freno e interpelación a las potestades coercitivas sufre injustificada -y maliciosamente- de mala prensa en muchos ámbitos; sin embargo, es una herramienta a favor de la libertad y seguridad de todos, porque la verdadera inseguridad viene de arriba: de la atribución de poderes estatales ilimitados.

En definitiva lo que se propone en este humilde trabajo es abordar el fenómeno de la inseguridad desde una óptica de política de Estado que en forma práctica, posible y eficaz, con muchas instituciones ya conocidas e implementadas, promueva la inclusión social de las amplias franjas sociales excluidas del sistema y consolide el bienestar de las que no se hallen en esa situación.

Desde el punto de vista del sistema penal el tan mentado fenómeno de la inseguridad -y sus implicancias: mano dura, *segurismo*, gatillo fácil legislativo, etc.- deberá ser procesado a través de los organismos estatales predispuestos para ello restringiéndose la respuesta punitiva al mínimo indispensable como único camino a la evitación del indeseable cercenamiento de derechos fundamentales de todos; para dar cabida -en cambio- a facultades selectoras de la acción penal a manos de organismos encargados de ejercer la acción penal -Ministerio Público Fiscal- a través de un régimen de oportunidad reglada y controlada, a la vez que se propugna una descongestión del sistema -a los fines de que el mismo esté direccionado hacia las conductas socialmente más nocivas- adoptándose toda la gama de salidas alternativas al enjuiciamiento: suspensión del juicio a prueba, juicio abreviado, procedimientos sumarísimos y directísimos, conciliación, mediación, etc.

La capacitación e idoneidad de los operadores juega entonces un rol preponderante, al igual que la creatividad y la posibilidad de obtener recursos presupuestarios acordes a la materia en juego.

Finalmente y a los fines de que dichas alternativas no generen un desconocimiento o afectación de la posición de la víctima, lo que aquí se propone es la implantación en los modelos procesales acusatorios

modernos -tal como ya se encuentra previsto en los nuevos ordenamientos de Santa Fe y Chubut- de una figura de querellante fuerte, dinámica, con una ampliación base de legitimación activa (que incluya personas jurídicas afines y admita la denominada acción popular para la investigación y juzgamiento de determinados delitos) y que pueda ejercer la acción penal en soledad cuando el actor penal oficial -el Ministerio Público Fiscal- deja de sostener la acción penal, abandonando o desistiendo la acusación, fomentando por otra parte el compromiso y contralor activo del damnificado.

Garantismo penal y participación ciudadana: el único motor del cambio en pos de una sociedad digna, más libre e igualitaria. Que el árbol no nos tape el bosque.

Bibliografía

ALAGIA, ALEJANDRO: "Probation y pena de inhabilitación", pub. en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", Año III, N° 7, Edit. Ad-Hoc, Bs.As

ANITUA, GABRIEL: "El principio de publicidad procesal penal: Un análisis con base en la historia y el derecho comparado". www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=40 en Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires, Editores del Puerto, tomo 2000/A y en Edmundo Hendler (comp.) Garantías penales y procesales penales. Una perspectiva histórica comparada, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001

ANITUA GABRIEL y BORINSKY, MARIANO: "Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos" en "Sistemas procesales penales comparados", Hendler, Edmundo S. (director), Ad-Hoc, Bs. As., 1993.

ARMENDA DEU, TERESA: "Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España", Barcelona, PPU SA, 1991.

BACIGALUPO, ENRIQUE: "Descriminalización y Prevención", Poder Judicial, Número Especial, Madrid 1987.-

BECCARIA, CESARE: "Dei delitti e delle pene", U. Mursia & C., 1973. Edición electrónica disponible en: http://www.liberliber.it/biblioteca/b/beccaria/dei_delitti_e_delle_pene/html/index.htm

BERTOLINO, PEDRO: "Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires", Lexis Nexis, 8ª edición actualizada, Bs. As., 2005.

BINDER, ALBERTO M.: "Introducción al Derecho Procesal Penal", 2ª Edición, Ad-Hoc, Bs. As., 1999.

"Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal", Ad-Hoc, Bs. As., 2000.

BOSSI, CARLOS MARÍA y RANUSCHIO, DANIEL CARLOS: "Suspensión del juicio a prueba", pub. en L.L. "Actualidad", ejemplar del 24/03/98

BOVINO, ALBERTO: "Simplificación del procedimiento y Juicio Abreviado", pub. en AAVV "Primeras Jornadas Provinciales de Derecho Procesal", Colegio de Abogados de Córdoba, 1995; "La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal Argentino", Editores Del Puerto, Bs. As., 2001.-

BOVINO, ALBERTO y HURTADO, CHRISTIAN: Ponencia presentada en el Decimocuarto Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, -Valparaíso, 25 al 28 de Septiembre de 1992

CAFFERATA NORES, JOSÉ IGNACIO: clase de oposición dictada para el concurso para profesor titular de Derecho Procesal Penal en la Universidad de Córdoba;

"Legalidad y oportunidad: criterios y formas de selección", en "Hacia una nueva Justicia Penal", Consejo para la Consolidación de la Democracia, 1989, T. 1°;

CAFFERATA NORES, JOSÉ I. y TARDITI, AÍDA "Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba comentado", Tomo II, Edit. Mediterránea, 2004.

CARBAJAL, FERNANDO "Teoría y técnica de la Impugnación" y "Formas alternativas para la resolución de los conflictos" de la carrera de Post Grado ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL – ciclo 2001/2002 – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste (U.N.N.E.). FORMOSA, Noviembre de 2001.

www.cpaformosa.org.ar/Materiales/monografias/AVOCACION%20JURISDICCIONAL.doc

CARRARA, FRANCESCO: "Programa de Derecho Criminal", Parte General, Bogotá, Temis, 1998; "Opuscoli di diritto criminale", Lucca, 1870-1874, versión original electrónica en:

www.trani-ius.it/radici/carrara.htm

CARRIÓ, ALEJANDRO: "Garantías Constitucionales en el Proceso Penal", 3ra. Edición actualizada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 1994, y 4ª edición, 2000.

CARVAJAL PALACIOS: "El Juicio por Jurado" Dirección General de Publicaciones, Biblioteca y Archivo, Bs. As., 1953.

- CAVALLERO RICARDO - HENDLER, EDMUNDO:** "Justicia y Participación. El Juicio por Jurados en Materia Penal" Universidad, Bs. As., 1988.
- C.E.J.A:** Centro de Estudios de Justicia para las Américas: curso virtual para Fiscales, 2007, módulos II y III.
- CLACSO-** Violencia, seguridad ciudadana y justicia en América Latina y el Caribe (1999)
- CORVALÁN VÍCTOR R.** "Comentarios Críticos a la Reforma Procesal Penal", Juris, Rosario, 2004.
- COSACOV, GUSTAVO:** "El mito de la no impunidad", Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho de Córdoba, 1988.-
- CHIARA DÍAZ, CARLOS:** "El Principio de Legalidad y alternativas de Oportunidad", Zeus, boletín nº 7406, 6 de Abril de 2004.
- D'ALBORA, FRANCISCO:** "Código Procesal Penal de la Nación", Abeledo Perrot, Bs. As, 1997.
- DE LUCA, JAVIER A.:** "Ciencias Penales Contemporáneas", Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología, dirigida por Marco Antonio Terragni, Año 1, Número 2, Edic. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001
- DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ L:** "El Nuevo Modelo Penal de la Seguridad Ciudadana", en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC) 06-03, <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03>.
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA** (22ª edición) www.rae.es
- DUCE MAURICIO y RIEGO CRISTIAN:** "Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina" Noviembre de 2005.
<http://www.cejamericas.org/doc/proyectos/ceja-persecucion-penal.pdf>
"El Ministerio Público en la reforma procesal penal en América Latina: Visión general acerca del estado de los cambios" Noviembre de 2005 C.E.J.A (Centro de Estudios de Justicia para las Américas) <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/ceja-duce-reforma-mp.pdf>
- ERBETTA, DANIEL:** "Proceso formativo de la teoría del delito", U.N.R. Editora, 2da. edición ampliada, 2007
"Seguridad y reformas penales, Hacia donde vamos?", en "Reformas penales actualizadas, Director Edgardo Donna, Rubinzal Culzoni, 2006
- ERBETTA, DANIEL; ORSO TOMÁS; CHIARA DÍAZ, CARLOS:** "Nuevo Código Procesal Penal de Santa Fe comentado", ed. Zeus, de próxima aparición
- FERRAJOLI, LUIGI:** "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal", Trotta, Madrid, 1997.
- GIALDINO, ROLANDO:** "La prisión preventiva en el Derecho Internacional de los derechos humanos", año 1999, Nº 3 de "Investigaciones" CSJN.
- GIMENO SENDRA, JOSÉ VICENTE:** "Los procedimientos penales simplificados", Poder Judicial, Número especial II, Madrid, 1987, en "Sistemas procesales penales comparados", Hendler, Edmundo S. (director), Ad-Hoc, Bs. As., 1993. "El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas". Poder Judicial. núm. especial I. Madrid, 1986
- GOLDSTEIN, ABRAHAM** "La discrecionalidad de la persecución penal en los Estados Unidos", Revista "Lecciones y Ensayos", año 198, nº 49.
- GÖSSEL, KARL HEINZ:** "Acerca del 'Acuerdo' en el Proceso Penal" (Traducción de Dirk Styma) en Revista de Derecho Procesal Penal, 2006 - 1, La injerencia en los derechos fundamentales del imputado -I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006.
- GUARIGLIA, FRANCISCO:** "Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad", Ad-Hoc, Bs. As., 1998.-
- GÜNTHER JAKOBS – MANUEL CANCIÓ MELIÁ:** "Derecho penal del enemigo", Hammurabi, Bs. As., 2005
- GUZMÁN, NICOLÁS:** "La verdad en el proceso penal", Una contribución a la epistemología jurídica. Editores del Puerto, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2006.
- HASSEMER, WINFRIED:** "La persecución penal: legalidad y oportunidad", disertación efectuada en el Simposio Internacional hacia una nueva Justicia Penal, Facultad de Derecho de la U.B.A., 2 al 6 de Mayo de 1988.
"Fundamentos del Derecho Penal", traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984.
- HENDLER, EDMUNDO:** "Sistemas procesales penales europeos", Ad-Hoc, Bs. As., 1993.
- HERBEL, GUSTAVO ADRIÁN:** "El Proceso acusatorio y el retorno de la acción penal", Revista El Derecho Penal, UCA, Febrero de 2003.
- HERNANDEZ TOLEDO, RUBÉN A.:** "Alternativas a la pena y a la privación de libertad", presentada en el Congreso 75º Aniversario del Código Penal, Bs.As., Agosto de 1997, trabajo Nro. 48 del Cuadernillo correspondiente a la Comisión Nº 7

- LANGBEIN, JOHN H.:** "Sobre el mito de las constituciones escritas: la desaparición del juicio penal por jurados", pub. en N.D.P., T. 1996-A, págs. 45/53, trad. por Alberto Bovino y Christian Courtis
- LEVAGGI, ABELARDO:** "Los escritos del fiscal de la Audiencia de Buenos Aires Manuel Genaro de Villota", Ed. Conicet, Buenos Aires, 1981.
- MAIER, JULIO:** "Derecho Procesal Penal", Editores Del Puerto, Bs. As., ediciones de 1995 y 1996. "Derecho Procesal Penal Argentino", Hammurabi, Bs. As., 1989.
- MAGARIÑOS, HÉCTOR MARIO:** "La ilegitimidad de la imputación –alternativa o subsidiaria- dirigida a una persona por un hecho delictivo principal y por el encubrimiento de ese hecho", Estudios sobre justicia penal –Homenaje a Julio Maier- Ed. del Puerto
- "El juicio previo de la Constitución Nacional y el juicio abreviado", pub. en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", Año V, N° 9-B, 1999
- NICORA, GUILLERMO:** "La Oportunidad en el Ejercicio de la Acción Penal", Mar del Plata, 2003. www.apdp.com.ar/archivo/oporejer.htm
- NICORA, GUILLERMO y GÓMEZ, ANDREA:** "Oralización de las decisiones de la etapa preliminar", www.cejamericas.org/doc/eventos/GuillermoNicora-Argentina-texto.pdf.
- OBLIGADO, DANIEL HORACIO:** "El Juicio Por Jurados en Entre Ríos", La Ley, Año 1997, Vol E.
- PALACIO, LINO E.:** "La Realidad Jurídica y la proyectada integración de los Tribunales Penales" Disertación pronunciada por el académico Dr. Lino E. Palacio, en la VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 4, 5, y 6 de octubre de 1989, Editorial. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Bs. As. 1989.
- PRUNOTTO LABORDE, ADOLFO B. J. y PRIVIDERA, JORGE A. J.:** "Código Procesal Penal. Reforma por Ley 12.162", Ed. Zeus, Rosario, 2ª edición, 2004.
- RAFECAS, DANIEL EDUARDO:** "Una aproximación al concepto de garantismo penal" www.catedrahendler.org/material_in.php?id=3
- RIGHI, ESTEBAN:** "Principio acusatorio y funciones del Ministerio Público", cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año V, n° 8 – C, Ad-Hoc, Bs. As., 1999.
- "El control de las decisiones no acusatorias del Ministerio Público", Jurisprudencia Argentina 30 de julio de 2003 (JA 2003-III-fascículo 5, pág. 27).
- RÍOS, RAMÓN T.:** "La interpretación de la ley y el juez penal. A propósito de la procedencia de la suspensión del juicio a prueba", pub. en "Suplemento de Jurisprudencia Penal a cargo de Francisco J. D'Albora", L.L., ejemplar del 29/05/98
- "Proceso Penal y Persona", Zeus 5442, 10/06/96.
- RIQUERT, MARCELO ALFREDO:** "Límites constitucionales a la simplificación del proceso penal", en "Verba Iustitiae", Revista de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Morón, N° 18, noviembre de 2004
- RIQUERT, MARCELO ALFREDO, CISTOLDI, PABLO ADRIÁN y CELSI, LEONARDO CÉSAR:** "Justicia de Garantías, de Ejecución y Ministerio Público; Nuevos roles y claves en el sistema procesal penal bonaerense"; Ediar, Bs. As., 2001.
- ROJO, JAVIER:** "El juicio por jurados en la legislación cordobesa", 24/10/05, en www.eldial.com
- ROXIN, CLAUS:** "Derecho Procesal Penal", Editores Del Puerto, Bs. As., 2002.
- "Política criminal y sistema de derecho penal", traducción Francisco Muñoz Conde, Hammurabi, Buenos Aires, 2000
- ROXIN, CLAUS Y AUTORES VARIOS: "El Ministerio Público en el Proceso Penal", Ad-Hoc, 1ª Edición, 2ª Reimpresión, Bs. As., 2003.
- RUSCONI, MAXIMILIANO: "Luces y Sombras en la relación política criminal-Ministerio Público", Revista Latinoamericana de política criminal, año 2, n° 2, Ad-Hoc, Bs. As., 1997.
- "Los límites del Tipo Penal" Ad.Hoc, Bs. As., 1992.
- SCHÜNEMANN, BERND: "¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)", pub. en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", Ad-Hoc, Bs.As., N° 8-A, 1998
- SLOKAR, ALEJANDRO: "Probation y pena de inhabilitación", pub. en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", Año III, N° 7, Edit. Ad-Hoc, Bs.As.
- VAN DEN DOOREN, SEBASTIÁN: "La publicidad en el proceso penal", [/www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/publicidad_proceso_penal.doc](http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/publicidad_proceso_penal.doc).
- VAZQUEZ ROSSI, JORGE: "Derecho Procesal Penal", 2 tomos, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ediciones 1995/1997 y 2004.
- VIRGOLINI, JULIO y OTROS:** "El Sistema Penal Argentino, el control Social y su articulación con el sistema penal", Ad-Hoc, Bs. As., 1992.

VITALE, GUSTAVO L.: “Suspensión del proceso penal a prueba”, Editores del Puerto, Bs.As., 1996; “La prisión de presuntos inocentes”, Revista de la Facultad de Dcho. Y Cs. Soc. de la Univ. Nac. del Comahue, 1993.

WELZEL, HANS: “Derecho penal alemán”, Parte general, traducción a la 11 edición de Bustos-Yañez, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: “En Busca de las Penas Perdidas”, Ediar, Bs. As. 1989.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO: “Derecho Penal. Parte General”, Ediar, Bs. As., 2000.