

Romero Berdullas, Carlos Manuel

#Proceso acusatorio : ¿Hashtag constitucional?

Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional N° 3, 2015

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Romero Berdullas, C. M. (2015). #Proceso acusatorio : ¿Hashtag constitucional? [en línea], *Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional*, 3.

Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/proceso-acusatorio-hashtag-constitucional.pdf>
[Fecha de consulta:.....]

#PROCESO ACUSATORIO: ¿HASHTAG CONSTITUCIONAL?

CARLOS MANUEL ROMERO BERDULLAS¹

RESUMEN

El proceso penal de cuño acusatorio no solo es *trending topic* dada su inminente implementación, sino que también constituye el *hashtag* más representativo de una Constitución imbuida por el principio republicano de gobierno, la división de poderes y la premisa de no autocontrol. La imparcialidad miliaria de un sistema respetuoso de la separación de funciones (acusación, defensa, juicio) solo puede conquistarse en un modelo de este signo, que a través de otros principios potencia la expresión constitucional al máximo. Empero, un “derecho penal líquido” ligado umbilicalmente a un principio de oportunidad emparentado al modelo acusatorio, nos abre el camino hacia nuevos interrogantes sobre los peligros inherentes a una incertidumbre e inestabilidad normativa, que impedirían solidificar la ley en un bien perdurable. Es que el encumbramiento de una oportunidad oscurantista conduce a la banalización de la justicia, el imperio de la arbitrariedad y una selectividad vacua de contrapesos. De modo que, sin resortes aptos, los vasos capilares y derechos contenidos en la

1. Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA), Especialista en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) y Secretario de Cámara de la Secretaría General de Política Criminal y Planificación Estratégica del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Constitución Nacional resultarán indefectiblemente afectados. Pues si el proceso penal no contempla mecanismos de coagulación eficaz, la liquidez caótica de la ley penal propenderá a desangrar y disolver la manifestación constitucional. Por tanto, el desafío de los ingenieros de los sistemas de administración de justicia consiste en ajustar los paradigmas procesales a los dictámenes de la Ley Materna, con el afán de que ese *dar a cada uno lo suyo*, definido por el bien común político, se vuelva realidad en cada intervención del Poder Judicial y permita superar falaces antinomias.

PALABRAS CLAVE

Proceso - Constitucional - Acusatorio - Legalidad líquida.

ABSTRACT

The adversarial criminal procedure is not only *trending topic* given its' imminent implementation, but also constitutes the most representative *hashtag* of a Constitution infused by the republican principle of government, the separation of powers and the premise of checks and balances. The impartiality essential to a system that is respectful of the separation of responsibilities (prosecution, defense, judgement) can only be conquered by a model of this nature, which, through other principles, augments the constitutional expression to its maximum. However, a "liquid criminal law" umbilically linked to the principle of opportunity that is ensconced in the adversarial model, opens a path to new questions about the inherent perils of a normative instability and uncertainty, which would impede the consolidation of the law as a lasting good. This encumbering of a obscurantist opportunity leads to the banalization of justice, the rule of arbitrariness and a vacuous selection of counterbalances. Hence, without proper measures, the capillaries and rights contained in the Constitution will unavoidably be affected. For if the criminal procedure does not contemplate effective coagulation mechanisms, the chaotic liquidity of criminal law will tend to bleed out and dissolve the constitutional manifestation. Therefore, the challenge faced by the

engineers of the justice systems consists in adjusting procedural paradigms to the content of the supreme law, in the pursuit that *providing to each his own* as defined by the political common good, becomes a reality in each intervention of the Judiciary, thus overcoming false antinomies.

KEYWORDS

Procedure - Constitutional - Adversarial - Liquid legality.

1. INTRODUCCIÓN

Un postulado de especial actualidad, sobre el cual parte de la doctrina ha enseñado su aquiescencia, es en la categorización del derecho procesal penal como derecho constitucional reformulado o reglamentado, en clave con lo estatuido en el Artículo 28 de la Constitución Nacional². Más aún, con el afán de reverberar ese ligamen entre los contenidos pétreos de la Ley Materna y el proceso penal se han ensayado disímiles definiciones metafóricas. Tal es así, que en palabras de Roxin: “[...] el derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado”³; en tanto que Goldschmidt concibe al proceso penal cual si fuera una suerte de “termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de la Constitución”⁴.

Por consiguiente, si echamos mano a un neologismo, podemos representar al proceso penal como el *hashtag* en donde se expresan los valores de un Estado con sustrato republicano o autoritario. Pues la potestad penal conferida al Estado lo legitima a ejercer el *summum* de la fuerza coactiva en pos del bien común, por intermedio de un

2. Cf. MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, T. I, “Fundamentos”, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 2004, pág. 163; y BOVINO, Alberto, “El debate”, en AA VV, *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis Crítico*, Buenos Aires, Editorial del Puerto s.r.l., 1993.

3. Vid ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, 1ª edición en castellano de la 25ª edición alemana, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 2000, pág. 10.

4. Según cita de MAIER, Julio B. J., ob. cit., pág. 162.

sistema de enjuiciamiento en donde precisamente más se refleja la falaz dicotomía entre alcanzar eficacia jurisdiccional y el debido respeto por las garantías individuales. De ahí la significancia de dotar de racionalidad suficiente a ese legítimo *ius puniendi*, dado que al hallarse comprendidas en éste, las garantías individuales configuran exigencias insoslayables para materializar el derecho penal.

Huelga destacar que entre la eficiencia de la persecución penal y las limitantes fijadas con el objeto de garantizar las reglas de un juicio ecuánime –comprensivo del concepto de proceso justo– subyace una tensión inexorable, sobre la cual se ha construido un estólido antagonismo entre el binomio eficacia/garantías. De por sí esta es una premisa supina, pues se basa en la errónea convicción de que necesariamente debe subordinarse la eficacia persecutoria al elevado costo de sacrificar garantías individuales, o viceversa. Por otra parte, ha de añadirse que todo anhelo de oponer el sistema penal a las garantías individuales y configurar antinomias aparentes es un yerro. Esto es así, ya que las garantías de los imputados resultan ingénitas al principio del derecho penal (dar a quien delinque su pena); y al culpable debe aplicársele una pena, más no al inocente.

Si el Estado no logró prevenir el delito debe afianzar la justicia y los derechos subjetivos (propios/ajenos) conculcados, por intermedio de un código de procedimiento, no en vano otrora calificado *de la gente honrada*⁵. Es que de no existir un procedimiento adecuado, las declaraciones, los derechos y las garantías individuales anidadas en las constituciones políticas se volverían vacuos⁶.

5. Tomás Jofré explica este distingo formulado entre el Código Penal (antaño denominado de los malhechores) y el Código de Procedimiento (llamado de la gente honrada) sobre la base de que el primero fue constituido en aras de sancionar a los perpetradores de delitos, en tanto el segundo interesa tanto a los culpables, como a los inocentes. Pues el derecho procesal es una salvaguarda de las personas honradas, ya que nadie puede tener la certeza apodíctica de no resultar procesado en lo venidero, amén de su inocencia. Por tanto, la condena de un inocente inquieta a todos los hombres honrados. Cf. JOFRÉ, Tomás, *Manual de Procedimiento (Civil y Penal)*, 5ª edición, T. II, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1941, págs. 12-13.

6. Ídem.

En efecto, en cada contingencia procesal existen exigencias y contrapuntos que deben equilibrarse en su justa medida. Esta tensión no puede negarse, pues a guisa de ejemplo existe un vaivén latente entre la presunción de inocencia y la obtención de resultados judiciales en orden al valor justicia. Por tanto, se origina una tensión permanente entre diferentes garantías y derechos en juego. Así pues, “[...] la Constitución sería el barómetro que regula la intensidad y legitimidad de las injerencias del Estado en la esfera de los derechos propios del imputado”⁷. Por ello Hassemer conviene que la Constitución es donde la ciencia del derecho penal encuentra el arma jurídica y limitante de las facultades de injerencia del Estado sobre la comunidad⁸.

Entonces, debe hacerse patente que “el derecho procesal penal se constituye en el ojo bien dispuesto y la ayuda operadora de la potestad punitiva o reparadora del Estado”⁹ para propender a suministrar una respuesta adecuada¹⁰, una vez afirmada la vulneración de la norma penal –ya sea por comisión u omisión¹¹. Se evidencia, así, una relación de medio a fin entre el derecho procesal penal y el derecho penal material, ya que éste último “no le toca al delincuente ni un pelo”¹².

7. Vid GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos Manuel, *Proceso Constitucional Acusatorio*, 1ª edición, Buenos Aires, editorial Ad Hoc, 2014, pág. 35.

8. Cf. WINFRIED, Hassemer, *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*, 1ª edición, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, pág. 33.

9. Vid GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos M., ob. cit., pág. 14.

10. Este es un aspecto no menor, puesto que al asumir el Estado la función jurisdiccional, se evita la incorrectamente denominada justicia por mano propia.

11. Los delitos de comisión son caracterizados por la norma penal mediante la descripción de actos positivos, con el propósito de definir la conducta prohibida; en tanto los delitos de omisión son delimitados a través de actos negativos, a fin de precisar la acción que se prescribe hacer. Al aludir a delitos de comisión u omisión se hace referencia a una eventual vulneración a las normas de deber o preceptos –ya sea de hacer u omitir– determinados por el derecho penal sustantivo. Ya desde antaño, con buen tino, Dalmacio Vélez Sarsfield expresaba: “Los actos ilícitos pueden ser acciones u omisiones. Acciones cuando se hace lo que la ley prohíbe, omisiones cuando no se hace lo que la ley manda” (*vid* nota al Título VIII –De los actos ilícitos–, Sección segunda del Libro segundo del Código Civil –próximamente caduco–).

12. Esta definición es de Beling, según cita de NÚÑEZ, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Argentina, Lerner Editora S.R.L., 2009, 5ª edición actualizada por el Dr. Roberto E. Spinka, pág. 20.

Por tanto, el derecho penal sustantivo se tornaría huero sin el auxilio del derecho penal adjetivo, porque ambas ramas jurídicas se afirman y potencian mutuamente. De hecho, sin derecho procesal penal sería utópico imaginar la concreción racional del derecho penal; y correlativamente, ante la inexistencia del *ius puniendi* de fondo, se evanecería el sentido de un proceso penal. De modo tal que no obstante la autonomía (legislativa¹³, científica¹⁴ y académica) de estas disciplinas, ambas se encuentran amalgamadas por una relación circular fundada en su recíproca implicación y el sello público compartido.

De ahondar un poco más, no puede obviarse que incluso esta sinergia vital e imprescindible se encuentra receptada en forma expresa en la piedra angular de nuestra normativa, al dejar sentada la imposibilidad de aplicar pena alguna sin juicio previo. Este principio enhiesto en la idea nodal de que “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso” (Art. 18 CN)¹⁵ es una exigencia que nos interpela a extremar las regulaciones jurídicas necesarias, en miras de resguardar las garan-

13. La Constitución Nacional (Art. 75, inc. 12 –ex 67, inc. 11) define al derecho penal como legislación común y única para toda la Nación, en tanto que de una interpretación sistemática de los Artículos 5º, 116, 117 y 121 puede colegirse la competencia local y la facultad reservada por las provincias en materia procesal. Vale aclarar que el término federal es omitido de modo adrede, a fin de sortear factibles equívocos (nuestra Constitución Nacional estatuye el Estado Federal). Pues si bien el Código Penal es ley nacional común, puede encontrarse legislada alguna materia federal. Así, entre las leyes nacionales debe hacerse un distingo entre las comunes (léase Códigos Civil, Penal, etc.) y las federales, cuya materia de regulación es federal (v. gr., ciudadanía y elecciones nacionales).

14. Esta autonomía viene dada por la diferenciación de objetos de conocimiento, métodos explicativos y funciones de cada rama jurídica. Claría Olmedo advierte en la voz “derecho” la nota científica de la disciplina jurídica; en tanto la voz “procesal” directamente refiere el objeto y esencia de aquellos principios o normas direccionados a la concreción del orden jurídico. Basta señalar que la voz “penal” alude al campo del orden jurídico que se procura volver tangible. Cf. CLARÍA OLMEDO, Jorge A., *Derecho Procesal Penal*, T. I, Argentina, Rubinzal Culzoni Editores, 2004, pág. 39.

15. Cf. también Artículos 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos, 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

tías individuales de los ciudadanos *ex ante* la aplicación de una pena, medida de seguridad u otra metodología de resolución restaurativa del conflicto con la ley.

De manera tal que la legítima pretensión punitiva del Estado frente a la comisión de un delito tan solo puede ser ejercida en el marco de un proceso penal¹⁶; y nadie puede ser sancionado de no comprobarse su culpabilidad, a través de la sustanciación de un debido enjuiciamiento. Por lo que, en definitiva, en este judicializar el hecho penal irradia el principio de *nulla poena sine culpa*, además de proyectarse una limitación ante potenciales arbitrariedades.

2. EXCURSUS

Quizá este sea el momento adecuado para hacer un paréntesis de cariz propedéutico y establecer una salvedad, que nos ayudará a preparar el camino para alcanzar en conjunto un recto entendimiento de las diversas cuestiones por tratar.

2.a. *El bien común político impera el ius puniendi*

Puntualmente, la directriz contemplada en el Artículo 18 de la CN presupone el principio del derecho penal de dar a quien delinque su pena, que integra el derecho natural y constituye una manifestación más del principio de *dar a cada uno lo suyo*¹⁷. Tal es la evidencia de esta prescripción iusnatural, que el derecho de la Nación lo da por sobrentendido¹⁸.

16. Cf. RIGHI, Esteban – FERNÁNDEZ, Alberto A., *Derecho Penal*, Argentina, 1ª edición, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, 2005, pág. 342; y GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción al derecho*, 2ª edición, Madrid-Argentina-México, Aguilar, 1962, pág. 390.

17. Cf. ARISTÓTELES, *Ética*, 1ª edición, Argentina – España, Editorial LIBSA, edición especial para Editorial El Ateneo, 2001, págs. 41-61.

18. Vid HERNÁNDEZ, Héctor H., *El garantismo abolicionista*, 1ª edición, Buenos Aires, Marcial Pons Argentina, 2013, págs. 167-168.

Desde luego, ese buen lazarillo que es el principio de *dar a cada uno lo suyo* para ordenar a los hombres en su relación con los otros¹⁹ es el sustrato de todo orden comunitario. Esto significa que, específicamente, es la justicia la encargada de restituir el orden entre las cosas y reconocer los derechos de cada hombre, a fin de que todas las posibilidades de una convivencia humana puedan desarrollarse en forma plena. Este *debitum* se asienta en un *suum* preexistente y perteneciente a un sujeto de derecho, que otra persona le ha extraído, retenido o lesionado injustamente.

Ejemplifica lo afirmado que quien comete un homicidio u otra tipología de delitos contrae una deuda con el todo social por cancelar mediante la respuesta punitiva, en pos de concretar la justicia²⁰. En sentido estricto, podemos expresar que tanto cumplir con una obligación patrimonial, como retribuir el delito son acciones informadas por la justicia y la bondad²¹. Por ende, el Estado, en cuanto administrador del *bonum commune* por excelencia, debe restaurar la justicia e igualdad alterada por el delito, a través de un ejercicio del poder comprensivo de la fuerza punitiva y coercitiva, con la finalidad de asegurar esa simetría de libertades ultrajada.

En esta instancia se advierte necesario explicitar que el Estado, comunidad política soberana formada por la natural sociopoliticidad del hombre y convocada a alcanzar el bien común político, tiende a la perfección de los seres humanos. Por tal razón, al ser el bien de los hombres su fin natural, el Estado comparte la misma bondad. De igual forma que –entre otros atributos– su autoridad, el *ius puniendi*²²

19. Se sigue de cerca a PIEPER, Josef, *Tratado sobre las virtudes*, 1ª edición, T. I (“Virtudes cardinales”), Argentina, Librería Córdoba, 2008, capítulo concerniente a la justicia.

20. De hecho, al infringirse las normas creadas en función del bien común y fragmentarse esa razón de cohesión de la comunidad se contrae una deuda con el todo social, que debe asumirse con responsabilidad. Cf. HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, 8ª edición, Pamplona, EUNSA, 1994, págs. 53 y 63-64.

21. Cf. HERNÁNDEZ, Héctor H., ob. cit., págs. 167-168.

22. Es bueno y necesario que el Estado sea titular del *ius puniendi*, pero a la vez es preciso señalar que esta potestad también es un imperativo, en orden a la preservación del bien común político.

y el orden normativo se encuentran insuflados por ese bien, dada su constitutiva referencia al bien común político²³. Por lo que estas premisas nos permiten deducir ese derecho y deber del Estado, consistente en ordenar a la comunidad política a su fin plenario, mediante el imperio de los medios adecuados en clave a la consecución de ese *desiderátum*²⁴.

En este contexto, caracterizar constantemente a todos los derechos humanos como opuestos o limitantes de la potestad estatal no es más que una interpretación imbuida por las ineptias de la ceguera, ya que el *ius puniendi* es derecho natural y humano del Estado²⁵. Por lo demás, la arbitrariedad de este contrasentido infundido de estulticia se evidencia, aún más, si ponderamos que ese interés de la comunidad política en la realización del derecho penal se conjuga con el legítimo derecho de toda la ciudadanía a la concreción de la justicia penal, por intermedio de las autoridades pertinentes, dado su concomitante estatus de integrantes del Estado y destinatarios de ese bien común político²⁶.

Se coloca especial hincapié en esto, por cuanto ese primado de la realización del bien justicia en la retribución punitiva convierte también al *ius puniendi* en un imperativo del Estado, que de no cumplimentarse transformaría la vida compartida en anárquica e inviable. Es que el bien ético-jurídico de la materialización penal estriba no solo en una necesidad moral o deóntica, sino a la par en una defensa del bien común político²⁷ requirente de una respuesta y reacción del

23. El Estado es bueno por cuanto así lo son su causa eficiente (gobernantes/ gobernados), su causa formal extrínseca (rectas normas jurídico-políticas) y el orden que debe primar en este. Se sugiere leer HERNÁNDEZ, Héctor H., ob. cit., cap. 18.

24. De ahí que la prevención, persecución y sanción de los delitos son funciones derivadas del principio del bien común político.

25. Un sector de la doctrina afirma la humanidad del Estado, que vendría dada por su integración. Pues al encontrarse el Estado configurado por hombres, esta naturaleza humana sería el sustrato de sus derechos humanos. Vid HERNÁNDEZ, Héctor H., ob. cit., pág. 557.

26. La comunidad tiene también derecho a que el Estado, en cuanto titular del *ius puniendi*, lo ejercite en miras del bien común político.

27. Francisco de Vitoria estimaba que ese derecho a penar abrevaba en la necesidad de conservar la sociedad humana, pues sin la autoridad y la fuerza coercitiva

Estado frente a la iniciativa delictiva, en aras de preservar metas primarias (tales como la paz y seguridad de la comunidad²⁸). Así es que siguiendo este lineamiento “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”²⁹.

2.b. Lo justo debido

Esta primacía del contenido retributivo en el discurso legitimador de la pena, que en lo justo debido halla su fundamento y razonabilidad, no solo permite distanciarse de la quimera abolicionista, sino también es una salvaguarda contra potenciales abusos ligados a la hipertrofia de visiones de neto corte utilitarista sobre la sanción penal. De esta forma, se desarticulan conceptos como el de peligrosidad, justicia por mano propia y *vindicta*; a la par de actualizarse el binomio proporcionalidad/culpabilidad. De modo que, al tener la justa retribución a la justicia como fin, la pena justa es constitutiva del *bonum commune* al cual se encuentra ordenada.

no podría pervivir. De ahí, que en tanto República y titular del derecho natural a sancionar con penas a sus integrantes por los entuertos realizados ha de reaccionar punitivamente ante la ofensa recibida. Cf. JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, *El pensamiento jurídico español y su influencia en Europa*, Argentina, AbeledoPerrot, 1958, págs. 47-49.

28. Se sugiere leer el voto del Dr. Juan Carlos Gemignani en la causa N° 1253 y 783/13, Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, “Alsogaray, María Julia s/ recurso de casación”, puntualmente la cita de ISENSEE, Josef, *Das Grundrecht auf Sicherheit - Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates* – Walter de Gruyter, 1983. En su voto, se deja patente el positivo deber del Estado de amparar los derechos de los conciudadanos, con el objeto de resguardar la pacífica convivencia. Más aún, allí se destaca la significancia elemental de la seguridad, en tanto quehacer estatal que no debe restringirse a la promulgación legislativa, sino también abarcar su eficaz ejecución. Si la seguridad es el fin por el cual los hombres se someten al Estado, en miras de no ejercitar la incorrectamente denominada justicia por mano propia y sortear la anarquía, se da por sobrentendido que la ley penal debe ser aplicada cuando las personas violan su compromiso de conducirse pacíficamente.

29. Cf. Artículo 32.1 del Pacto de San José de Costa Rica.

Vale aclarar que si bien la justa retribución (piedra miliar de la pena) y el carácter oficial u oficioso de la persecución penal estatal³⁰ se afincan en ese “afianzar la justicia”³¹ consagrado en el Preámbulo de la CN –de consuno con el resto de los propósitos avistados en el plan político constituyente–³², ciertamente el derecho penal debe abrirse hacia otros fines de la sanción penal, también asentados sobre el bien común político. Aludo a otros legítimos propósitos de la pena

30. Por regla general, las acciones penales son públicas (Art. 71 del CP); e incluso, las acciones dependientes de instancia privada (Art. 72 CP) deben clasificarse dentro de las públicas, amén de diferenciarse de éstas –iniciadas de oficio– y hallarse sujetas a la condición procesal de que se inicien por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representante legal. Al respecto, cabe aclarar que en los supuestos de acción dependiente de instancia privada, aún ante la renuncia, desistimiento u oposición posterior del titular de la pretensión punitiva, el Ministerio Público Fiscal debe proseguir ejerciéndola. Disímil es el caso de la acción privada, que constituye la excepción a la regla (Art. 73 CP) e importa la necesidad de propulsión del proceso por parte del particular (desde su génesis hasta su finalización), so pena de tenerse por desistida la acción. Sin embargo, vale añadir que en estos casos la actuación oficiosa se actualizará si el delito fuera perpetrado contra un menor sin padres, tutor y guardador; o cometido contra un menor por algún ascendiente, tutor o guardador.

31. El principio de afianzar la justicia debe informar toda clase de proceso, sin importar su naturaleza civil o penal, por cuanto es un propósito común a ambas ramas del derecho. De hecho, esta directriz es compartida por el derecho procesal civil o comercial, que también es derecho público y reviste gran trascendencia para la vida en sociedad. Pues, a su vez, el descubrimiento de la verdad corresponde al proceso civil y comercial, aunque la promoción o iniciativa en uno u otro proceso resulten diferenciables (*Fallos*: 238:550; 302:1611, cons. 5º; 310:2456 y 319:1577). En fin, habría una comunión entre los diversos campos normativos respecto al valor justicia, independientemente de la distinción efectuada por los juristas al aprobar el Código Civil. *Vid* nota al Artículo 1072 CC, donde se precisaba: “La palabra delito tiene en derecho civil una significación diferente de la que tiene en el derecho criminal [...] En derecho criminal, designa toda infracción definida y castigada por la ley penal. No todos los delitos civiles constituyen delitos del derecho criminal, porque la ley penal no castiga todos los actos que atacan los derechos de otro [...] Y recíprocamente, no todos los delitos del derecho criminal constituyen delitos civiles. La ley penal castiga actos que no hacen sino amenazar el ejercicio de ciertos derechos, aunque no haya un ataque definitivo”.

32. Los otros propósitos enunciados en el Preámbulo son: constituir la unión nacional, consolidar la paz interior, proveer la defensa común, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad.

(léase preventivos/resocializadores³³) por demás valiosos, pasibles de cumplirse³⁴ y emparentados al *bonum commune*, aunque no siempre puedan concretarse³⁵.

Definitivamente, los principios de dignidad humana y solidaridad social exigen un sentido pedagógico de una pena, que no puede obliterarse únicamente en una justificación retributiva. El reto consiste en no caer en el reduccionismo de tan solo materializar la responsabilidad penal, pues la resocialización y reinserción de las personas en la vida comunitaria son un objetivo impostergable³⁶.

33. Así, a la idea rectora de la pena concebida como medio de justicia orientado al bien común político e instrumento de protección de bienes jurídicos, se integró la pauta de resocialización del delincuente acuñada en el Artículo 18 CN (“las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para el castigo de los reos detenidos en ellas”); el Artículo 5º, inc. 6 del Pacto de San José de Costa Rica (“Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación de los condenados”); y las leyes de ejecución penal de la República Argentina. Empero, es atinado aclarar que esta directriz resocializadora no contradice el sentido retributivo de la pena (potestad-deber intrínseca al *ius puniendi*), pues lo instituido es cómo deben ser las cárceles, en pos de alcanzar otras prendas valiosas, tales como la reeducación y resocialización de los condenados.

34. No ha de confundirse la legitimidad de estos fines preventivos de la pena con su eficacia, pues su justificación no radica en la condición de que se concretan en todos los casos. No profundizaré este tema porque excede el marco de este trabajo.

35. Ha de precisarse que la legitimidad de la pena no se extingue de no alcanzarse esos fines, por cuanto descansa en su sentido retributivo.

36. En tal sentido, no puede obviarse el *Mensaje para el jubileo en las cárceles del 9 de julio de 2000* de SAN JUAN PABLO II, quien en los albores de este nuevo milenio, nos exhortaba a poner todos los medios para “[...] que nuestra conciencia pueda permanecer tranquila de haber hecho todo lo posible para prevenir la delincuencia y reprimirla eficazmente, de modo que no siga perjudicando y, al mismo tiempo, ofrecer a quien delinque un camino de rehabilitación y de reinserción positiva en la sociedad (nº 5) [...] todos deben asumir su propio papel para colaborar a la construcción de una sociedad mejor. Evidentemente esto conlleva un gran esfuerzo incluso en lo que se refiere a la prevención del delito. Cuando, a pesar de todo, se comete el delito, la colaboración al bien común se traduce para cada uno, dentro de los límites de su competencia, en el compromiso de contribuir al establecimiento de procesos de redención y de crecimiento personal y comunitario fundados en la responsabilidad [...] Los que pueden deben esforzarse en dar forma jurídica a estos fines (nº 5)”.

Hecha esta sucinta digresión, se puede inferir que amén de la existencia de casos excepcionales en donde el *bonum commune*³⁷ pueda exigir una alternativa modalidad de resolución³⁸, el principio natural de justicia de *dar a cada uno lo suyo* es determinado por el bien

37. En la ley natural radica el fundamento de la sanción de toda injusticia (ej., homicidio). Sin embargo, todos los hechos injustos no son correspondidos por una sanción penal de la ley positiva, que apoyándose en el bien común puede propiciar un espacio de elección conductor de otra clase de resoluciones. “El principio de subsidiariedad tan valioso para la filosofía social es directriz clara en el sentido de que no se les puede quitar a los hombres la oportunidad de reflexionar y resolver por sí mismos conflictos originados [...] cuando pueden hacerlo en forma adecuada [...] Con esto no se pretende transmitir una visión iusprivatista radical de base anárquica, pues el derecho penal es público por naturaleza e imprescindible porque procura un bien común que la sociedad por sí sola no se puede proveer ante determinadas expresiones delictivas de mayor gravedad [...] el bien común es la medida a tener en cuenta por el jurista de nuestros tiempos. Este elemento primordial de nuestra coexistencia es el que enseña cuál es el justo medio entre lo público y lo privado, los cuales deben ser internalizados como conceptos complementarios en la vida del hombre. Aludimos al *bonum commune* correctamente entendido, como promotor de un diálogo cordial que propicia soluciones extra-penales cuando éste no ha resultado seriamente afectado. Un bien común que respeta la dignidad del hombre y no subestima su capacidad de diálogo. En efecto, la célula vital de una administración de justicia restaurativa o reconciliadora que inicia un nuevo camino de apertura a la renovación de lazos sociales quebrantados [...] Un sistema penal sostenido sobre la noble convicción de que [...] el diálogo [...] es [...] una lógica siempre superadora [...] de la *inquisitio* [...] la [...] *disputatio* y la *divinatio*”. Vid GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos M., ob. cit., págs. 337-339.

38. El perdón del directamente ofendido, la reparación del gravamen causado y la restitución al *statu quo ante* de la lesión pueden ser un símbolo valioso con un fuerte sentido comunicativo. De hecho, en determinadas circunstancias donde no se pone significativamente en jaque el todo social, el mismo bien común político podría exigir la aplicación de respuestas diferentes. Así pues, el Estado (dada su carga pública indelegable) podría articular y controlar la legalidad de este sincretismo entre *res pública* / *res privada*, cuando la concordia –también constitutiva del bien común político– lo inste a ejercitar el derecho natural de la comunidad política a propulsar una solución más emparentada a una justicia reconciliadora y restaurativa de los lazos interpersonales quebrantados. Empero, este principio no debería regir sin más, ya que el *ius puniendi* es la regla; y con suma prudencia debe considerarse la oportunidad en la cual esta potestad / deber debe ceder ante los dictámenes de un bien común político requiriente de otra manifestación de ese *dar a cada uno lo suyo*, más cercana a la paz social.

común político; y se especifica en el principio especial del derecho penal de dar a quien delinque su pena, un debito que además es portador de ese darle lo correspondiente, tanto a las víctimas como a toda la comunidad política. Por tal motivo es que las víctimas actuales, los potenciales damnificados y la ciudadanía deben contar con garantías de que la justicia penal se realizará una vez cometido el delito.

2.c. *El doble prisma de los derechos humanos*

Simplificando, los ciudadanos deben gozar de una seguridad gnoseológica, de que dado el delito esa impunidad asociada a la anomia³⁹ no prevalecerá y el valor justicia se actualizará mediante el ejercicio del *ius puniendi*. Esta idea guía es esencial, ya que se hermana con la obligación del Estado a contener, refrenar y sancionar el delito con la mayor eficacia factible, a fin de garantizar la seguridad⁴⁰, en

39. Aludo a una anomia ya retratada por Don Quijote de la Mancha (también conocido como el caballero de la triste figura o el caballero de los leones) cuando aconsejó al gobernador de la ínsula a no hacer muchas pragmáticas; pero que si lo hiciere procurare su cumplimiento, por cuanto las pragmáticas incumplidas son “[...] como la viga, rey de las ranas: que al principio las espantó, y con el tiempo la menospreciaron y se subieron sobre ella” (Cf. CERVANTES, Miguel de, *El ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha*, T. II, colección de Biblioteca La Nación, Argentina, Planeta S.A., 2000, pág. 939, puntualmente la Carta de Don Quijote de la Mancha a Sancho Panza, Gobernador de la Ínsula Barataria). Una anomia ligada a una impunidad, ya descripta otrora por el Viejo Vizcacha (*vid* Canto XV de la vuelta de Martín Fierro) y Enrique Santos Discépolo en su tango “Cambalache”, cuyos efectos también fueron advertidos por César Gaviria Trujillo, Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, al aseverar: “[...] La impunidad, la ilegitimidad del Estado, o incluso la abierta injusticia de la acción judicial y la falta de sanción a conductas criminales, pueden alentar una cierta aceptación a comportamientos delincuenciales” (cf. ponencia en el *Seminario sobre Violencia Criminal Urbana* del 2 de marzo de 1997, en Río de Janeiro, en http://www.oas.org/es/centro_noticias/discurso.asp?sCodigo=02-0251, fecha de consulta: 11-5-2015).

40. Este concepto es de mayor alcance y supera el mero derecho a vivir sin miedo frente a los acontecimientos delictivos. Pues se encuentra integrado por otros elementos vinculados al concepto inglés de *empowerment*, que tienen influencia en la plena realización del hombre. Cf. Centre International pour la Prévention de la Criminalité,

tanto derecho humano de raigambre constitucional⁴¹. Es que la consolidación de los derechos humanos de todos los implicados (ya sean investigados, imputados, condenados, víctimas, derechohabientes, potenciales víctimas) en hechos penales es un débito del Estado que no debe partir de una visión sesgada o parcial, sino más bien de una síntesis superadora y comprensiva de todos los actores involucrados en esa dinámica social.

Ha de añadirse que una lectura no descoyuntada del ideario y su andamiaje constitucional posibilita entrever obligaciones del Estado en dirección hacia dos sentidos. Uno de estos, congruente con la meta de respetar los derechos, garantías y libertades del hombre ante el accionar estatal. Es decir, se trata de débitos de no injerencia o interferencia regulada. En tanto que la restante orientación se encuentra delimitada por exigencias concernientes a asegurar el libre y pleno goce de los derechos humanos.

Llegados a este punto, podemos abrir nuestro espectro un poco más, y adicionar que este último deber no se agota con la mera existencia de un orden normativo signado por el cumplimiento de ese elevado designio, pues comprende una conducta estatal contemplativa de una eficaz organización/actuación, tendente a garantizar esa manda de justicia⁴².

Informe Internacional sobre la Prevención de la Criminalidad y la Seguridad Cotidiana: Tendencias y Perspectivas, abril de 2010, págs. 4-5.

41. Basta leer la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. I), la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 3°), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 9°) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica– (Art. 72, inc. 1) y se podrá discernir con claridad meridiana que la seguridad es un derecho humano con jerarquía constitucional, cuyo *magis* se encuentra en el derecho a la vida, sucedido por el derecho a la integridad física. En clave con ello, ya el Dr. Ricardo Luis Lorenzetti había anticipado que los ciudadanos poseen un derecho a la seguridad, que debe interpretarse como un derecho a vivir en paz y sin padecer hechos de violencia, robos u homicidios. Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis, “Políticas de Estado para el Poder Judicial”, *La Ley*, año LXXI, N° 166, 30 de agosto de 2007.

42. “La segunda obligación de los Estados Partes es la de ‘garantizar’ el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organi-

Por estas razones, las diferentes instituciones que componen el sistema de administración del servicio de justicia deben encarnar el culmen de las misiones confiadas por la Constitución Política del Estado con respuestas concretas y orientadas a alcanzar una actuación realmente justa en todos los planos.

Naturalmente, su accionar debe sopesarse desde un doble prisma regulado por el barómetro constitucional. Pues un debido juicio previo ha de efectivizar los derechos humanos/garantías individuales de quienes son investigados, imputados o condenados por presuntas o comprobadas infracciones a la ley penal respectivamente; pero al mismo tiempo, debe dotar de plenitud a los DD. HH. de las víctimas o damnificados de hechos delictivos, la autoridad pública y el resto de la sociedad.

2.d. El desafío es superar falsas antinomias

En suma, la legítima aspiración del todo social a que la primera garantía de la justicia penal se concrete en defensa del bien común político debe revitalizarse. Sin embargo, debe dejarse bien sentado que el derecho penal y las garantías no ofician de contrapunto, de igual forma que el binomio comunidad-imputado no se erige sobre ninguna actitud agonal.

Decididamente, constituye una entelequia⁴³ cualquier reductora contradicción entre las garantías individuales de un imputado y

zar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos" (cf. par. 166 CIDH, Caso "Velázquez Rodríguez", Sentencia del 29 de julio de 1988).

43. Se utiliza la segunda acepción brindada por el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española (22ª edición), que reza: "2. f. irón. Cosa irreal". Cf. <http://lema.rae.es/drae/?val=desideratum>. Fecha de consulta: 11-5-2015.

el principio de dar a quien delinque su pena, ya que justamente este principio prescribe la absolución del inocente. Sin más ni más, sería un craso error creer que las garantías individuales del imputado son solo vallas en orden a la materialización del derecho penal, por cuanto de hecho constituyen un imperativo indeclinable para que se realice una justa retribución insuflada por el bien común. Pues un debido proceso informado por la justicia es una *conditio sine qua non* para aplicar la pena a quien corresponde y no sancionar penalmente a un inocente.

En fin, el desafío consiste en elevar la eficacia del sistema de justicia; y a la vez resguardar con más plenitud los derechos sustantivos de quienes intervienen en los procesos –ya sea en calidad de imputados, víctimas o testigos. El *quid* de la cuestión reside en superar la mendaz antinomia sostenida por quienes profesan que la eficacia solo puede lograrse a costa de sacrificar garantías individuales; y a la inversa, el respeto de éstas puede alcanzarse sacrificando la primera prenda.

2.e. La medida de un obrar justo y eficaz

Lo cierto es que si nos colocamos en traza de transpolar al proceso penal las premisas iushumanistas consagradas en la CN, advertiremos con facilidad los peligros inherentes a un primado de un utilitarismo guiado por el bien deleitable (*bonum detectabile*) o útil (*bonum utile*)⁴⁴, mas no por el bien honesto (*bonum honestum*)⁴⁵. Indefectiblemente, una

44. Por ejemplo, el imperio de una desformalización extrema, las respuestas veloces y la vertiginosa aceleración de los procesos no deben interpretarse cual si fueran siempre variables fijas de eficacia. Prueba de ello es que desde el siglo XVI los tribunales seculares de Castilla aplicaron un proceso inquisitivo sintético y vacuo de solemnidades, que si bien se caracterizó por su velocidad, ciertamente lo fue costa de menguar garantías individuales y derechos humanos de los imputados. *A contrario sensu*, la solemnidad y legalismo de tribunales del Santo Oficio se tradujeron en una mejor situación jurídica del acusado. Cf. GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, “Observaciones jurídicas sobre el proceso inquisitorial”, en *La Inquisición en Hispanoamérica –Estudios–*, Abelardo Levaggi (Coordinador), Argentina, coedición Ciudad Argentina y Universidad del Museo Social Argentino, 1997, págs. 13-41.

45. *Vid in extenso*, GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos M., ob. cit., págs. 179-181.

secuela de reducir todo al rédito individual o corporativo y desposeer de valor intrínseco a la dignidad del medio, podría ser la etiología de procesos de reformas judiciales fundados sobre la dialéctica “crisis de eficiencia *vs.* crisis de garantías”⁴⁶.

Así, pues, los ingenieros de los sistemas de administración del servicio de justicia deben posar su ojo avizor en la realidad procesal/organizativa y pasarla por la criba de una sana crítica. Sencillamente, los paradigmas procesales, los diseños organizativos y los flujos de trabajo deben ajustarse a los dictámenes nodales de la Constitución Política del Estado, con el afán de que sus contenidos se vuelvan operativos. Por lo que el plus valor de esta matriz arquitectónica debe sustentarse en un crisol de factores, por cuanto la celeridad y eficiencia no bastan para adecuar la actuación a estándares de calidad congruentes con el arquetipo constitucional.

Este aspecto es neurálgico, dado que el logro de la eficacia se vincula a la conquista de un fin ético, objetivo que es de posible concreción, pero tiene su medida en la honestidad de las acciones estratégicas llevadas a término y en un obrar respetuoso de los derechos del hombre, quien siempre debe ser considerado como un fin. Esta arista no menor es un imperativo categórico, ya que los criterios de justicia y la utilización de medios honestos son elementos constitutivos de respuestas auténticamente eficaces. Habrá justa eficacia en tanto la búsqueda de la verdad real y la realización de las garantías individuales se ensamblen al unísono.

Dicho lo mismo desde otro giro, podemos aseverar que la indagación de la verdad material o histórica no puede conseguirse a cualquier precio⁴⁷, puesto que necesariamente debe existir una relación de identidad entre el bien útil (*bonum utile*) y el bien honesto (*bonum honestum*) si se procura alcanzar un servicio de justicia genuinamente eficaz.

46. Léase lo explicado *in extenso* por RUSCONI, Maximiliano, “¿Un sistema de enjuiciamiento influido por la política criminal?”, en *Nuevo Proceso Penal, garantías constitucionales y mínima intervención*, 1ª edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008.

47. Si el propósito es bueno y los medios utilizados en la consecución de ese fin son intrínsecamente malos, toda la acción se convierte en inmoral e inaceptable desde una concepción ética.

3. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, FARO POLÍTICO CRIMINAL

Efectuadas estas observaciones preliminares, nos hallamos en condiciones de afirmar que la política criminal ha de remedar el programa político general del Estado y propiciar la manifestación constitucional en el sistema dogmático ideado como medio para su realización⁴⁸. Ha de notarse aquí que existe una relación de participación entre la Constitución y una política criminal engastada a los ejes medulares de cualquier Estado –ya sean organizativos o políticos–, a la cual a su vez se haya imbricado el derecho penal. Por lo que de por sí, los contenidos axiales de la política criminal y el derecho penal se encuentran acuñados en la Constitución Política de cada Estado⁴⁹.

A tal punto, que la CN es la plataforma de formulación de los postulados político criminales, luego proyectados no solo en el derecho penal o sus garantías, sino también en el derecho procesal penal, y en especial, el sistema de enjuiciamiento penal. De esta forma, de cuadrar el proceso penal en una política criminal signada por la ley materna, no se hace más que tornar tangible la expresión constitucional, en consonancia con la garantía de justicia rubricada en su letra y espíritu.

La política criminal, entendida así como un conjunto de decisiones institucionales y constitutivas del sistema punitivo (léase derecho penal en sus dos vertientes), aflora como retoño de las bases constitucionales del poder coercitivo ejercitado por el Estado e intenta constituirse en un vehículo de los principios iushumanistas consagrados en la Constitución y los tratados internacionales de igual rango.

Puede evidenciarse, entonces, la necesidad de interrogarnos qué clase de sistema procesal refleja con mayor fidelidad la manifestación constitucional, en línea con las declaraciones- tratados incorporados con análoga jerarquía y en bloque por la reforma de 1994 (Art. 75, inc.

48. Vid BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires, Hammurabi s.r.l., 1987, pág. 68; y RUSCONI, Maximiliano, *Derecho Penal –Parte General–*, 2ª edición, Buenos Aires, Aa-Hoc s.r.l., 2009, págs. 174-175.

49. Se sugiere leer a MIR PUIG, Santiago, “Constitución, derecho penal y Globalización”, en *Política criminal y reforma penal* (Directores: Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo – Coordinador: Víctor Gómez Martín), Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2007, pág. 4.

22)⁵⁰. La particular vigencia del debate originado a raíz de la aprobación del Código Procesal Penal de la Nación (Ley N° 27.063) amerita estudiar si el sistema de enjuiciamiento de cuño acusatorio que hoy es *trending topic*, dada su inminente implementación, también es el *hashtag* más representativo de los valores constitucionales.

A diferencia de la Constitución porteña, que en forma expresa enuncia el proceso acusatorio⁵¹, la CN pareciera guardar silencio al respecto. Empero, lo cierto es que solo un sistema de enjuiciamiento acusatorio formal armoniza con su parte orgánica y la dogmática⁵². Con tan solo echar un simple vistazo por el paradigma procesal mixto, se trasluce su incompatibilidad con el principio republicano de gobierno y la división de poderes.

El carácter republicano se traduce en la división del poder estatal (léase Ejecutivo, Legislativo, Judicial) e inexorablemente se encuentra consustanciado con el sistema de frenos y contrapesos, mediante el cual se dota de un lastre a un poder, con el afán de que pueda resistir a otro⁵³. De esta manera, la tríada divisoria de poder (ya sea en

50. Con buen tino Cañardo explica que estos tratados poseen rango constitucional, pero no pueden modificar la CN. Al mismo tiempo, estos tratados ostentan jerarquía supralegal respecto a las leyes. Cf. CAÑARDO, Hernando V., "La Constitución Externa de la República Argentina", en *Forum, Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina*, 1ª edición, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2013, págs. 252-253 y 263.

51. CCABA, Artículo 13, inc. 3.

52. La parte orgánica de la Constitución Nacional es también llamada derecho constitucional del poder, dado que organiza al poder del Estado, por intermedio de una estructura orgánica y funcional concebida como gobierno (cf. BIDART CAMPOS, Germán J., *Compendio de derecho constitucional*, 1ª edición, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2004, capítulo XXXI). De ahí, que de la Constitución de un Estado político derivan ciertas garantías orgánicas tendientes a precisar el modo de organización y ejercicio del poder estatal constituido, con la meta de impedir arbitrariedades, excesos o abusos. En cambio, las garantías dogmáticas (v. gr., debido proceso) constituyen enunciados positivos ideados por el constituyente, con el objeto de proteger los derechos y libertades del hombre en su relación con el Estado. *Vid* también GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos M., ob. cit., págs. 179-181.

53. Cf. RUSCONI, Maximiliano, "División de Poderes en el Proceso Penal", *La Ley*, T. 1991-D, pág. 1130 y ss.; y GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos M., ob. cit., págs. 179-181.

la competencia atribuida / ajena y la esfera de intervención limitada) propende a un mejor resguardo de los derechos de los hombres, que correrían el peligro de tornarse ilusorios de hegemonizarse la potestad estatal en un solo órgano⁵⁴.

Dentro de este esquema, esta escisión de funciones y órganos abocados a desarrollarlas obedece a la pauta de que el poder político ha de orientarse al bien común político, pero no a cualquier costo⁵⁵. Por cierto, cuando un poder se encuentra equilibrado por otros poderes y esferas de competencia, se lo mantiene en un justo límite. La institución de un ordenamiento estructurado por tres poderes (PE, PL y PJ) tiende a la protección de la libertad de todos en un Estado de Derecho, a partir de una perspectiva realista de la naturaleza social del hombre⁵⁶.

Asimismo, esta inquietud republicana instituye el paradigma del no autocontrol, a través del cual se descarta la chance de que un poder se controle a sí mismo en el ejercicio de sus potestades. Este aspecto es central, ya que tiende a un contralor más eficaz, únicamente posible en tanto el equilibrio funcional y el freno sean impulsados por otro poder del Estado⁵⁷.

Otro indicio suministrado por la CN, de por qué el proceso penal debe necesariamente alinearse a esta pauta concreta, son algunas manifestaciones de cariz republicanas, como a guisa de ejemplo, el juicio político del presidente, vicepresidente, jefe de gabinete de ministros e integrantes de la CSJN⁵⁸; y el proceso de destitución de magistrados de la nación⁵⁹.

54. Vid BIDART CAMPOS, Germán J., ob. cit., caps. IV y XXXI; y GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos M., ob. cit., págs. 179-181.

55. Ídem.

56. Cf. SAN JUAN PABLO II, *Centesimus Annus*, N° 44.

57. Cf. RUSCONI, Maximiliano, *División de Poderes en el Proceso Penal*, ob. cit., pág. 1130 y sigs.; junto a GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos M., ob. cit., págs. 179-181.

58. La cámara de diputados formula la acusación y la cámara de senadores dicta sentencia (Arts. 53 y 59 de la CN).

59. La acusación reposa en el Consejo de la Magistratura, mientras que el Jurado de Enjuiciamiento define la cuestión (cf. Arts. 114, inc. 5 y 115 de la CN).

A partir de estas premisas, se puede entrever que un *hashtag* en clave constitucional impone concretamente un ejercicio del *ius puniendi* limitado por dos garantías orgánicas, especificadas en el principio de división de funciones (acusación, defensa, decisión) y la imposibilidad de autocontrol de los actores intervinientes en un proceso (fiscal, defensor, juez). Todavía más, ha de puntualizarse que una plena operatividad de las garantías receptadas en la parte dogmática de la Constitución Nacional, dependerá en buena medida de su desarrollo dentro de esquemas congraciados con el bosquejo constitucional de cuño republicano⁶⁰.

4. IMPARCIALIDAD MILIARIA

Aceptada la significancia de lograr que el proceso penal se corresponda con el modelo de pesos-contrapesos, separación de funciones y no autocontrol granjeado en nuestra Constitución, deviene indispensable centrar nuestra atención en la médula del sistema acusatorio.

Indiscutiblemente, es el principio de imparcialidad el núcleo sobre el cual debe vertebrarse todo el proceso penal. Esta directriz antañón enhebrada con sus mitos en los campos elíseos por los helenos⁶¹, también fue recogida en sus lecciones perennes por Santo Tomás de Aquino, quien ratificó que “el juez no debe condenar sin que haya acusador [...]”⁶² y “No es costumbre entre los romanos condenar a

60. *Vid* en extenso GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos M., ob. cit., págs. 103-110.

61. Cuantos ejemplos nos ha legado la historia sobre cómo los griegos oficiaban de centinelas de esa preciada imparcialidad. Ejemplifica esto el caso de Orestes, quien fue defendido por Apolo, acusado por una de las Erinias y juzgado por un tribunal imparcial (léase Aerópago). De igual forma, Zeus sometió la disputa de Ática entre el belicoso Poseidón y la dócil Atenea a un tercero imparcial; y apartó de la *litis* originada sobre la soberanía de Argólide entre Hera y la deidad del tridente a los dioses olímpicos, ya que el análogo de Neptuno denunció sus prejuicios contra él. Cf. en extenso GRAVES, Robert, *Los mitos griegos*, colección de Biblioteca Personal Jorge Luis Borges, Buenos Aires, Hyspamérica Ediciones S.A., 1985.

62. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II (a), Madrid, BAC, 1998, 3ª edición, C.67 a.3., t. III, ver en cambio al citar 1 Cor. 5,2.

un hombre sin que el acusado tenga presentes a sus acusadores y sin darle ocasión de defensa, para justificarse de los delitos que se le imputan (*Hech.* 25, 16)”⁶³. Así, el faro de la fecunda obra del Doctor Angélico nos ayuda a discernir que el juez no puede sentenciar sin acusador, por cuanto la justicia se da respecto del otro y no de uno mismo. Por lo que una concepción tomista de un juicio justo explicita la necesidad del juicio de un tercero imparcial entre dos partes.

Cabe añadir que las definiciones plasmadas en la 22ª ed. del Diccionario de la Lengua Española (DRAE) sobre los términos imparcial⁶⁴ e imparcialidad⁶⁵ aluden a una neutralidad complementaria con la elaborada por el Comité de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo⁶⁶. Tanto es así que ambos convienen en el presupuesto de inexistencia de intereses, designios anticipados o ideas preconcebidas en quienes deben resolver el fondo de la cuestión, a fin de asegurar la imparcialidad⁶⁷.

Un dato de no exigua significación es que esa necesidad de salvaguardar la imparcialidad del juzgador⁶⁸, antes implícita en el Artículo

63. Ídem.

64. Las acepciones suministradas por la Real Academia Española son las siguientes: “1. adj. Que juzga o procede con imparcialidad. Juez imparcial. U. t. c. s. 2. adj. Que incluye o denota imparcialidad. Historia imparcial. 3. adj. Que no se adhiere a ningún partido o no entra en ninguna parcialidad. U. t. c.”.

65. El significado dado por la Real Academia Española es el siguiente: “1. f. Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”.

66. Los casos deben atravesar dos tamices del Comité de Derechos Humanos y otros órganos regionales, con el propósito de evaluar la imparcialidad de los jueces. Uno es de carácter objetivo y se centra en las garantías procesales ofrecidas por el juez, de modo que descarta cualquier duda legítima acerca de la parcialidad del proceso. En tanto que el restante filtro es subjetivo y analiza la parcialidad personal del magistrado. Cf. *Manual de Amnistía Internacional de Juicio Justos* (publicado por 1ª vez en inglés en 1998, con el título de *Fair Trials Manual*), España, EDAI, cap. XXII.

67. *Vid in extenso*, GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos M., ob. cit., págs. 185-203.

68. Esto explica la importancia de que los jueces solo desarrollen funciones netamente decisorias, en clave con la escisión de poderes. *Vid* BOVINO, Alberto, *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*, 1ª edición, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 2007, pág. 21.

18 de la CN, ahora es expresada en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (Arts. 14.1 de la PICDP y 8.1 de la CADH). De estas palabras se infiere que ante la pregunta sobre qué clase de proceso penal debe regir, la normativa constitucional e internacional de igual rango es categórica al ensayar una respuesta al respecto, pues la acusación, división de funciones e imparcialidad pueden concretarse en un modelo de enjuiciamiento acusatorio⁶⁹, mas no en un inquisitivo temperado u otro signado puramente por la *inquisitio*.

A esta altura se hace patente que la manifestación de un interés acusatorio en el juez lo transforma en adversario del acusado⁷⁰, pues ineludiblemente subyace un riesgo de parcialidad objetivo e incongruente con una imparcialidad de hecho y aparente⁷¹. Como puede comprobarse, la convergencia de funciones persecutorias, investigativas y decisorias en un juez pueden despertar dudas legítimas en cuanto a su objetividad⁷². Pues la figura de un magistrado emulador de Hécate (deidad mitológica representada con tres cabezas, que se hallaba revestida de un rol trascendental en los trivios) parece encontrar un punto de contacto con este mortal colocado en la encrucijada de investigar a un imputado, resguardar sus garantías y juzgarlo con ecuanimidad⁷³.

Lo descripto no hace más que enseñar los peligros implícitos de confluir la instrucción y el juicio en una misma persona, en función de un riesgo de parcialidad además decantador de una ruptura de la plena igualdad entre el binomio acusación/defensa⁷⁴. Es que la

69. Conviene efectuar una interpretación sistemática de los Artículos 1º, 33, 24, 53, 59, 60, 75, inc. 22; 115; 118 y 120 CN; 8.1 de la CADH; 10 DUDH; y 14.1 PIDCyP.

70. Cf. BECCARIA, Cesare, *De los delitos y las penas* (Biblioteca de Obras Maestras del Pensamiento), 1ª edición, Buenos Aires, Losada, 2002, caps. III y XVII.

71. El juez no solo debe ser imparcial, sino además parecerlo.

72. Vid los fallos “Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones –Arts. 104 y 89 del CP– causa N° 3221”. L. 486. XXXVI; “Nicolini” (CSJN-Fallos: 329:909) y “Dieser” (CSJN-Fallos: 329:3034).

73. Cf. GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos M., ob. cit., págs. 185-203.

74. Vid CAFFERATA NORES, José I., *Proceso Penal y Derechos Humanos, La reforma procesal penal en América Latina*, disertación en la Due Process of Law Foundation, Washington DC (18-11-1998).

tradicional figura del juez de instrucción de los procesos inquisitivos moderados, definitivamente muerde el polvo al erigirse sobre una paradoja, por cuanto actúa en representación de un interés penal persecutorio antagónico al del imputado, desempeña oficiosamente un papel activo en la recolección de probanzas; pero de modo concomitante debe ponderar el valor de las pruebas adquiridas, además de controlar su propia actuación⁷⁵. Por ese motivo, con buen tino, el remozado Código Procesal Penal de la Nación recepta la imparcialidad (Art. 8º) y la escisión de funciones (Art. 9º), al especificar: “Los representantes del Ministerio Público Fiscal no pueden realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no pueden realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal [...]”.

Una vez expuesto este panorama, se puede concluir que a los efectos de no conculcar la inteligencia constitucional del debido juicio previo y el derecho de toda persona a ser oída por un juez independiente e imparcial, se impone una distinción de funciones intrínseca a un proceso acusatorio. Esto conduce a que la iniciativa persecutoria, carga probatoria y función de perseguir se concentren de modo intransferible en el fiscal⁷⁶, con el objeto de resguardar la imparcialidad del juez dentro de un contexto equilibrado de fuerzas. De modo tal que la división de poderes ejercidos procesalmente demarca un escenario en donde las partes (acusación-defensa) intervienen en un plano de horizontalidad; mientras los jueces, en su calidad de árbitros neutrales⁷⁷, deben velar por la sustanciación de un proceso adecuado a los cánones legales; meritar las pruebas ofrecidas y decidir motiva-

75. Cf. BOVINO, Alberto, *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*, ob. cit., págs. 16-19; MAIER, Julio B. J., ob. cit., pág. 740; y GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos M., ob. cit., págs. 185-203.

76. Cf. Arts. 88, 213, 214 y 220 del nuevo CPPN –aún no implementado–, que pone en cabeza del fiscal la promoción de la acción penal pública, la investigación de los delitos, la carga de la prueba y el deber de probar en un juicio (oral/público) los hechos fundantes de su acusación. En análogo sentido, ya se había redactado el CPPCABA, tal como se puede colegir de los Arts. 4º, 77, 91 y 93.

77. *Vid* Arts. 105, 156 y 264 de la normativa nacional citada *ut supra*, que precisamente impide al juez suplir la actividad de las partes y formular preguntas a los testigos durante el debate. Con anterioridad, ya seguía idéntica orientación el CPPCABA, tal como se puede corroborar de la lectura de los Arts. 119, 232, 233 y 235.

damente la controversia planteada, a partir de la información suministrada por las partes en el marco de un juicio justo⁷⁸.

5. PRINCIPIOS ESPECÍFICOS

Profundizando la tesis de robustecer un sistema de enjuiciamiento con principios que simbolicen al máximo la expresión constitucional, se desarrollará un conciso repaso de algunos principios capaces de potenciar un proceso acusatorio⁷⁹, aunque no siempre se encuentren necesariamente ligados a éste⁸⁰.

5.a. Contradicción

Iniciemos este *iter* con el principio de contradicción⁸¹, que sí se relaciona con el proceso acusatorio, ya que este sistema pugna por hacer efectiva la interacción equilibrada de acusación y defensa sobre las distintas variables a ponderar por el juez. No se trata tan solo de una pauta rectora, ya que no se vincula únicamente a la equiparación de fuerzas o al correcto ejercicio del derecho a defensa del imputado⁸², sino también enriquece el acervo cognoscitivo del juez, quien a

78. Las funciones del juez en el paradigma acusatorio son descriptas con mayor acribia en GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos M., ob. cit., V. Entre otras, vale citar la custodia de las garantías individuales y DD. HH., la promoción del ejercicio de la contrariedad, la igualdad procesal y la publicidad de los actos; como también la excelsa misión de obrar la verdad.

79. Estos principios son desarrollados de modo más cabal en GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos M., ob. cit.

80. Se hace esta aclaración, por cuanto nada obstaría a que por ejemplo un proceso acusatorio pudiera desarrollarse en forma escrita. De modo que los principios enumerados en el Artículo 2º del novel CPPN –todavía sin vigor– no deben concebirse en todos los casos como necesariamente acusatorios.

81. Receptado en los Artículos 2º y 105 de la normativa citada *ut supra*.

82. Esto ya se rastrea, por ejemplo, en la *Apología de Sócrates*, quien en su defensa ofrece algunas pautas sobre vulneraciones al derecho de contradicción. En efecto, al tratar a la clase de numerosos acusadores que lo calumniaban hace ya un extenso

partir de la retroalimentación entre la acción y la contradicción contará con más elementos para decidir los casos. Este axioma justamente insta a que todas las partes efectivicen el postulado lógico de contradicción, a partir de las respectivas elaboraciones (tesis *vs.* antítesis), de consuno a la igual posibilidad de acusar/refutar y confrontar la prueba ante un magistrado independiente e imparcial.

5.b. Inmediación

Otra base para potenciar un proceso justo es el principio de inmediación⁸³, que precisamente se encuentra ligado al derecho del imputado a hallarse presente en el proceso⁸⁴ y ser oído personalmente⁸⁵. Al respecto, cabe puntualizar que esta cualidad de inmediato se realizará en la medida en que se genere un contacto directo con el juez (inmediación subjetiva), quien además debe recibir las pruebas *vis a vis* (inmediación objetiva). Desde esta perspectiva, al originarse el conocimiento en los sentidos⁸⁶ y el juez aplicar todas sus aptitudes cognitivas, puede recabar más indicadores sobre la *litis*. Con lo que el conocimiento instantáneo obsta a determinadas prácticas judiciales, tales como una inapropiada delegación en funcionarios u otros tamices (ej., declaraciones de testigos en actas) divorciados de una representación inmediata de la realidad.

período, explicita limitaciones claras a su derecho de defensa. Así, pues, plantea que no resultaba factible saber la identidad de estos acusadores, ni citarlos, y por ende refutarlos en persona. Por lo que esta desventaja lo acarrearía a combatir contra espectros y a responder a todo, pero claro, sin poder hacer una sola pregunta. Cf. PLATÓN, *Apología de Sócrates*, en *Diálogos*, Biblioteca Grandes Pensadores, España, Madrid, Editorial LIBSA - Editorial El Ateneo, 2001.

83. Asimilado en los Artículos 2º y 251 del remozado código adjetivo de la Nación.

84. Cf. PIDCP, Artículo 14.3.

85. *Vid* CADH, Artículo 8.1; y PIDCP, Artículo 14.1.

86. Se inicia en la experiencia sensorial pretérita, por lo que los juicios son reconducidos a los sentidos. *Vid* PIEPER, Josef, *La verdad de las cosas* (*Die Wahrheit del Dinge*), 1ª edición, Argentina, Librería Córdoba, 2009, pág. 162. Publicado junto a *La realidad y el bien* (*Die Wirklichkeit un das Gute*).

5.c. *Concentración-continuidad*

Esta inmediación se implica recíprocamente con los principios de concentración-continuidad⁸⁷, conductores de una mayor celeridad vinculada a la eficacia (derivada del principio de economía procesal); e inhibidores de la involuntaria falsificación de reminiscencias en el juez, al acercar en una audiencia y sin solución de continuidad todo el material necesario para fundar la resolución del caso. Conviene poner de relieve, que en este escenario la actualización de las imágenes presenciadas y el conocimiento experiencial son facilitados ya que las huellas *mnémicas*⁸⁸ permanecen frescas en la memoria del órgano decisor.

5.d. *Identidad*

Sin dudas, otro vector derivado del principio de inmediación es que sea un idéntico juez quien presencie la acreditación de la prueba presentada, escuche lo alegado por las partes y suministre un veredicto respecto a lo debatido. Es que, de lo contrario, el derecho del acusado a ser oído públicamente por un juez o tribunal competente se volvería abstruso y sin razón.

5.e. *Publicidad*

Dentro del crisol de un debido juicio alineado a la forma republicana de gobierno, tampoco puede soslayarse una publicidad en donde han de cristalizarse los actos de gobierno⁸⁹. Aludo a una publicidad posibilitadora de un mayor escrutinio exógeno (léase de la

87. Cf. Artículos 2° y 258 del CPPN por advenir.

88. Véase sobre la memoria intelectual y el conocimiento residual lo explicado por BLANCO, Guillermo P., *Curso de Antropología Filosófica*, 1ª edición, Buenos Aires, Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2004, págs. 305-307.

89. Vid Artículos 2° y 253-254 del incipiente CPPN.

sociedad) e interno (de las partes), que en la palestra del *forum impele* al Poder Judicial a ajustar el lenguaje a la idea de *poliacroasis*⁹⁰. Un juicio público que no solo hace menos permeables a la sociedad e inculcados ante potenciales arbitrariedades, pues también se encuentra vertebrado con otras funciones político criminales y jurídicas, tales como, por ejemplo, reafirmar la fe en la justicia (prevención general positiva), cohibir conductas delictivas (prevención general negativa), librar a los jueces de intromisiones e injerencias (independencia), etc.

5.f. Oralidad

La significancia de que la oralidad⁹¹ se proyecte desde el natalicio de la investigación penal preparatoria hasta inclusive la audiencia de juicio obedece a que es una herramienta particularmente apta, en orden a potenciar el arquetipo acusatorio, los restantes principios examinados y el derecho a un juicio justo.

- Bien complementada con la escritura (antes la regla)⁹², la oralidad en todas las etapas presenta las siguientes ventajas:
- Necesariamente presupone intermediación.
- Constituye una competencia comunicativa enriquecida por recursos paralingüísticos, gestos corporales, etc.
- Suministra mejor calidad de información al decisor.

90. Esta idea se relaciona a la necesidad de ajustar el lenguaje a las divergentes características y funciones del auditorio. Tratado acabadamente en GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos M., ob. cit., págs. 394-397, 416-420 y 469-476.

91. Cf. Artículos 2º y 255 del CPN aquí estudiado y 14.1 del PIDCP.

92. La escritura posee virtudes (ej., perdurabilidad) de las que la volátil oralidad carece. De ahí, que ambas formas de comunicación deben complementarse, a fin de alcanzar una mejor transmisibilidad. Ilustra esta implicación, que únicamente un documento oficial puede dar fe de los antecedentes de una persona. El informe escrito es una de las pautas a seguir por el fiscal al solicitar –en audiencia– la prisión preventiva del imputado. Por tanto, la escritura mueve a la oralidad. Empero, el juez revisará el certificado de reincidencia, a fin de cerciorarse de que el material investigativo susten-te la información invocada por el acusador. Aquí vemos cómo la oralidad reposa en la escritura, que impulsará nuevamente el debate.

- Supera la lógica del expediente.
- Remueve resabios que condicionaban la audiencia de juicio a mero procedimiento de acreditación probatoria.
- Elimina la delegación impropia de funciones.
- Denota una mayor rapidez comunicativa, que dota de más celeridad a los procesos.
- Evita la dispersión temporal entre la recepción de pruebas, alegatos y conclusiones.
- Prohíbe un cabal cumplimiento del principio de identidad física del juzgador.
- Resguarda la publicidad.

Este panorama impone la instauración de un sistema de audiencias preliminares⁹³, que genere una fructífera dinámica entre dos clases de actores (requiriente *vs.* afectado por solicitud) y el juez, quien cuenta con información producida *vis a vis*, en pos de alcanzar una verdad procesal acorde a la verdad real. *Stricto sensu*, en estas audiencias no se discute la responsabilidad del imputado –solo debatida en la audiencia de juicio–, sino que se sujetan a consideración del juez de control de garantías⁹⁴ determinadas medidas probatorias, junto a peticiones relacionadas a medidas cautelares, anomalías procesales, conclusiones anticipadas del proceso y la admisibilidad de pruebas en el juicio.

5.g. Desformalización

Resta estudiar una desformalización, no necesariamente ligada al sistema acusatorio, pero igualmente incorporada al CPPN no implementado (Arts. 2° y 197) y al CPPCABA (Art. 94). Este principio

93. Aspecto receptado en el nuevo CPPN –sin implementación– y en el CPPCABA.

94. Vale precisar que el juez de garantías no es el de juicio. De lo contrario, se comprometería su imparcialidad por posibles prejuicios. De esta forma, se evita el temor de parcialidad analizado por Carrió y se afianza el derecho a un juez imparcial. Vid CARRIÓ, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 6ª edición, Buenos Aires, Hammurabi s.r.l., 2015, págs. 177-185.

aplicable en la etapa preparatoria del fiscal se asocia a la concepción del tiempo como insumo estratégico en busca de respuestas socialmente cuantificables, la celeridad investigativa e institución de cursos de acción adecuados a la complejidad de cada caso.

Como consecuencia de esto:

- El sumario ya no tiene valor probatorio.
- La prosecta centralidad del expediente y su cadencia desaparecen.
- Solo es prueba lo incorporado en la audiencia de juicio.
- La metodología uniforme de investigación por pasos estereotipados y rutinas burocráticas es superada por prototipos investigativos diversificados.
- Las rémoras de formalismos innecesarios son erradicadas.
- La lógica de instrucción del expediente –anquilosada en modelos organizativos de la época colonial– evoluciona hacia un diseño estratégico y moderno, donde la gestión digital cobra valor.
- La defensa de las formas por las formas⁹⁵ se extingue.

Definidos los dones de la desformalización en la etapa penal preparatoria, corresponde destacar sumariamente algunas pautas tendentes a sortear peligros avizorados, de primar un paroxismo distanciado de su justo medio. Es esencial adquirir conciencia de que si bien la desformalización en la investigación es la regla, no implica descartar el uso de las formas, por cuanto la formalidad se vincula a cuestiones sustanciales, al reducir divergencias exegeticas sobre los sentidos de cada acto, resguardar garantías-derechos de los investigados, y coadyuvar al debido control jurisdiccional de garantías ante medidas restrictivas.

Asumiendo una correcta inteligencia de lo expresado, debe precisarse:

95. Sobre la defensa de las formas por las formas, véase BINDER, Alberto M., *El incumplimiento de las formas procesales*, 1ª edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, págs. 34-54.

- Los jueces deben tener real posibilidad de valorar las piezas procesales del legajo investigativo ante peticiones de las partes en audiencias preliminares.
- En ningún caso el fiscal ha de prescindir de ofrecer la prueba e instar a su producción en las audiencias preliminares o propiamente la de juicio.
- La desformalización cede cuando se trata de actos definitivos e irreproducibles.
- Las entrevistas efectuadas en la IPP no constituyen prueba.
- Lo determinante es poder documentar los actos procesales, sin importar el medio escogido en tanto se pueda demostrar su inalterabilidad y autenticidad.

Recapitulando, la desformalización debe ser como un músculo, que se elonga con mesura en orden a agilizar el procedimiento, pero también se tensiona cuando es necesario para no desgarrar garantías individuales en juego. Se trata de procurar con aplomo una comunión entre sustancia, formas y desformalización, que en el justo medio halla su verdadero sentido.

6. PRINCIPIOS AGONALES

Ahora estudiaremos dos principios previstos en los códigos acusatorios ya examinados, que se relacionan íntimamente con un Ministerio Público Fiscal, otrora conceptualizado como “un adolescente”⁹⁶ o “fruto tardío”⁹⁷ por parte de la doctrina. Lo cierto es que luego de múltiples vaivenes históricos, este organismo gestado como una figura amorfa, híbrida y más bien relegada a cumplir una función dictaminadora de visos sempiternos en los procesos mixtos, hoy asiste a una resignificación de su rol.

96. MAIER, Julio B. J., “El Ministerio Público: ¿un adolescente?”, en *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, 1ª edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003, págs. 35-36.

97. ROXIN, Claus, “Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público”, en *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, 1ª edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003, pág. 39.

Zanjado el debate sobre su ubicación institucional en 1994, y con el advenimiento de los procesos de reforma de las reglas procesales, este órgano extrapoder⁹⁸ antes confinado a oficiar de neutral centinela de la ley, tras los avatares históricos, cobra un protagonismo decisivo –desde el inicio hasta la conclusión– en los procesos acusatorios⁹⁹. La cuestión es que de inaudito, por un lado ese pasivo guardián de la legalidad detenta un principio de oportunidad prescindente de la ley; y por otra parte, se topa con una posición estratégica aparentemente contradictoria de la objetividad prevista en los códigos. A fuer de ello, y las hiperestésicas contingencias que pueden fragmentar el tensiómetro constitucional en el proceso, a continuación serán tratados ambos principios –al menos someramente.

6.a. Derecho penal líquido vs. legalidad

A *priori*, el lozano CPPN y el CPPCABA parecen optar por una aplicación del principio de oportunidad como excepción a una legalidad constituida en regla. Al emular los moldes procesales de la ordenanza alemana (Art. 152, p. II), la ley prevé taxativamente las condiciones para no promover o desistir al ejercicio de la acción, por lo que, en este sentido, la selectividad del fiscal se encontraría limitada. Se revelaría, así, un distanciamiento de esquemas procesales enhiestos sobre la exacerbación de la oportunidad y el desconocimiento del principio de legalidad (ej., Estados Unidos), que ostentan una carencia de control alguno sobre la actividad de un fiscal empoderado con amplias facultades discrecionales¹⁰⁰.

98. Órgano extrapoder es el de la Nación por su ubicación (Art. 120, CN) luego de la reforma constitucional. En cambio, el de la CABA integra el Poder Judicial (Art. 106, CCABA).

99. Cf. Ministerio Público Fiscal de la CABA, *Nuevo diseño, fiscalías de la ciudad* (GAMBOA, Agustín –dirección–, ROMERO BERDULLAS, Carlos Manuel; PEIX, Horacio –redacción–), 2013, págs. 14-22.

100. Cf. GUARIGLIA, Fabricio O., “Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad”, en *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, 1ª edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003, págs. 89-92.

6.a.I. Discursos pro oportunidad

Detengámonos a estudiar los discursos legitimadores de un criterio de oportunidad, que en base a criterios de utilidad política conducen a prescindir de la persecución penal por conveniencia práctica. Los partidarios de su aplicabilidad parten de una exégesis sesgada de la CN, al interpretar a su Artículo 18 como garantía del debido proceso, mas no un imperativo de ineluctable persecución penal en todo caso.

Un argumento utilitarista sostenido por sus adeptos es que dispensar de la persecución penal ante hechos de escasa significancia o socialmente inocuos permite racionalizar eficientemente la repuesta punitiva, descomprimir el saturado sistema de justicia y perseguir eficazmente otros delitos más graves, dañinos y costosos para la comunidad.

Esta trama argumental se complementa con la cristalización de un entuerto producido por una selectividad natural, que podría sustituirse por otra más racional e igualitaria, sustentada en directrices objetivas, transparentes y legales. Esta disfunción endémica se originaría en la incapacidad del sistema judicial de procesar todos los casos penales con eficacia, lo que generaría la aplicación de una oportunidad subrepticia y librada de controles¹⁰¹. De esto se sigue la existencia informal de mecanismos de selección anárquicos e instrumentados por ignotos operadores judiciales, quienes carecen de responsabilidad visible, además de dispensar un tratamiento desigualitario de la ley penal y propiciar una sectorización social en la criminalización o desincriminación de conductas. Incluso, parte de la doctrina asocia esta querulante patología a una ingeniería nada *naif* y discriminatoria, orientada socialmente a controlar sectores más vulnerables y subordinados del entretejido comunitario. El sistema penal sería emparentado así a un instrumento de un diseño del ejercicio de poder, que precisamente hallaría en el principio de legalidad el *parte-*

101. Vid GUARIGLIA, Fabricio O., ob. cit., págs. 88-89; y MAIER, Julio B. J., ob. cit., T. I, págs. 831-835.

naire ideal, en miras de elaborar una política criminal solapada y destinada a fracturar el discurso normativo de la realidad¹⁰².

Por su parte, esta escuela no vislumbra contradicción alguna con relación a los principios de legalidad e igualdad, por cuanto al resultar garantías de los ciudadanos deberían interpretarse de manera positiva. Así, al desandar el camino inverso, estos preceptos no podrían verse conculcados por el principio de oportunidad, ya que liberarían a las personas del poder punitivo¹⁰³. Entonces, estas garantías del imputado jamás podrían hacerse valer en su contra, dado que habrían sido concebidas como limitantes del *ius puniendi* y en resguardo del individuo, ante un Estado con facultades para ejercer sobre él la manifestación más violenta de su poder –léase penas privativas de la libertad. Completa este lienzo, la hipótesis de que la igualdad no sería quebrantada al resultar pretensa, por cuanto las realidades de las provincias diferirían.

6.a.II. Naturaleza de la acción penal

Pasemos ahora a analizar los discursos de quienes consideran indisponible e irretractable la acción penal. Un aspecto vastamente discutido y emparentado al derecho constitucional consiste en desentrañar si posee naturaleza sustancial o procesal la acción penal, pues de primar una adhesión sustancialista pregonada por la doctrina clásica, las provincias extralimitarían su incumbencia ya que el derecho penal material sería potestad delegada (Art. 75, inc. 22).

Con atino, Núñez consideraba que la regulación de la acción penal (derecho-deber del Estado) corresponde al legislador nacional y tiende a la satisfacción del interés social en la sanción del culpable¹⁰⁴. Semejante perspectiva atesoraba Soler, quien creía que en la ley sustantiva es donde se condiciona la pretensión punitiva (a través de sus

102. Cf. RUSCONI, Maximiliano, *Las fronteras del poder penal*, capítulo VIII, Buenos Aires-Madrid, Editorial Ciudad Argentina, 2005.

103. Cf. MAIER, Julio B. J., ob. cit., T. I, pág. 831.

104. Vid NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., págs. 207-208.

clases), sus impedimentos (léase cuestiones previas) y causas extintivas¹⁰⁵. Pues la acción penal se encuentra limitada sustancialmente por las figuras delictivas, cuya tipificación corresponde al Congreso, órgano con autoridad para determinar la duración, extensión y alcance de las respuestas penales. Por eso, estas cuestiones aparentemente procesales en realidad no lo son –dado que no integran el procedimiento y sí el derecho material–, al tener autolimitaciones de la pretensión punitiva, mediante las cuales la ley sustantiva fija modos de natiuidad y extinción¹⁰⁶.

Tal es el acierto de estas posturas, que sería incongruente con nuestra organización política y un contrasentido de la potestad sustantiva delegada por las provincias al Congreso Nacional, reservarse la posibilidad de derogar las conductas tipificadas en el Código Penal para todo el territorio argentino, a través de un principio de oportunidad ausente de ecuanimidad en su aplicación territorial. ¿Cuál es la razonabilidad de delegar la decisión político criminal en la Nación, para que de acuerdo a los intereses públicos comprometidos legisle materialmente, si luego con fórmulas vagas se amputa esa misma inteligencia legislativa y su eficaz realización?

Tal vez un buen punto de partida sea afirmar que en el basamento del principio de legalidad subyace una palmaria legitimidad democrática y republicana propia de cualquier sistema representativo en donde se expresa la soberanía popular, pues en la actuación político criminal del legislador se implica la indelegabilidad de la facultad legislativa de definir la ley penal en un sistema signado por la división de poderes. *Per se*, esta idea rectora se encuentra enlazada a las premisas de división de poderes y no autocontrol, ideadas como instrumentos racionalizadores del *ius puniendi*.

De una prudente hermenéutica constitucional comprensiva de las distintas aristas del principio de legalidad se podría inferir con claridad una entronización exclusiva en el Congreso Nacional de la potestad para determinar los intereses por amparar mediante la ame-

105. Cf. SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 2ª edición, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, 1953, págs. 497-498.

106. Ídem.

naza penal y la medida de esta manifestación, en pos de asegurar una tutela eficaz de esos bienes jurídicos merecedores de protección penal. Por lo indicado, se podría deducir que, por un lado, es el legislador nacional –en el marco de sus funciones– el legitimado para incriminar-descriminalizar hechos; y por otro, cabría descartar la posibilidad de inmiscuirse en un análisis desarrollado por otro órgano (ej., fiscal) sobre la conveniencia, oportunidad o alcance de la protección en cuestión.

6.a.III. Argumentos pro legalidad e indisponibilidad

El fundamento sostenido por la doctrina tradicional sobre la primacía absoluta del principio de legalidad¹⁰⁷ y su carácter irrevocable e indisponible reside en:

- el carácter público/oficial de la persecución penal que impone al ministerio público fiscal la obligatoriedad de promoverla, dado el interés público de la realización del derecho penal una vez afirmada la infracción a la norma penal;
- el principio de igualdad ante la ley (Art. 16 CN), pues se vulnera cualquier viso de ecuanimidad si ante la comisión de una conducta tipificada por la misma norma, la persecución del hecho depende de si se cometió dentro de una provincia u otra; y
- que es la ley creada por el legislador la indicada para fijar cuándo y en qué casos concretos se debe aplicar o no una pena; y por lo tanto, el conflicto solo puede solucionarse mediante los modos de resolución legalmente previstos.

Con una tónica similar, Ferrajoli explica que la discrecionalidad de la acción penal no tiene nexo alguno con el sistema acusatorio,

107. Apoyado en el Código Penal (Arts. 71 y 274) y complementado con el Código Procesal Penal de la Nación vigente (Art. 5°).

cuyo elemento clave radica en la separación de funciones¹⁰⁸. La afirmación del carácter público del derecho penal, sus funciones preventivo-generales (ya sea respecto a los delitos como a la venganza privada) y la imperativa acción penal son puestos en tela de juicio por una discrecionalidad en cuanto a su disponibilidad, que es receptada en actuales sistema acusatorios. Las prácticas de la discrecionalidad y disponibilidad (ej., *plea bargaining-guilty plea*) se vuelven así en materia moldeable para arbitrariedades comisivas u omisivas, libradas de cualquier clase de control¹⁰⁹. Por lo que al ponerse en crisis la obligatoriedad e irrevocabilidad de la acción penal se merma la garantía de igualdad, mella la certeza del derecho penal y mengua la tutela de las partes ofendidas¹¹⁰. De esta forma, la figura del acusador público es extralimitada, por cuanto al no encontrarse sujeto a la ley puede escoger a su arbitrio qué infracciones merecen persecución¹¹¹.

En cierta medida, podemos trazar un paralelo entre este principio de oportunidad y la vida líquida definida ampliamente por el sociólogo Zygmunt Bauman¹¹². Los puntos de contacto con la liquidez de una sociedad atravesada por imperativos tales como la precariedad, liviandad y revocabilidad son innegables. La liquidez de la ley fluiría, así, mediante un principio de oportunidad que reglado incorrectamente conduciría a la incertidumbre e inestabilidad de la norma. No es arduo deducir, si jalonamos un poco más, que una anárquica oportunidad podría traducirse en un saber librarse de la ley, antagónico a un querer aplicarla y solidificarla en un bien perdurable.

Podemos entrever así, junto con los modelos explicativos de un derecho penal de la emergencia, estudiado por Moccia¹¹³, un derecho

108. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 1995, págs. 567-570.

109. Ídem.

110. Ídem.

111. Ídem.

112. Vid BAUMAN, Zygmunt, *Vida líquida*, 1ª edición, Buenos Aires, Paidós, 2013, págs. 9-25.

113. Cf. YACOBUCCI, Guillermo J., "¿Cómo interpretar la política criminal de nuestros días?", *El Derecho*, Diario de Doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires, Año XLII, n° 11.097, 27 de septiembre del año 2004; y YACOBUCCI, Guillermo J., "Los de-

penal del enemigo descrito por Jakobs¹¹⁴ y un derecho penal de velocidades diferenciadas analizado por Silva Sánchez¹¹⁵, lo que procuro denominar como un derecho penal líquido. Pues en el presente también debemos centrar nuestra atención en una legalidad líquida, que sin remilgos puede volver trivial la noción de justicia, al pasar una pátina de labilidad sobre el derecho de la comunidad a la concreción de ese *dar a cada uno lo suyo* y las obligaciones positivas del Estado ante el delito.

6.a.IV. Debilidades del encomio a la liquidez de la ley penal

Si bien las meditaciones sobre esta temática no se encuentran agotadas, es tiempo de examinar cada una de las afirmaciones ya desarrolladas en el encomio a la oportunidad. La idea es avanzar de lo general a lo particular, de modo que luego se apreciarán algunas cuestiones normativas.

6.a.IV.1. Justificaciones divorciadas del bien honesto

En primer término, debe colocarse especial cautela en las justificaciones de la oportunidad, basadas en insolubles ineficiencias e ineficacias de un sistema de administración de justicia colapsado, que imposibilitarían fácticamente la investigación de todos los casos ingresados. Pues estos discursos legitimadores son nuncios de meta mensajes, que en rigor de verdad pondrían en crisis la legitimidad del mismo Estado frente al ciudadano. Es que si por ejemplo aplicásemos una lógica artificial y contractualista, el ciudadano se vería interpelado por una pregunta: ¿por qué se le confirió al Estado el poder coactivo y coercitivo si no puede administrar con eficacia esa potes-

saños de un nuevo derecho penal”, *Revista Jurídica Logos* (Facultad de Derecho prof. Damasio de Jesús), San Pablo, N° 1, año 2005.

114. Ídem.

115. Ídem.

tad punitiva para garantizar la convivencia pacífica de la comunidad?

Veámoslo desde el ángulo expuesto por algunos defensores de la oportunidad. Si el Estado es ese depositario monopólico del *ius puniendi*, cuasi omnipotente y omnipresente, que debe limitarse por intermedio de garantías individuales en aras de evitar el sojuzgamiento arbitrario de un diminuto hombre ante un poder avasallador, ¿cómo puede escudarse este titán en su propia ineficiencia o carencia de capacidad cuando debe perseguir hechos penales?¹¹⁶

Este argumento contravendría la autoridad, normatividad y el *ius puniendi*, que tal como se adelantó son constitutivos de un bien común político orientado a la perfección de los seres humanos. Es más, ese alegato traduciría un incumplimiento del derecho-deber del Estado de ordenar a la comunidad política a su fin plenario, mediante la aplicación de medios adecuados para concretar la justicia penal y, así, conquistar el bien común político. Se trataría, en definitiva, del primado de un utilitarismo incongruente con el bien honesto, dado que ante la iniciativa delictiva se pondría en jaque el principio de *dar a cada uno lo suyo*, junto al interés legítimo de la ciudadanía en la materialización penal, en pos de la defensa del bien común político.

Por otro lado, en el cromatismo de esta clase de variopintas justificaciones puede percibirse una solapada liquidez de la ley penal, erigida sobre un síndrome del consumo que adopta las pautas del mercado y criterios de decisión notoriamente ajenos a un concepto de justicia, hoy redefinido por un derecho penal líquido como una mercancía.

6.a.IV.2. Legítima selectividad

Simplificando, tal vez en exceso, podemos avizorar que la respuesta a una justicia ineficiente debería procurarse con un rediseño organizativo, mas no en el principio de oportunidad, pues existen

116. Vid GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos M., ob. cit., págs. 237-247.

otras herramientas aptas para descongestionar el sistema de justicia más acordes al culmen del Estado de Derecho. La solución debería buscarse en una matriz que responda a una política de gestión de calidad capaz de resguardar con eficacia en sus tiempos y contenidos, tanto las garantías individuales como los derechos de quienes intervienen en los procesos, sin importar el carácter de su participación (imputados, víctimas, testigos, etc.)¹¹⁷.

A tenor de lo explicitado, ha de añadirse que la única selectividad legítima no es la propuesta por quienes ven en el principio de oportunidad a un paliativo de una desigualdad existente en el ejercicio del poder punitivo¹¹⁸, pues la denunciada injusticia de la aplicación selectiva de la ley penal debería precisamente acomunar voluntades para practicar la justicia en todos los casos. Es evidente que la crítica al ejercicio desparejo del *ius puniendi* implícitamente reconoce la necesidad dar a quien delinque lo suyo de manera ecuánime. En pocas palabras, la inequidad perpetrada no justificaría otra injusta desigualdad motivada en la primera. Por ello, una justa selectividad debería más bien relacionarse al tiempo como un insumo estratégico, la diversificación de las clases de investigaciones sobre parámetros objetivos (simplicidad o complejidad de los casos), la especialidad e información requerida, u otros indicadores orientados a determinar la manera más eficaz de investigar cada delito sujeto a estudio.

6.a.IV.3. Legalidad dual

Otro de los guiños argumentales por ponderar es la afirmación de que la oportunidad no contradice el principio de legalidad, al haberse configurado éste como limitante del *ius puniendi* del individuo frente al Estado e interpretarse positivamente, es decir, en sentido li-

117. Sobre procesos de reforma, cf. GARAVANO, Germán - ROMERO BERDULLAS, Carlos Manuel, "El rol del Ministerio Público Fiscal de la CABA", en *Derecho de la Ciudad de Buenos Aires*, 1ª edición, Argentina, El Derecho, 2014, págs. 197-239.

118. Entre ellos Eugenio R. Zaffaroni y Roberto M. Carlés, *vid* exposición de motivos al Artículo 42 del Anteproyecto de Código Penal de la comisión designada por Decreto N° 672/2012.

berador del poder punitivo. Sabido es que el aforismo *nullum crimen sine lege praevia* y *nullum poena sine lege praevia* es un baluarte de la seguridad jurídica y garantía individual ante posibles arbitrariedades, corrientes políticas de turno¹¹⁹ o prácticas derivadas de una limitación ilimitada criticada por Chesterton¹²⁰; empero esta exégesis no repara en la afectación del derecho constitucional a la seguridad-legalidad.

Tal como ya se anticipó oportunamente, cobra especial valor la manda constitucional seguridad-legalidad, puesto que el Estado posee deberes negativos de respeto de las garantías, y a la par débitos de protección de los derechos. Por tanto, si urdimos esto con lo expuesto en el acápite n° 2 (léase *excursus*), no podemos omitir que el principio de derecho penal de dar a quien delinque su pena no solo integra el derecho natural, sino también constituye una expresión más del principio de *dar a cada uno lo suyo*, presupuesto y sobrentendido en el Artículo 18 CN.

6.a.IV.4. Revocabilidad legal permeable a la arbitrariedad

Una vez sopesados algunos argumentos vertidos por los divulgadores de la oportunidad, ha de apuntarse que de aceptarse este principio debería ser reglado con acribia en el Código Penal, como una excepción a la legalidad –pues ésta es la regla. De lo contrario, si se formularan las condiciones de su aplicabilidad de modo genérico, abstracto y vago, se dejaría librado a la arbitrariedad velada de los

119. Wolfgang Naucke explica la significancia de la intacta ley penal, dado que permite preservar la libertad del ciudadano, frente a las corrientes políticas de turno. Cf. NAUCKE, Wolfgang, “La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad procesal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado”, en ROMERO CASABONA, *La insostenible situación de derecho penal. Estudios de derecho penal*, según cita de DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal (parte general)*, 1ª edición, T. I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006, págs. 340-341.

120. Vid CHESTERTON, Gilbert K., “Condena indeterminada para presos” (27-5-1908), artículo publicado en *The Illustrated London News*. Compilado y traducido en *Cien años después*, 1ª edición, Argentina, Vórtice, 2008, págs. 144-148.

fiscales la posibilidad de impulsar o no la acción penal. Tal es así que los fiscales podrían disponer o no de la acción penal a su antojo, sibilinamente y sin control republicano alguno.

Aquí vale hacer una pausa sobre el concepto de arbitrariedad y algunas de sus implicancias. La arbitrariedad se configura ante un querer u obrar enajenado de una razón justificante y sin medida racional¹²¹. Por consiguiente, la arbitrariedad se opone al derecho y a lo justo¹²². De ahí que su afirmación lleva ínsita la negación del derecho. En este contexto es que cuando el mismo guardián de la legalidad (léase fiscal) niega el derecho como legalidad comete un acto arbitrario, en tanto resulta irrazonable en pos del bien común. Este aspecto es sumamente importante retenerlo en nuestra memoria, ya que un principio de oportunidad caracterizado por su vaguedad podría ser una manifestación más de un positivismo judicial (activismo judicial), que al no hallarse limitado por principios o reglas dejaría a expensas de una interpretación libre, arbitraria e ideológica de los fiscales la custodia de la ley penal¹²³.

6.a.IV.5. Aproximación a una lábil normatividad

Formuladas estas aclaraciones, es oportuno evaluar el grado de abstracción manifestado en parte de la normativa receptiva de este principio de oportunidad. Si aguzamos nuestra mirada sobre el CPP-CABA, comprobaremos un elevado grado de vaguedad, dado que el Artículo 199, inc. e, unge a los fiscales con la potestad de archivar

121. Vid LAMAS, Félix Adolfo, *Filosofía del Estado –Política y Tradición*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino”, 2011, pág. 9, disponible en http://www.viadialectica.com/publicaciones/material/filosofia_estado/Libr_fil_est.pdf, fecha de consulta: 19-5-2015.

122. Ídem.

123. Esta afirmación se construye a partir de una analogía trazada con lo explicitado sobre el activismo judicial por HERRERA, Daniel A., “Del Estado de Derecho Liberal Moderno al Estado Constitucional de Derecho Actual”, en *Forum, Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina*, 1ª edición, N° 2, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2014, pág. 36.

—a su total voluntad— las denuncias y actuaciones preventivas cuando “La naturaleza e importancia del hecho no justifiquen la persecución”, en tanto no se contraríen criterios generales de actuación.

Prima facie, el CPPN (aprobado por Ley N° 27.063) pareciera denotar menor abstracción al definir en su Artículo 30 la imposibilidad de prescindir del ejercicio de la acción penal si el delito es cometido por un funcionario público en razón de sus funciones o cargo; cuando es realizado en un contexto de violencia doméstica o motivado en razones discriminatorias; o en aquellos supuestos de incompatibilidad con previsiones de instrumentos internacionales, leyes o instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal, fundadas en criterios de política criminal. Sin embargo, al facultar a los fiscales a disponer de la acción penal cuando se trate de “un hecho que por su insignificancia no afectare gravemente el interés público” (Art. 31, inc. a)¹²⁴, la indeterminación vuelve a hacerse patente y abrir margen a lo veleidoso.

No debe perderse de vista que esta norma adolece de una imprecisión semejante a la ya evidenciada por el Artículo 42.3.a) del Anteproyecto de Código Penal redactado por la comisión designada por Decreto N° 672/2012, donde se habilita al fiscal a no promover o desistir de la acción cuando de trate de “hechos de menor significación”. El interrogante es claro, cuál es el criterio delimitante de “un hecho que por su insignificancia no afectare gravemente el interés público” o de “hechos de menor significación”, si no es el mero arbitrio de cada fiscal.

Asimismo, no puede escapar a este análisis que de no contemplarse contralores adecuados de ese ejercicio de la oportunidad y fijarse la responsabilidad de los órganos de aplicación por la incorrecta instrumentación de un criterio extintor de la acción pública¹²⁵, se sus-

124. En los restantes incisos contempla la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad, si la intervención del imputado es de menor relevancia y pudiera corresponderle multa, inhabilitación o condena condicional (b); en casos de pena natural (c); o si la pena que pudiera imponerse por el hecho careciera de importancia en consideración a la sanción ya impuesta, o a la que deba esperarse por los restantes hechos investigados en el mismo u otro proceso, o a la que se impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero (d).

125. El CPPN objeto de estudio estipula que la aplicación del criterio de oportunidad (facultad pasible de concreción hasta la formalización de la IPP, según Art. 225)

tituiría un modelo de selectividad por otro también permeable a la arbitrariedad, pero más ordenado¹²⁶.

Al respecto, el CPPCABA (Art. 200) y el incipiente CPPN (Arts. 218-219) posibilitan a la víctima la solicitud de revisión del criterio de oportunidad ante el fiscal de cámara¹²⁷, por lo que se aplica un mecanismo de control interno tendente a reforzar la autonomía funcional del Ministerio Público Fiscal; y evitar, así, que se involucre en esta decisión el juzgador, con el afán de preservar su imparcialidad¹²⁸. Ante este horizonte, las preguntas que debemos plantearnos son: si al efectivizarse estos procedimientos dentro de un mismo organismo se cumple con el paradigma republicano de no autocontrol; y por otra parte, qué acaece ante lesiones de bienes jurídicos difusos, pues al no preverse metodologías de revisión automáticas en estos casos, puede darse una pasividad, o dispersión del todo social, conductora de una ausencia de revisión de estas clases de decisiones.

6.a.V. *Un debate inacabado*

Como corolario, podemos afirmar que la contienda entre un derecho penal líquido y la legalidad no ha fenecido. La disputa argumental debe profundizarse si se añora hallar una relación de complementariedad entre los principios de legalidad y oportunidad que no conduzca a una banalización de la justicia. Una coyuntura de este calibre exige una revisión no sedimentada en la corteza de las cosas, pues el encumbramiento de una oportunidad oscurantista, indefectiblemente, roe los cimientos republicanos emulados por el sistema acusatorio y carcome la expresión constitucional.

permite declarar extinguida la acción penal (Art. 32); y además, la prevé como causal de sobreseimiento (Art. 236).

126. Cf. GUARIGLIA, Fabricio O., ob. cit., pág. 94.

127. Si el fiscal de cámara confirma el criterio de oportunidad la víctima puede convertir la acción pública en privada (Arts. 33 y 219 CPPN *sub examine*) y oponerse al sobreseimiento ante el juez (Art. 237).

128. Con lo que este mecanismo de control se ajusta a la doctrina sentada por la CS en “Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N° 4302”.

Si la certidumbre es la regla y la oportunidad la excepción, necesariamente el carácter de *numerus clausus* requiere que las excepciones fundadas en el bien común político sean definidas con vasta minuciosidad. En otras palabras, el estado de excepción de esa liquidez del derecho penal demanda que las condiciones de aplicabilidad de la oportunidad no se determinen negativamente y de modo abierto. El meollo radicarán, entonces, en saber determinar en sentido positivo y con suficiente meticulosidad los excepcionales casos donde podrá aplicarse la oportunidad; pero concomitantemente resultará determinante querer delimitar qué clases de controles formales deben disparar estas decisiones de nimia visibilidad, si se anhela garantizar contrapesos republicanos.

6.b. Principio de objetividad

En cuanto al polifacético principio de objetividad acogido en el CPPCABA (Art. 5º) y el CPPN *sub examine* (Arts. 128, 196, 297), cabe hacer una serie de precisiones, destinadas a despejar aparentes contradicciones con la posición estratégica del fiscal en un proceso acusatorio y el poner todos los medios para ajustar su actuación a lo que las cosas son en la realidad. Una mayor comprensión sobre el alcance de esta actitud cognitiva indisolublemente unida a la justicia con el ser, es clave en orden a valorar la significancia de que el logos objetivo del fiscal se tope con la *ratio* de los objetos, en pos de garantizar la fidelidad del conocimiento recabado y depurarlo de influjos subjetivos sobre el contenido denotado por las cosas¹²⁹.

Confirmar la importancia de que el fiscal –amén de la redefinición del interés persecutorio en un modelo acusatorio– abrevie en el conocimiento objetivo de la realidad es esencial, por cuanto es el vector delimitador del modo de obrar para realizar la justicia entre los hombres¹³⁰. Es que el posicionamiento estratégico (ya sea en los casos

129. Vid GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos M., ob. cit., págs. 247-251.

130. Cf. lo explicado sobre *sachlichkeit*, *sache* y justicia con el ser por PIEPER, Josef, en *La realidad y el bien*, 1ª edición, Argentina, Librería Córdoba, 2009, págs. 14 y 64-65.

concretos o el cumplimiento de objetivos institucionales socialmente cuantificables) y su condición de parte no neutral en el nuevo escenario procesal no contrarían en modo alguno la objetividad que debe guiar la actividad fiscal en defensa de la legalidad e intereses generales de la sociedad.

Conviene destacar que restringir la objetividad a reglas de *fair play*, lealtad y buena fe (ej., dar a conocer a la defensa todas las probanzas útiles para resistir la acusación) nos conllevaría a incurrir en un desacertado reduccionismo. Pues la división de funciones del sistema acusatorio no antagoniza con la obligación del fiscal de adecuar sus actos a criterios objetivos al practicar medidas tendentes a determinar la existencia del hecho penal, e investigar todas las circunstancias idóneas para comprobar la acusación o eximir de responsabilidad al acusado.

Contrariamente, si el fiscal no adecuara su accionar a la realidad, el primer presupuesto de sus decisiones estratégicas se encontraría ética y legalmente viciado, ya que se convertiría en un acusador ciego si procurara codeterminar subjetivamente el contenido de los acontecimientos pesquisados, validara infundadamente el impulso de acciones penales o acusara sin sustento probatorio. La medida de lo real es la que debe motivar el desempeño del fiscal, quien además debe velar por el cumplimiento efectivo de las garantías individuales reconocidas constitucionalmente en un juicio justo¹³¹, e incluso, petitionar la

131. Vid Artículo 5º del CPPCABA; párrs. 1º y 3º de Normas de Responsabilidad Profesional y Establecimiento de Deberes y Derechos de Fiscales (1999); pág. 13.b) de Directrices sobre la función de los fiscales, aprobadas en el 8º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en la Habana (Cuba), del 27-8-1990 al 7-9-1990 (U.N. Doc. A/CONF.144/28/Rev.1 at 189-1990); pág. 24.a) de Recomendación REC (2000), adoptada por el Comité de Ministros el 6-10-2000 en la 724ª reunión de Ministros; y pág. 3.c) de Normas de Responsabilidad Profesional y Declaración de Derechos y Deberes Fundamentales de los Fiscales adoptadas por la Asociación Internacional de Fiscales (IAP), el 23-4-1999, en Asociación Internacional de Fiscales, *Manual de Derechos Humanos para fiscales*, 1ª edición en español, 2009.

absolución del acusado si lo cree inocente o considera que su culpabilidad no fue probada durante el juicio¹³².

El principio de objetividad remite, así, a una exploración de la verdad esencial en toda propuesta de administrar una auténtica justicia acorde a la realidad, que al no erigirse sobre voluntarismos se constituye en garantía tanto del imputado, como de la sociedad. Dada la separación de funciones, debería ser una exigencia irrenunciable esta manda de objetividad, ya sea en orden a instar la acción para investigar, acusar o solicitar la absolución. Si bien el control de legalidad del juez resguardaría al imputado de una persecución arbitraria, lo cierto es que un esquema regido por una oportunidad defectuosamente reglada entraña el peligro de poner en crisis esa objetividad ineludible para desarrollar una actuación acorde a un libre conocimiento de la *notitia criminis*, la defensa de bienes jurídicos difusos y el bien común.

En razón de lo expuesto, independientemente de que el Ministerio Público Fiscal es una organización piramidal, jerárquica y signada por los principios de unidad e indivisibilidad, deberían arbitrarse las medidas pertinentes para garantizar una objetividad en cada fiscal, no solo de hecho, sino también aparente. Sencillamente, el fiscal no solo debe ser objetivo, sino que además debe parecerlo, pues esta objetividad se halla estrechamente ligada a la independencia del director de la investigación en esa custodia de los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política. De ahí la importancia de establecer buenas prácticas destinadas a neutralizar cualquier viso de asignación arbitraria de un fiscal para que investigue un delito con posterioridad al hecho del proceso, pues las especiales designaciones podrían despertar al menos una duda en el todo social, sobre si esa objetividad no es puesta en jaque ante factibles presiones, influencias

132. En estos casos, la CSJN le otorgó el carácter de vinculante a la decisión del fiscal de no acusar al final del debate (cf. “Tarifeño”, *LL*, 1995-B-32; “Mostaccio”, *CSJN-Fallos*: 327:120; y “Agüero”, A-393, XXXIX). Por su parte, Carrió expresa dudas sobre la existencia de una transgresión constitucional cuando se dicta una condena en este contexto, aunque afirma que pareciera reñir con el arquetipo acusatorio. Cf. CARRIÓ, Alejandro D., ob. cit., pág. 88.

e interferencias en la autonomía funcional, dirigidas en perjuicio o privilegio de un caso particular.

7. CONSIDERACIONES FINALES

No se ha pretendido hacer un estudio acabado del proceso acusatorio y la normativa estudiada¹³³, pues excede sobradamente el marco de este trabajo. Sí se anhela que este artículo invite al lector a solazarse por el bosquecillo ofrendado a Academos, plantearse algunos interrogantes y rehuir de los peligros intrínsecos a obliterarse en posiciones propias o ajenas. El cometido propuesto se habrá alcanzado si esa *disputatio* umbilicalmente unida al proceso acusatorio y lo académico se dispara a partir de una mirada librada de prejuicios e intereses de la realidad analizada.

De lo que se trata es de preservar un espacio de libertad filosófica –presupuesto del *bonum commune*–¹³⁴ y objetividad para contemplar el proceso con el único norte de conquistar la verdad, pues sin el acontecer académico es improbable que en una instancia ulterior el hombre práctico logre ordenar virtuosamente su actuación a la realidad de manera fecunda¹³⁵. Es que, necesariamente, el desinteresado hundimiento del ser y el acto puramente teórico sobre la realidad objetiva deben darse *ex ante* si se busca conseguir efectos útiles¹³⁶.

Espero que este resquicio para el ocio intelectual y los aspectos detallados permitan acercarnos –al menos un poco más– a las razones que constituyen al proceso penal acusatorio en el *hashtag* de una constitución signada por el principio republicano de gobierno, la división de poderes y la premisa de no autocontrol. Pero al mismo tiempo, con

133. Para ello puede verse GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos M., ob. cit.

134. Cf. PIEPER, Josef, *El ocio y la vida intelectual*, 8ª edición, Madrid, Rialp S.A., 2003, cap. titulado: “Lo académico, el funcionario y sofista”; y PIEPER, Josef, “La libertad de la *Theoria* filosófica y sus contrarios”, en *Antología*, Barcelona, Herder S.A., 1984, págs. 136-137.

135. Ídem.

136. Ídem.

el itinerario propuesto se aspira a abrir nuevas preguntas, discusiones y diálogos, tanto sobre las oportunidades, como los peligros de lo que he denominado “derecho penal líquido”. Pues sin resortes aptos, la integridad de una parte de los vasos capilares y derechos contenidos en nuestra CN resultará indefectiblemente afectada. De modo que si el proceso no prevé la activación de mecanismos de coagulación eficaz, una liquidez caótica de la ley penal propenderá a desangrar y disolver la manifestación constitucional.

En definitiva, este presagio nos interpela a proseguir trabajando en la noble faena de alcanzar el cénit de la expresión constitucional en cada intervención del Poder Judicial, mediante el diseño de un sistema de administración del servicio de justicia que se encuentre a la altura de los tiempos actuales y sea un genuino puente para superar falaces dicotomías. Claro que este camino de reconstrucción, ineludiblemente, debe recorrerse con la viva conciencia despertada por San Juan Pablo II, por cuanto: “El hombre es siempre igual; los sistemas que crea son siempre imperfectos, y tanto más imperfectos cuanto más seguro esté de sí mismo. ¿Y esto de dónde proviene? Esto viene del corazón del hombre, nuestro corazón está inquieto; Cristo mismo conoce mejor que nadie su angustia, porque ‘Él sabe lo que hay dentro de cada hombre’ (Juan 2.25)”¹³⁷.

8. BIBLIOGRAFÍA

- Amnistía Internacional, *Manual de Juicio Justos* (publicado por 1ª vez en inglés en 1998, con el título de *Fair Trials Manual*), España, EDAI.
- Asociación Internacional de Fiscales, *Manual de Derechos Humanos para fiscales*, 1ª edición en español, edición del Ministerio Público Fiscal. Ciudad Autónoma de BsAs. 2009.
- Aristóteles, *Ética*, 1ª edición, Argentina – España, Editorial LIBSA, Edición especial para Editorial El Ateneo, 2001.

137. SAN JUAN PABLO II, *Cruzando el umbral de la esperanza*, 1ª edición, Barcelona, Plaza & Janes editores S.A., 1994, pág. 29.

- Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires, Hammurabi s.r.l., 1987.
- Bauman, Zygmunt, *Vida líquida*, 1ª edición, Buenos Aires, Paidós, 2013.
- Blanco, Guillermo P., *Curso de Antropología Filosófica*, 1ª edición, Buenos Aires, Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2004.
- Beccaria, Cesare, *De los delitos y las penas* (Biblioteca de Obras Maestras del Pensamiento), 1ª edición, Buenos Aires, Losada, 2002.
- Bidart Campos, Germán J., *Compendio de derecho constitucional*, 1ª edición, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2004.
- Binder, Alberto M., *El incumplimiento de las formas procesales*, 1ª edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000.
- Bovino, Alberto, "El debate", en AA VV, *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Argentina, Editorial del Puerto s.r.l., 1993.
- Bovino, Alberto, *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*, 1ª edición, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 2005.
- Cafferata Nores, José I., *Proceso Penal y Derechos Humanos. La reforma procesal penal en América Latina*, disertación en la Due Process of Law Foundation, Washington DC (18-11-1998).
- Cañardo, Hernando V., "La Constitución externa de la República Argentina", en *Forum, Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina*, 1ª edición, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2013.
- Carrió, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 6ª edición, Buenos Aires, Hammurabi s.r.l., 2015.
- Centre International Pour la Prévention de la Criminalité, *Informe Internacional sobre la Prevención de la Criminalidad y la Seguridad Cotidiana: tendencias y perspectivas*, abril de 2010.
- Cervantes, Miguel de, *El ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha*, colección de Biblioteca La Nación, Argentina, Planeta S.A., 2000.
- Chesterton, Gilbert K., "Condena indeterminada para presos" (27-5-1908), artículo publicado en *The Illustrated London News*. Compilado y traducido en *Cien años después*, 1ª edición, Argentina, Vórtice, 2008.
- Claría Olmedo, Jorge A., *Derecho Procesal Penal*, T. I, Argentina, Rubin-za-Culzoni Editores, 2004.

- Donna, Edgardo Alberto, *Derecho penal (parte general)*, 1ª edición, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 1995.
- Gacto Fernández, Enrique, "Observaciones jurídicas sobre el proceso inquisitorial", en *La Inquisición en Hispanoamérica –Estudios–*, Abelardo Levaggi (Coordinador), Argentina, coedición Ciudad Argentina y Universidad del Museo Social Argentino, 1997.
- Gamboa, Agustín – Romero Berdullas, Carlos Manuel, *Proceso Constitucional Acusatorio*, 1ª edición, Buenos Aires, editorial Ad-Hoc, 2014.
- Garavano, Germán - Romero Berdullas, Carlos Manuel, "El rol del Ministerio Público Fiscal de la CABA", en *Derecho de la Ciudad de Buenos Aires*, 1ª edición, Argentina, El Derecho, 2014.
- Gaviria Trujillo, César, ponencia en *Seminario sobre Violencia Criminal Urbana*, del 2 de marzo de 1997 (Río de Janeiro), en http://www.oas.org/es/centro_noticias/discurso.asp?sCodigo=02-0251, fecha de consulta: 11-5-2015.
- Goldschmidt, Werner, *Introducción al derecho*, 2ª edición, Madrid-Argentina-México, Aguilar, 1962.
- Graves, Robert, *Los mitos griegos*, colección de Biblioteca Personal Jorge Luis Borges, Buenos Aires, Hyspamérica Ediciones S.A., 1985.
- Guariglia, Fabricio O., "Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad" en *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, 1ª edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003.
- Hernández, Héctor H., *El garantismo abolicionista*, 1ª edición, Buenos Aires, Marcial Pons Argentina, 2013.
- Herrera, Daniel A., "Del Estado de Derecho Liberal Moderno al Estado Constitucional de Derecho Actual", en *Forum, Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina*, 1ª edición, N° 2, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2014.
- Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho Nnatural*, 8ª edición, Pamplona, EUNSA, 1994.
- Jiménez de Asua, Luis, *El pensamiento jurídico español y su influencia en Europa*, Argentina, AbeledoPerrot, 1958.

- Jofré, Tomás, *Manual de Procedimiento (Civil y Penal)*, 5ª edición, Tomo II, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1941.
- Lamas, Félix Adolfo, *Filosofía del Estado –Política y Tradición–*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino”, 2011.
- Lorenzetti, Ricardo Luis, “Políticas de Estado para el Poder Judicial”, *La Ley*, año LXXI, N° 166, 30 de agosto de 2007.
- Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 2004.
- Maier, Julio B. J., “El Ministerio Público: ¿un adolescente?”, en *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, 1ª edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003.
- Ministerio Público Fiscal de la CABA, *Nuevo diseño, fiscalías de la ciudad* (Gamboa, Agustín –dirección–, Romero Berdullas, Carlos Manuel y Peix, Horacio –redacción–), 2013.
- Mir Puig, Santiago, “Constitución, derecho penal y Globalización”, en *Política criminal y reforma penal* (Directores: Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo – Coordinador: Víctor Gómez Martín), Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2007.
- Núñez, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 5ª edición actualizada, Argentina, Lerner Editora S.R.L., 2009.
- Platón, “Apología de Sócrates”, en *Diálogos*, Biblioteca Grandes Pensadores, España, Madrid, Editorial LIBSA-Editorial El Ateneo, 2001.
- Pieper, Josef, *Antología*, Barcelona, Herder S.A., 1984.
- Pieper, Josef, *El ocio y la vida intelectual*, 8ª edición, Madrid, Rialp S.A., 2003.
- Pieper, Josef, *La verdad de las cosas (Die Wahrheit der Dinge)*, 1ª edición, Argentina, Librería Córdoba, 2009, pág. 163. Publicado junto a *La realidad y el bien (Die Wirklichkeit und das Gute)*.
- Pieper, Josef, *La realidad y el bien*, 1ª edición, Argentina, Librería Córdoba, 2009. Publicado junto a *La verdad de las cosas*.
- Pieper, Josef, *Tratado sobre las virtudes*, 1ª edición, T. I (“Virtudes cardinales”), Argentina, Librería Córdoba, 2008.
- Righi, Esteban - Fernández Alberto A., *Derecho penal*, 1ª edición, Argentina, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, 2005.

- Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, 1ª edición en castellano de la 25ª edición alemana, Argentina, Editores del Puerto s.r.l., 2000.
- Roxin, Claus, "Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público", en *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, 1ª edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003.
- Rusconi, Maximiliano, *Derecho penal –Parte General–*, 2ª edición, Argentina, Ad-Hoc s.r.l., 2009.
- Rusconi, Maximiliano, "División de Poderes en el Proceso Penal", *La Ley*, T. 1991-D. Rusconi, Maximiliano, *Las fronteras del poder penal*, 1ª edición, Buenos Aires-Madrid, Editorial Ciudad Argentina, 2005.
- Rusconi, Maximiliano, "¿Un sistema de enjuiciamiento influido por la política criminal?", en *Nuevo Proceso Penal, garantías constitucionales y mínima intervención*, 1ª edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008.
- San Juan Pablo II, *Centesimus Annus*.
- San Juan Pablo II, *Cruzando el umbral de la esperanza*, 1ª edición, Barcelona, Plaza & Janes editores S.A., 1994.
- San Juan Pablo II, *Mensaje para el jubileo en las cárceles del 9 de julio de 2000*, http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/messages/pont_messages/2000/documents/hf_jp-ii_mes_20000630_jubil-prisoners.html (fecha de consulta: 11-5-2015).
- Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, 3ª edición, Madrid, BAC, 1998.
- Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, 2ª edición, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, 1953.
- Winfried, Hassemer, *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*, 1ª edición, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.
- Yacobucci, Guillermo J., "¿Cómo interpretar la política criminal de nuestros días?", *El Derecho, Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, Año XLII, N° 11.097, 27 de septiembre del año 2004.
- Yacobucci, Guillermo J., "Los desafíos de un nuevo derecho penal", *Revista Jurídica Logos* (Facultad de Derecho prof. Damásio de Jesús), San Pablo, N° 1, año 2005.