



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

TESIS DE MAESTRIA

ACUERDOS DE PARTES Y CONSENSO EN EL PROCESO PENAL
ACUSATORIO ADVERSARIAL FEDERAL

Tesista: GEMA GUILLEN

Director: MARIO H. LAPORTA

MENDOZA, 2022



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE MAESTRÍA

ACUERDOS DE PARTES y CONSENSO EN EL PROCESO PENAL
ACUSATORIO ADVERSARIAL FEDERAL

MAESTRIA EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Tesista: GEMA GUILLEN

Director: MARIO H. LAPORTA

MENDOZA, 2022

INDICE

| | |
|--|----|
| Introducción | 4 |
| Capítulo I: El conflicto y los métodos de solución en la historia..... | 6 |
| En la antigüedad..... | 6 |
| Fines de la Edad Media..... | 10 |
| Comienzos de la modernidad..... | 11 |
| Sistema anglosajón..... | 13 |
| Edad Contemporánea..... | 14 |
| Lo que deja la historia | 16 |
| Capítulo II: Principios rectores del proceso penal como solución de conflicto..... | 18 |
| Principios irrenunciables | 19 |
| Parámetros variables | 29 |
| Acusatorio, instrucción y ministerio fiscal | 28 |
| Legalidad y oportunidad..... | 28 |
| Valoración | 33 |
| Capítulo III: Presupuestos de acuerdos y consenso | 34 |
| Disponibilidad. Discrecionalidad. Oportunidad..... | 34 |
| Fundamentos..... | 37 |
| Críticas | 38 |
| Formas | 39 |
| Precisando la terminología..... | 43 |
| Valoración. | 44 |
| Capítulo IV: La disponibilidad en el Código Procesal Penal Federal..... | 45 |
| La modalidad consensuada de disposición de la acción penal en el CPPF..... | 48 |

| | |
|---|-----|
| Sistemas alternos de resolución de conflictos..... | 49 |
| La justicia restaurativa en el sistema penal argentino..... | 54 |
| Conciliación. | |
| Condiciones para su aplicación | 58 |
| Sujetos | 59 |
| Límite de tipos | 65 |
| Aspectos procesales..... | 71 |
| Consecuencias..... | 72 |
| Valoración..... | 73 |
| Reparación integral | 74 |
| Naturaleza jurídica. Consecuencias. | 74 |
| Diferencias con la conciliación | 79 |
| Valoración | 83 |
| Suspensión del proceso a prueba | 84 |
| Normativa | 85 |
| Generalidades | 86 |
| Supuestos de procedencia | 87 |
| Supuestos de improcedencia | 93 |
| Aspectos procesales | 96 |
| Valoración | 101 |
| Procedimiento abreviado | 101 |
| Constitucionalidad | 105 |
| Aspectos procesales | 108 |
| Acuerdo pleno | 108 |
| Acuerdos parciales | 115 |

| | |
|---------------------------------|-----|
| Acuerdo de juicio directo | 116 |
| Conclusión..... | 118 |
| Bibliografía | 122 |

INTRODUCCIÓN

Lo más importante del sistema acusatorio adversarial no se ve en el juicio, entendido como audiencia de debate. Claro que es el espacio que presenta mayor interés porque es donde las partes asumen sus roles y exhiben sus posiciones y destrezas para llegar al veredicto que sella el destino del acusado. Y la mayoría de los estudios focalizan su análisis en esta etapa, habiendo obras completas sobre interrogatorio, contrainterrogatorio, y demás circunstancias propias del contradictorio final. Ello es por demás útil para quienes intervienen en ese 3% de casos que llega a juicio. Porque el 97% de los casos en Estados Unidos, el 95,5% en Argentina, no alcanza esa etapa, sino que termina mediante vías alternativas en etapas anteriores. Y es importante destacar que esas vías alternativas también están previstas para el sistema mixto inquisitivo, pero se trata de incorporaciones legislativas propias del sistema acusatorio con las que se pretendió agilizar aquel modelo procesal inquisitivo mixto.

A pesar de que más del 95% de los casos no llegan a juicio en el proceso acusatorio, se entiende que el sistema funciona porque daría solución a todos los casos que ingresan en él. Entonces ¿cómo terminan estos casos?, ¿cómo se solucionan?, ¿por qué se afirma que es el mejor modelo para la justicia criminal?.

Soslayando los casos que se archivan por ineficiencia del sistema mixto, lo cierto es que se establecieron mecanismos alternativos que permiten encontrar soluciones distintas al juicio. Ello colisiona con las visiones más conservadoras del proceso penal que entienden que la única forma de concluir realmente un proceso penal es con una sentencia dictada por un tribunal después de un juicio entendido como audiencia de debate. Ello se identifica con el deber del tribunal de averiguar la verdad material como presupuesto indispensable de la materialización del principio de culpabilidad que legitima el poder del Estado para imponer un castigo.

Las vías alternativas que poco a poco flexibilizaron las posiciones duras antedichas se presentaron como formas de descompresión del sistema judicial saturado de causas sin resolver y personas sometidas a prisión preventiva sin fecha próxima de juicio. Sin embargo, sus fundamentos son más profundos e importan rotundos cambios en los principios rectores del proceso penal.

El sistema inquisitivo y mixto expropió el conflicto a las partes para resolverlo sin su intervención y teniendo en miras el bien común, la vigencia de la norma, la convivencia social, la búsqueda de la verdad real; en fin, siempre conceptos abstractos y genéricos. El sistema acusatorio propone devolver ese conflicto para que las partes lo

gestionen, y en caso de no alcanzar un acuerdo, dirimirlo en un juicio. La posibilidad de las partes de formalizar acuerdos, sin que la autoridad de un tribunal se imponga a través de una sentencia, entiendo que es uno de los pilares fundamentales del éxito del modelo acusatorio adversarial, que se complementa con la teoría del caso como técnica de litigación y gestión, que no sólo se manifiesta en el juicio, sino desde el mismo comienzo del caso.

Pero es importante tener en cuenta que el desarrollo del modelo acusatorio dependerá de las atribuciones otorgadas a las partes, de manera que el reconocimiento de las herramientas que los litigantes tengan a disposición demostrará la mayor o menor grado de adversariedad del modelo procesal.

En la mayor extensión de la disposición de la acción penal, es necesario verificar el límite que las normas procesales imponen a fin de mantener un mínimo de garantías, que además deben ser suficientes para cumplir con los estándares internacionales de protección de derechos humanos. Ese juego pesos y contrapesos será analizado en este trabajo.

CAPITULO I

EL CONFLICTO Y LOS METODOS DE SOLUCION EN LA HISTORIA

El análisis de los temas y objetivos propuestos lleva necesariamente a buscar los orígenes de los sistemas procesales penales que se presentan como opuestos en su formato puro. Ello permitirá comprender la evolución de los mismos, y los motivos de las distintas formas procesales moldeadas por principios políticos vigentes en cada época matizados con las circunstancias sociales, económicas e históricas de cada lugar.

El sistema acusatorio, que aparece como solución nueva y paradigmática para enfrentar los males que aquejan al proceso penal actual es, en realidad, el más antiguo. De hecho, fue el primer sistema utilizado por las civilizaciones para resolver sus conflictos.

EN LA ANTIGÜEDAD.

En los tiempos antiguos se utilizaba la venganza privada, no existía un derecho penal estructurado, sino que había toda una serie de prohibiciones basadas en conceptos mágicos y religiosos, cuya violación traía consecuencias no sólo para el ofensor sino también para todos los miembros de su clan o tribu. Cuando se responsabilizaba a alguien por la violación de una de estas prohibiciones (tabú), el ofensor quedaba a merced de la víctima y sus parientes, quienes lo castigaban causándole a él y su familia un mal mayor. No existía relación alguna entre la ofensa y la magnitud del castigo.

En este punto, Edmundo Hendler aclara que el modo violento e indiscriminado de reaccionar frente a un agravio tenía lugar cuando el agresor era un extraño al propio grupo social, tanto en el caso de un pequeño clan familiar, como en el de una organización tribal o en el de una sociedad complejamente estructurada. En el interior del grupo los agravios eran siempre encarados de otra manera¹.

Las primeras limitaciones a la venganza como forma de castigo surgen con el Código de Hammurabi, La Ley de las XII Tablas y la Ley Mosaica, que intentaron establecer una primera proporcionalidad entre el daño producido y el castigo que debía ser igual a aquel. Es el famoso "ojo por ojo, diente por diente". En los casos en que no existía daño físico, se buscaba una forma de compensación, de modo tal, por ejemplo,

¹ HENDLER, *Sistemas penales comparados*, CABA, Didot, 2014, p. 20.

que al autor de un robo se le cortaba la mano. También apareció la denominada “*compositio*” o composición, consistente en el reemplazo de la pena por el pago de una suma monetaria, por medio de la cual la víctima renunciaba a la venganza.

En el sistema primitivo no se distinguía el derecho civil y el penal, por ende, el perjudicado era el único sujeto de las consecuencias jurídicas que nacían de la antijuridicidad. Todas o la gran parte de las transgresiones al orden se resolvían, ya en forma directa por la reacción del ofendido en contra del ofensor, ya por la intervención de un mediador privado o de un órgano público, según el momento histórico.

La presencia de un intermediario entre ofensor y ofendido significó un notable progreso. Este mediador, que primero fue un simple particular y después un órgano del Estado, actuaba en forma semejante a cuando se estaba frente a violaciones del orden privado o civil. Muchas veces fue omnipotente mientras era órgano público; otras sin embargo fue un verdadero árbitro, que consiguió asumir la condición de magistrado en el sentido técnico, y a veces mantuvo su carácter popular. En otros casos, ese intermediario se mostró como un conciliador o seguidor de transacciones.

El avance de la penalidad, más pronunciada en los romanos que en los griegos, llevó a jerarquía pública una serie de intereses de la colectividad, introduciendo la distinción entre *delicta publica* y *delicta privata*.

Surge, pues, en Roma un tipo de procedimiento penal público, pero sin desplazar el procedimiento penal privado. En la medida en que aparecían los delitos públicos, el Derecho Penal se va separando del Civil. Junto a la acción privada de la víctima, se reconoció a todo miembro del grupo el poder de ejercitar la acción popular, coincidiendo con el progresivo reforzamiento del poder público. La sociedad no se desentendía de la persecución, pero ésta no existía sin acusador, quien con la iniciativa aceptaba la responsabilidad.

En el Derecho Romano para los delitos de alta traición, en los que existía un interés público en que fueran perseguidos, existía un proceso de instrucción oficial (la denominada *inquisitio*), llevado a cabo por un funcionario nombrado por el cónsul. Este proceso estaba regido por el principio de oficialidad, pero su objetivo no se centraba en la averiguación de la verdad material, sino únicamente en la determinación de la culpabilidad o no del imputado por el hecho delictivo.

Con la expansión de Roma se hizo patente la necesidad de institucionalizar la persecución penal. Ello dio lugar a que en el siglo III a. C. se crearan los *tresviri capitales*, una especie de órgano de persecución penal que además de encargarse del registro de las personas peligrosas para la paz de la República, controlando vagabundos y fugitivos, habrían ejercido la vigilancia sobre las calles. Aunque los *tresviri* no tenían jurisdicción judicial sobre los ciudadanos, la autoridad judicial (o al menos para tomar decisiones) que parecen haber tenido recaía sobre esclavos y extranjeros. La creación de los *tresviri capitales* parece venir inmediatamente después de la creación del *praetor peregrinus*, por lo tanto, se infiere que se trataba de un momento en que los romanos intentaban decidir cómo gestionar la afluencia de extranjeros a la ciudad.

No obstante, la iniciación del proceso seguía dependiendo del ejercicio de la acción por algún ciudadano, por lo que continuaba vigente el principio acusatorio, entendido éste en su acepción estricta. La decisión acerca de esa acusación privada correspondía a un tribunal de jurados, presidido por un pretor designado para el caso que, hasta el establecimiento de los cónsules, era el funcionario más alto de la República romana.

El principio acusatorio y el de oficialidad comenzaron a coexistir de tal manera que el proceso podía iniciarse tanto a instancia de un particular (*accusatio*) como de oficio (*cognitio*). Para los casos por delitos graves existía un proceso regido por el principio de oficialidad, el cual, sin embargo, no califica como proceso inquisitivo en su sentido estricto por cuanto no estaba encaminado a la búsqueda de la *veritas delicti*.

La *accusatio*, sistema procesal penal preponderante, se convirtió en un poderoso instrumento jurídico y político. Este sistema, ya orgánico, liberal y popularizado, penetró hasta el fondo mismo del Imperio romano. Pero las necesidades sociales de esa época exigieron introducir en el proceso elementos técnicos, que iban paulatinamente reemplazando las prácticas políticas populares.

Este procedimiento técnico se introdujo primero en forma excepcional y después se generalizó, haciendo por completo a un lado a la *acussusatio* y avanzando paulatinamente sobre las garantías individuales de los ciudadanos. Penetró en Europa al ritmo de la expansión del Imperio romano.

En el Derecho germánico (siglos V a IX) la persecución penal estaba supeditada a la formulación de una acusación particular o popular. El particular agraviado

o sus parientes perseguían la reparación del daño, bien a través de un contrato de vindicación o reparación (*Sühnevertrag*) previo al proceso, o a través de una demanda de reparación.

En el ordenamiento jurídico de las stirpes de la época de los francos (aproximadamente del siglo V al IX), en las denominadas *leges barbarorum* la *compositio* se desarrolló para convertirse en un "sistema" de resolución de conflictos, que podía servir tanto para la compra del derecho de venganza como para la reparación del daño causado. Al igual que no se distinguía entre la reparación del daño y la pena, tampoco se diferenciaba entre la demanda civil y la acusación penal. Pero como sucedía en el Derecho Romano, en el Derecho de los francos el proceso penal no se centraba en la búsqueda de la verdad material, sino en la determinación de la culpabilidad o inocencia del sospechoso dentro de un proceso estrictamente formal.

Como se advierte hasta aquí, el origen de la persecución penal no se dirigió al castigo, sino a la reparación y a la solución del conflicto que se consideraba entre particulares, sin soslayar cierto matiz de venganza. Pero en definitiva, la idea que primaba era la compensación por el daño sufrido por la víctima causado por el autor del hecho.

Siguiendo con el Derecho Germánico, el acusatorio era un proceso que, como regla, se iniciaba a instancia del ofendido o de sus parientes mediante la formulación de una acusación (*Klage*) y en el que no se buscaba la verdad material ni se investigaban todos los hechos para extraer de los mismos un juicio fáctico definitivo. El objeto de la prueba en este proceso se centraba fundamentalmente en la cuestión jurídica relativa a la culpabilidad o inocencia y la prueba se presentaba unilateralmente por una de las partes, aquella que estaba más próxima al elemento de prueba. Se llevaba a cabo un proceso probatorio formal -juramento con o sin jurados de apoyo, juicios de Dios o duelos- cuyo resultado determinaba de manera definitiva y sin necesidad de practicar ulterior prueba, la culpa o la inocencia del acusado. Pero, al igual que sucedió en el proceso penal romano, también en el germánico fue adquiriendo un mayor significado la persecución de oficio, con una creciente influencia del poder del rey.

Toda la Edad Media se caracterizó en Europa por la vigencia, ya conjunta, ya alternada, de los derechos romano y germano. El primero, por largo tiempo oculto en los claustros eclesiásticos y como piedra de toque para mantener el predominio del clero; perfeccionándose técnicamente en la sombra sin trascender al pueblo, para el cual

significaba una verdadera opresión. El segundo, evolucionó lentamente y con un sentido práctico; primero popularizado, y más tarde aniquilado o reducido a escasos reductos cuando sobrevinieron las monarquías absolutas, las que expandieron al derecho laico el procedimiento de la Inquisición.

FINES DE LA EDAD MEDIA.

En el siglo XI se advierte el primer foco de desarrollo intelectual respecto a la aplicación de la justicia. La llamada Escuela de Bolonia, desarrollada principalmente en Italia, aparece como un reducto de gran empuje en la formación judicialista del derecho; nombre que se ha dado a este primer momento de los estudios procesales, por cuanto significó un camino dirigido a desarrollar y perfeccionar las instituciones judiciales, cuyo desprestigio había conseguido anularlas casi por completo.

Un largo período de codificación y de glosa continúa como consecuencia de aquél primer empuje judicialista. El voluminoso desarrollo que en esta época se advierte en el campo del procedimiento, permite advertir que los glosadores y postglosadores comienzan acentuando primero la distinción entre lo procesal de lo material o sustancial.

Con el Papa Inocencio III (1161-1216) logra implantarse en el Derecho Canónico del siglo XIII el proceso inquisitivo *stricto sensu*. Este nuevo proceso se diferenciaba del proceso canónico anterior, en que ya no era necesaria la querrela de un particular -que en la práctica rara vez llegaba a formularse debido a los riesgos que ello implicaba-, sino que bastaba la denuncia (*denunciatio*), o un rumor extendido de la mala fama. Para que se produjera una actuación oficial, se abría en consecuencia la *inquisitio* con el objeto de la averiguación de la verdad material. Se considera incluso que el proceso inquisitivo secular tiene sus raíces en la inquisición del proceso canónico. El proceso de la Inquisición y el recurso a la tortura se hizo indispensable en los procedimientos contra la brujería, que comenzaron a celebrarse a partir del siglo XV, pues sin la confesión (forzada) no podía quedar probado el ficticio corpus *delicti* de la brujería².

Con la transformación de las realidades sociales que produjo una progresiva sustitución de las arcaicas formas sociales, basadas en lazos familiares, por estructuras

² AMBOS, “El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica”, en *Revista de Derecho Procesal Penal*, N° 2009-2, *La prueba en el proceso penal – II*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 589-619.

estatales y urbanas centralistas con núcleos de población más grandes (territorialización) y el crecimiento de la criminalidad de masas, también comenzó la transformación del proceso penal hacia un proceso más oficial y "estatal". Las antiguas formas de persecución penal estaban concebidas para ámbitos reducidos, limitados y abarcables. El viejo proceso quedó obsoleto y se tornó ineficiente.

COMIENZOS DE LA MODERNIDAD.

A partir de los siglos XIII y XIV, como consecuencia de las luchas por la tierra y las guerras de religión, se hace patente la necesidad de combatir de manera contundente los delitos violentos y habituales ("gente nociva del campo", *novici terræ*) de manera más eficaz, convirtiéndose la lucha contra la delincuencia en una prioridad. Así, gracias a la sencillez y eficacia del nuevo proceso implantado en las ciudades, caracterizado por su celeridad y urgencia con tribunales ad hoc, comenzó a modificarse también el objetivo y la finalidad del proceso penal. El nuevo proceso constituía un asunto o conflicto de carácter público y, como tal, estaba dirigido a averiguar la verdad material con la ayuda de medios de prueba racionales.

Si bien junto a este nuevo proceso continuaba existiendo el proceso acusatorio privado, éste progresivamente perdía relevancia debido a dos razones: en primer lugar, porque en este proceso el acusador particular tenía que llevar a cabo por sí mismo toda la instrucción previa al juicio, además de constituir la caución establecida; y en segundo lugar, este proceso no afectaba el Derecho de la Inquisición por lo que el proceso acusatorio privado fue quedando arrinconado frente al proceso inquisitivo. La querrela, en numerosos derechos particulares, correspondía a un funcionario especial directamente sometido al señor feudal (*Fiskalat*). La competencia del tribunal se limitaba al desarrollo del interrogatorio, aunque incluía la tortura. Sólo aquel que hubiese cometido un delito debería ser juzgado, con independencia de cuál fuese la voluntad o posición de la víctima, en cuanto a la persecución penal.

Desde la perspectiva de la prueba la búsqueda de la verdad -en sí misma positiva- pasa a situarse en un primer plano. Los jurados de apoyo y el testimonio sobre la reputación o fama son reemplazados por el testimonio de conocimiento de los hechos. En el nuevo proceso la prueba ya no se centraba en apoyar la credibilidad de la declaración del acusador particular, sino en el interrogatorio de al menos dos testigos sobre su

percepción de los hechos. Pero la introducción de la prueba de los dos testigos implicaba una alta exigencia para la convicción, por lo que, en la práctica como regla, la prueba dependía de la confesión, la cual pasó a convertirse en el medio de prueba principal.

El recurso a la tortura era consecuencia de la formalización o tasación de las reglas de la prueba y no estaba determinado por el modo en que se iniciara o desarrollara el proceso, ya fuera de forma inquisitiva o acusatoria. Ello produciría que con la abolición de la tortura en el siglo XVIII y principios del XIX se eliminara también el formalismo de las reglas de prueba, admitiéndose la posibilidad de fundar la condena no sólo en indicios, sino principalmente en la libre valoración de la prueba.

La *Constitutio Criminalis Carolina* (CCC) de 1532, la "madre del proceso de inquisición", recogía dos tipos de proceso, el clásico proceso acusatorio privado y el proceso inquisitivo oficial. Si bien se conservaron como jueces a los escabinos³ de la organización judicial alemana, esta *constitutio* les imponía enviar las causas a un tribunal superior o a una de las facultades de derecho, debiendo publicarse su dictamen sin modificación alguna. De ahí que el tribunal popular fuera ilusorio. En la práctica podía hablarse de un proceso inquisitivo encubierto en la medida en que, si el proceso acusatorio iniciado por un particular concluía sin condena por falta de pruebas, el acusado no era absuelto, sino que el proceso continuaba como proceso inquisitivo contra el mismo. De esta manera, de hecho, sólo existía un único proceso (el inquisitivo), el cual se iniciaba por diversos cauces, bien de oficio, o bien a instancia de parte, pero se restringía en todos los casos la acusación, la oralidad y la publicidad hasta llegar a eliminarlas, aplicándose ampliamente la tortura y las pruebas legales, y en general todos los elementos del procedimiento de la época.

La *Constitutio Criminalis Theresiana* (CCT) de 1768, constituyó una de las legislaciones penales más regresivas de las promulgadas en el siglo XVIII como

³ Inicialmente el sistema procesal penal alemán preveía dos tipos diferenciados de jueces legos en el proceso penal: los escabinos (*Schöffen*) y los jurados (*Geschworene*). Los primeros colaboraban en el órgano jurisdiccional colegiado con los jueces profesionales con la idéntica función e idénticos derechos y los segundos era integrantes del denominado "banco de jurados", compuesto inicialmente por un total de doce jueces legos, y únicamente tenía que resolver sobre la cuestión de culpabilidad; y el "banco de jueces", compuesto por tres jueces profesionales) le quedaba reservada la resolución de las cuestiones de naturaleza procesal y esencialmente la determinación de la pena a imponer. El fundamento de los Tribunales de Escabinos radica en la asunción de responsabilidad de la población en la Administración de Justicia Penal por su participación directa en ésta, y en el hecho de que la colaboración de jueces profesionales y legos en el proceso penal refuerza la confianza pública en la Justicia Penal y asegura la cercanía de las decisiones de los tribunales penales a la realidad. GARCIA MORENO, José Miguel, *Los Tribunales de Escabinos en el sistema procesal penal alemán*, publicado en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=232242> (consultado 25/03/2022).

consecuencia de la Ilustración, representó un primer paso para la desaparición del proceso acusatorio. El triunfo del proceso inquisitivo stricto sensu se debe a diversos factores, los cuales ya mencionamos: la disolución de una sociedad arcaica, basada en los vínculos familiares, y la aparición del Estado fueron el presupuesto necesario para que se estableciera la centralización y la "oficialización" de la justicia penal. Se buscaba fortalecer tanto la seguridad jurídica como la eficacia de la justicia penal. Así se dio paso a una nueva concepción de la pena: ésta ya no estaría al servicio de la satisfacción del deseo de venganza, la reparación del daño o de otros intereses particulares, sino que la pena habría de servir para disuadir y, en su caso, rehabilitar al delincuente.

SISTEMA ANGLOSAJÓN.

Resulta de vital interés en este análisis recordar que, fuera del continente y durante toda la edad media y moderna, Inglaterra se caracterizó por el celoso respeto a las libertades ciudadanas. Este criterio de gobierno se cristalizó, como era evidente, en sus instituciones procesales penales, que por larguísimo tiempo se conservaron intactas; no pudieron contaminarla los embates de la política continental europea ni la vigorosa textura de las legislaciones de esos tiempos. El respeto a la libertad en Inglaterra fue más fuerte que toda tentación de cimentar el poder sobre bases absolutistas.

Superado desde temprano el período germánico bárbaro, adoptó en los procedimientos penales un tipo decididamente acusatorio que, con algunas limitaciones posteriores, ya de la segunda mitad del siglo pasado, mantuvo su esencia. Salvo en casos de delitos de cierta gravedad, les está prohibido a los jueces proceder de oficio o sobre la base de denuncia. Se requiere la acusación por los particulares, quienes son los únicos que pueden mantener la acusación durante todo el trámite del proceso ante el tribunal de sentencia. Se practica sin embargo, una especie de investigación preliminar por funcionarios dependientes de la Corona y por los jueces de paz, como consecuencia del principio de que el rey es el supremo guardián de la paz pública debiendo procurar su conservación. Sólo en el año 1879 se instituyó la Dirección de Acusaciones Públicas, que debía actuar como acusadora en causas por determinados hechos importantes o de complicada prueba, y también cuando no se presentaba nadie como acusador.

Pero la nota más característica del sistema inglés radica en la existencia de un jurado popular, llamado Gran Jurado, que ejercía una función de control con respecto a

las acusaciones para evitar juicios infundados o el progreso de acusaciones temerarias. La causa no podía pasar al Tribunal de Juicio, o sea el Pequeño Jurado, si el Gran Jurado no declaraba la admisibilidad de la acusación. El juicio es oral, público y ampliamente contradictorio.

LA EDAD CONTEMPORÁNEA.

La Revolución Francesa trasplantó inmediatamente y de raíz el sistema inglés, que parecía adecuarse a las nuevas concepciones políticas que elevaban la consideración de la persona humana por encima de los intereses de la sociedad. Se estableció, en consecuencia, el doble jurado de Acusación y de Juicio, aun cuando se dejó subsistente un momento preliminar instructorio muy breve, no totalmente secreto cuyos actos carecían de todo valor para el juicio.

Esa información preliminar estaba a cargo de los jueces de paz, quienes tenían mayores facultades instructorias que en el sistema inglés por cuanto podían interrogar al imputado; obraban de oficio o en virtud de una denuncia, y reunían las pruebas suficientes para fundar la acusación. Ésta quedaba a cargo de un acusador público nombrado por elección: representaba al pueblo, pero no al Estado, aun cuando a su lado se mantuvo al comisario del rey. El jurado de juicio actuaba conjuntamente con el tribunal, que también era colegiado. El análisis de la acusación por el jurado de la acusación para dictaminar sobre su legitimidad, era obligatorio.

Pero este cambio radical no perduró en Francia. Sin embargo, tuvo importante eficacia por la marcada influencia que se advierte en la posterior legislación napoleónica. Cuando decayó el fervor revolucionario, se encontraron el sistema inglés y la tradición francesa, fuertemente resentida esta última por el empuje de los filósofos y reformadores, pero no totalmente arrancada de la conciencia del pueblo y de los gobernantes. La vieja ordenanza inquisitiva sólo fue derribada en su cúspide, pero siguió proyectando sombra en la cual los intereses colectivos representados por el Estado buscaban refugio contra la persecución del individualismo.

Entre finales del siglo XVIII y a través del siglo XIX, diversos movimientos irán traduciendo cambios sustanciales en la orientación del Derecho penal, y algo más adelante del enjuiciamiento criminal. La búsqueda de una finalidad a la pena a partir de Beccaria, su fundamento en el contrato social, y la codificación como instrumento que

impida la arbitrariedad de los jueces del poder absoluto, fijando los presupuestos formales y materiales de aplicación del poder del Derecho penal, cumplieron una función estabilizadora de las condiciones de aplicación del mismo que consagran una serie de límites abarcados para la ya citada máxima *nullum crimen, nullapoena sine lege*.

Los procesos inquisitivo y acusatorio existían simultáneamente, lo cual generaba puntos de contacto e influencias recíprocas que hacían surgir formas procesales mixtas.

En el siglo XIX la creación de un órgano público acusador permitiría diferenciar entre las funciones de acusar y juzgar, al mismo tiempo que representaría un control frente al arbitrio judicial. Con lo anterior se evidencian los principales puntos de crítica frente al proceso inquisitivo moderno de los siglos XVIII y XIX, que recordemos son el secreto de la instrucción, la utilización de la tortura y el poder omnímodo y arbitrario del juez. No obstante, se podrían rescatar los elementos positivos del proceso inquisitivo original como eran: la igualdad en la persecución penal; la búsqueda de la verdad fáctica y la identificación del autor de los hechos (verdad material); una cierta protección del acusado a través de la reglamentación del proceso, especialmente a través de la diferenciación entre la *inquisitio* general y la especial; y el reconocimiento de derechos de la defensa. Tampoco puede perderse de vista que las críticas vertidas contra el proceso inquisitivo -que finalmente culminarían en la reforma integral del proceso penal- no se dirigían tanto contra el proceso inquisitivo originario, sino más bien contra el proceso inquisitivo "desnaturalizado", a saber: aquel que se había convertido en un mero proceso secreto al servicio de un Estado policial.

La creación de la fiscalía supuso la transformación definitiva del principio acusatorio privado hacia una concepción pública o estatal de este principio. Además, implicó también separar las funciones de acusar y juzgar, lo cual generó que ganara en relevancia el papel de la acusación como elemento delimitador y vinculante del poder del juzgador.

A partir de la Primera Guerra Mundial, pero especialmente tras la segunda conflagración mundial, se advierte el aspecto más negativo del orden procesal penal en su lentitud, lo que unido a una creciente incriminación abocó a un incremento y ocasional colapso de la administración de justicia, que redundó inevitablemente en una pérdida de confianza en la misma y una ausencia de eficacia de la pena, con negativas consecuencias

desde el punto de vista de la prevención general. El proceso penal, la justicia penal, se empezó a sostener sin funcionar, resultando imposible cumplir con la aplicación del principio de legalidad frente al aumento de la pequeña criminalidad y la progresiva incriminación. Ello justificó una limitación de aquel a través de diversas manifestaciones del principio de oportunidad, mejor o peor interpretado. A su vez el carácter altamente formal del proceso provocaba una duración, evaluada como excesiva⁴.

Las reacciones fueron diversas. Desde la huida del proceso hacia mecanismos alternativos, que abarcan la despenalización de las conductas; la remisión de las mismas a otros ordenamientos (singularmente el administrativo y el civil); o el traslado de la resolución del conflicto a vías extrajudiciales de muy diversa índole como el arbitraje, la mediación o la reparación.

Sin abandonar el proceso, pero modificándolo más o menos sustancialmente, se adoptaron medidas como: 1) reducir al mínimo la fase instructora -o incluso eliminarla- ante la ausencia de necesidad de continuar la investigación, en atención a cuatro eventuales circunstancias: haberse reconocido los hechos, la flagrancia de estos últimos, la escasa reprochabilidad de la conducta que se tipifica como falta, o de resultar de la denuncia o querrela confirmada la verosimilitud de la imputación de un delito; y 2) diluir la aplicación del principio de legalidad, lo que equivale a un incremento de los casos de aplicación del principio de oportunidad.

LO QUE DEJA LA HISTORIA.

La dinámica de la evolución histórica muestra una reducción de garantías que debe ponderarse en relación con las finalidades de la pena. Evaluación que ha de atender, en definitiva, a los fines en tensión: del Derecho penal (de lo punitivo), y del Derecho procesal de las garantías. La meta, el objetivo común consiste en procurar reducir la tensión existente en ámbitos de no siempre fácil conciliación: la necesidad de protección de la sociedad, de la víctima y del delincuente, desde una perspectiva penal, y los postulados que exige el Estado de Derecho en relación con la administración de justicia y el irrenunciable reconocimiento de los derechos de los ciudadanos consagrados en las Constituciones y declaraciones internacionales.

⁴ ARMENTA DEU, *Estudios de justicia penal*, Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 32.

Frente a estas tensiones es necesario someter a consideración el peso de la historia y recordar los abusos que marcaron la necesidad de un proceso con límites y reconocimiento de garantías, como instrumento elemental para la justicia penal. En este sentido, si bien la instauración de procesos escriturales e inquisitivos tuvieron sus razones históricas y de política criminal, lo cierto es que la dignidad humana reconocida a través de la libertad individual que originariamente impregnó la persecución penal limitando la intervención de órganos de gobierno, fue constantemente avasallada por las pretensiones punitivistas de poderes monárquicos y luego estatales, pero que sin embargo, no lograron eliminarla como fundamento para hacer retroceder el extralimitado poder estatal.

El reconocimiento de la autonomía individual y la separación de funciones de acusador y juez fue el sistema original, el que naturalmente cada grupo social configuró para la solución de los conflictos que surgían en su seno. Con la formación del Estado y los amplios poderes que éste a través de sus funcionarios fue adquiriendo en desmedro de esa autonomía de cada ciudadano, se implementaron esquemas de presunciones e hipótesis que sometieron al ser humano a procesos penales crueles e injustos, guiados por los intereses del gobernante de turno. El avance del poder del Estado sobre libertades individuales se reflejó en aspiraciones a regular e intervenir en todos los aspectos de la sociedad, quitando autonomía a sus ciudadanos, y concentrando poderes que, según las circunstancias, podrían y fueron utilizados y direccionados con intereses específicos. Y como se afirma popularmente, una vez que un derecho se pierde o es arrebatado, su restitución lleva largos y dificultosos procesos.

El Estado funciona a través de personas que fijan sus prioridades y actuación en orden al bienestar y seguridad de sus ciudadanos conforme lo establece la constitución de cada país. En ese funcionamiento, una de las herramientas con las que cuenta es el proceso penal que es el más severo en virtud de las consecuencias restrictivas que acarrea a quien fuere sometido al mismo. En este sentido, la historia muestra la relevancia de la regulación que fija las pautas de actuación de los intervinientes en este proceso cuya legitimidad sólo puede reposar en el efectivo respeto de la dignidad humana que se manifiesta en garantías y principios procesales. Por ello, la relevancia de su análisis que se desarrolla en el capítulo que sigue.

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCESO PENAL COMO SOLUCION DE CONFLICTO.

Independientemente del sistema que se siga, el recorrido de la historia muestra la necesidad que depurar y equilibrar conceptos y principios que rigen los procedimientos penales. Armenta Deu⁵ propone un elenco de principios “no negociables”, y otros que, a partir de los condicionantes históricos, culturales, sociales y económicos propios de cada país, pueden ser objeto de diferentes opciones político-criminales que articulen los necesarios mecanismos jurídicos compensatorios.

A partir de dicha exigencia el sistema acusatorio supone salvaguardar: el principio de igualdad, el principio de audiencia y contradicción, el derecho de defensa y sus garantías (a ser informado de la acusación, a no declarar contra sí mismo, y a la asistencia letrada o a la autodefensa); el principio acusatorio y sus epígonos (necesidad de existencia de una acción, exigencia de correlación entre acusación y sentencia, y prohibición de reformatio in pejus); la presunción de inocencia; la doble instancia penal; la oralidad; intermediación y publicidad.

Este catálogo se identifica con los principios y garantías establecidas por los tratados internacionales de derechos humanos que las legislaciones nacionales deben incorporar en su derecho interno y los tribunales de cada país deben hacer operativos en sus decisiones, y cuya vulneración genera responsabilidad internacional del Estado.

En el terreno de las opciones y de los necesarios equilibrios que deben articularse, Armenta Deu propone los siguientes: el grado de acogimiento de los principios de legalidad y oportunidad; la atribución de las funciones instructoras o investigadoras (Ministerio Fiscal, policía, imparcialidad, etcétera); y la búsqueda de la verdad material o la consensuada en relación con la consecución de la justicia.

A continuación, repasaremos los principios rectores del proceso penal, tanto los irrenunciables como los opcionales, a la luz de la nueva legislación procesal penal sancionada por la ley 27.063 y modificada por la ley 27.272 y 27.482⁶.

⁵ ARMENTA DEU, *Estudios de justicia penal*, Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 33.

⁶ Ley 27.063 promulgada 9-12-2014 BO 10-12-2014, Ley 27.272 del 7-9-2016 promulgada el 30-9-2016, Ley 27.482 BO 7-1-2019.

PRINCIPIOS IRRENUNCIABLES.

Principio de igualdad: Derivado de la dignidad personal, el principio de igualdad ante la ley (art. 16, CN) requiere que "todas las personas sean iguales ante los tribunales y las cortes de justicia" (art. 14.1, PIDCP⁷) o sea, que el trato al imputado durante el proceso debe ser igual, cualquiera sea su condición personal. Ella requiere que no se hagan o consagren excepciones a la formación o prosecución de causas o a su radicación ante los tribunales, por motivos puramente personales. Por eso también desde esta perspectiva habrá que esforzarse seriamente en revertir la tendencia implícitamente selectiva de la persecución penal hacia los grupos socialmente más vulnerables.

Una vez ejercitado el derecho de acción y comparecidas ambas partes, acusación y defensa, en el proceso penal, se hace preciso que su postulación se efectúe en condiciones de igualdad procesal, pues una de las garantías esenciales del derecho fundamental que nos ocupa es el principio de "igualdad de armas", que ha de estimarse cumplido cuando en la actuación procesal, tanto el acusador como el imputado gozan de los mismos medios de ataque y de defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación⁸.

Se refiere al equilibrio de facultades y poderes de acusador y acusado dentro del procedimiento penal, aunque la desigualdad a favor del Estado difícilmente pueda corregirse. En este sentido, enseña Maier: "...igualar el poder de la organización estatal, puesta al servicio de la persecución penal, resulta imposible; ministerio público y policía ejercen el poder penal del Estado ... y, por ello disponen de medios que, salvo excepciones históricas meramente prácticas debidas al ejemplo escasamente edificante de organizaciones delictivas privadas, son jurídicamente, imposibles de equiparar. Ello se traduce, ya en la persecución penal concreta individual, en una desigualdad real entre quien acusa y quien soporta la persecución penal. Se trata así de un ideal -quizá utópico pero plausible- el intentar acercarse en la mayor medida posible al proceso de partes, dotando al imputado -aún de manera parcial- de facultades equivalentes a los de los órganos de persecución del Estado y del auxilio procesal necesario para que pueda resistir

⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 19-12-1966, Nueva York, Estados Unidos, e.v. 23-03/1976, texto aprobado por la ley 23.313, 13-05-1986.

⁸ GIMENO SENDRA, Vicente, *Los derechos fundamentales procesales: a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia*, Revista de Derecho Procesal Penal, Tomo: 2011 2, *La investigación penal preparatoria – II*, Rubinzal Culzoni Editores, 2011.

la persecución penal, con posibilidades parejas a las del acusador: en ello reside la pretensión de equiparar las posibilidades del imputado respecto de aquellas que poseen los órganos de persecución penal del Estado en el proceso penal”⁹.

El Código Procesal Penal Federal (en adelante CPPF) aspira a instalar un proceso penal de rasgos predominantemente acusatorios y para ello el primero de los principios enunciados en el artículo 2º es el de la "igualdad entre las partes": la parte que acusa y la que se defiende. Enseguida, y para reforzarlo, consagra el de la "contradicción". Pero se delega en una de las partes del proceso la obtención de prueba sin posibilidad de control alguno, burlando así el otro enunciado del artículo 2º: la contradicción, como garantía sustancial para el adecuado ejercicio del derecho de defensa.

En la concepción del proceso adversarial, a pesar de ofrecer una aplicación aparentemente más indiscutible, conviene tener presente que en los países donde ésta impera, el mayor número de conflictos de origen criminal se resuelve a través de mecanismos que aplican el principio del consenso. Y en este punto la vigencia del principio de igualdad resulta, cuando menos, dudosa.

Principio de contradicción o de audiencia: corresponde a la frase “nadie puede ser condenado sin ser oído o vencido”, y tiene otra manifestación importante en relación con las posibles modificaciones del debate en la fase del juicio oral. La congruencia y el principio acusatorio en el proceso penal limitan la resolución judicial al marco de la acción penal, e impiden que el juez se exceda en su juicio más allá de lo que fue objeto de acusación.

El artículo 1 del CPPF impone la necesidad del juicio previo a toda condena, juicio que deberá ser realizado acorde a los estándares internacionales del debido proceso penal. Con esta disposición se acata la manda del artículo 18 de la Constitución Nacional y además se atienden nuestros compromisos internacionales en materia de derechos humanos.

Derecho de defensa y sus garantías: El principio de contradicción se relaciona con el derecho de defensa en su faceta positiva, como con la prohibición de indefensión (faceta negativa), y comprende las siguientes garantías: derecho a ser informado de la acusación formulada, derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable, derecho a la defensa y a la asistencia de letrado, y derecho a utilizar todos los medios

⁹ MAIER, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, 2020, t. I, p. 578.

pertinentes para la defensa, que comprende el derecho a proponer la práctica de medios de prueba, derecho a obtener un pronunciamiento motivado sobre la inadmisión de alguno o todos los medios de prueba propuestos, y derecho a la práctica de la prueba propuesta.

Estas garantías han sido reconocidas en el inciso 2° del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁰, el inciso 3 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). El artículo 18 de la Constitución Nacional establece que “Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”. La *inviolabilidad de la defensa* material y técnica del imputado es la que correctamente se extiende desde el primer instante en el que se procede respecto de un ciudadano, ante la mera denuncia, hasta que éste quede absolutamente desligado de toda posible actividad estatal en su contra, es decir, durante toda la etapa de ejecución de la sentencia condenatoria. Desde el momento en el que alguien se ve o se considera perseguido en función de un acto estatal de índole penal (aunque también por otros motivos, como las contravenciones o infracciones) nace su derecho a defenderse, ya que, a partir de allí, peligran sus garantías fundamentales en relación con la injerencia del poder punitivo estatal.

El artículo 4° establece la no autoincriminación como derecho inalienable de todo imputado (art. 70). Y ello es el reflejo de las prescripciones del inc. 2° del artículo 8° de la CADH que establece que “Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plan igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”. En el mismo sentido el inc. 3° del art. 8° de la CADH prescribe: “La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”. El inc. 3°, ap. G) del art. 14 del PIDCP prevé en términos similares esta garantía procesal.

Se trata del principio de inmunidad de declaración, pues no obliga al imputado a prestar juramento de decir verdad y le permite negarse a declarar, sin que ello implique presunción alguna en su contra. Ningún Estado constitucional de derecho puede permitirse sostener una condena en virtud de la solitaria confesión del imputado. Además, no debe olvidarse que su declaración constituye un acto de defensa material; ello significa

¹⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos, 7-22/11/1969, San José, Cos-ta Rica, e.v. 18/07/1978, texto aprobado por Ley N° 23.054, 19/03/1984.

que si el imputado declara lo hace para defenderse, no para brindar elementos de prueba al acusador o tribunal¹¹.

El artículo 11 enuncia un axioma que aparece en todos nuestros códigos y que, en buena técnica, el cambio terminológico lo ubicó en los tiempos actuales: el *in dubio pro imputado*, en lugar del estigmatizante *pro reo*. Se amplía la redacción tradicional al decir expresamente que la inobservancia de garantías no puede perjudicar al imputado.

La consagración expresa del principio de presunción de inocencia complementado por el *in dubio pro imputado* no dejan margen para la duda respecto de que la única forma de poder imponer una condena a la persona imputada es si el Estado a través del Ministerio Público consigue destruirla. Es decir, *la carga de la prueba* en el juicio penal es de su exclusivo resorte.

Por su parte, el artículo 10 refiere a la materia probatoria y dispone que para que sea posible su valoración por parte de los jueces, las pruebas debieron haber sido obtenidas e introducidas al proceso conforme las disposiciones constitucionales y convencionales.

Con mayor detalle, el artículo 65 enumera los derechos del imputado, lo que debe considerarse un importante avance ya que la versión anterior, no contiene una norma similar. Si bien su contenido no parecía novedoso, la enumeración resulta útil a los fines de exigir su cumplimiento.

Desde la práctica, donde mayores afectaciones se advierten respecto de la defensa en juicio es en la etapa de investigación, culturalmente arraigada en el proceso inquisitivo, que lleva a los operadores a preferir trabajar a “espaldas” del imputado y su defensor, a fin de reunir evidencias en su contra sin obstáculos ni interrupciones, observándose que el principio de objetividad del Ministerio Fiscal no ha logrado un grado de consolidación aceptable.

Es de relevancia el deber impuesto por el artículo 253 del CPPF al Ministerio Fiscal cuando el posible autor estuviere individualizado, en tanto deberá comunicarle la existencia de la investigación haciéndole saber los derechos que le asisten, como designar

¹¹ VILLAMARÍN LÓPEZ, “La callada agonía del derecho a guardar silencio”, en *Revista de Derecho Procesal Penal*, n° 2009-1, “La prueba en el proceso penal – I”, ps. 211 a 225.

un abogado defensor a los fines del control de la investigación preparatoria (art. 256 CPPF).

Principio acusatorio: Se resume en la simple e importante frase de que “no hay proceso sin acusación”, que comprende que “quien acusa no puede juzgar”. Así el principio acusatorio comprende: la necesidad de la existencia de una acción como presupuesto del juicio y de la condena; la correlación entre acusación y sentencia, que no puede condenar por hecho punible distinto del que fue objeto de la acusación ni a sujeto diferente de aquel a quien se imputó y luego se acusó; y la prohibición de *reformatio in pejus*.

En este punto es relevante la separación de funciones de los distintos actores que intervienen en el proceso. Conforme el sistema procesal asumido, les está vedado a los representantes del Ministerio Público realizar actos propios de la jurisdicción, más aún cuando la exigencia de la intervención judicial necesaria tiene raigambre constitucional. Como contrapartida, los jueces no deben dar impulso al proceso, ni para iniciarlo, ni para continuarlo, ni para restablecer alguno fenecido. Así lo prevé el artículo 9 del CPPF, sancionando con la invalidez la delegación de funciones jurisdiccionales en funcionarios o empleados subalternos, siendo además causal de remoción del magistrado. Además, tendiente a garantizar esta condición, a los jueces les está vedado disponer pruebas de oficio (art. 128, inc. c), interrogar a testigos y peritos (art. 264), entre otras restricciones.

Este análisis deriva en la imposición de la imparcialidad del juzgador, consagrada en el artículo 8 del CPPF, debiendo apartarse frente a alguna de las causales previstas en el artículo 60 del nuevo código.

Principio de inocencia: Ha de partirse de la idea de que el inculpado es inocente y, por ende, reducir al mínimo las medidas restrictivas. Como regla de juicio, exige que la prueba completa de culpabilidad debe ser suministrada por la acusación. Y como regla del juicio fáctico se establece una serie de requisitos que deberán cumplirse para alcanzar legítimamente un juicio de culpabilidad del acusado en el proceso penal: a) sólo la actividad probatoria de cargo, debidamente practicada, puede conducir al juzgador al convencimiento de la certeza de la culpabilidad, y si no se produce tal convencimiento debe operar la presunción de inocencia; b) Dicha mínima actividad probatoria de cargo significa la existencia de una actuación probatoria, objetivamente incriminatoria, que

sometida posteriormente a valoración judicial consigue la íntima convicción de la culpabilidad; c) la prueba con las características señaladas debe haber cumplido todas las garantías, es decir haberse practicado en el seno del juicio oral, con inmediación, oralidad, concentración y publicidad, sometiéndola a contradicción, y habiéndose obtenido, sin vulneración de derechos fundamentales.

El inc. 2º, 1º parte del artículo 8 de la CADH prescribe: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. La misma convención en el artículo 5º inc. 4º establece el deber de diferenciar a las personas condenadas de que no tiene condena. En similares términos el PIDCP se refiere al derecho a la presunción de inocencia y la distinción entre procesados y condenados a quienes se deberá aplicar un régimen distinto (art. 14 inc. 2 y art. 10 inc. 2). Asimismo, corresponde citar el inc. 1º del artículo 11 de la DUDH¹² y el primer párrafo del artículo XXVI de la DADDH¹³.

Nuestra Constitución Nacional lo prevé como estado natural de todo ciudadano hasta que por juicio se demuestre la culpabilidad. La presunción de inocencia (art. 3º), es principio de raigambre universal que se pierde en el túnel del tiempo, pero que hasta hace muy pocos años no había sido plasmado en la letra de los textos legales ni constitucionales argentinos. Comenzamos a detectarlo de manera expresa en los códigos procesales penales de varias provincias pioneras de la reforma que hoy llegó al ámbito federal.

Ninguna persona puede ser considerada ni tratada como culpable hasta tanto una sentencia condenatoria firme la declare tal. Como premisa práctica se deriva que ningún dictamen o resolución puede apartarse de ella valorando en contra del imputado, por ejemplo, el solo hecho de encontrarse procesado o de contar con antecedentes condenatorios.

Doble instancia: exige que toda resolución condenatoria debe ser objeto de revisión por un tribunal superior. El inc. 2º del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece: “Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) Derecho de recurrir el fallo del juez superior”. Por su parte, el inc. 5º del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos

¹² Declaración Universal de Derechos Humanos, 10-12-1984, París, Francia,

¹³ Declaración Americana de los Derechos del Hombre, 2-5-1948, Bogotá, Colombia, e.v. 18-07-1978.

Civiles y Políticos dispone: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme lo prescripto por la ley”.

El recurso, más allá de constituir una suerte de control jerárquico interno dentro de la organización judicial, debe ser observado como una garantía a favor del imputado.

Para que esta garantía cumpla con su cometido es necesario que el recurso sea lo suficientemente abierto en su admisibilidad, de manera que no existan formalismos externos para rechazarlo, como lo serían la falta de copias o la omisión de pagar algún aporte o bono o tasa de justicia, y lo suficientemente amplio en su estudio, permitiendo que el tribunal superior pueda apreciar la totalidad de las circunstancias tenidas en cuenta por le inferior, incluido el análisis de la prueba.

Lo resuelto por nuestra Corte Suprema en “Casal¹⁴” da cuenta y aplica de modo práctico los planteos vinculados a este principio.

El Código Procesal Penal Federal establece las vías de impugnación de las decisiones judiciales en el Libro Tercero, artículos 344 al 370, en el que se destaca la interposición por escrito, pudiendo realizarse también en la audiencia, aunque sólo es admisible la revocatoria que se resolverá de inmediato y procede contra los autos sin sustanciación. Debe destacarse que la revisión de una sentencia firme procede siempre y únicamente a favor del condenado. También el artículo 364 establece expresamente el doble conforme, de manera que si la impugnación de la sentencia fue promovida por el Ministerio Fiscal o el querellante y fue adversa para el imputado, éste puede solicitar su revisión.

Publicidad, oralidad e inmediación: La publicidad externa y la interna, la que afecta a las partes procesales es uno de los requisitos propios de un proceso garantista. La excepción a su vigencia sólo puede justificarse en atención a circunstancias muy concretas, como son aquellas que fundan el secreto del sumario, y siempre con carácter temporal, o las que permiten, en atención a los intereses de la víctima, la celebración del juicio “a puertas cerradas”.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa”, 20-09-2005, Fallos: 328:3399

El inc. 5° del artículo 8 de la CADH legisla: “El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”. El inc. 1° del artículo 14 del PIDCP dispone: “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”. En términos similares se expresa en el artículo 10 de la DUDH, refiriendo también a esta garantía el inc. 1° del artículo 11 de esta convención, que también es considerado en el párr. 2° del artículo XXVI de la DADDH.

Enseña Ferrajoli: “sólo si la instrucción probatoria se desarrolla en público y, por consiguiente, de forma oral y concentrada, si además es conforme al rito previsto con ese objeto y si, en fin, la decisión está vinculada a dar cuenta de todos los eventos procesales, así como de las pruebas y contrapuebas que la motivan, es posible, en efecto, tener una relativa certeza de que han sido satisfechas las garantías primarias, más intrínsecamente epistemológicas, de la formulación de la acusación, de la carga de la prueba y el contradictorio con la defensa. Por eso, la publicidad y la oralidad son también rasgos estructurales y constitutivos del método acusatorio formado por las garantías primarias, mientras que el secreto y la escritura son a su vez elementos caracterizadores del método inquisitivo”¹⁵. Recuérdese la oralidad y publicidad que utilizaban las civilizaciones romanas, griega y germana reseñada en el capítulo anterior.

La oralidad, que es de la esencia de este sistema, viene de la mano de la inmediación (art. 251), ya que prevista como modalidad operativa para todo tipo de incidente y no sólo para el debate, implica la necesaria presencia del juez y las partes.

Significa también de alguna forma garantizar la concentración (art. 258) de los actos a practicar en tantas sucesivas audiencias como fueren necesarias.

Párrafo aparte merece lo concerniente a la publicidad (arts. 136, 157, 178, 182, 221, 223, 227, 228, 236, 247, 252, 253, 255, entre otros). Es que la publicidad de los actos de gobierno es de la esencia del sistema republicano, y el Poder Judicial no puede ni debe sustraerse a tal obligación.

¹⁵ FERRAJOLI, *Derecho uy razón. Teoría del garantismo penal*, trad. De Andrés Ibáñez, Ruiz Miguel, Bayón Mohino, Terradillos Basoco y Cantanero Bandrés, 1995, p. 616.

De todas formas y con muy buen criterio el artículo 13 del nuevo Código pone límites racionales a la posibilidad de un ejercicio abusivo de este principio trascendente pero no irrestricto. En efecto, esa norma consagra de manera explícita la protección a la intimidad y privacidad de las personas, conceptos al que a veces se llegaba por una interpretación contextual del llamado bloque de constitucionalidad, atento a la ausencia de disposiciones concretas en los textos procesales penales. Este artículo ya no exigirá un esfuerzo comparativo, pues su redacción es clara y contundente respecto de las exigencias legales para proceder a la afectación de los derechos así protegidos y que resultan inherentes a la dignidad de la persona humana.

Sin embargo, las excepciones deben analizarse con límites restrictivos. Señala Caferatta Nores, respecto de las excepciones que permiten la lectura de testimonios escritos durante el debate, que no solo desconocen el derecho del imputado a la comparecencia del testigo, sino que afectan “a todos los otros caracteres del juicio, pues, por ejemplo, un testimonio recibido en la investigación preparatoria y solo “leído” en el debate, violenta además la publicidad, pues el público no ve ni oye al testigo; también la inmediación, pues ni el acusador ni la defensa, ni los jueces tienen contacto directo con él; también el contradictorio, pues las partes no pueden preguntar ni repreguntar; y también la identidad física del juez, pues quien recibió originariamente el testimonio no es el mismo juez que deberá dictar la sentencia utilizando esos dichos como prueba”¹⁶.

PARAMETROS VARIABLES.

Contando con este piso de derechos y garantías que deben informar un proceso adecuado a los postulados de un Estado de Derecho, quedan cuestiones que permitirán adoptar teóricamente sistemas procesales diferentes. Una de ellas se trata de la atribución de la dirección de la fase investigadora del proceso penal, y otra vinculada al “juego” y aplicación de los principios de legalidad y oportunidad.

¹⁶ CAFFERATA NORES, *La lectura en el debate de las declaraciones testimoniales recibidas en la instrucción LL*, en “Suplemento de Jurisprudencia Penal”, ejemplar del 23/9/02, p. 2.

ACUSATORIO, INSTRUCCIÓN Y MINISTERIO FISCAL.

Hablar de sistema acusatorio no significa que la instrucción quede a cargo del fiscal. De hecho, se estructura de manera diferente en distintos países de la Unión Europea y en los Estados Unidos de América. En este último, como en Inglaterra, las diferencias son tan sustanciales que el modelo es difícilmente trasladable sin mayores análisis y reformas orgánicas de amplitud.

En Europa continental, pese a que sucesivas reformas han encomendado la instrucción formalmente al fiscal, recurriendo en ocasiones a verdaderas “ficciones jurídicas”, como en el Código de Procedimientos Penales de Portugal¹⁷, tal opción debe examinarse en el conjunto del sistema que se integra con los contrapesos adoptados para equilibrar el procedimiento. En la experiencia práctica, los diversos elementos de cada modelo no aparecen nunca en estado puro sino siempre mezclados con otros que no son ni lógica ni axiológicamente necesarios.

Francia, que respeta la esencia del sistema acusatorio (quien acusa no juzga) incorpora la figura del Ministerio Fiscal, pero encomienda la instrucción a un juez, no sólo por motivos tradicionales sino también por las concretas experiencias relacionadas con la falta de independencia del fiscal frente al ejecutivo y sus competencias respecto a la llamada oportunidad de persecución.

LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD.

A partir de la Revolución Francesa era firme la convicción de que la ley expresa la voluntad general y que el sometimiento a ella de los Poderes Ejecutivos y Judicial era el necesario instrumento para evitar las arbitrariedades del antiguo régimen.

La ideología del Estado de Derecho acentuará esta función de limitación de los poderes públicos. El fin último de este modelo de Estado es el respeto por los ciudadanos y sus derechos; y el sometimiento de los poderes públicos a la ley, el principio de legalidad, el medio para alcanzarla. Las formulaciones clásicas -que son concreción

¹⁷ La encuesta se realiza por el Ministerio Público y la intervención del juez de instrucción solo tiene lugar a pedido del imputado o de la víctima. De manera que la instrucción tiene carácter de una instancia contradictoria de revisión sobre la determinación de acusar o no. HENDLER, *Sistemas penales comparados*, Ed. Didot, Buenos Aires, 2014, p. 93.

de este principio en el ámbito penal: *nullum crimen sine poena, nulla poena sine lege* son claros exponentes de esta idea en tanto tienen como inequívocos destinatarios a los poderes públicos.

En este último sentido, el principio de legalidad no es sólo una exigencia de seguridad jurídica, que permita únicamente la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo. Así, el desarrollo del principio de legalidad supone un proceso de decantación de las garantías individuales y de limitación del poder, primero frente al arbitrio de un sistema de poder difuso y, en especial, frente a la inseguridad propiciada por la existencia de Derechos locales, señoriales y consuetudinarios; más tarde, frente a la Corona encarnada en la Administración o Poder Ejecutivo, y finalmente, en el marco del Estado constitucional, frente al propio Poder ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Cuando nos situamos en el ámbito del Derecho Privado, al referirnos a la conducta de los particulares, no se dice que estos últimos se encuentren sometidos al principio de legalidad, sino, cuestión diferente, al cumplimiento de la ley. No se precisa de ninguna garantía frente al poder que puedan ejercitar, ya que éste terminará en el ámbito de sus bienes y derechos, donde impera el principio dispositivo.

Por ello el principio de oportunidad se plantea como opuesto al de legalidad o como correlativo o elemento de flexibilización de éste. En definitiva, si el principio de oportunidad se perfila en relación dialéctica con el de legalidad, su ámbito riguroso de aplicación ha de ser el mismo: las facultades y límites de los poderes públicos.

El principio de oportunidad y el sistema acusatorio no son en absoluto inescindibles. Ambos operan en planos diferentes, el primero implica una opción de política criminal que configura el ejercicio de la acción penal con mayores o menores ámbitos de discrecionalidad. El segundo se sintetiza en el ejercicio por sujetos diferentes de las funciones investigadoras y juzgadoras (y en su caso acusadoras).

Que quede garantizada la atribución a órganos diferentes de la instrucción y el enjuiciamiento, o a la investigación y la acusación, no beneficia ni perjudica la concesión de ámbitos más o menos amplios de discrecionalidad. Otra cosa es la configuración del régimen de exclusivo ejercicio de la acción, máxime si éste se atribuye al órgano oficial. En este caso, representa menos obstáculos instaurar o ampliar la

aplicación del principio de oportunidad, si quien investiga y acusa es el Ministerio Fiscal, pero sólo si, además, es el titular exclusivo del ejercicio de la acción penal. De no ser así el ejercicio de la discrecionalidad resulta indudablemente mediatizado por el ejercicio de las facultades y derechos de las restantes partes acusadoras.

Desde el momento en que el constituyente dividió el ejercicio del poder político, en una suerte de balanceo, de pesos y contrapesos, para evitar la concentración de poderes, no podía el legislador, al dictar la norma secundaria, ignorar el mandato constitucional, justamente en el armado del poder más fuerte y más violento que ejerce el Estado contra el individuo sobre quien recae alguna imputación penal. El argumento esgrimido para justificar tal inobservancia fue el de las fuentes divergentes de nuestro texto constitucional, de origen anglosajón, y de la normativa procesal penal que abrevara en el Derecho continental-europeo, con estructuras provenientes del Código Napoleónico de 1808¹⁸.

El panorama que se presentó y aún se mantiene en algunas jurisdicciones de nuestro país representan aún los viejos diseños de proceso penal en los que no es posible sustraer la investigación de los hechos, de las manos de un juez de instrucción que continúa siendo amo y señor en la tramitación de un expediente casi secreto y en el que el representante del Ministerio Público juega un rol absolutamente desteñido y sin trascendencia en lo que constituye la etapa preparatoria, pero que es prácticamente decisiva para la suerte del proceso. Recién durante el juicio oral el fiscal asume un rol activo, dependiendo ello, muchas veces, de la impronta personal que cada uno pueda aportar en tales circunstancias.

Conforme un concepto amplio de principio de oportunidad, este se refiere a todo tratamiento penal diferenciado del conflicto social representado por el hecho delictivo, esto es, tanto las técnicas despenalizadoras cuanto las específicamente procesales. Con arreglo a un sentido más estricto, el principio de oportunidad se limita en el aspecto subjetivo a los sujetos públicos, y desde el objetivo al marco del proceso abarcando, o bien la obligación de incoación ante todo conocimiento de una *notitia criminis*, que enerva; o bien el desarrollo del proceso, que puede verse interceptado por

¹⁸ MILL, Principios fundamentales en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, en *Revista de Derecho Penal*, N° 2015-1, *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Ley 27.063 – I*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, ps. 107-123.

el acuerdo del acusador y acusado u otro mecanismo distinto a la resolución judicial al final del mismo.

Sólo para mencionar, sin profundizar, razones en favor y en contra de ambos principios como marco comparativo, los partidarios de incorporar el principio de oportunidad argumentan: 1) razones de interés social o utilidad pública en una triple vertiente: a) falta de interés público en la persecución del delito por su escasa lesión social; b) estimular la pronta reparación de la víctima, y c) evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad; 2) contribuir decisivamente a la concesión de la justicia material por encima de la formal; 3) favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, y 4) constituir el único instrumento -desde una perspectiva eminentemente práctica- que permite tratar de forma diferenciada los hechos punibles que deben ser perseguidos en todo caso, y aquellos otros en que se considera que la mínima lesión social debe conducir a su no persecución.

En contra se utiliza un doble tipo de motivos. Por un lado, aquellos que atienden al punto de vista constitucional y que se centran en la lesión del principio de igualdad y de la administración de justicia como función encomendada exclusivamente a los órganos jurisdiccionales. Por otro, los que rechazan el principio de oportunidad, bajo la acusación de poner en peligro los logros que conlleva la estricta sujeción al principio de legalidad; especialmente, el efecto conminatorio de la sanción penal o la seguridad jurídica implícita en la certidumbre de que todo hecho que revista caracteres de delito será perseguido en términos de igualdad.

Una de las manifestaciones de la aplicación del principio de oportunidad, es la utilización del consenso respecto del cual es necesario tomar en consideración cuestiones que provocan disfunciones que es necesario atemperar, teniendo en cuenta la disponibilidad del *ius punendi* respecto del acusador oficial y la naturaleza pública de los derechos en juego. Ello así porque conlleva un giro en las funciones jurisdiccionales y del órgano de acusación, así como en el entendimiento de los principios analizados, hasta el análisis de los fundamentos filosóficos del fin del proceso en tanto se entienda con la “búsqueda de la verdad puramente objetiva” o como “teoría consensuada de la verdad”.

Renunciar a la búsqueda de la verdad material, como finalidad del proceso establecida por la norma, debería ir al menos precedido de una seria reflexión sobre la consiguiente eliminación de aquellos peligros que el legislador pretendió conjurar al

convertirla en una de las claves diferenciadoras entre el proceso penal y el civil. En la persecución de esa finalidad, en la fase investigadora se procuraba: en primer lugar, que los esfuerzos del instructor no se centraran exclusivamente en la confesión del imputado desatendiendo otras diligencias o futuros medios de prueba o simplemente comprobar la veracidad de la misma; y en segundo lugar impedir un uso indebido de dicha admisión por el acusado, que propiciara el uso de mecanismos tendientes a su consecución, desde las presiones leves hasta otras más graves o incluso la tortura. La flexibilización de esta finalidad, a través de la introducción de mecanismos de consenso, generaría altos riesgos de quedar sin cobertura aquellas garantías y derechos que a través de la historia se fueron conquistando frente al poder punitivo estatal.

La desigualdad inherente a toda manifestación del principio de oportunidad se quiebra al aplicar el principio del consenso en un doble sentido. General, desde el momento en que el ejercicio discrecional de la acción penal impide prever circunstancias semejantes a igual comisión delictiva. Pero también en el seno del propio proceso. Las negociaciones para alcanzar una decisión consensuada parten y consagran la total asimetría de las partes: en tanto el fiscal se mueve libremente en los márgenes del arbitrio legal y con capacidad para generar asentimiento que deriva de su status, para el imputado el objeto de la negociación es su propia libertad.

La opción por el consenso supone, ineludiblemente, la renuncia de toda una serie de “garantías procesales” no intrascendentes: el derecho de defensa, el derecho a recurrir y corregir eventuales errores, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, o a la publicidad, en la medida en que las negociaciones se hacen en sesión cerrada, incluso sin presencia judicial, aunque después corresponda a éstas revisar el resultado. Asimismo, la negociación exagera los aspectos utilitarios, que se distribuyen desigualmente entre las partes. Con razón se ha hecho notar que, si la justicia pactada es de naturaleza contractual, respondería al modelo de contrato de adhesión.

La propia dinámica de la negociación desplaza el rigor en la determinación de la pena, porque se acusa por lo máximo. Cuanto más alta sea la acusación, mayor sensación de arreglo tiene el acusado y mayor éxito puede ofrecer su abogado.

Con todo, no cabe negar el atractivo que ofrece esta forma de resolver el proceso penal para la administración de justicia, al procurar un inmediato decrecimiento del abultado número de “casos pendientes”; para jueces y fiscales, quienes ven facilitado

su trabajo, disminuyendo las exigencias técnicas y las suspensiones de los procesos, incrementando paralelamente los resultados exitosos; para los abogados, quienes siempre ofrecerán a su cliente un acuerdo tanto más favorable cuanto más posibilidades de condena existan o la pena resulte mayor; y, como no, para el acusado, quien salvo resultar inocente, puede reducir su condena. Estas circunstancias explican el incremento de su utilización en los países a cuyo ordenamiento procesal se ha incorporado.

VALORACIÓN.

En estas breves citas, se destacaron los aspectos notables de los principios que rigen el proceso penal, su reconocimiento normativo tanto nacional como internacional, así como su relevancia para las garantías individuales de cualquier ciudadano. Por ello, se consideran irrenunciables y deben ser operativos y válidos en todo procedimiento en el que una persona sea sometida al poder punitivo estatal, cualquiera fuere el modelo procesal que se siga según la política criminal que el Estado disponga.

De manera que los parámetros variables analizados deben reconocer los principios señalados y establecer su preeminente vigencia frente a interpretaciones y normas inferiores que pretendan flexibilizar y socavar su aplicación para consolidar el avance del poder punitivo estatal.

Ello plantea la necesidad de analizar los nuevos institutos procesales de manera tal de reconocer y hacer prevalecer el respeto a los derechos y libertades garantizados por las declaraciones de derechos humanos y la Constitución Nacional, cuyo reconocimiento resultó de importantes sacrificios ciudadanos y esfuerzos intelectuales, para que el utilitarismo no avance sobre ellos. No es en vano recordar que el estado actual del sistema procesal federal argentino exige correcciones, pero en el camino de la reforma debe permanecer incólume el sistema de libertades, derechos y garantías ya consagrados, que dan contenido y operatividad a los principios irrenunciables reseñados.

CAPITULO III

PRESUPUESTOS DE ACUERDOS Y CONSENSO

Los acuerdos de partes en el proceso penal operan en tanto y en cuanto la legislación prevea y habilite la disponibilidad de la acción, que como anticipamos en el capítulo anterior, constituye uno de los aspectos procesales que se fijan en función de la política criminal que establezca el Estado. La relevancia de su análisis radica en que es el antecedente necesario y condicionante que posibilitará los acuerdos de las partes, y su interpretación, limitaciones y operatividad determinará su funcionamiento, que además impactará en principios y garantías que consideramos irrenunciables.

DISPONIBILIDAD. DISCRECIONALIDAD. OPORTUNIDAD.

Discrecionalidad supone la atribución por el ordenamiento de un margen de opción configurado por una pluralidad de soluciones, todas ellas válidas en la medida en que se adecuan a la legalidad. La consecuencia fundamental es que ningún tribunal podrá revisar esa decisión, pues sus facultades fiscalizadoras se ciñen al control de la legalidad y no cabe introducir distinciones donde la ley no las establece cuando deja, precisa y deliberadamente, un margen de discrecionalidad.

En el proceso penal la forma acusatoria corresponde a la concepción privada del Derecho Penal, siendo la primera que surge en el tiempo, como se reseñó en el primer capítulo. Al reconocer los delitos públicos, junto a la acción privada de la víctima se reconoce a todo miembro de la comunidad la facultad de ejercitar la acción en su nombre, naciendo la acción popular.

Imperando ésta de forma pura en el originario sistema anglosajón, puso de manifiesto los inconvenientes inherentes a la sola atribución del ejercicio de la acción penal a los ciudadanos: la eventual ausencia del sentimiento de ejercicio de la acción como deber cívico, falta de medios para la investigación y obtención de elementos indiciarios de la comisión del hecho delictivo, chantajes, etcétera. Surge así la necesidad

de encomendar a un órgano público el repetido ejercicio, asegurando la persecución de los delitos. Este órgano es el fiscal.

Esta atribución conlleva, empero, como garantía frente a los ciudadanos al tratar de las facultades discrecionales, el sometimiento de su actuación al principio de legalidad, máxime si la acusación se encomienda a la fiscalía en régimen de monopolio, pero, asimismo cuando concurre con la de los particulares como acusadores privados.

En los sistemas procesales en que el fiscal ejercita la acción penal en régimen de monopolio, resulta evidente que al ciudadano no le queda otro medio de control de tal ejercicio que la sujeción del mismo a la legalidad; de otro modo, la discrecionalidad supone la existencia un campo de acción fuera de control tanto público como privado, la imposibilidad en definitiva de revisión posterior de la actividad efectuada. Eliminada la acción popular, cada excepción a la estricta sujeción al principio de legalidad en la actividad fiscal, a la vez que puede servir mejor a los intereses estatales de control de la política criminal, reduce la mentada garantía de los particulares. Si a ello se une la progresiva reducción de los llamados delitos privados, le quedan al particular pocos instrumentos frente a una eventual actuación desviada del sometimiento a la ley.

De ahí que cuando se ha querido incrementar o defender la vigencia del principio de legalidad, ha resultado factor clave la alegación de la seguridad jurídica, que para la comunidad y el Estado de Derecho supone la estricta sujeción al reiterado principio.

En este sentido, cualquier excepción a la mencionada sujeción al principio de legalidad conlleva una ruptura de la citada garantía.

Cualquier concepción del principio de oportunidad que se adopte debe partir inexcusablemente del principio de legalidad en su aspecto procesal, ya sea para considerar al primero excepción del segundo, ya para entender aquél incluido en éste.

Admitida por la mayoría de los países la combinación: investigación oficial y acusación formal, la sujeción estricta al principio de legalidad o la admisión del de oportunidad no responde más que a la pregunta de si el órgano formalmente encargado de dicha acusación puede o no tener un ámbito de discrecionalidad sobre la misma.

La respuesta a esta pregunta habrá de ponerse en relación con las siguientes cuestiones: el sistema de garantía arbitrado para el control del ejercicio de la acción penal,

la confianza que se tenga en el órgano oficial, la existencia de acciones privadas y populares y la política criminal que se persiga.

La figura del fiscal surge, de un lado, para garantizar el ejercicio de la acción penal ante la inactividad de los particulares y, de otro, frente a las críticas derivadas de la acumulación de funciones en la única mano del órgano judicial inquisidor y para separar la función acusadora y juzgadora. El principio de legalidad se arbitra, en este sentido, como instrumento y complemento imprescindible del sistema de acusación oficial, para garantizar la actividad de la Fiscalía con arreglo a la legalidad vigente.

O dicho en otros términos: la oficialidad de la acción y eventualmente el monopolio del fiscal surgen ante la inoperancia de la vigencia del sistema acusatorio puro puestos de manifiesto en la falta de armas e instrumentos de los particulares para averiguar y perseguir los hechos delictivos (materiales y cognoscitivos), la falta de sentimiento cívico en tal cometido o el peligro de chantajes, anticipando la renuncia del ciudadano al ejercicio de la acción penal y su entrega al poder público que conlleva, como contrapartida, la seguridad para el particular de que el órgano acusador se verá obligado a perseguir todo delito conforme la legalidad vigente, sin que sean relevantes, a tales efectos persecutorios, otros criterios que aquellos fijados y establecidos en la legislación penal.

En nuestro sistema el principio de legalidad obliga al fiscal a ejercitar la acción penal por todo hecho con caracteres de delito o falta de la que tenga noticia, conforme la ley penal sustantiva. Al regir tal principio, queda excluida toda capacidad de decisión sobre la conveniencia u oportunidad de la persecución en el caso concreto.

El principio de oportunidad supone, por su parte, la exención de la citada obligación para el órgano encargado de la acusación. Siendo propio de aquel ordenamiento donde, de un lado predomina el interés del individuo frente al colectivo, y de otro, rige el principio dispositivo, constituye uno de los caballos de batalla de las legislaciones de diversos países europeos por atajar al tan repetida “criminalidad bagatelaria”.

Se defiende la aplicación del principio de oportunidad sin necesidad de transformaciones previas en el ordenamiento legal, ya sea por entenderlo como parte del propio principio de legalidad (en cuanto es la misma ley la que señala las reglas a que debe quedar sometida la actividad discrecional), ya sea por considerar compatibles ambos

principios, al pensar superados los obstáculos que para tal compatibilidad existirían si se valora en forma diversa la existencia de razones de peso en contrario, esto es, la necesaria aceleración de la justicia penal en relación con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o los motivos de interés público¹⁹.

FUNDAMENTOS.

Quienes se oponen a la aplicación de este principio coinciden en la ventaja de descarga de una administración de justicia que se ve desbordada por el número de causas penales que llegan a su conocimiento.

Ante dicha cuestión y en una primera aproximación, la alternativa consiste en: a) aumentar los medios humanos y materiales al servicio de aquella para que pueda afrontar el reto, o b) seleccionar las causas que deberán ser objeto de persecución y sanción en base a criterios de muy diversa índole.

Esta segunda solución contempla la concesión al fiscal de facultades suficientes para que deseche la persecución de aquellos hechos delictivos que, con arreglo o no a una exhaustiva determinación legal previa, sean considerados de escasa relevancia o reprochabilidad social.

También se esgrimen fundamentos que refieren razones de interés social o utilidad pública que se concreta en: la escasa lesión social producida por el delito y/o la falta de interés público en la persecución, estimular la pronta reparación de la víctima, evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad, y favorecer la rehabilitación del delincuente mediante su sostenimiento voluntario a un procedimiento de readaptación. Se considera asimismo que contribuye a la consecución de la justicia material por encima de la formal y favorece el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

En este sentido, se citan razones vinculadas con la naturaleza del hecho (carácter mínimo de la infracción, culpabilidad leve del infractor, contribución mínima al delito, antigüedad de la infracción); relacionadas con el autor del hecho (delincuente primario, edad juvenil infractor que resulta a la vez víctima, salud precaria, cambio positivo del comportamiento); basadas en la relación entre el delincuente y la víctima

¹⁹ ARMETNEA DEU, *Estudios sobre el proceso penal*, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2008, p. 210.

(parentesco próximo, reparación voluntaria del daño, restitución de la cosa, delito provocado por la víctima); así como relacionadas con el interés general (del Estado, por injusticia obvia y falta de contribución significativa para promover el respeto a la ley).

Como se advierte, la amplitud y diversidad de motivos -pese al intento de sistematización- convierte a esta relación, más que una enumeración de posibles fundamentos para el principio de oportunidad, en una exposición de razones a tener en cuenta en toda la política criminal, independientemente del instrumento que se utilice.

CRITICAS.

Desde la perspectiva genérica, el principio de oportunidad se rechaza bajo la acusación de poner en peligro los logros que conlleva estricta sujeción al principio de legalidad. Así sucede con el efecto conminatorio de la sanción penal o la seguridad jurídica implícita en la certidumbre de que el órgano encargado de la acusación -sobre todo en los sistemas de monopolio- perseguirá todo hecho que revista los caracteres de delito, en términos de igualdad.

Debe repararse que la mayoría de las censuras doctrinarias que se oponen a la aplicación del principio de oportunidad, como solución prevalente para los problemas de falta de medios de la administración de justicia, y pese a reconocer su utilidad desde una perspectiva eminentemente práctica se centran en los aspectos constitucionales. En este sentido tres son los puntos más debatidos: el principio de legalidad, la administración de justicia como función atribuida exclusivamente a los órganos jurisdiccionales y el principio de igualdad.

En el primer aspecto, se denuncia la vulneración del principio de legalidad en una triple vertiente: legalidad “subespecie, taxatividad y necesidad de que todo ciudadano pueda prever las consecuencias de su delito”. Esto incide negativamente, entre otros aspectos en la seguridad jurídica y en la pérdida de credibilidad del sistema desde la perspectiva de la prevención general.

Se afirma que la atribución de funciones jurisdiccionales al fiscal, con la consiguiente asunción de cometidos exclusivamente reservados a jueces y tribunales por la Constitución, se observa especialmente en aquellos supuestos en que la decisión de archivo del fiscal no precisa posterior confirmación judicial, permitiendo, además, de ese

modo, la involución hacia el sistema inquisitivo en donde se confundían las funciones acusadora y juzgadora.

La vulneración del principio de igualdad se infiere del trato diverso que permite la discrecionalidad atribuida al fiscal, máxime cuando se efectúa a través de conceptos insuficientemente determinados como “falta de interés público en la persecución” o “culpabilidad mínima”. La discriminación se incrementa en aquellos casos en que la aplicación de la oportunidad se liga a prestaciones económicas.

En Estados Unidos las críticas más comunes y repetidas, refieren a la eliminación de la propia esencia del sistema procesal penal adversarial al eliminar los intereses contrapuestos de las partes al entrar en la negociación; la no representación de un auténtico acuerdo, desde el momento en que el fiscal actúa en una posición claramente de fuerza frente al acusado; la posibilidad de que un inocente se declare culpable por temor a obtener una sentencia más dura; la falta de seguridad jurídica que la práctica informal y diversificada del *plea bargaining* origina; la asunción por el fiscal de funciones juzgadoras y determinadoras de la pena que corresponden al órgano jurisdiccional; la renuncia a derechos constitucionales como el debido proceso o el “juicio justo”.

Si bien las objeciones a este principio no son tan diferentes, parece claro que un amplio principio de oportunidad encuentra mejor ubicación en un sistema como el de EE. UU., donde el monopolio de la acción penal se encuentra en manos de un fiscal, que ostenta la casi absoluta disponibilidad sobre la persecución penal; dicho fiscal no está inserto en el Poder Ejecutivo, y responde antes sus electores, cada cierto tiempo, del uso que hayan hecho en el ejercicio de sus amplios poderes discrecionales²⁰.

FORMAS.

Los esquemas receptivos de la oportunidad son dos: a) el libre, que es el rector en Estados Unidos e Inglaterra, donde el fiscal goza con libre disponibilidad de la acción penal pública, y b) el reglado, modelo vigente en Alemania, en tanto la discrecionalidad de los fiscales para ejercer la acción penal se encuentra expresamente limitada por la ley. Cabe reparar, que únicamente constituye oportunidad la conocida como libre, pues el

²⁰ ARMETNEA DEU, *Estudios sobre el proceso penal*, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2008, p. 217.

paradigma denominado reglado es una expresión más del principio de legalidad, en tanto es consecuencia de una determinación propia y normal del Congreso. En sentido estricto, la oportunidad reglada no proyecta una decisión ejercida autónomamente por un fiscal, de no perseguir penalmente. Por consiguiente, no existe más oportunidad procesal que la discrecional; y solo cobra sentido aludir a “oportunidad libre” u “oportunidad reglada”, pero en la medida de que bajo ese ropaje no se encubra un principio de disponibilidad absoluta, tal como acontece con la incorporación de la insignificancia procesal.

Binder²¹ demarca que la insignificancia procesal se distingue de la insignificancia del ámbito material o de fondo del derecho penal. Pues la primera es un concepto relativo, que se vincula a la menor relevancia social de un caso respecto a otros, o a la apocada importancia en sí, con relación a los costos irrogados al Estado para su persecución penal. En cambio, a la insignificancia del derecho penal se echa mano para reconocer la atipicidad de una conducta. Puede deducirse de lo afirmado, que la insignificancia procesal es un concepto relativo que se justifica esencialmente en una reorientación de la capacidad operativa del Ministerio Público para perseguir los hechos más importantes, de conformidad con lo económicamente conveniente desde una perspectiva institucional, pues a través de esta proyección del principio de oportunidad se le otorga prevalencia a la persecución de hechos socialmente más cuantificables respecto a otros de menor relevancia. En concreto, la insignificancia procesal se funda en razones político-criminales de relocalización y eficiencia.

El autor citado denomina como principio de oportunidad al “conjunto de reglas flexibilizadoras de la obligación de ejercer la acción pública y su indisponibilidad una vez ejercida”. De modo que, en definitiva, el principio de oportunidad comprendería reglas que distienden el régimen de la acción y se vinculan a criterios relacionados al: a) tratamiento de casos de menor cuantía (insignificancia procesal, escasa culpabilidad, mínima responsabilidad del agente), b) cuestiones de economía procesal y asignación más eficiente de los recursos (v. gr. saturación de pena o el restringir las investigaciones a los casos en donde se cuente con mejor prueba). c) la restricción de los casos en los cuales el Ministerio Público puede ejercer la acción (mediante la extensión de delitos de acción privada o aquellos supeditados a la autorización preponderante de la víctima), d) el

²¹ BINDER, Alberto, *Derecho procesal penal*, 2014, t. II, ps. 422, 423 y 437; Binder, *Justicia penal y Estado de derecho*, 2ª ed., 2004, p. 211; Binder, *Introducción al derecho procesal penal*, 2ª ed., 2009, ps. 220 a 222.

incremento del contralor y poder de disposición de la víctima sobre el caso (el aumento de potestades del acusador particular como querellante conjunto o a través de la conversión de la acción pública en privada, ya sea de manera acordada o ante el desistimiento del interés del Ministerio Público), e) la suspensión de la persecución penal, condicionada a la instrumentación de reglas de conducta o medidas aceptadas libremente, f) la extinción de la acción, por intermedio de la conciliación de los intereses de las partes o la reparación suficiente del daño; y la necesidad de ofrecer impunidad para obtener información relevante, en aras de juzgar a un imputado de mayor importancia o resolver un hecho con más entidad social.

Bajo lo postulado por Binder, sencillamente los criterios básicos de orientación de la selección de casos que debe hacer la justicia penal son los principios conformadores del principio de ultima ratio. Por ende, esa pretensión de exhaustividad subyacente en el principio de legalidad procesal y ensamblada a doctrinas políticas que promueven una expresión maximalista del poder penal (pretendida aunque sin concreción, porque jamás logra perseguir todos los casos puestos bajo su ámbito de actuación por el legislador) debe revertirse. También Jauchen, al observar al principio de legalidad procesal a ultranza como una ficción en su aplicación real, repara que este se encuentra "... fuera del sensato camino de racionalizar el sistema penal para conseguir que se llegue solo a este, en ultima ratio"²².

El fundamento del principio de oportunidad en la trama del pensamiento de Binder es la mínima intervención, que justamente obliga a desarrollar en el proceso penal todas aquellas instituciones capaces de procurar una respuesta no violenta del Estado, en base a otros principios o finalidades (como lo es por ej. la pacificación), aunque existan previsiones en abstracto contemplativas de la utilización del poder penal. De manera tal, que esa es la razón político criminal presente en el principio de oportunidad; y, por tanto, a su entender, este principio debería ser la regla general si se echara mano a un análisis de regla-excepción.

Haciéndose eco de la definición acuñada por Cosacov²³ al caracterizar al principio de legalidad procesal como "el mito de la no impunidad", Binder pone sobre el tapete el problema de la eficacia del sistema penal y su inevitable selectividad. De esta

²² JAUCHEN, *Tratado de derecho procesal penal*, 2012, t. I, p. 669.

²³ COSACOV, Gustavo, *El mito de la no impunidad*, Universidad de Córdoba, 1988, pp. 57-58, según cita de BINDER en *Derecho Procesal Penal*, t. II, p. 398-399.

manera, en línea con el desarrollo practicado por Cosacov, considera evidente la frecuencia de la impunidad, pues si se relaciona la cantidad de delitos perpetrados en un tiempo determinado y la frecuencia de sentencias condenatorias en un período semejante se deduce la habitualidad de no punición. Empero añade, que los sistemas funcionan con la ideología de la no impunidad. En otras palabras, mediante un arquetipo ideal conforme al cual ningún delito debe quedar impune, y cada supuesto de impunidad ha de ponderarse como una falla del sistema.

Binder sostiene que suele entenderse por oportunidad reglada a una mixtura originada merced a un abandono de la rigidez de la imperativa persecución penal; pero hilvanada en simultáneo a una estricta legalidad en cuanto a la sujeción de los casos de selección. Siguiendo este entendimiento, el citado autor afirma la inexistencia de ventaja alguna en esta manera de idear a la oportunidad, por cuanto se asumiría la supuesta legalidad (obligatoriedad) como dogma de la persecución penal. De modo tal, que esta modalidad de incorporación de normas de oportunidad solo redefiniría el principio de legalidad, en vez de optar por su prescindencia.

Pastor también nutre la controversia, al considerar que, si la oportunidad es reglada, ya no constituiría —valga la redundancia— oportunidad en un sentido relevante para meditar sobre esta. Es que se trataría más bien de la oportunidad de determinación (en abstracto) propia y normal del parlamento representativo, más no de decisión (en concreto) de no perseguir penalmente, dispuesta por un funcionario del ministerio público de modo autónomo. Por lo tanto, no existiría más oportunidad procesal que la discrecional²⁴. Yacobucci, por su parte, valora que, si bien habitualmente se pondera la noción de oportunidad como una excepción a la legalidad, tan solo sería acertada esta apreciación en tanto existiera una discrecionalidad absoluta de disposición —léase sistema de oportunidad libre— de parte del Ministerio Público. En cambio, el sistema reglado haría de este principio de oportunidad un modo de ejercicio de la legalidad penal; más no su excepción. En efecto, en este último caso, puede afirmarse que los supuestos habilitantes de la abstención de la persecución penal por criterios de oportunidad serían una manifestación del principio de legalidad²⁵.

²⁴ PASTOR, *Recodificación penal y principio de reserva de código*, 2005, p. 47.

²⁵ YACOBUCCI, *El sentido de los principios penales*, 2014, p. 732.

PRECISANDO LA TERMINOLOGÍA.

A entender de Cafferata Nores sería más preciso aludir a discrecionalidad en la persecución, fundamentada en razones de oportunidad, pero respeta el uso de los términos señalados debido a su habitual utilización. De hecho, entiende que se trata de disponibilidad, cuyas razones se afinan en criterios de oportunidad²⁶.

Análogamente, Bovino especifica que sería más atinado aludir a un régimen de disponibilidad de la acción penal. Lo afirmado se puede colegir, cuando analiza el principio dispositivo de los sistemas receptivos de la oportunidad como regla²⁷. Asimismo, al analizar la política de persecución penal de los Estados Unidos, explica que en ese país no se utiliza el concepto de principio de oportunidad, pues allí se alude a la noción de discreción en la función persecutoria²⁸.

Parte de la doctrina distingue entre el principio de oportunidad y los criterios de oportunidad. Así, mediante el principio se fijan determinadas reglas de actuación que conceden al órgano encargado de la persecución y acusación la chance de morigerar el sistema de legalidad procesal, al desistir ya sea de su pretensión o aún de presentarla; en tanto los criterios de oportunidad engloban tanto la perspectiva dogmática (v. gr. lesividad del bien jurídico amparado, teoría del error, mínima culpabilidad, etcétera) como la procesal (suspensión del proceso a prueba, juicio abreviado, renuncia de la acción, agente encubierto, arrepentido, etcétera). De ahí que algunos brinden al principio de oportunidad un cariz más restringido; y concedan a los criterios de oportunidad un alcance más amplio, es decir abarcativo de los dos espectros del derecho penal (el dogmático y el procesal).

El CPPF establece en la Sección 2ª del Título II las Reglas de disponibilidad, fijándolas en el artículo 30 que en el inciso a. prevé los criterios de oportunidad como una de las formas posibles de disponer de la acción penal pública por parte del Ministerio Público Fiscal. Luego, en el artículo 31, fija los criterios de oportunidad en cuatro incisos. Así, queda claro que el legislador atribuyó un concepto amplio a las reglas de disponibilidad que, como veremos en los siguientes párrafos, abarca situaciones que en

²⁶ CAFFERATA NORES, “El principio de oportunidad en el derecho argentino (Teoría, realidad y perspectivas)”, en *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 3ª ed., Buenos Aires, 2005, p. 33.

²⁷ BOVINO, *Principios políticos del procedimiento penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 25.

²⁸ BOVINO, “La persecución penal pública en el derecho anglosajón”, en *Revista cuatrimestral del Poder Judicial del Estado de Sinaloa Tercera Época*, Núm. 6, Año 3, Mayo/Agosto de 2014, ps. 13; disponible en <http://www.stj-sin.gob.mx/assets/files/publicaciones/aequitas6.pdf> (última consulta: 16/03/2022).

algunos casos requieren el acuerdo del acusado, y otros dependen de la sola voluntad y criterio del titular de la acción penal.

VALORACION.

Teniendo en cuenta que el CPPF prevé un sistema reglado, coincidimos con Binder en que se asume la supuesta legalidad (obligatoriedad) como dogma de la persecución penal. De modo tal que esta modalidad de incorporación de normas de oportunidad solo redefiniría el principio de legalidad, en vez de optar por su prescindencia, fijando pautas con carácter de excepción.

En atención a ello el principio de legalidad como persecución estatal de oficio de todo hecho que se sospeche de delito sigue siendo la regla, y la disponibilidad de la acción penal su excepción, la que puede aplicarse como criterios de oportunidad, en los que el Ministerio Público Fiscal decide unilateralmente abandonar la acusación, o como acuerdo de partes bajo el principio de consenso.

Entiendo que esta concepción sigue sin contemplar soluciones intermedias que hagan del castigo la *ultima ratio*. Frente a una conducta reprochable, la propuesta continúa siendo la más fuerte y punitiva reacción del Estado soslayando la dinámica social, económica y cultural de la comunidad y de los individuos insertos en ella. Se mantiene la ficción de perseguir judicialmente todo hecho delictivo y con ello, sólo se sobrecarga la labor de los tribunales sin que se logre alcanzar los fines de la pena, que en muchos casos no se impone en tiempo oportuno, y en otros casos se limita a ciudadanos generalmente incluidos en grupos vulnerables.

De todas maneras, la discrecionalidad libre es propia de culturas que históricamente funcionaron con fundamentos distintos, por lo que su traslación resultaría, entiendo, más perjudicial para el sistema que rige en nuestro país por el profundo apego a las bases y principios del modelo mixto inquisitivo que, en definitiva, fija los límites – extensos- del poder punitivo dentro de los cuales el operador judicial puede actuar.

CAPITULO IV

LA DISPONIBILIDAD EN EL CODIGO PROCESAL PENAL FEDERAL

Para iniciar el análisis del tema propuesto, es conveniente repasar sintéticamente el desarrollo del proceso acusatorio adversarial organizado por la Ley 27.063 modificada por la Ley 27.482, que parcialmente se va implementando en el sistema judicial federal mediante resoluciones de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal del Congreso de la Nación²⁹. Sin embargo, es posible adelantar que el legislador optó por la oportunidad reglada.

El nuevo proceso prevé que una vez que el Ministerio Público Fiscal recibe una denuncia, querrela, actuaciones de prevención o habiendo iniciado una investigación preliminar de oficio, dispone de quince días para decidir si la desestimará por inexistencia de delito, si la archivará, si aplicará un criterio de oportunidad o disponibilidad, si iniciará la investigación previa a la formalización, si formalizará la investigación o aplicará procedimientos especiales³⁰.

En los tres primeros supuestos el proceso concluye, sin que se haya iniciado persecución penal, por lo que el denunciado o investigado no tendrá conocimiento alguno de las actuaciones. Los motivos de estas decisiones serán porque el hecho no configura delito, por imposibilidad de identificar al autor o reunir elementos de convicción (aunque puede reabrirse si desaparecen los impedimentos de la investigación), o aplicar criterio de oportunidad bajo los parámetros que el código fija en su artículo 31, que son: insignificancia, irrelevancia de la participación del investigado en el hecho, pena natural o sanción suficiente.

El desistimiento y el archivo por imposibilidad de proceder no ofrece mayores innovaciones, aunque es relevante su análisis en el marco de la disponibilidad de la

²⁹ Resolución 2/19 (BO 19/11/2019) que dispuso implementar los artículos 19, 21, 22, 31, 34, 54, 80, 81, 210, 221 y 222 del Código Procesal Penal Federal; Resolución 1/2020 publicada en el Boletín Oficial del 3 de diciembre de 2020 que en su art. 2 estableció la implementación de los artículos 285, 286, 287 y 366 inciso “P” del Código Procesal Penal Federal, y Resolución 1/2021 Publicada en el Boletín Oficial del 10 de febrero de 2021, que implementa los arts. 366, 367, 368, 369, 370 y 375 del Código Procesal Penal Federal.

³⁰ Procedimientos abreviados, flagrancia, procedimientos complejos (Libro Segundo del CPPF).

acción. Por su parte, la introducción de criterios de oportunidad ha sido materia de extensos y actuales estudios doctrinarios, y con razón, en tanto quiebra principios profundamente arraigados en la cultura judicial que se pensaban inamovibles y estremece las estructuras. Sobre ellos, volveremos en un punto aparte y específico más adelante.

Siguiendo el camino del proceso, descartadas las posibilidades de archivo, desestimación o aplicación de criterios de oportunidad, se iniciará la investigación que puede ser previa a la formalización o, si considera suficiente lo actuado, puede formalizar la investigación.

Es importante destacar que en el sistema mixto (ley 23.984) aún vigente en el fuero federal salvo las jurisdicciones de Salta y Jujuy, el ciudadano investigado sólo conocía la persecución punitiva estatal cuando se lo citaba a prestar declaración indagatoria o se lo privaba de su libertad para someterlo al proceso. El nuevo código impone al Ministerio Público Fiscal el deber de comunicar la existencia de la investigación cuando el posible autor estuviere individualizado, salvo en casos excepcionales en los que la gravedad de los hechos o la naturaleza de las diligencias lo ameriten. En estos casos el representante del Ministerio Público Fiscal puede solicitar al juez de garantías en audiencia unilateral continuar la investigación previa sin comunicación al afectado, lo que podría extenderse por el plazo normal de 90 días prorrogable por el mismo tiempo, siempre con control judicial (art. 253 CPPF).

De manera que las partes pueden encontrarse en esta etapa previa a la investigación preparatoria o luego, en la audiencia de formalización de la investigación si el representante del Ministerio Público Fiscal decide avanzar. La norma establece un plazo de noventa días, prorrogable por noventa días más que deberá solicitarse ante el juez de garantía en audiencia unilateral.

Si el Ministerio Público Fiscal decide iniciar la investigación penal preparatoria, pide al Tribunal una audiencia de formalización, a la que se citará al investigado que asistirá con asistencia de un/a abogado/a defensor/a.

Formalizada la investigación preparatoria, la parte acusadora ya no puede aplicar criterios de oportunidad y cuenta con un año para concluir esta etapa, prorrogable hasta por 180 días más, transcurrido el cual debe decidir si pedirá el sobreseimiento (arts. 269/273 CPPF) o acusará. En este último caso, establece la normativa que la acusación se debe presentar por escrito y la oficina judicial fijará audiencia para el control de la

misma por parte de la defensa, el imputado, el querellante y la víctima (art. 274/279 CPPF).

En esta oportunidad, la defensa y el imputado pueden, entre otras acciones, proponer formas alternativas para poner fin al proceso que son enumeradas por el artículo 279 del CPPF: reparación, conciliación, la suspensión del juicio a prueba o la aplicación de procedimiento abreviado, y refieren directamente al principio rector del proceso penal establecido en el art. 22 según el cual “Los jueces y los representantes del Ministerio Público procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social.”.

Si no se llega a la audiencia con una propuesta de acuerdo, o el ofrecido no es aceptado por las otras partes, circunstancias que ya se debieron verificar antes de la audiencia, el acto se cierra con un auto de apertura de juicio que es irrecurrible (art. 280 CPPF).

La etapa que sigue presenta importantes similitudes al juicio oral regulado por el Código Procesal aprobado por la ley 23.984 con algunas diferencias propias del sistema acusatorio que se instaura con la reforma, y que, por exceder el tema de esta tesis, se omitirá su análisis. Sin embargo, es importante resaltar que la fijación de la audiencia de debate es el último momento para presentar un acuerdo de partes que ponga fin al proceso. Luego, las partes pueden realizar acuerdos, pero versan sobre el funcionamiento de la audiencia del juicio como el orden de producción de la prueba (art. 296 CPPF), y no sobre el fondo del asunto llevado a debate.

De manera que la secuencia de un proceso que concluye con una sentencia transitó una investigación preliminar, una investigación preparatoria, una acusación controlada en audiencia por las partes, y, finalmente, el juicio en el que el tribunal emite una decisión condenatoria o absolutoria. En este trayecto, la norma de rito prevé dos momentos en los cuales se pueden aplicar institutos que pondrán fin al proceso sin alcanzar una sentencia. Uno es hasta la audiencia de formalización de la investigación, en el que el representante del Ministerio Público Fiscal puede aplicar unilateralmente criterios de oportunidad, otro es en la audiencia de control de la acusación en la que el imputado admite ciertos compromisos para evitar llegar a juicio, distinguiéndose del

momento anterior en que los mecanismos a aplicar en esta instancia requieren el acuerdo de la otra parte (bilateralidad).

Teniendo en cuenta que el objeto de este trabajo es el análisis de los acuerdos de las partes en el proceso penal, se omitirá la consideración de los criterios de oportunidad que serían operativos en el primer tramo del procedimiento federal y en función de la decisión unilateral del representante del Ministerio Público Fiscal.

Asimismo, es relevante considerar que, en virtud de las observaciones vertidas en los capítulos anteriores, más allá de las distintas formas de expresar y denominar la excepción al principio de legalidad, considero que la forma más acertada es referir a la disponibilidad de la acción penal como noción que abarca el principio y los criterios de oportunidad, por un lado, y el principio de consenso y acuerdos entre partes, por otro lado; que como esbozamos en esta prieta síntesis del CPPF, se distingue por la intervención o no del imputado y la defensa en la decisión del acusador, con algunas situaciones excepcionales que serán tratadas oportunamente.

LA MODALIDAD CONSENSUADA DE DISPOSICIÓN DE LA ACCION PENAL EN EL CPPF.

El artículo 30 del nuevo código de forma prevé bajo el título “Disponibilidad de la acción” que “El representante del Ministerio Público Fiscal puede disponer de la acción penal pública en los siguientes casos: a. Criterios de oportunidad; b. Conversión de la acción; c. Conciliación; d. Suspensión del proceso a prueba. No puede prescindir ni total ni parcialmente del ejercicio de la acción penal si el imputado fuera funcionario público y se le atribuyera un delito cometido en el ejercicio o en razón de su cargo, o cuando apareciere como un episodio dentro de un contexto de violencia doméstica o motivada en razones discriminatorias. Tampoco podrá en los supuestos que resulten incompatibles con previsiones de instrumentos internacionales, leyes o instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal fundadas en criterios de política criminal.”.

Como se observa, en esta redacción los criterios de oportunidad constituyen una forma de disposición de la acción penal, a la que se suman, en lo interesa a este trabajo, la conciliación y la suspensión del proceso a prueba.

Pero en el articulado del código se legislan otras modalidades que derivan del principio del consenso, ya reguladas en el sistema mixto del CPPN algunas con menor desarrollo normativo, como la reparación, y otros con regulaciones específicas, como el procedimiento abreviado.

Hasta aquí el principio del consenso funciona para poner fin al proceso. Pero también es aplicable a distintos momentos del mismo en los que los acuerdos determinarán el camino que seguirá, como puede ser en materia probatoria.

Siguiendo el orden que el legislador estableció las formas alternativas de solución del conflicto, el análisis continuará con la conciliación, la reparación integral, la suspensión del proceso a prueba, y el procedimiento abreviado.

SISTEMAS ALTERNOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

Antes de ingresar al estudio de cada forma en particular, es necesario recordar que estos mecanismos, en realidad, fueron los que primero surgieron como método de solución de conflictos también penales, tal como se expuso en el primer capítulo.

Eiras Nordenstahl y Ulf Christian³¹ analizaron las prácticas que aún conservan los pueblos originarios y fue necesario abordar y reconocer como consecuencia de la reforma constitucional llevada a cabo en nuestro país en el año 1994 en la que se otorgó un estatus superior a varios tratados y convenciones internacionales, entre ellos la inclusión en su texto de un concreto reconocimiento de la realidad indígena. Así en agosto de 2014 se firmó la Declaración de Pulmarí en la que el Ministerio Público Fiscal de la Provincia del Neuquén se comprometió a reconocer y respetar la identidad cultural de los pueblos indígenas neuquinos en la forma de resolver sus conflictos, dentro del marco de los derechos humanos y del ordenamiento jurídico vigente, haciendo realidad de ese modo lo contemplado por el Código Procesal Penal en cuanto a la receptación por parte de la justicia estatal de los modos indígenas de resolución de conflictos.

Los autores destacan la necesidad de profundizar el conocimiento sobre las modalidades que utiliza esta comunidad que, siendo un pueblo de tradición oral, se debe

³¹ Eiras Nordenstahl, Ulf Christian, “La ¿novedad? de la justicia restaurativa”, *Nuevas dimensiones del principio de legalidad en el proceso penal. Justicia restaurativa – I*, Revista de Derecho Procesal Penal, Tomo 2019 1, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2019.

hablar de prácticas en vez de procesos, ya que el abordaje de las distintas situaciones se realiza teniendo en cuenta su contexto y las variables de tiempo, lugar y sujetos intervinientes. Esta particularidad deriva en una mayor flexibilidad e informalidad de los dispositivos aplicados. Estas prácticas pueden identificarse a través del relato de sus protagonistas, existiendo recién en los últimos años registros escritos tales como actas y notas redactadas en el seno de las comisiones conformadas para obtener el reconocimiento legal de la autoridad estatal.

Del mismo modo que otros pueblos indígenas, su cosmovisión se sostiene básicamente en lo que podríamos traducir como el "bien vivir", comparten la idea de que todos pertenecemos a la naturaleza, formamos parte de ella, a diferencia de la cultura occidental que plantea el dominio de ésta por el hombre. Formamos parte de la naturaleza, de lo que nos rodea, para poder vivir necesitamos estar en armonía, en perfecto equilibrio. A partir de ello, lo que entendemos como delito es visto entonces por el pueblo mapuche como la ruptura del equilibrio, una desestabilización de la armonía imperante en la naturaleza. Y en los juicios (*wichan*), la reparación debía buscar el equilibrio entre lo que era, lo que existía antes del quiebre de la paz y el presente modificado.

La metodología presente como constante en las comunidades indica que toda la práctica se lleva a cabo a través del encuentro y el diálogo, dado que la palabra tiene un elevadísimo grado de representación en las relaciones interpersonales mapuches. Los conflictos son vistos como una irrupción en la armonía de las relaciones interpersonales, por lo que las autoridades propician un llamado a la reflexión de los interesados, incluyendo también al resto de la comunidad.

Esta concepción del conflicto colisiona con la mirada reduccionista y binaria de la justicia estatal, basada específicamente en la infracción a una norma que simplifica su tratamiento en la relación sujeto infractor/Estado. Tan fuerte es esa idea comunitaria del conflicto, que en las asambleas que se llevan a cabo para tratar la situación, un tema prioritario de abordaje es la autocrítica de la propia comunidad acerca de los motivos que llevaron a que esa situación sucediera. Ese cuestionamiento representa un fuerte involucramiento de todo el grupo social en la resolución de la controversia. Implica, además, la asunción de una verdadera corresponsabilidad por parte del conjunto social respecto de las conductas individuales socializando de esta manera a los mismos. Se tienen en cuenta el contexto y las causas, se busca revisar el camino que se recorrió hasta su producción, coadyuvando así en la búsqueda de alternativas que conduzcan a posibles

soluciones. Otra característica es la inmediatez, tanto en lo que respecta al espacio como al tiempo (plazos).

Así, la intervención de las autoridades no está orientada a tomar resoluciones de culpabilidad o responsabilidad sino a facilitar la reflexión, el diálogo, el llamado de atención en términos culturales generando las condiciones para que sean las partes quienes tomen las decisiones a través del consenso. Este tipo de intervenciones, al contrario de lo que sucede con el modelo de justicia estatal tradicional, permite una mayor sustentabilidad de los resultados. La circunstancia de que todo el abordaje sea llevado a cabo en una forma de gestión comunitaria, con la participación de todos los interesados y la legitimación social de las decisiones, permite una mayor estabilidad en lo que se refiere a las soluciones adoptadas.

En virtud de que las prácticas restaurativas conservan su vigencia en las comunidades, los resultados casi nunca implican la aplicación de una sanción o castigo (medidas éstas que se contemplan), sino que se refieren más bien a una reparación del daño, la asunción de una conducta determinada, la puesta en común de una dificultad particular para su abordaje comunitario, etcétera.

Estas prácticas fueron las que originariamente organizaron las sociedades en el principio de los tiempos y luego se modificaron para que la autoridad pública asumiera el monopolio de la sanción, alterando sustancialmente la concepción del conflicto y por lo tanto las consecuencias del mismo, abstrayéndose de las causas e ignorando su responsabilidad en los efectos.

Por ser innato en el hombre y sus relaciones, siempre subsistió la noción de justicia restaurativa para resolver conflictos, que hace algunas décadas se focalizaron en los de materia civil, porque se entendía que en la rama penal el Estado era el titular del poder punitivo y por ello, no podía renunciar a su deber de castigar las infracciones a las normas.

En este sentido, es relevante abandonar una visión exclusivamente negativa de la conflictividad social. Ella es también el modo como los grupos sociales luchan por sus intereses, desarrollan nuevos valores y generan finalmente formas de cooperación y solidaridad, sobre la base de asunción de intereses comunes. Del conflicto nacen también los pactos políticos.

La justicia restaurativa es una forma de resolver los conflictos violentos, porque de algún modo asume como punto de partida que tras la comisión del delito y de la pena (que es la consecuencia natural), tenemos que seguir viviendo juntos; pero, además, parte también del supuesto de que quien causa un daño tiene que asumir su responsabilidad y reconocer el derecho a la reparación de quien ha sido víctima de su conducta. Como se puede ver, la justicia restaurativa tiene su base en el reconocimiento (del daño causado, de la víctima, de la responsabilidad) y no en la negación del hecho, el silencio o la mentira con el objetivo de eludir la pena. El propósito no es la imputación de la responsabilidad para confirmar el valor del orden jurídico y las normas que lo componen, sino la resolución pacífica apoyada en acuerdos y consensos para poner punto final a un conflicto social. La imposición de la pena deja su lugar a la reparación del daño; la inflexión de dolor y de un mal por el mal causado ya no son los únicos y prioritarios fines del sistema penal.

En nuestras sociedades la población tiene miedo a ser víctima de un delito, a lo que se suma la falta de confianza hacia el sistema penal, contribuyendo a dificultar la posibilidad de resolver el conflicto social de un modo restaurativo en tanto se asienta la creencia irracional del castigo como forma justa de reacción ante la comisión de un delito como reafirmación del valor de la norma que es la finalidad preventiva general de la pena³².

En 1970 Michel Foucault publicó *Vigilar y Castigar* en el que denunció que los castigos criminales no están destinados a suprimir las transgresiones, sino a utilizarlas para organizar con ellas una táctica general de sometimientos. Así en las últimas décadas del siglo XX se inició un proceso de sustitución de los castigos criminales por soluciones reparatorias del daño ocasionado a las víctimas del delito³³. Claus Roxin sostiene que en los casos de delitos menores sancionados con penas pecuniarias puede prescindirse de estas últimas si hay una completa reparación del daño, y en casos de delitos mayores puede llegarse a una remisión condicional de la pena o una atenuación obligatoria. Afirma que no se trata de una remisión al derecho civil puesto que la solución reparatoria contribuye a los fines de la pena en dos aspectos: en el efecto resocializador de enfrentar

³² GALAIN PALERMO, Pablo “La justicia restaurativa en sociedades con miedo”, *Nuevas dimensiones del principio de legalidad en el proceso penal. Justicia restaurativa – I Revista de Derecho Procesal Penal Tomo: 2019 I*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2019.

³³ FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, 17° ed. Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 1991.

al autor con las consecuencias del hecho y en su utilidad para la “prevención integradora” al contribuir a la restauración de la paz jurídica³⁴.

En 1988 un grupo de trabajo comisionado por el Ministerio de Justicia de la República Federal de Alemania presentó un informe en el que señaló las dificultades para integrar la compensación dentro de la estructura del derecho penal que tienen que ver con la doctrina que sostiene el derecho del Estado a la imposición del castigo, puntualizando claramente la distinción entre castigo y compensación, siendo el resultado de una dilatada historia de desarrollo legal estrechamente vinculado con la monopolización del poder punitivo.

En efecto, las mencionadas dificultades de integración podrían vincularse con el quebrantamiento de las bases teóricas del criterio para distinguir las sanciones penales. En Argentina, Zaffaroni, Alagia y Slokar se manifiestan contrarios a que el resarcimiento pueda ser empleado como pena³⁵. Por su parte Julio Maier considera meramente analítica y ficticia la división del conflicto que lo lleva a ser atendido, por una parte, por el derecho penal y por otra el derecho privado. Advierte que el conflicto es único y concierne, primero, a los intereses de la víctima para quien no hay necesidad de crear una frontera estricta entre el derecho civil y derecho penal³⁶.

Se pueda hacer justicia con una compensación del autor a la víctima y una reparación del hecho y que haya nuevas formas de restablecer la paz social y la justicia, lo cual no es el objetivo del Derecho Penal clásico, sino que muestra las deficiencias de las tradicionales formas de hacer frente al hecho antijurídico.

Pese al apoyo tan amplio y sostenido, existe hoy en día la impresión de que los Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos (SARC) no logran consolidarse totalmente dentro de las reformas más potentes que se intentan sobre nuestros sistemas de justicia, debatiéndose aún en un ambiente de marginalidad o de resultados limitados. Siguen siendo, pese a sus avances, más una promesa que una realidad. Si bien son varios los países de la región que han dictado legislaciones que expresamente introducen estos mecanismos, como es el caso de Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, Perú y Venezuela, la implementación de ellos es precaria cubriendo, en la

³⁴ ROXIN, *Derecho Penal, Parte General*, trad. Luzón Peña, M. Díaz y J. de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, T. I, p. 108/110.

³⁵ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho Penal, Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 209.

³⁶ MAIER, “La víctima y el sistema penal”, *De los delitos y las víctimas*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1992, p. 183/249.

mayoría de los casos, un porcentaje muy menor de los conflictos en relación a los tribunales. En otros países, los SARC sólo constituyen experiencias pilotos, impulsadas por instituciones públicas o privadas, no siendo tarea fácil su masificación pues sufren diversos problemas de definición e implementación.

El proceso penal de tipo acusatorio, no obstante, hoy ha dado ingreso a un importante bagaje de formas alternativas basadas en la negociación y los acuerdos, que lamentablemente y salvo contadas excepciones, no consideran a la víctima a la hora del procedimiento ni como destinataria del mismo. Estos acuerdos terminan por lo general en una pena atenuada, es decir, la negociación entre defensa y fiscalía se mantiene en la lógica punitiva tradicional, aceptando tácitamente toda la discusión sobre el valor positivo de la pena.

Los motivos que abrieron el camino al establecimiento de los SARC son de índole utilitarista. Así, se admite que los tribunales constituyen un mecanismo lento y pesado para la resolución de conflictos, razón por la cual es mucho más eficiente acudir a estos otros sistemas más flexibles y baratos. Se sostiene que, endémicamente, la capacidad de oferta judicial es superada por la demanda, lo que no se soluciona siquiera con la creación de nuevos tribunales.

Los sistemas formales, en una muy extendida visión, son engorrosos, lejanos a la gente y caros, por lo que muchas personas, los de menores recursos, se ven excluidos de ellos. Ello produce no sólo una situación de injusticia, sino también el germen de conflictos futuros potencialmente más radicales, complejos y violentos.

LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL SISTEMA PENAL ARGENTINO.

En el año 2015 la justicia restaurativa y algunos de sus mecanismos tuvieron un fuerte impacto en el sistema penal argentino, mediante la sanción de la ley nacional 27.147 (B.O.: 18-6-2015) que modificó el régimen de extinción de las acciones penales incorporando directamente institutos de justicia restaurativa a la legislación de fondo, quedando redactado, para lo que aquí interesa, el artículo 59, inciso 6º del Código Penal de la siguiente forma: "La acción penal se extinguirá [...] 6) Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales

correspondientes". Con esta última parte de la redacción de la norma se presenta la primera dificultad para la aplicación de estos mecanismos a nivel nacional.

Ello así porque en la actualidad en el Código Procesal Penal de la Nación no existe ninguna norma que regule procesalmente los dos institutos de justicia restaurativa que contempla el artículo 59, inciso 6º de la legislación de fondo, por lo que el interrogante que surge es si actualmente a nivel nacional es posible la extinción de la acción penal por medio de la reparación integral del perjuicio o por conciliación, pese a la inexistencia de una ley procesal que reglamente su ejercicio, o si, por el contrario, existe imposibilidad de aplicación hasta que una ley procesal los reglamente en el CPPN.

Sin embargo, esta cuestión parece zanjarse a partir de la Resolución 2/2019 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal que decidió implementar algunas normas del nuevo digesto, entre ellos y en lo interesa a este trabajo, los artículos 22 y 34³⁷. Asimismo, y previo a esta resolución, muchos tribunales del país implementaron los mecanismos alternativos con fundamento en principios, derechos y garantías constitucionales y convencionales.

En una sintética referencia, cabe resaltar que “Al decidir incorporar estas formas de extinción en el artículo 59 del Código Penal el legislador mostró su voluntad de que esa norma estuviera dirigida a todos los habitantes del país. De todos modos, no afecta a aquella voluntad, la mora de la implementación de lo legislado, dado que se cuenta con herramientas procesales... al no aplicar las normas del Código Penal en todo el territorio argentino, viola el principio de igualdad contemplado en los artículos 16 y 75, inciso 12 de la Constitución Nacional... los imputados juzgados por tribunales nacionales que quieran acceder al instituto, tras haber conciliado el conflicto, acordando su superación con quien fue afectado por el hecho que se juzga, no pueden quedar en situación más desfavorable ante la ley que los habitantes de otras provincias”³⁸.

Es necesario recordar que los derechos que consagran las normas vigentes en todo el territorio de nuestro país deben ser aplicados por los tribunales, aunque carezcan de un correlato procesal -CSJN “Siri” Fallos: 239:459; “Samuel, Kot S.R.L.” Fallos: 241:291; "Ekmekdjian c/ Sofovich" Fallos: 315:1492; “Halabi” Fallos: 332:111-.

³⁷ CSJN, Fallo Oliva del 27/08/2020.

³⁸ Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 9 de la Capital Federal, CCC 35722/2017/TO1, 25 de abril de 2019.

El art. 59 inc. 6 del CP se erige en un obstáculo procesal a la respuesta punitiva, y corresponde que sea aplicada por los jueces con el mismo carácter que las restantes causales extintivas de la acción, incluidas en dicho artículo. Y en tanto la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal, en el mes de noviembre de 2019 puso en vigencia el artículo 22, introdujo herramientas valiosas para la solución de conflictos mediante soluciones que puedan restablecer la paz social. Esta nueva perspectiva insta a analizar los delitos en tanto conflictos sociales, que requieren de abordajes complejos por tratarse de fenómenos multicausales, así como a ser abiertos a la búsqueda de soluciones que no se limiten a la aplicación de una sanción, sino antes bien a alternativas que procuren una restauración del orden social convulsionado por la transgresión de la norma.

De la lectura del referido artículo 22 del C.P.P.F. no puede sino afirmarse que nos encontramos ante una norma de carácter imperativo para los organismos públicos que intervienen en el proceso penal, ello así en la medida que dispone que “Los jueces y los representantes del Ministerio Público procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social”. La elección del término “procurarán” por parte del legislador no es azaroso y evidencia que se espera, de los representantes de los órganos públicos encargados de realizar el trámite penal, una conducta activa tendiente a la resolución del conflicto por vías alternativas a las de la sanción penal, y no una simple consideración o evaluación de las alternativas que le sean propuestas.

En el mismo sentido, tampoco se puede desconocer que estos mecanismos están contemplados tanto por la ley orgánica del Ministerio Público Fiscal (ley 27.148), como también por la ley orgánica del Ministerio Público de la Defensa Nacional (ley 27.149). Es más, en la ley orgánica del Ministerio Público de la Defensa intentar la conciliación y ofrecer medios alternativos a la resolución de conflictos está estipulado como un deber de los defensores públicos oficiales³⁹.

³⁹ El art. 9º de la ley 27.148 (Ley Orgánica del MPF nacional) establece que "El Ministerio Público Fiscal de la Nación ejercerá sus funciones de acuerdo con los siguientes principios [...] e) Gestión de los conflictos: procurará la solución de los conflictos con la finalidad de restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social". El art. 42 de la ley 27.149 (Ley Orgánica del MPD nacional) estipula: "Los Defensores Públicos Oficiales, en las instancias y fueros en los que actúan, tienen los siguientes deberes y atribuciones específicos, sin perjuicio de los demás propios de la naturaleza del cargo [...] d) Intentar la conciliación y ofrecer medios alternativos a la resolución judicial de conflictos, con carácter previo a la promoción de un

En cuanto al alcance de aplicación de estos mecanismos, la legislación nada dice, por lo que no hay delitos excluidos, salvo en la conciliación, que el artículo 34 del Código Procesal Penal Federal fijó los recaudos. La norma procesal a la cual se dice que remite, en el caso de la reparación integral, no regula ningún tipo de obstáculo ni límites de procedencia.

Así lo consideran algunos tribunales en los siguientes términos: “Es necesario considerar que la conciliación se ha concedido en un desigual tipo de delitos: intimidación pública; apropiación de cosa ajena; robo agravado; defraudación a la administración pública; falsificación de documento privado equiparable a público; lesiones leves y graves; cheques sin fondo; defraudación; hurto; estafa; malversación de caudales públicos; administración fraudulenta, entre otros. Amplio espectro penal, en el que algunos delitos son graves, a diferencia del delito imputado en esta causa, delito que por ser menor resta vigor a los reparos de la Fiscalía en la fundamentación del interés público por el hurto, materia de esta causa”⁴⁰.

El tribunal citado sintetizó los conceptos en los siguientes términos: “[E]l Código Procesal Penal vigente [no veda] la posibilidad de presentar el acuerdo de conciliación como se hizo, porque nada dice de la conciliación y, por otra parte, a todo evento el debate en la causa no estaba abierto. El silencio de nuestra ley procesal impide negar trámite de un instituto de fondo, de lo contrario sería una interpretación *in malam partem*. Por eso, ante la duda debe estarse a la interpretación amplia de la ley, debiendo los tribunales entenderla letra de ley desde los derechos y garantías de los que deben gozar los justiciables y su limitación debe ser excepcional y de aplicación restrictiva *-in re ‘Acosta’, CSJN-*”.

La propia ley no establece límites a la aplicación de soluciones alternativas, pues se entiende que corresponde atender cada caso en particular, con las circunstancias propias de cada uno de ellos. Sin embargo, entiendo que la amplitud puede atentar contra la igualdad de los ciudadanos quedando sujeta a la libre interpretación y ejecución de los operadores judiciales.

Por otro lado, se debe tener en cuenta las disposiciones del artículo 34 del CPPF, en cuanto limita el rol del Ministerio Público Fiscal. Es decir, el legislador no

proceso en los casos, materias y fueros que corresponda. En su caso, presentan a los jueces los acuerdos alcanzados para su homologación”.

⁴⁰ TOCC N° 5. “ALIAGA ZAMORA”. CAUSA N° 35722/2017. 25/4/2019.

incluyó en el artículo 22 otra limitación a la conciliación que la contenida en el artículo 34, con lo cual no correspondería crear restricciones.

Resulta evidente, en ese sentido, la existencia de una voluntad legislativa de desmontar el modelo actual de gestión retribucionista de la conflictividad social, que considera el castigo del autor del acto disvalioso como la única respuesta estatal posible. El modelo de justicia restaurativa, por oposición al señalado anteriormente, admite la reparación del daño causado por la infracción penal, colocando al imputado en un rol activo en la proposición y materialización de medidas que propendan a la reposición del orden público alterado.

Ahora bien, lo cierto es que para lograr una política criminal que realmente garantice la instrumentación y aplicación de los mecanismos que prevé el artículo 59, inciso 6° del CP es necesario, por un lado, pensar en clave restaurativa en los distintos ámbitos en donde esa política criminal se ejerce y, por otro, convencerse de que la justicia restaurativa y sus mecanismos pueden coexistir con un esquema de justicia clásico o punitivo como parte integrante de un mismo sistema penal sin necesidad de que uno excluya o ponga en jaque a la otra forma de administrar e impartir justicia.

En el contexto actual de evolución de las sociedades modernas, la función de la jurisdicción no se podría reducir a la mera aplicación de normas, y debe pensarse, como una función múltiple de interpretación, análisis, administración y de la proporción de herramientas para evitar una mayor exclusión mediante la criminalización que justamente estaría dada por la mera imposición de la norma penal. En este esquema, la función social de los magistrados se integra por poder transformar los elementos de una cultura de la violencia dentro del propio sistema, a través de mecanismos tales como los previstos en el artículo 59 inciso 6 del Código Penal.

CONCILIACION.

CONDICIONES PARA SU APLICACIÓN.

En razón del desarrollo precedente los debates en torno a la operatividad de la conciliación como supuesto de extinción de la acción penal deben considerarse de momento superados. Sin embargo, aún resta dilucidar varias cuestiones sobre el

funcionamiento concreto de este instituto, tales como las facultades de los representantes del Ministerio Público Fiscal, en particular si cuentan con la potestad para oponerse al acuerdo celebrado entre damnificado e imputado y de esta forma bloquear la extinción de la acción penal, alcance de la oposición, carácter vinculante de negativa fiscal, limitaciones previstas por el art. 34 del Código Procesal Penal Federal.

SUJETOS:

Para que proceda la conciliación, inexorablemente deben concurrir las voluntades de las partes, esto es el imputado y la víctima, que conforme el artículo 79 comprende a la persona ofendida directamente por el delito, así como al cónyuge, conviviente, padres, hijos, hermanos, tutores o guardadores en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieren tal vínculo, o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos.

Cuando se involucre a varios coimputados, podría uno de ellos o todos hacer uso del instituto, aunque las consecuencias que de ello deriven quedarán restringidas a cada uno de los participantes en el acuerdo en forma individual, en la medida de lo acordado y cumplido.

Sin embargo, si por un mismo hecho existe pluralidad de víctimas, deberán participar y conciliar todas ellas, de manera tal que no podrá disponerse el eventual sobreseimiento del imputado por extinción de la acción penal si no media plena intervención de todos los damnificados. De lo contrario, no podría afirmarse que se ha solucionado el conflicto entre el ofensor y los ofendidos⁴¹.

Podría ocurrir que el querellante no sea al mismo tiempo víctima, como lo habilita el artículo 84 del CPPF que indica a "... a) Los socios, respecto de los delitos que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la dirijan, administren, gerencien o controlen; b) Las asociaciones o fundaciones, en casos de crímenes de lesa humanidad o de graves violaciones a los derechos humanos siempre que su objeto estatutario se vincule directamente con la defensa de los derechos que se consideren lesionados y se encuentren registradas conforme a la ley; c) Los pueblos originarios en los delitos que impliquen discriminación de alguno de sus miembros, genocidio o afecten de un modo directo sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente.". Sin embargo, el querellante no

⁴¹ DONNA, DÍAS, *Código Procesal Penal Federal comentado Tomo I*, Santa Fe, Rubinzal- Culzoni, 2021.

víctima no participará ni celebrará ningún acuerdo de conciliación, pues hacerlo es una facultad exclusiva de la víctima.

Ahora bien, el artículo 89 del CPPF consagra la figura del querellante autónomo, que, si bien no alterará las facultades concedidas por la ley al representante del Ministerio Público Fiscal, ni lo eximirá de sus responsabilidades, le reconoce facultades para seguir adelante con la acción sin que ese organismo continúe interviniendo. Dado que el acuerdo de conciliación conduce a la extinción de la acción penal y ésta es causal del sobreseimiento del imputado, la querrela podría oponerse a la conciliación y continuar con el ejercicio de la acción penal si la fiscalía estuvo de acuerdo con la solución propuesta por la víctima y el imputado.

Pero en esta lógica, se soslaya que el artículo 87 atribuye la posibilidad de constituirse como querellante autónomo sólo a la víctima o su representante, de manera que el querellante no víctima, así como no participa ni celebra acuerdos de conciliación porque es un mecanismo a disposición de la víctima, tampoco puede presentarse como querellante autónomo porque normativamente es una figura exclusivamente asignada a la víctima.

Otro elemento a considerarse en este instituto y que tanto el juez como la fiscalía deben verificar, es que la solución propuesta sea el producto de una decisión libre, consciente y voluntaria tanto del imputado como de la víctima, constatando la ausencia de vicios en la voluntad de las partes.

Además, hay otra parte que debe concurrir a la audiencia que se convoque a los fines de analizar la conciliación. Se trata del Ministerio Público Fiscal, que como titular de la acción penal pública y estar encargado de su promoción, se le reconoce la atribución de disponer o no, total o parcialmente, de su ejecución (art. 30 y 34 CPPF).

El artículo 30 establece un límite infranqueable para aplicar este instituto para que el representante del Ministerio Público Fiscal disponga de la acción penal, esta vez respecto al sujeto activo de delito ya que se refiere a los delitos cometidos por funcionarios públicos cometidos en ejercicio de sus funciones. Esta reserva protege el legal cumplimiento de las funciones de la Administración Pública imposibilitando la renuncia a conocer la verdad de lo sucedido pues se trata de verdaderos delitos de quebrantamiento de deberes de la Ley de Ética Pública (ley 25.188 del 26-10-99) donde el Estado argentino se encuentra obligado a perseguir, juzgar y castigar conforme la

Convención contra la Corrupción de la OEA, ratificada por ley 24.759. Es decir, la ciudadanía tiene derecho a saber la verdad en este tipo de imputaciones, siendo imperativo resolver, en su caso, las inhabilitaciones que corresponden, e intentar el recupero de los fondos públicos afectados, si los hubiere.

Ahora bien, respecto a las facultades de los representantes del Ministerio Público Fiscal para oponerse al acuerdo celebrado entre damnificado e imputado fundado en instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal fundadas en criterios de política criminal, las voces se alzan a favor y en contra.

Santiago Mir Puig sostiene que la política criminal “(...) consiste en aquel sector de la política que guarda relación con la forma de tratar la delincuencia, se refiere al conjunto de criterios empleados o a emplear en el tratamiento de la criminalidad. Cada ordenamiento jurídico penal responde a una determinada orientación y expresa una concreta política criminal. En este sentido, la Política Criminal, no es una disciplina teórica, sino una orientación práctica”⁴².

En una crítica radical al instituto bajo análisis, se ha señalado que la composición, al igual que las restantes medidas que integran la *tercera vía* del Derecho Penal: “...desdeña el interés público comprendido en las leyes generales; socava el valor preventivo general de las penas; ofrece un campo propicio para los juegos extorsivos; afecta la presunción de inocencia y soslaya la prohibición de efectuar transacciones o negocios jurídicos sobre la acción penal pública...”⁴³. Entonces, en esta línea de pensamiento, si se entiende al Derecho Penal como una respuesta estatal de *ultima ratio* frente a determinados hechos que por su gravedad afectan la convivencia social, la posibilidad de que los ilícitos penales sean solucionados privadamente dejaría indemne la lesión que el delito le provoca a la comunidad política. Así, aparece el Ministerio Público Fiscal para mantener la vigencia de la norma y el orden público y político.

Por otro lado, esta postura deja la posibilidad de aplicar la conciliación a hechos que no repercutan notoriamente en la esfera social. En efecto, pese a que todos los delitos tienen un componente que trasciende lo meramente privado y que justifica en principio la intervención pública, no puede negarse que existen sucesos que, por diversas

⁴² MIR PUIG, “La Dogmática jurídico-penal se ocupa del Derecho Penal como norma, la Criminología como hecho, y la Política Criminal como valor” *Derecho penal. Parte General*, 7ª. N. Tesis, Edición, Buenos Aires, 2001, p. 60.

⁴³ ROMERO BERDULLAS, *Criterios de oportunidad en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 22.

contingencias -importancia social relativa del bien jurídico afectado, escasa ofensividad de la acción que encuadra en el tipo-, inciden ante todo en el ámbito particular. En estos casos, no resultaría irrazonable permitir que el Estado desista de su pretensión punitiva cuando los involucrados llegan a un acuerdo que neutralice el desequilibrio producido por el ilícito⁴⁴.

En estas afirmaciones se advierte una excesiva sobrevaloración del orden político, al interés público, a la comunidad social, como entes abstractos cuya validez se apoya y se legitima en la validez de las normas como fuente de autoridad. Sin embargo, no hay personas reales en estos conceptos difusos y genéricos. Casi como sostener el poder por el poder mismo. Vacío, pero a la vez poderoso. Y se nutre del rechazo al reconocimiento a la autonomía de la voluntad de las partes en el conflicto concreto.

El Código Procesal Penal Federal es ambiguo. Por una parte, impone reglas de pacificación social en el artículo 22, y por otro, no deja de ceñirse a paradigmas que se intentan superar, como la limitación a la regla de disponibilidad cuando "resulten incompatibles con...leyes o instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal, fundadas en criterios de política criminal" (art. 30). Respecto de esto, se ha indicado que "la decisión del acusador fundada en motivos de política criminal no puede ser cuestionada por el tribunal", ya que constituye un ámbito de discrecionalidad que le ha sido conferido precisamente al Ministerio Público. Sin embargo, ello obsta a la aplicación de las mismas, a menos que se considere que la opinión del representante del Ministerio Público Fiscal no es vinculante para el tribunal porque es en definitiva el juez quien deberá valorar la razonabilidad de la oposición y resolver si debe o no tenerse por extinguida la acción penal.

Es uniforme la opinión sobre la exigencia de fundamentos de toda opinión fiscal, y más aún cuando se trata de limitar derechos consagrados. De manera que, si el tribunal entiende que la opinión del representante del Ministerio Público Fiscal es necesaria para la procedencia de la conciliación, esta debe ser fundada. Pero nuevamente, habrá que analizar la naturaleza del fundamento, las razones por las que un tercero ajeno

⁴⁴ PRIETO, "La conciliación en el Código Procesal Penal Federal: con motivo de un reciente fallo de la Cámara Nacional de Casación", *Tomo: 2021 I El nuevo Código Procesal Penal Federal – I Revista de Derecho Procesal Penal*, Sante Fe, Rubinzal Culzoni, 2021, p. 347.

al conflicto pero en representación de la sociedad, se opone al acuerdo de las partes que tienen un interés concreto y personal en la resolución del problema.

Así, se recurre habitualmente al ya observado interés en la defensa del interés público, que también ha sido rechazado en los siguientes términos: “[L]a postura del fiscal, en cuanto afirma que el interés público perseguido por el Estado es reafirmar la vigencia de las normas, es una opinión que no puede ser considerada como argumento válido y exigible en el marco en que lo plantea ... [D]e la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal, de las resoluciones de ese ministerio y de la Constitución Nacional emana inequívocamente, que una de las funciones del Ministerio Público Fiscal, es representar a las víctimas de delitos, asistiéndolas durante el proceso y teniendo especial consideración con lo que ellas plantean. La razón de política criminal alegada fue teórica y no se justificó [por qué] aplicar ese criterio, en detrimento de otros que contribuyan a asegurar la paz social y componer los conflictos que se generan en la comunidad, de acuerdo a lo previsto en la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal”⁴⁵.

Otro de los fundamentos a los que se recurre también es la existencia de condena anterior del acusado en tanto se considera el desprecio a las normas que evidenciarían los antecedentes condenatorios del imputado, de manera que el Estado dio oportunidades para que enderece su comportamiento y sin embargo, sostenidamente comete delitos, de manera que a la sociedad no puede exigírsele mayores esfuerzos para beneficiar a un sujeto que no comprende los estándares de convivencia social y el respeto de los ajenos⁴⁶.

Pero, también se entendió, por otro lado, que “...la oposición, en consecuencia, debe estar fundada ante todo en casos en que ...podría comprometer la paz social y no al contrario como en este caso, en que la escasa lesividad del hecho delictivo que se le enrostra al imputado, carente de toda violencia (física) impide catalogarlo como siquiera cercano a todo supuesto de afectación de la mentada paz social.” En este caso, además de la reparación económica, el imputado y su familia, a pedido de la víctima, se comprometieron formalmente a encaminar al acusado a un tratamiento curativo y sanador de las adicciones que lo llevaron a desviarse conductualmente⁴⁷.

⁴⁵ TOCC N° 5. “ALIAGA ZAMORA”. CAUSA N° 35722/2017. 25/4/2019.

⁴⁶ CNCas.CCcorr., sala I, 3-9-2020, “Fernández, Javier Arturo y otros /Hurto”, causa 45815/2019/TO1/CNC1.

⁴⁷ Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Nro. 11 de la Capital Federal, causa CCC 48439/2020/TO1, 4-12-2020.

De manera que la política criminal como fundamento de la oposición del Ministerio Público Fiscal a la conciliación es lo suficientemente amplio como para generar decisiones radicalmente opuestas que en definitiva afectarán a los ciudadanos, tanto imputados como víctimas, afectando severamente el principio de igualdad. Ello exige definiciones más precisas que permitan a los operadores judiciales desarrollar una actuación uniforme evitando desequilibrios y desigualdades que en definitiva se sustentarán en el criterio del tribunal que debe decidir, generando la tramitación de recursos y con ello la consecuente extensión temporal de los procesos que era una de las cuestiones que se pretende superar. Estas definiciones serán abordadas en párrafos posteriores.

Ahora bien, queda por analizar en este punto la posibilidad de impugnar la decisión del tribunal si el representante del Ministerio Público Fiscal se opuso a la conciliación, sumándose a la parte querellante.

Conforme los artículos 353 y 355 del CPPF, ambas partes pueden impugnar los sobreseimientos, así como todo aquello que haga imposible que continúen las actuaciones, cuando no hubiese habido dos pronunciamientos en el mismo sentido. Además, el artículo 356 de la norma codificada determina que el sobreseimiento es impugnabile en general, ya sea porque carece de motivación suficiente, se funda en una errónea valoración de la prueba, omite la consideración de pruebas esenciales y/o incurre en una inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal. Asimismo, en el caso de la querrela, por aplicación del artículo 25.1 de la CADH que consagra un derecho de acceso amplio a la jurisdicción, podrían extenderse sus facultades recursivas cuando medie rechazo al acuerdo y esa parte sea, al mismo tiempo, la víctima del presunto delito bajo proceso.

Estas son normas generales aplicables al sobreseimiento al que se llega a través de la conciliación. Sin embargo, la naturaleza del acuerdo conciliatorio exige un análisis más profundo y definiciones normativas más precisas a la hora de generar legitimaciones que en definitiva se constituyen como obstáculos para la vigencia de la autonomía de las partes, para la agilidad del proceso, así como para la solución del conflicto.

Claro que la limitación que se imponga a la fiscalía de impugnar la decisión del juez que homologa un acuerdo conciliatorio deja sin contenido tanto la intervención

del representante del Ministerio Público Fiscal en la audiencia como la razón de la misma, es decir, la representación de la sociedad en el ejercicio de la acción penal. Pero se debe recordar que el rechazo de la conciliación, tanto por parte de la fiscalía como del juez actuante, se circunscribe a las circunstancias expresamente vedadas por las normas del CPPF, por cuanto el primero de ellos tiene la obligación de motivar sus requerimientos (art. 90 CPPF) y velar por la vigencia del principio de legalidad, en tanto el segundo también debe fundar sus decisiones y no podrá suplir la actividad de las partes, debiendo sujetarse a lo que ellas hayan discutido.

Claro que la impugnación no significa que el tribunal superior revocará el acuerdo. Pero esa posibilidad genera incertidumbre para las partes interesadas en la solución y culminación del proceso, así como demoras en producir sus efectos, desnaturalizando el instituto bajo estudio.

LIMITE DE TIPOS.

El artículo 34 establece que "...el imputado y la víctima pueden realizar acuerdos conciliatorios..." en los casos de delitos de contenido patrimonial sin grave violencia sobre las personas o delitos culposos que no ocasionen lesiones gravísimas ni la muerte. En todo caso, el convenio debe ser homologado judicialmente previa "...audiencia con la presencia de todas las partes". Finalmente, el cumplimiento del pacto extingue la acción penal, mientras que su incumplimiento, habilita que tanto el damnificado como el representante del Ministerio Público Fiscal soliciten la reapertura de la investigación.

De acuerdo a los artículos 15 y 16 del Código Civil y Comercial, el elemento característico y diferenciador será la afectación de algún bien susceptible de valor económico, no importando si son materiales (cosas) o inmateriales; de modo que tienen una estimación económica y, por ende, pueden entrar en el comercio o poseer un precio.

En una expresión más concreta "delitos de contenido patrimonial sin grave violencia sobre las personas", refiere a la hipótesis de los delitos contra la propiedad del Título VI del Código Penal y, dentro de éstos, aquellos que se realicen sin ningún tipo de violencia sobre las personas, tales como el hurto, las estafas y otras defraudaciones, el

robo cometido exclusivamente con fuerza sobre las cosas, las extorsiones que no importen intimidación, los daños, etcétera.

Respecto de aquellos que sí impliquen un despliegue de violencia sobre las personas, se ha señalado como pauta interpretativa "la propia reglamentación de las lesiones, que indicará el grado de relevancia de la violencia aplicada por el autor al cometer el hecho"⁴⁸. Así, entonces, respecto de la violencia física ante todo deberá estarse a lo previsto en los artículos 90 y 91 del Código Penal, que regulan las lesiones graves y gravísimas. Respecto de la violencia moral -las amenazas-, parecería en principio más difícil determinar y argumentar la gravedad de la violencia.

También se podrían considerar abarcados por el concepto de grave violencia los robos agravados siempre y cuando su fundamento se refiera a la mayor indefensión de la víctima por el despliegue de un poder ofensivo incrementado del autor del hecho -como el robo en banda o el robo con armas-.

Además, tenemos tipificados otros delitos de contenido exclusivamente patrimonial que podrían considerarse abarcados por el artículo 34, tales como los delitos contra el orden económico y financiero, e incluso delitos contra la administración pública, tales como el cohecho, al menos en lo que excede a la participación de los funcionarios públicos por cuanto el artículo 30 del Código Procesal Penal Federal prohíbe disponer del ejercicio de la acción penal en aquellos casos en los que "...el imputado fuera funcionario público y se le atribuyera un delito cometido en el ejercicio o en razón de su cargo...".

Respecto de esto, se ha señalado que "...el codificador no ha realizado ninguna distinción respecto de la titularidad del patrimonio afectado por el delito, por lo cual, tanto si el patrimonio afectado ha sido de un particular como si pertenece al erario público, la conciliación es pasible de ser utilizada para resolver el conflicto generado con la conducta presuntamente delictiva. Es decir, la conciliación podrá llevarse a cabo tanto ante la afectación del patrimonio de una persona privada (individuo o empresa) como si pertenece al Estado (nacional, provincial o de la CABA)"⁴⁹.

Del otro lado, la Cámara Federal de Casación Penal tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto de la reparación del perjuicio en los casos de delitos contra la

⁴⁸ SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, "La conciliación en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación", en Erreius Online, marzo de 2015.

⁴⁹ SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, "La conciliación en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación", en Erreius Online, marzo de 2015.

administración pública y resolvió que no resulta aplicable a estos casos ya que en ellos se "excede el daño a una víctima concreta que pueda ver satisfechas sus pretensiones a través de una reparación económica [...] en los delitos cometidos contra la administración pública se afectan bienes jurídicos supraindividuales"⁵⁰. En este sentido, se afirma que no puede existir una conciliación con una supuesta víctima cuando la norma tutela bienes jurídicos colectivos o difusos y que por ende no son de titularidad de una persona sino de la totalidad de la comunidad política.

Pero esta interpretación no es uniforme. En el caso de violación de medidas para impedir propagación de epidemia, se estableció que “En ese orden, no puede desconocerse que en casos como el que nos ocupa, se han puesto en juego bienes jurídicos que se encuentran tutelados dentro del capítulo de los delitos contra la seguridad pública, ubicado dentro del título de los delitos contra la seguridad pública, del Código Penal, con lo cual el sujeto pasivo no se trata, en esta oportunidad, de un individuo en particular, sino antes bien, de la comunidad en su conjunto. Por este motivo es que la propuesta [...] de hacer una donación de elementos a organizaciones dedicadas a la asistencia alimentaria y sanitaria de miembros de esta ciudad, resulta pertinente en tanto alternativa destinada a la reparación del perjuicio causado. No puede soslayarse [...] que sin perjuicio que la conducta atribuida al imputado no se tradujo en un daño epidemiológico o material concreto, sino antes bien en una mera desobediencia a las normas dispuestas por la autoridad para evitar la propagación de una pandemia, tal como exige el tipo penal del artículo 205 del C.P., la intervención de los organismos públicos destinados a la persecución penal, así como de todas las instituciones auxiliares de esa tarea (prevención policial, centros médicos asistenciales, organismos provinciales y municipales, etc.), implicaron una efectiva distracción de recursos públicos. De esta manera, resulta posible realizar una mensuración patrimonial del daño provocado por la conducta reprochada, susceptible de ser reparado con la alternativa propuesta por el imputado en la suma de pesos treinta mil...”.

En idéntico sentido, la jurisprudencia ha puntualizado que “...En atención al bien jurídico protegido por la norma legal en análisis, cuando la misma es quebrantada, surge un derecho o interés de incidencia colectiva, que apunta a proteger los intereses de

⁵⁰ CFed.Cas.Pen., sala IV, "Bobbio, Gerardo Andrés", sentencia del 14-11-2018, registro 1731/18.4, consid. 4° del juez Hornos.

los grupos y las comunidades, los cuales tienen garantizado, al igual que la víctima individual, el acceso a la justicia. Ello así, debido a que la protección del derecho no se brinda solamente al interés legítimo y al derecho subjetivo, sino que se advierte que hay fenómenos de la vida colectiva que ponen hoy en juego intereses supraindividuales o colectivos y que deben ser atendidos. Dentro de ellos se encuentra el derecho a la salud.”.

“En estos casos, el titular del interés es el grupo y no un individuo en particular y en ellos puede existir una legitimación difusa en cabeza de uno de los sujetos que integran el grupo (interés difuso), de una asociación que tiene representatividad en el tema (interés colectivo) o del Estado (interés público). En cuanto a la protección de esos intereses, agrega Berizonce que, "una tutela efectiva, y no solo nominal de tales derechos "de incidencia colectiva" requiere permitir y hasta estimular el "acceso" de los representantes (públicos y privados) de aquellos grupos desorganizados, de contornos imprecisos y a menudo difíciles de precisar, admitiendo una suerte de legitimación especial y ampliada para estar en juicio por la totalidad de la clase o categoría del interés difuso que defienden”. Entonces, cuando la lesión se dirige a un colectivo de personas, son las distintas instituciones que las representan quienes se encontrarían facultadas para reclamar en nombre de ellas el daño o peligro que habría producido el hecho ilícito...”⁵¹.

De manera que, aun cuando el contenido patrimonial no surja con claridad, es posible asignarle valor al perjuicio y, por lo tanto, ser susceptible de conciliación y/o reparación integral. Asimismo, en los casos de sujetos pasivos difusos, es posible asignar el carácter de damnificado al grupo o colectivo que representan el interés dañado, tales como ONGs, programas estatales de contención y asistencia.

Otro de los límites normativos vinculados al contenido y naturaleza del injusto, está previsto por el artículo 30 según el cual no procede la disponibilidad de la acción penal cuando apareciere como un episodio dentro de un contexto de violencia doméstica o motivada en razones discriminatorias, ello en consonancia con la Convención de Belem do Pará para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer aprobada por la ley 24.632 del 13 de marzo de 1996 así como el criterio indicado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Góngora” del 23 de abril de

⁵¹ Juzg. Fed. De Belle Ville, en “O., G. Y OTROS s/ VIOLACIÓN DE MEDIDAS - PROPAGACIÓN EPIDEMIA” (Expte. FCB 8305/2020), del 29/12/2020, publicado en <https://www.erreius.com/Jurisprudencia/documento/20210126133701303/violacion-de-medidas-propagacion-de-epidemia-coronavirus-reuniones-sociales-propuesta-de-solucion-reparacion-del-dano>

2013. A ello se suma la ley 26.485 de “Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres”.

La mentada ley en esa inteligencia, en su artículo 9 inc. e) determina el deber del Estado -a través del Consejo Nacional de Mujer- de “...*garantizar modelos de abordaje tendientes a empoderar a las mujeres que padecen violencia que respeten la naturaleza social, política y cultural de la problemática, no admitiendo modelos que contemplen formas de mediación o negociación*”.

Es clara la intención del legislador de apartar este tipo métodos en conflictos de violencia de género, conforme surge del artículo 28 que dispone que: “...*Quedan prohibidas las audiencias de mediación o conciliación*”. En ese orden de ideas, el artículo 16 en sus incisos f y g, establece que las audiencias deben ser separadas bajo pena de nulidad, a fin de evitar la revictimización de quién ha sido justamente, víctima de violencia de género, con el objeto de proteger su intimidad, garantizar la confidencialidad y que reciba un trato humanizado.

En cuanto a los ilícitos motivados por razones discriminatorias, la referencia es la Convención Internacional sobre Eliminación de todas Formas de Discriminación, aprobada por ley 17.722 del 26 de abril de 1968 (art. 75 inc. 22).

Luego, la norma alude a aquellas situaciones incompatibles con el contenido de leyes y convenciones internacionales, de manera que se suman los casos de ilícitos contra menores de edad en función del contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención de Palermo contra la delincuencia organizada transnacional, y en definitiva todas aquellas convenciones incluidas en el bloque constitucional establecido por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

Finaliza el artículo con las instrucciones generales que dicte el Procurador General fundadas en criterios de política criminal, analizado en párrafos anteriores y sobre los cual es conveniente precisar otros aspectos por cuanto, aunque en el sistema acusatorio se delimitan los roles y el fiscal es la parte acusadora, esto no significa que carezca de límites para perseguir o que el cambio de modelo lo convierta en acusador a ultranza.

El principio de objetividad fue ratificado en la ley orgánica que acompañó el nuevo Código federal y en este mismo cuerpo procesal (arts. 91, 95 y 135, inc. a CPPF); consecuentemente continúa vigente y obligatoria la actuación de la fiscalía favorable al imputado cuando corresponda (archivo de la denuncia, instancia de sobreseimiento,

pedido de absolución, entre otros actos en beneficio de la contraparte). Ni la gravedad ni la temática o naturaleza del delito pueden suplir la prueba que la fiscalía debe recabar para acusar. Tampoco las ficciones, puesto que el artículo 20 del Código federal de rito exige que las decisiones judiciales se basen en fundamentación de hecho y derecho sin que pueda ser reemplazada por ficciones legales, expresiones rituales o apelaciones morales.

A su vez, entró en vigor otro principio del Ministerio Público Fiscal que es el de "gestión de los conflictos", por el cual se debe procurar su solución con la finalidad de restablecer la armonía entre los protagonistas y la paz social. Este principio unido al de objetividad da como resultado que en el sistema adversarial la fiscalía debe estar preparada para proponer y aceptar las salidas procesales diferentes de las punitivas, o bien respuestas penales consensuadas.

En armonía con lo expuesto, en el proceso acusatorio la víctima adquiere un protagonismo mayor que en el sistema mixto. Por eso la ley orgánica establece que la fiscalía debe dirigir sus acciones tomando en cuenta los intereses de aquella, a quien deberá brindar amplia asistencia y respeto, proporcionarle información conforme a las normas procesales, procurar la máxima cooperación posible con los querellantes. La satisfacción total o parcial a la pretensión de la víctima no desplaza los principios de objetividad ni de legalidad, por lo tanto, si al fiscal se le presentara el conflicto de cumplir con ese principio en contra del interés de la víctima, debe dar prioridad a la solución que más se adecue a derecho.

El artículo 12 de la ley orgánica establece las funciones y atribuciones de la máxima autoridad, el Procurador General de la Nación, entre otras, las de diseñar y fijar la política de persecución penal que permita el ejercicio eficaz de la acción penal pública e impartir instrucciones de carácter general, que permitan el mejor desenvolvimiento del servicio, optimizando los resultados de la gestión con observancia de los principios que rigen el funcionamiento de este organismo. Las resoluciones e instrucciones generales que dicte el Procurador General de la Nación serán de suma importancia en el formato e impacto que tenga en la práctica el principio de disponibilidad de la acción penal pública, tanto si facilitan su uso con interpretaciones favorables sobre sus alcances o si, por el contrario, se dedican a podar la institución con prohibiciones y límites.

En este marco, la Procuración General de la Nación estableció algunas pautas en la resolución PGN 97/19 que también establece un procedimiento transitorio para aplicar la disponibilidad en el sistema procesal mixto de 1991 hasta su reemplazo por el acusatorio. Así, en el punto III reconoce que la Comisión Bicameral de implementación de la reforma habilitó en todo el país el principio de oportunidad y otras herramientas, pero no hizo lo mismo con el procedimiento específico del control de la decisión del fiscal establecido en los artículos 251 y 252 del CPPF. Por eso reguló un mecanismo de revisión interno que asegura los derechos de las víctimas (arts. 80 y 81, CPPF) por medio de la intervención del Fiscal General ante la Cámara de Apelaciones como fiscal superior que convalide o no la disponibilidad.

Por otra parte, hay instrucciones anteriores de la Procuración General que pueden entrar en pugna con el nuevo modelo procesal. Por ejemplo, la cabeza del Ministerio Público históricamente ha considerado que se debe privilegiar el mantenimiento de la acción penal pública, ordenando a sus representantes que se opongan a la pretensión de declararla extinta (resoluciones PGN 3/86, 25/88, 96/93, 46/07, y resoluciones MP 82/96, 22/01, 104/11). Ahora hay reglas legales que imponen a las fiscalías privilegiar la solución del conflicto, aun cuando conduzca a la extinción de la acción. Lo mismo que con la aplicación de criterios de oportunidad para una mejor y más eficiente gestión de casos. Esta aparente contradicción se puede solucionar con los principios de ley especial y posterior, porque se ha incorporado al sistema una nueva regla que regula sobre una situación particular y distinta (extinción de la acción por disponibilidad de la acción -art. 32, CPPF-).

ASPECTOS PROCESALES.

El formato del proceso penal configurado por la ley 27.063 modificada por la ley 27.482 texto ordenado por Decreto N° 118/2019 permite la conciliación desde la formalización de la investigación, o sea, cuando el Ministerio Público Fiscal le comunica al imputado, en el marco de una audiencia y en presencia del juez, "...el hecho que se le atribuye, su calificación jurídica su grado de participación y los elementos de prueba con que cuenta (artículo 254 primera parte), o durante la audiencia multipropósito que el artículo 330 estatuye para los procesos de flagrancia; y hasta la audiencia de control de la

acusación en la que expresamente se debe tratar la conciliación, entre otras formas alternativas, como una cuestión preliminar (artículo 279).

En los dos primeros momentos procesales mencionados se encuadra típicamente el hecho atribuido al imputado, de manera que sólo allí podrá saberse si en el caso se aplican o no alguno de los requisitos que prohíben la celebración de un acuerdo conciliatorio. En cuanto a la audiencia multipropósito y a la de clausura de procedimiento, ambos para casos de flagrancia, la modificación de la calificación jurídica durante la audiencia de juicio oral y público habilita en esa oportunidad la aplicación del instituto de conciliación.

CONSECUENCIAS

La homologación del acuerdo conciliatorio impacta en la vigencia de la acción penal la que, según el contenido del acuerdo, se extinguirá en un plazo más o menos corto, conforme se cumplan los compromisos asumidos por el imputado, siempre y cuando hayan intervenido todas las víctimas existentes por ese hecho, pues sólo así se podrá sostener que el conflicto penal ha sido efectivamente superado mediante la aplicación del instituto.

Puede ocurrir que lo pactado en la conciliación no haya sido debidamente observado por las personas firmantes de manera que el conflicto penal aún permanece irresuelto y no podrá extinguirse la acción penal ni sobreseer al imputado. En este caso, como manifestación del principio acusatorio establecidos por los artículos 2 y 9 del CPPF, la víctima y/o la fiscalía debe requerir la reapertura del procedimiento que, obviamente, permaneció hasta ese momento reservado a la espera de la verificación del cumplimiento del acuerdo de conciliación celebrado.

Si bien las actuaciones le pertenecen al Ministerio Público Fiscal, su representante deberá presentarse ante el juez interviniente a los efectos de que disponga la reactivación, explicando el motivo por el considera que el acuerdo está incumplido.

Por su parte la víctima puede peticionar la reapertura ante el juez o ante el fiscal. En este último caso, el representante del Ministerio Público Fiscal debe acudir ante el órgano jurisdiccional para canalizar su pedido. También puede la víctima acudir al juez de garantías quien deberá resolver la cuestión con intervención de la fiscalía.

Una tercera situación se registra de carácter temporal y transitiva: hasta que no se acredite el cumplimiento del acuerdo, o en su defecto medie inobservancia, el legajo de investigación deberá permanecer apartado, paralizado, a la espera de la definición de la situación generada por la conciliación. Verificado cualquiera de los dos extremos, la situación decantará hacia el sobreseimiento o la reapertura del proceso, según el caso.

El artículo 267 del CPPF establece que, hasta tanto no se acredite el cumplimiento del acuerdo reparatorio, los plazos de la investigación preparatoria quedan suspendidos. Entiendo que la suspensión de plazos no puede ser ilimitada, y que, habiendo transcurrido el plazo de cumplimiento acordado, deben reiniciarse los plazos a los fines de impulsar la acción penal. De manera que, en aplicación de los principios de la prescripción, si el representante del Ministerio Público Fiscal o la víctima no manifiestan su interés en continuar la persecución penal en un lapso de tiempo determinado (máximo de la escala penal asignada al delito imputado), corresponde se aplique la causal de extinción de la acción por prescripción.

VALORACIÓN

La reforma procesal federal contempló y reguló la conciliación como modo extintivo de la acción penal en el marco de las reglas de disponibilidad, estableciendo los casos de procedencia, los límites a su aplicación, que son los mismos que para todos los mecanismos alternativos previstos en el artículo 30, así como sus consecuencias procesales.

Si bien esta regulación representa un importante reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes para poner fin al proceso penal, se advierte que la naturaleza del acuerdo conciliatorio exige definiciones normativas más precisas a la hora de generar legitimaciones que en definitiva se constituyen como obstáculos para la vigencia de la autonomía de las partes, para la agilidad del proceso, así como para la solución del conflicto en los términos del artículo 22 del CPPF.

Asimismo, los silencios que puedan advertirse en la ley procesal (en cuanto a casos de procedencia, objeto de los acuerdos, modos de cumplimiento) no pueden interpretarse *in malam partem*, por lo que ante la duda debe estarse a la interpretación amplia de la ley, debiendo los tribunales entender la letra de ley desde los derechos y

garantías de los que deben gozar los justiciables y su limitación debe ser excepcional y de aplicación restrictiva.

En este sentido, es relevante recordar que otro de los principios a los que el Ministerio Público Fiscal debe ajustar su actuación es el de "gestión de los conflictos", por el cual se debe procurar su solución con la finalidad de restablecer la armonía entre los protagonistas y la paz social. Atento que este principio también aplica a los tribunales, los jueces deberán acompañar estos acuerdos en tanto se pauten conforme las normas vigentes, sin invocar razones formales o no previstas por la ley para obstaculizar la solución del conflicto.

REPARACION INTEGRAL

El Código Penal prevé la reparación integral del perjuicio como causal de extinción de la acción penal de conformidad con lo previsto en las leyes procesales" (art. 59, inc. 6°).

La ley 27.147 incluyó a la conciliación o reparación integral del perjuicio como causales de extinción de la acción penal, librando su regulación a los ordenamientos procesales; pero no la regula de manera directa dentro de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en los artículos 30 y 31. Sin embargo, la prevé expresamente dentro de las causales de sobreseimiento junto a los demás casos de disponibilidad -criterios de oportunidad, conciliación y suspensión del proceso a prueba- (art. 269, inc. g, CPPF).

NATURALEZA JURIDICA. CONSECUENCIAS.

Cierta doctrina y alguna jurisprudencia considera la reparación integral como una regla de disponibilidad de la acción penal y en consecuencia su aplicación dependerá del consentimiento de la fiscalía. Se afirma que una interpretación armónica de las normas de fondo y de forma permite reconocer que la reparación integral tiene potencialidad extintiva de la acción penal, por lo tanto, es resorte del Ministerio Público Fiscal consentirlo y no se puede conceder ante su oposición (CFCP, Sala IV, 14/11/2018,

"Bobbio"). La fiscalía no podrá prescindir de la acción si, aun habiéndose reparado el daño, median las prohibiciones previstas en el último párrafo del artículo 30 del CPPF (funcionario público, violencia doméstica, etc.), ya que le impiden hacerlo sin distinción de la causa de la disponibilidad (oportunidad, conciliación, etc.)⁵².

En el mismo sentido controversial, se sostiene que la reparación integral como instituto independiente en el que el imputado, sin que sea obligatorio hacer una conciliación con la víctima opinión que como se vio es controvertida, repara completamente el daño y el fiscal dispone de la acción, no ha sido implementada en todo el territorio por la Comisión bicameral. De todas formas, se la puede considerar operativa y vigente por estar prevista en el artículo 59 del C.P. y no necesitar de una reglamentación especial para su aplicación. Por eso ha sido admitida por los tribunales de Casación⁵³.

De manera que, en esta línea, la reparación es uno de los mecanismos por los que la fiscalía puede desistir de la acción penal en aplicación de las reglas de disponibilidad, sin que la víctima ni su opinión sean determinantes en el acuerdo que logre el fiscal con el acusado.

Del otro lado, se analiza la naturaleza jurídica de la reparación del daño en el sistema penal de un Estado, que puede adoptar tres formas claramente definidas. Como menciona Roxin son: la composición privada del conflicto, la incorporación de la reparación como tercera clase de pena, junto a la pena privativa de la libertad y a la multa, y finalmente, establecer un nuevo fin de la pena.

Como composición privada del conflicto surgen críticas y falencias tales como su realización utópica; que exhibe un escaso ámbito de aplicación, ya que se ve limitada a las figuras abarcadas por el marco disponible para la despenalización generando el peligro de que si, el Estado se retira del ámbito de las lesiones más importantes a los bienes jurídicos, no sea más el derecho el que opere, sino el más poderoso, y de que presiones y contrapresiones pongan en peligro la paz jurídica quizás en mayor grado que el hecho mismo⁵⁴. También se advierte que deja un *plus* sin remediar en virtud del escaso valor de prevención general de la solución, en tanto, el autor sepa que devolviendo la cosa intacta o reparando el daño, conseguirá la impunidad, que no

⁵² HAIRBEDIÁN, ZURETA, *La disponibilidad de la acción en el Código Procesal Penal Federal*, editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2020, p. 68.

⁵³ CFCP, Sala IV, 29/8/2017, "Villalobos"; CNCyC, Sala II, reg. 399, 22/5/2017, "Verde Alvan".

⁵⁴ ROXIN, "La reparación en el sistema de los fines de la pena, en *De los delitos y de las penas*, Julio B. J. Maier (comp.), 1992, p. 143.

deberá pagar “sobrepago” por el delito cometido⁵⁵. De manera que conlleva el peligro de regresar al imperio de los poderosos deviniendo en un derecho penal autoritario que refuerza la selectividad del poder punitivo criminalizando a los vulnerables.

La alternativa de incorporar el instituto de la reparación integral como una tercera clase de pena, es el adoptado por los países anglosajones en los que rige el sistema jurídico *common law*, en el cual la reparación del daño amplía el catálogo convencional de penas. Pero se cuestiona el fundamento de este castigo porque se entiende que no puede basarse en la teoría retributiva ya que la reparación significa la renuncia a la retribución. Tampoco puede fundarse desde una teoría de la prevención especial positivo o negativa, ni desde la prevención general negativa, ya que, si el autor de un delito supiera que, en caso de fracasar, solo necesitará restituir el *status quo ante*, cesaría todo riesgo y por la comisión del hecho sólo puede ganar y nunca perder, de manera que no haría desistir a nadie de un plan delictivo a medio camino que promete éxito⁵⁶.

En otro sentido se propone la incorporación del instituto como un nuevo fin de la pena, una tercera vía bajo una teoría compleja de la pena. La reparación no sería una pena, pero constituiría una sanción penal independiente, una tercera vía, junto a la pena y las medidas de corrección y seguridad⁵⁷.

La teoría compleja de la pena denominada “expiatoria – consensual – víctima-justificante - agnóstica” está integrada por cuatro teorías de la pena: 1. la teoría expiatoria; 2. la teoría consensual; 3. la teoría víctimajustificante, y 4. la teoría negativa o agnóstica de la pena. Bajo este prisma la reparación del daño como nuevo fin de la pena encuentra sustento en el arrepentimiento y el consentimiento a reparar por parte del autor del hecho, en la facultad de la víctima a ejercer su reacción dentro del proceso solicitando la reparación del daño, a lo que se suma la solución del conflicto, toda vez que permite la composición entre las partes⁵⁸.

Teniendo en cuenta este análisis, recordamos que la reparación del daño está prevista en el CPPF como causal de sobreseimiento (art. 236) y en el CP como causal de extinción de la acción penal (art. 59 ic. 6) pero no como una forma de disponibilidad de

⁵⁵ MAIER, ¿Es la reparación una tercera vía del derecho penal?, en *El penalista liberal*, Hammurabi, 2004, p. 217.

⁵⁶ ROXIN, “La reparación en el sistema de los fines de la pena, en *De los delitos y de las penas*, Julio B. J. Maier (comp.), 1992, p. 138.

⁵⁷ HIRSCH, *Derecho penal Obras completas*, Rubinzal Culzoni, 2000, t. III, p. 145.

⁵⁸ SUEIRO, *La naturaleza jurídica de la reparación del daño desde una perspectiva penológica, criminológica, dogmática, procesalista y político criminal*, Editorial Di Placido, 2006.

la acción penal por parte del Ministerio Público Fiscal en el artículo 30 del CPPF, por lo que, como propuesta alternativa (y antagónica) a la ensayada al inicio de este título, el instituto bajo examen se exhibe como un mecanismo alternativo de solución de conflicto que emana de la conformidad y acuerdo entre autor y víctima del hecho que será homologado por el juez y en el que la fiscalía no tiene facultades de disponibilidad sobre la reparación del daño. En efecto, el código de forma pone condiciones para la procedencia de la conciliación, pero para la cancelación de la punibilidad por reparación integral del perjuicio, no regula nada.

Por ende, no existe legitimación activa por parte del representante del Ministerio Público Fiscal para participar en el acuerdo de reparación de daño, toda vez que no posee facultades de disponibilidad de la acción penal en estos supuestos. Y Daniel Pastor va más allá y afirma que no existe condicionamiento alguno para su procedencia, pudiendo interponerse indistintamente para cualquier clase de delito o bien jurídico afectado, con la única salvedad que esto sea acordado por la víctima y el autor⁵⁹.

Así las cosas, se afirma que la reparación del daño ha sido incorporada como un nuevo fin de la pena o tercera vía mediante la resolución alternativa de conflictos, pero como causal de extinción de la acción penal. En consecuencia, el instituto en cuestión se presenta como un claro mecanismo de negociación y acuerdo entre el sujeto activo y pasivo del hecho, o bien, la víctima y el autor, en el cual en el caso de obtenerse consenso sobre el monto, forma y modalidad de reparación deberá ser homologado por el juez a cargo de las actuaciones, no siendo de interés público o estatal, y por ende, no formando parte de esta resolución alternativa del conflicto el Ministerio Público Fiscal⁶⁰.

La cuestión no es menor por cuanto adoptar una u otra línea acarrea consecuencias distintas para las partes, en tanto limitará las facultades de actuación de los intervinientes afectando, en especial sus derechos y autonomía aplicando la primera interpretación reseñada. Y a la inversa, la fiscalía verá disminuida su capacidad de ejercicio de la acción penal pública.

Sin perjuicio de sostener en lo personal la vigencia y aplicación de la segunda propuesta, reconozco que las soluciones intermedias son las más aceptadas. No por ello

⁵⁹ PASTOR, *Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 47.

⁶⁰ SUEIRO, "La reparación del daño en el nuevo sistema penal argentino", en *El debido Proceso Penal* 3, 1ª ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 49.

dejaré de señalar que el criterio que otorga protagonismo al Ministerio Público Fiscal a la hora de decidir la reparación del daño, relegando a la víctima, responde a la posición filosófica que se adopta a la hora de aprender y comprender el proceso penal, que es la de enaltecer el poder punitivo estatal para mantener la vigencia de la norma. Ello refleja el profundo enraizamiento de los conceptos del proceso inquisitivo que la ornamentación del mixto no modificó en sus bases, y se advierte en la lectura de cierta doctrina en la que la reforma procesal penal de la ley 27.063 y siguientes, se analiza considerando la medida en que el Estado punitivo debe retraerse, ensayando interpretaciones que diluyan los límites que el legislador fijó en las normas para garantizar la actuación de la víctima y la autonomía de las partes en el proceso penal.

Del otro lado, se intenta correr al Estado del conflicto para que los interesados concretos y reales busquen y encuentren soluciones. En este terreno, los organismos estatales deberían controlar la extensión del daño, que las soluciones son voluntarias y libres, que los compromisos se cumplen.

En una posición intermedia, la fiscalía podría exigir mayores compromisos u obligaciones por parte del acusado, pero sin oponerse al acuerdo al que arribó la víctima. Así, es necesario superar la concepción de la fiscalía como guardián de la vigencia del orden normativo, para analizar, valorar y proponer soluciones sustentables y razonables para todos los intervinientes.

En un apego estricto a la letra de las normas del CPPF, cuando imputado y víctima han dado por superado el conflicto mediante una conciliación y/o reparación integral, pero la fiscalía se niega a renunciar a la acción dando razones válidas (p. ej., no se dan los requisitos legales, media una prohibición), la defensa carece de un remedio para cuestionarlo, porque la decisión de disponer de la acción penal pública es de su titular y por lo tanto no le correspondería a los jueces suplirlo.

Si la negativa o renuencia son evidentemente infundadas o arbitrarias, ya sea porque no se da ninguna explicación (p.e.), el rechazo verbal sin más palabras que un “no” o los motivos invocados son falsos (p.e. que media prohibición legal que no es tal), se podría provocar un análisis interno por parte del Ministerio Público Fiscal acudiendo al superior. En los lugares donde sigue rigiendo el código mixto (ley 23.084 y modif.), el superior es el fiscal general ante la Cámara de Apelaciones (resol. PGN 07/76).

El Código Procesal Penal Federal permite una solución al problema, pero puede resultar algo tardía. Se trata de la posibilidad de plantear nuevamente la cuestión en la etapa intermedia, en la audiencia de control de la acusación, en tanto en esa oportunidad el acusado y su defensa pueden instar el sobreseimiento: proponer reparación, conciliación, la suspensión del juicio a prueba o la aplicación de procedimiento abreviado (art. 279, incs. c y d CPPF); siendo el juez quien al concluirlo "resolverá fundadamente todas las cuestiones" planteadas. Recuérdese que entre las causales por las que el órgano jurisdiccional puede disponer el sobreseimiento están previstas las antes mencionadas (art. 269, inc. g, CPPF), y por lo tanto también será apelable (art. 357 CPPF).

El inconveniente de esta solución es que llega después de un desgaste (realización de toda la investigación preparatoria) que precisamente se busca evitar con la disponibilidad de la acción, por lo que será el criterio de cada representante del Ministerio Público Fiscal el que, en definitiva, determine la vigencia de estos acuerdos. Ello naturalmente, genera un alto riesgo de afectación del principio de igualdad ante la ley y arbitrariedad, que sin perjuicio del control interno que pueda recaer, desnaturaliza el sentido y finalidad del proceso acusatorio adversarial.

DIFERENCIAS CON LA CONCILIACIÓN.

En principio, la conciliación se diferencia de la reparación integral en la medida en que no necesariamente exige la indemnización del daño sufrido, de manera que implica la aceptación -por parte de la víctima- de las disculpas ofrecidas por el imputado, independientemente de la existencia o no de una reparación integral por el daño ocasionado por el delito. De esta manera, entonces, si bien podría concebirse la conciliación sin reparación del daño, no resultaría admisible lo inverso.

Se ha llegado a afirmar que la reparación integral del perjuicio que extingue la acción penal podría darse de manera unilateral y sin que exista un acuerdo de voluntades entre damnificado e imputado⁶¹. En contra de esto, sin embargo, se ha

⁶¹ PASTOR, "La introducción de la reparación del daño como causa de exclusión de la punibilidad en el derecho penal argentino", *Diario Penal*, Columna de Opinión - 11-09-2015, disponible en <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/09/Penal-EPI1-2015-09-11.pdf> (consultado 26/03/2022).

pronunciado la Cámara Federal de Casación Penal, la cual ha sentenciado que “...la reparación integral del daño debe ser racional. De allí que necesariamente requiera una activa participación de la víctima y no puede ser decidida de oficio, sin un consentimiento expreso de aquélla, con lo cual, y pese a la utilización de la disyunción "o" por parte del legislador, resulte muy difícil trazar una frontera tajante con la conciliación, que separe de manera categórica ambos institutos y permita imaginar casos donde el tribunal decida sin escuchar al ofendido”⁶².

De modo que se extinguirá la acción penal sin más en todo caso penal en el cual, cualquiera sea el delito, haya sido reparado integralmente el perjuicio. No puede oponerse a ello una interpretación que pretenda que conciliación, limitada a ciertos casos, y reparación, sin límites de aplicación, son una sola cosa. Son instituciones de la realidad y del Derecho tan distintas que una puede existir sin la otra.

Binder señala que no existe un concepto de reparación civil que sea propio del funcionamiento de la justicia penal y que todo lo que tiene que ver con la definición, alcances y usos de la idea de reparación proviene de los esfuerzos de otras áreas del derecho y los tribunales que trabajan cotidianamente con ese concepto, por lo que la determinación de la reparación del daño corresponde al sistema general de responsabilidad civil y el derecho de daños a su jurisprudencia y doctrina y no a una reflexión propia del derecho penal. El autor agrega que pretender que este derecho se pueda autonomizar del concepto de daño de nuestra legislación y de la protección de intereses que constituye el centro de todo el sistema de responsabilidad civil es desconocer el carácter subsidiario restrictivo y excepcional de la legislación penal. Y advierte que, si bien el artículo 29 del CP establece la posibilidad de ordenar la reparación en la sentencia, ese cuerpo legal no trae normas especiales sobre responsabilidad civil, siendo pacífica la interpretación de que la regla de ese artículo no modifica el sistema indemnizatorio del Código Civil y son sus reglas que se aplican en el campo de justicia penal⁶³.

De manera que la reparación integral remite a un concepto propio del Derecho civil en virtud del cual se restituye la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso ya sea mediante el pago de dinero o bien en especie (art. 1740 del CCyC). Implica

⁶² CNCas.Pen., sala II, “Verde Alva, Brian Antoni”, sentencia del 22-5-2017, registro 399/2017, consid. 5° del voto del juez Sarrabayrouse.

⁶³ BINDER, 2018. IV. 359 y 427, 2018:V,353

una indemnización como resultado del “daño jurídico”, o sea, de aquel que es delimitado por la ley en general, pues ésta no incluye todo daño material y/o moral en virtud de razones de causalidad o de intensidad del interés tutelado, comprendiendo la indemnización “...la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida” (art. 1738 del CCyC). Señala Binder al respecto que no debemos dejar que se filtren aquí los amplios y genéricos criterios de corresponsabilidad de las víctimas que ha sido un modo de postergar reclamos claros en contextos complejos y con zonas grises como usualmente se presenta la vida.

La determinación del contenido del daño suele resultar más sencilla cuando se trata del que tiene naturaleza material (p. ej. en el patrimonio), a diferencia del daño moral, difícil de cuantificar (y a veces imposible de reparar, como la muerte de un ser querido). La valoración del daño "significa determinar el perjuicio mismo, material o moral precisando la entidad de la lesión, el interés o bien jurídico menoscabado, sus características nocivas, cuánto tiempo han subsistido, si han empeorado o aminorado, etc..

Hay discrepancias sobre si es lo mismo reparación "plena" que "integral". El perjuicio completo por indemnizar no siempre se corresponderá con la totalidad de los daños realmente sufridos; esto será con los alcances y límites que establece el ordenamiento jurídico. Con base en esta distinción, se ha señalado que "reparación plena" es aquella que se corresponde con la "plenitud propia de todo ordenamiento jurídico" (consecuencias inmediatas y mediatas previsibles art. (1726, CCyCN-): en tanto que en la "integral" el "contenido es mayor y abarcaría otras consecuencias como las casuales y aun las remotas si fueran indemnizables" ⁶⁴.

En otra postura, los términos "plena" y la "integral" se tratan como equivalentes. La Corte Suprema, que asigna a la reparación plena raigambre constitucional, la conceptualiza como aquella que "con los recaudos que exige el ordenamiento, alcance el estándar de una tutela efectiva de la víctima frente al daño

⁶⁴ VERNETTI, “La reparación plena del art. 1740 del Código civil y comercial de la Nación Argentina. Apreciaciones en materia ambiental. Análisis Crítico de su aplicación a los derechos de incidencia colectiva”, .

injustamente sufrido y, particularmente, en lo que atañe al quantum de la reparación, represente una extensión congruente con la entidad del perjuicio acreditado". Reconoce que ese tribunal "a lo largo del tiempo, ha empleado indistintamente las expresiones reparación integral', 'reparación plena' o reparación integral, como nociones equivalentes que trasuntan, en definitiva, el imperativo constitucional de la reparación del daño, que no es otro que restituir, con la modalidad y amplitud que establece el ordenamiento, la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso"⁶⁵.

En consecuencia, la reparación integral que habilita la disposición de la acción penal requiere la completa satisfacción del perjuicio ocasionado por el delito. Si la víctima considera que lo ofrecido por el imputado constituye una enmienda total, se podrá hacer cesar la acción penal por la causal de "reparación integral". Lo mismo si los órganos judiciales determinan que tiene ese carácter. Si el damnificado justiprecia que la reparación recibida no es completa (p. ej. la aseguradora pagó una indemnización con el límite de la póliza; o el imputado abonó lo máximo que pudo), pero quiere dar por superado el conflicto, igualmente se podrá extinguir la acción penal por reparación.

Tal como se analizó en el caso de la conciliación, cabe referir que, si varias personas participan en la producción del daño que tiene una causa única, se aplican las reglas de las obligaciones solidarias; si la pluralidad deriva de causas distintas, se aplican las reglas de las obligaciones concurrentes (art. 1751 CCyCN). En tanto que, desde el punto de vista civil, el encubridor responde en cuanto su cooperación ha causado daño.

En caso de pluralidad de víctimas, se requerirá del consentimiento de la conciliación o reparación integral de todas si se trata de un único hecho (p. ej., lesiones culposas causadas a tres personas por una maniobra imprudente).

En cambio, si los hechos son independientes (concurso real art. 55, C.P.) puede haber conciliaciones parciales (p. ej., en varias estafas o robos).

Señala la casación federal que "la reparación será integral cuando objetivamente aparezcan satisfechas las demandas materiales de la víctima y cuando subjetivamente se logre satisfacer a todas las personas afectadas por el hecho: solo en este caso podrán considerarse cumplidos los objetivos de la norma y contribuir a la paz social,

⁶⁵ CSJN, 10/8/2017, Fallos, 340:1038, "Ontiveros c/Prevención ART y otros s/accidente" voto del Dr. Lorenzetti.

y por lo tanto para extinguir la acción penal debe "citarse todas las víctimas del hecho a participar de la audiencia"⁶⁶.

Si la mayoría de las víctimas concilian y alguna no quisiera hacerlo, excepcionalmente podría extinguirse la acción penal si la persona convocada evidencia desinterés en participar, en el resultado o dio por superado el conflicto, y el hecho en su perjuicio aparece menor o insignificante y no presentó reiteraciones (así lo admitió el TOCF N° 1 Córdoba, 25/7/2019, en "Fittipaldi"), porque en tal caso se satisface el interés de las víctimas activas y se verifica que dejó de haber conflicto que amerite la respuesta penal.

Si el acusado reparara el daño en un caso que no permite disponer la acción penal, puede ser un elemento importante para atenuar la pena al momento de la individualización, porque se trata de una actitud positiva posterior al delito.

Si hubiese recaído sentencia condenatoria firme, la reparación posterior impide modificarla porque tiene el carácter de cosa juzgada y la situación no encuadra en ninguna de las causales de revisión (art. 366, CPPF).

VALORACION.

la reparación del daño está prevista en el CPPF como causal de sobreseimiento (art. 236) y en el CP como causal de extinción de la acción penal (art. 59 ic. 6) pero no como una forma de disponibilidad de la acción penal por parte del Ministerio Público Fiscal en el artículo 30 del CPPF, por lo que, como propuesta alternativa (y antagónica) a la ensayada al inicio de este título, el instituto bajo examen se exhibe como un mecanismo alternativo de solución de conflicto que emana de la conformidad y acuerdo entre autor y víctima del hecho que será homologado por el juez y en el que la fiscalía no tiene facultades de disponibilidad sobre la reparación del daño. En efecto, el código de forma pone condiciones para la procedencia de la conciliación, pero para la cancelación de la punibilidad por reparación integral del perjuicio, no regula nada.

Por ende, no existe legitimación activa por parte del representante del Ministerio Público Fiscal para participar en el acuerdo de reparación de daño, toda vez

⁶⁶ CFCP. Sala IV. 29/8/2017, "Villalobos", votos de los Dres. Borinsky y Hornos.

que no posee facultades de disponibilidad de la acción penal en estos supuestos. Sin embargo el artículo 269 del CPPF prevé la facultad de solicitar el sobreseimiento por reparación, lo que deja abierta la posibilidad de evitar la acusación si la fiscalía acepta la reparación integral.

El instituto en cuestión se presenta como un claro mecanismo de negociación y acuerdo entre el sujeto activo y pasivo del hecho, o bien, la víctima y el autor, que será expuesto ante el juez en la audiencia de control de la acusación, quien podrá declarar extinguida la acción penal y consecuentemente el sobreseimiento del acusado, aún mediando oposición de la fiscalía que, por su parte, podría impugnar conforme la regla general prevista por el artículo 357 del CPPF.

Teniendo en cuenta que la legislación establece la conciliación y reparación integral como forma de extinguir la acción penal en forma amplia, su instrumentación constituye un desafío para los operadores que deberán analizar en cada caso particular la procedencia de estos mecanismos de justicia restaurativa. La jurisprudencia es un vasto espacio para incursionar y advertir que, si bien las circunstancias son siempre distintas, los fundamentos que habilitan su aplicación remiten a principios y garantías de derechos humanos, a normativa vigente, a la solución de conflictos sociales dirigidos al restablecimiento de la armonía de los involucrados y la paz social.

Sin embargo, hay disparidad y a veces antagonismo en las decisiones judiciales que generan riesgos de arbitrariedad y desigualdad. Esta situación reclama mayores precisiones para que todos los actores conozcan los alcances y efectos de estas modalidades de conclusión del proceso penal, sin verse sorprendidos por interpretaciones arbitrarias y subjetivas.

SUSPENSION DEL PROCESO A PRUEBA.

Este instituto está contemplado como un principio de disponibilidad reglado en el que intervienen: la víctima que pretende se repare el daño sufrido en la medida de lo posible, el acusado que intentará evitar someterse al juicio y una eventual sentencia condenatoria, el servicio de administración de justicia que descomprime la carga laboral

destinando recursos a asuntos y casos de mayor gravedad, y la sociedad en general que integra a la comunidad a personas sometidas a proceso penal⁶⁷.

NORMATIVA.

Esta alternativa se introdujo en el artículo 76 bis del CP para evitar condenas de prisión de corta duración en casos de delitos sancionados con montos de pena relativamente bajos, fijando a los procesados el cumplimiento de determinadas condiciones, que una vez observadas, extingue la acción penal.

El artículo 76 bis del CP regula las condiciones para la aplicación del instituto, el artículo 76 ter habla de cómo deberá aplicarse y las consecuencias que acarreará, y el artículo 76 quater se ocupa de los efectos que impactan en otras ramas del Derecho. Ahora bien, el artículo 76 del CP, sustituido por el art. 4 de la ley 27.147, dispone que la suspensión del juicio a prueba se regirá de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes, y ante la falta de regulación total o parcial, se aplicarán las disposiciones de este título. De manera que las normas indicadas (art. 76 bis, 76 ter y 76 quater) sólo regirán cuando el código procesal aplicable al caso no haya previsto ninguna clase de regulación para este instituto.

Esto significa que el actual artículo 35 del CPPF hace inoperativas las normas del CP referidas a la suspensión del proceso a prueba. Lo que puede verse como una doble regulación del sistema recibió observaciones tales como la validez de la delegación de competencia del legislador federal al local y la cuestión de determinar los alcances de una “falta de regulación parcial” de esta institución sustantiva por parte del legislador procesal⁶⁸.

Respecto al primer asunto, se analiza si la *probation* es un instituto que hace al Derecho de fondo y por ende ajeno a las competencias que las provincias reservaron para sí mismas, entonces no es posible que ellas regulen este mecanismo mediante códigos procesales. Si bien la respuesta no es clara y deja ver cierta desprolijidad en la

⁶⁷ VITALE, *Suspensión del proceso a prueba*, 2º ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 49.

⁶⁸ PASTOR, *Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2015.

técnica administrativa, lo cierto es que el Congreso nacional es el único facultado para regular esta materia, más allá de que la incluya en un Código de fondo o de rito.

En cuanto a la regulación parcial del instituto en el CPPF, rige la regla del artículo 76 del CP, y entre ambos cuerpos normativos debe aplicarse el primero de ellos. Y frente a diferencias entre lo establecido por uno y otro, prevalece lo dispuesto por el CPPF por haber sido sancionado con posterioridad, sin perjuicio de su regulación en un Código de forma. Asimismo, podrá aplicarse el artículo 76 del CP si el hecho imputado se cometió antes de la entrada en vigencia del artículo 35 del CPPF, conforme el principio de legalidad (art. 18 CN) del cual deriva la ultraactividad de la ley penal más benigna.

GENERALIDADES.

La suspensión del proceso a prueba es una de las formas operativas del principio de oportunidad procesal reglado, y como tal, prevista por la ley y sujeta al control judicial de legalidad formal. El artículo 30 del CPPF en su inciso d. determina que se trata de un supuesto de disponibilidad de la acción penal pública por parte del Ministerio Público Fiscal mediante el cual se intenta superar el conflicto penal. La aplicación exitosa del instituto producirá la extinción de la acción penal, conforme lo fija el inciso 7° del artículo 59 del CP; siendo su consecuencia el sobreseimiento de la persona sometida a este mecanismo (art. 269 CPPF).

La resolución podrá ser impugnada por la querrela y por la fiscalía (arts. 353 y 55 del CPPF). Además, el artículo 356 del CPPF dispone que el sobreseimiento es impugnable en general, porque carece de motivación suficiente, sea porque se funda en una errónea valoración de las pruebas esenciales y/o incurre en una inobservancia o errónea aplicación de una norma.

El artículo 35 del CPPF prevé en su primer inciso los supuestos generales que permiten la aplicación de este instituto, luego en el segundo, tercero y último párrafo legisla la situación del imputado extranjero. El cuarto, quinto y sexto párrafo fija aspectos formales y de instrumentalización, en tanto el séptimo y octavo párrafo señalan quién y cómo debe realizarse el control de las reglas de conducta impuestas. El anteúltimo párrafo de la norma bajo estudio prevé la situación de incumplimiento de las condiciones establecidas en el proceso para la aplicación del instituto.

SUPUESTOS DE PROCEDENCIA.

La norma señala tres casos de aplicación de la suspensión del proceso a prueba:

1) Cuando el delito prevea un máximo de pena de tres (3) años de prisión y el imputado no hubiere sido condenado a pena de prisión (con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada) sin importar el monto de ese castigo; o hubieran transcurrido cinco (5) años desde el vencimiento de la pena, es decir, desde el momento en que se agotó su sanción.

Como puede apreciarse, parte del supuesto inicial coincide con lo establecido por el primer párrafo del artículo 76 bis del CP, ya que allí también se fija como límite para conceder este instituto un monto máximo de tres años de prisión o reclusión.

Pero en la nueva versión se omitió la referencia al caso de concurso de delitos, lo que podría interpretarse como la posibilidad de conceder este mecanismo en forma separada para cada uno de los delitos imputados siempre que sus escalas penales no superen los tres años de prisión en forma individual, más allá de que las reglas del concurso real (art. 55 primer párrafo del CP) impondría un monto de sanción mayor.

Sin perjuicio de ello, la cuestión quedará sujeta a la valoración del fiscal ya que el acuerdo debe presentarse en forma conjunta por el imputado y la fiscalía ante el juez.

2) Otro supuesto contemplado por el CPPF es aquel en el que el delito está sancionado con una pena en abstracto superior a los tres (3) años de prisión, pero las circunstancias del caso permitan dejar en suspenso el cumplimiento de la eventual condena a imponer.

Para considerar este supuesto, es necesario recordar que el artículo 26 del CP establece que la condena podrá dejarse en suspenso cuando (a) se trata de la primera condena a pena de prisión (salvo que la segunda condena sea por un nuevo delito cometido después de ocho (8) años de haberse dictado la primera sentencia condenatoria que luego quedó firme o, si ambos delitos fueron dolosos, hubieren transcurrido diez (10) años desde aquella decisión judicial); (b) que la condena a pena de prisión sea a tres (3)

años o menos; (c) que la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza de los hechos y otras circunstancias demuestren la inconveniencia de aplicar en forma efectiva la pena. Todo ello sumado a que el imputado cumpla determinadas condiciones.

La razón de ello radica en la “demostrada imposibilidad de alcanzar en tan breve lapso de prisión el fin de prevención especial positiva que informa el artículo 18 de la Constitución Nacional”⁶⁹.

La nueva norma no es idéntica al cuarto párrafo del artículo 76 bis del CP que establece que “Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio.”. El artículo 35 del CPPF zanjó la problemática surgida de diversas interpretaciones que generaron dos corrientes antagónicas. La tesis restrictiva sostenía que el cuarto párrafo imponía una condición adicional para el otorgamiento del instituto, en tanto suponía que sólo era procedente en casos en que el delito incriminado preveía una pena máxima inferior a tres años y, además, permitía la condenación condicional en el caso concreto. Por su parte la tesis amplia, entendía que el cuarto párrafo del artículo 76 del CP contemplaba una hipótesis diferente a los anteriores párrafos, habilitando la suspensión del proceso a prueba cuando el máximo de la pena a imponer era inferior a tres años de prisión, según el primer y segundo párrafo, y también cuando la condena eventualmente aplicable pudiera ser de ejecución en suspenso, siempre que, en este último caso, se cuente con el consentimiento fiscal.

Pero la CSJN ya había optado por la tesis amplia en el precedente “Acosta” del 23-4-2008. Sin embargo, la reforma soslayó una significativa referencia del máximo tribunal en tanto “...de acuerdo con el artículo 35 del CPPF la suspensión no es legislada como un derecho del imputado, sino como una herramienta propia del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público Fiscal. De allí que se exija un acuerdo entre éste y el imputado.”⁷⁰.

De manera que el inciso b habilita la suspensión del proceso del artículo 35 del CPPF cuando la escala penal supere los tres (3) años de prisión y, al mismo tiempo,

⁶⁹ CSJN causa “Squilaro, Adrián”, S.579.XXXIX, rta. El 8-8-2006.

⁷⁰ DARAY (Dir.), Código Procesal Penal Federal, Análisis doctrinal y jurisprudencial, t. 1., Artículos 1º-181, 2ª ed., 3ª reimpr., Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 167.

las circunstancias del caso permitan suponer que la eventual penal no será de cumplimiento efectivo.

3) También resulta aplicable el instituto bajo estudio “cuando proceda una pena no privativa de la libertad”, es decir, penas de multa o inhabilitación.

La multa consiste en la obligación judicial de abonar una suma de dinero que determina la sentencia condenatoria con una clara finalidad retributiva por el delito cometido. Ello la distingue de la multa reparatoria y de la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito a través de las cuales se busca reparar el daño causado o privado por la infracción. Por su parte la inhabilitación importa una restricción al ejercicio de una acción o derecho destinada a combatir la peligrosidad del autor expuesta en un ámbito determinado, de manera que esta pena aparece vinculada con la actividad en cuyo ejercicio se valió para cometer el injusto. Cabe mencionar que la inhabilitación impacta sobre los ingresos económicos del autor evidenciando su naturaleza retributiva.

La previsión del artículo 35 en el inciso c del CPPF difiere con lo establecido respectivamente por el quinto y octavo párrafo del artículo 76 bis del CP en tanto disponen que “...Si el delito o algunos de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente.” y que “Tampoco precederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación.”.

La norma que regula el instituto en el nuevo código de forma no efectúa ninguna aclaración respecto a los casos de delitos sancionados con pena multa en forma conjunta o alternativa a la prisión, por lo que se interpreta que el legislador ha querido permitir el acceso al instituto cuando el delito aparezca reprimido únicamente con pena de multa. Así se superan los debates originados sobre la posibilidad de conceder la suspensión del proceso debiendo abonar siempre el monto mínimo de la multa cuando la sanción se preveía en forma conjunta o alternada con la pena de prisión, como lo establece el artículo 76 del CP.

Otra modificación radical que introduce la noma ritual es la posibilidad de conceder la suspensión de proceso a prueba cuando la sanción prevista para el delito imputado sea sólo la inhabilitación superando discusiones relativas a la prohibición de aplicar el instituto a delitos reprimidos exclusivamente con esta sanción o si la veda

incluía todo injusto que contemplara la inhabilitación como pena única, conjunta o alternativa. Podría afirmarse que la nueva regulación está dirigida a casos en los cuales no existiría condena a una pena privativa de la libertad de efectivo cumplimiento, lo que haría irrazonable no conceder este instituto en delitos que contemplen penas conjuntas o alternativas de multa y/o inhabilitación con la prisión.

Por ello se sostiene que el legislador reglamentó fórmulas de disponibilidad de la acción justificadas en la inexistencia de una amenaza de prisión si el avance del proceso concluye en condena, sea porque el delito no la prevea, sea porque se supone que, de dictarse, su ejecución será en suspenso.

Luego de los supuestos y condiciones de procedencia, el artículo contempla la situación de una persona extranjera cuando haya sido sorprendida en flagrancia de un delito (art. 217 del CPPF), que prevea pena privativa de la libertad cuyo mínimo no fuere superior a tres (3) años de prisión. La aplicación del trámite previsto en este artículo implicará la expulsión del territorio nacional, siempre que no vulnere el derecho de reunificación familiar. La expulsión dispuesta judicialmente conlleva, sin excepción, la prohibición de reingreso que no puede ser inferior a cinco (5) años ni mayor de quince (15).

Se trata de una situación que no está prevista en el código de fondo y lleva implícita la expulsión del país del ciudadano extranjero con prohibición de reingreso. Esto generó polémica en la doctrina al considerarse que se trata de una verdadera pena regulada por el CPPF, un agravante fundado en discriminación.

De todas maneras, la norma deja a salvo el derecho de reunificación familiar toda vez que ésta se antepone a la posibilidad de expulsión. El derecho de reunificación familiar se refiere al derecho de los migrantes a mantener la unidad de su familia, por lo que podría reunir consigo a determinados parientes en el país al que ha sido desplazado.

El fundamento de la reunificación se encuentra en la prohibición de injerencias arbitrarias en la vida familiar y la intimidad familiar, un derecho reconocido por la Declaración Universal de Derechos Humanos y tratados internacionales como la Convención de los Derechos del Niño, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, la Carta Social Europea, el Convenio europeo de Derechos Humanos. En principio, los familiares beneficiados del derecho son el cónyuge y los hijos dependientes menores de edad,

aunque, hubiera sido útil que se regulase si también sería extensible a la pareja de hecho y a los ascendientes u otros familiares a cargo, tal como lo considera el art. 4° de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, que dice: “A los efectos de la presente Convención, el término ‘familiares’ se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate”⁷¹.

Asimismo, el artículo 10 de la ley 25.871 que en nuestro país regula las migraciones, establece que “el Estado garantizará el derecho de reunificación familiar de los inmigrantes con su padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes”; y la Disposición 4880/2015 de la Dirección Nacional de Migraciones (B.O. del 13-10/2015) reconoce con efectos jurídicos análogos al matrimonio a los fines de la admisión, los casos de extranjeros que acrediten unión convivencial con nacional argentino o con ciudadano extranjero radicado permanente o temporario en el país, inscripta en el registro que corresponda a la jurisdicción local.

Señala la doctrina que está claro que, en caso de que se disponga la expulsión del país de la persona extranjera, difícilmente puedan imponérsele reglas de conducta ya que se cumplimiento resultará de muy difícil o imposible verificación. Es por ello que en los supuestos en los que se aplique el instituto con la expulsión del país de la persona extranjera, las condiciones se sujetarían principalmente a la reparación del daño en la medida de lo posible, pago de la multa en caso de corresponder, abandono en favor del Estado de los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso de que recayere condena (art. 76 bis CP), y por supuesto, el control de la prohibición de reingreso al país por el tiempo estipulado, lo que estará a cargo de las autoridades migratorias luego de las comunicaciones pertinentes⁷².

Ahora bien, a partir de lo establecido por el último párrafo del artículo 35 del CPPF, esto es que los extranjeros en situación regular sí podrán solicitar la aplicación de

⁷¹ MONTELEONE, “Reglas de disponibilidad de la acción en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación”, *Revista Derecho Penal, Año IV, N° 10*, Octubre de 2015, Ediciones Infojus, pág. 119.

⁷² HAIRBEDIÁN, ZURETA, *La disponibilidad de la acción en el Código Procesal Penal Federal*, editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2020.

una regla de conducta en el país, surgieron diferentes interpretaciones. Por una parte, Daniel Pastor sostuvo que, al hablarse previamente de vulneración al derecho de reunificación familiar como excepción a la expulsión del país, la disposición del artículo 35 *in fine* del CPPF sería viable sólo para estos casos en los cuales esté comprometido ese derecho⁷³.

A su vez Daray advierte que el extranjero en situación regular podrá solicitar y obtener la aplicación de la suspensión del proceso a prueba, con prescindencia de si fue sorprendido o no en flagrancia. Sin embargo, el que está en situación irregular y hubiese sido sorprendido en flagrancia queda sujeto a las condiciones del segundo párrafo del artículo 35 del CPPF, que el autor identifica como pacto de expulsión.

Es necesario advertir que el derecho a la reunificación no está atado a la condición de regular o irregular del extranjero, pero cabe aclarar que la persona foránea en situación irregular puede no ser expulsada por su derecho a la reunificación familiar y no por ello regularizaría su condición, de manera que no podría pedir cumplir las reglas de conducta en el país. Así se presenta una situación que no está resuelta por la normativa ya que el extranjero irregular que no podría ser expulsado por su derecho de reunificación familiar pero tampoco podría cumplir las reglas de conducta en el país.

En el caso del imputado extranjero en situación regular podrá observar las reglas de conducta en el país, con independencia de que medie o no una afectación a su derecho a la reunificación familiar, y podría solicitar la suspensión del juicio a prueba en cualquiera de los cuatro supuestos mencionados por el artículo 35 del CPPF, es decir las tres hipótesis del primer párrafo y la consignada en el párrafo siguiente.

Asimismo, se advierten otras diferencias entre lo regulado por el artículo 76 bis del CP y el artículo 35 del CPPF. Así, este último no limita textualmente la concesión del instituto a los delitos de acción pública como si lo prevé la norma de fondo. Pero es una omisión razonable teniendo en cuenta que en el CPPF la suspensión de proceso a prueba es una regla de disposición de la acción penal para la fiscalía que es titular de la acción pública, por lo que su agregado sería redundante.

⁷³ PASTOR, *Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2015.

El tercer párrafo del artículo 76 bis del CP exige que se le ofrezca a la víctima una reparación del daño en la medida de lo posible, lo que no está contemplado en el CPPF. Sin embargo, tal reparación podrá ser parte del acuerdo suscripto con la fiscalía atento que la víctima debe ser convocada a la respectiva audiencia.

En el mismo sentido, el artículo 35 del CPPF nada dice, pero puede ser incluido en el acuerdo, el abandono en favor del Estado de los bienes que podrían ser decomisados en caso de condena (art. 76 bis sexto párrafo CP).

SUPUESTOS DE IMPROCEDENCIA.

Uno de los casos de inaplicabilidad de la suspensión del proceso a prueba es cuando “un funcionario público en ejercicio de sus funciones hubiese participado en el delito”. Así lo prevé el artículo 76 bis del CP y la prohibición continúa vigente conforme el artículo 30 del CPPF que en el último párrafo establece los límites a la disponibilidad de la acción penal y, por lo tanto, para la procedencia de la suspensión del proceso a prueba. Sólo para recordarlos ya que fueron tratados en párrafos anteriores, son los supuestos en que el hecho ocurrió en un contexto de violencia doméstica o motivada en razones discriminatorias o que resulten incompatibles con previsiones de instrumentos internacionales, leyes o instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal fundadas en criterios de política criminal.

Otra de las prohibiciones que contempla el artículo 76 bis del CP es respecto de los delitos reprimidos por las leyes 22.415 y 24.769 y sus respectivas modificaciones. La redacción de la norma no aporta indicios de interpretación suficientes para analizar el tema ya que simplemente se limita a plasmar la prohibición.

Este párrafo fue introducido en el CP con la ley 26.735. En el debate parlamentario de esta norma surgen referencias sólo a los delitos de evasión fiscal sin que en las discusiones legislativas se aluda a los fundamentos de esta restricción para los imputados de delitos aduaneros. Por ello, se afirma que al no haberse distinguido el bien jurídico tutelado por el delito de contrabando en esta restricción, además de la arbitrariedad que ello implica se advierte la desigualdad ante la ley. Se enfatiza en la obligación constitucional de los poderes públicos de fundamentar debidamente sus decisiones, sobre todo cuando importan restricciones a derechos constitucionales

reconocidos⁷⁴. Por ello, parte de la jurisprudencia nacional entendió que la diferenciación que el legislador estableció respecto a los imputados de delitos tributarios en orden a la suspensión del juicio a prueba no reconoce fundamento suficiente para justificar tal distinción para los ilícitos previstos por la ley 22.415.

En efecto, no resulta exactamente igual el tratamiento legislativo con respecto a los delitos tributarios ya que estos sí fueron abordados en el debate parlamentario resaltando principalmente la naturaleza de este tipo de delitos y las consecuencias que acarrearán a las arcas del Estado. En efecto, la ley 24.769 que modificó la ley 23.771 y a su vez, fue modificada por la ley 26.735 que introdujo la restricción bajo análisis. Finalmente, el régimen penal tributario fue derogado por la ley 27.430 que en su artículo 279 aprobó la nueva regulación de la materia, pero sin modificar el último párrafo del art. 76 bis del CP.

Todas las normas mencionadas intentan tutelar la hacienda pública en el sentido de preservar la percepción de los tributos y su posterior redistribución con fines sociales. La idea central es asegurar el correcto funcionamiento del sistema impositivo y evitar la falta de recursos que provoca la evasión fiscal. De manera que no se trata de un exclusivo propósito de recaudación, sino que se orienta a un objetivo de significativo contenido social, cuya directriz es la sujeción a las leyes fiscales como medio para que el Estado pueda cumplir sus fines de bien común. En ese marco, el legislador previó soluciones alternativas y no punitivas, permitiendo extinguir la acción penal cuando el interesado ajustara su conducta a los fines considerados por la ley, esto es, cumpliendo su obligación tributaria en tiempo oportuno.

La intención de priorizar esta modalidad propia y exclusivamente fijada para los delitos tributarios se ratifica en las sucesivas modificaciones legislativas. Así, la publicada en el Boletín Oficial el 29-10-2017 en la ley 27.430 establece que “En los casos previstos en los artículos 1º, 2º, 3º, 5º y 6º la acción penal se extinguirá, si se aceptan y cancelan en forma incondicional y total las obligaciones evadidas, aprovechadas o percibidas indebidamente y sus accesorios, hasta los treinta (30) días hábiles posteriores al acto procesal por el cual se notifique fehacientemente la imputación penal que se le formula. Para el caso, la Administración Tributaria estará dispensada de formular denuncia penal cuando las obligaciones evadidas, aprovechadas o percibidas

⁷⁴ LOZADA, “La suspensión del juicio a prueba en delitos tributarios y aduaneros. Inconstitucionalidad del art. 19 de la ley 26.735”, *ED*, 267-1, 2016.

indebidamente y sus accesorios fueren cancelados en forma incondicional y total con anterioridad a la formulación de la denuncia. Este beneficio de extinción se otorgará por única vez por cada persona humana o jurídica obligada.”.

La actual versión del artículo 16 limita esta modalidad alternativa de solución del conflicto propia del régimen penal tributario a los delitos de evasión tributaria y de recursos de la Seguridad Social y aprovechamiento indebido de beneficios fiscales, excluyendo los demás ilícitos previstos en la norma. Ello permite interpretar que a los injustos excluidos podría aplicarse la suspensión del proceso a prueba ya que el mecanismo alternativo de extinción de la acción penal no está habilitado para ello. Sin embargo, el artículo 76 bis del CP no distingue conductas y la prohíbe para los ilícitos previstos por la ley penal tributaria.

Disiento con la interpretación que afirma la aplicabilidad de la suspensión del proceso a prueba para delitos tributarios fundados sólo en la derogación de la ley 24.769, en tanto se presenta como una solución reduccionista que omite considerar la previsión normativa de “sus respectivas modificaciones” que prevé el último párrafo del art. 76 bis del CP. En efecto, esta referencia remite necesariamente a la ley que regula el régimen penal tributario independientemente su número ya que el fundamento de la prohibición es la naturaleza de los ilícitos que esta norma sanciona.

Frente a la nueva redacción del artículo 16 del régimen penal tributario que limita la solución alternativa del conflicto penal a seis figuras típicas, y el último párrafo del art. 76 bis del CP que contiene una restricción amplia para todos los ilícitos del régimen, entiendo que esta última limitación queda sin efecto por dos consideraciones. La primera relativa al principio de igualdad y razonabilidad que se afectaría si acusados de delitos tributarios graves pueden acceder a una salida alternativa del proceso y evitar el juicio, y quienes resulten acusados de figuras menos gravosas se ven impedidos de ello por aplicación de la limitación amplia del artículo 76 bis del CP. La segunda se vincula con la especificidad de la nueva norma, y si bien la previsión del CP cita el régimen penal tributario, estimo que la vigencia de la ley 27.430 limitando la solución alternativa especial para estos delitos a determinadas figuras típicas, las demás quedan excluidas de la restricción siendo posible la aplicación del instituto para ellas. De manera que la previsión del artículo 76 bis último párrafo del CP queda inoperativo en tanto sería posible suspender el proceso a prueba en los supuestos de delitos tributarios, salvo los reprimidos

por los artículos 1, 2, 3, 5 y 6 del régimen penal tributario a los que se aplicaría el previsto en la ley especial.

ASPECTOS PROCESALES.

La norma procesal dispone que el imputado debe proponer un acuerdo al fiscal para suspender el proceso a prueba durante la etapa de la investigación preparatoria, siendo la audiencia de control de acusación el último momento para hacerlo (art. 279 CPPF). La propuesta de este mecanismo está prevista como una cuestión preliminar que puede invocar el acusado y su defensa, aunque esa solicitud ya debe contar con el aval previo de la fiscalía. Si en la audiencia de debate hubiere un cambio de calificación jurídica, se prevé como excepción solicitar el instituto en este momento.

El someterse a una suspensión del proceso a prueba o su consentimiento por parte del acusador, implica en todos los casos una estrategia en el marco del proceso penal. Son muchas las situaciones que motivan a quien es sometido al proceso penal a solicitar una suspensión del proceso a prueba: creencia de que no podrá vencer en caso de ir a juicio y obtener una absolución, desinterés por continuar produciendo prueba que no marcará una diferencia en relación a su estrategia en el posible juicio, conocimiento sobre la posición que tienen los jueces que resolverán en caso de ir a juicio y que la misma sería adversa a sus intereses, necesidad de terminar anticipadamente con el proceso, y muchas otras.

Como en todo, cada caso es particular y, por tanto, una solución como la que propone la suspensión del juicio a prueba es estratégicamente preferible a otras. Para poder determinar esta cuestión, es sumamente importante que el litigante (sea acusador o defensor) conozca acabadamente el caso y haya efectuado ya una proyección del mismo a través de la teoría del caso, porque eso es lo que le permitirá optar entre una y otra estrategia⁷⁵.

Teniendo en cuenta que el artículo 248 del CPPF dispone que una vez recibida una denuncia, querrela, actuaciones de prevención o promovida una investigación preliminar de oficio, la fiscalía estará facultada para adoptar reglas de disponibilidad de

⁷⁵ ALLIAUD, *Audiencias preliminares*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2016, p. 143.

la acción penal, la suspensión de juicio a prueba puede articularse desde el inicio de la investigación preparatoria.

En caso de flagrancia la posibilidad de acordar la suspensión del juicio a prueba se abre desde la audiencia oral inicial de flagrancia hasta la audiencia de clausura inclusive (art. 332 CPPF), con citación de la víctima (art. 80 inc. h CPPF).

En cuanto a las formas, en el supuesto excepcional de platearla en la audiencia de debate ante el cambio de calificación jurídica, no regirá la exigencia de escritura contemplada para el resto de las situaciones.

El trámite se compone de dos etapas. En la primera, el fiscal, el acusado y el defensor logran el acuerdo en el que se hace referencia al hecho imputado, las pruebas de cargo, la calificación legal, la participación que se atribuye al encartado y la aceptación de cada una de estas circunstancias por parte del acusado. También debe constar la reparación del daño ofrecida, las reglas de conducta que se compromete a cumplir y el tiempo de duración de las mismas, y el monto de la pena que ha sido acordado entre las partes. También consignará el abandono de bienes a favor del Estado en caso de corresponder. Este momento se tramita de manera oral y desformalizada, aunque puede realizarse por escrito con la firma de los intervinientes⁷⁶.

Con el acuerdo logrado, se solicita audiencia ante el juez a la que debe convocarse a la víctima. El acto se desarrolla en forma oral y se analizarán las reglas de conducta a cumplir por el acusado tales como fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato, abstenerse de concurrir a determinados lugares o de relacionarse con determinadas personas, abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas, asistir a la escolaridad primaria si no la tuviere cumplida o realizar estudios o prácticas necesarios para su capacitación laboral o profesional, entre otras posibles que el juez estime convenientes para el caso. A este acto debe convocarse a la víctima.

El magistrado puede pedir constancias respecto a las tareas propuestas como lugar, consentimiento de los responsables de este, entre otras, aunque habiéndose firmado un acuerdo previo a la audiencia no es habitual que surjan disidencias entre las partes intervinientes.

⁷⁶ HAIRBEDIÁN, ZURETA, *La disponibilidad de la acción en el Código Procesal Penal Federal*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2020, p. 191.

El artículo 35 del CPPF limita la intervención del magistrado a valorar las reglas de conducta a las que se compromete el imputado, aunque en doctrina se afirma que conserva por excepción la facultad de controlar la legalidad del acuerdo o la impertinencia de su rechazo sin posibilidad de valorar los criterios de política criminal del Ministerio Público Fiscal (art. 9 CPPF).

En caso de que el fiscal rechace la propuesta de suspensión de juicio a prueba que realice el acusado y su defensa en la primera etapa descripta, el artículo 35 del CPPF faculta a estos últimos a solicitar audiencia al juez para exponer su petición. En ese acto se deberá explicar las circunstancias de modo, tiempo y lugar del hecho atribuido al investigado, así como las condiciones en que se solicita la aplicación del instituto. Es necesario tener en cuenta que si la negativa del órgano acusador se justifica en la calificación legal que corresponde asignarle al hecho bajo investigación, conforme reciente jurisprudencia plenaria, ésta no puede ser modificada autónomamente por los jueces ya que "...los fines de determinar la procedencia de la suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis, CP), carecen de autonomía para modificar la calificación jurídica sostenida por el Ministerio Público Fiscal en el requerimiento de elevación a juicio (CNCas.CCcorr., "Recurso de inaplicabilidad de ley en causa Carbone...", plenario del 3-12-2019)"⁷⁷.

De manera que se habilita tanto la revisión del acuerdo por parte del magistrado en lo que hace a su legalidad como en lo que concierne estrictamente a las reglas de conducta a ser aplicadas. En consecuencia, el artículo 352 del CPPF legitima al imputado a impugnar la denegatoria de la suspensión del proceso a prueba (vid. su inc. b), y su artículo 356 califica a esta resolución, es decir, a la denegatoria de una *probation* como una decisión impugnabile.

Los restantes sujetos intervinientes en la audiencia, también se encuentran legitimados para cuestionar no sólo las reglas de conducta, sino también la legalidad misma del acuerdo en cuestión; ello, toda vez que, si el juez posee facultades para efectuar esa clase de control, entonces ellas estarán igualmente habilitadas para petitionar en tal sentido. Esto último, máxime cuando la querrela se encuentra legitimada para impugnar las resoluciones que hagan imposible la continuación de las actuaciones, siempre que no haya habido dos (2) pronunciamientos en el mismo sentido (el art. 353 del CPPF). Sin

⁷⁷ HAIRBEDIÁN, ZURETA, La disponibilidad de la acción en el Código Procesal Penal Federal, editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2020, ps. 193 y 194.

embargo, advierte la doctrina que la no inclusión en el artículo 35 del CPPF -como una condición para el otorgamiento de la *probation*- de la reparación del perjuicio ocasionado a la víctima, más allá de que pueda ser eventualmente expresado en el acuerdo, en los hechos termina desdibujando un poco su participación en la mencionada audiencia.

También se advierte que el legislador omitió consignar en qué plazos podrá cumplirse la suspensión del proceso a prueba, ni tampoco previó cuáles serán las reglas de conducta a aplicar en estos casos (tal y como sí hace el primer párrafo del art. 76 ter del CP). Por lo tanto, ambos extremos quedarán sujetos a lo que decidan las partes interesadas. Y, asimismo, a diferencia de lo establecido en el segundo párrafo de dicha norma, no hay indicación alguna con relación a que el otorgamiento del instituto suspenda el curso de la prescripción de la acción penal; aunque sí afirma el inciso b, del artículo 267 del CPPF que la concesión de esta modalidad paraliza los plazos de duración que debe tener la investigación preparatoria.

El control de tales reglas de conducta se encontrará a cargo de una oficina judicial específica, entre cuyas funciones estará la de informar periódicamente su cumplimiento y notificar de ello a las partes, incluso la víctima. De verificarse el incumplimiento de las reglas impuestas, tanto el Ministerio Público Fiscal como la querrela le solicitarán al juez una audiencia con el objeto de exponer la conveniencia o no de continuar con la suspensión del proceso a prueba, modificar las reglas de conducta o revocar directamente la aplicación del instituto⁷⁸, siendo una manifestación del ya citado artículo 9 del CPPF. Asimismo, la resolución tendrá que adoptarse en audiencia (otra muestra más del principio de oralidad consagrado en su art. 2°), en la cual las partes podrán exponer sus argumentos tendientes a lograr la continuidad, la modificación o la revocación de este instituto.

Por lo tanto, tres (3) son las alternativas con las cuales se cuenta frente a un eventual incumplimiento, siempre y cuando medie una solicitud previa por parte del acusador público y/o privado: a) seguir adelante con la suspensión del proceso a prueba; b) cambiar las condiciones que hacen a su aplicación; c) dejar sin efecto este mecanismo. En este último supuesto, el trámite del proceso continuará de acuerdo con las reglas generales aplicables al caso.

⁷⁸ MONTELEONE, Reglas de disponibilidad de la acción en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, *Revista Derecho Penal, Año IV, N° 10*, Octubre de 2015, Ediciones Infojus, pág. 119, Id SAJJ: DACF150813, p. 140

A diferencia del artículo 76 ter, in fine, del CP no hay una disposición en el CPPF que determine la imposibilidad de acceder a la *probation* para quienes hayan incumplido anteriormente las reglas de conducta de manera que esta circunstancia será objeto de evaluación por parte del Ministerio Público Fiscal a la hora de acordar o no la concesión de una nueva suspensión del proceso a prueba.

Asimismo, "[u]n nuevo delito cometido durante el plazo de suspensión también podrá dar lugar a la revocatoria del beneficio. La letra de la ley es más clara que la que la precedió. Bastará la comisión en ese lapso, con prescindencia de cuando recaiga la condena que así lo reconozca. La ley no exige que el delito se cometa y sea así declarado por un juez o tribunal en ese ínterin. Pensar lo contrario supondría tornar estéril la norma frente a la comisión de ese delito en las postrimerías del plazo de suspensión, por ejemplo"⁷⁹.

Sin embargo, nada dice el art. 35 del CPPF respecto a la imposibilidad de dejar en suspenso la pena que se imponga en estos casos (a diferencia de lo que señala el art. 76 ter, cuarto párrafo, del CP).

Así las cosas, dependerá de lo que, en definitiva, requiera en su respectivo alegato la fiscalía y/o eventualmente la querrela (cfr. los arts. 302 y 307, in fine, del CPPF).

Tampoco se habilita revocar la *probation* "...si con posterioridad se conocieran circunstancias que modifiquen el máximo de la pena aplicable o la estimación acerca de la condicionalidad de la ejecución de la posible condena" (vid. el art. 76 ter, tercer párrafo, del CP). A pesar de ello, nada impediría en principio que la propia fiscalía y/o la querrela pusieran en conocimiento del juez de garantías dicha situación, solicitándole en consecuencia dejar sin efecto la aplicación de este instituto (cfr. los arts. 9º y 56, inc. c, del CPPF).

Finalmente, de igual manera, el artículo 35 del CPPF no especifica que este dispositivo podrá ser concedido otra vez sólo cuando el nuevo delito haya sido cometido después de haber transcurrido ocho (8) años a partir de la fecha de expiración del plazo por el cual hubiera sido suspendido el juicio en el proceso anterior (anteúltimo párrafo del art. 76 ter del CP); por lo que, en consecuencia, tampoco rige acá dicha limitación

⁷⁹ DARAY, *Código Procesal Penal Federal, Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 1., Artículos 1º-181, 2ª ed., 3ª reimpr., Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 174.

temporal y, en virtud de ello, de nuevo quedará en manos del Ministerio Público Fiscal acordar o no de nuevo una suspensión del proceso a prueba⁸⁰.

VALORACION.

Se advierte que el legislador reglamentó fórmulas de disponibilidad de la acción justificadas en la inexistencia de una amenaza de prisión si el avance del proceso concluye en condena, sea porque el delito no la prevea, sea porque se supone que, de dictarse, su ejecución será en suspenso.

La regulación del CPPF introduce precisiones que vienen a superar divergencias jurisprudenciales y doctrinarias, aunque plantea otras que necesariamente deberán ser abordadas para que el instituto se aplique eficaz y eficientemente, como la situación del extranjero irregular que no podría ser expulsado por su derecho de reunificación familiar pero tampoco podría cumplir las reglas de conducta en el país; así como el caso de los delitos previstos en el régimen penal tributario.

PROCEDIMIENTO ABREVIADO.

Se trata de la posibilidad del imputado de admitir la existencia del hecho que se le imputa, su participación en él y prestar conformidad sobre la calificación legal y la pena solicitada por la fiscalía para evitar la audiencia de debate y, si el tribunal homologa el acuerdo, se dicta sentencia condenatoria. Se conoce como procedimiento abreviado y permite llegar rápidamente a la sentencia condenatoria. Si bien en este caso no hay renuncia a la persecución penal como en los supuestos analizados precedentemente, su análisis es significativo por cuanto opera mediante acuerdo de partes. Y a los fines de este trabajo, resulta útil en términos comparativos.

El procedimiento abreviado pertenece al sistema acusatorio y reposa en el respeto a la voluntad de las partes que, superando el conflicto mediante el acuerdo al que arriban, hacen innecesario el juicio y directamente permiten el dictado de una sentencia que lo homologa, al verificar la legalidad de su contenido, y condenando al acusado por

⁸⁰ DONNA (Dir.), *Código Procesal Penal Federal Comentado y anotado*, t. I, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2021.

el monto de la pena fijada. Sin embargo, el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, fija limitaciones para su procedencia y habilita al juez a examinar lo acordado para verificar si se ha respetado “la verdad” en lo consensuado.

Recuérdese que, en el modelo inquisitorial, más allá de la confesión del imputado, había que transitar todo el trámite del procedimiento, porque se alegaba que correspondía permitir al tribunal del descubrimiento de la verdad, la real, no la que resultaba de la declaración de la parte y más allá de que el fiscal la aceptara.

Las partes al expresar sus voluntades arribando a un consenso convierten en innecesario tener que confrontar ya que las respectivas posiciones coinciden. Nada hay que probar y menos para alegar, cuando todo ha sido acordado, por lo que carece de sentido el debate y directamente se le ofrece al tribunal un proyecto de sentencia condenatoria que tendrá que dictar para otorgarle validez y ser posteriormente ejecutada.

Obviamente el acuerdo debe referirse a todo lo relacionado con la aceptación de la existencia del hecho y la autoría o participación que termina reconociendo el imputado, así como el monto de la pena por el que resultará condenado.

El modelo que hemos importado es el del *pleabargaining* (acuerdo de culpabilidad), utilizado por el sistema anglosajón, refiriéndonos concretamente al juicio abreviado, y dentro de éste el *sentencingbargaining* en el que el acuerdo se realiza exclusivamente sobre la pena a imponer si el acusado asume la culpabilidad.

Una diferencia con ese sistema es que aquí no proceden los "pactos secretos" entre el abogado defensor y el fiscal, como puede ocurrir en Estados Unidos; nuestro esquema es más transparente y requiere siempre de control judicial⁸¹.

Otra divergencia es que el juez en este caso solamente revisa que se haya cumplido con las formalidades de ley previstas para la elaboración del acuerdo; no está facultado para introducir modificaciones o determinar la pena (son las partes las que convienen la duración de la pena y su naturaleza) sino que simplemente debe validar el acuerdo en su totalidad, en caso de que sea apto de confirmación judicial.

⁸¹ MARCHISIO, *El juicio abreviado y la instrucción sumaria*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 134.

Los únicos supuestos en los que el juez puede refutar el acuerdo son cuando se considere que la calificación legal no es la correcta o si median circunstancias que puedan atenuar la pena que se ha fijado⁸².

Su elemento distintivo radica en la admisión de los hechos materia de acusación, como contrapartida de que el tribunal no le imponga la pena más grave que la que él acordara con su contradictor procesal. Precisamente por este rasgo, los detractores del juicio abreviado lo han rotulado como procedimiento de corte inquisitivo.

En esta línea, se ha dicho que la pretendida "conformidad" con la pena por parte del acusado tras el acuerdo con quien detenta la pretensión estatal remite a las prácticas persuasorias permitidas por el secreto en las relaciones desiguales propias de los sistemas inquisitivos⁸³.

Para Maier estos mecanismos no son "otra cosa que la renuncia a principios fundamentales del sistema penal y; por la otra, no constituyen remedio alguno para la ineficacia del procedimiento penal, sino tan sólo paliativos que, la mayoría de las veces y casi exclusivamente, intentan ocultar esa ineficacia"⁸⁴.

Ciorciari puntualiza que "mediante el juicio abreviado la cantidad de condenas (penas) se multiplican exponencialmente, y bajo la fachada de un acuerdo "libre" se esconde, a nuestro entender, el mayor retroceso del que tengamos memoria, consciente o inconscientemente estamos replicando conductas y comportamientos de los viejos modelos inquisitivos ... No nos detendremos a analizar aquí, porque entendemos que no es materia de este trabajo, las características socio-culturales de los "clientes" del sistema penal, pero de más está decir que no son los más aventajados de nuestra sociedad ... a diario observamos cómo se negocian montos de pena, en una total situación de disparidad de armas entre la Fiscalía y la Defensa, amparada además por el dictado de prisiones preventivas que se constituyen en un medio más de presión para en cierta forma 'obligar' al acusado a culminar el juicio mediante un procedimiento abreviado...".

El autor citado profundiza la crítica y afirma que "estos acuerdos entre el acusado y los funcionarios del Estado los cuáles sólo pueden culminar con un castigo

⁸² FALCONE, "Simplificación del proceso ("*Plea Bargaining System*", "*Patteggiamento*" y "*Juicio abreviado*")", en J.A. 1999-1-881.

⁸³ CIORCIARI, Adrián Ernesto, Algunas consideraciones sobre el juicio abreviado, en https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/juicio_abreviado.htm.

⁸⁴ MAIER, "¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho?", en *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?: N° 1*, Di Plácido, Buenos Aires, 2000, p. 271.

eludiendo el juicio, tienen evidentemente como base un intercambio total y absolutamente “desigual” y al decir del maestro Ferrajoli “*perverso*”. A nuestro modesto entender se viola todo el sistema de garantías, pierde vigencia el principio de inderogabilidad del juicio, el de publicidad y el acusatorio, presentes en el “juicio previo”, también se afectan los principios de igualdad, de certeza y de legalidad, el de proporcionalidad entre delito y pena, e incluso el de presunción de inocencia y la carga de la prueba, aun cuando otros sectores se encuentren más preocupados por entender que mediante este sistema de juicios a los condenados se le apliquen penas más “benignas”, es decir, penas menores a las “merecidas”...”.

Advierte la gran diferencia de medios con los que cuenta el aparato estatal visibilizado en el Ministerio Público Fiscal y quienes deben ejercer la defensa, sea esta oficial o particular, siendo uno de los principales problemas que tienen los sistemas penales contemporáneos, ya que se pretende que las partes se enfrenten en un pie de igualdad, cuando el sistema en realidad descansa sobre una profunda desigualdad real de las mismas.

El Estado nunca puede ser una “parte” en el mismo plano de igualdad que su contendiente porque en el sistema penal es el Estado quien se enfrenta al imputado, no habiendo dudas acerca de la desigualdad clara y manifiesta, por un lado el Estado con todo su poder representado por sus agentes (fiscales) y a su disposición todo el Poder de Policía, el cual se permite como graciosa concesión reducir su respuesta punitiva frente al ciudadano que en esa circunstancia no parece tener otra opción que resignar sus garantías constitucionales. Como con acierto dice Ferrajoli: “La negociación entre acusación y defensa es exactamente lo contrario al juicio contradictorio característico del método acusatorio.... El contradictorio, de hecho, consiste en la confrontación pública y antagónica, en condiciones de igualdad entre las partes. Y ningún juicio contradictorio existe entre partes que, más que contender, pactan entre sí en condiciones de desigualdad”⁸⁵.

⁸⁵ FERRAJOLI, *Derecho y Razón*; Madrid, Ed. Trotta, 1995 (Traducción del original de 1989 Perfecto Andrés IBÁÑEZ y otros), p. 748.

CONSTITUCIONALIDAD.

La referencia al procedimiento abreviado necesariamente lleva a analizar su adecuación al artículo 18 de la Constitución Nacional por cuanto la mayoría de la doctrina constitucional y procesal entendió siempre que cuando la norma mencionada establece que "nadie puede ser penado sin juicio previo" este juicio debe ser el antecedente de la sentencia, que a su hora podrá contener la pena, entendiendo que la voz juicio refiere a lo que conocemos como debate o como sinónimo de proceso. Sin embargo, en otra interpretación posible, se advierte que se trata de un vocablo multívoco ya que por juicio también se puede aludir al correcto razonamiento, o a la sentencia que dicta un tribunal. Entonces, si es la sentencia la que debe ser previa a la condición de condenado, se entiende que ella deba ser fundada en una ley que además exista con anterioridad al hecho que dio lugar al proceso. Es que los procesos o debates no se fundan, pero las sentencias sí. De manera que juicio y sentencia son sinónimos, en tanto la sentencia de condena es el juicio del tribunal que, al declarar la culpabilidad del imputado, determina la aplicación de la pena ⁸⁶.

A partir de esta interpretación del mencionado artículo 18 lo que es "previo" es la sentencia, no el proceso penal.

Ahora bien, esa sentencia no necesariamente debe ser la consecuencia de que se resuelva un contradictorio, ya que bien puede haber acuerdo entre las partes respecto de la existencia del hecho, la autoría y culpabilidad del imputado e incluso sobre el monto de la pena que le correspondería sufrir. En esos casos, donde ha desaparecido la contradicción, en realidad no podemos hablar de juicio en el sentido procesal del término; sin embargo, no se afecta el dispositivo constitucional, ya que en la redacción del artículo 18, la voz "juicio" puede ser equiparada a sentencia, y no a "proceso"; con lo que la lectura de dicha norma exigiría siempre que la pena sea consecuencia del dictado de una sentencia, pero ésta a su vez no siempre lo sea como fruto de un "juicio" en el sentido dialéctico que implica la superación del contradictorio entre las partes, sino en algunos casos la homologación del acuerdo al que arribaron las partes. Por esta interpretación se concluye en que no puede ofrecer ningún reparo constitucional el procedimiento

⁸⁶ MAIER, *Derecho Procesal Penal*, t. I, Fundamentos, 2ª ed., 4ª reimpr., Del Puerto, Buenos Aires, 2012.

abreviado, porque da lugar a la sentencia que es la que reclama como presupuesto el artículo 18 CN.

El "debido proceso penal" no será el sinónimo de la voz juicio, entendido como debate. Sino aquel procedimiento establecido en la ley, que permita llegar a una sentencia. La Constitución reclama sólo que como precedente de una condena exista una sentencia (otra acepción de la voz juicio), que a su hora podrá ser la consecuencia de un proceso (debate contradictorio sinónimo de la otra acepción de juicio) o de la actitud del acusado que voluntariamente acepta su responsabilidad penal, sea en un acuerdo de las partes (procedimiento abreviado) o simplemente en su propia declaración que haga desaparecer la contradicción.

Pero las objeciones constitucionales van más allá de la semántica, y se refieren a la afectación de derechos y principios de todo ciudadano sometido a proceso penal. Almeyra las sistematiza en que: a) la simplificación del procedimiento sacrifica los derechos del imputado; b) vulnera las garantías que emergen del juicio oral y público; c) la sentencia consensuada se basa en pruebas recogidas en la instrucción (ahora IPP); d) se mengua la publicidad con la supresión del debate; e) se suprime la carga de la acusación de probar la culpabilidad del imputado; f) viola el derecho de defensa en juicio porque el imputado acepta la pena que propone el fiscal; g) el consenso des viable en los delitos de acción privada y en el proceso civil, no en los penales; h) el pacto es incontrolable; i) se desvirtúa la esencia de la confesión pues pasa a ser un medio de prueba.

Del otro lado, Cafferata Nores, autor del proyecto por el cual a juicio abreviado se incorporó definitivamente al sistema de enjuiciamiento criminal (ley 24.825), niega que el juicio abreviado vulnere el derecho de defensa o pretenda un apartamiento del criterio de verdad real sustituyéndolo por una verdad consensuada; "no se advierte que el juicio abreviado ponga en crisis el principio del debido proceso, pues las exigencias de este se respetan. Hay acusación, defensa (que se ejercita a través de un reconocimiento de participación en el delito libremente formulada, y estimada conveniente en su interés por el imputado, debidamente asesorado por el defensor), prueba (la recibida en la investigación preparatoria estimada idónea por el Ministerio Público Fiscal, imputado, defensor y tribunal), sentencia (que se fundará en las pruebas de la investigación preparatoria -y en el corroborante reconocimiento de culpabilidad del acusado- y definirá el caso) y recursos (que procederán por las causales comunes)".

Otra de las observaciones sobre el instituto la señala Rafecas, advirtiendo “la escasez de elementos de juicio con que los fiscales arriban a la pena acordada, que esconde el peligro de fijación de penas desproporcionadas, sobre todo teniendo en cuenta el fin preventivo-especial que respecto de la pena de prisión establece nuestra norma fundamental. Mas, asegurado que tal frontera resulte minuciosamente observada en el caso, ningún reparo merece la abreviación de proceso”⁸⁷.

“El quid de la cuestión radica en que la conformidad del imputado con el juicio abreviado sea una cabal expresión de la autonomía de su voluntad, libre de toda presión, consciente de la naturaleza y alcances de su consentimiento, y jamás una decisión fruto de su ignorancia o deficiente asesoramiento jurídico, generado en la amenaza de algún plus punitivo si optara por el juicio común, tal como es su derecho de nivel constitucional”⁸⁸. Sin embargo, en la práctica estas condiciones no son las que generalmente rigen en el acuerdo, en especial la amenaza del plus punitivo en caso de rechazar la propuesta fiscal y estando sometido a prisión preventiva.

En términos prácticos y despojados de fundamentos idealistas, lo que ocurre con esta herramienta, de lo que debe esperarse de ella y lo que debe procurarse con ella es que como contrapartida a la confesión del acusado exista “voluntad estatal (la del fiscal) para una pena más cercana al mínimo de la escala sancionatoria prevista en abstracto para el delito que se le atribuye”. Dicho de otro modo, “la reducción de la pena es el precio que cobra el imputado para contribuir a descargar el sistema penal renunciando a sus garantías”.

Pero debe destacarse que la aquiescencia del imputado no es igual a su confesión, si el acuerdo fracasa, esa conformidad no puede tornarse en su contra, y siempre, en cualquier hipótesis (acuerdo pleno, abreviado, de juicio directo), hay contralor judicial sustantivo, no meramente formal, y exigencia de fundamentación de la sentencia que, en su caso, homologa el acuerdo de juicio abreviado (CSJN, in re "Araoz, Héctor" sent. del 17-5-2011, y "Dapero", rta. el 8-10-2019)⁸⁹.

⁸⁷ RAFECAS, La estimación de la pena por parte del fiscal en el marco del “juicio abreviado”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 12, 2001. P. 456.

⁸⁸ CAFFERATA NORES, “Juicio penal abreviado”, en *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, ps. 83 y ss.

⁸⁹ BORINSKY, CATALANO, *Sistema Acusatorio. Lineamientos del Código Procesal Penal Federal*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fé, 2021, p. 511.

ASPECTOS PROCESALES.

El Código Procesal Penal Federal regula los *Procedimientos abreviados* en la Segunda Parte, Libro Segundo, Título II, estableciendo tres tipos de procedimientos abreviados: el acuerdo pleno (arts. 323 a 325), acuerdo parcial (art. 326) y acuerdo de juicio directo (art. 327). La diferencia entre ellos es la materia alcanzada en el acuerdo de las partes.

ACUERDO PLENO.

Este instituto no es nuevo en la legislación nacional ya que el Código Procesal Penal de la Nación sancionado por la ley 23.984 incorporó la modalidad bajo estudio mediante la ley 24.825 de 1997, como juicio abreviado en el artículo 431 bis. La diferencia sustancial radica en que en dicho modelo había que llegar a la etapa de juicio, en tanto ahora el acuerdo es anterior, pues el último párrafo menciona que es hasta la audiencia de control de acusación que pueden celebrarse. El punto de partida radica en la formalización de la investigación penal preparatoria pues las diligencias anteriores del fiscal -incipientes- no han de ser tenidas en cuenta.

Pero vamos analizando los presupuestos normativos que habilitan este acuerdo.

Límite temporal de la pena.

Se mantiene la previsión anterior en cuanto al monto y tipo de pena (privativa de libertad inferior a 6 años) que no refiere a la escala penal en abstracto para cada delito, sino que exige la estimación de pena que, en el caso concreto, efectúe el fiscal, lo que implica que el universo de casos comprendidos es amplio y que puede extenderse a supuestos de delitos que tengan previstas sanciones superiores a las referidas.

El acento a la hora de evaluar lo que ha de considerarse como menor de seis años por parte del fiscal no es "exclusivamente" la gravedad del hecho en sí, la existencia de agravantes, etcétera, sino también la factibilidad de acceso, por parte del fiscal, a los medios de prueba para corroborar su existencia. Entonces un límite a esa discrecionalidad

en la estimación de la pena concisa a aplicar es que el fiscal debe probarla. Lo nuclear está sentado en focalizar una suerte de lectura pro reo.

La norma prevé una hipótesis puntual de control vertical interno en el Ministerio Público Fiscal cuando el acusador requiera menos de la mitad de la pena prevista para el delito, en cuyo caso debe contar con el acuerdo de fiscal superior.

El límite temporal de la condena estimada no significa que se considere siempre inexorable, carácter que resulta discutido, existiendo antecedentes fundados de homologación por fuera de ese tope.

Así el Tribunal Oral Federal de Salta N° 2 sostuvo: “Es doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación que las normas procesales no son absolutas, sino que excepcionalmente pueden ser alteradas siempre que no se afecten garantías de raigambre constitucional y el debido proceso, y cuando razones de economía procesal y de una buena administración de justicia así lo justifique (Fallos: 310:2842; 318:1834; 319:322; 322:447; 323:3002, entre otros)”. Se puso de resalto que "apartarse del límite establecido en la norma procesal citada no lesiona ningún derecho constitucional ni afecta garantías procesales, sino que, por el contrario, conlleva un beneficio para todos los intervinientes en el proceso judicial y reafirma las garantías de igualdad y del debido proceso legal (arts. 16 y 18, CN), motivo por el cual no resulta necesario su declaración de inconstitucionalidad. En este último sentido, debemos recordar que la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal constituye un remedio de extrema gravedad, en cuanto pone en crisis una prescripción establecida por el Poder Legislativo en ejercicio de sus facultades, y debe decidirse sólo cuando el sistema no brinde una adecuada solución"⁹⁰.

Se han planteado casos en que la fiscalía solicita una pena inferior a la de la prevista para el injusto, y ello remite a un tema polémico: la perforación del mínimo de la pena dispuesta para el delito, que gran parte de la jurisprudencia no acepta, pero que otro sector sí. Esta última línea de pensamiento ha sido objeto de tratamiento por la sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, en "Ríos, Mauricio David s/Recurso de

⁹⁰ TOF de Salta N° 2, con integración unipersonal de la Dra. Gabriela Catalano, el 16-8-2019 en Cruz Bernal, Arcadio s/ Transporte de estupefacientes”

casación", del 16 de abril de 2013, y luego en "García, Camila Belén y otros s/Recursos de casación e inconstitucionalidad", del 22 de diciembre de 2016, en sentido favorable⁹¹.

La doctora Ledesma en el primero de estos precedentes, en el cual manifestó que "sin desconocer la existencia del tope mínimo legal de cuatro años de prisión, que sería aplicable al caso (conf. art. 5º, inc. c, de la ley 23.737), encontramos aquí en primer lugar un escollo insuperable para que la judicatura fije tal monto de pena, toda vez que el acusador público ha entendido que una sanción ajustada a las exclusivas circunstancias que toca decidir, teniendo en mira los principios rectores de proporcionalidad y culpabilidad, no debe superar los 'tres años de prisión, cuyo cumplimiento puede dejarse en suspenso..., criterio compartido por la defensa". Por lo que "teniendo en cuenta las particularísimas circunstancias verificadas en el caso, especialmente la escasa afectación al bien jurídico tutelado por la norma, el tope mínimo indicado excede la medida de culpabilidad, en franca violación a los principios de proporcionalidad y de humanidad que proscriben la imposición de penas inhumanas, crueles e infamantes [y que] la proporcionalidad en sentido estricto reclama la limitación de la gravedad de la sanción en la medida del mal causado, sobre la base de la necesidad de adecuación de la pena al fin que ésta deba cumplir...', correspondía anular parcialmente la sentencia examinada, solamente en lo que atañe a la determinación de la sanción impuesta al encartado".

También se hizo mérito de lo señalado en el precedente "Tinganelli, Martín Daniel s/Recurso de casación" (CFCP, sala III, 17-4-2006 y su cita)⁹² en el sentido de que, si bien "los límites mínimos de las escalas legislativas penales..." "tienen valor de regla general [...] no significa que los tribunales deban respetarlos cuando fuentes de superior jerarquía [...] señalen que el mínimo es irracional en el caso concreto. Por ello, lo correcto es asignarles valor indicativo, que opera cuando el mínimo de la escala legal no se topa en el caso concreto con los otros parámetros legales de mayor jerarquía, en cuyo supuesto corresponde reducirlos hasta compatibilizar la pena con éstos".

Continúa diciendo la magistrada que "este concepto de cualidad indicativa de los mínimos legales que venimos observando también es compartido por Devoto y García Fagés, al afirmar que la inexorabilidad de los mínimos de las escalas penales es incompatible con el estado de Derecho vigente', en tanto que los límites rígidos, entre

⁹¹ BORINSKY, CATALANO, *Sistema Acusatorio. Lineamientos del Código Procesal Penal Federal*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fé, 2021, p. 516.

⁹² ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho Penal. Parte general* cit, ps. 995/996.

otras cosas, impiden cumplir mínimamente con el fin asignado a la pena de prisión [...] porque una pena fijada de antemano, aun sobre la base de la culpabilidad y el daño causado, no alcanza a conciliarse con los objetivos de reinserción social', y que, en definitiva, 'el mínimo rígido, en numerosos casos, conduce a lesionar los principios superiores de culpabilidad, proporcionalidad y humanidad de las penas. Y el corsé impuesto a los jueces [...] conlleva la neutralización de su función esencial: la adecuación de la ley al caso concreto y el aseguramiento de la vigencia de los derechos constitucionales"⁹³.

Acusación previa y aceptación del imputado.

El segundo presupuesto que exige el artículo 323 es que el imputado acepte expresamente aquellos hechos por los que fuera acusado. Este requisito plantea la exigencia de que previo al acuerdo exista una acusación, por lo que no podría proceder el abreviado hasta que ella no se formule para darle mayor seriedad al acuerdo posterior. Ello no impide que, por la dinámica negociadora entre la defensa y el fiscal, existan conversaciones que se anticipen a la presentación de la acusación e incluso que acuerden cuál será la plataforma fáctica de la que partirá cualquier conversación para arribar a un futuro acuerdo.

Podría la fiscalía acusar pidiendo por una pena de prisión, y sin embargo suscribir un acuerdo por una pena menor, alegando para ello que el reconocimiento del acusado y su verosímil arrepentimiento lo llevan a justificar esa pena. Sobre estos aspectos, la única responsabilidad del fiscal es hacia el interior del Ministerio. De todas maneras, el cambio entre la acusación y el acuerdo debe tener razonabilidad y ser justificado en el mismo texto para evitar el fracaso del acuerdo, aunque un cambio de ese tenor evidencia las razones reales por las que el imputado acepta el acuerdo.

El imputado debe aceptar de forma expresa: a) los hechos materia de la acusación; b) su participación en ellos; c) los antecedentes probatorios en que se funda la acusación; d) la tipificación legal de los hechos, y e) la pena requerida por el fiscal.

De manera que no basta con aceptar los hechos, sino que el imputado también debe manifestar su conformidad con todos los antecedentes investigativos donde se

⁹³ Eleonora DEVOTO y Mercedes García FAGÉS, "De los mínimos de las escalas penales y la irracionalidad de las respuestas punitivas", publicado en "Revista de Derecho Penal y Procesal Penal", tomo 11/2007, directores, Andrés J. D'Alessio y Pedro J. Bertolino, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, págs. 2172/2179.

fundamenta. Se trata de validar lo investigado, para que pueda servir de fundamento al acuerdo.

En una opinión enaltecida de la autonomía de las partes, Víctor Corvalán señala que “La exigencia aparece como exagerada y propia de investigaciones muy formalizadas de una etapa inquisitiva donde el sumario de instrucción estaba totalmente documentado. ... No debería importar la calidad de la investigación penal llevada a cabo por el fiscal, sino la opinión recomendando el acuerdo del abogado defensor, ya que lo considera beneficioso para su defendido. ¿Quién mejor que el imputado y su defensa para valorar lo investigado? Por lo que en realidad debería bastar con el reconocimiento que el imputado hace respecto de considerarse autor o partícipe de los hechos que se le atribuyen, sin hacer ninguna valoración sobre una investigación penal, cuyo único objetivo era preparar los fundamentos de una acusación para conseguir una condena en un juicio. Sin embargo, como luego veremos toda la regulación del procedimiento abreviado, en el nuevo Código Procesal Penal para la Nación, parte de la desconfianza del juez hacia las partes y por ello lo va a autorizar a ejercer funciones que lo terminan desubicando en un sistema acusatorio.”⁹⁴.

Entiendo que estas afirmaciones son coherentes con el paradigma de las partes con igualdad de armas, situación que en párrafos anteriores se consideró de irreal. Por eso, la figura del juez que se pretende desvirtuar en el proceso acusatorio adversarial regulado por el CPPF reafirma su rol fundamental para equilibrar la oportunamente señalada desigualdad de las partes en el proceso, como contrapeso al poder punitivo estatal que, como vimos, tienen todos los recursos y facultades para debilitar la voluntad y libertad de decisión de un acusado, más aún si está bajo prisión preventiva. De manera que la norma que mantienen el control judicial de estos acuerdos viene a aceptar y se hace cargo de una realidad que no puede ocultarse bajo ideales de libertad y autonomía de las partes que desconocen la envergadura que el Estado punitivo adquirió en los últimos siglos y que difícilmente se limitará por sí solo. También considero necesario que la judicatura comprenda su nuevo rol, despojándose de su faz inquisidora.

Por ello, el acuerdo en principio, no exime al tribunal de valorar el resto del caudal de evidencias (recordemos que -como en rigor- la prueba es la que se produce en

⁹⁴ CORVALÁN, *El procedimiento abreviado*, El juicio y la litigación oral 2016 1, I Revista de Derecho Procesal Penal, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2016, p. 140, 141.

el marco del debate, acá se habla de antecedentes probatorios), pues no puede condenar sólo basado en la declaración de culpabilidad del imputado.

En este sentido, no puede hablarse de una autoincriminación, confesión ni admisión de responsabilidad, sino una expresión de conocimiento de la imputación junto a la voluntad de asumir sus consecuencias.

La norma también establece que la existencia de varios imputados no impedirá la aplicación del procedimiento abreviado respecto de alguno de ellos, lo que implica reconocer autonomía a la voluntad de cada uno de ellos, facilitando la utilización del instituto y su meta de descomprimir la carga judicial, como también lo hacía la ley 27.482 de reformas al CPPN. “Sin embargo, entonces se incluía una aclaración de importantes efectos prácticos: "el acuerdo celebrado con un acusado no podrá ser utilizado como prueba en contra de los demás imputado...", que el CPPF no reproduce. Coincidimos con Daray en que esta supresión no habilita una automática interpretación en sentido contrario, pues entonces la práctica desvirtuará o al menos empañará las bondades del instituto.”⁹⁵. Por ello, para preservar su imparcialidad, corresponde que no sea el mismo juez quien homologue el abreviado y luego tenga a su cargo el juicio.

La audiencia.

El acuerdo y sus alcances deberán documentarse por escrito, obviamente conviene que sean en tantos ejemplares como partes lo suscriban y uno más para llevar al tribunal que lo tendrá que autorizar en la audiencia prevista por el artículo 324, donde las partes explicarán al juez los alcances y los elementos que se han tenido en cuenta para considerar probado el hecho y la autoría o participación de que se trate. Esta norma faculta al juez para interrogar a las partes sobre los extremos del acuerdo, así como todo lo relativo al material que se ha tomado en cuenta para la plataforma fáctica. Lo importante es que el juez tenga la seguridad de que el imputado estuvo correctamente asesorado respecto de lo que acaba de firmar, en orden a conocer sus derechos, que está renunciando a tener un juicio público y oral y que finalmente está aceptando una condena a determinado monto de pena de prisión.

Daray afirma que, si la respuesta fuera negativa, el juez tendría dos opciones: a) no homologar el acuerdo; b) disponer un cuarto intermedio a fin de permitir un más

⁹⁵ BORINSKY, CATALANO, *Sistema Acusatorio. Lineamientos del Código Procesal Penal Federal*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fé, 2021, p. 516.

acabado asesoramiento por parte de la defensa y entonces el sujeto sometido a proceso pueda adquirir una cabal comprensión del acuerdo⁹⁶.

La normativa previó la posible oposición del querellante si sostuviera una calificación jurídica o una responsabilidad penal diferente a la de la acusación fiscal y, como consecuencia de ello, la pena aplicable excediera el límite establecido en el artículo 323 del CPPF. En este caso el juez debería decidir si le asiste razón al querellante, o si por el contrario la acusación fiscal aceptada por la defensa es la correcta. En el primer caso, el juez estaría decidiendo la calificación que corresponde al hecho, y más allá del rechazo del acuerdo, el órgano jurisdiccional estaría direccionando a la fiscalía para que modifique su propuesta. Esta interpretación colisiona con los principios del proceso acusatorio porque el juez de garantías, de revisión o casación podría fallar a favor del querellante y, en definitiva, el Ministerio Público Fiscal debería ajustar la calificación y pena a la pretendida por el querellante.

Si bien, puede leerse como una intromisión del órgano jurisdiccional en funciones de la fiscalía limitando su actuación, lo cierto es que tanto el querellante como los jueces actúan como contrapesos y limitantes de la actuación de la parte acusadora. Entender el proceso acusatorio adversarial como un ámbito de exclusividad de la fiscalía es desconocer a los demás intervinientes y sus funciones. La persecución fiscal tiene límites también en el proceso acusatorio adversarial, y no por ello se torna inquisitivo.

Terminado el curso de la audiencia, y en el mismo acto, el juez se pronunciará por uno de tres sentidos: a) condena; b) absolución; c) inadmisibilidad del acuerdo. Lo primero ocurrirá si a partir de las exposiciones de las partes y las pruebas arrimadas, estima que el hecho existió y fue cometido por el encartado, pudiendo imponer incluso una pena menor, nunca superior o de distinta modalidad a la acordada por las partes.

En cambio, absolverá si los reconocimientos del encartado fueran inconsistentes con las pruebas que sustentan la acusación, sea insuficiencia, sea inidoneidad de los extremos fácticos señalados por esa parte.

La sentencia, condenando o absolviendo al imputado, ha de cumplir con el detalle de todo pronunciamiento de esa índole (art. 305: lugar y fecha, juez o tribunal decisor y datos del encausado; voto de cada juez y motivos; determinación precisa y

⁹⁶ DARAY, *Código Procesal Penal Federal, Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 1., Artículos 1º-181, 2ª ed., 3ª reimpr., Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 503.

circunstanciada del hecho investigado; normas aplicables; firmas), pero sucintamente expresados, en virtud de la ausencia de contradicción entre las partes, que releva al juez de abordar agravios, aun cuando su tarea de control sea (debe serlo) rigurosa.

En cuanto a la no admisión, implica que el acuerdo no cumplió con los recaudos básicos del artículo 323, de modo que el magistrado no entra al mérito del asunto; lo desestima en virtud de un examen preliminar. Y a este respecto cobra singular importancia la referencia del penúltimo apartado de la norma, cuando aclara que la admisión de los hechos no se considerará como reconocimiento de culpabilidad.

En otras palabras, si fracasa el acuerdo pleno, y el inculpado debe ir a juicio, lo vertido en el marco de esas tratativas en modo alguno puede perjudicarlo.

El artículo 325 establece que “La acción civil será resuelta cuando existiera acuerdo de partes, de no ser así, se podrá deducir en sede civil”. La norma admite que la acción civil sea resuelta siempre que hubiera acuerdo entre las partes, que incluso puede consistir en pedir al juez que establezca la reparación, siempre dentro de los límites de la demanda y su contestación. De no haber consenso, la acción respectiva podrá deducirse en sede civil.

Finalmente, cabe agregar que a tenor del artículo 356 del CPPF, en cualquiera de las opciones la decisión es impugnabile, y será revisada en forma unipersonal tanto por los jueces de revisión (art. 53 in fine) como por los de casación (art. 54, penúltimo párrafo).

ACUERDOS PARCIALES.

Se trata de un acuerdo fragmentado aplicable respecto de todos los delitos, únicamente recae sobre los hechos, de modo que las partes van a juicio para determinar la culpabilidad y la pena. También la regulación del CPPF obliga a debatir en este tipo de acuerdos la calificación del hecho.

Sin embargo, la norma exige que la petición de acuerdo refiera las pruebas que las partes consideren pertinente para la determinación de la pena, circunstancia expresamente excluida del acuerdo en el párrafo anterior del artículo 326 que establece

que “las partes podrán acordar exclusivamente sobre los hechos y solicitar un juicio sobre la culpabilidad y la pena”, por lo que esta referencia sería adecuada a este acuerdo.

De manera que el artículo 326 impone acordar, no sólo hechos, sino también su calificación y la pena, si bien estimo que ambas cuestiones no deben ser parte del acuerdo, porque pasaría a ser un acuerdo pleno. Nada impide a que las partes acuerden sobre estos puntos y queden otros por resolver en juicio, pero sería más prudente no exigirlos normativamente.

Respecto al plazo de celebración, con alguna imprecisión el texto refiere a la "etapa preparatoria" como comienzo, y el control de acusación como fin. En cuanto a lo primero, no queda claro si es el momento de la formalización de la investigación preparatoria (art. 254) o antes, comprendiendo las medidas de investigación previa (art. 253), aunque en ese escenario será menester que la defensa tome conocimiento de los cargos y los elementos recabados, como obvia antesala de la propuesta de acuerdo al juez.

El punto terminal del lapso es un poco más reducido que respecto del acuerdo pleno, pues la fijación de la audiencia de debate es posterior al control de acusación (por 48 hs., art. 281), una vez ya radicada la carpeta ante el tribunal/juez de juicio.

Si bien nada refiere la norma acerca de qué ocurre si el acuerdo es rechazado, lo que puede darse, por ejemplo, si el tribunal de juicio estima que es necesario un conocimiento más profundo de la causa, entiendo que las partes deberán coleccionar más elementos para sostener el acuerdo y presentarlo nuevamente.

Se remite, en lo demás, a las normas del procedimiento común.

ACUERDO DE JUICIO DIRECTO.

Por último, el artículo 327 del nuevo Código Procesal Penal Federal incorpora otro tipo de acuerdos que también persiguen abreviar el trámite del procedimiento, pero a la inversa de los que conocemos para evitar el juicio, aquí lo que se evita es toda la investigación penal preparatoria. Se trata de una suerte de *per saltum*, para cualquier tipo de delito, que permite pasar directamente de la formalización de la IPP al juicio, sin el desarrollo de la investigación preparatoria en sí (que ocurre a partir del art. 254) ni de la etapa intermedia.

Así, en la audiencia de formalización de la investigación preparatoria (art. 258) se dicta el auto de apertura a juicio oral del artículo 280, cobrando operatividad el artículo 281, en cuanto manda a agendar el debate dentro de los diez días.

Ese acuerdo deberá consignar los hechos sobre los que versará el juicio según la opinión de los actores penales, y el ofrecimiento de pruebas de las partes. Quiere decir que no habrá ningún reconocimiento de parte del imputado, que lo único que admite es que no es necesaria ninguna investigación, estando dispuesto a concurrir directamente al trámite del plenario, donde va a sostener su contradicción.

La teoría del caso del fiscal y de la defensa, así como la del querellante que pudo adherir o mantener una acusación propia, serán sostenidas en ocasión de abrir el juicio. Lo único que se exige desde los principios generales es que se respete la plataforma fáctica que señaló el fiscal y/o el querellante. Son esos hechos por los que se acusará y se defenderá el imputado, ya en el juicio. No puede tolerarse un apartamiento de dicho material fáctico, porque así lo exige la congruencia procesal.

Es importante destacar que el artículo que nos ocupa dispone la posibilidad de acordar e ir directamente a juicio sin distinción en materia de delitos, lo que lo convierte en una herramienta útil para las partes.

CONCLUSIÓN.

El reconocimiento de la autonomía individual y la separación de funciones de acusador y juez fue el sistema original, el que naturalmente cada grupo social configuró para la solución de los conflictos que surgían en su seno. Con la formación del Estado y los amplios poderes que éste a través de sus funcionarios fue adquiriendo en desmedro de esa autonomía, se implementaron esquemas de presunciones e hipótesis que sometieron a los ciudadanos a procesos penales crueles e injustos, guiados por los intereses del gobernante de turno. Ello determinó la necesidad de un proceso penal con límites y reconocimiento expreso de garantías. Así es posible comprender la relevancia de la regulación normativa que fija las pautas de actuación de los intervinientes en el proceso penal cuya legitimidad sólo puede reposar en el efectivo respeto de la dignidad humana que se manifiesta en garantías y principios procesales.

En este sentido, la regulación procesal debe contemplar principios irrenunciables de los que se desprenden derechos y garantías fundamentales reconocidos en pactos y tratados internacionales, quedando un ámbito de decisión propia de la política criminal que son variables y no deben influir ni afectar los principios irrenunciables reseñados en el Capítulo II.

Si bien el principio acusatorio y de contradicción son los relevantes para el análisis de este trabajo, lo cierto es que en la dinámica del proceso todos los principios se relacionan y tienen ámbitos de aplicación sincronizada, por lo que no se excluyen entre sí, sino que se complementan y deben conjugarse en forma integral. Y ello también abarca los parámetros variables en los que el Estado legisla los ámbitos de mayor o menor disponibilidad de la acción penal, pero siempre respetando e integrando los derechos y garantías fundamentales.

El proceso penal de tipo acusatorio atribuye una actuación protagónica del Ministerio Público Fiscal como titular de la acción penal, dando ingreso a un importante bagaje de formas alternativas basadas en la negociación y los acuerdos de las partes.

Sin embargo, salvo contadas excepciones la reforma procesal federal no consideró a la víctima a la hora del procedimiento ni como destinataria de este, en tanto los acuerdos que ella alcance necesitarían del aval de la fiscalía. Por otro lado, los acuerdos que alcanza quien detenta la persecución penal terminan por lo general en una

pena atenuada, es decir, la negociación entre defensa y fiscalía se mantiene en la lógica punitiva tradicional, aceptando tácitamente toda la discusión sobre el valor positivo de la pena.

Lo cierto es que para lograr una política criminal que realmente garantice la instrumentación y aplicación de los mecanismos restaurativos que prevé el artículo 59, inciso 6° del CP y arts. 34 y 35 del CPPF es necesario, por un lado, pensar en clave restaurativa en los distintos ámbitos en donde esa política criminal se ejerce y, por otro, convencerse de que la justicia restaurativa y sus mecanismos pueden coexistir con un esquema de justicia clásico o punitivo como parte integrante de un mismo sistema penal sin necesidad de que uno excluya o ponga en jaque a la otra forma de administrar e impartir justicia.

Asimismo, esta propuesta exige reconocer la autonomía de las partes que intervienen en el proceso penal, pero es necesario precisar que ello se refiere a imputado y la víctima porque tanto la fiscalía como la judicatura tienen una actuación sobrecargada de normas que garantizan el amplio ejercicio de sus facultades como organismos del Estado.

El Código Procesal Penal Federal es ambiguo. Por una parte, impone reglas de pacificación social en el artículo 22, y por otro, no deja de ceñirse a paradigmas que se intentan superar, como la limitación a la regla de disponibilidad cuando "resulten incompatibles con...leyes o instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal, fundadas en criterios de política criminal" (art. 30). De manera que la política criminal como fundamento de la oposición del Ministerio Público Fiscal a las prácticas de conciliación es lo suficientemente amplio como para generar decisiones radicalmente opuestas que en definitiva afectarán a los ciudadanos, tanto imputados como víctimas, con impacto en el principio de igualdad.

Ello exige definiciones más precisas que permitan a los operadores judiciales desarrollar una actuación uniforme evitando desequilibrios y desigualdades que en definitiva se sustentarán en el criterio del tribunal que debe decidir, generando la tramitación de recursos y con ello la consecuente extensión temporal de los procesos que era una de las cuestiones que se pretende superar.

La jurisprudencia es un vasto espacio para incursionar y advertir que, si bien las circunstancias son siempre distintas, los fundamentos que habilitan su aplicación

remiten a principios y garantías de derechos humanos, a normativa vigente, a la solución de conflictos sociales dirigidos al restablecimiento de la armonía de los involucrados y la paz social. En muchos otros casos las resoluciones judiciales se advierten como campo de batalla donde jueces y fiscales delimitan su espacio de poder, porque el acusador público entiende que el modelo acusatorio adversarial lo faculta para actuar con toda discrecionalidad, y por otro lado los jueces demarcan los límites de esa actuación que avanza y pretende que la función judicial se restrinja a mero arbitraje pasivo.

Si bien el proceso acusatorio adversarial se apoya sobre el paradigma de las partes con igualdad de armas, es fácilmente visible que este postulado es ficticio. Podrá existir igualdad de armas entre jueces y fiscales, pero nunca entre fiscales e imputados. Por eso, la figura del juez que se pretende desvirtuar en el proceso acusatorio adversarial regulado por el CPPF reafirma su rol fundamental para equilibrar la oportunamente señalada desigualdad de las partes en el proceso, como contrapeso al poder punitivo estatal que, como vimos, tienen todos los recursos y facultades para debilitar la voluntad y libertad de decisión de un acusado, más aún si está bajo prisión preventiva. De manera que la norma que mantiene el control judicial de estos acuerdos viene a aceptar y se hace cargo de una realidad que no puede ocultarse bajo ideales de libertad y autonomía de las partes que desconocen la envergadura que el Estado punitivo adquirió en los últimos siglos y que difícilmente se limitará por sí solo. También considero necesario que la judicatura comprenda su nuevo rol, despojándose de su faz inquisidora.

Entender el proceso acusatorio adversarial como un ámbito de exclusividad de la fiscalía es desconocer a las otras partes y sus funciones. La persecución fiscal tiene límites también en el proceso acusatorio adversarial, y no por ello se torna inquisitivo.

En la reforma analizada la autonomía de las partes y el principio de consenso no es legislada como un derecho del imputado y de la víctima, sino como una herramienta propia del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público Fiscal. El principio de legalidad como persecución estatal de oficio de todo hecho que se sospeche de delito sigue siendo la regla, y la disponibilidad de la acción penal su excepción, la que puede aplicarse como criterios de oportunidad, en los que el Ministerio Público Fiscal decide unilateralmente abandonar la acusación, o como acuerdo de partes bajo el principio de consenso.

Por otro lado, el protagonismo de la eficiencia del sistema se lo lleva el procedimiento abreviado que es propio del inquisitivo porque la negociación entre acusación y defensa en la que el acusado siempre resulta condenado aceptando la propuesta de la fiscalía, es exactamente lo contrario al juicio contradictorio característico del método acusatorio. El contradictorio, de hecho, consiste en la confrontación pública y antagónica, en condiciones de igualdad entre las partes. Y ningún juicio contradictorio existe entre partes que, más que contender, pactan entre sí en condiciones de desigualdad.

De lo expuesto y analizado podría afirmar que todos los procesos penales contemporáneos apoyan su eficiencia en la posibilidad de aplicar los procedimientos abreviados en los que, sin audiencia de contradicción pública, el acusado se allana a la imputación y acepta la condena propuesta por el fiscal. En un pensamiento contra fáctico, cabe preguntar si el modelo acusatorio adversarial podría demostrar tanta eficiencia si los procedimientos abreviados fueran inaplicables, y una vez impulsada la acción penal la misma solamente pueda concluir mediante la realización de audiencia de juicio, o en momentos previos renunciando a la persecución penal bajo criterios de disponibilidad (oportunidad, conciliación, reparación, suspensión de juicio a prueba). Sin procedimiento abreviado, ningún modelo procesal podría evitar la saturación.

La reforma sí introduce importantes modificaciones que hacen del nuevo proceso un modelo acusatorio, en tanto el juez ya no investiga ni acusa, lo que representa un significativo avance. También se agregan matices de corte adversarial, pero sólo acompañando las nuevas funciones de la fiscalía y no como el reconocimiento claro de la contradicción como eje del proceso, así como de los roles y relevancia de los demás intervinientes. El articulado contiene catálogos de derechos y garantías del acusado y la víctima, pero sus ámbitos de actuación siguen siendo reducidos y sometidos a la actuación de la fiscalía en tanto actúan con asimetría estructural manifiesta.

BIBLIOGRAFIA.

ALLIAUD, Alejandra, Audiencias preliminares, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2016.

ALMEYRA, Miguel Ángel, Código Procesal Penal de la Nación Comentado y Anotado, Buenos Aires, La Ley, 2007.

AMBOS, Kai, El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica, en Revista de Derecho Procesal Penal, N° 2009-2, La prueba en el proceso penal – II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 589-619.

ARMENTA DEU, Teresa, El proceso penal: fines y características. Analogías y diferencias con el proceso civil. Sistemas y principios del proceso penal, en Revista de Derecho Procesal Penal, N° 2018-1, La verdad en el proceso penal I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

- Estudios sobre el procesal penal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.

BINDER, Alberto M., Derecho procesal penal, t. IV, V, Ad Hoc, Buenos Aires, 2018,

BORINSKY, Mariano Hernán, CATALANO, Mariana Inés, Sistema Acusatorio. Lineamientos del Código Procesal Penal Federal, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fé, 2021.

CAFFERATA NORES, José Ignacio, “Juicio penal abreviado”, en Cuestiones actuales sobre el proceso penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

CIORCIARI, Adrián Ernesto, “Algunas consideraciones sobre el juicio abreviado”, en https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/juicio_abreviado.htm.

CORVALAN, Víctor R., “El procedimiento abreviado. Su regulación en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación”, en Revista de Derecho Procesal Penal, N° 2016-1, El juicio y la litigación oral – I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

CHRISTIE, Nils, “Los conflictos como pertenencia”, en AA. VV., De los delitos y de las víctimas, Ad Hoc, Buenos Aires, 1992.

DARAY, Roberto R. (Dir.), Código Procesal Penal Federal, Análisis doctrinal y jurisprudencial, t. 1., Artículos 1º-181, 2ª ed., 3ª reimpr., Hammurabi, Buenos Aires, 2020.

DONNA, Edgardo, DÍAS, Horacio Leonardo, Código Procesal Penal Federal comentado Tomo I, Santa Fe, Rubinzal- Culzoni, 2021.

FALCONE, Roberto A., Simplificación del proceso ("Plea Bargaining System", "Patteggiamento" y "Juicio abreviado"), en J. A. 1999-1-881.

FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Trotta, Madrid, 1997.

FOUCAULT, Michel, Vigilar y castigar, 17° ed., Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 1991.

GOMEZ URSO, Juan Facundo, Estrategias y tácticas de litigación, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2020.

GÖSSEL, Karl Heinz, "Sobre la obligación de indagar la verdad material y la competencia para el inicio de un proceso penal y su prosecución", en Revista de Derecho Procesal Penal, N° 2006-2, La injerencia en los derechos fundamentales del imputado – II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, ps. 27-48.

- "Sobre la contradicción irreconciliable entre el deber de averiguación de la verdad (parágrafo 244, punto segundo, del Código de Procedimiento Penal alemán) y los acuerdos de juicio abreviado en el proceso penal. También: sobre posibles fundamentos de una argumentación constitucional insuficiente", en Revista de Derecho Procesal Penal, N° 2016-1, El juicio y la litigación oral – I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, ps. 13-29.

HAIRBEDIÁN, Maximiliano, ZURETA, Federico, La disponibilidad de la acción en el Código Procesal Penal Federal, editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2020, p. 68.

HERBEL, Gustavo A. y REGO, Carlos S., Investigación penal preparatoria. Estructura del modelo procesal acusatorio, Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

HIGHTON, Elena I., ÁLVAREZ, Gladys S. y GREGORIO, Carlos G., Resolución alternativa de disputas y sistema penal, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998.

HIRSCH, Hans Joachim, Derecho Penal. Obras completas, t. III, La reparación del daño en el marco del Derecho Penal material, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999.

JAUCHEN, Eduardo, Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017.

- Estrategias de litigación penal oral, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014.
- Proceso penal. Sistema acusatorio adversarial, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015.
- Estrategias para la defensa en juicio oral. Sistema acusatorio adversarial, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015.

LEDESMA, Angela E., El debido proceso penal 5, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

LOZADA, Luis G., La suspensión del juicio a prueba en delitos tributarios y aduaneros. Inconstitucionalidad del art. 19 de la ley 26.735, ED, 267-1, 2016.

MAIER, Julio B. J., “¿Inquisición o composición?”, en Bertolino, Pedro y Bruzzone, Gustavo (comp.), Estudios en homenaje al Dr. Francisco j. D’Albora, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005.

- “¿Es la reparación una tercera vía del derecho penal?”, en El penalista liberal, Hammurabi, 2004
- “¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho?”, en Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?: N° 1, Di Plácido, Buenos Aires, 2000.
- Derecho Procesal Penal, t. I, Fundamentos, 2ª ed., 4ª reimpr., Del Puerto, Buenos Aires, 2012.

MARCHISIO, Adrián, El juicio abreviado y la instrucción sumaria. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 134.

MILL, Rita, Principios fundamentales en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, en Revista de Derecho Penal, N° 2015-1, El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Ley 27.063 – I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, ps. 107-123.

MONTELEONE, Romina, “Reglas de disponibilidad de la acción en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación”, Revista Derecho Penal, Año IV, N° 10, Octubre de 2015, Ediciones Infojus, pág. 119, Id SAIJ: DACF150813.

PASTOR, Daniel, Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2015.

- Recodificación penal y principio de reserva de código, Buenos Aires, Ad Hoc, 2005

RAFECAS, Daniel E., “La estimación de la pena por parte del fiscal en el marco del “juicio abreviado””, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, N° 12, 2001.

ROXIN, Claus, “La reparación en el sistema de los fines de la pen”a, en De los delitos y de las penas, Julio B. J. Maier (comp.), 1992, p. 143.

RUSCONI, Maximiliano, “Mediación en el sistema penal: hacia una política criminal guiada por el conflicto y su solución”, en Bertolino, Pedro y Bruzzone, Gustavo (comp.), Estudios en homenaje al Dr. Francisco j. D’Albora, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005.

SANCHEZ RODRIGUEZ, Viviana, “La conciliación en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación”, en Erreius Online, marzo de 2015.

SUEIRO, Carlos Christian, La naturaleza jurídica de la reparación del daño desde una perspectiva penológica, criminológica, dogmática, procesalista y político criminal, Editorial Di Placido, 2006.

- “La reparación del daño en el nuevo sistema penal argentino”, en El debido Proceso Penal 3, 1ª ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2020.

VARGAS, Juan Enrique, “Problemas de los sistemas alternos de resolución de conflictos como alternativa de política pública en el sector judicial”, en Sistemas Judiciales. Una perspectiva integral sobre la administración de justicia, CEJA, Año 1, N° 2, INECIP, Buenos Aires, 2002.

VERNETTI, Ana María, La reparación plena del art. 1740 del Código civil y comercial de la Nación Argentina. Apreciaciones en materia ambiental. Análisis Crítico de su aplicación a los derechos de incidencia colectiva, <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/09/Doctrina2045.pdf>

VITALE, Gustavo, Suspensión del proceso a prueba, 2º ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.