



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE MAESTRÍA

EL DERECHO DEL IMPUTADO A Oponerse a los Principios de Oportunidad

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Nombre del Tesista: Abog. María Mercedes Rus

Nombre del Director: Dra. María Belén Salido

Mendoza, 2021



“El se habría conformado con una cárcel. Llegar al final estando preso –eso sí sería una meta de su vida.”

(Althusser, 1985)

“...el preso en realidad estaba libre, podía participar de todo, no se le escapaba nada de lo que fuera, incluso habría podido abandonar la jaula, los barrotes estaban a muchos metros unos de otros, el ni siquiera estaba preso.”

(Fran Kafka, 1920)



Agradecimientos.

Al Dr. Roberto Sergio Lavado, quien me viera transitar los primeros e inexpertos pasos por el fuero penal. Siempre preciso, siempre correcto, siempre educador, gracias.

A la Dra. María Belén Salido por su dirección en esta tesis. Gracias a su tiempo y dedicación. Gracias por su motivante interpelación, sus acertadas correcciones y por su soberana mirada técnica y académica.

Al Lic. Fernando Bertonati por encauzar mi curiosidad en el psicoanálisis y en este trabajo en particular.

A la Facultad de Derecho de la UNCuyo por sus propuestas educativas y de formación.



ÍNDICE

CAPÍTULO I: De los principios de oportunidad al derecho de oposición del imputado

I.1.- De los principios de oportunidad.....	9
I.2.- Fundamentación de los principios de oportunidad.....	16
I.3.- De los principios de oportunidad a la oposición. Redescubriendo su naturaleza jurídica.....	23

CAPÍTULO II: El derecho del imputado a oponerse a los principios de oportunidad

II.1.- Ejercicio del derecho frente al paradigma de la disponibilidad de la acción por el Ministerio Público Fiscal.....	35
II.2.- Del derecho de oposición al derecho a la jurisdicción.....	55
II.3.- Bases legales y constitucionales del derecho a la jurisdicción.....	63
II.4.- Relación y diferencia con otros derechos en el marco del debido proceso.....	73

CAPÍTULO III: Una pretendida justificación psicoanalítica y literaria

III.1.- Desmitificando el principio de inocencia. El impacto de la imputación sobre la persona.....	86
---	----



III.2.- Una pretendida justificación desde el psicoanálisis.....	98
III.3.- Una pretendida justificación literaria.....	104
III.4.- El caso de Louis Althusser.....	107
CAPÍTULO IV: El porvenir es largo. Esbozando conclusiones	
.....	118
BIBLIOGRAFÍA.....	126



La ley procesal penal de la Provincia de Mendoza N° 6730 introdujo en el proceso penal local, los llamados “*Criterios de Oportunidad*”, una modalidad por la cual, el Ministerio Público, bajo los parámetros de insignificancia delictual, mínima culpabilidad o participación del investigado, solución del conflicto, entre otros, puede solicitar al Juez de Garantías, que se suspenda total o parcialmente la persecución penal, que se limite a alguna o varias de las infracciones o a alguna de las personas que participaron del hecho. Si el órgano jurisdiccional admite la solicitud para aplicar un criterio de oportunidad se produce la suspensión de la persecución penal con respecto al autor o partícipe en cuyo beneficio se dispuso.

Ahora bien, la ley N° 7007 de Mendoza, de correcciones integrales a la norma referida, introdujo en el artículo 27 del Código Procesal Penal de Mendoza, el derecho del imputado a oponerse a la suspensión de la persecución penal y solicitar que continúe el trámite de la causa.

Se ha pretendido negar esta prerrogativa considerando que si quien tiene el rol de acusador y es el titular de la pretensión decide no ejercerla, no podría impulsar el progreso del proceso el imputado y menos ponerlo en manos del órgano jurisdiccional. Se ha considerado que si así fuese, se violaría el principio acusatorio y la división de roles que este impone con mengua al debido proceso.

A esto se sumarían consideraciones utilitaristas relacionadas al nacimiento y la fundamentación de los principios de oportunidad y su desembarco en la amplia disponibilidad atribuida al Fiscal, como forma de eficientizar el sistema judicial del fuero penal.

Frente a ello podríamos ensayar las siguientes preguntas cuyas posibles respuestas harían camino en orden a acreditar el derecho cuestionado y sus implicancias, entre ellas la posible consideración de un derecho del imputado al juicio oral y público.

¿Correspondería otorgar al imputado la posibilidad de oponerse a la pretensión fiscal de aplicar los principios de oportunidad? ¿Procedería aún contra la amplia disponibilidad otorgada al Ministerio Público en las últimas reformas a la ley de forma, fundada en el



paradigma del principio acusatorio y su poder como titular de la acción penal? ¿Podría decirse que aquella oposición sería disruptiva respecto a los fundamentos de eficiencia y economía procesal que plantea la incorporación de los criterios de oportunidad como medio para procurar la finalización de causas judiciales? ¿Debe considerarse que el imputado tiene un “derecho” a dicha oposición?

Asimismo, ¿este derecho sería invocable solo por quien se encuentre imputado en una causa? ¿Con qué fin se esgrimiría dicha oposición? ¿Llegar a un juicio público y plenamente contradictorio, obtener una resolución sobre el fondo, salvar un honor mancillado por la iniciación de causa en su contra, etc...?

En este último sentido, ¿La vigencia de la presunción de inocencia no actuaría como enervante de la pretensión? ¿Lo propio no ocurriría con las reformas que a nivel de fondo y de forma en tanto posibilitarían obtener un sobreseimiento menos aletardado que lo que suponía el estado de situación antes de las reformas, respecto al archivo? ¿Sería válida la pretensión de encontrar legitimación a partir del “derecho a la jurisdicción” que fundaría la vigencia de un derecho a la prosecución del proceso e incluso, un derecho al juicio como derechos fundantes subyacentes? ¿Cuál sería el plexo normativo sobre él podría asentarse dicha consideración? ¿Solo sería justificable el derecho de oposición para aquel que se reconociera inocente o también sería válido y podría fundarse para aquel que se reconociera culpable?

Trataré de sostener la verosimilitud de la oposición como un derecho del imputado que comparte raíz con el derecho mismo a la jurisdicción, que sonando de un tiempo a esta parte fuertemente vinculado a la víctima como tutela judicial efectiva, no sería ilógico traspolarlo y redescubrirlo en cabeza misma del imputado, a partir de los principios legitimantes que al respecto convida el debido proceso.

Subyacen a esa pretensión algunas cuestiones, por un lado que la imputación produce un efecto estigmatizante que no sería enervado eficazmente por la finalización del proceso a partir del acogimiento al “beneficio” de los principios de oportunidad, permitiéndonos cuestionar tal adjetivación que supo invadir por momentos toda consideración sobre dichos criterios y su aplicación alentada por la esperanza dogmática de encontrar allí atisbos de la justicia restaurativa anhelada.



Por otro lado, el miramiento sobre que la instancia de instrucción, donde se cerraría el caso con la aplicación de los principios de oportunidad, supondría un dialogo mucho menos dialéctico y por tanto menos permeable al contradictorio. En tanto que la etapa plenaria del juicio o debate sí permitiría un desarrollo adversarial, donde además se decidiría sobre el fondo, siendo éste, un escenario que, en plena vigencia de los principios del debido proceso legal, sería oportunidad de eventual reivindicación personal y social.

Y ello tendría sentido no solo para quien se reconozca inocente, sino también para quien se sabe culpable, no solo desde la perspectiva de categorías jurídicas, sino más bien, en su alcance amplio considerando especialmente la vivencia subjetiva del sometido a proceso y los significados que él atribuye tanto al proceso, al fin del mismo, como a su posible demanda de redención.

Sería el momento donde, con la curiosidad como escudo de justificaciones basadas únicamente en perspectivas dogmático jurídicas, nos adentraríamos en una visión psicoanalítica para explicar cómo aún en el caso de un sujeto “culpable”, el proceso judicial puede ser un ámbito pretendido por el acusado.

Con ese fin, el abordaje de un diseño metodológico que abarca el estudio de un caso en particular, cuya técnica de recolección es una autobiografía, la del reconocido filósofo Louis Althusser.

El caso elegido se justifica como herramienta de apoyo en orden a la explicación del problema, con el fin de lograr una real aproximación al sentimiento del sujeto frente al sistema judicial, más específicamente el proceso penal que le fuera negado. En la obra se visibilizará su protesta frente al “no ha lugar” judicial que lo dejó sin proceso, sin posibilidad de dar respuestas, sin paz y en definitiva, sin “sujeción a la ley”.



CAPÍTULO I: De los principios de oportunidad al derecho de oposición del imputado

I.1.- De los principios de oportunidad

Para explicar los principios de oportunidad someramente a los efectos de adentrarnos en el tema específico, debemos partir de la consideración del principio de legalidad procesal.

Por el se impone al Estado perseguir todos los casos penales de los que tenga noticia sin poder hacer cesar la acción penal. Así, el principio de legalidad puede ser entendido como el deber que tienen ciertos representantes estatales, el Ministerio Público, pero también, limitadamente, los órganos de policía, de promover y mantener la investigación de todo hecho con suficiente apariencia delictiva en la búsqueda de una resolución de carácter jurisdiccional que ponga fin a dicha investigación, y, en su caso, atribuya responsabilidades.

La idea subyacente es que cuando se viola una prohibición o un mandato penal previsto en la ley, como imperativo de los representantes del pueblo, ello debe conducir a una consecuencia jurídica, sin que la voluntad de ningún órgano sujeto procesal condicione la actuación de ley.

Todo el sistema punitivo estatal reconoce origen y razón en el aseguramiento de la paz social y la protección de las personas tanto como de sus bienes. Fines que asumió el estado satisfacer concomitante con su nacimiento que expropió la función jurisdiccional que había quedado retenida hasta entonces por los privados, la llamada “autotutela” o “justicia privada”.



Se argumenta que este principio contribuye a la vigencia misma de la división de poderes, puesto que implica el mandato del poder legislativo cumplido por el poder judicial al perseguir y sancionar, todo lo cual quedaría de alguna forma parcialmente enervado por la aplicación de los principios de oportunidad.

En este sentido y a los efectos de esta tesis, es importante resaltar que dicha obligación estatal constaría de dos momentos; el momento de “excitar” y el de “mantener” la acción.

Por el contrario, los principios de oportunidad suponen, que el Fiscal ejercite la acción penal con arreglo a su discrecionalidad, en determinados supuestos regulados legalmente, con mayor o menor alcance según lo determine justamente la legislación.

Se han definido como el sistema por el cual el Estado sobre determinados parámetros prevé no iniciar la persecución penal o bien tomar en el marco de dicha persecución ya iniciada, caminos alternativos a su natural consecuencia: aplicar una reacción penal por ese hecho o aplicarla sin cumplir todos los pasos que exige el sistema, con cierta flexibilización de sus reglas, juicio abreviado, etc., o reemplazarla.

No se trataría en principio de despenalizar conductas sino de dar un tratamiento penal diferenciado del conflicto social encarnado por el hecho delictivo. Claro que esta opinión presupone el hecho delictivo, aun cuando no hay investigación que dé cuenta de su avance o certeza probable de su acaecimiento.

La doctrina más clásica habla de una posibilidad acordada por ley a favor de los órganos encargados de la persecución penal, por razones de política criminal o procesal, de no iniciar la persecución o de suspender provisionalmente la ya iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar.

Se trataría de una facultad –sobre lo cual se profundizará luego- que asiste al titular de la acción penal para disponer de su ejercicio, bajo determinadas condiciones, con relativa independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado.

He aquí quizás lo más disruptivo de la consideración de estos criterios de oportunidad, puesto que funcionan a pesar y pese a estar frente a un ilícito penal, desdibujándose por

momentos si la oportunidad es para el sometido a proceso de rever su conducta y reivindicarse en tal sentido, teniendo en este caso una función misericordiosa casi moralizante; o la oportunidad es para el Estado, más precisamente para el sistema judicial, de poder criteriosamente efficientizar la puesta en marcha del aparato judicial en los casos más importantes. Claro está, el desafío estará siempre en la razonabilidad con que se fijen los supuestos y criterios de aplicación de estos principios.

En el marco general y en la legislación comparada se reconocen dos sistemas el de la oportunidad absoluta, donde la regla es la discrecionalidad absoluta del fiscal tanto para iniciar una investigación como para suspenderla o hacerla cesar, y el modelo reglado que es el aplicado en nuestro país, donde dicha “discrecionalidad” estaría reglada.

Un reduccionismo nos llevaría a pensar a estos criterios de oportunidad como siempre contrapuestos al principio de legalidad, sin embargo en nuestro país se los ha obligado a convivir.

Así el artículo 3 inciso 3 de la Ley 8008¹ establece: “Artículo 3° - Principios que regulan su actuación: 3) Legalidad y oportunidad: el Ministerio Público Fiscal ejercerá, con arreglo a la presente Ley y los principios establecidos en el Código de Procedimiento Penal de Mendoza, la acción penal y requerirá la justa aplicación de la ley, sin perjuicio de solicitar a los tribunales la suspensión total o parcial de la persecución penal en los casos que sea procedente con arreglo a los principios establecidos en el Código de Procedimiento Penal de Mendoza, a excepción de los delitos que aparezcan cometidos por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones o en perjuicio de la Administración Pública.”

Me parece interesante la interpretación que supone que ambos principios, legalidad-oportunidad, referidos a la persecución penal pública, acentúan diferentes aspectos o concepciones del derecho. El de legalidad destacaría la idea de justicia y el de oportunidad la idea de finalidad, entendida como efectividad en la aplicación del derecho, inteligencia en la selección de los supuestos de aplicación, eficiencia, etc...

Por lo que se verá, no resulta extraño que se sostenga que una adecuada combinación de ambos principios permitiría, a partir del reconocimiento de las limitaciones del sistema

¹ Legislatura de Mendoza. 2009. Ley 8008. Ley Orgánica del Ministerio Público.



penal, lograr una administración de justicia más racional y adecuada a la idea de Estado democrático de derecho.

La proposición arriba esbozada podría sintetizarse con la conocida y repetida frase: “...tanta legalidad como sea posible; tanta oportunidad como sea necesario...”.

En dicho entendimiento los criterios de oportunidad se fueron filtrando en los códigos procesales penales aunque con diferentes modalidades y un mismo motivante.

La jurisprudencia nacional ha legitimado a las legislaciones provinciales en tal sentido, entendiendo que las facultades provinciales en materia procesal deben ser asumidas sin perjuicio de las normas que de este carácter dicte el Congreso para asegurar la vigencia y ejercicio de determinados derechos.

Jurisprudencialmente se tiene ratificado que las provincias no delegaron las facultades legiferantes en materia procesal y que lo esencial en dicho sentido corresponde a aquellas legislarlo siendo patrimonio local.

De provincia en provincia se fueron traspolaron aquéllas razones que justificaban su incorporación, mayor eficacia del sistema penal, incapacidad de los erarios oficiales para enfrentar todo asunto penal por medio del debate oral y público y mayor ventaja para evitar mora, burocratización y deficiencia en los sistemas anoticiadores del delito, entre tantos otros.

En la actualidad estos criterios se hayan contemplados en casi la totalidad de las jurisdicciones. Así lo establecen, el nuevo Código Procesal Penal de la Nación² en su artículo 25³ y lo dispuesto en la Sección 2° del Título II, el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires⁴ en su artículo 6⁵ y en el artículo 56 ss. y cc, el Código Procesal Penal de

² Congreso Nacional Argentino. 2014. Ley 27063. Decreto 118/2019. CPPN.

³ Artículo 25.- Acción pública. La acción pública es ejercida por el Ministerio Público Fiscal, sin perjuicio de las facultades que este Código le confiere a la víctima. El Ministerio Público Fiscal debe iniciarla de oficio, siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley. (CPPN).

⁴ Legislatura de la Provincia de Buenos Aires. 1997. Ley 11.922. Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. CPPBA.

⁵ Artículo 6.- Acción pública. La acción penal pública corresponde al Ministerio Público Fiscal, sin perjuicio de la participación que se le concede a la víctima y al particular damnificado. Las peticiones del particular damnificado habilitarán al Juez o Tribunal a abrir o continuar el juicio, a juzgar y a condenar con arreglo a las disposiciones de éste Código. La participación de la víctima como del particular damnificado no alterará las facultades concedidas por la ley al Ministerio Público, ni lo eximirá de sus responsabilidades.



la Provincia de Córdoba⁶ en el artículo 5⁷ y Sección Segunda del Capítulo I, el Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut⁸ en su artículo 37⁹ y Segunda Sección del Capítulo I, en el Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe¹⁰ en su artículo 16¹¹ y en el Capítulo II, el Código Procesal Penal de Salta¹² en su artículo 231¹³, el Código

El ejercicio de la acción no podrá suspenderse, interrumpirse, ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley. (CPPBA).

⁶ Legislatura de la Provincia de Córdoba. 1992. Ley 8123. Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. CPPC.

⁷ Artículo 5.-Acción promovible de oficio. La acción pública es ejercida por el Ministerio Público, sin perjuicio de las facultades que este Código le confiere a la víctima.

El Ministerio Público debe iniciarla de oficio, siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse, ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley. (CPPC).

⁸ Legislatura de la Provincia de Chubut. 2006. Ley XV N 9. Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut. CPPChu.

⁹ Artículo 37. Acción Penal. La acción penal pública corresponde al Ministerio Público Fiscal [Artículo 195, 3, C.Ch.], sin perjuicio de la participación que se concede a la víctima o a los ciudadanos.

Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar excepto en los casos expresamente previstos en la ley.

El ejercicio de la acción penal pública dependerá de instancia sólo en aquellos casos previstos expresamente en el Código Penal o en las leyes especiales. (CPPChu).

¹⁰ Legislatura de la Provincia de Santa Fe. 2007. Ley 12734. Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe. CPPSF.

¹¹ Artículo 16.- Acción promovible de oficio.- La preparación y el ejercicio de la acción penal pública estará a cargo del Ministerio Público Fiscal, quien podrá actuar de oficio siempre que no dependiera de instancia privada. Podrá sin embargo estar a cargo del querellante, en los términos de este Código. Las peticiones del querellante habilitarán a los Tribunales a abrir o continuar el juicio, a juzgar y a condenar con arreglo a las disposiciones de éste Código. La participación de la víctima como querellante no alterará las facultades concedidas por la ley al Ministerio Público, ni lo eximirá de sus responsabilidades. El Ministerio Público estará obligado a promover la acción penal pública de los hechos punibles que lleguen a su conocimiento, siempre que existan suficientes indicios fácticos de la existencia de los mismos. Cuando sea pertinente, se aplicarán los criterios de oportunidad legalmente establecidos. (CPPSF).

¹² Legislatura de la Provincia de Salta. 2011. Ley 7690. Código Procesal Penal de la Provincia de Salta. CPPS.

¹³ Artículo 231.- Criterios de oportunidad. No obstante el deber impuesto por el artículo 5º, el Fiscal podrá decidir mediante decreto fundado el cese del ejercicio de la acción penal, total o parcialmente, o su limitación a alguna o varias infracciones, o a algunas de las personas que participaron en el hecho, de acuerdo a los criterios de oportunidad que a continuación se establecen taxativamente: (...). (CPPS).



procesal Penal de Santiago del Estero¹⁴ en su artículo 6¹⁵, el Código Procesal Penal de La Pampa¹⁶ en su artículo 8¹⁷, entre otros.

La gran mayoría de las legislaciones de forma optaron por incluir la facultad del Ministerio Público Fiscal en la misma disposición que regula la “acción pública” históricamente apropiada por el principio de legalidad procesal. Para lo cual usaron fórmulas como: “excepto en los casos expresamente previstos por la ley” y “cuando sea pertinente, se aplicarán los criterios de oportunidad legalmente establecidos”. A su vez, varios códigos locales ya contemplan la reconvención de la acción a favor de la víctima, con fórmulas como “sin perjuicio de la participación que se concede a la víctima o a los ciudadanos”, aclarando en su parte pertinente que consagran el derecho de la víctima a continuar por acción privada frente a la extinción de la acción pública. Lo que tendrá su efecto para el análisis de la tesis aquí propuesta.

Con una redacción particular el Código de Procedimientos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹⁸, consagra el poder de disposición del fiscal sobre la acción pública en el

¹⁴ Legislatura de la Provincia de Santiago del Estero. 2009. Ley 6941. Código Procesal Penal de la Provincia de Santiago del Estero. CPPSE.

¹⁵ Artículo 6.- Acción pública. La acción penal pública corresponde al Ministerio Público Fiscal, sin perjuicio de la participación que se le concede a la víctima y al querellante particular. Las peticiones del querellante particular habilitarán al Juez o Tribunal a abrir o continuar el juicio, a juzgar y a condenar con arreglo a las disposiciones de este Código. La participación de la víctima como del querellante particular no alterará las facultades concedidas por la ley al Ministerio Público, ni lo eximirá de sus responsabilidades. El ejercicio de la acción no podrá suspenderse, interrumpirse, ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley. (CPPSE).

¹⁶ Legislatura de la Provincia de La Pampa. 2006. Ley 2287. Código Procesal Penal de la Provincia de La Pampa. CPPLP.

¹⁷ Artículo 8.- Naturaleza. Ejercicio. La acción penal pública se ejerce por el Ministerio Público Fiscal, sin perjuicio de la participación que se le concede al querellante particular. Aquél deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, salvo en los casos expresamente previstos por la ley. (CPPLP).

¹⁸ Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2007. Ley 2303. Código Procesal Penal de CABA. CPPCABA.



artículo 199¹⁹, específicamente los incisos e), f), h), i), sin modificar lo dispuesto en el artículo 4²⁰ en oportunidad de legislar sobre la acción pública.

Ahora bien, estos criterios recepcionados en las legislaciones referenciadas responden a una interpretación restrictiva de lo que se consideran “principios de oportunidad”, diferenciables de otros institutos regulados en la ley de fondo –la mayoría preexistentes-, que suponen excepciones al progreso de la acción penal, basadas en distintas razones de política criminal de distinta naturaleza, encajando en causales de atipicidad, justificación, inculpabilidad y no punibilidad. En este sentido, el art. 64 del Código Penal²¹ -pago voluntario de la multa-, el artículo 117 C.P. –retractación en delitos contra el honor-, el artículo 116 C.P. –injurias recíprocas-, el artículo 185 C.P. –excusa absolutoria-, el 217 C.P. –revelación de la conspiración para cometer el delito de traición a la patria, art. 43 C.P. –desistimiento de la tentativa-, el artículo 44 C.P.–delito imposible-, el art. 16 Ley 24769²² –pago de obligaciones tributarias-, los artículos 17 al 21 Ley 23737²³ y arts. 76 bis y ss. CP–suspensión del juicio a prueba, entre otros.

Luego, lo cierto es que al menos en nuestro sistema estos principios consagrados en las normas procesales, hacen convivir un principio de legalidad procesal como regla con una

¹⁹ Artículo 199.- Archivo de la denuncia y de las actuaciones de prevención. revisión. El archivo de las denuncias y de las actuaciones de prevención procederá cuando: (...).

e. La naturaleza e importancia del hecho no justifiquen la persecución, cuando la decisión no contraríe un criterio general de actuación.

f. Con la conformidad del/la Fiscal de Cámara, cuando fuera indispensable respecto de algún/a imputado/a para asegurar el esclarecimiento del hecho y/o el éxito de la pesquisa respecto de otros autores, coautores y/o partícipes necesarios que se consideren más relevantes y aquél/la hubiera dado datos o indicaciones conducentes al efecto. El/la imputado/a beneficiado/a quedará obligado/a a prestar declaración como testigo en caso de ser convocado/a y deberá ser informado/a fehacientemente de esta obligación antes de disponerse el archivo.

(...).

h. Se hubiera arribado y cumplido el acuerdo previsto en el Art. 204 inciso 2°. También se podrá archivar si no se cumplió el acuerdo por causas ajenas a la voluntad del/la imputado/a pero existió composición del conflicto. Para que proceda el archivo por esta causa en caso de pluralidad de víctimas, deberá existir acuerdo con la totalidad de ellas.

i. Con la conformidad del/la Fiscal de Cámara en los delitos culposos, cuando el/la imputado/a hubiera sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave que torne innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena. (CPPCABA).

²⁰ Artículo 4.- Ejercicio de la acción por el Ministerio Público Fiscal.

El Ministerio Público Fiscal ejercerá la acción pública y practicará las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho. Tendrá a su cargo la investigación preparatoria, bajo control jurisdiccional en los actos que lo requieran. La promoverá de oficio, siempre que no dependa de instancia privada.

Nadie podrá ser perseguido ni encausado más de una vez por el mismo hecho, aunque se modifique su calificación legal, el título o el grado del delito o la forma de participación atribuidos. (CPPCABA).

²¹ Congreso de la Nación Argentina. 1984. Ley 11179. Código Penal Argentino. C.P.

²² Congreso de la Nación Argentina. 1997. Ley 24769. Régimen Penal Tributario.

²³ Congreso de la Nación Argentina. 1989. Ley 23737. Ley de Estupefacientes.



oportunidad “reglada”, que responde más a razones pragmático utilitaristas que a una concepción restaurativa del sistema penal, como se verá.

I.2.-Fundamentación de los principios de oportunidad

Avanzar sobre la fundamentación de los principios de oportunidad, es una inevitable ocasión en el camino hacia una interpretación sobre su naturaleza jurídica, que pivota entre ser derecho, facultad o beneficio para el imputado.

Ello según el entendimiento de que lo que sirve de fundamento no puede poseer una naturaleza divergente a lo que resulta fundamentado.

Los principios de oportunidad en general, en su origen –vinculados a la *probation* y *bargaining* estadounidense- y en los regímenes en que haya recepción, encuentran su fundamento en la necesidad de descongestionar el saturado sistema judicial, permitiendo evitar los irracionales efectos que en la práctica provoca el abarrotamiento de causas.

Se argumentó extensamente en su favor que estos principios eran la respuesta ante la ingenuidad del sistema de legalidad procesal *estricto sensu*, que se basaba en la ilusión mágica de perseguir todos los casos y alcanzar así la verdad material demandada por el sistema jurídico penal.

Fue la forma de canalizar la selectividad intrínseca de la persecución penal, evitando su carácter de “estigmatizante” y sus desigualdades, ajustándola a criterios predeterminados asignándoles responsables y brindándole controles.

Ello como válida forma de concentrar recursos en la persecución y sanción de los hechos más graves o que conmocionan o ponen en jaque más gravemente la vigencia de la norma.



Expresamente lo consagra así el Código Procesal Penal de Entre Ríos²⁴ al disponer en su artículo 5 que:

“Artículo 5: (...) El Procurador Fiscal General podrá establecer pautas objetivas para la priorización de la investigación de determinados delitos, de acuerdo a las necesidades de cada circunscripción judicial, así como también teniendo especialmente en cuenta la insignificancia de los hechos, la conciliación entre las partes, el expreso pedido de la víctima para que el Fiscal se abstenga de ejercer la acción penal y la reparación del perjuicio causado por parte del imputado. En ningún caso, estas pautas afectarán las investigaciones de los delitos cometidos contra la Administración Pública en las que los acusados fueran funcionarios o empleados públicos.”

Desde un punto de vista se esgrime el favorecimiento del imputado a fin de no exponerlo ante una reacción penal injustificada, dado los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de la libertad y teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad.

Ello tanto como la responsabilidad fiscal basada en el principio de prudencia que exige que no debería estimular que sigan casos donde no hay posibilidades de obtener condena, y que esto le es exigible objetiva y éticamente.

Se aduce también como fundamento la elevada carga laboral de la rama judicial y la exagerada congestión en los centros penitenciarios.

En este sentido, el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, hace alusión a que el fiscal deberá procurar “racionalizar y otorgar eficacia sus intervenciones” y que deberá “propender a la economía procesal”, así el artículo 56²⁵.

Así también expresamente lo consagra el Código Procesal Penal de Santa Fe al referenciar como objetivos del fiscal la “búsqueda de la simplicidad y abreviación”, en su artículo 13²⁶.

²⁴ Legislatura de Entre Ríos. 2007. Ley 9754. Código Procesal Penal de la Provincia de Entre Ríos. CPPER.

²⁵ Artículo 56.- (...). Procurará racionalizar y otorgar eficacia a sus intervenciones pudiendo aplicar criterios de oportunidad en cualquier etapa del proceso, especialmente a través de aquellos institutos que propiciaren la reparación de la víctima; sin perjuicio de propender a la economía procesal mediante el juicio abreviado u otro mecanismo dispuesto a tal fin. En la Investigación Penal Preparatoria, tendrá libertad de criterio para realizarla, sin perjuicio de las facultades acordadas por la ley, al Procurador General de la Suprema Corte de Justicia y a los respectivos Fiscales Generales departamentales. (CPPBA).

²⁶ Artículo 274.- (...). En oportunidad de esta audiencia y de acuerdo a lo establecido en el artículo 13, el Fiscal, en búsqueda de los objetivos de simplicidad y abreviación propondrá los acuerdos previstos por este Código. (CPPSF).



Algo parecido aunque más referido a los principios de la justicia restaurativa, la Ley 8008 de Mendoza en tanto establece como función del Ministerio Público en general la de:

“Artículo 12: Formas de conciliación. El Ministerio Público Fiscal podrá propiciar y promover la utilización de todos los mecanismos de mediación y conciliación, que permitan la solución pacífica de los conflictos. Con noticia de cada una de las partes interesadas y de la víctima o damnificado, que en caso de desacuerdo, podrá solicitar la conversión de la acción pública en privada, en los casos que la legislación así lo autorice, a excepción de los delitos que aparezcan cometidos por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones, o en perjuicio de la administración pública.”

En los casos de delitos insignificantes se aduce que al tener escaso impacto social los principios de oportunidad van acordes con el interés general y la utilidad pública. Lo que favorecería un reordenamiento racional de los recursos disponibles, mayor eficiencia y eficacia del sistema y evitaría el desgaste del aparato jurisdiccional, proveyendo la asignación de recursos al servicio de la represión de las conductas delictivas que más preocupan a la comunidad.

Según ello, por intermedio de los criterios de oportunidad se puede brindar una contribución útil a la solución de problemas coyunturales del sistema penal, siendo los objetivos principales dos: la descriminalización de hechos punibles a fin de evitar la aplicación del poder penal donde otras formas de reacción pueden alcanzar mejores resultados; y la eficiencia del sistema en aquellas áreas o para aquellos hechos en los que resulta indispensable su actuación como método social en procura del descongestionamiento de una justicia penal sobresaturada de casos.

Ante este estado de cosas se impuso la necesidad de estudiar mecanismos alternativos que permitieran resolver el caso de una manera rápida y eficaz. Así es que se generó un consenso respecto a la conveniencia en las actuales circunstancias de aplicar el criterio de selectividad en relación a las causas y también respecto de la racionalización de los esfuerzos y recursos del Estado, los cuales -rápidamente se argumentó- deberían dirigirse solo respecto de aquellos ilícitos en que realmente se considere que vale la pena semejante esfuerzo, desde el punto de vista del interés público, que es el pilar que se invoca para sostener dichos criterios.



Consecuentemente y ante la imposibilidad práctica de perseguir todos los delitos en orden al principio de legalidad, como ha quedado apuntado precedentemente, aparece el principio de oportunidad procesal. Sobre todo en el marco de la complejización de la sociedad actual. La realidad así lo confirma, desde que aquella no estaría interesada en igual medida en la persecución de todos los delitos.

No obstante, esta herramienta de descomprensión del sistema como tal ha merecido sus críticas.

“En este contexto histórico aparece la probation, y en tal sentido recuérdese que del total de los delitos denunciados, menos del 2% llega a una condena cierta, lo que demuestra de manera elocuente la ineficiencia policial y judicial, tanto en la prevención, como en la persecución eficaz del delito y la falta de sanción a los delincuentes que desalienta a la sociedad, provocando falta de credibilidad en los organismos mencionados precedentemente y en consecuencia se echa por tierra el principio constitucional que impone afianzar la justicia” (Azerrad & Florio, 2005, pp. 221-222).

Por mi parte, algunos reparos.

Visibilizando esta cuestión, el riesgo se ciñe sobre la posibilidad de perder razonabilidad en la selección o en la reglamentación legal.

En este sentido es ilustrativo lo que pasa con el Código de Procedimientos Penal de Ciudad Autónoma de Buenos Aires donde específicamente las distinciones que se realizan no parecen superar –sin alguna objeción– un control de logicidad. Parte de una consideración general de casos ²⁷ que incorpora cuestiones de fondo, de obstaculización para la

²⁷ Artículo. 199.- Archivo de la denuncia y de las actuaciones de prevención. revisión. El archivo de las denuncias y de las actuaciones de prevención procederá cuando:

- a. A criterio del Ministerio Público Fiscal el hecho resulte atípico.
- b. A criterio del Ministerio Público Fiscal la acción esté prescripta o extinguida. Esta decisión deberá ser convalidada por el/la Juez/a.
- c. El/la autor/a sea inimputable o se encuentre amparado/a en alguna causa de justificación o exención de pena. Esta decisión deberá ser convalidada por el/la Juez/a.
- d. De la objetiva valoración de los elementos acompañados surja claramente que no hay posibilidad de promover la investigación o individualizar a los autores del hecho.
- e. La naturaleza e importancia del hecho no justifiquen la persecución, cuando la decisión no contraríe un criterio general de actuación.
- f. Con la conformidad del/la Fiscal de Cámara, cuando fuera indispensable respecto de algún/a imputado/a para asegurar el esclarecimiento del hecho y/o el éxito de la pesquisa respecto de otros autores, coautores y/o partícipes necesarios que se consideren más relevantes y aquél/la hubiera dado datos o indicaciones conducentes al efecto. El/la imputado/a beneficiado/a quedará obligado/a prestar declaración como testigo en caso de ser convocado/a y deberá ser informado/a fehacientemente de esta obligación antes de disponerse el archivo.
- g. Con la conformidad del/la Fiscal de Cámara, respecto de algunos de los hechos investigados, cuando contra una o varias personas se investiguen varios hechos y por el concurso real de delitos se hubiera arribado con sólo algunos de



procedencia de la investigación y cuestiones que dependen de una amplia discrecionalidad Fiscal. La inclusión de los supuestos como tal, no merece mayor objeción, puesto que desde una interpretación amplia, tanto cuestiones de fondo, excusas absolutorias, causas justificantes, etc..., entrarían en el concepto general “principios de oportunidad”, según ya se anticipó. Lo que importa es que justamente se realiza una discriminación de los efectos según los distintos supuestos²⁸. Y expresamente se dispone que en algunos casos, todos propios de los principios de oportunidad en sentido estricto –tales los casos de acuerdo o de valoración sobre la naturaleza o importancia del hecho-, el archivo no será definitivo, consagrando que podría abrirse nuevamente el proceso cuando “aparecieran circunstancias que fundadamente permitieran modificar el criterio por el que se estimó injustificada la persecución y cuando se frustrara por actividad u omisión maliciosa del/la imputado/a el acuerdo de mediación”.

Todo lo cual, y a pesar de la posibilidad de recurrir a la extinción de la acción penal, demuestra la falta de logicidad que puede presentar la recepción legal en algunos casos.

Desde el lugar de la norma, también podría pronosticarse que difícil será el no ir modificando aquellos criterios de forma flexible ante demandas coyunturales cortoplacistas que hagan desconfigurar todo un sistema que se digne de lógico y coherente.

No otra cosa es lo que sucede a nivel del código de fondo, donde paradójicamente a una amplia recepción de criterios de oportunidad y de privatización de la acción a favor de las víctimas en las legislaciones de forma, se contraponen la “inflación penal”, mayor cantidad

ellos a la máxima escala de pena posible y/o resulte innecesaria la persecución por todos para arribar al resultado condenatorio adecuado.

h. Se hubiera arribado y cumplido el acuerdo previsto en el Art. 204 inciso 2º. También se podrá archivar si no se cumplió el acuerdo por causas ajenas a la voluntad del/la imputado/a pero existió composición del conflicto. Para que proceda el archivo por esta causa en caso de pluralidad de víctimas, deberá existir acuerdo con la totalidad de ellas

i. Con la conformidad del/la Fiscal de Cámara en los delitos culposos, cuando el/la imputado/a hubiera sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave que torne innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena. (CPPCABA).

²⁸ Artículo 203.- Efectos del archivo Si el archivo se hubiera dispuesto por las causas previstas en los incisos a). b)., c)., f). e i). del artículo 199, la resolución del/la Fiscal o en su caso del/la Fiscal de Cámara será definitiva y el Ministerio Público Fiscal no podrá promover nuevamente la acción por ese hecho. En los casos previstos en el inciso f). la víctima no podrá ejercer la acción penal contra el/la imputado/a respecto del/la cual se dispuso el archivo. Si el archivo se hubiera dispuesto por las otras causales previstas en el artículo mencionado, se podrá reabrir el proceso cuando se individualice a un/a posible autor/a, cómplice o encubridor/a del hecho, aparecieran circunstancias que fundadamente permitieran modificar el criterio por el que se estimó injustificada la persecución y cuando se frustrara por actividad u omisión maliciosa del/la imputado/a el acuerdo de mediación. (CPPCABA).

de delitos, agravantes y penas como respuestas a demandas, principalmente de seguridad, de gran parte de la comunidad.

Si esta sinergia se trasladara a la legislación procesal la crítica antedicha cobraría singular importancia.

Es que este análisis no puede desmerecer que el Código Penal mismo y la tipificación de ilícitos que contiene funciona y tiene un rol significativo, lo cual explica la razón por la cual la ciudadanía en general está menos dispuesta a modificarlo en el sentido de la despenalización.

Por otro lado, todo este sistema se sienta sobre una absoluta confianza en la actuación objetiva y ética del fiscal, que merecería la pena no terminar de asumir por completo.

Sobre todo si ello lo unimos con lo que supone la primera etapa del proceso, donde al decir de Ferrajoli (1995), es “menor el saber y mayor el poder” (p. 547).

El ejercicio de la acción penal exige una administración responsable y leal de las enormes potestades fiscales, lo que supone tanto que no esté dispuesto a renunciar inmotivada y livianamente al ejercicio del *ius puniendi*, como que no aumente las imputaciones en su entidad y calificación legal utilizando de forma abusiva las posibles consecuencias jurídicas aplicables a los hechos investigados –quizás cargados de mas- para forzar aceptaciones a sus pretensiones de suspender o cerrar el caso por estos sistemas anticipadamente.

Se sabe que cada persona que posee poder se haya impulsado a abusar del mismo. Ya paso con el “superpoderoso juez” que imponía el sistema anterior. Entonces si no se quiere defraudar lo que se le supo ganar a la ingente concentración de poder del juez inquisidor, habrá que pensar en resortes y controles cruzados.

Otro reparo tiene que ver con la trascendida pretensión de unir los principios de oportunidad al paradigma de la justicia restaurativa reivindicando en su espíritu la razón de ser de aquellos, lo que merecería algún análisis.

Si bien la “solución del conflicto” se encuentra prevista entre sus pautas de aplicación, esto no satisface las demandas de abordaje integral del conflicto penal desde otras ópticas o aristas. Es solo una opción de varias, al menos en el sistema provincial mendocino, por

más que este mismo sistema fije una disposición general en tal sentido²⁹. Y la justicia restaurativa, que desde sus entrañas se combina mejor con un sistema abolicionista, no tiene hoy, mal que nos pese, cabida legislativa autónoma.

No puede pretender proyectarse en estos criterios el paradigma mencionado, ni pensar que se ha logrado así diversificar la respuesta estatal a la controversia penal, pues seguimos en el marco de una confiscación inalterada de conflictos por parte del estado donde la respuesta estatal, más que reparatoria, terapéutica o conciliatoria –salvo algunas excepciones en este último aspecto-, sigue siendo punitiva, donde lo que cambia son los actores entre quienes se reparte el poder del ius puniendi con una símil lógica represivo penal.

Todo lo cual nos lleva a pensar que la fundamentación de estos criterios así como ha quedado expuesta supone un debate en torno a la administración de justicia como función atribuida exclusivamente a los órganos jurisdiccionales, el principio de igualdad, la discrecionalidad, la seguridad jurídica, la confianza y credibilidad del sistema, entre otras cosas.

Subyace el interesante debate sobre la necesidad de un nuevo contrato social que reparta de nuevos los naipes y redefine la competencia de la justicia como atribuida única y exclusivamente a la instancia judicial cuya realización se presupone siempre atravesada por un proceso jurisdiccional.

En relación es interesante la reflexión de Anitua, citado por Battola (2019), p. 75:

“La reforma debe [...] rechazar el modelo autoritario de confiscación de conflictos, y que solo ofrece más de lo mismo a las urgencias, temores y anhelos de los habitantes, y romper con la tendencia de la burocracia judicial a seguir haciendo lo mismo, peor con distinta racionalidad u otros nombres”.

Y en definitiva los argumentos y la fundamentación a la que aplican estos criterios en general cede fácilmente ante la crítica, puesto que presenta con vocación justificante a razones de orden utilitarista con base en problemas burocráticos. Los principios de oportunidad como un mandato nacido al rescate de los problemas de un poder estatal con falta

²⁹ Artículo 5.- Solución del conflicto los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas. (CPPMza).



de recursos y medios para hacer de la “administración de justicia”, una administración que implique “gestión” más que “selección”, en respeto del interés general y no, selección por escases de recursos.

En mi entendimiento y más allá de la intención con que se pretendan justificar estos criterios, lo cierto es que más que ampliar el abanico de respuestas estatales a las controversias de índole penal y con el sentido de la cita referenciada, y en dicho caso, funcionar -aun simbólicamente- de “respuesta” o “resolución” al caso; terminan decantando en una salida lateral, gris y neutral. Que en la medida que convenga al imputado lo será más producto de su culpabilidad amenazada de condena punitiva que de su reconvención o de la recomposición a la víctima -en cuyo caso quien quedará insatisfecha seguramente será ésta-, o producto del desgano de aquél de enfrentar un proceso judicial largo y tedioso, al que considera ininteligible, poco amigable y menos confiable, donde en definitiva y más allá de la inocencia o culpabilidad, no tendrá asegurado el sobreseimiento ni la absolución en ninguno de esos casos, aun cuando en principio no existieren suficientes elementos de cargo en su contra.

Ahora bien, teniendo en claro la fundamentación real tanto como la aparente de estos criterios, no puede sin más, afirmarse que la aplicación de tales criterios constituyan un “beneficio” para el imputado en todos los casos sobre la base de su parentesco con el paradigma de la justicia restaurativa.

I.3. -De los principios de oportunidad a la oposición. Redescubriendo su naturaleza jurídica



Corresponde indagar entonces qué son los principios de oportunidad en referencia a los sujetos involucrados, en este caso poniendo interés en el Ministerio Público y en el imputado, ello como forma de justificar y validar en relación con ello el derecho de oposición del imputado y los efectos de dicho acto.

Desde este lugar es importante volver sobre lo dicho respecto a que los principios de oportunidad en sentido estricto no se refieren a todas las circunstancias en que una acción penal no puede iniciarse, o los casos de culminación distinta a la generalidad, o la insignificancia que lleva a la atipicidad; sino que en puridad –o en interpretación estricta, como se prefiera- indicaría los casos en que el fiscal tiene la facultad de no continuar con el ejercicio de la acción desde los primeros momentos, con carácter de “principio dispositivo en el ejercicio de la acción”, basado en las normas generales procesales dispuestas a tal fin .

Vistos los fundamentos que se han usado para justificar el espacio de soberanía expropiado al principio de legalidad, habría que admitir que asistimos a una facultad reglada del Ministerio Público que le otorga un poder de discrecionalidad sobre la acción penal, en el cual subyace una decisión de política criminal nacida al amparo de las razones utilitaristas mencionadas.

Esto pretende congeniar con el sistema acusatorio. “Su inclusión en la ley sería coherente con la revalorización del principio acusatorio, que concede amplias potestades de disposición de las acciones penales (controladas) a los representantes del Ministerio Público Fiscal (art. 120 CN)” (De Luca, 2016, p.240).

A la luz de lo cual podría identificarse allí el principio con que dicho poder o facultad del Fiscal se relaciona y de donde surgiría de forma también constitutiva el “poder y la titularidad” de la acción en su cabeza en materia penal.

Y en relación con el imputado, este tendría un derecho a solicitar la aplicación de los mismos, tanto como la oposición a los mismos sería un derecho a su favor, aunque desde una concepción de derecho distinta, como se verá.

Dicho lo cual, corresponde adentrarse en un análisis ontológico del que las apreciaciones realizadas puedan servir en orden a su fundamentación.



Desde este punto de vista, se habla de “prescripciones” como el tipo de normas más característico que cabe encontrar en los sistemas jurídicos. El “núcleo normativo” de las mismas lo compondría: el carácter, el contenido y la condición de aplicación. Dentro de la clasificación de normas o prescripciones, las que conferirían poder serían “constitutivas” desde que constituyen un estado de cosas.

Visto desde la perspectiva de las razones para la acción, las reglas que confieren poder suministran razones auxiliares para perseguir ciertos intereses que pueden o no ser los del titular del poder. Lo que funciona como razón operativa para producir el nuevo estado de cosas es, bien los deseos o intereses del agente o bien una norma de mandato. Esto se relaciona con las competencias del Ministerio Público en función de la norma procesal y con los fundamentos mismos del instituto de los principios de oportunidad.

Según la doctrina más clásica el concepto de poder implicaría la capacidad que un individuo o un conjunto de individuos tiene para afectar al comportamiento de otro o de otros

Este poder, en cabeza del Ministerio Público, se encontraría ratificado específicamente a partir de la Ley Nacional N° 27147³⁰, que en el artículo 71³¹, en menos de veinte palabras suprime años de debate en torno a la competencia provincial o nacional para legislar al respecto, admitiendo las reglas de disponibilidad y remitiendo a la regulación de forma de cada jurisdicción.

En este sentido habría que completar la idea diciendo que el Ministerio Público respecto a la aplicación de los principios de oportunidad ostenta un poder que daría nacimiento a un nuevo estado de cosas para el imputado y que para ello tendría razones de economía procesal y de política criminal vinculadas estrictamente al fundamento mismo de los criterios de oportunidad y los principios que los informan, relativos a la consideración de la justicia penal como la última ratio, la mínima intervención del sistema represivo estatal, etc....

Ahora bien, respecto al imputado se podrían plantear las siguientes preguntas: ¿los principios de oportunidad importan una facultad del imputado, un beneficio para este? ¿Y en

³⁰ Congreso de la Nación Argentina. (2015). Ley 27147. Código Penal Argentino [C.P.]

³¹ Artículo 71.- Sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes:
1). Las que dependieren de instancia privada; 2). Las acciones privadas. (Ley 27147).

todo caso, tratándose de un beneficio es invocable por él o debe serle propuesto por el Ministerio Público? ¿Puede tan solo el Ministerio Público imponérselo inaudita parte, o aún frente a la voz contraria del imputado?

En este sentido la legislación interna, a la par que consagra los criterios de oportunidad, a partir de las correcciones introducidas por la Ley 7007³² a la Ley 6730³³ consagra en el artículo 27 la posibilidad del imputado de “oponerse” a la aplicación de los principios de oportunidad.

Así el artículo 27 del Código Procesal Penal en su tercer párrafo dispone: “El imputado puede oponerse a la suspensión y solicitar que continúe el trámite de la causa”.

La ley 6730, no contenía el párrafo citado como parte del artículo 27, ni en otra parte de su cuerpo normativo. Dicho párrafo fue incorporado luego, y la referencia del Código Procesal Penal al artículo 23 del Código Procesal de Costa Rica, Ley 7594³⁴, no parece ser respecto a este párrafo citado, donde consagra el derecho de oposición del imputado, pues tal mención es extraña al contenido de la fuente latinoamericana citada.

El Código de Procedimientos Penal de la Provincia de Misiones³⁵ en su artículo 61 establece expresamente: “El imputado puede oponerse a la suspensión y solicitar que continúe el trámite de la causa.”

Es de destacar que el artículo precedente titulado “Criterios de oportunidad”, parte estableciendo “Las partes pueden solicitar...”.

Lo propio hace el Código de Chubut³⁶, en cuyo artículo 44 expresamente establece: “El imputado podrá plantear ante el fiscal la aplicación de un criterio de oportunidad fundando su pedido en que se ha aplicado a casos análogos al suyo.”

En Mendoza el artículo 26 del CPPMza establece: “...No obstante, el representante del Ministerio Público podrá solicitar al Tribunal...”

³² Legislatura de Mendoza. 2002. Ley 7007. Código Procesal Penal de Mendoza. CPPMza.

³³ Legislatura de Mendoza. 1999. Ley 6730. Código Procesal Penal de Mendoza. CPPMza.

³⁴ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. 1996. Ley 7594. Código Procesal Penal Costa Rica.

³⁵ Legislatura de la Provincia de Misiones. 2013. Ley XIV. Código Procesal Penal de la Provincia de Misiones. CPPM.

³⁶ Legislatura de la Provincia de Chubut. 2006. Ley XV N 9. Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut. CPPChu.



Sin embargo esta distinción en la redacción no ha sido obstáculo para el reconocimiento del derecho del imputado a solicitar la aplicación de dichos criterios en forma recurrente y de práctica doméstica en el sistema penal local, confirmando lo dicho respecto que aquél tiene un derecho a solicitar su aplicación.

Por su parte el Código de Procedimiento Penal de Jujuy³⁷ establece en su artículo 101: “En caso de discrepancia entre el agente fiscal y el juez, se requerirá opinión al fiscal del tribunal criminal, que será vinculante. Igual procedimiento se adoptará en caso de oposición de alguna de las partes”. Con lo cual también prevé expresamente la oposición del imputado en tanto parte.

En la legislación de la Provincia de Chaco³⁸, con igual criterio, el artículo 332 establece que: “En todos los casos, las partes podrán oponerse a la decisión del fiscal”, estipulando además que siempre debe notificarse a la víctima a fin ejerza su derecho a optar por la querrela privada.

Fuera de estos ejemplos, en la legislación comparada dentro de la jurisdicción argentina, lo más común es que los códigos de procedimiento recurran a consagrar un derecho de revisión general, fijándolo sólo a favor de la víctima o querrela y que operaría una vez ya resuelta la aplicación de un criterio de oportunidad.

Por ejemplo, en el Código Procesal Penal Federal³⁹ se prevé este derecho en cabeza de la víctima, a saber: “Artículo 80.- Derechos de las víctimas. La víctima tendrá los siguientes derechos: (...) j. A requerir la revisión de la desestimación, el archivo, la aplicación de un criterio de oportunidad o el sobreseimiento, solicitado por el representante del Ministerio Público Fiscal, aun si no hubiera intervenido en el procedimiento como querellante”.

Lo propio suceden en el CPPBA, cuyo artículo 56 bis establece: “...Se notificará, bajo sanción de nulidad, al particular damnificado, la víctima y al Fiscal General. Los dos primeros podrán instar su revisión por ante el Fiscal General...”.

³⁷ Legislatura de la Provincia de Jujuy. 2009. Ley 5623. Código Procesal Penal de la Provincia de Jujuy. CPPJ.

³⁸ Legislatura de la Provincia de Chaco. 1998. Ley 4538. Código Procesal Penal de la Provincia de Chaco. CPPCh.

³⁹ Congreso de la Nación Argentina. 2014. Ley 27063 / Decreto 118/2019. Código Procesal Penal de la Nación. CPPN

En la Provincia de Córdoba el artículo 334 estipula la oposición solo para la víctima en tanto se constituya en querellante, el CPPSF que en su artículo 21 establece la obligación de oír a la víctima y su derecho de oponerse a la aplicación de un principio de oportunidad, a quien también se le reconoce la posibilidad de querrela privada. Así también el CPPER que en su artículo 210 establece la posibilidad de la víctima de pedir la “revisión”. Así también el CPPS, cuyo artículo 233 consagra igual derecho de revisión para la víctima. Lo propio hacen las legislaciones de Corrientes, Neuquén y La Rioja,

Esta revisión por parte de la víctima, se incluye dentro de las facultades o derechos ganados por esta parte, así como la posibilidad de reconvenir con acción privada. Ahora bien, no ocurre lo mismo con el derecho de oposición del imputado, respecto a lo cual no se encuentran razonamientos ni debates profundos sobre el tema.

En oportunidad de comentar el artículo 27 de la Ley 6730 algunos han considerado lógica dicha prescripción, sobre todo basado en la posible inocencia del peticionante, quien optaría en todo caso porque se descubra la verdad real excluyéndolo de toda estigmatización y reproche penal.

Sin embargo, no se profundiza en cómo se materializaría el ejercicio de tal derecho, su naturaleza jurídica, su absoluta o relativa vigencia frente al poder del Ministerio Público Fiscal, etc.

Otros, (Coussirat, 2013, pp. 150-151) en postura contraria a la vigencia de la posibilidad de oposición alguna por parte del imputado, en su momento sostuvieron:

“Desde otro punto de vista y como consecuencia de que es el Ministerio Público quien tiene la potestad de solicitar la aplicación de los principios de oportunidad y puede inclusive tomar la decisión de hacerlo sin anotar previamente al imputado ni a las partes, la ley admite la posibilidad de que el imputado se pueda oponer, solicitando que continúe el trámite de la causa. Esta norma parece perseguir el mejor resguardo de los derechos e intereses del inculgado, pero desde un punto de vista sistemático no resiste un análisis meditado”.

Adelanto desde ya no compartir este criterio, tanto como que la búsqueda de la “verdad real⁴⁰” es un argumento endeble para fundar dicha oposición.

Desde el punto de vista de la dimensión normativa resultaría claro que al tiempo que se legislan los criterios de oportunidad en cabeza del fiscal facultándolo a su ejercicio, se establece la posibilidad del imputado de resistir ello instando la actuación jurisdiccional.

Debería ser una consecuencia natural devenida frente al ejercicio del poder fiscal.

Retomemos en este sentido que el Ministerio Público ostenta un poder –de aplicar estos criterios- que daría nacimiento a un nuevo estado de cosas para el imputado. Y este poder, implica una potencialidad transformadora para el aquél.

No es oponible a ello la liviana consideración sobre que esta aplicación sería un “beneficio” para el imputado, puesto que ello presupone consideraciones a título de certeza y hace futurología. Es decir, si bien sobre la base de una generalidad de casos en relación con determinadas calificaciones legales y sobre la base de determinado bagaje probatorio, ya producido o con perspectivas ciertas de poder producir, se podría llegar a diagnosticar en general la posibilidad de condena, frente a lo cual la aplicación de estos principios sería beneficiosa para el acusado, ello no ocurre en todos los casos. Pero más allá de la relación regla-excepción, lo que no puede admitirse es negar un derecho sobre la base de un resultado que es “meramente probabilístico”.

En este sentido considero que es aplicable la manda que reza que hay indefensión cuando no se puede descartar que el trámite omitido o negado hubiera sido decisivo en términos defensivos o hubiera podido terminar un fallo distinto, cuestión que como dijimos, salvo futurología de base “probable” y no “certera”, no es posible. Luego, es hasta aquí lógico reconocerle este derecho.

Tengamos en cuenta que todo el sistema de las normas procesales penales en general están dirigidas a los sujetos esenciales del proceso, teniendo en cuenta los fines específicos del mismo, implicando la concreción de imposiciones o limitando los derechos o las

⁴⁰ Puesto que se encuentra en general superada la discusión en el sentido de admitir que en el proceso siempre estamos ante una “verdad aproximativa”, “la alternativa entre el mito ilustrado de la certeza jurídica objetiva y el decisionismo subjetivista” (Ferrajoli, 1995, p 62)..

Por ello no utilizo en el centro de la escena propuesta el argumento de “llegar a la verdad real” como un fundamento jurídico legal fundante del derecho de oposición a los principios de oportunidad, ni del derecho a la jurisdicción. Aunque ello no obsta a reconocer en el sometido a proceso tales expectativas, todo lo cual es posible y es abordado desde otro marco teórico.



facultades de aquellos. Existe una correlación entre las normas, su contenido prescriptivo y los sujetos a que alcanza.

Pero a su vez, se le asigna a las normas procesales “naturaleza pública” en el sentido que protegerían intereses públicos que interesarían a la sociedad toda, puesto que en definitiva reglan el camino o proceso en orden a establecer la inocencia o culpabilidad de una persona para absolverla o para aplicarle una condena. Es en pos de ello que estas normas estarían dispuestas de forma obligatoria para los órganos encargados de administrar justicia.

A este análisis se podría sumar la cuestión de si las normas procesales deben o no considerarse además como normas de orden público, puesto que de ser así esto repercutiría en los efectos. Desde que una norma es de orden público cuando no pueden ser renunciadas ni aún con el consentimiento de las partes o del juez. Y la violación de este tipo de normas supone o acarrea la nulidad del acto.

En este sentido, entiendo que más allá de la naturaleza pública de las normas procesales, ello no implicaría sin más el carácter de orden público de todas las disposiciones, independientemente que la gran mayoría ostente dicho carácter.

Así como la intervención del imputado en el juicio penal, sería una disposición de orden público, conducta obligatoria respecto a la cual solo estaría permitido su cumplimiento, más no su omisión. En el tema bajo análisis, la aplicación de los principios de oportunidad por parte del Ministerio Público en tanto facultad reglada del mismo, podría ser dispuesta como no a un caso determinado. De la misma forma que el imputado solicitar o no su aplicación. No se trata de conductas obligatorias ni de una imposición. Mas si el acusador público propiciara la aplicación de los mismos a un caso particular, al imputado debería reconocérsele la posibilidad de que resistirse a ello. Y en principio no estaría vinculado el orden público en ello.

Esto según la lógica que reza que la prohibición de una acción es lógicamente incompatible con su permisión y con su facultamiento y que la obligatoriedad es incompatible con el facultamiento y con su prohibición tanto como la permisión de una conducta es compatible con su facultamiento.

O lo que es lo mismo, que derecho subjetivo en sentido estricto supone libertad, poder e inmunidad; las dos primeras como posiciones que se tienen como consecuencia de la

existencia de normas regulativas o deónticas y que suponen que en el otro polo de la relación alguien tiene un deber o no tiene un derecho; las otras dos derivan de normas constitutivas, de reglas que confieren poder, y se caracterizan porque en el otro polo de la relación alguien está en una posición de sujeción o de no poder.

Si consideramos que en la relación fiscal-imputado no hay sujeción, al menos desde un punto de vista informado por el principio acusatorio, será fácil reconocer que la oposición supone un equilibrio frente a aquel poder fiscal, justamente basado en el reconocimiento de que entre ambas partes no habría una sujeción en lo relacionado con sus posiciones en el proceso.

Ahora bien, otra cosa es la indagación sobre si a partir de allí corresponde referirse a un derecho subjetivo a la oposición.

Aclarando que con el mismo alcance a fin de diferenciarse del derecho objetivo como conjunto de normas, suelen utilizarse expresiones como “libertad”, “permiso”, “licencia”, “atribución”, “privilegio”, “facultad”, “poder”, “posibilidad”, “garantía”.

En términos positivistas, hablar de derechos subjetivos jurídicos no es más que describir la relación que tiene el ordenamiento jurídico con una persona determinada.

No obstante variadas y múltiples son las acepciones que pueden atribuirse a la expresión “derecho subjetivo”. En este sentido siguiendo a los autores clásicos que se adentraron en estos estudios se impone distinguir cinco posibles significados distinguibles entre sí. El derecho subjetivo como equivalente a lo no prohibido, como equivalente a autorización, el derecho subjetivo como correlato de una obligación activa, como correlato de una obligación pasiva y como acción procesal.

Desde un punto de vista, el derecho subjetivo está limitado a la regla de clausura, esto es, que su significado y alcance se encuentra relacionado a la ausencia de una norma prohibitiva. Sin que ello implique que la acción está autorizada o que esté prohibido sancionarla o interferir con ella, ni que el resto este obligado a dejar hacer lo que la acción implica o que deben ayudarnos a ejecutarlas o que están obligados a garantizar su ejecución.

El derecho como equivalente a autorización, supone la existencia de una norma que permita el comportamiento referido. Aquí es interesante el análisis de Von Wright, (1979,



citado por Nino, 2003, p. 202), quien llama “permiso fuerte” al que depende de la existencia de una norma que autorice un cierto comportamiento, a diferencia del permiso en sentido débil que designa la mera ausencia de prohibición. Pero todavía este permiso fuerte, al que denomina también “simple tolerancia”, se distinguiría de otros permisos que tienen aún un grado mayor de poder y que corresponden a otros sentidos de la expresión “derecho subjetivo”. Desde que cuando una autoridad declara que va a tolerar un cierto acto, no siempre prohíbe perturbarlo u obliga a facilitar su ejecución, la ausencia de esta obligación o de aquella prohibición es justamente lo que abriría la posibilidad de “permisos más fuertes”.

El derecho como correlato de una obligación activa, supone una conducta obligatoria con un destinatario en concreto. En estos casos describimos la relación jurídica en términos de derecho en lugar de usar la expresión deber. El derecho subjetivo sería un mero “reflejo” o “correlato” de un deber jurídico. En lugar de decir que tal sujeto tiene una obligación, decimos que la otra tiene el derecho a que aquel –destinatario de la misma- haga algo.

Desde otro lugar, el derecho como correlato de una obligación pasiva, el correlato ya no va a ser con una obligación de hacer, sino de no hacer o de omitir. Sería la “mera tolerancia”.

Es dentro de esta acepción, Kelsen (1960, citado por Nino, 2003, p. 205) realiza una distinción entre: derechos absolutos, oponibles a todas las personas, y relativos, reflejo de la obligación de una persona determinada o conjunto de personas determinadas.

Por último tenemos la concepción del derecho como acción procesal, donde también hay un deber jurídico del cual el derecho es un correlato, con un elemento adicional que es la posibilidad de recurrir a la organización judicial para lograr el cumplimiento de la obligación correlativa o para hacer que se imponga la sanción prevista para el incumplimiento.

Entiendo que dentro de las clasificaciones mencionadas podemos encontrar este sentido de acción en el derecho de oposición del imputado en cuestión. Puesto que le abriría la puerta para excitar la intervención judicial, haciendo valer su derecho de proseguir con el progreso del proceso ante la aplicación de los criterios de oportunidad pretendida por el ministerio público.



Porque en definitiva en su genealogía general toda acción tiende a las resultas de un acto jurisdiccional:

“...pues el ejercicio de la acción procesal tiene por objeto que se dicte una sentencia judicial que es una norma jurídica particular; o sea que, mediante la ejecución de los derechos subjetivos en sentido técnico los particulares colaboran en la creación del derecho objetivo” (Nino, 2003, p. 206).

Afirmar que una persona tiene un derecho subjetivo implica que las normas de un determinado derecho positivo le otorgan un tipo de protección, protección jurídica que, puede ser muy variada. Hay derechos subjetivos que son exigibles ante un tribunal, otros que generan obligación por parte de los poderes públicos que, sin embargo, no pueden hacerse valer jurisdiccionalmente, otros que juegan solo un papel en la interpretación de las normas jurídicas, etc.

Por otro lado tener un derecho significa ocupar una posición favorable en el marco de una relación jurídica.

En definitiva el imputado tendría un derecho subjetivo, que podría ejercer o no hacerlo, que es oponible al Ministerio Público y que en caso de ejercerlo avanzaría contra el ejercicio del poder discrecional del fiscal suscitando la intervención del Juez.

Sería en los términos referenciados un derecho equivalente a una autorización, en el sentido de Von Wright (1972) citado por Nino (2003, p. 202) sería un “permiso fuerte”, pues tiene un reconocimiento expreso en la norma procesal. Y a su vez, al evocar dicho ejercicio la intervención del aparato judicial, la inclusión en escena del juez de control, estaríamos aquí también frente al derecho en su concepción de acción procesal.

Y también, en las concepciones más amplias hasta puede reconocerse como poder jurídico del imputado, en tanto equivalente a derecho o facultad, en el sentido que todas estas nociones designan comportamientos posibles de un sujeto, positivos o negativos, atribuibles en este caso al imputado.

La idea de poder, así como la de derecho, se vinculan a la noción de conducta facultativa, acción que está permitido tanto cumplirla como omitirla.



En este contexto, el poder jurídico y la facultad jurídica parecen, entonces, al igual que la mayor parte de los derechos procesales, como puras posibilidades, entendidas estas como la situación que permite obtener una ventaja procesal por la ejecución de un acto procesal.

Esta visión sirve para complementar el análisis deóntico sobre el tipo de derecho que tendría el imputado. Mirando esta clasificación, este surgiría de una norma reglada y supondría una relación donde el otro tiene un deber o no tiene un derecho.

El Ministerio Público no tiene derecho a imponer inaudita parte los criterios de oportunidad ni exigir que el imputado se abstenga de realizar su oposición y por ello, no tiene poder para impedirlo. Esto sería acorde con el juego de relación y posiciones que impone el sistema acusatorio, donde, como adelantamos, el imputado no está en posición de sujeción sino de igualdad, en la triada completada por la posición del juez, como decisor y controlador de la legalidad.

Y además que el Ministerio Público tiene frente al imputado el poder y la libertad de aplicar principios de oportunidad, más el imputado no tiene derecho a exigir que éste efectivamente aplique los mismos. Ahora bien, dicho poder del Ministerio Público estaría limitado por el eventual ejercicio por parte del imputado de su derecho de oposición.

Hasta aquí tenemos que los principios de oportunidad deben su vigencia a razones utilitaristas de política criminal, pero también a razón de satisfacer demandas de eficiencia.

El poder que aquellos suponen para el Ministerio Público Fiscal, se encontraría justificado en el más puro principio acusatorio al cual haría honor por su parte, el derecho de oposición dispuesto normativamente en la ley procesal a favor del imputado que habilitaría la posibilidad de una prosecución del proceso, aun en contra de la voluntad fiscal, como tratará de desentrañarse a continuación.

CAPÍTULO II: El derecho del imputado a oponerse a los principios de oportunidad

*Queda excluida toda argumentación
allí donde no hay espacio para la interpretación ni el juzgamiento
porque solo hay inclinación ante la evidencia... o la fuerza...*

II.1.- Ejercicio del derecho frente al paradigma de la disponibilidad de la acción por el Ministerio Público Fiscal

Como dijimos, fueron los códigos de procedimiento los que iniciaron el camino de incorporar la disponibilidad de la acción por parte del Ministerio Público.

Ahora bien, esta disponibilidad consagrada legalmente –con limitaciones y excepciones como se verá-, reconoce origen fundamente en la consideración del Ministerio Público como aquel que tiene el monopolio del ejercicio de la acción penal y de la “acusación”, basado en el principio acusatorio y enmarcado en el sistema acusatorio.

Como es bien sabido los principios son orientadores del proceso, líneas generales sobre las que se yergue el sistema procesal vigente. Se los considera inderogables y generales, lo que implica que obligan a quien decide, a quien acusa y a quien se defiende, tanto como al legislador, quien, soberano en su competencia de dictar leyes, no puede legislar contra dichas máximas. Y por eso se constituyen en útil herramienta para la función jurisdiccional al permitirle al juez llenar con ellos las posibles lagunas normativas.



Carbone (2013) recordando la postura de Maier argumenta como válida la postura que dice que aquellos se distinguen en principios constitucionales, en tanto fundamento del Derecho Procesal argentino y principios políticos. Dentro de los primeros se encolumnarían los principios relativos al procedimiento y a la organización judicial. Los relativos al procedimiento serían las garantías del imputado, su seguridad individual como límite al poder penal del Estado de acuerdo a la clásica distinción del texto constitucional en declaraciones, derechos y garantías. Los principios relativos a la organización judicial serían los relacionados a los valores que debe realizar todo proceso penal a través de un procedimiento previsto constitucionalmente.

Y los principios políticos referirían por un lado al sistema de persecución pública como regla y por otro, al objetivo inmediato que pretende lograr la realización del procedimiento penal que es averiguar la verdad acerca de la hipótesis histórica.

En esta franja de los principios políticos se aborda el tema de las normas rectoras del proceso penal que hacen a los criterios de gobernabilidad procesal que el legislador escoge para mejor cumplimiento de los fines que se propone. Aquí entrarían los principios de oportunidad con su fundamentación y motivación referida capítulo atrás.

Hasta aquí esa disponibilidad sería consecuencia de estos principios tanto como el derecho del imputado de oponerse sería un derecho subyugado en el conjunto de garantías de resistencia al poder estatal informadas por los principios constitucionales.

Ahora bien, se impone una necesaria distinción entre el “sistema acusatorio” y el “principio acusatorio” que lo contiene y abarca. No sin desconocer que existen límites al alcance de las definiciones que se propondrán en este sentido y los distintos grados de vigencia que puede ostentar el sistema acusatorio según sus modelos y aplicaciones.

Aclarado ello, tenemos que el principio acusatorio es uno de los principios configuradores del proceso que regula aspectos bien específicos de éste, cuyo núcleo es la separación de la función de acusación de la de enjuiciamiento, funciones que deben ser atribuidas a órganos distintos.

Los orígenes del principio acusatorio, así formulado, se remontan a los postulados iluministas concretados con posterioridad a la revolución francesa que buscaban dejar atrás el principio inquisitivo del *Ancién Régime*, pero sin retrotraerse a los modelos acusatorios



históricos, desdoblando entonces las funciones estatales de acusar y juzgar en dos autoridades diversas, conocido como principio acusatorio formal. (Rodríguez Vega, 2013, p. 647).

Lo “acusatorio” en su significado derivado del latín, se refiere a que el proceso solo puede iniciarse a base de una acusación.

El sistema acusatorio como tal implicaría la vigencia de otros principios procesales y no se conformaría con la separación acusador-juzgador ni la imparcialidad en el enjuiciamiento a que éste atiende, sino que supondrían además, el principio de contradicción, la igualdad de armas entre las partes, la separación de funciones de investigación y decisión, la proscripción de la *reformatio in peius*, la publicidad y también, el principio acusatorio.

En tanto este último al separar las funciones de acusar de las de juzgar implica la imparcialidad e independencia del juzgador como garantía para el imputado de que un tercero será llamado a decidir la contienda.

El principio de exclusividad de la función jurisdiccional en su vertiente negativa inhibe a los jueces de realizar actividad de instrucción o acusación, lo que no implica que todas las actividades que se practiquen en las fases previas carezcan de función o actividad jurisdiccional.

En este sentido lo importante es que lo acusatorio no se contenta con atribuir las funciones requeridas y de decisión sobre el objeto principal a órganos distintos, sino que extiende esa dualidad a las etapas preliminares a través del control jurisdiccional, sin que se anologue este a las funciones de instrucción o acusación.

El juez no es el representante del interés público de la investigación sino el garante de los derechos públicos subjetivos en pugna en el proceso.

Que la estructura acusatoria se propague a la etapa de instrucción también se explica con la interpretación de un Ministerio Público “tercero” que requiere al tribunal autorización para realizar diligencias que puedan afectar los intereses y derechos del imputado.

He aquí el ámbito de la oposición del imputado estudiada aquí.

Corresponde aclarar que la configuración acusatorio e inquisitivo de un proceso no lleva consigo como regla o derivación necesaria una decisión sobre la obligatoriedad de la persecución penal ni sobre las consideraciones de oportunidad.

En este sentido es interesante una relación que establece Ferrajoli (1995) y que involucra los distintos sistemas en relación con los significantes que asigna a la jurisdiccionalidad lata y a la estricta. Así explica que la primera hace referencia a la inmunidad personal, la reserva de jurisdicción en materia penal y la presunción de inocencia y sería en tanto ello una exigencia de cualquier tipo de proceso, sea acusatorio o sea inquisitivo. Mientras que la jurisdiccionalidad en sentido estricto -acusación, prueba y defensa- supone la forma acusatoria del proceso, aunque tienen un efecto más restringido que proceso acusatorio, tanto como la jurisdiccionalidad lata un significado más amplio que proceso inquisitivo. (pp. 539).

Lo que quiero demostrar con ello es como no puede realizarse sin más una correspondencia a secas entre los sistemas y los institutos en pureza, como definiendo en este caso, respecto a la disponibilidad de la acción en relación con el sistema acusatorio.

Sin embargo se puede asociar la discrecionalidad fiscal en la persecución penal al principio acusatorio, en el sentido de la falta de un control oficioso jurisdiccional enervante de esta actividad fiscal.

Desde este lugar se justificaría tanto la pretensión de excluir un entrometimiento excesivo del tribunal frente a una pasividad del acusador tanto como excluir una revisión amplia y de fondo del tribunal sobre los acuerdos que en el marco de la aplicación de los principios de oportunidad hagan fiscal e imputado.

Lo que se diferencia del control jurisdiccional suscitado en la oposición del imputado a la aplicación de estos principios, justamente en que es “excitada” por una parte en igualdad de armas con el acusadora y que nunca este control puede analogar o asumir la función requirente.

Control, que nunca de oficio, se enmarcara en la invocación por el requirente de la protección de un derecho y garantía constitucional que darán fundamento al ejercicio del derecho a la jurisdicción pretendido.



“Cualquiera sea el régimen de la potestad de acusar, reglada o discrecional, para garantizar que las decisiones sobre su ejercicio sean ajustadas a derecho es necesario que se prevea una posibilidad de examen judicial de tales decisiones...” (Rodríguez Vega, 2013, p. 655). Lo que yo completaría diciendo, en la medida que dicho control sea excitado por una parte o esté previsto legalmente como reaseguro fundado en los principios constitucionales como limite al poder.

Luego, si bien la disponibilidad fiscal es una invitada en el escenario procesal que propone el principio acusatorio, no excluye ni enerva un control jurisdiccional suscitado por el imputado y justificado a partir de los demás principios que presupone el sistema acusatorio.

Haciendo una pequeña genealogía resulta que la misma Constitución de 1853 supone el principio acusatorio. Al ser de corte netamente liberal, influida de la ilustración y las experiencias independentistas previas, consagró una serie de garantías y derechos a favor del individuo como reaseguro frente al poder punitivo estatal. Se puede ver claramente esto en la regulación del juicio político que sostuvo nuestra carta magna desde el origen. Allí, se estableció una tajante separación entre las funciones estatales de juzgar y acusar, atribuyendo a la Cámara de Diputados el derecho de acusar⁴¹ y a la Cámara de Senadores juzgar en juicio público a los acusados⁴². Del mismo modo, para remover a los jueces

⁴¹ Artículo 53.- Sólo ella ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, al jefe de gabinete de ministros, a los ministros y a los miembros de la Corte Suprema, en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por la mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes. (C.N.).

⁴² Artículo 59.- Al Senado corresponde juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados, debiendo sus miembros prestar juramento para este acto. Cuando el acusado sea el presidente de la Nación, el Senado será presidido por el presidente de la Corte Suprema. Ninguno será declarado culpable sino a mayoría de los dos tercios de los miembros presentes. (C.N.).



ordinarios, el Consejo de la Magistratura formula acusación⁴³ y el jurado de enjuiciamiento remueve⁴⁴.

El mismo juicio por jurados⁴⁵ da cuenta de la vigencia del sistema acusatorio en la Constitución Nacional, aun antes de la reforma del 1994.

A partir de allí se puede decir que la Constitución Nacional reguló una estructura netamente acusatoria diferenciando la función requirente de la decisora, en contraposición con el paradigma que para ese entonces tomaron los códigos de procedimiento criminal, donde se siguió la ley de enjuiciamiento criminal española a partir de la sanción del denominado Código Obarrio para la justicia nacional en el año 1888. Y esto se proyectó en las legislaciones provinciales hasta las modificaciones que paulatinamente fueron contradiéndolo y hasta las más recientes.

⁴³ Artículo 114.- El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial.

El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley.

Serán sus atribuciones:

1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores.
2. Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores.
3. Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia.
4. Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados.
5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente.
6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia. (C.N.).

⁴⁴ Artículo 115.- Los jueces de los tribunales inferiores de la Nación serán removidos por las causales expresadas en el Artículo 53, por un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal. Su fallo, que será irrecurrible, no tendrá más efecto que destituir al acusado. Pero la parte condenada quedará no obstante sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios.

Corresponderá archivar las actuaciones y, en su caso, reponer al juez suspendido, si transcurrieren ciento ochenta días contados desde la decisión de abrir el procedimiento de remoción, sin que haya sido dictado el fallo.

En la ley especial a que se refiere el Artículo 114, se determinará la integración y procedimiento de este jurado. (C.N.).

⁴⁵ Artículo 24.- El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados. (C.N.).

Artículo 118.- Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio. (C.N.).

Artículo 75.- Corresponde al Congreso: (...). 2. Imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan. Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables.

Luego, la reforma de 1994 aportará explícitamente la separación entre el ejercicio de las atribuciones del Estado en cuanto a promover y llevar adelante la acusación penal y la de juzgar, haciendo recaer lo primero, en el Ministerio Público Fiscal, y lo segundo, sobre los órganos del Poder Judicial.

En este sentido el artículo 120 de la Constitución Nacional supuso instituir un Ministerio Público independiente de los demás Poderes del Estado y con autarquía financiera. Criterio que será refrendado con los principios que emanan de la incorporación de los Pactos Internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN).

Más recientemente la Ley Nacional 27148⁴⁶, estableció en su artículo 1 que: “Artículo 1.- Misión general. El Ministerio Público Fiscal de la Nación es el órgano encargado de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad. En especial, tiene por misión velar por la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte y procurar el acceso a la justicia de todos los habitantes.”

Norma que refleja fielmente el espíritu del artículo 120 de la Constitución Nacional modificado en la reforma de 1994, en tanto establece que el Ministerio Público “...tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la Republica”.

Presentado hasta aquí parte del devenir histórico, hoy tenemos que el monopolio de la acción en cabeza de un órgano distinto al que tiene competencia jurisdiccional tiene rai-gambre constitucional, aún antes de 1994 y fundamenta el atribuir a esa misma autoridad la “disponibilidad” de la acción incorporada primero en los códigos procedimentales provinciales y luego en la ley de fondo.

Ahora bien, es ese monopolio y disponibilidad atribuida al Ministerio Público Fiscal lo que ha pretendido esbozarse como enervante del derecho de oposición del imputado a los principios de oportunidad.

Se ha dicho que dicha oposición a los principios de oportunidad solicitando que se “siga el trámite de la causa”, le expropiaría al Ministerio Público su monopólico poder de ser el único con competencia para disponer de la acción penal pública.

⁴⁶ Congreso de la Nación Argentina. 2015. Ley 27148. Ley Orgánica Ministerio Público Fiscal.



Esta postura exacerba el poder ministerial prescindiendo del derecho subjetivo que tendría el imputado para resistir la pretensión penal estatal, en sus dos sentidos, sea como derecho para obtener un pronunciamiento jurisdiccional absolutorio sobre el fondo y como derecho a que continúe el proceso en caso que el estado de las actuaciones impida tal cuestión.

En este sentido, es importante aclarar que la Ley provincial N° 8896⁴⁷ consagró, como consecuencia de la reforma a nivel nacional de la Ley 27147⁴⁸, la posibilidad de dictar directamente el sobreseimiento una vez que se han aplicado los principios de oportunidad.

Por ejemplo eso en nuestra jurisdicción y teniendo en cuenta una interpretación sistemática y armonizante –sobre otras que limitan esta posibilidad a los casos de conciliación y reparación, en razón de la frase el inciso 6 del artículo 59 CP. “...de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes”- entre lo dispuesto en el artículo 59⁴⁹ del C.P. y lo establecido en el artículo 353⁵⁰ del código de procedimientos local, llevaría

⁴⁷ Legislatura de Mendoza. 2016. Código Procesal Penal de Mendoza. CPPMza. CPPMza.

⁴⁸ Congreso de la Nación Argentina. 2015. Ley 27147. Código Penal Argentino. C.P.

⁴⁹ Artículo 59: La acción penal se extinguirá:

- 1). Por la muerte del imputado;
- 2). Por la amnistía;
- 3). Por la prescripción;
- 4). Por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada;
- 5). Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;
- 6). Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;
- 7). Por el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba, de conformidad con lo previsto en este Código y las leyes procesales correspondientes. (C.P.).

⁵⁰ Artículo 353 - Procedencia.

El sobreseimiento procederá cuando:

- 1). El hecho investigado no se cometió o no lo fue por el imputado.
- 2). El hecho no encuadre en una figura penal.
- 3). Media una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absolutoria.
- 4). La pretensión penal se ha extinguido.
- 5). Considerada agotada la investigación o vencido el término de la investigación fiscal y sus prórrogas, no hubiere suficiente fundamento para elevar la causa a juicio y no fuere razonable, objetivamente, prever la incorporación de nuevas pruebas.
- 6). Se hubiere producido la conciliación de las partes, siempre en los casos que estuviese legalmente permitido.
- 7). Ha transcurrido el plazo de un (1). año desde la suspensión de la persecución penal, y no corresponde dejarla sin efecto en virtud del 4to. párrafo del Artículo 27.
- 8). Ha transcurrido el término de la suspensión del proceso o el juicio a prueba, habiéndose cumplido las condiciones y reglas impuestas.
- 9). Se han cumplido las obligaciones contraídas en el acuerdo reparatorio o la reparación integral del perjuicio, salvo que aquellas se encuentren debidamente garantizadas a satisfacción de la víctima.
- 10). Por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada.
- 11). Al aplicarse el régimen penal de las personas jurídicas privadas se cumplan con los requisitos establecidos en la Ley N° 27.401, además de los previstos en el presente artículo. (CPPMza).



a pensar en un sobreseimiento por extinción de la acción en cualquier caso de aplicación de los principios de oportunidad.

Esto en tanto antes de tal reforma el imputado a quien se le aplicaban estos criterios debía esperar a que prescribiera la acción para liberarse totalmente y obtener una resolución definitiva a diferencia del “archivo” fiscal.

Hoy no obstante la reforma anterior y sobre la base de consideraciones que se ampliarán en los capítulos subsiguientes, subsistiría el derecho del imputado a oponerse a la aplicación de tales principios, derecho que como dijimos no sería eclipsado por el poder fiscal de disposición de la acción.

Porque además si bien la instancia es conclusiva, supone una resolución jurisdiccional “constitutiva” y no “cognoscitiva”, como se verá.

El escenario que supone el ejercicio por parte del imputado de la oposición es bifronte, por un lado puede obtener con dicho ejercicio un sobreseimiento, pero para el caso que no haya claridad para tal resolución absolutoria, el resultado será la continuación del proceso.

El punto neurálgico se da justamente cuando lo que se resuelve jurisdiccionalmente es a favor de la pretensión del imputado en contra de la aplicación de los criterios de oportunidad y la finalización del proceso.

A falta de claridad o especificación en las legislaciones locales que lo preveen, lo que se suscitará en dicho caso será la remisión a otro representante del Ministerio Público a fin que prosiga la misma, como procedimiento análogo a que expresamente dispone el artículo 346 del CPPMza ⁵¹.

Podría pensarse en el absurdo de que todos los fiscales tuvieran igual opinión en el sentido de visibilizar como mejor salida al caso la aplicación de los criterios de oportunidad. Lo cierto es que no basta la probabilidad hipotética llevada al absurdo para sobre dicha base negar la vigencia de un derecho en cabeza de la parte más vulnerable del proceso.

⁵¹ Artículo 346.- Archivo. Cuando no se pueda proceder o el hecho no encuadre en una figura penal el fiscal dispondrá el archivo de las actuaciones por decreto fundado.

El querellante podrá oponerse ante el Juez de Garantías, quien resolverá en audiencia oral. De prosperar la oposición dispondrá continuar la investigación por otro fiscal. El rechazo será apelable. Mientras no se encuentre prescripta la acción penal, nuevos elementos de prueba justificarán la reapertura de la causa. (CPPMza).

En el marco del contexto antedicho es que asumimos que ese ejercicio del derecho por parte del imputado no desplaza al Ministerio Público en su rol y como único titular de la acción penal pública. El poder no se quita al Ministerio Público, sino más bien, manteniéndose dentro de la competencia fiscal y reconociendo ello, se traslada a otra persona física dentro del mismo órgano.

Por otra parte, analizado este caso mirando el derecho que se le asigna al querellante particular en algunas legislaciones procesales de continuar la acción privada por su cuenta -teniendo en cuenta las diferencias y que se trata de una acción de naturaleza distinta- resultará razonable el derecho asignado al imputado, en tanto parte y en tanto sujeto procesal, características que comparte con aquél.

Ayudará también a dicho entendimiento despejar cuestiones atinentes a la actuación jurisdiccional.

Al respecto, será importante distinguir entre la función jurisdiccional *estricto sensu*, que sería aquella que lleva a cabo la judicatura ejercitando una potestad de juzgar, es decir formarse una convicción sobre los hechos, la apreciación sobre la prueba, la convicción que haga de la misma y la interpretación de la norma a aplicar, declarando en su caso la consecuencia jurídica que corresponda al caso concreto; de la función que ejerce el juez de garantías en el proceso penal, con funciones más ligadas a un control de legalidad, fuera del marco del plenario.

Y en este marco no afecta las competencias y atribuciones fiscales de la fase de investigación penal, la existencia de una autoridad judicial predeterminada por ley que ejerza el control sobre las decisiones que durante esa fase afecten a los derechos fundamentales del imputado. Así las relativas a intervención de las comunicaciones, intervenciones corporales, allanamiento, las relativas a la prisión preventiva, entre otras.

Se trataría de una actuación judicial desarrollada en garantía de los derechos subjetivos o intereses legítimos del acusado, a través de un órgano independiente e imparcial.

Y ello sin que se desentienda esa función de las competencias propias del Poder Judicial.

La potestad jurisdiccional de enjuiciamiento y resolución definitiva e irrevocable del proceso, sea a través de la absolución luego del juicio o de sobreseimiento durante el proceso, no incluirá la investigación o instrucción, encaminada a concluir si existen o no elementos

de cargo o mérito suficiente para la apertura del juicio oral, auténtico proceso penal desde la perspectiva del principio acusatorio. Pero tampoco se asemejará a estas funciones de instrucción, el disponer solamente la continuación del proceso atribuyendo el ejercicio y disponibilidad de la acción en tal sentido al fiscal.

Así como se expresa lo anterior, vale decir que aun cuando lo exijan patrones de eficiencia y economía procesal, como principios políticos del proceso, la competencia jurisdiccional no podría ser atribuida al fiscal, so perjuicio de constituir un exceso enervante del mismo sistema acusatorio.

Y es por esto que dicho control jurisdiccional es viable y necesario y sería el único que a su vez podría disponer a partir de allí una resolución definitiva sobre el fondo dictando un sobreseimiento ante la oposición del imputado, a diferencia del fiscal que solo tiene una función limitada de disponer archivos sin definitividad ni tratamiento sobre el fondo.

Además dicho control jurisdiccional como adelantamos, es necesario aún durante la etapa de instrucción y forma parte del paradigma acusatorio según las características y condiciones que relatábamos al principio de este apartado.

Expresamente el artículo 4 del CPPCABA establece este “control jurisdiccional” en el sentido referido. Así: “Artículo 4.- Ejercicio de la acción por el Ministerio Público Fiscal- El Ministerio Público Fiscal ejercerá la acción pública y practicará las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho. Tendrá a su cargo la investigación preparatoria, bajo control jurisdiccional en los actos que lo requieran.”

En dicho entendimiento también se inscribe el procedimiento de control jurisdiccional establecido en la ley de forma mendocina⁵². Pues el ejercicio de la disponibilidad consagrada en cabeza del Ministerio Público no puede, según previsión legal, ejercerla en soledad, sino con control jurisdiccional, así:

“El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley. No, obstante, el representante del Ministerio Público podrá solicitar al Tribunal que se suspenda total o parcialmente”.

Y que: “Si el Tribunal admite la solicitud para aplicar un criterio de oportunidad...”.

⁵² Artículos 26 y 27. (CPPMza).

En la gran mayoría de las legislaciones procesales del país dijimos no se establece expresamente el derecho de oposición del imputado, sino más bien una revisión solicitada por la víctima que en la gran mayoría se satisface con la intervención del Fiscal General.

Así, en el CPPCh, el artículo 356 establece: “Si el Fiscal de Investigación solicitase el sobreseimiento y el Juez no estuviere de acuerdo, se elevarán las actuaciones al fiscal de Cámara. Si este coincidiera con lo solicitado por el inferior, el Juez resolverá en tal sentido. En caso contrario, el fiscal de Cámara formulará el requerimiento de elevación de la causa a juicio, que tramitará con arreglo a este título.”

En el CPPJ, el artículo 101 establece: “En caso de discrepancia entre el agente fiscal y el juez, se requerirá opinión al fiscal del tribunal criminal, que será vinculante. Igual procedimiento se adoptará en caso de oposición de alguna de las partes.”

El CPPBA en su artículo 56 bis establece que el Fiscal General tiene la potestad de proceder a dicho control incluso de oficio. A su vez, en el CPPCABA se realiza a través del Fiscal de Cámara, arts. 201-203, en el CPPC a través del Fiscal General. Así también en el Código de Procedimientos de Neuquén⁵³, se establece la revisión ante el superior jerárquico del fiscal en el artículo 132, en el CPPS ante el Fiscal de Impugnación según lo dispuesto en el artículo 233, en el Código de Santiago del Estero⁵⁴ se prevé ante el Fiscal General en el artículo 61.

Lo cierto es que la intervención del Ministerio Fiscal decidiendo la aplicación de los principios de oportunidad inaudita parte, negando el control jurisdiccional, supondría un poder exorbitante y que además implicaría una desigualdad entre las posibilidades de resistencia de la víctima y el imputado frente a las decisiones fiscales.

En definitiva lo importante en orden al respeto o no del principio acusatorio es que el Juez no tenga a su cargo la “acusación” tanto como que no lleve adelante la “instrucción” o “investigación”. Cuestión que no se compadece con su intervención en esta etapa instructoria en el sentido que dicha intervención tiene en el marco de un sistema, que junto con el principio acusatorio, prevé otros principios cuya viabilización suponen y presuponen

⁵³ Legislatura de Neuquén. 2011. Ley 2784. Código Procesal Penal de Neuquén. CPPN.

⁵⁴ Legislatura de Santiago del Estero. 2009. Ley 6941. Código Procesal Penal de Santiago del Estero. CPPSE.



estos controles jurisdiccionales. Hablo de la igualdad, la contradicción y el derecho de defensa mismo.

El principio de igualdad es una imprescindible consecuencia del monopolio estatal represivo. Dado que todo el aparato estatal funciona en contra del “perseguido penalmente”, esto se vuelve fundamental. Supone igualdad de trato en el procedimiento, permitiendo un desarrollo igualitario de posibilidades defensivas y acusatorias. Desde este punto de vista este principio del sistema acusatorio exigiría no otorgar privilegio a una parte sobre la otra, no podría la víctima ni el Ministerio Público ser a la luz de este principio más favorecidos que el imputado en sus prerrogativas.

Justamente porque su origen se relaciona con dejar atrás la idea de un acusado indefenso, objeto de prueba, sometido y sumiso cuya suerte estaba atada a las convicciones del investigador y juez, propio del sistema inquisitivo que el sistema y los principios invocados quieren dejar atrás.

A su vez, impediría que ante circunstancias análogas se den tratamientos diversos. En este entendimiento cabe la pregunta de por qué en un sistema que da al querellante particular, que a diferencia del Ministerio Público no debe ninguna objetividad ni responsabilidad ética, posibilidad de oponerse a un archivo instando la continuación de un proceso, no así al imputado. Y ello aun cuando alguien pretendiera justificar su respuesta sobre la base que el querellante haría las veces de Ministerio Público, porque está visto que tanto la jurisprudencia como la ley no hacen tal asimilación.

Lo propio pasa con la consideración de la convención de la acción pública en acción privada esbozada. Posibilidad consagrada en varios códigos procesales, así el CPPC, CPPCh, CPPSF, CPPJ, el Código de la Provincia de Río Negro⁵⁵, Corrientes⁵⁶ y La Rioja⁵⁷, en Mendoza en el marco de la Ley 8008⁵⁸.

⁵⁵ Legislatura de la Provincia de Río Negro. 1986. Ley 2107. Código Procesal Penal de la Provincia de Río Negro. CPPRN.

⁵⁶ Legislatura de la Provincia de Corrientes. 1971. Ley 6518. Código Procesal Penal de la Provincia de Corrientes. CPPCo.

⁵⁷ Legislatura de la Provincia de La Rioja. 1950. Ley 2287. Código Procesal Penal de la Provincia de La Rioja. CPPLR.

⁵⁸ Artículo 12 - Formas de conciliación. El Ministerio Público Fiscal podrá propiciar y promover la utilización de todos los mecanismos de mediación y conciliación, que permitan la solución pacífica de los conflictos. Con noticia de cada una de las partes interesadas y de la víctima o damnificado, que en caso de desacuerdo, podrá solicitar la conversión de la acción pública en privada, en los casos que la legislación así lo autorice, a excepción de los delitos que aparezcan

Justamente aun cuando se extinga la acción pública por aplicación de los criterios de oportunidad, quedaría el imputado expectante a la acción privada, todo lo cual confluye en otro argumento en orden al reconocimiento de su derecho de oposición a la aplicación de estos criterios, sobre todo en relación a las legislaciones que consagran tal convención.

Y en la lógica a que nos lleva el principio de igualdad solo podemos decir que encontraremos razón a los argumentos a favor del imputado y su derecho de oposición y de proseguir con el proceso, sólo y sólo sí somos capaces de reconocerle su carácter de sujeto de derecho y parte del mismo.

De otra forma estaremos asistiendo a los viejos vicios de las sedes instructorias donde la participación de la defensa era nula o librada a la voluntad, los caprichos y bondades del juez instructor, pues la igualdad de las partes y el ejercicio del derecho de defensa en toda su amplitud, eran propias del plenario.

“La paridad o igualdad de las partes en el proceso, es una exigencia ínsita en el principio de contradicción... cuando se refieren al derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales y al derecho de defensa” (Carbone, 2015, p. 161).

Y además de relacionarse con el principio de contradicción, se vincula con la facultad misma del imputado de contar con posibilidad de defenderse desde un primer momento.

Esta misma calidad de sujeto de derecho que debe reconocérsele desde la instancia primigenia y desde el primer momento de la persecución penal dirigida en su contra.

En el CPPMza una leve modificación entre el artículo 92⁵⁹ de la Ley 6730 respecto a la Ley 1908⁶⁰ nos llevaría a pensar en la mayor amplitud respecto de los sujetos comprendidos en el primero sobre el segundo. Aunque podría ser más aparente que real en orden

cometidos por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones, o en perjuicio de la administración pública. (CPPMza)

⁵⁹ Artículo 92.- Calidad e Instancias. Toda persona podrá hacer valer los derechos que la ley acuerda al imputado, desde el primer momento de la persecución penal dirigida en su contra. Cuando estuviere preso, el imputado podrá formular sus instancias ante el funcionario encargado de la custodia, quien las comunicará inmediatamente al Tribunal o Fiscal según corresponda. (Ley 6730).

⁶⁰ Legislatura de Mendoza. 1951. Ley 1908. Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza. CPPMza.

a que la alusión del art. 68⁶¹ de ley 1908 a “participe”, no haría alusión al participe, en el sentido técnico del termino según el derecho de fondo.

Sin importar esa distinción, lo innegable es que toda persona “indicada” “investigada”, aún sin estar formalmente “imputada” goza de los derechos del imputado y esto así para el ejercicio del derecho de oposición tanto como para el alcance de dicha interpretación legal a favor de otras figuras jurídicas, asimiladas por ley al imputado⁶².

Sólo de esa forma podrá realizarse el derecho de defensa en toda su extensión, esto es, desde la instancia primigenia, desde la gestación del proceso.

El modelo acusatorio supone un sistema de roles definidos donde el que el imputado ya no es un sujeto pasivo de proceso, sometido y omiso, sino que demanda participación activa incluso desde la misma imputación de cargos. Ello también derivado de que en dicho sistema, en algunos modelos, la verdad deja de ser monopolio exclusivo del estado para pasar a construirse entre las partes a las que se garantiza la igualdad de armas y que llegan con visiones distintas de lo sucedido.

Si bien es cierto que la igualdad de armas, propia del proceso cien por ciento adversarial no existe como tal y con perfecto alcance en nuestro sistema, pues no se le otorga al imputado el derecho de conducir los actos de la investigación, utilizar la fuerza pública ni otros medios que sí tiene a su alcance la fiscalía, debemos reconocer en la igualdad como principio el norte que debe guiar, junto con otros, la interpretación de las normas legales y de la solución de los conflictos que se susciten entre ellas.

Desde la óptica del sistema acusatorio, el derecho de defensa resulta el reverso de la prohibición de indefensión y dentro de sus implicaciones más básicas está la de participar en el proceso con defensa y desarrollar su estrategia defensiva utilizando de todos los

⁶¹ Artículo 68.- Los derechos que este código acuerda al imputado podrá hacerlos valer el que sea detenido o indicado como participe de una infracción penal en cualquier acto del proceso. Cuando estuviere preso, el imputado podrá formular sus instancias ante el funcionario encargado de la custodia, el que las comunicara inmediatamente al magistrado competente. (Ley 1908).

⁶² Tal el caso del artículo 318 del CPPMza que consagra la declaración informativa. Artículo 318.- Declaración informativa. Cuando no concurren las exigencias previstas en el Artículo 271, el Fiscal podrá igualmente llamar a una persona, sin imputarla, para interrogarla sobre los hechos investigados. Su declaración en tal caso será sólo informativa. Mientras tal situación se mantenga no podrán imponérsele medidas coercitivas que no sean las previstas en el Artículo 280, a excepción de su inc. 1). las que no podrán exceder de un (1). año. Deberá hacerse saber, previo a todo, y bajo pena de nulidad, que puede abstenerse de restar declaración y proponer abogado defensor. De todo ello se dejará constancia en el acta respectiva. (CPPMza).



medios legales, para en igualdad de armas, ejercitar acabadamente su derecho a repeler la investigación y la acusación en su contra.

La oposición prevista en esta instancia contra el pedido fiscal de aplicación de principios de oportunidad forma parte de su derecho de defensa. La mayoría de los principios de oportunidad “presuponen” claramente la acción por el hecho delictivo en cabeza del imputado, que no obstante no se llevará a juicio fundado en consideraciones de estricto criterio económico procesal.

La investigación penal preparatoria quizás no ha avanzado tanto para entonces, pero dada la habilitación legal, el Ministerio Público tiene potestad de solicitar el sobreseimiento o la aplicación de los principios de oportunidad. Ahora bien, son entonces los criterios de oportunidad la opción que no puede más que evocar cierto peso convictivo respecto a la imputación.

Aquí hayo el riesgo latente de que estos criterios suponen un prejujuamiento sobre el imputado al que pretenden beneficiar. Se trata de un “juzgamiento fiscal”.

Teniendo en cuenta que el desarrollo y la progresividad del proceso hacen que el grado de conocimientos se incremente hasta podría pensarse que en los casos de aplicación de los principios de oportunidad habría una distancia entre la plataforma fáctica y el estado de convicción a su respecto que podría cuestionarse desde el principio de congruencia.

Hasta ese momento lo más seguro es que no haya habido realmente un proceso tan dialógico como supone la etapa plenaria, no obstante lo cual el pedido de aplicar principios de oportunidad no puede más que indicar “presunción de culpabilidad” en cabeza del “beneficiado”.

En este marco el derecho de oposición cobra el sentido de ser defensa y una estrategia idónea en orden a la obtención de una resolución definitiva donde eventualmente la astucia tenga que ver con demostrar su inocencia o apelar al *in dubio pro reo*.

En este sentido, son interesantes algunas consideraciones doctrinales sobre el derecho de defensa eficaz en su relación con los tipos de proceso y división de roles, donde se enfatiza en que serían menores las posibilidades de defensa en regímenes de procedimientos delegados, “...ya que no son iguales las chances que tiene el imputado de evitar el debate en la instrucción a cargo del juez que en aquella que se delega en el Ministerio Fiscal”,

ello en tanto en la primera siempre habrá un pronunciamiento jurisdiccional que declare con probabilidad positiva la existencia del hecho y la participación del acusado, cuestión que no se daría en las causas delegadas donde:

“...bastaría con que se escuche al imputado en indagatoria y solo con ello podría arribarse a la etapa intermedia, donde el imputado, de no tener acogida favorable en su pedido de sobreseimiento, no puede atacar de modo alguno la resolución que ordena el cierre de la instrucción” (De Paoli, 2017, p. 46).

Si la oposición del imputado es un derecho que forma parte del ejercicio de la defensa, podría caber la pregunta sobre la actitud que frente a los criterios de oportunidad podría tomar un defensor técnico versus el imputado.

Está claro que la praxis tribunalicia nos indica que el letrado particular tanto como el público, estará más dispuestos a dar anuencia a la pretensión fiscal de aplicar criterios de oportunidad que de no hacerlo.

Es que toda defensa material supone tiempo, recursos, cuando no la necesidad de peregrinar localizando testigos, pruebas, etc. ¿Podría decirse en este sentido que existe una manda para la defensa en el sentido de cerrar procesos? ¿Le serían traspolables los criterios de solución del conflicto como máxima? Entiendo que no, que lo ajustado a derecho sería una defensa que acompañara y asistieran en las posibilidades que impliquen un cierre anticipado y en la pretensión del pupilo a oponerse a esto.

El límite sería siempre el estado de indefensión.

Es este el criterio que rige en varios códigos locales el derecho del imputado de defenderse personalmente y también en el marco convencional⁶³ y entiendo es el que debería regir en este caso.

⁶³Artículo 8.- Garantías Judiciales (...).

2. (...).

d). derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e). derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

OEA. 1969. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica. CADH.



Ahora bien, se ha pretendido introducir alguna diferenciación en la defensa atendiendo a su carácter público-oficial o privado-particular.

Así se ha elaborado la idea que el defensor tendría distintas funciones según se lo considere un auxiliar de la justicia o un mandatario exclusivo y excluyente del asistido. Según ello, pero también desde una genealogía histórica a su servicio, el defensor público estaría unido a la idea de justicia, sería un agente judicial que como tal debería unir su actuación a las pretensiones estatales. Desde ese lugar debería estar al servicio de los fines estatales eficientistas y de economía procesal, que como ya dijimos, rigen y fundamentan los criterios de oportunidad.

Entiendo que pensar así y hacer la distinción pretendida entre la defensa oficial y la privada, atenta contra la garantía de defensa como forma de limitación al poder estatal. El principio acusatorio, pero sobre todo el adversarial, se rebelaran contra toda posición, sino paternalista sí autoritaria, proveniente de ese mismo poder al que se pretende limitar.

Además generaría una injusta diferencia entre quien puede acceder a un defensor privado respecto de quien no puede hacerlo.

Entonces, guiados por el principio adversarial la defensa debería acompañar al imputado en dicha oposición como parte de su derecho de resistencia a la pretensión estatal, y el límite sería siempre el estado de indefensión para aquel. Así como el derecho de defensa supone el contener el impulso de la acción, en este caso contendría el impulso de la disposición que pretenda hacer el fiscal.

Vale indicar que no puede asumirse medir la “defensa eficaz” en términos de resultados anticipados. Porque la defensa en juicio es condición también del acceso a la justicia y junto con dicha garantía va la de acceder a los tribunales para reclamar, resistir y fundar su inocencia, lo que podría intentar el imputado oponiéndose a los principios y solicitando si no su sobreseimiento, si la continuación del proceso en orden con ello.

Pero además, se le puede añadir que lo dicho es coherente con el principio de contradicción.

“El principio de contradicción ha de ser complementado en el proceso contemporáneo con el de igualdad de armas porque no es suficiente que exista contradicción en el proceso, sino que, para que esta sea efectiva, se hace preciso también que ambas partes procesales, actor y demandado, acusación y defensa, ostenten los mismos medios de ataque y de defensa o, lo



que es lo mismo, tengan idénticas posibilidades y cargas de prueba e impugnación” (Carbone, 2015, p. 162).

Como dijimos de la defensa, la contradicción era impensada en la lógica inquisitiva. El ofendido por el delito/pecado en estos sistemas era Dios y por tanto, los sujetos acusados de brujería o herejía, no debían contradecir la investigación llevada adelante por Dios, representado a través de sus emisarios terrenales. Más tarde, en la mixtura de los procedimientos penales, la contradicción paso a ser una posibilidad cierta, acotada a la fase plenaria, pues en el ámbito instructorio, se pregonaba la limitación de la contradicción como virtud de un sistema tanto más eficaz, cuanto más secreto, escrito y menos contradictorio fuese. Esto tiene su razón de ser: cuando el proceso llegaba a la instancia de juicio oral, nada o muy poco, quedaba a la defensa del acusado por hacer, por lo general en esa instancia se buscaba confirmar lo actuado y así, la capacidad de rendimiento del derecho a contradecir, era escasa, inoportuna, en definitiva, ineficaz.

Hoy la lógica que propone el sistema acusatorio, supone que el verdadero contradictorio está en el juicio oral que debe bastarse a sí mismo.

Porque sólo en el plenario se satisface fielmente el encausamiento disciplinado del hecho definido por la actividad de dos sujetos ante la vista del tercero imparcial, donde claramente se verificará la acusación, la contraposición a esa acusación o defensa, las pruebas que sustentan las diversas hipótesis y con ello el contradictorio estableciéndose claramente quién es el que debe acusar y quién ha de defenderse, con la participación activa de los demás principios que informan al sistema acusatorio, la oralidad, publicidad, intermediación, etc...

Entonces dos cuestiones, primero que la etapa preparatoria o mejor dicho instructoria, no gozaría de una calidad de contradictorio como la que se da en el juicio, y que por tanto, toda posibilidad de contradecir al Ministerio Público en dicha etapa procesal se volvería imprescindible forma de ratificar la vigencia de la igualdad de armas y el contradictorio, por lo que no sólo debe ser respetada sino propulsada y no puede quedar eclipsada por el poder fiscal.

Este principio expresa que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio, manifestación que extiende la garantía más allá del derecho a ser oído. En efecto, si bien algunos ordenamientos procesales o autores postulan que la actuación inicial en la



etapa de investigación preparatoria no se encuentra sujeta a las reglas de la contradicción, es claro que al formularse la acusación/imputación –aún en el sentido amplio antes explicitado-, este principio cobra toda su operatividad y por su imperio se debe permitir un pleno ejercicio del derecho de defensa bajo los presupuestos del principio acusatorio y de congruencia. Por el primero, se pone de manifiesto la necesidad de quien lleve la investigación no sea el mismo que juzgue, en tanto éste último, deberá garantizar la contradicción en igualdad de armas y por el segundo, la contradicción debe ser garantizada en el marco de una indemnidad de plataforma fáctica, evitando en todo momento un cambio en las reglas del juego o lo que es peor, la modificación del objeto en el cual las partes han centrado su atención y esfuerzos procesales.

En definitiva el derecho a ser oído debe ser reconocido no solo en la instancia de juicio sino en todo el proceso, el que no debe ser un monólogo ni aun en la instrucción, sino que debe propender a un cambio de acciones y reacciones, estímulos y contraestímulos en el cual se enmarcaría la oposición.

Es decir que los principios de igualdad de armas, contradictorio y el derecho de defensa mismo, en el marco del sistema acusatorio, justifican la plena vigencia del derecho del imputado o “perseguido penalmente” de oponerse a la pretensión fiscal de aplicación de los principios de oportunidad.

Y la amplia disponibilidad de la acción del fiscal no puede serle opuesta al imputado como obstativa a la vigencia de tal derecho en la medida, que esa disponibilidad como el derecho de oposición se asientan en principios propios del sistema acusatorio de raíz constitucional.

Es más se podría reconocer en el derecho a la jurisdicción un válido fundamento de tal oposición.

Aunque como se verá en el capítulo siguiente podrá haber otras razones vinculadas al sometimiento del sujeto a la ley que justifiquen la necesidad de tener un proceso y no ser excluido anticipadamente y sin definiciones conclusivas sobre el fondo.

II. 2.- Del derecho de oposición al derecho a la jurisdicción

*“...este libro es la respuesta a la que, en otras circunstancias, habría estado obligado.
Y cuanto pido, es que se me conceda; que se conceda ahora lo que entonces habría sido una obligación.”*

(Althusser, 1985)

El derecho a la jurisdicción, doctrinaria y jurisprudencialmente unido a la víctima, es planteado aquí desde otros dos puntos de vista, que de común tienen el ubicarse en cabeza del imputado.

Por un lado, el derecho a la jurisdicción como la prerrogativa de excitar en la etapa preliminar el control jurisdiccional del juez de garantías.

Como se explicara de un tiempo a esta parte lo relativo a la definición y división de roles de los actores del proceso penal ha tenido un lugar central en la escena hasta el punto de definir a partir de allí, y a veces sólo de allí, el tipo de sistema en el que se enmarca el proceso del que hablamos.

En este sentido, la reforma de 1994 de la Constitución Nación refrendó con su modificación un pedido largamente esperado en orden a la consagración del Ministerio Público como órgano extrapoder. Esto supuso modificaciones de las legislaciones de los órdenes locales, como paso en Mendoza con la Ley 8008⁶⁴ que rediseñó todo el esquema de la procuración y sus dependencias, estableciendo un nuevo orden de poderes.

Ahora bien, aun siendo extrapoder -al menos normativamente- como cualquier poder, está sujeto a control y fiscalización. No hay en nuestro diseño constitucional ni legal poderes omnipotentes omnímodos.

Y esto funciona al efecto de otorgar derecho al imputado para gestionar tal control.

⁶⁴ Legislatura de Mendoza. 2009. Ley 8008. Ley Orgánica Ministerio Público.

Si analizamos el proceso penal hasta el momento objeto de crisis o estudio, esto es la posibilidad de oposición del imputado a los principios de oportunidad⁶⁵, no hay otra posibilidad de oposición relacionada a la “acusación o imputación” en su contra.

Nuestro sistema no consagra la “oposición” o “recurso” frente a la imputación, acto procesal que tiene una connotación incriminante innegable dentro del principio antecedente consecuente.

En esta “oposición” se viabiliza un legítimo medio de acceder a un control jurisdiccional que encauza tanto su derecho a ser oído como su derecho de defensa y su estrategia defensiva.

Subyace a esto que los procesos con criterios de oportunidad tienden a visibilizarse y construirse como un proceso acabado donde hay una culpabilidad sobre el “imputado”, con la plataforma fáctica y las pruebas hasta allí integradas, con la presunción de culpabilidad que presupone el “dar una oportunidad al estilo de prueba o menguada pena”.

Le permite esta rebelión ante la intención fiscal revalorizar su condición de sujeto de derecho y del proceso y no simplemente objeto a mercantilizar por los métodos que mejor convengan al desarrollo del proceso y la economía procesal en general.

En este sentido, la “oposición” es una expresión de argumentación adversarial.

La oposición a la aplicación en el caso de un criterio de oportunidad -que equivale a un no juicio- aparece como una instancia de importancia dentro de la etapa de instrucción y preparatoria que hasta ahí es bastante más escrita y secreta que oral y pública.

Sea que dicho control tenga que ver con la necesidad de rebatir esa “culpabilidad” que presupone la aplicación de un principio de oportunidad solicitando su sobreseimiento por cuestiones de fondo.

Sea que tenga que ver con que el proceso siga y su situación sea ventilada y resuelta en el juicio plenario, ámbito donde rige en plenitud el sistema acusatorio y todas las garantías que presupone, ámbito dialógico y adversarial por excelencia, con mayor oportunidad para la igualdad, la publicidad, el contradictorio y el análisis.

⁶⁵Hoy en Mendoza, tramitado en una audiencia oral.

Sin embargo la tendencia actual implica una inflación de la etapa preliminar en desmedro de los pocos casos que llegan a la etapa plenaria, volviéndose esta la excepción. Es algo que además está expresamente suscitado en el artículo 5 del CPPMza ya mencionado, lo que parece invisibilizar el derecho a la jurisdicción como se verá.

“Nadie en sus cabales puede dejar de considerar acertada esta evolución de los sistemas procesales, en tanto supone una garantía para las partes involucradas (se refiere a la implementación de los sistemas acusatorios en reemplazo de los modelos inquisitivos). El problema radica en la concentración de facultados en el fiscal, que lo convierte en esa etapa preliminar, pero determinante para la suerte del proceso, en amo y señor de un sistema procesal que pareciera estar estructurado para evitar el juicio o debate. Por ello el fiscal es en realidad un juez de instrucción encubierto que, incluso decide el cuándo, el cómo y hasta dónde se hacen efectivos o no, los derechos de las partes. También decide si quiere investigar o no, si permite la suspensión del proceso a prueba o no, o si promueve el acuerdo entre partes o no” (Precedente “Junco” de la Sala I de la Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas, citado por De Paolis, 2017, p. 61).

En este sentido algunos llegan hasta a propiciar la intervención de oficio del juez en el proceso como forma de equilibrar el poder fiscal, un control jurisdiccional fundado en la necesidad de un rol activo del juez como guardián de las garantías constitucionales, a fin que despliegue las facultades otorgadas y de oficio efectúe una supervisión del mérito. Según esta postura, más allá de su recepción o no en los códigos de procedimiento locales, el juez debería escudriñar la actuación fiscal desde su mirada imparcial, para evitar la vulneración de un abanico de garantías.

Pero como ya anticipamos, en nuestro sistema el juez de garantías no tiene acción de oficio sino que tendrá partitura en la medida que sea solicitada su intervención a partir del fiscal o de la defensa y ello es lo acorde con el sistema a que pretende encauzar su actuación.

Justamente hablamos del “derecho a la jurisdicción” en este sentido, a partir de la facultad en cabeza del imputado de suscitar tal control y actuación. Control que tiene por límite no enervar la promoción de la acción realizada oportunamente por el fiscal, ni invadir sus competencias desde que, como lo afirma la autora citada De Paolis (2017), “Lo vedado a los jueces es el ejercicio de la función requirente más no el control propio de los actos en los que sí hay promoción de acción.” (p. 35)

Se ha pretendido excluir este derecho a la jurisdicción con el argumento que, a diferencia de lo que sucede con la querrela o la defensa, el Ministerio Público tiene la obligación de actuar objetivamente⁶⁶ y proveer a la defensa. Esto supone no solo fundar sus dictámenes y actos procesales, sino evacuar pruebas de manera objetiva, aún aquellas que sean favorables al imputado o tiendan a incriminarlo, puesto que la búsqueda de la verdad a la que debe apuntar el Ministerio Público debe ser “objetiva” y no parcializada o subjetiva. De allí que se sostenga que en dicha actuación debe primar la buena fe procesal y la legalidad.

Ahora bien, este principio es ineficaz para corregir todas las disparidades procesales en el proceso y no alcanza frente a institutos como los criterios de oportunidad que pueden llegar a funcionar como intimaciones basadas en intuiciones probatorias en contra del imputado, y donde muchas veces éste se encuentra en una encrucijada sin muchas posibilidades a la vista, donde claramente es más una necesidad de economía procesal la que rige, que la objetividad del fiscal mirando el “beneficio” de este o su “defensa”. Y es por eso que la intervención jurisdiccional suscitada por esa oposición del imputado sigue siendo importante.

No podría hablarse de debido proceso si no se contemplara el control necesario que el juez debe realizar del devenir de las actuaciones y de la actividad de cada uno de los actores que se involucran en él, y en particular y respecto a la del acusador, a quien le es exigible el respeto por el principio de razonabilidad de sus actos, por imperio de la forma republicana de gobierno. De allí que dejarlo todo librado al principio de objetividad sería coartar la función jurisdiccional sobre la base de un acto de fe hacia la actuación fiscal, que como tal no es certero, y justifica la actuación en pos de corregirla tanto como atender a un derecho de defensa de su contradictor, el imputado.

Se entiende que sin este ejercicio del derecho a la jurisdicción un abanico de garantías y derechos podrían verse afectados, tales como el principio de inocencia, el de culpabilidad, el de legalidad etc...

No es lo mismo la resolución o valoración de un fiscal que la que se realiza en una decisión jurisdiccional en general. Se tiene dicho que la fundamentación exigida por la ley

⁶⁶ Artículo 343 - Defensor. El Fiscal de Instrucción proveerá a la defensa del imputado con arreglo a los artículos 134 y 317. (CPPMza).



para las conclusiones del Ministerio Público Fiscal no es equiparable a la requerida a la función jurisdiccional.

Incluso desde la perspectiva del sistema acusatorio se podría pensar a las resoluciones y conclusiones fiscales como una opinión o postura de una de las partes, producida luego de la discusión en un pie de igualdad con la defensa del perseguido penalmente, ante el tercero imparcial –el tribunal-, quien deberá dirimir la controversia planteada, ejerciendo su “jurisdicción”, con la ventaja de satisfacer de modo más completo las aspiraciones de las partes.

Esto en general puede ser traspolado a la etapa intermedia.

Otra cuestión a tener en cuenta es la necesidad de distinguir la objetividad del representante de la acusación con la imparcialidad. Esta última requerida al juez, no le sería exigible al Ministerio Público.

Entonces es razonable que el imputado solicite que sea un juez quien en definitiva resuelva su situación, aun cuando probabilísticamente no pueda determinar su actuación, le queda la apelación a esta imparcialidad, que incluso pueda ser disruptiva respecto a valoraciones fiscales no fundadas tanto en el fondo o su posición de investigador y parte acusadora y si en cuestiones de utilitaristas de economía o simpleza procesal.

En definitiva, el juez de “control” o de “garantías” asegura a los imputados la posibilidad de que las prerrogativas constitucionales de las que gozan no sean transgredidas. Esto por otra parte, ayuda a que tanto el acusador como el acusado, se encuentren situados en un mismo pie de igualdad durante toda la etapa de instrucción. El mismo esquema acusatorio exige de ese juez su papel de tercero imparcial durante la etapa de instrucción a fin velar por la preservación de los derechos y garantías constitucionalmente previstas para la persona procesada y a fin se cumpla con el debido proceso legal en un marco de máximo respeto. Ello supone también la materialización y vigencia del derecho de defensa y con ello el principio del contradictorio.

En conclusión, la misma ley de forma reconocería este sentido del derecho a la jurisdicción a través del establecimiento del control –no de oficio- por parte del juez de garantías sobre la disponibilidad de la acción, derecho de oposición justificado también a partir de los principios de igualdad de armas, contradictorio y del derecho de defensa.



Ahora bien, también cabe considerar el derecho a la jurisdicción o tutela judicial efectiva, no ya como una prerrogativa del imputado a suscitar control jurisdiccional sobre la función del Ministerio Público, sino, como un derecho a la jurisdicción en el sentido amplio del derecho a instar la realización del juicio público donde se resuelva en definitiva su situación.

En este sentido se ha entendido el derecho a la jurisdicción como la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional y obtener de ellos sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes. Parte integral del estándar mínimo de justicia es el principio de acceso a la justicia.

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza (SCJMZA) se ha referido a este derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia, como un derecho que no se satisface solo con la posibilidad de acceso a la instancia judicial sino que requiere: "...que la tutela judicial de los derechos resulte efectiva; esto es, que sea oportuna y posea la virtualidad de resolver definitivamente la cuestión sometida a su conocimiento". (SCJMZA. Sala Segunda. 2020. 13050603878).

Hablamos de la famosa "tutela judicial", del "derecho a la jurisdicción", del "juicio previo" de la constitución, pero ninguna de estas expresiones, dice nada sobre el derecho del "imputado" a esa jurisdicción o a ese juicio cuando no se lo entiende como precedente necesario de una "condena".

En cuanto a las diferentes acepciones, Aguilar Cavallo (2010) a propósito del análisis de los conceptos involucrados, expresa valorando como preferente el concepto de acceso a la justicia ya que sería una:

"...noción más comprensiva, más incluyente y más englobante, que aquella de acceso a la jurisdicción. Esta última restringiría el principio, al acceso al servicio jurisdiccional, pero dejaría fuera el principio de acceso al goce y ejercicio del derecho mismo, esto es, a la realización judicial del derecho".

También aduce que el concepto "tutela judicial efectiva", sería el más utilizado en el ámbito judicial y que por tanto restringiría su concepción al ámbito judicial, en tanto el derecho de acceso a la justicia sería un concepto de alcance denotativo más amplio.



En otro sentido se ha pretendido diferenciar ambos conceptos en orden a las instancias, es decir, el derecho a la tutela judicial efectiva sería invocable una vez en el proceso judicial y referenciable específicamente a un derecho vulnerado o demanda objeto de petición, en tanto el acceso a la justicia sería el derecho invocable para poder “acceder” a la autoridad pública, cualquiera sea, en busca de justicia. En orden con ello la referencia a “acceso a la jurisdicción”, tendría relación con la autoridad pública judicial, que es el sentido en que lo tomamos para el objeto de estudio.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación encontramos una referencia al reconocimiento de este derecho en cabeza del imputado.

“Esta Corte ha considerado que todo aquél a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional, sea que actúe como acusador o acusado, como demandado o demandante; ya que en todo caso media interés institucional en reparar el agravio si éste existe y tiene fundamento en la Constitución. No se observa, en efecto, cuál puede ser la base para otorgar distinto tratamiento a quien acude ante un tribunal peticionando el reconocimiento o la declaración de su derecho -así fuere el de obtener la imposición de una pena- y el de quien se opone a tal pretensión, puesto que la Carta Fundamental garantiza a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma, cualquiera que sea la naturaleza del procedimiento -civil o criminal- de que se trate” (CSJN. 1998. 27480).

En relación con ello se establece la obligación del estado de arbitrar los medios para hacer posible y viable dicho derecho, desde organizar el aparato gubernamental y todas las estructuras a través de las cuales se asegure el pleno ejercicio de este derecho que contendría diversos estadios o momentos, el efectivo acceso a la justicia, su desarrollo en el proceso y su ejecución en una sentencia.

Este aspecto, el de la sentencia resuena como la expresión final del derecho a la jurisdicción.

Esto es importante dado que como adelantamos justamente la certeza que transmite en orden a la “resolución del caso” una sentencia jurisdiccional es bien distinto al archivo que podría disponer un fiscal. Así lo ha establecido la CSJN, en sendos fallos:

“...la garantía consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive arbitrariamente de la



adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren asistirle sino a través de un proceso llevado en legal forma y que concluye con el dictado de una sentencia fundada, recaudos que según ha sentado la Corte no rigen exclusivamente en el ámbito de los procesos judiciales, sino que deben ser de inexcusable observancia en toda clase de juicios" (considerando 9º) (CSJN. 2003. 14216).

En igual sentido en antecedente (CJSN. 2006. 2948), aludiendo a "...que asegura a los todos los litigantes por igual la posibilidad de obtener una sentencia fundada relativa a sus derechos".

Es decir, en general se considera que integra este derecho a la jurisdicción el dictado de una sentencia fundada que produzca una conclusión razonada y pensada sobre la pretensión o acusación judicial.

En un fallo del Tribunal Constitucional Chileno en sentencia del año 2010 (TCC.2010. Rol N° 1445-09) el voto de uno de sus ministros refiere:

"...debe reiterarse que este conjunto de derechos fundamentales incluye el acceso a la jurisdicción como presupuesto para lograr el derecho a la tutela judicial efectiva de sus derechos constitucionales, conceptualizada esta por los especialistas como "aquel (derecho) que tiene toda persona a obtener tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos ante el juez ordinario predeterminado por la ley a través de un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y en el que no se produzca indefensión".

Considera además que este derecho a la tutela judicial efectiva es una norma "autosuficiente y "autoejecutiva".

Lo que estaba en juego en dicho antecedente del vecino país era justamente la imposición de salidas alternativas en contra de la voluntad del "afectado" por tal decisión inconsulta. Si bien en dicho caso el afectado es el querellante recurrente, los argumentos y fundamentos destacados en el voto son fielmente traspolables al derecho del imputado a oponerse a la aplicación de los criterios de oportunidad.

Los alcances y aspectos analizados permiten sostener a este derecho a la jurisdicción como fundamento del derecho de oposición y en tal caso, se impone abrir el marco contextual hacia los cimientos de tal derecho para redescubrirlo a favor del imputado aún a pesar de la limitación de la interpretación literal del artículo 18 de la C.N. respecto a ser

solo un presupuesto necesario en caso de condena, “juicio previo de la condena”. Para ello se hace necesario incursionar en las bases.

II. 3.- Bases legales y constitucionales del derecho a la jurisdicción

“...con el objeto de construir la unión nacional, afianzar la justicia...”

(Preámbulo. Constitución de la Nación Argentina)

Haciendo algo de genealogía histórica tenemos que el derecho a la jurisdicción ya se reconocía en la famosa Carta Magna inglesa del año 1215, la cual establece el derecho a la justicia aclarando que “no se puede negar, vender, ni retrasar”. La petición de derechos de 1628 instituyó la prohibición de juzgar a los acusados de acuerdo con una ley marcial utilizable sólo en tiempos de guerra.

Los principios que dejó la revolución de la ilustración supusieron la reafirmación del valor justicia, lo que llevó a un reconocimiento expreso de la presunción de inocencia como elemento necesario de un juicio imparcial, tanto como la imposibilidad de nombrar jueces especiales para una sola causa o situación puntual.

Todo lo cual terminó influyendo en la constitución norteamericana a la que nuestros constituyentes supieron mirar, la que se preocupó por establecer un sistema de controles y equilibrios para moderar las acciones entre los poderes, estableciendo pautas específicas para la jurisdicción y el juicio justo. Así: la prohibición de declarar contra sí mismo, la privación de libertad reglada y como excepción, el derecho a un juicio rápido y público, el derecho de defensa, el derecho de información para el sometido a proceso. Un dato de interés es que consagra como titulares de estas prerrogativas a todas las personas que se



encuentren bajo la jurisdicción de un determinado Estado, es decir, no sólo aquellas comprometidas en un litigio determinado, sino todas aquellas personas que en alguna forma soliciten la intervención de los órganos jurisdiccionales.

De las bases legales y constitucionales de nuestro país se pueden extraer vestigios de esta historia previa y fundantes concepciones en torno al derecho bajo estudio. Estas bases, como fuentes inalterables de las primigenias voluntades populares, no pueden menospreciarse.

“Es común estudiar directamente la versión autoral sobre derechos y garantías constituciones, sin repasar la función que los constituyentes –primeros hombres en organizar el poder- acordaron a tales principios”. (Cafferata Nores, 2006, p. 275).

En el preámbulo de nuestra constitución nacional de 1853 puede leerse “afianzar la justicia” y es la primera referencia acerca de la justicia del texto constitucional, y por tanto la más antigua en relación al sistema republicano argentino que aquella norma principalísima ratifica.

El preámbulo es la pieza más noble de la Constitución. Es la propuesta de un pueblo que exterioriza el imaginario colectivo sobre los fines de esa sociedad, remitiendo a la consagración del cambio de la fuente del poder del rey al pueblo, al cambio de los tenedores del poder por una clase política que debe conquistar la confianza del mandato que ejerce, a cambio del fin del poder de las razones del estado al bien común.

Afianzar la justicia significa asegurar la justicia como valor supremo del mundo jurídico político y afirmar su correcto funcionamiento como administración y poder. (Lemon, 1996, p. 30).

Aquella manda supondría la obligación estatal de organizar el poder judicial dotando de tribunales independientes al país, con facultades para decir el derecho en los casos sometidos a su consideración y según reglas específicas de competencia.

Esto guardaría relación con lo manifestado anteriormente en el sentido que nuestra constitución liberal, consagraría un sistema acusatorio en contraposición al poder absoluto y como límite a las arbitrariedades estatales.



Y más allá de las referencias conocidas a la justicia y el debido proceso en la parte dogmática y programática de la constitución, es de considerar la expresa mención de la justicia en el texto de presentación de la norma suprema. La importancia del preámbulo⁶⁷ – como especie de prefacio común a casi todas las cartas magnas-, lo constituye el ser un programa valorativo continente de los enunciados previos que condensan la decisión política del estado, anticipando una forma de poder, una pauta para resolución e interpretación de casos y un resumen de las disposiciones que serán la letra de la pretendida constitución.

En este sentido es interesante la observación que realiza Gelli, completando a mi entender la idea y acercándonos al objeto deseado, a saber: “...dispone la plena juridicidad del texto constitucional, adelantándose, con ello, al paradigma del Estado Constitucional de Derecho” (Gelli, 2008, p. 1).

En este contexto destacamos entonces que en el marco fundacional de la constitución argentina aparece la justicia como estandarte principal, incorporado a aquella pequeña síntesis del sistema que inspiraba a los constituyentes.

Desde dicho lugar, podemos decir que la “justicia” aparece como un “principio” en el preámbulo, el cual será –y deberá ser- rescatado en orden a entender y valorar las demás prescripciones normativas.

Esta referencia a la justicia también se ha interpretado arraigando allí la raíz iusnaturalista, señalando la idea del principio de justicia incluso como anterior al Estado y que éste estaría obligado a respetar.

Como antecedente a lo dispuesto en el preámbulo, vale la mención realizada en la Declaración de la Independencia el 9 de julio de 1816 en San Miguel de Tucumán en estos términos: “Quedan, en consecuencia, de hecho y de derecho, con amplio y pleno poder

⁶⁷ Expresamente Lemon dice que el preámbulo es: “ a). una exposición de propósitos permanentes proyectados con alcance universal, como proclama de ideales, b). una introducción solemne y expresa de ideas morales, políticas y religiosas que suele preceder a una Constitución, y que establece los fines que esta se propone o los valores que pregona, c). un enunciado de la autoridad que dicta la constitución –titular del poder constituyente- referida al para que se establece la norma fundamental, sus fines y objetivos, d). una declaración solemne de los altos fines del legislador y una expresión sintética de los motivos de sus objetivos; ya que contiene los llamados principios fundamentales de la Carta magna.”⁶⁷

para darse las formas que exija la “justicia” e impere el cumulo de sus actuales circunstancias” (Acta de la Declaración de la Independencia. Recuperada de: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/9-de-julio-dia-de-la-independencia-argentina>).

La Corte Suprema de Justicia ha reconocido el valor del enunciado “afianzar la justicia”. Así en sendos fallos: *Vieytes de Fernández c/ Provincia de Buenos Aires* (CSJN, 1976), *Pérez de Smith, Ana M. y otros s/pedido* (CSJN, 1977), *Saguir y Dib, Claudia G. s/autorización, entre otros* (CSJN, 1980).

Luego, el debate abierto en torno al valor jurídico del preámbulo, aunque puede considerarse vigente desde un punto de vista estrictamente doctrinario, a mi criterio, debe considerarse con argumentos suficientes para ceder a favor de la consideración del mismo y sus enunciados como “principios del derecho”.

Así lo considera Gelli (2008) –basándose en la opinión de Bidart Campos- no solo fundándose en la eventual aplicación jurisprudencial del mismo, sino también acudiendo a la misma letra del preámbulo en su frase “ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución”, en tanto “La frase indica el valor jurídico del Preámbulo y de la Constitución, esta también con fuerza normativa” (p. 7).

Ahora bien, todo esto interesa desde que a partir de dicha cláusula, considerada como principio, es que se entiende derivado el derecho a la jurisdicción.

Y que los principios constitucionales se erigen en normas sustanciales, como directrices que encauzan la producción normativa y resignifican las disposiciones emanadas de ellas dotándolas de significado tanto como disciplinando su aplicación en coherencia con dichos principios.

En coherencia con la guía que aportara el preámbulo, el artículo 116 de la Constitución Nacional que establece:

“Artículo 116.- Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del Artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.”

A su vez, la reforma de la Constitución Nacional de 1994, diversificó las fuentes jurídicas de derechos y normas a través de la incorporación en el art. 75 inc. 12, de tratados y convenciones internacionales.



De especial interés en relación con el derecho a la jurisdicción resultan los artículos 1.1⁶⁸, 8.1⁶⁹ y 24⁷⁰ de la Convención Americana de Derechos Humanos⁷¹. Lo propio establecen otras convenciones internacionales. Así, el artículo 10 de la Declaración Universal de

⁶⁸ Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (CADH).

⁶⁹

Artículo 8. Garantías Judiciales.

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

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a). derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b). comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c). concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d). derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e). derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrase defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f). derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos de todas personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g). derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h). derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. a confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal ser público salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia. (CADH).

⁷⁰ Artículo 24. Igualdad ante la ley.

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Artículo 25. Protección Judicial.

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

2. Los Estados Partes se comprometen:

a). a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso;

b). a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c). a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. (CADH).

⁷¹ Asamblea General. Organización de Estados Americanos. 1969. Convención Americana de los Derechos Humanos. CADH



Derechos Humanos⁷², artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷³, artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos⁷⁴ y en el artículo 19.2 de la Declaración de los derechos y Libertades Fundamentales del Parlamento europeo⁷⁵.

⁷² Artículo 10. – Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. (Asamblea General. Organización de las Naciones Unidas. 1948. Declaración Universal de los Derechos Humanos [DUDH]).

⁷³ Artículo 14: 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a). A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
- b). A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
- c). A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
- d). A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
- e). A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
- f). A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
- g). A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. 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 a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido posteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país. (Asamblea General. Organización de las Naciones Unidas. 1966. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCP]).

⁷⁴ Artículo 6: Derecho a un proceso equitativo 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a). a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b). a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c). a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan; d). a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e). a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende

En el ámbito local, en la Provincia de Mendoza, el preámbulo de la Constitución también hace referencia a “afianzar la justicia”. Al respecto, Barraquero exponía: “... el preámbulo no puede ser sino la síntesis o resumen de esos anhelos que están consagrados en la constitución federal argentina” (Centro de estudios Jurídicos y Políticos, 2005, p. 55).

Ello es lógico desde que todas las constituciones que fueron teniendo vida en la Provincia, en el contexto del liberalismo reinante, pusieron el acento en el individuo y reconocieron amplios derechos en la materia y aquellos que consideraban propios de la naturaleza humana.

Así, la Constitución de 1916 consagró en su artículo 17 la defensa en juicio y en el 47 los derechos implícitos. Por su parte, el artículo 8 que establece que todos los habitantes de la Provincia, “... tienen el derecho perfecto de defender su vida, libertad, reputación, seguridad y propiedad y de ser protegidos en estos goces. Nadie puede ser privado de ellos sino por vía de penalidad, con arreglo a la ley anterior al hecho del proceso y previa sentencia legal de juez competente”.

También el artículo 10 en tanto incorpora el derecho de peticionar para solicitar “gracia o justicia”⁷⁶.

Interesante es en orden a este trabajo y en relación con el derecho a la jurisdicción, lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución mendocina que establece: “La sentencia en causa criminal debe ser definitiva, absolviendo o condenando al acusado”. Una interpretación literal y absolutista de esta norma no permitiría soluciones de las del tipo propuesta por la aplicación de los principios de oportunidad desde que en su origen establecían una suspensión de la persecución penal y el imputado debía esperar hasta la prescripción del

o no habla la lengua empleada en la audiencia. (Consejo de Europa. 1950. Convención Europea de Derechos Humanos [CEDH]).

⁷⁵ Artículo 19.2: (Acceso a la Justicia). Toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativa y públicamente en un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley. (Parlamento Europeo. 2000. Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales del Parlamento europeo [CDFUE]).

⁷⁶ Artículo 10 - Todos los habitantes de la Provincia tienen el derecho de reunirse para tratar asuntos públicos o privados con tal que no turben el orden público; así como el de peticionar individual o colectivamente, ante todas y cada una de las autoridades, sea para solicitar gracia o justicia, sea para instruir a sus representantes o para pedir la reparación de agravios, pero ninguna reunión podrá atribuirse la representación ni los derechos del pueblo. El derecho de petición no podrá ejercerse colectivamente por ninguna clase de fuerza armada, ni individualmente por los que formen parte de ella, sino con arreglo a las leyes. Cualquier disposición adoptada por las autoridades en presencia o a requisición de fuerza armada o de una reunión sediciosa que se atribuya los derechos del pueblo, es nula y jamás podrá tener efecto. (Asamblea Constituyente. 1916. Constitución de Mendoza [C.M.]).



delito para obtener una resolución definitiva. Todo lo cual era una razón más que importante y de peso para “oponerse” a su aplicación.

Una conciliación normativa es posible a partir de sendas reformas de hace un par de años. Respecto a la norma procesal provincial, Ley 8896⁷⁷, en tanto modificó el artículo 353, y en la norma de fondo nacional, Ley 27147⁷⁸, en tanto modificó el artículo 59. De allí que si la aplicación de los principios de oportunidad extingue la acción penal, esto puede ser invocado para obtener una resolución definitiva, tal el sobreseimiento por extinción de la acción, inciso 4 del 353 del CPPMza. Ahora bien, como adelantamos, fuera de una interpretación armónica y sistemática, se ha entendido que la expresión “de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes” del artículo 59 inciso 5 del C.P.; obstaría un sobreseimiento inmediato en los casos que no haya habido conciliación, debiendo esperar al menos esperar el año que dispone el artículo 353 inciso 7 la ley de forma.

⁷⁷ Artículo 18 - Sustitúyase el Artículo 353 del C.P.P., Ley 6.730 y sus modificatorias, el que quedará redactado de la siguiente manera:

"Art.353 Procedencia.

El sobreseimiento procederá cuando:

- 1). El hecho investigado no se cometió o no lo fue por el imputado.
- 2). El hecho no encuadre en una figura penal.
- 3). Media una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absoluta.
- 4). La pretensión penal se ha extinguido.
- 5). Considerada agotada la investigación o vencido el término de la investigación fiscal y sus prórrogas, no hubiere suficiente fundamento para elevar la causa a juicio y no fuere razonable, objetivamente, prever la incorporación de nuevas pruebas.
- 6). Se hubiere producido la conciliación de las partes, siempre en los casos que estuviese legalmente permitido.
- 7). Ha transcurrido el plazo de un (1) año desde la suspensión de la persecución penal, y no corresponde dejarla sin efecto en virtud del 4to. párrafo del Artículo 27.
- 8). Ha transcurrido el término de la suspensión del proceso o el juicio a prueba, habiéndose cumplido las condiciones y reglas impuestas.
- 9). Se han cumplido las obligaciones contraídas en el acuerdo preparatorio o la reparación integral del perjuicio, salvo que aquellas se encuentren debidamente garantizadas a satisfacción de la víctima.
- 10). Por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada. (CPPMza).

⁷⁸ Artículo 1.— Sustituyese el artículo 59 del Código Penal, por el siguiente texto:

Artículo 59: La acción penal se extinguirá:

- 1). Por la muerte del imputado;
- 2). Por la amnistía;
- 3). Por la prescripción;
- 4). Por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada;
- 5). Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;
- 6). Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;
- 7). Por el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba, de conformidad con lo previsto en este Código y las leyes procesales correspondientes. (C.P.).

Hasta aquí el reconocimiento del derecho a la jurisdicción desde los orígenes primeros de las instancias constitutivas estatales, siguiendo sus huellas desde los preámbulos constitucionales y hasta el marco normativo convencional.

Es del caso señalar que a lo largo de la historia, las normas y la jurisprudencia han hecho referencia indistintamente a “proceso equitativo”, “derecho a ser oído públicamente”, “juicio justo”, entre otras varias enunciaciones para referirse al derecho a la jurisdicción, al que también se ha enunciado como “garantía”, reconociendo raíz común en el ámbito de los derechos humanos fundamentales⁷⁹.

Partiendo de ello es del caso diferenciar o explicitar los ámbitos concurrentes o divergentes de otros derechos, a veces confundidos y otros relacionados con el derecho a la jurisdicción.

El acceso a la justicia constituye un medio para garantizar efectivamente el cumplimiento de otros derechos y constituye el yugo sobre el que se cierne la invocación de sendas garantías, y en ese entendimiento la SCJMza ha dicho:

“Esta concepción de tutela judicial efectiva le asigna la función de servir como aseguramiento de la vigencia efectiva de otros derechos, de modo que asume un rol fáctico - jurídico de garantía de eficacia de los derechos en sectores de la sociedad que, usualmente, no gozan de tal protección” (SCJMza. 2018. 13041141306).

Puesto que en definitiva es a través del acceso a la justicia que se busca el restablecimiento mismo de la vigencia de derechos conculcados y de la ley misma.

Y que el derecho a la tutela efectiva –o derecho a la jurisdicción- se entienden como un derecho derivado del de defensa en juicio y debido proceso legal. (SCJMza. 2013. 102175).

⁷⁹ Lo que se suma a lo anteriormente mencionado en el sentido de las distintas expresiones en que ha sido versionado el derecho a la jurisdicción con distintos alcances, tal la expresión “tutela judicial efectiva”, “acceso a la jurisdicción”, etc...

II.4.- Relación y diferencia con otros derechos en el marco del debido proceso

Antes de analizar los distintos derechos que, vinculados con el derecho a la jurisdicción, se diferencian de el -al menos tal, la pretensión de este apartado-, corresponde aclarar que no caprichosamente hablamos aquí de “derecho”.

Los derechos son facultades o prerrogativas reconocidas, en tanto que cuando hablamos de garantías lo hacemos en el sentido de instituciones o instrumentos de seguridad para hacer efectivo el goce de los derechos. Esto implica que los derechos se consideren oponibles erga omnes, mientras que las garantías ante el Estado.

El derecho del imputado defendido en esta tesis -en el sentido dado a este término anteriormente a promover la prosecución del proceso ejerciendo una acción judicial- como tal, debe ser diferenciado de otros derechos emanados del debido proceso y que comparten con la vocación y origen constitucional, así como los principios que los informan. Sin perjuicio del reconocimiento sobre la interrelación entre todos ellos.

Sin embargo es indudable la importancia del derecho a la jurisdicción en el escenario constitucional y como parte del sistema republicano y democrático que ostenta aquel, lo que se verá en el apartado siguiente. En este sentido, Ferrajoli (1995, p.98) al afirmar que los principios están ligados de forma tal que “sin el principio de jurisdiccionalidad faltan inevitablemente también el principio acusatorio y los de la carga de la prueba y de defensa”.

En general se ha relacionado el derecho a la jurisdicción con el derecho a ser oído. El principio según el cual existe el derecho de ser oído legalmente ante la autoridad competente, significa que en el procedimiento penal y especialmente en el debate, el acusado, precisamente, tiene el derecho de ser escuchado en tanto así lo manifieste o peticione.



En relación al derecho a ser oído tenemos lo establecido en el artículo 10 de la DUDH, en tanto habla del “Derecho de toda persona a ser oída públicamente... para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”. El art. 11.1⁸⁰ de manera más enfática sienta el derecho de toda persona acusada de delito a un “juicio público”, que presupone una instancia dialógica y de publicidad. Estaría aquí aludiendo y haciendo hincapié en la publicidad del proceso y juicio y del derecho a la información. En este sentido el artículo 19⁸¹ de la DUDH como derecho de todos de recibir informaciones.

En relación con esto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que:

“...cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente para la determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas” (Baumann, 1979, p. 114).

Queda de manifiesto cómo se relaciona el derecho a la jurisdicción con el derecho a ser oído, constituyendo éste una base útil invocable para la obtención de control jurisdiccional tanto como de proceso.

Por otro lado, nos invaden trabajos doctrinarios sobre el denominado “derecho a un juicio en plazo razonable”.

Este derecho, que apodícticamente supondría el derecho al juicio, ha sido razón suficiente y necesaria de anulación de juicios y de múltiples órdenes a los operadores judiciales – sobre todo los encargados de la investigación penal-, de ajustarse estrictamente a los plazos, tanto en relación al derecho del imputado de ser juzgado en un plazo razonable, como a ser puesto en libertad sin perjuicio de la prosecución de la causa, vencidos los plazos, que para este supuesto se visten de fatales.

Jauchen (2015) agrega algo más al principio que es interesante a este trabajo, “...lo que importa que dentro de un plazo razonable el órgano jurisdiccional debe decidir en forma

⁸⁰ Artículo 11.1.- Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. (DUDH).

⁸¹ Artículo 19.- Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión. (DUDH).

definitiva su posición frente a la ley y la sociedad” (p. 153). Fíjese que habla de “en forma definitiva”, que alude a una decisión que ponga fin al proceso que se cierne en cabeza del imputado otorgándole seguridad jurídica tanto como paz y devolviéndole su “inocencia” retenida.

En nuestra normativa, este derecho a través del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, con análoga terminología, encuentra diversa recepción. Así en la legislación internacional incorporada encontramos: “A ser juzgada sin dilaciones indebidas⁸²”; “...tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad...⁸³”; “...tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad...⁸⁴”; “...a ser juzgado sin dilación injustificada o, de lo contrario, a ser puesto en libertad...⁸⁵”; “...dentro de un plazo razonable⁸⁶”.

Se relaciona la celeridad como garantía de seguridad jurídica con la eficacia judicial, como se ve, exacerbada en virtud de los bienes comprometidos, especialmente cuando media privación de libertad, mención recurrente de las normas aludidas.

Todo lo cual debe diferenciarse de su efecto, la cosa juzgada, en tanto autoridad y eficacia adquirida por una sentencia judicial cuando no proceden contra ella recursos ni otros medios de impugnación y que tienen como atributos la coercibilidad, la inmutabilidad y la definitividad o irreversibilidad en otro proceso posterior.

“El juzgamiento sin dilaciones indebidas”, al que expresamente alude el PIDCP, está estrechamente emparentado con el derecho a la jurisdicción o, más bien, es una directa y necesaria derivación de este” (Jauchen, 2015, P. 153).

Se ha hablado también del derecho a un juicio justo como uno de los derechos civiles de mayor trascendencia que incluiría la presunción de inocencia, el principio de libertad, al derecho a la defensa y al debido proceso, entre otros, y que estaría destinada a concluir con una paradójicamente referencial “sentencia justa”. Un juicio justo sería el requisito

⁸² Artículo 14 inc. 3, letra c, PIDCP

⁸³ Artículo 9, inciso 3, PIDCP

⁸⁴ Artículo 7, inciso 5, CADH

⁸⁵ Artículo 25, CIDH

⁸⁶ Artículo 6.1, CEDH

de todos los demás derechos humanos relacionados con cualquier proceso, sea penal, administrativo o civil. Entraría como un derecho innominado por ser inherente a la persona humana y, también, a toda persona jurídica.

Este derecho al juicio adjetivado, ha sido invocado para justificar el derecho a un juicio legítimo y ante un juez imparcial en el marco de los conflictos armados⁸⁷.

Ha sido desarrollado extensamente unido al derecho al debido proceso en el sistema interamericano de los derechos humanos y en el sistema de naciones unidas, así como también en el sistema europeo y el africano.

Hay países que han avanzado hasta proponer la inclusión constitucional de tal derecho al juicio justo, considerándolo un derecho subjetivo fundamental en estos términos: "Todo el mundo tiene el derecho a un juicio justo en un plazo razonable de tiempo ante de un juez independiente e imparcial" (Recuperado de: <https://www.liberties.eu/es/news/derecho-a-juicio-justo-en-paisesbajos/2137>).

El Comité de Juristas de Holanda para los Derechos Humanos⁸⁸ entendió que el derecho a un juicio justo en el marco de la Constitución es un valor añadido junto con las disposiciones internacionales que salvaguardan ese derecho, artículo 6 de la CEDH y artículo 47 de la CDFUE, entre otras cosas porque ahora se establece este derecho para todas las jurisdicciones.

⁸⁷ El tema del respeto de los derechos humanos en el contexto de la lucha contra el terrorismo es un problema recurrente motivo de preocupación de muchos observadores. En su lucha contra el terrorismo algunos Estados han llevado a cabo actividades que infringen las normas básicas del derecho a un juicio imparcial, al tiempo que en otros la aplicación de medidas contra el terrorismo limita el acceso a los procedimientos judiciales.

Varios países han establecido salas especializadas en los tribunales ordinarios o creado tribunales especiales para ocuparse de los casos relacionados con el terrorismo, en ocasiones de manera incompatible con las normas de derechos humanos, sin ofrecerles a los acusados garantías suficientes.

En el Plan de Acción y la Estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo, los Estados se comprometen a "hacer todo lo posible por establecer y mantener un sistema nacional de justicia penal eficaz y basado en el imperio de la ley que asegure, de conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional, que se enjuicie a toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos terroristas o apoye tales actos, según el principio de extradición o enjuiciamiento, con el debido respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales". Los Estados tienen la obligación de asegurarse de que se respeten todas las debidas garantías procesales cuando se detiene a personas que presuntamente han cometido delitos relacionados con el terrorismo, se presentan cargos en su contra, se las somete a prisión preventiva y se las enjuicia. La garantía de los derechos procesales, incluso para las personas sospechosas de actividades terroristas, también es esencial para asegurar que las medidas contra el terrorismo sean eficaces, respeten el estado de derecho y se consideren justas. (Recuperado de: www.un.org/es/terrorism/ctitf/proj_righttotrial.shtml).

⁸⁸ El que es referenciado como "NJCM" por sus siglas en holandés.



La idea que surge de los documentos que fundamentan tal derecho e invocación es que el derecho a un juicio justo y el derecho inherente de acceso a la justicia, son prerequisites para proteger eficazmente a otros derechos humanos y fundamentales. Luego, la relación entre el derecho a la jurisdicción con el valor “justicia”.

Mucho se ha dicho sobre el “derecho a una sentencia motivada”. El hecho que su incumplimiento constituya causal para apelar la sentencia –estrictamente en nuestro ámbito local, “recurso extraordinario de casación”-, ha hecho de esto motivo de gran atención doctrinaria, originada la gran mayoría en la jurisprudencia de alzada y pronunciamientos de los máximos tribunales.

“La jurisdicción se sirve de la motivación de las decisiones judiciales para fundamentar y legitimar su ejercicio, puesto que permite conocer los “argumentos cognitivos en los hechos y reconocitivos en el derecho, de cuya aceptación como verdadera dependerá tanto su validez o legitimación jurídica interna o formal como su justicia o legitimación política o externa sustancial”. (Ferrajoli, citado por Ibáñez, 2013).

Se parte claro está de un principio general, casi universal, sobre el cual justificar las decisiones como una característica esencial de las sociedades democráticas.

Un antecedente del derecho romano, específicamente un Decreto de Inocencio III del año 1199, donde se establecía que la sentencia era inmotivada, dado que tenía autoridad y presunción de validez por sí misma, revaloriza la relación que la fundamentación y motivación tiene con el sistema republicano y democrático.

La motivación como obligación legal de los jueces se cristaliza con la revolución francesa que postula la sumisión del juez a la ley y de ahí la necesidad de poder a través de su fundamentación controlar la fidelidad respecto a la norma emanada del legislador. En nuestro país la obligación de motivar la sentencia tiene origen en un decreto de seguridad ciudadana del 23 de noviembre de 1811 según el cual, nadie puede ser penado sin sentencia legal⁸⁹.

⁸⁹ Decreto de Seguridad Individual 1811.

Si la existencia civil de los ciudadanos se abandonase a los ataques de la arbitrariedad, la libertad de la Imprenta publicada en 26 de octubre del presente año no sería más que un lazo contra los incautos y un medio indirecto para consolidar las bases del despotismo. Todo ciudadano tiene un derecho sagrado a la protección de su vida, de su honor, de su libertad y de sus propiedades. La posesión de este derecho, centro de la libertad civil y principio de todas las instituciones sociales, es lo que se llama seguridad individual. Una vez que se haya violado esta posesión ya no hay seguridad, se adormecen los sentimientos nobles del hombre libre y sucede la quietud funesta del egoísmo. Sólo la confianza



Cuestión que tiene reflejo en el debido proceso legal, artículo 18 de la Constitución Nacional y artículo 17 al referir que: “la propiedad es inviolable y solo podrá privarse de ella por sentencia fundada en Ley”.

“El deber constitucional de motivar las sentencias se vincula con el sistema de garantías que las constituciones democráticas crearon para la tutela de los individuos frente al poder estatal y al principio jurídico político que expresa la exigencia de control a cargo del mismo pueblo depositario de la soberanía y en cuyo nombre se ejercen los poderes públicos” (Guzmán, 2013, p. 133).

Es decir, toda una forma de control sobre la actuación del poder judicial, excluido de otras fuentes de legitimación democráticas.

Otro derecho relacionado –y de compartido origen constitucional como se verá- es el derecho al juez natural. Esto es, el derecho a ser juzgado por quien reglamentariamente y conforme a los procedimientos constitucionales predispuestos ostenta cargo y competencia a tal fin.

pública es capaz de curar esta enfermedad política, la más peligrosa de los Estados, y sólo una garantía, afianzada en una ley fundamental, es capaz de restablecerla. Convencido el Gobierno de la verdad de estos principios, y queriendo dar a los pueblos americanos otra prueba positiva y real de la libertad que preside a sus revoluciones, y de las ventajas que le prepara su independencia civil, si saben sostenerla gloriosamente y con honor contra los esfuerzos de la tiranía, ha venido en sancionar la seguridad individual por medio del siguiente decreto:

1 Ningún ciudadano puede ser penado ni expatriado sin que preceda forma de proceso y sentencia legal.

2 Ningún ciudadano puede ser arrestado sin prueba, al menos semiplena, o indicios vehementes de crimen, que se harán constar en proceso informativo dentro de tres días perentorios. En el mismo término se hará saber al reo la causa de su detención, y se remitirá con los antecedentes al juez respectivo.

3 Para decretar el arresto de un ciudadano, pesquisa de sus papeles o embargo de bienes, se individualizará en el decreto u orden que se expida el nombre o señales que distingan su persona y objetos sobre que deben ejecutarse las diligencias, tomando inventario, que firmará el reo, y dejándole copia autorizada para su resguardo.

4 La casa de un ciudadano es un sagrado, cuya violación es un crimen; sólo en el caso de resistirse el reo refugiado a la convocación de un juez, podrá allanarse: su allanamiento se hará con la moderación debida y personalmente por el juez de la causa. Si algún motivo urgente impide su asistencia, dará al delegado una orden por escrito y con la especificación que contiene el antecedente, dando copia de ella al aprehendido y al dueño de casa si la pide.

5 Ningún reo estará incomunicado después de su confesión y nunca podrá ésta dilatarse más allá del término de diez días.

6 Siendo las cárceles para seguridad y no para castigo de los reos, toda medida que a pretexto de precaución sólo sirva para mortificarlos, será castigada rigurosamente.

7 Todo hombre tiene libertad para permanecer en el territorio del Estado o abandonar cuando guste su residencia.

8 Los ciudadanos habitantes del distrito de la jurisdicción del Gobierno, y los que en adelante se establezcan, están inmediatamente bajo su protección en todos sus derechos.

9 Sólo en el remoto y extraordinario caso de comprometerse la tranquilidad pública o la seguridad de la patria podrá el Gobierno suspender este decreto mientras dure la necesidad, dando cuenta inmediatamente a la asamblea general con justificación de los motivos, y quedando responsables en todos los tiempos de esta medida.

Buenos Aires, 23 de noviembre de 1811.

Feliciano Antonio Chiclana. Manuel De Sarratea. Juan José Passo. Bernardino Rivadavia, Secretario.

(Recuperado de: www.argentinahistorica.com.ar/intro_archivo.php?tema=8&titulo=10&subtitulo=17&doc=73).

El artículo 18 de la Constitución Nacional alude a: “Ningún habitante de la nación puede ser juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa”.

Esto supone tanto la imposibilidad de aplicación retroactiva de leyes de competencia, como el establecimiento de comisiones especiales, designaciones de jueces sin los mecanismos y para casos particulares o grupos de personas determinadas, como supo conocer el país producto de la traspolación de resabios de la inquisición europea.

Se relaciona este derecho con la imparcialidad e independencia judicial. La imparcialidad supone que las personas integrantes de los órganos estatales con competencia para adoptar decisiones públicas, no tengan prejuicios o intereses personales de ningún tipo en relación con las partes en un proceso, que puedan afectar la rectitud de su pronunciamiento. Los mecanismos más usuales para resolver estas cuestiones son la recusación y la inhibitoria.

La imparcialidad tiene aspectos tanto subjetivos como objetivos y que por lo tanto la justicia no sólo debe ser hecha, sino que también debe verse que se hace. Así, en concordancia con los estándares internacionales, se tiene dicho que en los procesos penales no podrá formar parte del tribunal quien haya intervenido anteriormente en cualquier función o instancia en la misma causa.

A los inmediatos derechos mencionados podrá sumarse –compartiendo una trilogía- el derecho a ser juzgado por un jurado popular.

También de raigambre constitucional y fundamento republicano en fidedigna pareja con el principio de participación y control popular en el ámbito judicial.

Previsto originariamente por los constituyentes en el conjunto de artículos 24, 67 inc. 11 y 102 de la Constitución Nacional, fue mantenida su vigencia –aunque no su operatividad

suspendida jurisprudencialmente- con la reforma del año 1994, artículos 75 inc. 12⁹⁰ y 118⁹¹.

En las provincias se avanzó con normas locales y procesales en este sentido⁹².

La conclusión que interesa aquí supone que tanto el derecho a ser juzgado en plazo razonable como el derecho a una sentencia motivada, apodícticamente presuponen y contienen el derecho a la jurisdicción casi como un entimema.

El derecho a un debido proceso sería en este marco el principio constitucional que informa todos estos derechos y abraza sus respectivas genealogías inspirado por un sentido progresista y universal; todo lo cual sería paralelo necesario de la adopción misma del sistema republicano democrático de la Constitución⁹³.

Se ha usado también el término “tutela judicial efectiva”, como el derecho que comprendería el de acceder a los tribunales, participar o iniciar un proceso judicial, obtener una sentencia o resolución de fondo sobre esa cuestión y hasta recurrir la misma.

Es más, la Constitución Española usa dicha denominación en igual sentido en su artículo 24 al establecer: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.” (Recuperado de: <https://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html>).

⁹⁰ Artículo 75.- Corresponde al Congreso: (...). 12. Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, *en cuerpos unificados o separados*, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y *nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina*: así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados. (C.N.).

⁹¹ Artículo 118.- Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio. (C.N.).

⁹² Así, Mendoza Ley 9106.

⁹³ Con una redacción para destacar y relacionando el debido proceso con los demás principios y derechos, el artículo 2 del CPPCh: “Artículo 2. DEBIDO PROCESO. Nadie puede ser condenado, penado o sometido a una medida de seguridad y corrección si no es por sentencia firme dictada luego de habersele concedido adecuada oportunidad de ser oído, en condiciones de estricta igualdad con su acusador, en juicio con debate oral y público, y plena vigencia de la inmediación, contradicción e identidad física de los integrantes del tribunal, conforme con las previsiones de este código, y con observancia de todas las demás garantías previstas para las personas y de las facultades y los derechos del imputado [artículo 44, ii, c.ch.]. Siempre en el procedimiento deberán resguardarse las garantías individuales y preservarse la lealtad y la buena fe.

Implicaría no sólo que toda persona tiene derecho a acudir ante un tribunal judicial para la resolución de los conflictos que afectan sus derechos, sino además, que todos los actos de los órganos del Estado —sin privilegios por su carácter gubernamental, político, institucional o como sea que se los denomine—, son susceptibles de control o revisión plena de la autoridad de un magistrado judicial y en un proceso judicial⁹⁴.

Se ha utilizado indistintamente “protección jurídica efectiva”, “garantía de tutela efectiva”, “derecho al juicio justo”. Todo lo cual si bien es diferenciable, es susceptible de relación, así:

“...el Derecho a un juicio justo o a un proceso equitativo, constituido por un conjunto de derechos y garantías entre los que se encuentra el derecho a un proceso dentro de un plazo razonable o, en expresión sinónima, sin dilaciones indebidas. Nunca más que ahora frente a la vertiginosa aceleración histórica, la necesidad de que la solución a un conflicto judicial recaiga en un tiempo razonablemente limitado, de modo que la garantía de la efectiva tutela que anida en el marco del proceso, satisfaga los valores de pacificación, justicia y seguridad”. (Diez, 2018).

También se ha reducido el alcance de la tutela judicial efectiva al derecho de la víctima a reclamar y obtener una respuesta jurídica susceptible ser cumplida que incluiría el deber del Estado de investigar de oficio con la debida diligencia.

Se ha relacionado esta tutela con el derecho del imputado de estar presente en su propio juicio, por contraposición con el procedimiento contumacial. Se lo conoce también como derecho de audiencia.

Se basaría en el debido proceso legal y presupondría el derecho mismo al juicio como una instancia donde el imputado puede expresar cuanto desee interpellar, interrogar testigos y ofrecer prueba entre otras cuestiones.

El artículo 25 de la CADH estipula que: "...toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención (...)". Este es el derecho a un "recurso sencillo y rápido", o el derecho a un "recurso efectivo", también reconocido por el art. 2.3



del PIDCyP, que comprenden en verdad un deber fundamental del Estado que consiste en garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos humanos a todas las personas.

Este derecho no se refiere a las vías de impugnación estrictamente consideradas que el Estado también debe garantizar y que es objeto de otro artículo, artículo 8.2.h de CADH, sino que aquí se garantiza que todas las personas puedan reclamar al Estado la reivindicación de cualquier derecho humano que haya sido menoscabado de algún modo. Pero ello se debe llevar a cabo a través de un procedimiento sencillo y rápido, y por ello, efectivo, que debe ser provisto por el Estado.

Todo en el marco de la tutela judicial efectiva.

Así también la CADH reconoce el derecho a un "recurso judicial" interpretado en sentido amplio, como el deber estatal de garantizar todo tipo de mecanismos que procuren atender de manera efectiva los reclamos de derechos humanos, incluso por vía administrativa. Y siendo necesario que el procedimiento sea efectivo finalice en una resolución fundada, que a su vez sea debidamente cumplida.

La protección judicial o "tutela judicial efectiva", también se ha reconocido como obligación general de todo Estado bajo responsabilidad internacional. En este sentido la Corte IDH ha dicho: "61. Los Estados tienen la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción. Conforme a lo señalado por la Convención Americana, una de las medidas positivas que los Estados Partes deben suministrar para salvaguardar la obligación de garantía es proporcionar recursos judiciales efectivos de acuerdo con las reglas del debido proceso legal, así como procurar el restablecimiento del derecho conculcado, si es posible, y la reparación de los daños producidos." (Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_171_esp.pdf/Albán Cornejo y otros vs. Ecuador)⁹⁵.

⁹⁵ En el mismo sentido, el caso Heliodoro Portugal vs. Panamá: "142. (...) La Corte ha sostenido que, para cumplir con esta obligación de garantizar derechos, los Estados deben no sólo prevenir, sino también investigar las violaciones a los derechos humanos reconocidos en la Convención, como las alegadas en el presente caso, y procurar además, si es posible, el restablecimiento del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por las violaciones de los derechos humanos.

144. A la luz de ese deber, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva. La investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales. Es pertinente destacar que el deber de investigar es una obligación de medios, y no de

De todo eso se extrae que la tutela judicial por parte del Estado debe ser efectiva, accesible, económica y disponible para que una persona pueda reclamar y obtener una respuesta jurídica. Y al aludir a la efectividad, debe iniciarse el proceso y avanzarse en él, llegando a una resolución final que sea cumplida. Sin ello, no hay tutela judicial efectiva.

Hasta aquí todos los derechos mencionados serían alfiles del debido proceso legal mismo. En el sistema interamericano encontramos el derecho al debido proceso y juicio justo en los artículos XVIII y XXXVI y artículos 8 y 25 de la CADH, mientras que en nuestra constitución el artículo 18 le daría cabida.

El debido proceso legal es una garantía irrenunciable de la que gozan todas las personas, que al establecer límites y condiciones al ejercicio del poder de los distintos órganos estatales frente a los individuos, representa la protección más fundamental para el respeto de sus derechos.

Para poder afirmar que un proceso, regulado por la ley, satisface esta garantía que denominamos debido proceso legal, tiene que cumplir el requisito indispensable de otorgarle al individuo la oportunidad suficiente de participar con utilidad en dicho proceso. Esto significa que el debido proceso legal no queda satisfecho por el cumplimiento de meros formalismos, sino que su utilidad, es decir, la satisfacción de la finalidad para la cual ha sido contemplada la garantía, reviste la misma importancia que aquél.

resultados. Sin embargo, debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa.

146. (...) Este Tribunal se ha referido al derecho que asiste a los familiares de las presuntas víctimas de conocer lo que sucedió y de saber quiénes fueron los responsables de los respectivos hechos. Los familiares de las víctimas también tienen el derecho, y los Estados la obligación, a que lo sucedido a éstas sea efectivamente investigado por las autoridades del Estado; se siga un proceso contra los presuntos responsables de estos ilícitos; en su caso, se les impongan las sanciones pertinentes, y se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido.” (Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf).

En igual sentido, el caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras: “166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.” (Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf).



Obviamente, ello no implica que las pretensiones de las personas cuyos derechos u obligaciones están sujetos a la determinación de una autoridad pública, deban conducir necesariamente a una decisión favorable. Se exige, básicamente, que dichas decisiones estén debidamente fundadas y ajustadas a ciertos parámetros mínimos de razonabilidad.

El objetivo del debido proceso legal es que las personas puedan proteger de manera efectiva y eficaz sus derechos. Es decir, el proceso tiene que ser idóneo para el ejercicio y goce de los mismos. La consecución de este propósito debe guiar la interpretación de cada una de las garantías y derechos que lo integran, ya que el cumplimiento de dichas formalidades no es un fin en sí mismo, sino que representa un instrumento fundamental para garantizar los demás derechos de las personas.

Por su parte, el ejercicio de la función legislativa también debe respetar, además del debido proceso sustantivo, las garantías procesales del debido proceso adjetivo. El procedimiento de formación y sanción de las leyes, previsto en los artículos 77 a 84 de la Constitución Nacional y en normas reglamentarias, hacen también a la garantía del debido proceso.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, defendiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve a la situación de incertidumbre y de restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal” (Carbone, 2019, p. 140).

No obstante las pretensas diferencias mencionadas hasta aquí lo cierto es que a nivel de la jurisprudencia se referencia la tutela judicial efectiva con el derecho a la jurisdicción y se ubican a estos junto al derecho a ser oído, el derecho de defensa y debido proceso en el artículo 18 de la CN y referenciados a las mismas normas en el bloque normativo convencional.

Así: “...el derecho a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva se encuentra consagrado en forma implícita en el art. 18, Constitución Nacional, y expresamente por los arts. 8.1 y 25, CADH; arts. 2.3 y 14.1, PIDCP y arts. 7, 8 y 10, DUDH. Y que: “.... Tal derecho es amplio y establecido para toda persona, de manera tal que resulta también comprensivo



del pretense querellante” (Recuperado de: Rubinzal Online. 1543/2013 RC J 6179/15. CSJN. 24/09/2015)⁹⁶.

Que el derecho a la tutela efectiva, al igual que el derecho a la jurisdicción, se entiende como un derecho derivado del de defensa en juicio y debido proceso legal - artículo 18 Constitución Nacional. (SCJMza. 2013. 102175).

⁹⁶ En este sentido la CSJN en autos 450. XXXVI Brusa, Víctor Hermes s/ Pedido de Enjuiciamiento: “10). (...) un decisivo e inequívoco apoyo en el principio de tutela judicial efectiva consagrado en distintos tratados internacionales de jerarquía constitucional a partir de 1994, en virtud de lo dispuesto por el art. 75, inc. 22, de la Norma Fundamental, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos Arts. 8 y 25.2.aC y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Art. 14.1. C (conf. Fallos: 324:3358, voto concurrente de los jueces Belluscio y López). (...) 12). (...) d). el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 25 de la Convención Americana no se agota en el libre acceso y desarrollo del recurso judicial. Es necesario que el órgano interviniente produzca una conclusión razonada sobre los méritos del reclamo, que establezca la procedencia o improcedencia de la pretensión jurídica que, precisamente, da origen al recurso judicial. Es más, esa decisión final es el fundamento y objeto final del derecho al recurso judicial reconocido en la disposición en juego, que estará también revestido por indispensables garantías individuales y estatales”. (Recuperado de: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=582458&cache=1617025216990>).

La CSJN en dicho fallo se inmiscuye en el “deber de justicia penal” aunque en referencia a los casos donde pueda decirse afectado un derecho humano en el marco de la normativa convencional y en referencia a la jurisprudencia de la Corte IDH.

Así también en autos 856. XXXVIII. Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus: “... garantías enmarcadas en el art. 18 de la Constitución Nacional, como así también en diversos instrumentos internacionales incorporados a ella en virtud de la recepción establecida en el art. 75, inc. 22, que demandan tutela judicial efectiva e inmediata” (Recuperado de: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=582458&cache=1617025216990>).

En autos 14216 Olivera Rovere, Jorge Carlos y otros s/ Incidente de recurso extraordinario: “... afecta la certeza jurídica de las sentencias, entendida como expresión final del derecho a la jurisdicción, así como el amparo del debido proceso legal y del derecho de defensa en juicio, todos ellos consagrados en el art. 18 de nuestra Constitución Nacional.” (Recuperado de: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=760926&cache=1617026404803>).

En autos 58.L.XLI. Sabio Edgardo Alberto y otros p / Falsedad Material de documento causa 2948: “... pronunciamiento apelado vulnera el derecho a la jurisdicción (artículo 18 de la Constitución Nacional, artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). que asegura a todos los litigantes por igual la posibilidad de obtener una sentencia fundada relativa a sus derechos”. (Recuperado de: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=760926&cache=1617026404803>).



CAPÍTULO III: Una pretendida justificación psicoanalítica y literaria

“Esta es la razón por la que, puesto que hasta el momento cualquiera ha podido hablar en mi lugar, ya que el procedimiento jurídico me ha prohibido toda explicación pública, he decidido explicarme públicamente”

(Althusser, 1985)

III.1.- Desmitificando el principio de inocencia. El impacto de la imputación sobre la persona

“Todos en los medios de comunicación, en cuanto vemos un nombre de prestigio mezclado en un proceso jugoso, Althusser, Thibault de Orneanas, lo convertimos en un buen festín, ¿la víctima? La víctima no merece ni tres líneas. La vedette es el culpable”. (Althusser, 2002, p. 11).

Interesa introducirnos en este punto en el principio de inocencia. Ello desde que una vista fugaz de su significado –como concepto generalmente acordado- podría implicar el consentimiento sin queja ni objeción al rechazo al derecho de oposición frente a los principios de oportunidad -el “no ha lugar” de Althusser, según veremos-.

Pues bien, comencemos analizando la conocida “presunción de inocencia” en relación con ello.

Se atribuye a la jurisprudencia de antaño la histórica frase, convertida en refrán de es un principio de derecho que todo hombre se reputa bueno, mientras no se pruebe lo contrario.

Desde tiempos inmemoriales se tiene a dicha garantía como pilar de cualquier Estado que se pretenda democrático, y como tal, como derecho fundamental, mediante el cual todo inculcado durante el proceso penal es en principio considerado inocente y puede descansar en un tratamiento acorde a tal título.

Inocente, en la acepción académica del término es aquel que se halla libre del delito que se le imputa. Todo hombre tiene derecho a “ser considerado” inocente mientras no se pruebe que es culpable.

“Mientras no sean declarados culpables por sentencia firme, los habitantes de la Nación gozan de un estado de inocencia, aun cuando con respecto a ellos se haya abierto causa penal y cualquiera sea el progreso de la causa. Es un estado del cual se goza desde antes de iniciarse el proceso y durante todo el periodo cognoscitivo de este (...)”. (Clariá Olmedo, 2014, p. 230).

Como consecuencia, los códigos de forma también suelen receptar este y otros principios que están vinculados al debido proceso⁹⁷.

Lo propio sucede con la Constitución Nacional en su artículo 18 y más recientemente con los tratados internacionales de Derechos Humanos incorporados a nuestra Constitución y que cuentan con jerarquía constitucional⁹⁸, y la jurisprudencia y recomendaciones de los órganos instituidos que aquellos suponen⁹⁹.

⁹⁷ En la Provincia de Mendoza, en el artículo 1 del CPPMza, en tanto establece: “Principio de legalidad y duración del proceso. Nadie podrá ser penado sin juicio previo conforme a las disposiciones de este Código ni juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo a la Constitución y competentes, ni considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal ni encausado más de una vez por un mismo hecho”. (CPPMza).

⁹⁸ A través de la reforma constitucional del año 1994 en el artículo 75 inciso 22, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre que contiene la citada garantía en el artículo 26, la Declaración Universal de los Derechos Humanos que la desarrolla en el artículo 11 punto 1 y finalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 8, punto 2, Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (art. 9)., y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.2)..

⁹⁹ En este sentido, Corte Interamericana ha sido clara al respecto al manifestar que: “(...) Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda la sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan resultar los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral.” (Recuperado de: Conf. Párrafo 204 de la sentencia N° 52 de 30 de mayo de 1999; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petrucci y otros.).



Esta interpretación muestra como esta presunción funciona como una garantía a pagar por el estado en el ejercicio de su función de seguridad y de mantenimiento de la vigencia de las normas y su debido acatamiento.

Casi en todas las recepciones normativas de tal principio, nacionales e internacionales, se utiliza la expresión “presunción”.

El art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre así se expresa: “Se presume que todo acusado es inocente hasta que se pruebe que es culpable”.

Con similar redacción, el art. 11 punto 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad...”

El art. 8 punto 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 14. 2 dice, “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras son se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

Es decir, en general se utiliza esa expresión “presunción”. Y ello es acorde con lo que ontológicamente es dicho principio, una presunción iuris tantum, una “ficción” jurídico legal.

Según las definiciones enciclopédicas presunción es “consideración o aceptación de una cosa como verdadera o real a partir de ciertas señales o indicios, sin tener certeza completa de ello” (Diccionario Enciclopédico Abreviado, 1940, p. 975).

“Lo que por ordenamiento legal se reputa verdadero, en tanto no exista prueba en contrario.” (Ossorio, 2015, p. 759)

Las establecidas por ley para dar por existente un hecho, aun cuando en la realidad pudiera no haber sido cierto.

Se tiene dicho que el mencionado principio es aquel conforme al cual la persona sometida a proceso disfruta de un estado o situación jurídica que no requiere construcción propia pero sí destrucción por el acusador.



Como tal, como estado o situación jurídica, compartiría algunas características típicas de los derechos humanos, su carácter de universal, desde que sería reconocible dicho estado a “todas las personas” por el solo hecho de “ser tales”, su carácter de irrenunciable e inalienable, puesto que por más confesión inicial que realice o por más que quiera el imputado “renunciar expresamente a dicho estado”, no sería admitido.

Todo esto coadyuvaría a explicar su carácter ficticio, como “estado que se atribuye al imputado”, como una etiqueta necesaria y relacionada directamente con el monopolio mismo de la competencia punitiva por parte del estado.

Y por eso el principio de inocencia no puede entenderse sino en el marco de todos los principios que encuadran el debido proceso.

Tal así la relación de este principio con el *indubio pro reo*, según el cual solo la certeza absoluta de culpabilidad puede destruir la inocencia atribuida, ni la duda, ni la probabilidad, suficientes para cualquier imputación.

En este entendimiento, el imputado, por su lado, no tendría que probar su inocencia, pues ya de antemano sería constitucionalmente considerado tal. Correspondería al Estado, mediante sus órganos predispuestos demostrar lo contrario para poder revertir eso y obtener una condena.

En concreto, dicha inocencia debería ser “destruida”. Sin embargo, esa ficción de inocencia que como “estado” se pone en cabeza del imputado, desde el momento mismo de la iniciación de causa o denuncia es lo que justamente está siendo cuestionado o vapuleado siendo el sustrato de una presunción de culpabilidad.

Aquella inocencia pregonada será conmovida por las actas, pruebas, instrucciones fiscales, imputaciones, que llenaran el expediente y darán cuenta justamente porque es necesario consagrar y establecer este “estado de inocencia”.

Claro que quizás ahora se explica porque debe estar “construida dicha inocencia” por ley y como “título” a ceñirse sobre la cabeza del imputado independientemente de toda realidad.

Pero el tema es justamente que tal diáfana claridad con la que se presenta dicho principio reflejado en textos constitucionales, supraconstitucionales, leyes, doctrina y jurisprudencia, no parece traspolarse sin más a la realidad.



Y muchos coincidirán que la persona “indicada” como autora de un delito, se autopercebirá más fácilmente como un culpable que como un inocente. Se autopercebirá como un acusado mucho más fácilmente que como el “inocente” que la constitución y las normas pretenden concebir.

La misma existencia de un proceso en su contra, entra en tensión con la pretensión legal.

Es justamente esa misma autopercepción la que hace nacer como “natural” el ímpetu y necesidad de defensa. ¿De qué defenderse si fuera tan real o firme esa presunción o ese estado? Insuperable defensa sería la misma estipulación jurídico-legal.

Esa autopercepción personal no será distinta a la social, sino más bien, la sociedad lo tendrá más como un “culpable” que como un “inocente”.

En este sentido, no sin razón, Günther estudiará cómo la culpabilidad no es un objeto perceptible o una cualidad del sujeto, sino una atribución de sentido que efectúan los otros sobre el delincuente. Su mismo concepto de persona se relaciona con la percepción del grupo social, de ahí que:

“...la estigmatización asociada al delito cometido sea algo más que una eventual consecuencia; encierra antes bien un procedimiento nada extraño o infrecuente en virtud del cual la persona es excluida (mediante una degradación de estatus) de su grupo”. (Sánchez-Ostiz, 2006, p. 4).

No sin razón, algunos autores consideran que es erróneo considerar durante el proceso una “presunción” de inocencia a favor del imputado: Nada más burdamente paradójico e irracional. Puesto que esta última tiene por presupuesto suficientes indicios de delincuencia ella debería constituir por lo menos una presunción de culpabilidad. “¿Cómo admitir entonces que equivalga en cambio a lo contrario, esto es, a una presunción de inocencia?” (Jauchen, 2014, p. 116).

Imposible no coincidir con tal afirmación, puesto que si por presunción entendemos las deducciones basadas en la experiencia común y que nos conducen al convencimiento de una situación concreta, tendrá razón aquella.

Es más, la fehaciente comprobación de la existencia del hecho es presupuesto *sine qua non* para procesar y acusar a quien se encuentra imputado.

Luego, parece una quimera pensar en dicha máxima como siquiera asequible con la impresión real y social de la cuestión.

Este análisis relaja el abroquelamiento teórico jurídico que preside estas líneas.

Un buen ejemplo de lo dicho respecto a que el sometimiento a proceso, sea en calidad de imputado, bajo declaración informativa o solo denunciado, ya implica un “señalamiento” que lo ubica en el lugar de partícipe o autor de un hecho punible, es la enunciación contenida en el art. 7 del CPPMza¹⁰⁰.

Pero así también algunas expresas estipulaciones legales contenidas en la legislación de forma. No por casualidad el CPPMza establece en su artículo 354¹⁰¹ que las causales de sobreseimiento sean analizadas en el “orden” predispuesto, orden que pareciera coadyuvar a salvar el honor del acusado de mayor a menor en relación al orden cardinal de los incisos.

Lo propio hace la legislación de forma de la Provincia de San Luis¹⁰², agregando que: “Cuando se funde en alguno de los tres primeros incisos del artículo anterior¹⁰³, podrá contener la declaración de que el proceso no afecta el honor de que hubiese gozado el imputado”¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Artículo 7.- Garantía para el imputado defensa técnica. Toda autoridad que intervenga en los actos iniciales de la investigación deberá velar porque el imputado conozca inmediatamente los derechos que para su defensa consagran las leyes, la constitución de la provincia de Mendoza y de la nación argentina. Desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia, el imputado tendrá derecho a la asistencia y defensa técnica letrada. Para tales efectos, podrá elegir a un defensor de su confianza, pero, de no hacerlo, se le asignará el defensor de pobres y ausentes. Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier actuación, judicial o policial, que señale a una persona como posible partícipe o autor de un hecho punible. (CPPMza).

¹⁰¹ Artículo 354. - Forma y Fundamento.

El sobreseimiento se dispondrá por sentencia, en la que se analizarán las causales, siempre que fuere posible, en el orden dispuesto por el artículo anterior. (CPPMza).

¹⁰² Legislatura de la Provincia de San Luis. 2004. Ley VI-0152.Código Procesal Penal de la Provincia de San Luis. CPPSL

¹⁰³ Artículo 491.- El sobreseimiento procederá:

- 1). Cuando el hecho investigado no haya sido cometido, o no lo haya sido por el imputado;
- 2). Cuando el hecho no constituya delito;
- 3). Cuando apareciere de modo indudable que media una causa de justificación o de excusa, o que el sujeto ha obrado en estado de inimputabilidad;
- 4). Cuando medie una causa extintiva de la acción penal. (CPPSL).

¹⁰⁴ Artículo 492.-

El sobreseimiento se resolverá por auto, en el cual se analizarán las causales, en lo posible, por el orden enumerado en el artículo anterior.

En los hechos y desde la percepción social, no hay más que una “presunción de culpabilidad” sobre el sujeto imputado o investigado.

Justamente el valor que tiene el sobreseimiento y la absolución nos da sobrada cuenta de que esta sentencia conclusiva lo que “supera” es la presunción de culpabilidad pendiente hasta entonces, muy por encima de ser simple ratificación de la presunción de “inocencia”.

Hasta aquí estos argumentos sin siquiera entrar en el papel que en esto juega la comunicación social.

En este sentido tenemos que las noticias sobre el ámbito policial y jurídico penal tienen una fuerte e importante presencia en los medios de comunicación, superando cualquier otro fuero o rubro judicial, lo que hace ilusorias las concepciones de inocencia para el – tarde o temprano- “referido” o “nombrado”. En este sentido, Anitua (2003) citado por Ibáñez (2015), lo denomina como: “la sección más leída de la prensa”.

Es que la “infracción penal”, la “delincuencia”, son siempre temas de importancia para la audiencia social, que generan su atención, inquietan y llaman a la misma. Ni hablar cuando a estos conceptos se suma el de la “inseguridad”, puesto que allí se convierte en el tema más importante.

Son las típicamente “noticias infalibles”, que no fallan, que tarde o temprano captan la atención de los medios y su audiencia.

La colectividad tiene interés en conocer los hechos socialmente relevantes, es indudable que en muchas ocasiones; los hechos objeto de investigación en un proceso penal gozan de esa relevancia social. Casi por definición en un proceso penal se dilucidan cuestiones que afectan al interés público: la persecución de los delitos es algo que interesa a todos. (Del Moral, 2008, p. 260). Precisamente por ello se establece un deber colectivo de denunciar; se crea un órgano del Estado de la persecución de los delitos, luego negarle trascendencia es muy difícil, por no decir imposible.

Se trata de un aporte no menor, los medios de comunicación llegan a la mayoría de la sociedad y constituyen el “alado cuarto poder”. Está probado que la información que la

Cuando se funde en alguno de los tres primeros incisos del artículo anterior, podrá contener la declaración de que el proceso no afecta el honor de que hubiese gozado el imputado. (CPPSL).

mayor parte de los ciudadanos obtiene sobre una u otra cuestión ha salido de los medios de comunicación.

Pero además hay un aspecto que se erige en el yugo sobre el cual se asienta todo lo demás y es la automática atribución de fe de verdad, que inmediatamente gana este tipo de noticias con fuerza de convicción en el espíritu de cada receptor.

“La percepción que la gente tiene acerca de la realidad con base en lo que dicen los medios de comunicación es muchas veces más poderosa que la realidad misma”. (Pozuelo Pérez, 2013, p. 20).

A esto se suma que siempre que se habla del fuero penal y de causas “criminales”, las palabras se encuentran cargadas de emotividad, que por sí mismas ya son persuasivas, y siempre evocan una actitud contraria o negativa para quien es señalado como tal por la “justicia”, palabra que a su vez y por el contrario, está cargada de las máximas expectativas sociales y como fuente de verdad absoluta. Y siempre se trata de bienes jurídicos que despiertan cierto interés público.

Es que el proceso judicial se parece a una novela e impera muchas veces y tiene presencia en el cine, teatro y literatura. Su “*mise en scene*”, habita el imaginario popular, y éste está ávido de historias como tal.

Se configura un “expediente prensa”, que influye tanto o más que el real que se encuentra en la sede de los tribunales y al que la ciudadanía no puede seguir hasta por lo menos que llegue el juicio plenario. Mientras tanto si existe un interés en dar a conocer una causa iniciada, esto se hará y la sociedad hará un seguimiento de sus avances y retrocesos, tomará las especulaciones que sobre los posibles resultados hagan los comunicadores y en el peor de los casos con ello se quedarán. “La interrogación sobre el “¿Cómo van?” se impone en impecable lógica futbolera que admite el absurdo de ir ganando o perdiendo antes de la sentencia”. (Orler, 2013, p.201).

Es que como dijimos el ámbito jurídico penal y la noticia criminis reúnen todos los elementos para convertirse en una noticia: son fáciles de escribir, el acceso a las fuentes de información es sencillo y cuentan con una estructura narrativa de comienzo, nudo y desenlace, lo que permite que puedan ser fácilmente incluidas en el periódico o en la televisión.



En relación con esto, justamente en la obra de Louis Althusser encontramos algunos pasajes que con claridad magistral transmiten inconfundiblemente el sentir y la percepción de estas cuestiones:

“...la explotación que hace cierta prensa, que vende a base de del escándalo”, (...) “...ante el rumor público perverso e insistente que se mantuvo a mi alrededor, a cargo de ciertos hombres en los medios de comunicación, inconscientes o que despreciaba el sufrimiento y el drama de los hombres...” (Althusser, 2002, p. 348).

Es esta misma difusión, aun respetando el uso del lenguaje potencial respecto del hecho y respecto del sindicado como autor, y aún sin nombrarlo, la que generara en la opinión pública una imagen peyorativa.

En este sentido, es interesante la opinión conclusiva de Laura Pozuelo Pérez (2013, p. 157), quien ha estudiado el tema del impacto de los medios de comunicación en la opinión social reclamando la falta de objetividad en el abordaje, sobre todo en momentos donde se termina judicializando penalmente todo tipo de problemas, económicos, contractuales, sociales, lo que vislumbra también una confianza magnánima en ese fuero, o al menos, justamente en la amenaza que puede representar fundada en toda esta carga negativa.

Tan es así, que es esta misma dimensión pública y peyorativa que afecta gravemente el honor de una persona, lo que lleva a que se utilice a la justicia penal, como amenaza, como forma de conseguir o presionar conciliaciones, como venganza o arremeta política. Así se recurre –sin mayores resortes formales o judiciales para impedirlo- a presentación de denuncias falsas o a la penalización de cualquier problema o disputa, llevando a dicho ámbito tantos problemas familiares e interpersonales, contractuales y económicos, con nula virtualidad delictiva. Eso como forma casi exclusiva de afectar o, en su caso, de amenazar al sometido. Esto es porque, independientemente de que tales procesos no lleguen a condena alguna –por atipicidad etc...-, bien se sabe que la simple noticia incriminante previa valdrá como amenaza, venganza o como “condena”.

Y si bien el realizar una denuncia falsa es un delito, las particularidades del tipo penal, entre otras cosas, hacen ilusoria cualquier acción o proceso en tal sentido, tan es así que no vemos que se recurra a compulsar o denunciar penalmente esta acción. Son más bien aisladas y contadas las causas en este sentido, comparadas con una gran judicialización y

penalización de problemas y disputas de todo tipo que ilegítimamente llenan los tribunales ocupando recursos estatales y humanos en tal sentido. Este contexto coadyuva al panorama descrito anteriormente.

Y las versiones corren como misceláneas bombas ineficaces, convirtiéndose en tópico de interés general por mágica transformación más mediática, invadiendo el imaginario cotidiano, como “discursos desarmados y precarios” (Delpola, 2005, citado por Oler, 2013, p. 202), que circulan hacia aquí y hacia allá, en formatos de análisis rigurosos, apenas verosímiles y siempre con pretensiones de eficiencia, pero que quizás operan a modo de exorcismos vanos contra la desinformación conceptual que el proceso judicial porta, y contra el “principio de incertidumbre” que lo blindo y lo constituye.

A diferencia de lo que pasaba en otros tiempos, hoy la difusión es la regla, a lo que se suma la aceleración de la información, que hace que cualquier noticia a la distancia de un clic llegue a un número indeterminado de personas.

“Desgraciadamente, hoy, con la difusión organizada de la crónica discursiva y figurativa (fotográfica), la publicidad ha asumido dimensiones alarmantes. El imputado y los testigos se convierten en el centro de un halo publicitario que se extiende cada vez más.” (Ibáñez, 2015, p. 521).

Ahora bien, ¿y el honor del implicado, acusado o procesado? Pues bien, es la concepción amplia de la libertad de prensa, libertad de expresión, derecho a investigar y el derecho de la misma sociedad en estar informados, derechos y principios que entran en legítima tensión con ello.

El honor pareciera ser un bien jurídico muy importante en nuestra legislación, esto según el orden de los bienes jurídicos protegidos por el Código Penal Argentino que lo ubica inmediatamente después de los “delitos contra las personas”. Sin embargo este panorama no se encuentra suficientemente reflejado en la pulseada honor versus libertad de expresión.

Voy a partir de la concepción sobre dicho “honor¹⁰⁵” como el conjunto de cualidades valiosas, que reviste una persona en sus relaciones sociales, no solo referidas a las cali-

¹⁰⁵ Gloria o excelente reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas del que se la granjea. (Diccionario Enciclopédico Abreviado, 1940, p. 904).



dades morales o éticas, sino también a cualesquiera otras que tengan vigencia en las relaciones profesionales, familiares, jurídicas. Según la doctrina, casi invariable en este punto, el honor tendría dos aspectos, uno objetivo, que sería el juicio que los demás tienen sobre una persona, el que se afectaría por dicha difamación o descrédito y el subjetivo, que sería la autovaloración, la estima que cada uno tiene de sí.

La tipificación penal que tendía a cubrir la protección de tal bien, quedo francamente relativizada desde la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Eduardo Kimel c/Argentina”, que motivara una reforma legislativa.

Allí entre otras cosas se expresó que la amplia tipificación de los delitos de calumnias e injurias podía resultar contraria al principio de intervención mínima y ultima *ratio* del derecho penal.

Por lo tanto en definitiva tampoco está a mano recurrir a una calumnia o injuria como protección frente a la afectación al honor objetivo y subjetivo.

Y en este sentido nada puede hacer la presunción de inocencia, en tanto dicha presunción o estado existe solo frente al Estado operando como garantía y límite de actuación punitiva del poder público, pero nada influye sobre el particular ni respecto a la sociedad en general.

Cuando son particulares los que realizan una presunción de culpabilidad, o los “consumidores de noticias”, nada puede hacer la inocencia pretendida judicial, la que no será afectada en lo más mínimo en cuanto a estado legal.

“...los particulares no están obligados a presumir "inocente" a una persona mientras que no exista una sentencia condenatoria. Pero sí lo están a respetar su honor, evitando expresiones difamatorias no amparadas por la libertad de expresión o información.” (Del Moral, 2008, p. 263).

Es en este mismo sentido que se podría aducir que es el mismo imputado quien estaría dispuesto a renunciar al derecho a un juicio público para salvaguardar su propia estima, aceptando soluciones anticipadas, aunque fueran más gravosas que sus expectativas de absolución posterior. Pero no está en sus manos ni aun de esa forma garantizar que no será objeto de difamación o que su honor será revindicado –si no fue ya perjudicado de forma irrevocable-.



Y ello también teniendo en cuenta que el secreto de las actuaciones que preside la etapa de investigación penal, por contraste a la etapa plenaria, también se encuentra relajado y en la práctica, muchas veces, encontramos información bastante precisa en los medios de comunicación sobre diversas causas.

Ello se evidencia cuando tenemos acceso por la prensa, aún a veces en transcripción textual a un sinnúmero de resoluciones judiciales, aún bajo el supuesto secreto.

Ni que decir cuando se trata de personas públicas o de trascendencia pública, donde se advierte un clima más relajado, quizás impulsado por la misma colectividad exigente de más y mejor información. No ayuda a esto la prolongación de la etapa penal preparatoria, todo lo que colabora a una constante difusión y seguimiento que parece no tener fin. Con todo, no sólo queda deslegitimada la instancia judicial, sino que se gana en inseguridad jurídica, todo de lo cual se quiere escapar o ver reivindicado quien está siendo acusado en dicho marco.

Se pretende justificar ello en que no puede tener la misma consideración un proceso en el que se hallan implicados funcionarios o gobernantes, o fondos públicos, con eventual incidencia en la situación económica y social de un estado, que otras, amparado en el derecho de información y de formación de una opinión pública libre y responsable,

No por ello deja de ser una situación que genera tensión y que afecta y genera una carga de deslegitimación sobre los inculpados:

“La incidencia mediática de esa clase de espacio judicial se ha acentuado más todavía en ocasión de procesos seguidos contra sujetos públicos, tan frecuentes en estos años. Se trata de causas de notable trascendencia por su manera de proyectarse sobre la política en acto, en particular por la fuerte carga de deslegitimación que arrojan sobre los afectados. Lo que puede determinar que una parte sensible de las vicisitudes de aquella se desplace ocasionalmente a la arena judicial” (Ibáñez, 2015, p. 523).

A su vez, la distinción entre lo que es una pura imputación provisional y una sentencia condenatoria demanda una sutileza jurídica y, por qué no decirlo, una formación cívica ajenas, hoy por hoy, al público en general, cuya percepción de la realidad no se ajusta a exigencias ineludibles de nuestra Constitución al estar vehiculizada y mediatizada y también influida por la polémica social.



Polémica que, es exacerbada justamente por quienes más están llamados por la norma fundamental a formar una opinión pública libre y responsable. Con el innegable riesgo de afectar a los mismos operadores judiciales. “Sin duda que la escena misma del juicio, las opiniones publicadas, las tendencias que siguen los medios, de algún modo condicionan o embargan el ánimo del juzgador”. (Cornejo, 2016, p. 156).

Luego, si bien es cierto que la presunción de inocencia es un estado absolutamente vigente, al que no se le resiste norma local, nacional e internacional, capaz de superar a varios principios y derechos en la estadística de su cita y convocatoria académica, judicial y tribunalicia, es vencida con gran ventaja en el asalto contra la incriminación objetiva y subjetiva, personal, social y mediática que el inicio de una causa contra una persona puede generar.

Por eso, la presunción de inocencia como tal, en el contexto y con la coyuntura aquí invocada es incapaz para fundar una posible negación del derecho del imputado a la jurisdicción, o para negarle su derecho de oposición a la aplicación de soluciones anticipadas de resolución.

Lo expuesto por Ferrajoli (1995) en el sentido de: “La presunción de inocencia, en virtud de la cual nadie puede ser tratado o castigado como culpable, sin un juicio legal y antes de que este concluya” (pp.538), es ilustrativo en tanto habla de “juicio legal”.

La instancia del juicio público, pero sobre todo la posibilidad de una resolución sobre el fondo, motivarán seguramente al inocente -mejor que lo puede hacer la categoría judicial de “inocencia”-, pero también, como se tratará de justificar a través del caso Althusser, al culpable.

III. 2.- Una pretendida justificación desde el psicoanálisis

“¿Cómo no habría de ser estrecha la relación entre el derecho y el psicoanálisis, si es el psicoanálisis el encargado de señalar la falla inherente a la ley, la incompletitud de lo simbólico, la tachadura de A?

“No podría decirse que entre ambos hay una continuidad y que uno asienta su jurisdicción en donde el otro pierde la suya.”

En torno al tema objeto de estudio se encuentra desde esta óptica una justificación al derecho del imputado a oponerse a las soluciones anticipadas de su situación procesal, instando un juicio o instancia sobre el fondo de la cuestión.

Teniendo en cuenta la necesaria articulación de los discursos jurídico y psicoanalítico, justificado en la imprescindible intervención de la ley en el campo de la subjetividad, donde la condición del sujeto¹⁰⁶ es el de ser siempre responsable ante la ley.

Esto desde la consideración de que la ley establece la conducta punible y su sanción y estas acucian a la subjetividad humana y en torno a ella indaga y responde el psicoanálisis.

Desde este marco teórico, en consonancia con lo dispuesto en las ciencias jurídicas, se considera que el pacto social que supone la vida en comunidad implica necesariamente el atribuir al Estado el monopolio de la fuerza y su competencia punitiva absoluta.

Claro que en este sentido el motivante será la consideración misma de la violencia como firme componente de nuestra experiencia cotidiana “quien vive con otros experimenta violencia”.

Por ello en general diremos que la relación entre el delito y la ley se materializa -en el sistema vigente y como regla- en la sanción pena, pero que ésta puede estar en manos del propio sujeto (ley talió) o mediatizado por los aparatos sociales (poder estatal).

En este sentido y teniendo en cuenta la máxima expuesta sobre la violencia -suscripta desde la psicología-, la presencia de autoridad en la resolución del conflicto fue y será siempre un progreso frente a la natural venganza primitiva¹⁰⁷ y particular. La crueldad

¹⁰⁶ Se utiliza este término en tanto alude a la “subjetividad” y de ahí a “ser”.

¹⁰⁷ La venganza en las sociedades primitivas distinguían según si se dirigía al interior o al exterior del grupo. En el primer caso suponía respuesta privada y estaba interdicto y su penalización pasaba a manos de un tercero. En el otro supuesto bajo los rasgos del deber para con el grupo era prescripta como modo de preservación de la identidad comunitaria.

subjetivizada en la experiencia de cada sujeto sería mediatizada por la autoridad realizando un manejo racional de la justicia misma.

Este orden sería esencial para asegurar la interacción humana misma en libertad. Constitutivo también de una más o menos pacífica vida en comunidad, al menos desde lo simbólico.

Desde muchos autores del psicoanálisis se va a afirmar que toda sociedad precisa contar con un dispositivo legal que delimite lo prohibido de lo permitido. Es justamente esto lo que fundamenta que el crimen “sacuda a la sociedad toda” y es por lo que ella misma necesita constructivamente un constante sometimiento a la ley.

Desde este punto de vista el sujeto vive siempre sometido a juicio, hay una instancia represiva, pero también “social”, que lo vigila, lo condena y castiga si se aparta de la ley. Siempre está, en términos kafkianos “Ante la Ley”. Esto justamente también viene a corroborar la línea argumentativa del punto anterior.

El psicoanálisis plantea a la “ley” en el lugar del “padre”, y a la “culpa o deuda” como resultado de la filiación del sujeto a la ley y esta es la condición de su estructura.

Por estar en distinto lugar el hijo es procreado a imagen y semejanza del padre, no es idéntico a él. El hijo hereda del padre el nombre la imagen los bienes y los males. Pero no es el padre, es su heredero. De allí que el padre o la ley son una instancia tercera. Ningún sujeto humano es la ley sino que todos estamos sostenidos sujetados amparados y atravesados por ella. Algo le está prohibido al sujeto. La ley del padre como las leyes del sistema judicial prohíben y ordenan, la ley legisla la vida institucionalizada del sujeto en la trama social y al prohibir cava un hueco donde se instalaran las diferencias motor del deseo (Gerez Ambertín, 2011, p. 111).

He aquí la gran importancia de la ley, las instituciones jurídicas y los procesos que esto conlleva. El fundamental lugar que ocupan como constitutivo de la sociedad misma y de la posibilidad misma de la vida en sociedad.

Ahora bien, en orden a la justificación pretendida en este estudio, la consulta es cuál será el efecto o sentido de la paralización de estos procesos y sus significantes.



Indagando en este marco teórico propuesto se sostiene que cuando la ley es silenciada todo el orden simbólico ¹⁰⁸se degrada y reaparecen las tendencias más primitivas y violentas del hombre en una compulsión ¹⁰⁹sin palabras con la consiguiente ausencia de responsabilidad y el sin sentido del sujeto y de las instituciones.

Esto es, se lo deja al sujeto ¹¹⁰ abandonado a sus conductas disfuncionales, a su propia suerte, generando sobre el grupo social el desasosiego que fluye de la falta de demostración de la vigencia del orden jurídico frente a la infracción.

El análisis argumentativo puede explicarse así, borrada la medida que lo social debía imponer –entre el acusado o imputado y los sujetos, y entre los sujetos entre sí- para instaurar legalidades, deberes, deseos y filiaciones, el humano se objetiviza, enmudece y se muestra en actos impulsados por una fuerza que lo precipita a un vacío sin palabras ni lazo con sus semejantes y que, sin medida ni límite se repite sin cesar como una “compulsión” ajena al inconsciente comandada por el reverso de la ley, en psicoanálisis, el superyó.

“Empobrecida la función simbólica de las representaciones aparecen actos mudos pero violentos, por exceso o por carencia de demandas, en los que se pone el cuerpo. Un sujeto sin palabras demanda imperiosamente no saber que lo abandonados a la nada en un salto fuera de la escena del mundo”. (Gerez Ambertín, 1999, Volumen III, pp.123-124).

¹⁰⁸ La ley coloca la función de la falta como principio de su organización. El sujeto bajo la forma de una deuda simbólica hacia el otro recibe de retorno el deber de satisfacer las consecuencias de su falta. Esta presencia de falta, introducida por vía de la estructura en la existencia del sujeto, como condición fundadora del lenguaje, traduce el carácter radical de la determinación del sujeto, tanto como la de su objeto, por las condiciones del símbolo que sujeta. De suerte que el orden simbólico ya no aparece constituido por el hombre, sino que en cambio lo constituye enteramente bajo el efecto de la sobredeterminación significativa del lenguaje. Este orden simbólico, por consiguiente, se dispone según una cadena significativa autónoma, exterior al sujeto, lugar del Otro inconsciente con respecto al cual este sujeto solo puede existir de un modo acéfalo, o sea, todo el sujeto a este orden. (Diccionario de Psicoanálisis, 2004, pp. 630-631).

¹⁰⁹ Mientras la reproducción supone una repetición voluntaria del sujeto, el concepto compulsión o repetición se asocia al trauma, hay una coerción a la repetición cuando algo vuelve sin cesar aunque no lo sepa el sujeto o ni siquiera sea consciente de ello. En Lacan la repetición constituye, con la transferencia, el inconsciente y la pulsión los cuatro conceptos fundamentales del psicoanálisis. (Diccionario de Psicoanálisis, 2004, pp. 593-595).

¹¹⁰ Se utilizara este concepto en este punto, así como en otros títulos se utilizaban los términos jurídicos imputado”, “procesado”, justamente en referencia al marco teórico desde el cual se escribe este título. Para el psicoanálisis “sujeto” es un concepto que difiere del individuo biológico y del que percibimos ordinariamente. El sujeto sería lo supuesto por el psicoanálisis desde que hay un deseo inconsciente, un deseo capturado en el deseo del Otro, pero del que sin embargo debe responder. Es el sujeto del deseo que Freud descubrió en el inconsciente. (Diccionario de Psicoanálisis, 2004, pp. 651).

Es decir, desde el psicoanálisis la ley y su aplicación, son necesarias para la misma subjetividad del hombre. En este aspecto hasta se encuentra una justificación pasible para la sanción penal y su aplicación en concreto.

“La sanción penal es necesaria, nos solo porque así lo exige el sistema jurídico sino porque la estructuración subjetiva es resultado de la ley”. (Gerez Ambertín, 1999, Volumen III, pp.129)

Es dentro de esta concepción que se puede justificar la necesidad y pertinencia de un juicio u otra instancia conclusiva para el imputado, aún por encima de soluciones que pronta y rápidamente den por terminado el pleito y pretendan dar por concluido con ello todo lo que a partir de allí quedo abierto o en juego.

El juicio como liturgia simbólica donde el sujeto puede dar cuenta ante los otros y ante sí de los motivos de sus excesos. En este marco, tanto los principios de oportunidad que lo excluyen sin absolución del proceso, como la inimputabilidad misma¹¹¹, todo ello dejaría al sujeto exiliado del “lazo social”¹¹².

No puede haber sujetos sin legalidad a menos que se reduzca el juego a una ofrenda sacrificial humana arrojada al abismo. Cuando lo que dicho orden implica queda corrido, marginado o silenciado, la responsabilidad desaparece, la sanción pierde su eficacia simbólica para convertirse en castigo, o es vivida como tal, alimentando sentimientos de venganza o la propia muerte.

Una cuestión interesante desde esta observación tiene que ver con que esta visión psicoanalítica, como también, varias visiones filosóficas, toman para este análisis y sus conclusiones, muy en cuenta la posición de la víctima ¹¹³tanto como la del imputado.

En este sentido se afirma que en estos casos la ley es silenciada para la víctima que, antes, por la falta de actuación preventiva del estado sufre el arrebató, y después sufre la inacción y lentitud de la justicia para dar y someter a juicio al agresor. Y También la ley queda silenciada para el agresor, a quien se le niegan los derechos mínimos y se lo somete al

¹¹¹ En este sentido el paradigmático caso Althusser y por contrario, el de Madame Leferde.

¹¹² Desde este marco teórico “hacer lazo” es estar en la vida, es estar en el lenguaje.

¹¹³ Para el psicoanálisis son posiciones subjetivas. Quien se considera inocente, seguirá en esa posición, por más que sea considerado culpable desde el derecho. Un sujeto que tome una posición de culpabilidad, seguirá siendo culpable, más allá de lo que diga el jurado.



arbitrario castigo comunal, impidiendo la sanción legal y aumentando sentimientos de venganza.

La falta de esta sanción deja al sujeto infractor fuera del pacto social, abandonándolo a una captura fantasmórica, sin el asentimiento subjetivo y sin responsabilizarse por el acto.

En este sentido, el “no ha lugar” del caso Althusser –como se verá en el próximo apartado-, lo mismo que la imposición –sin derecho de oposición- de soluciones alternativas como los principios de oportunidad, serían sin más un silenciamiento de la ley, conllevando a una suerte de “objetivación del sujeto”. Por el contrario, el proceso y el sometimiento del sujeto al mismo serían una forma de poner en vigencia la “ley del padre” y la “subjetividad del acusado”.

Desde este lugar se afirma que la persona necesitaría de este juicio y como “posibilidad” de responder por el acto y subjetivizarse en caso de culpabilidad.

En este sentido, el proceso brindaría esa posibilidad de “decir”, de contar. Una cuestión interesante alrededor de esto es recordar que una derivación latina conocida de la etimología de la palabra reo, del verbo *rerī* sería “contar”, “estimar”, “considerar”. Sería aquel que dice o tiene algo para decir.

Pero además de todo esto, el psicoanálisis se va a interesar en este juicio o proceso como medio de posibilitar la misma responsabilidad del sujeto.

“...por lo tanto sólo hay sujetos responsables cuando los aparatos normativos y sociales le permiten a cada sujeto autor de un acto delictivo anudar la secuencia responsabilidad-culpabilidad-castigo mediante un asentimiento subjetivo. Es decir, que se le dé la posibilidad a cada autor de un acto delictivo de asumir su lugar de sujeto en los actos que causa y que pueda responder por los mismos”. (Gerez Ambertín, 2012, Volumen IV, p. 95).

Es decir, no sólo sería importante esto para el sujeto sometido a proceso como posibilidad reivindicatoria de su derecho a “ser oído”, instancia donde poder “decir”, “ser”; sino también, como instancia de internalizar subjetivamente su “responsabilidad” en su caso, dentro de esta visión teórica.

Se trataría pues, de reconocer el lugar que ocupa la subjetividad en el acto, ya que se entiende que es importante que quien incurre en una falta no sólo sea sancionado por ella,

sino que, y principalmente pueda dar una significación a esa sanción; significación que le permita dimensionar cuán implicado esta con aquello de lo que es acusado.

En este sentido Lacan en su conocido trabajo “De la psicosis paranoica en sus relaciones con la personalidad”, sentencia por ejemplo la desviación del procedimiento penal clásico llegando incluso a referirse a los criterios médicos –sagrados desde el punto de vista jurídico- que sacan de proceso a algunos sujetos, también se queja de la relatividad y arbitrariedad que pueden coronar tales conceptos. (Coloma Arenas, 2019).

Lo importante es que su postura permite justificar desde el psicoanálisis y sus estudios la importancia del proceso penal clásico como instancia de determinación de responsabilidad, pero también como instancia de reivindicación del sujeto. Es más, esto lo llevará a decir que hay un efecto terapéutico en la aplicación mesurada de sanciones penales.

En este esquema, la completa separación de la noción jurídica de responsabilidad y la psicoanalítica sería más friccionada que real y estarían más relacionadas de lo que parece.

En este sentido la figuración del muerto o desaparecido que nos brinda Althusser al quedar fuera del proceso, estaría en las antípodas de la responsabilidad que supone, estar, vivir y “ser”.

III.3.- Una pretendida justificación literaria

“la literatura persuade por la fuerza propia de las palabras; en cambio, la ley persuade y obliga porque está respaldada por el imperio, la fuerza y el poder”

(Onfray Vivanco, 2003)

¿Es el derecho el que se refiere a la literatura y vuelve a ella cuando produce normas y regula conductas? ¿Es la literatura la que toma al derecho como sustancia recurrente de su trama?

Más que posturas binarias en contraposición, entiendo que hay una circularidad virtuosa, donde la literatura ensancha y profundiza el horizonte temático, a la vez que el derecho se actualiza y adecua a la praxis.

Cualquiera sea la respuesta que se ensaye, lo cierto es que las ciencias jurídicas siempre han estado influidas y atravesadas por otras disciplinas¹¹⁴.

El derecho no es una materia autocontenida, aunque a veces parece querer negarse. Siempre deberá recurrir a otras disciplinas y ciencias. Desde que los fenómenos se han tornado más complejos, los instrumentos para explicarlos y comprenderlos no pueden sino acompañar esa complejidad.

Los juristas -tanto como los operadores del resto de los científicos sociales- no deberían seguir conociendo con las mismas categorías de las que se valían veinte o treinta años atrás, siendo como se dirá que a menudo lo intentan con las de hace siglos.

En lo que aquí interesa, muchos autores contemporáneos, pertenecientes a las más diversas escuelas y concepciones, insisten en subrayar los vínculos existentes entre el discurso jurídico y el discurso literario, por ejemplo, S. Fish, N. Mac Cormick, B. Jackson, J. Lenoble, R. Posner, E. Landowski, F. Ost, M. R. Dworkin (Cárcova, 2000). Específicamente este último sostiene la tesis de que los jueces actúan como narradores que tienen a su cargo producir un texto. Este, ya tiene un comienzo que otros jueces han escrito; al capítulo que a él le corresponda producir, le seguirán otros capítulos, escritos, a su vez, por otros jueces.

Ambos comparten la materia prima del lenguaje. También aquí hay una tarea de parte del receptor de interpretar la obra literaria, desde que una obra puede encerrar diversos significados incluso distintos siendo al mismo tiempo todos variables.

¹¹⁴ En este aspecto, nos encontramos dentro del movimiento Derecho y Literatura que surge, entre otras cosas, como respuesta ante el análisis económico del derecho y también opuesto al positivismo. En este sentido, ver James Boyd White.

Esto lo mismo que la tarea del juez, interprete de la norma, que puede resolver casos muy similares incluso distintito a otro juez siendo igualmente valida su sentencia. La trama misma del derecho está contenida de múltiples relatos, de normas, de hechos, de testimonios, de peritajes a desentrañar.

En esta pretendida relación derecho-literatura, asumo la tarea de resignificar una obra literaria en pos de encontrar y descubrir allí su sentido para el derecho.

“Una cosa semejante ocurre cuando el jurista o el doctrinario introduce interpretaciones novedosas y aceptadas acerca de normas generales o individuales. Las resignifican y así resignificadas constituyen otro objeto de reflexión, distinto del que constituían antes, para las sucesivas lecturas hermenéuticas”. (Cárcova, 2000).

En este marco la literatura es un recurso que nos permite entender al otro, ponernos en el lugar “de”, nos muestra de cara a las emociones y vicios humanos, la misma “humanidad”¹¹⁵, algo que se tuvo la pretensión de separar totalmente del derecho y aún hoy de los operadores judiciales, que se pierden en la pretensión que los lleva de dioses griegos a robots.

Esto es sumamente importante y trascendental para el objeto de estudio aquí propuesto ya que nos insiste en que es necesaria mucha sensibilidad para entender las consecuencias del derecho y para saber cómo y cuándo mejorarlo.

Quiero pensar, como dice Emilia Jocelyn Holt Correa, que si bien la lectura de obras literarias no dice todo respecto a la justicia, al menos es un puente hacia una visión de ésta y de su realización social. “En el fondo la literatura nos haría mejores personas, jueces, abogados, juristas y legisladores”. (Holt Correa, 2013, p. 239)

He aquí entonces el apartado siguiente donde me introduciré en una obra literaria, que tiene la virtud de transmitir maravillosamente los sentimientos y emociones de un “sujeto a la ley” al que le fue negada la instancia judicial y el proceso penal. Sumamente aprovechable además por tratarse de una autobiografía escrita en primera persona, la que se abordará en el título siguiente.

¹¹⁵ En este sentido la obra de Martha Nussbaum.



III.4.- El caso de Louis Althusser¹¹⁶

Somos las historias que contamos de nosotros mismos,

¿Somos las historias que contamos de nosotros mismos?

Al tratarse esta de una obra póstuma¹¹⁷, que contiene dos textos autobiográficos, se impone un inicio referencial al autor, que quizás sirva para acercarse a su persona, seguramente en menor medida que su obra nos acercará –no tengo dudas después de leerla y releerla- diáfana a su “declaración” y las emociones con ella relacionadas.

El título del libro “El porvenir es largo¹¹⁸”, recién se explicara a finales de su obra cuando inmediatamente después de brindar un relato en torno al homicidio acaecido, llega para él una especie de reivindicación, un reconocimiento, un nuevo entendimiento y sentir de la vida.

“Entonces la vida puede aún, a pesar de sus drama, ser bella. Tengo setenta y siete años, pero al fin me siento, yo que no tuve juventud porque no fui querido por mí mismo, me siento joven como nunca, incluso si la historia debe acabarse pronto. Si, el porvenir es largo.” (Althusser, 1993, p. 370).

¹¹⁶ Como dentro del enfoque de investigación para este trabajo se propuso un diseño que abarca el estudio de un caso en particular cuya técnica de recolección es la autobiografía mencionada, este apartado supone una abundancia de citas. Las que estarán referenciadas a las dos ediciones de la obra abordadas dada su distinta traducción, la argentina y la española. Las citas se justifican desde que el caso elegido lo es con el fin de ser herramienta de apoyo en orden a la explicación del problema, cuyo fin es lograr una real aproximación al sentimiento del sujeto frente al sistema judicial y el proceso, lo que se malograría parafraseando al autor en vez de citarlo directamente.

¹¹⁷ La obra aquí abordada fue editada luego de la muerte del autor, acaecida el 22 de octubre de 1990.

¹¹⁸ El subtítulo tachado en el manuscrito encontrado luego de su fallecimiento era más ilustrativo, “Breve historia de un homicida”.



Louis Althusser¹¹⁹ nació el 16 de octubre de 1918 en Argelia, África, por ser descendiente de una familia de colonos franceses. Fue Filósofo –licenciado en filosofía y letras- egresado de la prestigiosa École Normale Supérieure de París. Fue profesor en la misma desde 1948 y fue afiliado al Partido Comunista Francés (PCF).

Es conocido como uno de los más importantes filósofos franceses, crítico de la teoría marxista.

Althusser asesinó a su esposa, Helene Rytman¹²⁰ en 1980, y fue “beneficiado” por lo dispuesto en el artículo 64 del Código Penal Francés, con el “no ha lugar”, que lo sustrae del proceso penal y con lo que él nunca estaría de acuerdo ni se vería como “beneficiado”, escribiendo en su biografía, una exposición de los hechos¹²¹ y de la crítica al sistema judicial que lo excluyó.

El artículo 64 del Código Penal Francés referenciado decía: “No hay ni crimen ni delito cuando el detenido estaba en estado de demencia en el momento del acto, o cuando ha sido llevado por una fuerza a la cual no podría resistir”.

He aquí su obra como medio de complementar desde este punto de vista literario y – porque no, filosófico- el tema bajo estudio.

“...he estrangulado a Helene” (...) “Grito sin parar que he estrangulado a Helene” (Althusser, 2002, p. 24). La muerte de Helene habría acaecido un domingo, 16 de noviembre de 1980¹²².

¹¹⁹ Nació en el seno de una familia de colonos franceses en Argelia, por lo que sus primeros estudios los realizó allí para luego continuar en Francia, en Marsella y Lyon específicamente. Licenciado en Filosofía y Letras por la École Normale Supérieure de París, donde desde 1948 fue profesor de Filosofía. Fue prisionero de guerra en el marco de la Segunda Guerra Mundial, dada su participación en la Resistencia francesa. Afiliado al Partido Comunista Francés (PCF). Parte de su producción intelectual giró en torno a su propuesta de renovación de la teoría marxista, reelaborando dicha ideología y desde una postura crítica y radical.

Se trata del filósofo marxista francés más influyente en el área internacional. Su éxito y su popularidad en los medios intelectuales del mundo comenzó con la publicación de su obra *Por Marx*, en la que abordó teóricamente, los problemas surgidos como consecuencia de la desestalinización del comunismo, cuestiones que lo terminaron por separar fuertemente de la dirección del PCF, aunque él nunca abandonó el partido.

Desde el punto de vista del psicoanálisis se trató como un caso de psicosis.

¹²⁰ También pensadora y socióloga francesa.

¹²¹ Su psicólogo dirá: “Dicho esto, no puedes impedir a nadie que piense de otra manera. Pero lo esencial es que te hayas explicado clara y públicamente en tu propio nombre. Que quien quiera, mejor informado si es posible, se monte, si aún lo desea, una religión. En cualquier caso, interpreto tu explicación pública como un resurgimiento de ti mismo en tu duelo y en tu vida. Como decían nuestros clásicos, es un *actus essendi*: un acto del ser.” (Althusser, 1993, p. 373).

¹²² Recordará el autor que para el lunes 17 de noviembre había quedado agendada una cita con su analista en Le Vésinet. “El domingo 16 de noviembre a las nueve de la mañana, cansado por una noche impenetrable y que nunca después he podido penetrar¹²², me encontré a los pies de mi cama, en bata, con Hélele tendida delante de mí, y yo que seguía



Para ese entonces los medios de comunicación se habían ocupado sin desperdicio de este caso donde el famoso filósofo era noticia por un hecho atroz en contra de su par bien conocida y reconocida, Helene. Aunque ella, la víctima, no va a interesarles tanto como el asesino, de lo cual el mismo Althusser paradójicamente va a quejarse y que constituye una primera crítica al sistema que no lo “juzgó” en el marco del debido proceso y al sistema de los medios que lo “condenó” sin al menos escuchar su propio reconocimiento del hecho.

En el mismo sentido se tiene dicho que en muchas ocasiones la publicidad de la noticia *criminis* es más gravosa que la eventual sentencia condenatoria. Bien lo refleja el autor:

“Todos en los medios de comunicación, en cuanto vemos un nombre de prestigio mezclado en un proceso jugoso, Althusser, Thibault de Orneanas, lo convertimos en un buen festín, ¿la víctima? La víctima no merece ni tres líneas. La vedette es el culpable”. (Althusser, 1993, p. 11).

El citado del acápito que el cita en su libro corresponde a un comentario de Claude Sarraute titulado “Poco apetito”, donde se hacía referencia al éxito que consiguió el libro donde el propio autor, el japonés Issei Sagawa, contara el asesinato de una joven holandesa cometido por él, quien luego de un “no ha lugar”, en el proceso había terminado en un hospital psiquiátrico, caso que tiene bastante similitudes con el de estudio.

A su vez, este mismo artículo se hacía lugar para contar el caso del profesor, quien, pese al consejo de varios de sus amigos por protestar ante el periódico, se abstuvo desde que hasta cierto punto Calude Sarraute ponía el acento en el punto esencialmente dramático para él: la ausencia de “proceso”, debido al “no ha lugar” del que se habría “beneficiado”.

Así, recordará que la prensa francesa e internacional unieron su nombre a cinco temas con una “manifiesta complacencia satisfecha: la complacencia de una revancha política a la que este “crimen” ofrecía al fin la ocasión de saldar definitivamente una vieja cuenta, no solo hacia mi persona, sino hacia el marxismo, el comunismo y...la filosofía...” (Althusser, 1993, p. 340)

dándole masajes en el cuello, con la sensación intensa de que me dolían mucho los antebrazos: evidentemente por aquel masaje. Después comprendí, no sé cómo, salvo por la inmovilidad de sus ojos y aquella pobre punta de la lengua entre los dientes y los labios, que estaba muerta. Me precipite fuera de nuestro apartamento hacia la enfermería, donde sabía que encontraría al doctor Étienne, gritando. La suerte estaba echada”. (Althusser, 1993, p. 338).
“Pero en esta ocasión, el masaje es en la parte delantera de su cuello”. (Althusser, 2002, p. 23).



Así los temas eran: marxismo=crimen, comunismo=crimen, filosofía=locura y escándalo.

“...se haya podido beneficiar de la protección abierta del establishment: ¿se imaginan por un momento lo que le hubiera pasado a un simple argentino que se encontrara en su caso?, osó incluso decir un periódico...”.

“...y ya se puede imaginar que atmosfera de “caza del hombre”, tanto más temible puesto que era difusa como el rumor público que acompañaba los golpes de cierta prensa, debieron vivir mis amigos desamparados...”.

“...ante el rumor publico perverso e insistente que se mantuvo a mi alrededor, a cargo de ciertos hombres en los medios de comunicación, inconscientes o que despreciaba el sufrimiento y el drama de los hombres...”. (Althusser, 1993, p. 348).

En este contexto su obra asoma a la vida como una forma de expresarse, de hablar desde su propio lugar, y desde la misma subjetividad de la que la justicia lo había excluido.

“...ya que el procedimiento jurídico me ha prohibido toda explicación pública, he decidido explicarme públicamente”. (Althusser, 2002, p. 43)

El artículo 64 del Código Penal Francés disponía a partir de 1838 el estado de no responsabilidad de un sujeto que ha perpetrado su acto en estado de “demencia” o “bajo apremio”, por contraposición al estado de responsabilidad puro y simple reconocido a todo “hombre considerado normal”, dirá Althusser¹²³.

El no ha lugar que lo excluiría de todo proceso y sistema judicial se pronunció para él en febrero de 1981.

Para Castillo (1993), citado por Grieco y Muñoz (2014, p. 56)¹²⁴, la obra del filósofo francés está articulada sobre una estructura que responde a un acto de acusación. Así, el

¹²³ En su caso, dicho dictamen de no responsabilidad se había materializado en febrero de 1981.

¹²⁴ En relación al despliegue detallado que caracteriza a *El Porvenir es Largo*, la autora señala que el texto está lleno de apelaciones al análisis de Althusser. De dichas apelaciones afirma: “la introducción del (auto) análisis fuerza la poética del relato e introduce un ‘sentido’ en la narración en la dirección de la prueba o del testimonio. Es en este sentido que decíamos que *El Porvenir...* parece, como primera hipótesis, un texto escrito bajo transferencia (...)”. Escribe Castillo: “el valor interpretativo que tiñe la narración es indisoluble de la función hermenéutica que se despliega en base a la repetición de esta operación sobre los diferentes planos del relato”. Dicho procedimiento hermenéutico, estaría forzando el relato autobiográfico “en el orden de sus razones”. Según argumenta la autora, la operación hermenéutica estaría disimulando así el hecho de la no aparición del sujeto de la responsabilidad.

texto se constituiría como una: "...rememoración articulada sobre la forma de la transferencia y el lector es indirectamente interpelado según una estructura de reciprocidad inversa".

Su versión literaria pretende ser legitimante y explicativa a la vez. Un ejemplo de ello es que en la aventura por escribir su propia historia y dar su versión de los hechos, Louis le pidió a sus amigos que le mandaran todos los recortes de prensa que hablaban de su caso y procuró hacerse de documentación abundante sobre los problemas jurídicos del no ha lugar y el artículo 64.

Filosofo como era sabía que el hombre se hace reconocer frente a sus semejantes por los actos cuya responsabilidad asume¹²⁵. Althusser escribe para poder re-conocerse, para poder "ser", intentando asumir una responsabilidad que el sistema le negó, aun cuando pueda discutirse eternamente si logró o no¹²⁶ su intención no solo de responsabilizarse sino también por momentos de "justificarse".

"El estado de responsabilidad abre la vía del procedimiento clásico: comparecencia ante un tribunal, deliberación pública en la que se enfrentan las intervenciones del Ministerio Público, que habla en nombre de los intereses es de la sociedad, con testigos, abogados de la defensa y de la parte civil que se expresan públicamente y con el acusado, que presenta el mismo su interpretación personal de los hechos..." (...) "Todo este procedimiento marcado por la publicidad, se cierra con la deliberación secreta de los jurados que se pronuncian públicamente a favor de la absolución, sea por una pena de encarcelamiento, mediante la cual el criminal reconocido como tal es castigado con una pena de prisión concreta, con la que se supone que "paga" su deuda a la sociedad." (Althusser, 2002, p. 27).

Esta cita, de no muchas palabras, quizás ilustre con mayor claridad que una norma o disposición legal, la importancia para el sujeto "acusado", de no ser expulsado de la instancia judicial sin un "veredicto" que permita al menos su defensa y legitimación.

¹²⁵ Sera que el conocer el "saber", ese que Althusser entiende constitutivo de él, es también lo que hacía a su fama. "una sola cosa, en vez de todo, eligen los mejores: la fama inagotable de los mortales. En cambio, la multitud esta saciada como ganado¹²⁵". Esta fama de los mortales es lo que mejor pueden llegar a conseguir y es la de pensar. Esto afirmaba Heráclito, autor que seguramente fue estudiado por Althusser y que quizás habría imprimido en él la idea que "el hombre común puede vivir y morir alegremente. Pero el pensador debe hacerse cargo de la vida y, por lo tanto, de la muerte."

Ese era tal vez su inquietud, ser primero reconocido como pensador, como el filósofo que había sido y para eso necesitaba ese proceso judicial esa instancia donde asumirse como la persona que podía hacerse cargo de su ser y de la muerte que había causado.

¹²⁶ Sobre esto hay gran variedad de interpretaciones distintas, en el marco del psicoanálisis y la psicología.

“El estado de no responsabilidad jurídico legal, por el contrario, interrumpe el procedimiento de comparecencia pública y contradictoria ante un tribunal.” (Althusser, 2002, p. 32)

Es en este punto donde se puede asimilar la aplicación lisa y llana de los principios de oportunidad sin derecho a oposición con él no ha lugar que tanto afligió al filósofo francés.

Hay una cuestión entre lo privado y lo público que supone esta determinación de la ley en este “no ha lugar”. Mientras que el estado de responsabilidad abra la vía de un proceso clásico, publico ante un tribunal con debate público, declaración de acusado y víctima – en su caso-, y sentencia publica; el no ha lugar supone la reclusión al ámbito privado y la incertidumbre a él unida que supone la desaparición de los sujetos mismos.

La obra está atravesada por el no ha lugar. “Es probable que consideren sorprendente que no me resigne al silencio después de la acción que cometí y, también, del no ha lugar que la sancionó y del que, como se suele decir, me he beneficiado”. (Althusser, 2002, p. 25)

Y sigue:

“Sin embargo, de no haber tenido tal beneficio, hubiera debido comparecer; y si hubiera comparecido habría tenido que responder. Este libro es la respuesta a la que, en otras circunstancias, habría estado obligado. Y cuanto pido, es que se me conceda; que se me conceda ahora lo que entonces habría sido una obligación.” (Althusser, 2002, p. 27).

El autor razona que si el homicida es absuelto después de un proceso público, “puede volver a su casa con la cabeza alta” (Althusser, 2002, p. 28). En cambio dice, el homicida confinado a tratamiento psiquiátrico, desaparece de la vida social¹²⁷.

Todo el derrotero de su exposición pasa por visibilizar las nefastas consecuencias de la falta de sometimiento procesal y juicio.

Y que el proceso podría haberle devuelto la dignidad arrancada al confinarlo a la periferia de todo procedimiento judicial.

¹²⁷ “Los hospitales de alta seguridad, que son mucho peores que las cárceles: te pudres de por vida” (Althusser, 2002, p. 28).



“Incluso después de liberado, al cabo de dos años de confinamiento psiquiátrico, soy, para una opinión que conoce mi nombre, un desaparecido. Ni muerto ni vivo, no sepultado aún pero “sin obra”, esa magnífica expresión de Foucault para designar la locura: desaparecido¹²⁸”.

A su vez se queja del pretense beneficio desde que la condición no ha lugar en realidad expone al loco internado a muchas otras prevenciones por parte de la opinión de la calle.

Afirma que aun en el caso que el proceso no terminara con un sobreseimiento, el culpable reconocido que comparece ante un tribunal sale condenado a una pena y se considera que durante su encarcelamiento “paga su deuda con la sociedad”, luego de lo cual puede volver normalmente a la vida”. (Althusser, 2002, p. 34)

Y concluye:

“Pero al fin y al cabo, la ideología de la “deuda” y de la “deuda saldada” a la sociedad, juega a pesar de todo a favor del condenado que ha purgado su pena y, hasta cierto punto, incluso protege al criminal librado: y, por añadidura, la ley concede recursos contra toda imputación contraria a la “cosa juzgada”: el criminal en regla con la sociedad o el amnistiado pueden incoar procesos por difamación alguien saca a colación contra ellos un pasado infamante. Tenemos mil ejemplos. La pena “extingue” pues el crimen y, con la ayuda del tiempo, el aislamiento y el silencio, el antiguo criminal puede rehacer su vida...”. (Althusser, 2002, p. 35).

“...no pasa lo mismo en el caso del que intenta indefinidamente” porque “la opinión percibe solamente una desaparición que no es capaz de poner fin definitivamente a la existencia social de un criminal o de un homicida internado”. (Althusser, 2002, p. 37).

En este sentido se queja del no ha lugar y afirma que la opinión pública desconoce la situación de tal exclusión del proceso judicial:

“En definitiva hay que llegar a este punto extrañamente paradójico. El hombre al que se acusa de un crimen y que no se beneficia de un no ha

¹²⁸ Hay que relacionar esto también, con el sentido que la “locura” tenía para la época, habiéndose despojado de toda la mística que el renacimiento había aportado a la locura, esa relación de sabiduría y razón reconocida en esa locura, estaba ausente de este nuevo contexto histórico. “Por todos lados, la locura fascina al hombre.” (Foucault, Michael, Historia de la locura, pág. 19). En tanto para el tiempo del artículo 64 del Código Penal Francés la locura es vista como una anomalía susceptible de encierro y confinamiento. “En su funcionamiento, o en su objeto, el Hospital General no tiene relación con ninguna idea médica. Es una instancia del orden, del orden monárquico y burgués que se organiza en Francia en esta misma época. Está directamente entroncado con el poder real, que lo ha colocado bajo la sola autoridad del gobierno civil” (Foucault. No hay más verdad que la que establece el poder, Ed. RBA, España, 2015, Pág. 39).



lugar, con toda seguridad ha tenido que pasar la dura prueba de la comparecencia pública ante un tribunal. Pero, por lo menos, todo se convierte en materia de acusación, de defensa y de explicaciones personal públicas. En este procedimiento “contradictorio”, el homicida acusado tiene por lo menos la posibilidad, reconocida por la ley, de poder contar con testigos públicos, con alegatos públicos de sus defensores y con los considerandos públicos de la acusación: y, por encima de todo, tiene el derecho y el privilegio sin precio de expresarse y explicarse públicamente en su nombre y en persona, sobre su vida, su crimen y su provenir. Que sea condenado o absuelto, por lo menos ha podido explicarse el mismo públicamente, y la prensa está obligada, por lo menos en conciencia, a reproducir públicamente sus explicaciones y el resultado del proceso que pone punto final legal y públicamente al asunto”.

“...por todos estos derroteros, él no se encuentra solo ni sin recursos públicos: es la institución de la publicidad de procedimientos y deliberaciones lo que el legislador italiano Beccaria, en el siglo XVIII y posteriormente Kant, consideraban y a como al garantía suprema para todo inculgado. Ahora bien, lamento decirlo, éste no es el caso de un homicida beneficiado de un no ha lugar”. (Althusser, 2002, p. 38).

Fíjese como le da importancia a la “exposición pública”. Alude como bondad del procedimiento el hecho de los “testigos públicos”, “alegatos públicos”, “considerandos públicos de la acusación”.

El juicio público constituye para él aquella instancia donde condenado u absuelto “ha podido explicarse el mismo públicamente” y donde “el resultado le pone punto final legal y públicamente al asunto”.

Hay una confianza, no tanto en la justicia como tal y como producto del proceso judicial, sino más bien, en la “publicidad del proceso” como una garantía de excelencia e importancia.

Relee a Beccaria en este punto, la institución de la publicidad de procedimientos y deliberaciones, como la “garantía suprema de todo inculgado”. Esto y en frente el “secreto” que impone el “no ha lugar”.

Y también en que, como el afirma aun condenado injustamente, todavía queda el clamor público, que en muchos casos ha acabado por abrir de nuevo el proceso y llegar a la absolución del acusado.

Lo aturde la consecuencia de este no ha lugar, que él califica como la anulación de su personalidad jurídica. El hecho que el público conozca el resultado de la autopsia del

cadáver y ni una palabra más, y luego el comentario del no ha lugar seguido también de ningún comentario. Se ignorará todo afirma.

Así es otro acto, el acto de la escritura el que hace posible hablar en su nombre para declarar su responsabilidad.

En su obra *Ideología y Aparatos Ideológicos del Estado*, Althusser va a diferenciar dentro del aparato estatal los “Aparatos Represivos del Estado” (ARE), dentro de los cuales está la policía, los tribunales, las cárceles y hasta la administración estatal, etc...; y los “Aparatos ideológicos del Estado” (AIE), que operarían como realidades primarias presentadas al sujeto y que funcionarían mediante la ideología, AIE religiosos, AIE familiar, AIE jurídico, etc...

En este marco se da la revalorización del “sujeto” –anulado por el no ha lugar judicial-. Puesto que la ideología existe para y por el sujeto, somos desde siempre sujetos y no individuos constituidos por los AIE.

“La existencia de la ideología y la interpelación de los individuos en tanto sujetos, es una y la misma cosa” (Recuperado de: https://www.webdianoia.com/contemporanea/althusser/althusser_txt_1.htm).

En este contexto, la justicia lo niega como sujeto donde al no considerar el crimen sujeto de acción judicial, lo condena a desprenderse de su acto y le imposibilita construir alguna significación del mismo. La posibilidad de responder por su acto e imputarse el mismo es la subjetivación del acto cometido que tiene ahora que enfrentar en su texto autobiográfico.

Simonetti de Irastorza (1997), citado por Grieco (2015, p. 74), señala que para el autor de la autobiografía el padecimiento ha sido peor que la misma condena, “Un goce en exceso que no le hizo lugar a ese derecho”. La sanción, y proceso que lo precede, hubiera aportado una cara pacificante, normalizante, la interdicción a la vez que “constituye al sujeto”.

Y por eso su narrativa se motiva en la necesidad de escribir como forma de liberarse de la condición en que se encuentra situado, y claramente, del crimen cometido. Liberarse de: “...de los efectos equívocos del mandamiento de no ha lugar del que me beneficiado, sin poder ni de hecho ni de derecho oponerme a su procedimiento”.

“...privado de todos mis derechos, de los que se ocupó un letrado...”. (Althusser, 1993, p. 349)

En estos dichos esta la máxima expresión del padecimiento en extremo del filósofo, que parece anunciarnos como mayor a la que sufriría condenado y obligado a responder por su crimen. Se infiere, sin mucho esfuerzo, que este “criminal” pone en dicha instancia judicial su redención, lo que hace que se vuelva casi imprescindible.

No escapa al razonamiento del autor el hecho que las huellas del escándalo, los ecos de la acusación, amplia y desconsideradamente transmitidos por la prensa y los medios de comunicación bajo el pretexto de la información,

“...rumores todos que pueden perseguir durante mucho tiempo no solo al acusado inocente absuelto, sino al criminal condenado que ha purgado “honradamente” su pena”. (Althusser, 2002, p. 35).

Pero aun así reconoce que siempre, “la ideología de la deuda y de la deuda saldada a la sociedad, juega a pesar de todo a favor del condenado que ha purgado su pena”. Hasta valora la posición del acusado frente a una condena -cosa juzgada-, desde que aún allí tendrá recursos contra la misma.

Pereña (1994), citado por Grieco (2015, p. 73) señala que la posición en que el no ha lugar jurídico ubica al sujeto, se encuentra en las antípodas de dicha responsabilidad:

“Si bien es cierto que no habría que confundir la responsabilidad penal con la responsabilidad subjetiva, lo que aquí nos viene a decir Louis Althusser, es que ambas se implican más de lo que pareciera”. El autor se pregunta: “¿qué figura de ley universal puede ya dispensarnos de la experiencia de la soledad, como singularidad irremplazable, y de la responsabilidad, como única manera de hacerse ser en el vacío del Otro?”. Afirma que si El Porvenir es Largo “encierra alguna enseñanza, no es por lo que el texto tiene de justificación, sino por la apuesta que intenta de hacerse responsable de un acto, ante el que no supo, ni consiguió, qué saber poner en ese lugar”.

La obra de Louis nos revela que era sensible a la problemática de su responsabilidad en el acto cometido.



“¿Qué quiere decir aquí responder? el testimonio de Althusser será el intento de responder por el crimen cometido, por el camino de la escritura, ante el “beneficio” concedido que lo privo de dar tal respuesta. (Legendre, 1994, citado por Gerez Ambertín, 2011, p. 82).

Su drama queda como testimonio en la memoria colectiva de lo que el dispositivo jurídico puede hacer con la vida de un hombre. “Porque es bajo la losa sepulcral del no ha lugar, del silencio y de la muerte pública, bajo la que me he visto obligado a sobrevivir y a aprender a vivir”. (Althusser, 2002, p. 27).

CAPÍTULO IV: El porvenir es largo. Esbozando conclusiones

En este trabajo partí de considerar la necesidad de ratificar el derecho de oposición del imputado a la aplicación de los criterios de oportunidad, en tanto fuera ello cuestionado sobre la base de la titularidad y disponibilidad de la acción por parte del Ministerio Público Fiscal y su rol empoderado a instancias del principio acusatorio.

Es intención haber podido demostrar a lo largo del mismo que existe un derecho en cabeza del imputado a oponerse a dichos criterios que no podría ser obstaculizado a partir de los argumentos esgrimidos a tal fin y que se enmarcaría en el debido proceso y tendría raíz constitucional, encontrando sustrato en el derecho a la jurisdicción, conviviendo pacíficamente con la vigencia del principio acusatorio y el sistema que lo contiene.

He aquí algunas humildes conclusiones que sin vocación de verdad absoluta y consciente de sus limitaciones, pretenden ser al menos consecuencia razonada de los argumentos contenidos a lo largo de este escrito.

Con ese fin en primer lugar incursioné en el estudio sobre la fundamentación de los principios de oportunidad a fin rebatir, entre otras cosas, la negación de la vigencia de tal derecho de oposición atribuyéndole el carácter de constituir un “beneficio” propiciando así su irrenunciabilidad tanto como su aceptación automática.

En mi opinión, no puede asumirse a estos criterios –en su acepción restringida o estricta– como incuestionable beneficio para el sometido a proceso.

Como expuse éstos se fundan en razones de orden utilitarista y de economía procesal, apadrinadas por problemas burocráticos y presupuestarios, que responden más a ser un

mandato de selección nacido al rescate de los problemas de un poder estatal con falta de recursos y medios, que una forma de administración de justicia.

Así mismo, tampoco responden fielmente a la vocación restaurativa en que se pretende ampararlos, desde que la justicia restaurativa, más allá de los supuestos de solución del conflicto consagrados, no se refracta ni se reconoce legítimamente en los demás criterios legislados.

Ello porque como sostuve en este trabajo la institucionalidad de la “oportunidad reglada” en matrimonio con la “legalidad” como regla, no logra diversificar la respuesta estatal a la controversia penal, donde más que reparatoria, terapéutica o conciliatoria –salvo algunas excepciones en este último aspecto–, sigue siendo punitiva, visibilizando que lo que ha cambiado son los actores entre quienes se reparte el mismo poder en similar lógica represiva penal.

Así más que ampliar el abanico de respuestas estatales a las controversias de índole penal, y en dicho caso, funcionar -aun simbólicamente- de “respuesta” o “resolución” al caso; terminan decantando en una salida lateral, gris y neutral. Que en la medida que convenga al imputado lo será más producto de su culpabilidad amenazada de pena o condena punitiva, que de su reconvención o de la recomposición a favor de la víctima -cuando hay-, o bien, producto del desgano de aquél en enfrentar un proceso judicial largo y tedioso, al que considera ininteligible, poco amigable y menos confiable, producto de la deslegitimación del sistema.

Como señalé no es oponible tampoco para enervar el derecho en estudio la consideración que el beneficio para el imputado sería el de no exponerlo a una reacción penal injustificada, dado los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de la libertad y teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, puesto que ello presupone consideraciones a título de certeza y hace futurología.

El momento procesal donde se adoptan este tipo de criterios –en su concepción restringida–, donde es mayor el poder y menor el saber, no siempre suponen un nivel de convicción o de prueba más o menos claro como para llegar a conclusiones con carácter de generalización en orden a negar o no un derecho. Puesto que además si así fuere o sería más fácil el sobreseimiento o la rápida elevación a juicio. O por el contrario, sería inefi-



ciente realizar un extenso proceso que terminara en la aplicación de un criterio de oportunidad de conformidad al menos con el fundamento eficientista y económico de los mismos.

Es decir, si bien sobre la base de una generalidad de casos en relación con determinadas calificaciones legales y sobre la base de determinado bagaje probatorio, ya producido o con perspectivas de producirse, se podría llegar a diagnosticar en general la posibilidad de condena, frente a lo cual la aplicación de estos principios sería beneficiosa para el acusado, ello no ocurre en todos los casos.

Pero más allá de la relación regla-excepción que pueda procurarse, sostengo que en ningún caso podría negarse un derecho sobre la base de un resultado meramente probabilístico en el que subyace admitir una inalterable voluntad inconmovible del acusado.

Y ello aún bajo la vigencia de un sistema que exige al fiscal no estimular que sigan casos donde no hay posibilidades de obtener condena, puesto que en dichos casos, se justifica plenamente la estrategia o pretensión defensiva a favor de una decisión definitiva desvinculante por sobre la carga de soluciones anticipadas, que como se estableció “predicen” o “presuponen” en definitiva la comisión del ilícito.

Por ello es que afirmo que no puede asumirse que estos criterios constituyan para el imputado beneficio al cual no debería ni tendría razón de oponerse o negarse.

Por otro lado pienso que fracasa la idea de que el principio acusatorio del que deriva la división de roles en el proceso penal y bajo el cual se concede el monopolio de la acción al fiscal, sirva para fundar una negativa a la pretensión del imputado en tal sentido.

La consideración del Ministerio Público titular del ejercicio de la acción penal pública y de la “acusación” basado en el principio acusatorio y enmarcado en el sistema homónimo como medio para negar la oposición del imputado no puede más que asentarse en la falsa regla que pretende relacionar necesariamente lo acusatorio con la disponibilidad de la acción.

En este sentido trate de clarificar que la configuración acusatorio e inquisitivo de un proceso no lleva consigo como regla o derivación necesaria una decisión sobre la obligatoriedad de la persecución penal ni sobre las consideraciones de oportunidad de un sistema.



A su vez, indagué a fin de determinar ontológicamente que el imputado —en su concepción amplia defendida en este trabajo— ostenta un derecho subjetivo equivalente a una autorización, un “permiso fuerte”, dado su reconocimiento expreso en la norma procesal, que podría ejercer o no hacerlo, pero que en su caso le es oponible al Ministerio Público. Quien detenta poder de disponibilidad reglado sobre la acción penal quedando facultado a proponer estos criterios a un caso como a no hacerlo, de la misma forma que el imputado solicitar o no su aplicación.

Entiendo que este derecho subjetivo que tendría el imputado para resistir la pretensión penal estatal lo es en dos sentidos, como derecho para obtener un pronunciamiento jurisdiccional absolutorio sobre el fondo y como derecho a que continúe el proceso en caso que el estado de las actuaciones impida tal cuestión.

Este esquema es suelo útil para mí a fin de considerar que el Ministerio Público Fiscal no tiene derecho a imponer inaudita parte estos criterios ni exigir que el imputado se abstenga de realizar su oposición sin poder impedirlo.

Acorde también con el juego de relación y posiciones que impone el sistema acusatorio, donde el imputado no está en posición de sujeción ni objeto, sino de igualdad en la triada completada por la posición del juez, como decisor y controlador de la legalidad.

Por ello resulta lógico desde el punto de vista de la dimensión normativa que al tiempo que se legislan los criterios de oportunidad facultando al fiscal su ejercicio, se establezca la posibilidad del imputado de oponerse instando la actuación jurisdiccional.

Bajo el entendimiento de que el control jurisdiccional que suscitaría el ejercicio del derecho de oposición, no supone invasión del juez en las competencias fiscales, desde que su intervención es excitada por el requirente que invoca la protección de un derecho con raíz constituyente en el ejercicio del derecho a la jurisdicción, que no análoga ni supone sumir función requirente ni de investigación o acusación.

La “oposición” se erige en legítimo medio de acceso al control jurisdiccional encauzando tanto su derecho a ser oído como su estrategia defensiva. Desde que la mayoría de los principios de oportunidad “presuponen” claramente la acción por el hecho delictivo en cabeza del imputado, el derecho de oposición cobra el sentido de ser defensa y una estrategia idónea en orden a la obtención de una resolución definitiva donde eventualmente la astucia tenga que ver con demostrar su inocencia o apelar al *in dubio pro reo*.



Porque además pretendí demostrar que el principio de inocencia constituye una ficción jurídico legal necesaria y deseada, pero que no logra corresponderse con la percepción de la comunidad, que rápidamente acomoda su pensamiento a una “presunción de culpabilidad” sobre el imputado afectando su honor objetivo con repercusión en el subjetivo.

Además, de un tiempo a esta parte hay un aspecto relacionado a los medios masivos de comunicación que se erige en el yugo sobre el cual debe asentarse el análisis, en cual se visibiliza de parte de la sociedad una automática atribución de fe de verdad a lo que sobre un hecho o encausado tengan para decir aquellos.

Justamente el valor que tiene el sobreseimiento y la absolucón nos da sobrada cuenta de que esta sentencia conclusiva lo que “supera” es la presunción de culpabilidad pendiente hasta entonces, muy por encima de ser simple ratificación de la presunción de inocencia.

De esto hace eco el derecho positivo cuando consagra un orden para el tratamiento de las causales de sobreseimiento o absolucón, donde la “falta de comisión del hecho” tanto como la “atipicidad” lideran la tabla en tanto la extinción de la acción la sigue desde el fondo. Así también las prescripciones de algunas legislaciones donde, no sin sentido, aclaran en la sentencia absolutoria que ello no ha de afectar el honor del nombrado.

En relación con ello sostengo que el ejercicio del derecho de oposición reconoce raíz fundante en el derecho a la jurisdicción, y por tanto trasciende al derecho a suscitar control jurisdiccional para instituirse en un legítimo derecho a que el proceso siga y su situación sea ventilada y resuelta en el juicio plenario, ámbito donde rigen las máximas garantías que supone el sistema acusatorio.

Se justificó la pretensión de esta instancia en tanto ésta supone el ámbito dialógico y adversarial por excelencia, con mayor oportunidad para la igualdad, la publicidad, el contradictorio y el análisis de las cuestiones de fondo que eventualmente pretenda analizar con fin absolutorio. Porque sólo en el plenario se satisface fielmente el encausamiento disciplinado del hecho definido por la actividad de dos sujetos ante la vista del tercero imparcial, donde claramente se verificará la acusación, la contraposición a esa acusación o defensa, las pruebas que sustentan las diversas hipótesis y con ello el contradictorio estableciéndose claramente quién es el que debe acusar y quién ha de defenderse, con la participación activa de los demás principios que informan al sistema acusatorio, la oralidad, publicidad, inmediación, etc...

Esto implica reconocer que la etapa preparatoria o mejor dicho instructoria, no goza de las mismas características del juicio plenario en cuanto a la realización de las garantías, todo lo cual reivindica toda posibilidad de contradecir al Ministerio Público Fiscal en dicha etapa procesal como imprescindible forma de ratificar la vigencia de la igualdad de armas y el contradictorio, por lo que no sólo debe ser respetada y propulsada sino que no podría quedar eclipsada por el poder fiscal.

Y ello aún frente a lo que las reformas a nivel de la legislación de fondo y forma supieron concebir en orden a otorgar en los casos de aplicación de los criterios de oportunidad la posibilidad de un sobreseimiento, si no más o menos inmediato en una interpretación armónica y sistemática, si al año de su resolución.

Reformas que acompañan ahora sí la manda de nuestra constitución provincial cuyo artículo 26 exige “sentencia definitiva”, lo que se contrapone al viejo archivo que suponía, bajo una pesada indeterminación de la situación procesal, esperar hasta la prescripción para una sentencia definitiva.

Es decir, en mi entendimiento, aun frente a este nuevo escenario son justamente las consideraciones antedichas las que fundarían el derecho de oposición y su raíz el derecho a la jurisdicción.

Ello también bajo el entendimiento que esta pretensión de juicio público reconocida en el derecho a la jurisdicción no sería patrimonio solo del inocente o quien se entienda tal, sino que habría que reconocerlo al culpable -o quien así se considere.-. Otra cosa no solo supondría presumir que dichos rótulos son asequibles en puridad para realizar tales distinciones, sino que implicaría además una arbitraria exclusión.

No puede suprimirse la posibilidad de una estrategia defensiva en busca de una absolución en el marco de un juicio reivindicador o un acogimiento al *indubio pro reo*. Pero además, fuera de dichas hipótesis, hay que atender lo que nos aporta otro marco teórico al respecto.

Tomo del psicoanálisis como disciplina de apoyo su planteo respecto a que el sujeto es sostenido, amparado y atravesado por la ley, en términos kafkianos se encuentra siempre “ante la Ley”. En este marco la ley se ubicaría en el lugar del padre y la culpa o deuda como resultado de la filiación del sujeto a la ley como punto de partida.

Desde este punto de vista el sujeto vive siempre sometido a juicio, hay una instancia represiva pero también social, que lo vigila, lo condena y castiga si se aparta de la ley.

A partir de allí no solo la gran importancia que le atribuye a la norma, las instituciones jurídicas y los procesos que esto conlleva, sino la contundente afirmación de que cuando la ley es silenciada todo el orden simbólico se degrada y reaparecen las tendencias más primitivas y violentas en una compulsión sin palabras con la consiguiente ausencia de responsabilidad y el sin sentido del sujeto y de las instituciones.

Por eso el juicio o el proceso mismo como instancias pretendidas por el sujeto se erigen en una liturgia simbólica en la que aquél puede dar cuenta ante los otros y ante sí de los motivos de sus excesos.

Este aporte teórico se ve corroborado en el caso de Louis Althusser, cuya autobiografía constituye una real aproximación a los conceptos precedentes.

En mi entendimiento se verifica a través del abordaje de la obra, la pretensión del sujeto –que se dice y reconoce culpable- y se encuentra señalado como autor de un ilícito, a la instancia judicial fundada en la necesidad de contar con ello como legítimo canal simbólico que lo sostenga y le permite “ser” tanto como “parecer”.

Además queda revelado a la perfección cómo a esos fines ningún paliativo aporta ni el derecho positivo ni las categorías jurídicas que de él surjan, se llamen presunción de inocencia o inimputabilidad. Y no obstante la explicación que hacia adentro de la dogmática y el derecho aquellas tengan como protectorias o enervantes de responsabilidad.

En este sentido, se visibiliza como el “no ha lugar” al proceso y al juicio, supone la objetivación del sujeto y un silenciamiento de la ley en todos sus aspectos como proceso donde dar cuentas y ser oído y como posibilidad de obtener una resolución que luego de dicha instancia, disponga una solución definitiva al caso.

El proceso y el sometimiento del sujeto al mismo serían una forma de poner en vigencia la ley del padre y la subjetividad del acusado, fuera de lo cual, no cabría más que admitir que el provenir será más pesado que largo.



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

BIBLIOGRAFÍA

Ábalos, Raúl Washington. (1992). *Derecho Procesal Penal*. Cuestiones Fundamentales. Tomo I. Mendoza. Ediciones Jurídicas Cuyo.

Achutti, Daniel (2019). *Abolicionismo penal y justicia restaurativa: del idealismo al realismo político-criminal*. En Donna, Edgardo Alberto (Director), Ledesma, Ángela E. (Vicedirectora). *Nuevas Dimensiones del principio de legalidad en el proceso penal*. Justicia Restaurativa. (2019). *Revista de Derecho Procesal Penal*. pp. 47-71. Santa Fe. Ed. Rubinzal Culzoni.

Albarado Velloso, Alfonso. (2015). *La terminación del proceso. La sentencia judicial. Las costas*. Buenos Aires. Ed. Astrea.

Alexy, Robert. (2012). *Los derechos fundamentales como derechos subjetivos. Teoría de los derechos fundamentales*. 2º Ed. Madrid. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Althusser, Louis. (1993). *El porvenir es largo. Los hechos*. Buenos Aires. Ed. Destino.

Althusser, Louis. (2002). *El porvenir es largo. Los hechos*. Madrid. Editora Nacional Madrid.

Aguilar Cavallo, Gonzalo. (2010). *Hacia un mayor acceso a la justicia en el proceso penal comentario a la sentencia del tribunal constitucional de Chile sobre la inaplicabilidad de los artículos 230, 231, 237, 240 del código procesal penal*. *Estudios Constitucionales*. Volumen 8 N° 2. doi: S0718-52002010000200021.

Aguirre, Guido J. (2013). *No habiliten la probation*. . En Zaffaroni, Eugenio Raúl (director). (2013). *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Año III. Número 3. pp 179-192. Buenos Aires. Ed. La Ley.



Anitua, Gabriel I. (2015). *Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos*. En Hendler, Edmundo S. (2015). *Sistemas procesales penales comparados*. pp. 447-484. Buenos Aires. Ed. Ad. Hoc.

Arenas, Manuel Coloma. (2019). *La crítica del joven Lacan al paralelismo psicofísico en "De la Psicosis Paranoica en sus relaciones con la personalidad"*. Revista Latinoamericana de Psicopatología Fundamental. ISSN 1984-0381. Recuperado de: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1415-47142019000300497&script=sci_abstract&tlng=es.

Arocena, Gustavo A. & Balcarce, Fabián I. (2004). *Análisis Penal Procesal*. Mendoza. Ediciones Jurídicas Cuyo.

Arroyo Zapatero, Luis. (2014). *Opinión pública y castigo en España. La manipulación política de la criminalidad y sus costos sociales*. En Zaffaroni, Eugenio Raúl (director). (2014). *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Año IV. Número 5. pp 15-26. Buenos Aires. Ed. La Ley.

Atienza, Manuel. (2001). *El sentido del Derecho*. España. Barcelona. Ed. Ariel.

Azerrad, Marcos Edgardo & Florio, Guillermo Alberto. (2005). *Política Criminal y Resolución de Conflictos*. Mendoza. Ediciones Jurídicas Cuyo.

Balcarce, Fabián. (2013). *El principio de judicialidad. Su relativismo práctico en degradé y crisis permanente*. En Zaffaroni, Eugenio Raúl (director). (2013). *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Año III. Número 1. pp 209-222. Buenos Aires. Ed. La Ley.

Battola, Karina Edith. (2019). *Justicia restaurativa en la transformación de conflictos*. En Donna, Edgardo Alberto (Director), Ledesma, Ángela E. (Vicedirectora). *Nuevas Dimensiones del principio de legalidad en el proceso penal*. Justicia Restaurativa. (2019). *Revista de Derecho Procesal Penal*. pp. 73-90. Santa Fe. Ed. Rubinzal Culzoni.

Barberá de Riso, María Cristina. (2005). *Reglas Penales Constitucionales*. Córdoba. Ed. Mediterránea.

Barbero, Natalia. (2016). *La tutela judicial efectiva*. *Revista de Derecho Procesal Penal*. RC D 308



Baumann, Jurgen. (1979). *Derecho Procesal Penal, conceptos fundamentales y principios procesales*. Buenos Aires. Ed. Depalma.

Bella, María Gabriela & Davies, Maximiliano. (2016). *Duración razonable del proceso: hasta cuándo vamos a discutir*. En Cafferata Nores, José I. (compilador). *Proceso Penal y Constitución*. pp. 98-139. Córdoba. Ed. Advocatus.

Bidart Campos, Germán. (2015). *Teoría General de los Derechos Humanos*. Buenos Aires. Ed. Astrea.

Bovino, Alberto. (1997). *El principio acusatorio como garantía de imparcialidad en el proceso de reforma de la administración de justicia penal*. Primer congreso de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Recuperado de: <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/296/principio-acusatorio.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Cafetzoglus, Alberto Néstor. (1977). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. Ed. Hamurabi.

Cafferata Nores, José I. (1998). *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Buenos Aires. Ed. Del Puerto.

Cafferata Nores, José I. (2016). *Paradigma convencional de proceso penal para América Latina y el Caribe*. En Cafferata Nores, José I. (compilador). *Proceso Penal y Constitución*. pp. 19-39. Córdoba. Ed. Advocatus.

Cafferata Nores, José I. (2016). *El necesario equilibrio entre eficacia del sistema penal los derechos de la víctima y las garantías del acusado*. En Cafferata Nores, José I. (compilador). *Proceso Penal y Constitución*. pp. 167-168. Córdoba. Ed. Advocatus.

Cafferata Nores, José I. (compilador). (2006). *Ejercicio concreto del poder penal. Límites, abusos, desafíos*. Córdoba. Ed. Mediterránea.

Cafferata Nores, José I y ot. (2004). *El imputado. Estudios*. Córdoba. Ed. Mediterránea.

Carbone, Carlos Alberto. (2019). *Principios y problemas del proceso penal adversarial. Santa Fe*. Revista de Derecho Procesal Penal. Tomo: 2011 2 - II. Ed. Rubinzal Culzoni. RC D 856/2013

Carbone, Carlos A. (2015). *Prontuario de la esquizofrenia y cordura procesal: civil versus penal*. AR/DOC/4769/2015.

Carbone, Carlos A. (2013). *Los criterios de oportunidad "sustanciales" y su incidencia en la investigación penal preparatoria*. Revista de Derecho Procesal Penal. Tomo: 2011 2 – II. Ed. Rubinzal Culzoni. RC D 856/2013

Cárcova, Carlos María. 2000. *Derecho, Literatura y conocimiento*. Revista Jurídica de Buenos Aires. N 198. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/carlos-maria-carcova-derecho-literatura-conocimiento-dacf010072-2000/123456789-0abc-defg2700-10fcanirtcod>.

Centro de estudios Jurídicos y Políticos. (2005). *El Constitucional, Historia, Teoría y Realidad Constitucional*. Mendoza. Ed. El Constitucional.

Clariá Olmedo. (2014). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. Ed. Rubinzal-Culzoni.

Columba, Fabiola Daiana. (2019). *La renuncia a la suspensión del juicio a prueba*. En Donna, Edgardo Alberto (Director), Ledesma, Ángela E. (Vicedirectora). *Crisis de legalidad en el proceso penal*. (2019). Revista de Derecho Procesal Penal. pp. 81-90. Santa Fe. Ed. Rubinzal Culzoni.

Comité Holandés de Juristas por los Derechos Humanos. (2018). *El Derecho a un juicio justo*. Recuperado de: www.liberties.eu/es/news/derecho-a-juicio-justo-en-paisesbajos/2137.

Conforti, Francisco. (2019). *Algunas cuestiones sobre las practicas restaurativas*. En Donna, Edgardo Alberto (Director), Ledesma, Ángela E. (Vicedirectora). *Nuevas Dimensiones del principio de legalidad en el proceso penal*. Justicia Restaurativa. (2019). Revista de Derecho Procesal Penal. pp. 91-103. Santa Fe. Ed. Rubinzal Culzoni.

Cornejo, Abel. (2016). *Defensa y Control de convencionalidad*. Santa Fe. Ed. Rubinzal – Culzoni.

Coussirat, Jorge. (2013). *Código Procesal Penal Comentado de la Provincia de Mendoza*. Tomos I y II. Buenos Aires. Ed. La Ley.



Da Silva Brandalise, Rodrigo & Fonseca Andrade, Mauro. (2019). *Justicia restaurativa como modalidad de consenso en el proceso penal*. En Donna, Edgardo Alberto (Director), Ledesma, Ángela E. (Vicedirectora). *Nuevas Dimensiones del principio de legalidad en el proceso penal*. Justicia Restaurativa. (2019). Revista de Derecho Procesal Penal. pp. 145-165. Santa Fe. Ed. Rubinzal Culzoni.

Dahlquist, Rosana Beatriz & Eschoyez, Silvina Andrea. (2013). *Desarrollo de los caracteres del sistema acusatorio. Los operadores del sistema en la vidriera y al desnudo*. eDial. DC1BE8.

De la Cuesta Aguado, Paz M. (2004). *El fundamento de la responsabilidad penal en las sociedades actuales*. En Zaffaroni, Raúl Eugenio (director) & Terragni, Marco Antonio (coord.). *El Derecho penal del Siglo XXI*. (pp. 921-939). Mendoza. Ediciones Jurídicas Cuyo.

De La Fuente, Gustavo A. (2014). *La actividad fiscal durante la instrucción. Rastros del sistema acusatorio*. En Zaffaroni, Eugenio Raúl (director). (2014). *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Año IV. Número 1. pp 133-140. Buenos Aires. Ed. La Ley.

Del Moral, Antonio. (2008). *Persona y Derecho. Derecho a un juicio público, libertad de información y derechos al honor ya la vida privada: relaciones, conflictos, interferencias*. ISSN 0211-4526 N° 58. Recuperado de: <https://core.ac.uk/download/pdf/324046185.pdf>.

De Luca, Javier Augusto. (2016). *Principio de oportunidad en el ejercicio de las acciones penales. Su inclusión en el Código Penal*. En Ledesma, Ángela E. (Director), Lopardo, Mauro (Coord.). (2016). *El Debido proceso penal*. N° 2 pp 237-255. Buenos Aires. Ed. Hammurabi.

De Paoli, María Carolina. (2017). *La vital importancia del rol del juez en la etapa intermedia en el sistema acusatorio*. CABA. Ed. Fabián Di Plácido.

De Souza De Almeda, Débora. (2012). *Influjo de la opinión pública en la elaboración de políticas penales*. En Zaffaroni, Eugenio Raúl (director). (2012). *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Año II. Número 7 pp 90-97. Buenos Aires. Ed. La Ley.

Diccionario Enciclopédico Abreviado. (1940). Tomo III. Buenos Aires. Ed. Espalsa.

Diccionario del Psicoanálisis. (2004). 2° ed. Buenos Aires. Amorrortu Editores.

Diez, Lilia Noemí. (2018). *El derecho a un juicio justo*. Recuperado de: <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4932/Elderechoaunjuiciojusto.pdf?sequence=1&isAllowed>.

Dimas Agüero, Oscar. (2020). *El principio de oportunidad. Su recepción en el CPP de Mendoza. Generalidades*. En Dimas, Agüero. Paradigmas de la legislación procesal penal de Mendoza. pp. 97-120. Mendoza. Ed. ASC.

Dimas Agüero, Oscar. (2020). *Los criterios de oportunidad reglados por el CPP de Mendoza*. En Dimas, Agüero. Paradigmas de la legislación procesal penal de Mendoza. pp. 121-169. Mendoza. Ed. ASC.

Douglas Price, Jorge Eduardo. (2012). *La decisión judicial*. Santa Fe. Ed. Rubinzal – Culzoni.

Dubinski, Andrés M. (2012). El proceso de resolución de conflictos y juicio por jurados. En Zaffaroni, Eugenio Raúl (director). (2012). *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Año II. Número 9. pp 176-185. Buenos Aires. Ed. La Ley.

Dworkin, Ariel. (1984). *La justicia y los derechos*. En Dworkin, Ariel. Los Derechos en serio. pp. 234-275. Barcelona. Ed. Ariel Derecho.

Elosú Larumbe, Alfredo A. (2012). *El principio in dubio pro reo y su implementación en las distintas etapas del proceso penal*. En Zaffaroni, Eugenio Raúl (director). (2012). *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Año II. Número 8. pp 112-117. Buenos Aires. Ed. La Ley.

Ferrajoli, Luigi. (2012). *El constitucionalismo entre principios y reglas*. Universidad de Alicante. Doxa. N° 35. doi:10.14198. Recuperado de: <https://doxa.ua.es/article/view/2012-n35-el-constitucionalismo-entre-principios-y-reglas>

Ferrajoli, Luigi. (2012). *El principio de lesividad como garantía penal*. En Zaffaroni, Eugenio Raúl (director). (2012). *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Año II. Número 8. pp 3-11. Buenos Aires. Ed. La Ley.

Ferrajoli, Luigi. (1995). *Derecho y razón*. Madrid. Ed. Trotta.

Figari, Rubén E. (2012). *El principio de oportunidad y la futura reforma penal*. En Zaffaroni, Eugenio Raúl (director). (2012). *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Año II. Número 10. pp 179-193. Buenos Aires. Ed. La Ley.

Fiorenza, Alejandro Alberto. (2019). *La verdad en el proceso*. Buenos Aires. Ed. Astrea.
Gelli, María Angélica. (2005). *Constitución de la Nación Argentina, comentada y anotada*. Tomo I y II. 4° ed. Buenos Aires. Ed. La Ley.

Gerez Ambertín, Marta (compiladora). (2011). *Culpa, Responsabilidad y Castigo. En el discurso jurídico y psicoanalítico*. Volumen I. 3° ed. Buenos Aires. Ed. Letra Viva.

Gerez Ambertín, Marta (compiladora). (2004). *Culpa, Responsabilidad y Castigo. En el discurso jurídico y psicoanalítico*. Volumen II. 1° ed. Buenos Aires. Ed. Letra Viva.

Gerez Ambertín, Marta (compiladora). (2009). *Culpa, Responsabilidad y Castigo. En el discurso jurídico y psicoanalítico*. Volumen III. 1° ed. Buenos Aires. Ed. Letra Viva.

Gerez Ambertín, Marta (compiladora). (2012). *Culpa, Responsabilidad y Castigo. En el discurso jurídico y psicoanalítico*. Volumen IV. 1° ed. Buenos Aires. Ed. Letra Viva.

Grieco, Tomas. (2015). *Efectos subjetivos de la ausencia de sanción jurídica por el acto homicida en Louis Althusser*. Perspectivas en Psicología. Dialnet. Vol. 12 N° 1. Recuperado de: <http://rpsico.mdp.edu.ar/handle/123456789/310>.

Grieco, Tomas & Muñoz, Pablo D. (2014). *L. Althusser. Responsabilidad*. Anuario de Investigaciones. Universidad de Buenos Aires. Vol. XXI. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/3691/369139994046.pdf>.

Guzmán, Leandro. (2013). *Derecho a una sentencia motivada*. Buenos Aires. Ed. Astrea.

Guzmán, Nicolás. (2017). *Deontología del Fiscal en el Nuevo Código Procesal Penal*. *Revista de Derecho Procesal Penal*. RC D 1083/2017. Recuperado de: <https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opac-detail.pl?id1=29375&id2=30399>.

Hernández Molina, Alfonso. (2002). *Rivacoba. Cuatro lecciones en torno al derecho penal*. En Zaffaroni, Raúl Eugenio (director) & Terragni, Marco Antonio (coord.). *El Derecho penal del Siglo XXI*. pp. 67-85. Mendoza. Ediciones Jurídicas Cuyo.



Holt Correa, Emilia Jocelyn. (2013). *Jurídicamente Literario*. Revista de Derecho y Humanidades. ISSN 0716-9825 N° 22. Recuperado de: <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/41483>.

Ibáñez, Perfecto Andrés. (2015). *Tercero en Discordia*. España. Ed. Trotta.

Ibáñez, Perfecto Andrés. (2013). *Jurisdicción y Estado Constitucional en Luis Ferrajoli*. Dialnet. (XXIX) ISSN: 0518-0872. Recuperado de: [Dialnet-JurisdiccionYEstadoConstitucionalEnLuigiFerrajoli-4550327%20\(5\).pdf](#).

Jauchen, Eduardo M. (2015). *Proceso Penal Sistema Acusatorio Adversarial*. Santa Fe. Ed. Rubinzal-Culzoni.

Jauchen, Eduardo M. (2014). *Derechos del Imputado*. Buenos Aires. Ed. Rubinzal-Culzoni.

Langevin, Julián Horacio. (2012). *El Derecho del Imputado a estar presente en su propio juicio*. Ed. Rubinzal Culzoni. RC D 390/2012.

Lemon, Alfredo. (1996). *El preámbulo de la Constitución*. Córdoba. Ed. Marcos Lerner.

Llera, Carlos Enrique. (2013). *Doble conforme, ultra garantía judicial del imputado en el proceso penal*. En Zaffaroni, Eugenio Raúl (director). (2013). *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Año III. Número 3. pp 167-177. Buenos Aires. Ed. La Ley.

Lopardo, Mauro. (2016). *Entrevista a Pedro J. Bertolino. Debido Proceso penal como una salida garantizadora*. En Ledesma, Ángela E. (Director), Lopardo, Mauro (Coord.). (2016). *El Debido proceso penal*. N° 2. pp 307-311. Buenos Aires. Ed. Hammurabi.

López Lo Curto, Luis. (2019). *Entrevista a Perfecto Andrés Ibáñez. Las funciones del juez y sus valores*. En Ledesma, Ángela E. (Director), Lopardo, Mauro (Coord.). (2019). *El Debido proceso penal*. N° 7. pp 289-296. Buenos Aires. Ed. Hammurabi.

Lucero, Inés. (2016). *Las dilaciones indebidas y el abuso de derechos en el proceso penal a la luz de la normativa supranacional*. En Cafferata Nores, José I. (compilador). *Proceso Penal y Constitución*. pp. 71-91. Córdoba. Ed. Advocatus.

Maier, Julio B. J. (1999). *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*. Tomo I. Recuperado de: https://issuu.com/osmarbaez/docs/julio_b._maier-_derecho_procesal_penal.

Maier, Julio B. J. (2005). *¿Es la reparación una tercera vía del derecho penal?* En Zaffaroni, Raúl Eugenio (director) & Terragni, Marco Antonio (coord.). *El Derecho penal del Siglo XXI*. pp. 349-366. Mendoza. Ediciones Jurídicas Cuyo.

Maier, Julio B. J. (2005). *¿Es la reparación una tercera vía del derecho penal?* En Zaffaroni, Raúl Eugenio (director) & Terragni, Marco Antonio (coord.). *El Derecho penal del Siglo XXI*. pp. 349-366. Mendoza. Ediciones Jurídicas Cuyo.

Malbernat, Matías. (2012). *Ministerio Público Fiscal. Análisis comparado. Argentina, provincia de Buenos Aires y Gran Bretaña*. En Zaffaroni, Eugenio Raúl (director). (2012). *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Año II. Número 11. pp 109-118. Buenos Aires. Ed. La Ley.

Manchini, Héctor. (2012). *Suspensión del juicio a prueba y oposición fiscal*. En Zaffaroni, Eugenio Raúl (director). (2012). *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Año II. Número 7 pp 227-234. Buenos Aires. Ed. La Ley.

Marull, Francisco. (2016). *La etapa intermedia en los nuevos sistemas adversariales*. En Morello, Augusto Mario. (2018). *El Derecho a una rápida y eficaz decisión judicial*. ED 80-746. Recuperado de: <http://eco.unne.edu.ar/revista/01/05.pdf>.

Merino Sancho, Víctor Manuel. (2010). *Estado de derecho y decisiones judiciales*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. N° 14. ISSN: 1138-9877. Recuperado de: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/214/238>

Munilla Lacasa, Hernán. (2013). *Insignificancia y Derecho Penal*. En Zaffaroni, Eugenio Raúl (director). (2013). *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Año III. Número 1. pp 60- 76. Buenos Aires. Ed. La Ley.

Nieto Martín, Adán. (2014). *Derecho Penal y Constitución en la era del Global Law*. En Zaffaroni, Eugenio Raúl (director). (2014). *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Año IV. Número 1. pp 3-20. Buenos Aires. Ed. La Ley.

Nicolás, Maximiliano E. (2013). *Criminalización mediática y su impacto en el derecho penal actual*. En Zaffaroni, Eugenio Raúl (director). (2013). *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Año III. Número 4. pp 103-117. Buenos Aires. Ed. La Ley.

Nino, Carlos Santiago. (2003). *Introducción al análisis del derecho*. 2° ed. Buenos Aires. Ed. Astrea.

Noya Riobó, José Antonio. (2019). *Crisis de legalidad del proceso penal y su instrumentalización en el nuevo Código Procesal Penal Federal*. En Donna, Edgardo Alberto (Director), Ledesma, Ángela E. (Vicedirectora). *Crisis de legalidad en el proceso penal*. (2019). *Revista de Derecho Procesal Penal*. pp. 203-222. Santa Fe. Ed. Rubinzal Culzoni.

Orler, José. (2013). *Crítica Jurídica. El proceso judicial según Luis Borges*. *Revista Latinoamericana de política, filosofía y derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México. N° 35. Recuperado de: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rcj/articulo/view/40805>.

Onfray Vivanco, Arturo Felipe. (2003). *Aportes de "justicia poética" de Martha Nussbaum al movimiento "derecho y literatura"*. Recuperado de: www.researchgate.net/publication/331745370_aportes_de_justicia_poetica_de_martha_nussbaum_al_movimiento_derecho_y_literatura.

Oroño, Néstor A. (2013). *Situación del imputado ante el dictado del auto de falta de mérito en el Código Procesal Penal de la Nación*. En Zaffaroni, Eugenio Raúl (director). (2013). *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Año III. Número 2. pp 125-129. Buenos Aires. Ed. La Ley.

Oroño, Néstor A. (2012). *Momento en que se adquiere la calidad de imputado. Derecho al sobreseimiento*. . En Zaffaroni, Eugenio Raúl (director). (2012). *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Año II. Número 3 pp 183-192. Buenos Aires. Ed. La Ley.

Ossorio, Manuel. (2015). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. 41 ° ed. Buenos Aires. Ed. Heliasta.

Palermo, Pablo Galain. (2020). *La justicia restaurativa en el Río de la Plata. La necesaria ampliación de los límites de su aplicación*. En Donna, Edgardo Alberto (Director), Ledesma, Ángela E. (Vicedirectora). *Nuevas Dimensiones del principio de legalidad en el proceso penal. Justicia Restaurativa*. (2019). *Revista de Derecho Procesal Penal*. pp.167-180. Santa Fe. Ed. Rubinzal Culzoni.

Pascua, Francisco Javier. (2009). *Institutos de Derecho Procesal Penal*. Mendoza. Ed. Universidad del Aconcagua.



Pessoa, Nelson R. (2019). Iura Novit Curia y el objeto del proceso penal. En Ledesma, Ángela E. (Director), Lopardo, Mauro (Coord.). (2019). *El Debido proceso penal*. N° 8. pp 21-36. Buenos Aires. Ed. Hammurabi.

Ponce, Carlos J. (1942). *Historia del Procedimiento Penal de Mendoza*. Mendoza. Best Hermanos.

Prats Barbieri, Tomas. (2015). *Algunos problemas en torno al recurso como garantía y el sistema impugnativo bilateral*. En Pitlevnik, Leonardo G. (2014). *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Tomo 18. pp 157-191. Buenos Aires.

Pozuelo Pérez, Laura. (2013). *La política criminal mediática*. Buenos Aires. Ed. Marcial Pons.

Richiello, Ricardo Antonio. (2013). *Derecho de Defensa en juicio*. Revista de Derecho Procesal Penal. Tomo 1. Ed Rubinzal Culzoni. RC D 210/2013.

Rodríguez Vega, Manuel. (2013). *Sistema acusatorio de justicia penal y principio de obligatoriedad de la acción penal*. Revista de Derecho de la Universidad de Valparaíso. N° 40. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-68512013000100020&lng=es&nrm=iso

Puccinelli, Claudio. (2013). *Interacciones entre las legitimaciones de la víctima y del actor penal público y el derecho del imputado a enfrentar una acusación*. En Zaffaroni, Eugenio Raúl (director). (2013). *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Año III. Número 2. pp 185-198. Buenos Aires. Ed. La Ley.

Salido, María Belén. (2016). *El juicio oral, público y contradictorio: realidad y perspectivas*. Revista de Derecho Procesal Penal. RC D 1296/2017

Sánchez Ostiz, Pablo. (2006). *Recensión a Klaus Günter, Schuld and Kommunikative Freiheit*. InDret 359. Recuperado de: https://dun.unav.edu/bitstream/10171/13713/1/pso_recension_a_klaus_gunther.pdf.

Schmidt, Eberhard. (2006). *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*. Córdoba. Ed. Lerner

Sosa Arditi Luis Agüero. (2000). *Ley 6730 – Código Procesal Penal Comentado*. Mendoza. Ediciones Jurídicas Cuyo.

Terragni, Marco Antonio. (2014). *Federalismo y sistema penal*. En Zaffaroni, Eugenio Raúl (director). (2014). *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Año IV. Número 5. pp 141-148. Buenos Aires. Ed. La Ley.

Terragni, Marco Antonio. (2005). *Ciencias Penales Contemporáneas*. *Revista de Derecho Penal Procesal Penal y Criminología*. Año 4. Número 7/8. Mendoza. Ediciones Jurídicas Cuyo.

Toledo, Sebastián. (2006). *Sobre la Jurisdicción Constitucional en Argentina*. Recuperado de: <http://www.circulodoxa.org/documentos/Sebasti%C3%A1nToledo-Sobrelajurisdicci%C3%B3nconstitucionalenArgentina.pdf>.

Vélez Mariconde, Alfredo. (1956). *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Córdoba. Ed. Universidad Nacional de Córdoba.

Vergara Luque, José A. (2005). *Imputabilidad en el derecho penal argentino*. En Zaffaroni, Raúl Eugenio (director) & Terragni, Marco Antonio (coord.). *El Derecho penal del Siglo XXI*. (pp. 67-85). Mendoza. Ediciones Jurídicas Cuyo.

Vigo, Rodolfo Luis. (2004). *Interpretación constitucional*. 2° ed. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot.