

Título: "Probation" y principio de legalidad procesal en la Provincia de Tierra del Fuego

Autor: Muchnik, Javier Darío

Publicado en: LLPatagonia. 2007 (diciembre), 01/01/2007, 1298

Cita: TR LALEY AR/DOC/2943/2007

Sumario: **SUMARIO: I. Introducción.— II. Los criterios jurisdiccionales.— III. El principio de legalidad procesal frente al principio de oportunidad.— IV. A modo de conclusiones.**

I. Introducción

En lo que sigue, me propongo abordar o describir alguno de los criterios jurisdiccionales que se han manifestado en la Provincia, para la procedencia de la denominada probation, con el objeto de ver si resulta posible desde una visión previa, pronosticar si determinado caso o supuesto puede ser pasible de ser incluido como presupuesto de un pedido de suspensión del proceso a prueba. Asimismo, esbozar una opinión sobre el alcance del principio de legalidad procesal, a fin de apreciar si su conceptualización tradicional afecta de algún modo el ámbito discrecional de las provincias para proyectar alternativas para la solución de conflictos penales, aceptando para ello que la probation constituye una modalidad apta para dicho fin.

II. Los criterios jurisdiccionales

Y en este aspecto debo hacer una referencia ineludible al precedente "Mayorga" del S.T.J, fallado en el mes de octubre del año 2003.

Dicho caso fue construido sobre la base de un tipo penal cuya pena máxima superaba los tres años de prisión (robo calificado). Y con ese marco punitivo de fondo fue posible que se instale en la Provincia la llamada "tesis amplia" que permite aceptar que el artículo 76 bis del código penal contempla más de un supuesto de admisibilidad para que el instituto de la suspensión del proceso a prueba pueda ser aplicado.

Por eso, porque con dicho precedente se amplió, de alguna manera, la gama de casos que podrían ya ser incluidos para que un planteo de suspensión del proceso a prueba sea aceptado, será importante fijar la mirada en los puntos de partida normativos que la Corte Provincial indicó para que los operadores del sistema analicen los casos a resolver. Considerando la vigencia del artículo 37 de la ley 110, que atribuye obligatoriedad a los alcances de los fallos del S.T.J en tanto interpreten el alcance de alguna ley.

Y en este aspecto se advierte que el alto Tribunal adscribió a una serie de conceptos que ya venían asentados pacíficamente por la dogmática penal, como el principio de ultima ratio y su derivado directo de intervención penal mínima; mencionó el rol que se le debe dar a la víctima de un delito, conforme con los postulados de la llamada "victimología", y también hizo referencia, con cita de abundante doctrina y jurisprudencia, a los objetivos de la denominada probation y su inserción en el proceso penal, como así también relevó en el mismo contexto a los fines de la pena, con lo que las posibilidades preventivas estuvieron presentes en la interpretación. Recuerdo que se dijo allí que la suspensión del proceso a prueba resultaba ser una herramienta eficaz de racionalización del proceso penal, que permitiría que queden dentro del sistema punitivo aquellos casos más graves o de mayor

significación social, extremo éste que en una comunidad, relativamente chica como la nuestra, podría resultar una circunstancia de fácil comprobación.

La apertura que con el referido precedente se imponía, no significó de todas maneras un prefacio para que cualquier proceso concluya en probation o que cualquier delito pueda ser su antecedente, ya que para los casos del cuarto párrafo del artículo 76 bis se dejó bien en claro que la posibilidad de avizorar una pena de cumplimiento en suspenso y la previa conformidad fiscal, resultaban dos requisitos fundamentales.

Y además se llamó a la prudencia y mesura de quienes deben analizar los casos que se presenten, valorando en cada uno de ellos: la entidad del bien jurídico afectado; el daño producido; las circunstancias concretas del caso y la actitud del imputado.

Finalmente se indicó que se estaba trabajando sobre una herramienta procesal que debía ser entendida como un modo eficaz para resolver un conflicto.

Entonces como podrá advertirse, con aquellos puntos de partida se estaban sentando las bases de una casuística que inexorablemente nos va a remitir a cada caso en particular para poder analizar si un planteo o pedido de probation puede ser no sólo admisible sino precedente.

Es decir, no puede a partir del caso "Mayorga", preverse de manera genérica o abstracta qué casos o conjunto de delitos van a poder finalizar con una probation, excepto por una cuestión objetiva y de relativa fácil constatación que es la posibilidad de una condena condicional, para los casos del cuarto párrafo del artículo 76 bis del código penal. Y aun así este solo extremo no autoriza sin más a que un pedido pueda resultar aceptado, ya que se deberá analizar la entidad del bien jurídico afectado; el daño causado y las circunstancias concretas del caso, donde deberá valorarse la actitud del imputado, teniendo como horizonte en el análisis la posibilidad de recomponer un conflicto donde debe darse cabida a la víctima, y donde los fines preventivos especiales y generales deben estar presentes a fin de evitar la existencia a futuro de condenas simbólicas o que resulten desfásadas para una adecuada resocialización. Este fue el bagaje de herramientas conceptuales con las que los operadores del sistema (jueces, fiscales, defensores, imputados y víctima) debieron enfrentar el análisis de los distintos supuestos que se irían planteando.

Y los casos comenzaron a llegar, en una importante cantidad, sobre todo para los jueces correccionales que cumplen funciones de jueces de ejecución y la Cámara de Apelaciones que hubo de intervenir en las apelaciones de unos y otros [\(1\)](#).

Entonces lo primero que se debió abordar, desde el análisis jurisdiccional, fue el llenado en cada caso concreto de aquellos postulados que correctamente a mi juicio fueron indicando el camino a recorrer.

Y para ello una cuestión que debía establecerse fue a que se estaba haciendo referencia con cada uno de dichos requisitos. Así, cuando se manda a relevar la entidad del bien jurídico atacado y el daño ocasionado, se está haciendo alusión a la naturaleza del hecho reprochado y cuando se indicó la actitud del imputado se aludió a su personalidad moral, no en términos de un individuo virtuoso en el sentido que deba ajustarse a los cánones de una moralidad

impecable, sino que se estaba haciendo referencia a los antecedentes penales del imputado y su evaluación psicológica. Esta pauta fue extraída justamente de otro precedente de nuestra Corte Provincial, el caso "Aravena" del año 2001 (cfr: "Aravena, Roberto Andrés - Sanchez, Cristina Natalia s/ lesiones", expte. N° 418/00 STJ-SR, 26/04/01, T° VII, F° 198/208), donde no obstante la tesis restringida imperante, se fijó el estándar, en sintonía con los presupuestos previstos en el artículo 26 del Código Penal.

Del mismo modo se indicó allí que debían analizarse en cada caso, la actitud posterior al delito y los motivos que lo habrían llevado a delinquir y todo ello fundamentalmente luego de una audiencia en la que el juez debe tomar conocimiento directo del imputado para poder acceder con el mejor marco posible de conocimiento a las inquietudes y necesidades, tanto de quien pide la suspensión del proceso a prueba, como de la víctima. Esto está previsto expresamente en nuestro ordenamiento procesal en el artículo 266.

También fue precisado que el dictamen fiscal vinculante, para los supuestos del cuarto párrafo, debía cumplir un mínimo de fundamentación que no sólo apunte a cuestiones genéricas de política criminal, sino que ajuste tales manifestaciones a las características particulares del caso concreto, a fin de evitar criterios abstractos que permitan su utilización indiscriminada en todos los casos donde determinado tipo penal esté implicado, (cfr: "Farfan, Dámaso s/ suspensión del juicio a prueba", expte 2385, 19/08/04, reg. N° 046, T° I F° 131/134, de la Sala Penal de la Cámara de Apelaciones de la Provincia). En este sentido no bastaba por ejemplo, hacer una referencia a los criterios que en el ámbito nacional se habían efectuado sobre los delitos cometidos con armas de fuego y la mayor vulneración al bien jurídico "seguridad pública" que importa el tipo penal previsto en el artículo 189 bis del código penal, si dicho delito, reprochado junto al de hurto y daños, en el caso particular había sido considerado previamente como atípico. E ahí un argumento que no se conectaba con el caso concreto.

Por otro lado sí se valoró aceptable que en un caso de estafas reiteradas, donde las víctimas habían sido pretensos aspirantes a obtener una vivienda y la autora era un particular que se ofrecía para gestionar ante un organismo de naturaleza pública la agilización del trámite, el argumento de la fiscalía en orden a que la modalidad del hecho y su concreta repercusión con más la actitud posterior al delito, no permitían un pronóstico favorable para la concesión de la probation, (cfr: "Iani, Claudia Patricia y Sanchez, Eduardo Alfredo s/ suspensión del juicio a prueba", expte: 2502, 11/05/05, reg. N° 014, T° I, F° 46/49, de la Sala Penal de la Cámara de Apelaciones de la Provincia).

De igual forma se especificó que la suspensión del proceso a prueba no podía ser utilizada como una suerte de puente de plata que permitiese "escapar" del proceso y perturbar un adecuado abordaje del hecho y sus implicancias. Y ello fue lo que se advirtió en un caso de abuso sexual infantil, donde sin perjuicio de que el marco punitivo en abstracto estaba permitiendo un pronóstico de pena en suspenso, las propias características del hecho, la fundada negativa del fiscal y de los progenitores de la víctima, como así mismo una adecuada subsunción del caso en los estándares aportados por los técnicos del fenómeno denominado A.S.I, y su adaptación armónica al caso concreto, estaban ya demostrando la conveniencia de

un juicio oral, como ámbito natural y mejor preparado para la discusión y debate del caso. Dicho caso culminó con una condena por una calificación legal más gravosa que la analizada cuando el pedido fue formulado (cfr: "Ibalo, Antonio Andrés s/ suspensión del juicio a prueba", expte 2493, 29/03/05, reg: 06, T° I, F° 11/16, de la Sala Penal de la Cámara de Apelaciones de la Provincia).

La circunstancia de interpretar a la suspensión del proceso a prueba como un instituto que valora o tiene en cuenta una favorable expectativa de reeducación para el probado, sin necesidad, para el caso concreto, de imposición de una pena privativa de la libertad que por su muy corta duración esté indicando un mayor riesgo de desocialización, fue lo que permitió que en los supuestos del primero de los párrafos del artículo 76 bis, supuestos de delitos correccionales, sea admisible el pedido, no pudiéndoselo negar derechamente por la aislada posibilidad de avizorar una pena de prisión efectiva de corta duración. En este sentido la propia redacción del párrafo en cuestión que utilizó el término "reclusión" (para el que no resulta procedente una pena en suspenso), contribuyó a aceptar el criterio. Es decir que sin perjuicio de que el caso podría no resultar aceptado para la probation, teniendo en cuenta los puntos normativos a valorar, se estableció que por la sola expectativa de pena efectiva no podía sin más rechazarse el pedido. En el caso la persona contaba con una previa condena en suspenso y durante el período de prueba había cometido el delito de tentativa de hurto en un supermercado, (cfr: "Chumbita, Ivana-Torrico Ampuero, Carolina s/ suspensión del juicio a prueba", expte: 2419, 18/02/05, reg: N° 010, T° I, F° 22/25, de la Sala Penal de la Cámara de Apelaciones de la Provincia).

También quedó jurisprudencialmente señalado que en los supuestos del séptimo párrafo del artículo 76 bis, los funcionarios públicos imputados de cometer delitos en el ejercicio del cargo o función, no contaban con presupuesto legal para plantear el pedido, relevándose la circunstancia de estar frente a delitos especiales que ostentan como núcleo la infracción de un deber, en los términos acuñados por Roxin. Se descartó la inconstitucionalidad de la ley, por una aparente contradicción con el principio de igualdad (art. 16 C.N.), en tanto la categoría "funcionario o empleado público" que comete delitos en el ejercicio u ocasión del cargo ya está generando una diferenciación que legítimamente el legislador había valorado, considerando para ello el grado de compromiso y exigibilidad que se requiere de quien desempeñando un cargo público defrauda las expectativas lesionando un bien jurídico que debe proteger. Además esto resulta coherente con la manda constitucional que en nuestro medio determina que la ley asegurara el juicio oral y público en aquellas causas en las que el sujeto activo fuese funcionario público, (cfr: "Dume, Marisa Luz s/ suspensión del juicio a prueba", expte 2490, 04/08/05, reg: 022, T° I, F° 94/96, de la Sala Penal de la Cámara de Apelaciones de la Provincia) (2).

Una cuestión que no ha resultado del todo clara, es el momento hasta el cual resulta posible formular el pedido. En rigor se han presentado supuestos en los que, luego de haberse elevado la causa a juicio, se formuló ante el juez competente,- que en nuestro medio resulta ser quien cumple las funciones de ejecución penal- la suspensión del proceso a prueba, trámite éste que en general no resulta ágil teniendo en cuenta los tópicos a analizar, la

necesidad de contar con distintos elementos de convicción y finalmente una audiencia de conocimiento, con la posterior posibilidad de plantear el recurso de apelación y eventualmente el recurso de casación ante el S.T.J. Y todo ello sin que se paralice el trámite de la causa ante el Tribunal de Juicio, quien contando con el resguardo de la jurisprudencia del S.T.J puede avanzar en la prosecución del debate, ante la posibilidad quizás de una eventual prescripción (3), teniendo en cuenta el tiempo transcurrido tanto en la causa principal como el que insumirá la resolución de la probation. Entonces como podrá advertirse, podría darse el supuesto de pronunciamientos judiciales encontrados, si al momento de dictarse la sentencia del caso, se hubiese aceptado la suspensión del proceso. Es más, se han planteado pedidos de probation en los mismos alegatos formulados en el debate oral, a partir de un cambio en el encuadre legal del hecho propiciado desde el alegato de la parte acusadora.

Entiendo que en aras de una aplicación razonable del instituto, señalada la fecha para el debate oral y público y en tanto el pedido podía haberse efectuado con anterioridad por permitirlo la calificación legal que hasta ese momento se hubiese señalado, podría valorarse su extemporaneidad (4). Algunos motivos que podrían contribuir a sostener esto estarían dados por que por un lado, si bien la formulación del planteo por parte del imputado debe ir acompañado de un adecuado ofrecimiento para reparar el daño causado y ello no significa que deba reconocer expresamente su culpabilidad, lo cierto es que efectuado el planteo en los días previos a un debate o aun al final de éste y en tanto no se adviertan obstáculos para que ello hubiese podido ser planteado con anterioridad, evidentemente la posición de la defensa se estaría debilitando. Además si bien la directiva que surge del artículo 151 de la Constitución Provincial, que textualmente dice: "...la ley asegurará el juzgamiento en instancia única, oral y pública en las causas penales en las que se juzguen delitos para los cuales se encuentre prevista pena privativa de la libertad cuyo máximo supere los seis años, en las que los procesados fueren funcionarios públicos, en las que se investiguen delitos contra el patrimonio, la administración y la fe pública provincial o municipal, cualquiera sea la pena prevista para sancionarlos, y en las demás causas que determine la ley", no debería ser interpretada porque en esos supuestos el desarrollo del juicio oral resulte inexorable, ya que una tal extrema posición no permitiría siquiera analizar formas conclusivas del proceso durante la etapa de instrucción, sí podría entenderse que una vez que el proceso hubiese alcanzado tal estadio de evolución que sólo reste efectuar efectivamente el debate oral, pues éste deberá realizarse, si el caso puede ser pasible de ser subsumido en alguno de dichos supuestos.

Seguramente los defensores opondrán el argumento de que el código penal no estableció ningún límite expreso para fijar el momento hasta el cuál se pueda pedir una probation y ello evidentemente es así, pero si de lo que se trata es de utilizar racionalmente una herramienta para resolver un conflicto que en el fondo no abarca situaciones de mayor gravedad o alarma social, recreando un ámbito propicio para escuchar a la víctima y pacificar la situación, para que el sistema judicial pueda dirigir sus esfuerzos a resolver los casos más complejos, no parece muy adecuado para una correcta administración del caso que mientras se esté celebrando el debate, en otro ámbito judicial se esté analizando la admisibilidad de la

probation, máxime en hechos cometidos por una pluralidad de partícipes y sólo uno o algunos estén pidiendo la suspensión del proceso. Evidentemente el desgaste jurisdiccional que ello podría traer aparejado estaría atentando contra el objetivo de eficacia y economía procesal que se tuvo en miras para la regulación de la probation, desde una interpretación teleológica si se quiere. Al finalizar la etapa intermedia del proceso ya el objeto procesal adquiere matices más concretos que seguramente permitirán analizar la conveniencia o no de pedir la suspensión del proceso, luego de ello citadas las partes para que comparezcan y ofrezcan prueba y fijada la fecha para el debate parecería que lo más razonable, incluso para la misma víctima, es ir al juicio. Quizás en el marco de una reforma procesal penal ello pueda fijarse en alguna etapa del proceso que evite la actuación simultánea de dos tribunales analizando o puestos a analizar desde distintos ángulos el mismo hecho y proceso.

Y esto último quizás esté rozando un tema que me parece de trascendental importancia y es la cuestión de las facultades de las provincias para legislar sobre situaciones que pudiera afectar a la vigencia de la acción penal.

III. El Principio de legalidad procesal frente al principio de oportunidad()**

El tema fue expresamente abordado a partir de una pregunta formulada por un asistente al panel sobre mediación. La respuesta tuvo un marcado tinte simplista que podría construirse así: Se trata de una cuestión anacrónica puesto que en aquellos lugares donde se implementó la mediación no se produjeron planteos sobre el tópico. Es decir que como no hubo cuestionamientos no vale la pena seguir reflexionando sobre las facultades de las provincias para introducir criterios de oportunidad, por ejemplo, delegando una actuación judicial a una instancia mediadora que, exitosa, permita archivar la causa, previa extinción de la acción. Entiendo que aun cuando sea correcta la afirmación, en orden a la ausencia de cuestionamientos y la concreta existencia de ordenamientos procesales que expresamente legislaron sobre criterios de oportunidad, instaurando ámbitos de mediación para cuestiones penales, la inexistencia en nuestra provincia de dichas herramientas procesales, adunado a la fuerte impronta que se le está dando a la temática, indica que, cuanto menos, era dable aportar argumentos que por sí mismos estén justificando y autorizando una tal modificación al código procesal penal de la Provincia. En tal sentido era de esperar una respuesta más esforzada.

No se trata entonces de desvalorar la utilización de la mediación o de descartarla de plano, como alguna mirada superficial parece atribuirme, cada vez que surge el tema del marco normativo. Ya desde el año 2004 vengo sosteniendo la conveniencia de que se implementen criterios de oportunidad y mediación penal que, junto a la probation amplia, resulten las escalas previas y necesarias de valoración antes de analizar la pena privativa de libertad (5). Se trata de aportar argumentos que permitan construir un sistema que de respuesta a una problemática que parece ya superada, justamente por quienes sostienen el carácter sustantivo de la viabilidad de la acción penal. Es que pareciera que todo lo que tenga relación con ello resulta resorte privativo del Poder Legislativo Nacional y así, no podrían las provincias regular situaciones de oportunidad, entre las que cabe considerar a la mediación penal (salvo claro está que no se hubiese iniciado la instrucción y aun así restaría analizar si el

conocimiento por parte de un Fiscal o personal policial sobre un hecho delictivo, importe su necesaria promoción) [\(6\)](#).

El principio de legalidad procesal conforme al cuál deben investigarse la totalidad de conductas delictivas que aparezcan cometidas, encuentra apoyatura legal en el artículo 71 del Código Penal, consagrándose como un deber jurídico ineludible para el Ministerio Público Fiscal y consecuentemente el órgano jurisdiccional, condicionado inclusive con un fuerte mensaje amenazante previsto en el artículo 274 del Código Penal, en tanto sugiere la pena de inhabilitación absoluta del funcionario competente que dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes.

No obstante este aparente "pétreo" punto de partida, es dable advertir una serie de manifestaciones legislativas que permiten aminorar sus efectos totalizadores, que han consagrado una suerte de criterios de oportunidad, fundados en razones de eficacia en la investigación de distintas conductas delictivas, respondiendo a razones de política criminal. Así por ejemplo pueden ser citadas las siguientes leyes: 23.737 (art. 18); 24.316-suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis y sgtes); 23.077 (art. 14), para el partícipe de algún atentado contra la seguridad de la Nación que lo denuncie antes de consumarlo o si después de hacerlo facilita el arresto de los cómplices; 24.769-penal tributaria, que prevé la extinción de la acción penal mediando el pago de la pretensión fiscal; 25.087-delitos contra la integridad sexual-, con la figura del avenimiento, como modalidad que permite la extinción de la acción penal; 25.241 (arts. 2 y 3), que contemplan la disminución de la escala penal en hechos de terrorismo; 24.424 (art. 5), donde se consagran beneficios "premiales" para el delator en la ley 23.737 (Adla, XLIX-D, 3692; LIV-B, 1400; XLIV-C, 2535; LVII-A, 55; LIX-B, 1484; la-a, 27).

Si bien y en rigor podría cuestionarse que en dichas leyes se esté en presencia, en todos los casos, de verdaderos criterios de oportunidad, sí puede aceptarse que constituyen legítimos esfuerzos en pos de efectivizar la lucha contra una particular delincuencia, cuyos nocivos efectos hacia el cuerpo social reclaman adecuadas respuestas legislativas que permitan aportar herramientas para su investigación y castigo. En este sentido autores como Maier han encontrado en el cumplimiento de la obligación tributaria o previsional omitida, una reparación como tercera vía del derecho penal [\(7\)](#), y en el caso del artículo 29 de la ley 23.737, Falcone y Caparelli han visto, en la colaboración permitida por la norma una excusa absolutoria [\(8\)](#). Por su parte Cafferata Nores denomina estas situaciones como "criterios de oportunidad expresos"[\(9\)](#). Más allá de la cuestión terminológica y sus implicancias dogmáticas, lo concreto es que dichas manifestaciones legislativas permiten afirmar que nuestro derecho penal no es retribucionista y las excepciones al principio de legalidad procesal, que permiten atenuar su aparente sustento determinista, constituyen verdaderos intentos político-criminales, orientados en criterios preventivos que cuestionan muy fuertemente aquella visión realizadora de la justicia, que las teorías absolutas de la pena le asignaron.

Complementando al artículo 71 del Código Penal, nuestro ordenamiento procesal penal claramente atribuyó al Ministerio Público Fiscal el ejercicio de la acción penal, estableciendo

que su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley (art. 2). Entonces, como podrá advertirse, la piedra de toque para esta cuestión radica en establecer si aquellas leyes que pueden autorizar la disponibilidad de la acción penal resultan competencialmente facultad del Congreso Nacional o pueden las provincias incorporar a sus regímenes procesales criterios de oportunidad.

Si bien no se me escapa el criterio según el cual lo atinente al régimen de la extinción de la acción penal sería materia de derecho sustancial y que se incluye en el concepto "Ley Penal", conforme lo sostuvo la C.S.J.N. en "Mirás" o "Arancibia Clavel", y entonces no podrían las provincias regular procesalmente nada que pueda afectar o perturbar la vigencia de la acción penal y la probation- cuya consecuencia final si todo sale bien, es justamente la extinción de la acción penal,- resulta un buen ejemplo en cuanto fue el legislador nacional el encargado de fijar los casos de admisibilidad y las condiciones en las que se sujeta la extinción de la acción, me parece que la ausencia aun de una adecuada regulación del principio de oportunidad y al no contar, por el momento, con una ámbito donde en instancia mediadora pudieran abordarse los casos penales, son extremos que seguramente han sobreestimado el marco de actuación de la suspensión del proceso a prueba.

Entiendo que, siguiendo a Cafferata Nores [\(10\)](#), el principio de legalidad procesal no encuentra fundamento constitucional alguno y entonces la obligatoriedad en la persecución penal no sería una exigencia constitucionalmente indicada y sólo se trataría de una exigencia prevista en el artículo 71 del código penal que podría tener su ingerencia directa en los ámbitos jurisdiccionales nacionales o federales. Si esto es así y se permite a las provincias lo atinente a la regulación de su administración de justicia de acuerdo a sus propias realidades socioculturales, como facultades no delegadas a la nación en el modelo constitucional vigente, entonces la posibilidad de incluir procesalmente criterios de oportunidad, estaría ya limitando aquellos casos que lograron pasar por esa suerte de filtro y así dejar que la probation actúe como una real y verdadera alternativa a la pena privativa de la libertad en pos de lograr alcanzar más eficazmente el postulado constitucional de la resocialización.

Es que debe aceptarse que el principio de igualdad ante la ley (art. 16 CN), no puede obstaculizar el diseño provincial de criterios de oportunidad. La imposibilidad de legislar sobre ello, podría importar la necesidad de declarar su inconstitucionalidad, si se advierte que la titularidad del ius persecuendi es una facultad no delegada al gobierno federal (art. 121 CN) y esencial para que las provincias puedan asegurar su administración de justicia, conforme a la garantía prevista en el artículo 5 de la Constitución Nacional que permite legítimamente sostener sus autonomías como Estados Provinciales. Es que si la materia procesal pertenece al Estado local por expreso reconocimiento del inciso 12 del artículo 75 de la Carta Magna, no parece posible que el régimen de las acciones, aquel en que se apoya sustancialmente el propio sistema adjetivo, sea negado a las provincias y supeditado la eficacia de su organización judicial a la voluntad del estado central. Bajo estos lineamientos entonces, la letra del artículo 71 del Código Penal, sólo tendría efectos limitadores para el estricto ámbito de los delitos federales. Y su eventual aplicación a los ámbitos provinciales podría justificar su deslegitimación interna, en términos de validez constitucional [\(11\)](#).

Asimismo, teniendo en cuenta las posibilidades otorgadas a la parte querellante, quien podría en soledad avanzar hasta la etapa del debate y pedir pena, habilitando al Tribunal a analizar una eventual condena (12), puede cuestionarse la absoluta disponibilidad de la acción penal en manos exclusivas del fiscal y así aceptar que por allí se estarían infiltrando situaciones en donde ya no podría seguir manteniendo validez el determinismo signado por el artículo 2 del Código Procesal Penal. Si ello es aceptable para la víctima, podría serlo para las legislaturas locales quienes estarían legitimadas para reglamentar sobre dicha opción, dándole al mencionado sujeto procesal la posibilidad concreta de resolver su conflicto por una vía alternativa (13).

Además, puede admitirse que asiste razón a Binder, cuando echando mano del principio acusatorio avizora conflictos locales, en tanto las provincias se verían seriamente limitadas si, al tiempo que consagran las atribuciones del Ministerio Público Fiscal, se ven impedidas de introducir criterios de oportunidad en la misma línea.

Que el principio acusatorio parece haber desembarcado definitivamente en la concepción jurisdiccional de las máximas instancias de conocimiento tanto Nacional como Provincial, parece una cuestión evidente (14). En efecto, tanto desde el precedente "Casal" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que se inscribe en la misma línea del precedente "Quiroga", como en el caso "Auguste" del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego A.e.I.A.S, se ha enviado un fuerte mensaje normativo en orden a buscar pautas de interpretación que permitan hacer más asequible la garantía constitucional del juicio previo, como ámbito donde deben respetarse sin márgenes, las instancias de acusación, defensa, prueba y sentencia, antes del dictado de una sentencia de condena emanada de un tribunal independiente e imparcial (15).

Varias Provincias ya han introducido en sus legislaciones procesales, criterios de oportunidad y mediación penal (vg. Río Negro; Neuquén; Chaco; Buenos Aires), ello obedece a la necesidad estadual de aprehender de la mejor manera posible su organización judicial, vinculando quizás el ejercicio de la acción con el derecho subjetivo lesionado, en los casos donde la víctima del delito esté presente. En este aspecto una discusión que parece superada entre los administrativistas, respecto al contenido abstracto o concreto de la acción, parece aún perdurar en el marco del proceso penal. Si la acción se desentiende y prescinde de todo contenido atinente a algún derecho subjetivo, al modo en que lo entendían los antiguos publicistas, de los que da cuenta Alsina en su Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, o si en cambio tiene un contenido concreto en el cual el derecho subjetivo reclama ser atendido, resultan cuestiones que deberían ser asumidas, según lo veo, antes de tomar partido por alguna de las tesis en pugna. Así no se trataría de oponer: Oportunidad vs. Legalidad. Y sólo sería así de adscribirse a la postura abstracta de la acción, en cuyo contexto los partidarios de la competencia Nacional para reglar el contenido y alcance de la acción seguramente encontrarán un adecuado marco valorativo.

En cambio, para los que entendemos que el derecho procesal penal constituye una herramienta apta e imprescindible para la realización del derecho penal, con un contenido concreto, que para esta materia estaría conformado por la tutela de bienes jurídicos y el

restablecimiento de la paz ciudadana cuando ésta se vea afectada, la competencia provincial para la introducción de criterios reglados de oportunidad, no importaría conflicto constitucional alguno, en tanto ambas situaciones, oportunidad y legalidad, se complementarían armónicamente.

Es que el propio régimen federal, consustancial con las autonomías provinciales está ya históricamente permitiendo el soberano análisis de las particulares circunstancias que las conforman. Permitir así que éstas dicten sus propios códigos de forma, dando respuesta al postulado constitucional de la tutela judicial efectiva, y al mismo tiempo no permitir que se organicen sus instancias jurisdiccionales, acorde con ese mandato, resultaría una contradicción en los términos.

En el marco de la garantía a la tutela judicial efectiva, se está amparando el derecho a obtener una sentencia justa, y ello es una obligación asumida por el Estado Nacional y por los Estados Provinciales. Y si a ella puede arribarse permitiendo un sistema que "despeje" aquellos casos que podrían encontrar un mejor ámbito de solución, dejando para el jurisdiccional toda la atención puesta en los de mayor relevancia y consideración social, entonces impedirlo haciéndolo tributario de una competencia nacional, significaría obstaculizar las propias bases donde se sustenta su autonomía: la administración de justicia.

No permitir a las provincias que regulen criterios de oportunidad y métodos alternativos para resolver sus conflictos penales, sería una manera sesgada de no dejar resolver la problemática de la llamada "cifra negra", ante un ciego requisito impracticable de que todo debe investigarse y resolverse jurisdiccionalmente. La introducción de criterios de oportunidad no desmerece el principio de legalidad procesal, sólo permite prescindir de la investigación, del proceso y de una eventual pena, ante la inocuidad penal del hecho. No se trata de establecer que de un lado del río un delito puede resultar perseguible y del otro no. Puede ser que en ambos lados o en uno solo, la significación jurídico-penal que haya tenido esté simbolizando la prescindencia de la tradicional estructura judicial para enfrentar su solución. La que a todo evento siempre estará presente, ante el fracaso de aquella instancia previa de resolución.

Creo que éste es el debate que próximamente nos debemos en el ámbito de esta Provincia, en el que no debería estar ausente como objetivo, el análisis integral del actual Código Procesal Penal de la Provincia, a la luz de los nuevos paradigmas jurisprudenciales en orden al principio acusatorio formal. No ingresar en este análisis, incorporando solamente criterios reglados de oportunidad y mediación penal en la actual estructura procesal, importaría dejar pasar una buena oportunidad para poder dar una solución integral, o al menos que tienda a ello, a aquellos hechos delictivos que deban ser absorbidos por el sistema judicial.

IV. A modo de conclusiones

Finalmente entonces, pueden esquematizarse las siguientes reflexiones: 1) las pautas jurisprudencialmente señaladas para la admisibilidad de la probation, no permiten un juicio de valor apresurado y genérico que permita de antemano poder predicar si tal o cual caso puede ser pasible de ser incluido como presupuesto para que un pedido de probation sea procedente. 2) El método para el análisis debe transitar por varios espacios valorativos entre

los que se destacan: la entidad del bien jurídico afectado; el daño causado; la actitud del imputado; las circunstancias concretas del caso y todo ello con miras a que se logre la mejor manera de arribar a una instancia resocializadora adecuada al imputado y que al mismo tiempo tienda a conformar a la víctima, quien debe ser escuchada. 3) Para una adecuada aceptación social de la suspensión del proceso a prueba los operadores del sistema debemos asumir el compromiso de resolver los pedidos de la manera más ágil posible, sin que ello importe desoír o no cumplir con la valoración de las cuestiones que cada caso involucra. Una excesiva demora atentará seguramente con el fin pacificador que se propone, dejando en la víctima una sensación de estar meramente frente a una estrategia dilatoria y que tampoco contribuirá con el objetivo de centra los esfuerzos de la administración de justicia en aquellos casos de mayor complejidad. 4) la posibilidad de introducir criterios de oportunidad reglados y la mediación penal, en el ordenamiento procesal penal permitiría acordar un adecuado marco de actuación a los sujetos del proceso, sin que tales institutos aparezcan como el producto de un mero voluntarismo. El riesgo de este voluntarismo para hacer las cosas, es su ineficacia para que las cosas trasciendan a la buena voluntad de la persona que lo impulsa o crea. Pensar la creación e instauración de un sistema alternativo para resolver conflictos, requiere hacerlo tributario de una adecuada reglamentación, para que justamente, se pueda garantizar su continuidad en el tiempo. Quien vea en ello una crítica "detractora" está equivocando el punto. No se trata de atarse a posturas positivistas, al contrario, se trata de sostener la necesidad valorativa de un sistema jurídico que pueda dar respuestas a las personas, teniendo como norte dos principios fundamentales: el bien común y la dignidad de la persona.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(*) Sobre la base de la ponencia presentada en el VII Seminario Internacional de Justicia Reparadora, Mediación Penal y Probation, realizado en la ciudad de Ushuaia los días 10 y 11 de Mayo de 2007.

(1) Respecto al impacto en el volumen de causas, tuve ocasión de advertirlo en "La suspensión del proceso a prueba en el ámbito de la Provincia de Tierra del Fuego", LLPatagonia, 2004-6-633.

(2) Puede consultarse también el trabajo de JOFRE, Jorge Luis "Funcionarios públicos y suspensión del juicio a prueba", LLPatagonia, 2006-4-397.

(3) Cfr: STJ in re "Ibalo, Andrés Antonio s/ Abuso deshonesto", expte N° 827/05 STJ-SR, 07/11/05, reg. T. XI, F° 615/626; en sentido análogo, "Galvez, Ariel Rodrigo s/ Hurto", expte N° 864/05 STJ-SR, 15/02/06, reg: T° XII, F° 21/26. La idea en estos casos fue que los jueces de instrucción, correccionales y los Tribunales de juicio deben velar para que la actuación de la ley penal no pierda el rumbo hacia su fin inmediato: el descubrimiento de la verdad objetiva o histórica.

(4) Así fue resuelto in re "Nuñez, María Rosa s/ suspensión del juicio a prueba (causa N°

1090/01 y N° 4467/99-II s/ lesiones leves y violación de domicilio)", expte: 2562, 04/11/05, reg: N° 33, T° I, F° 120/124, con cita del caso "Padilla Coloma, Gustavo s/ suspensión del juicio a prueba", expte, 2304, 23/03/04, reg: 013, T° I, F° 030/034, ambos de la Sala Penal de la Cámara de Apelaciones de la Provincia de Tierra del Fuego AeIAS.

(**) Sobre la base de la oposición escrita efectuada en el concurso para cubrir el cargo de Juez del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, el 4 de octubre del año 2006.

(5) Cfr. MUCHNIK, Javier Darío, "Ob. Cit", página 636. Expresamente sostuve en el ámbito del V Seminario Internacional sobre Probation, celebrado los días 6 y 8 de octubre de 2004 en la ciudad de Posadas: "...Principio de oportunidad, mediación y probation, deberían ser así, las escalas previas de análisis, antes de arribar a la imposición de una pena".

(6) El mismo Superior Tribunal de Justicia de la Provincia declaró la inconstitucionalidad de los artículos 393 y 394 del C.P.P, por entender que lo atinente al desistimiento tácito, al incursionar sobre la vigencia de la acción penal, implicaba un avance de la legislación provincial por sobre las atribuciones de la Nación al respecto. "in re" "Valls, Oscar Narciso s/Querella", expte. 731/04 STJ-SR de fecha 30 de agosto de 2004, voto del Juez Robbio al que adhirieron los Jueces Klass y Battaini.

(7) Cfr. MAIER, "Derecho Procesal Penal Argentino", 1996, Ed. Del Puerto, página 840.

(8) Cfr. FALCONE, Roberto A. y CAPARELLI, Facundo, "Tráfico de estupefacientes y derecho penal", 2002, Ad-Hoc, página 254.

(9) Cfr. CAFFERATA NORES, "Cuestiones actuales sobre el proceso penal", 1997, Ed. Del Puerto, página 25.

(10) Cfr. CAFFERATA NORES, José, "Legalidad u Oportunidad", publicado en "Cuestiones actuales sobre el proceso penal", Ed. Del Puerto, 1998, páginas 27/28.

(11) Ya BELING sostenía en elocuente referencia, que el derecho penal no le toca un pelo al delincuente, dando expreso reconocimiento al derecho instrumental como método eficaz para su realización. Y su dictado y organización es por atribución constitucional facultad de las provincias. En igual sentido, cfr: BINDER. A, "Introducción al derecho procesal penal", Ed. Ad-Hoc, páginas 209/225; SAID, J, "Sobre la facultad de las provincias para reglar el principio de oportunidad en la persecución penal", LA LEY, 1997-F, 1040/1048.

(12) Cfr. "in re" "Saucedo, Luis Alberto s/ hurto" expte: 2523, Reg. 050, T° I, F° 86/88, del 20 de abril de 2007, de la Sala Penal de la Cámara de Apelaciones de la Provincia de Tierra del Fuego, por remisión a los precedentes "Santillán" y "Del'Olio" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y ver también el precedente de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal "in re" "Ascolese" de fecha 30 de diciembre de 2003.

(13) La idea surgió a partir de una charla con el Dr. Luis Alberto Giménez, Fiscal Mayor del Distrito Judicial Norte de la Provincia de Tierra del Fuego, quien me refiriera que realizó un trabajo donde abordó la problemática.

(14) Tuve oportunidad de abordar este tópico al comentar el fallo "Casal" de la CSJN. Cfr. JAVIER DARIO MUCHNIK y JORGE LUIS JOFRE: "El Recurso de casación, el principio acusatorio y la garantía de la doble instancia", LA LEY, 2005-F, 384 y sgtes.

(15) La Sala Penal de la Cámara de Apelaciones de la Provincia de Tierra del Fuego, ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 362 del C.P.P, al permitir al Tribunal el dictado de una condena aun sin acusación fiscal, "in re" "Sarome" e/o.