

## **LA REFORMA DEL SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO Y LA CONSOLIDACION DEMOCRATICA**

**Ricardo R. Gil Lavedra**

Centro de Estudios Institucionales  
Argentina

Si bien todo Derecho es producto de la cultura humana y, más precisamente, de las ideas políticas que se desarrollan en cada sociedad en determinado momento histórico, es sin lugar a dudas en las reglas que rigen el procedimiento para la aplicación de las sanciones penales donde con mayor claridad se perciben los cambios en la orientación política de una comunidad. Por ello, es posible afirmar que un determinado sistema de enjuiciamiento criminal constituye un reflejo del modelo de sociedad en que éste impera.

La razón de tal circunstancia reside en que el derecho procesal penal, como ninguna otra rama del derecho, toca muy de cerca al ser humano y a sus principales atributos, a fin de lograr la realización de la expresión más vigorosa del poder del estado: el poder penal.

Por tales motivos, cualquier aproximación que se lleve a cabo para apreciar este fenómeno político-cultural, debe partir de un breve análisis de los sistemas de enjuiciamiento penal que se fueron consolidando a través de la historia. Ello resulta imperativo en relación al derecho argentino, y también al hispanoamericano en general, que presenta al mundo la particularidad de conservar instituciones procesales penales que no se compadecen con los principios de una sociedad democrática. En tal sentido cabe destacar que, como ha sido apuntado acertadamente, el problema que presenta el derecho procesal penal federal de la República Argentina no es de carácter técnico, sino, muy por el contrario, cultural; se trata de un problema de adaptación cultural o, si se quiere, de definición y determinación del sistema político bajo el cual queremos —o podemos— vivir.

## 1. SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO

### a) *Acusatorio*

Esta es la forma de llevar a cabo el enjuiciamiento penal que en general dominó en todo el mundo antiguo. En efecto, una vez que, frente a la ofensa grave del orden jurídico, la reacción dejó de ser la expresión de un mero ejercicio del poder autoritario del príncipe (por ejemplo: *cognitio* durante la monarquía romana) o de la venganza física del ofendido o de su tribu, en las sociedades primitivas que no poseían aún ni un atisbo de poder político central (primitivo derecho germano), la reacción, privada o popular, se canalizó por la vía de lo que hoy designaríamos «acción procesal». Allí nació el «juicio» con intervención del ofensor y frente a un árbitro, el tribunal, que de alguna manera decidiría el conflicto.

La característica central de este sistema de enjuiciamiento es la división de los poderes que se ejercen en el proceso; por una lado, el acusador, que persigue penalmente y ejerce el poder requirente; por el otro, el imputado, que puede resistir la acusación ejerciendo el derecho de defensa, y, finalmente, el tribunal, que tiene el poder de decidir; todos estos poderes se vinculan y condicionan unos a otros. El principio fundamental, que le da nombre al sistema, se afirma en el requisito de que la actuación de un tribunal para decidir el conflicto y los límites de su decisión estarán condicionados al reclamo (acción) de un acusador y al contenido de ese reclamo (*nemo iudex sine actore y ne procedat iudex ex officio*) y, por otra parte, a la posibilidad de resistencia del imputado frente a la imputación que se le atribuye.

Resulta evidente el paralelo y correspondencia que se puede establecer fácilmente con el sistema republicano de ejercicio del poder político; de allí que no resulte posible considerar como una mera casualidad la aplicación de este sistema en épocas de apogeo de las repúblicas, tanto antiguas (Grecia, Roma) cuanto las modernas (Francia y el movimiento reformador del siglo XIX).

Este sistema de procedimiento acusatorio rigió, prácticamente, durante toda la antigüedad (Grecia, Roma) y en la Edad Media hasta el siglo XIII, momento en el cual, con base en el último Derecho romano imperial, antes de la caída de Roma, es reemplazado por la Inquisición.

### b) *Sistema inquisitivo*

Este sistema responde a la concepción absoluta del poder central, a la idea extrema sobre el valor de la autoridad, a la centralización del poder, de modo que todos los atributos que concede la soberanía se reúnen en una única mano. La personalidad del hombre, su libertad y dignidad no son ingredientes de este ideario, que se consolida sobre la base del temor al pecado y al delito. En él se pone de manifiesto la

mayor dimensión del Estado, que se agiganta hasta prescindir casi absolutamente del interés del ofendido.

El escaso valor de la persona humana individual frente al orden social, manifestado en toda su extensión en la máxima *Salus publica Suprema lex est*, se tradujo al procedimiento penal reduciendo al imputado a mero objeto de investigación, con lo cual se pierde su consideración como sujeto de derecho, y en la autorización de cualquier medio, por cruel que fuese, para alcanzar su fin: reprimir a quien perturbara el orden creado (*expurgare civitatem malis hominibus*). De allí derivan las máximas fundamentales que crea el sistema inquisitivo conforme a su fin: la persecución penal pública de los delitos, con la característica de la obligatoriedad (deber) de su ejercicio, para no depender de una manifestación de voluntad particular en la represión. Además, el procedimiento era dirigido a la meta principal de «averiguar la verdad», objetivo para cuyo cumplimiento no se reparaba en los medios de realización.

Desde la perspectiva histórico-política, la afirmación de universalidad de la Iglesia Católica (Derecho Canónico) y la formación de los Estados nacionales bajo el régimen de la monarquía absoluta, y sus luchas de predominio contra los «infieles», por una parte, y contra el poder feudal, por otra, condujeron necesariamente a este tipo de procedimiento.

Como se expresara en párrafos anteriores, la fuente jurídica de inspiración de este sistema fue el Derecho romano imperial de la última época (*cognitio extra ordinem*), con su tenue introducción de los rasgos principales de la inquisición, conservado por la Iglesia y perfeccionado por el Derecho canónico, el cual, a su vez, constituyó la fuente donde abrevó la inquisición laica, de paso triunfante por toda Europa continental a partir del siglo XIII.

Como lo han señalado los autores de Derecho procesal, la característica fundamental de este sistema de enjuiciamiento reside en la concentración del poder procesal en una única mano, la del inquisidor, a semejanza de la reunión de los poderes de la soberanía (administrar, legislar y juzgar) en una única persona, conforme el régimen político del absolutismo.

Por lo demás, cabe destacar que, en este procedimiento, perseguir y decidir eran labores que no sólo se concentraban en el inquisidor, sino que representaban una única y misma tarea; la defensa no era una facultad que se reconociera al perseguido, por aquello de que si era culpable no lo merecía, en tanto que si era inocente el investigador lo descubriría; claro que, en el mejor de los supuestos, ello ocurriría luego de un martirio, que pesaba como carga sobre quien integraba el cuerpo social, en homenaje a la propia sociedad. Asimismo, la fuerza de la dialéctica y la crítica no pertenecen a esta idea de vida, que desconfía de ellas y, por tanto, desaparece la contradicción como característica del juicio.

Este sistema imperó en toda Europa continental, triunfando sobre el Derecho germano, y la organización señorial (feudal) de la administración de justicia, desde el siglo XIII hasta el siglo XVIII. De triste recuerdo,

por los excesos que permitió en aras de lograr por cualquier medio sus fines, concebidos como absolutos, y las injusticias notorias que prohibió (procesos contra herejes y brujas), al menos desde nuestro punto de partida cultural.

La finalización de este sistema la marca el comienzo de la nueva república representativa, con la Revolución Francesa, que representa el triunfo político del Iluminismo, a cuyo abrigo, y por influencia de la dominación napoleónica posterior, se renueva toda la organización política de Europa continental.

Nace así, también para el enjuiciamiento penal, una nueva era, cuyo tipo de procedimiento ha sido denominado por algunos tratadistas como mixto, aunque, en verdad, sólo se trata de la reforma del sistema inquisitivo. Es por ello errónea la afirmación que indica la muerte total de la Inquisición por abrogación de los principios que la gobernaban.

### c) *Sistema Mixto o Reforma del Sistema Inquisitivo*

Del sistema inquisitivo perduran hasta nuestros días sus dos máximas fundamentales: 1) La persecución penal pública de los delitos, al menos como regla, considerados los máximos exponentes del comportamiento desviado en el seno social, y, por ello, intolerables para el orden y la paz social, al punto que se estima necesaria su persecución por parte del Estado y sin atención a ninguna voluntad particular. 2) La averiguación de la verdad histórica, como meta directa del procedimiento penal, sobre cuya base debe fundarse la decisión.

En tal sentido, cabe destacar que el triunfo político del Iluminismo, a partir de la Revolución Francesa, y la creación de un nuevo orden social y jurídico, no lograron abrogar esos postulados, los cuales, considerados como un progreso, representan el legado de la Inquisición al enjuiciamiento penal actual.

Ello es así, a pesar de que en los comienzos de la Revolución, la idea de República postuló consecuentemente el regreso al sistema acusatorio con acusación popular, creado por los griegos, perfeccionado por la República Romana, y conservado en Inglaterra; sin embargo, la solución que se impuso finalmente fue, en verdad, un compromiso, pues siguieron rigiendo ciertas reglas de la Inquisición, en especial los principios mencionados, e hicieron irrupción otros, provenientes del regreso a las formas acusatorias, que condicionaron la significación de aquéllos.

A fin de expresar en pocas palabras ese compromiso, corresponde manifestar que la persecución penal pública y la averiguación de la verdad histórica, entendidas como metas absolutas en el enjuiciamiento inquisitivo, se transformaron en valores relativos, importantes en sí, pero superados en rango por ciertos atributos fundamentales de la persona humana, que prevalecen sobre aquéllos y condicionan los medios por los cuales pueden ser alcanzadas aquellas metas.

Tales atributos se tradujeron en reglas de garantía y derechos individuales, que impusieron el tratamiento como inocente de una persona hasta que los jueces designados por la ley no pronunciasen una sentencia firme de condena, para lo cual resulta imprescindible un juicio previo, conforme a reglas establecidas por la ley, en el que se asegure la libertad y eficacia de la defensa, prohibiéndose toda coacción utilizada contra el enjuiciado para obligarlo a revelar datos que puedan perjudicarlo. Se comprende, así, cómo estos valores, relativos a la dignidad humana, fueron preferidos a la misma eficacia de la persecución penal y a la posibilidad de averiguar la verdad, con el imperativo de ser observados aun a costa de estos objetivos.

Ahora bien, la colisión entre ambas ideas fue inevitable, tanto así que el enjuiciamiento penal moderno se encuentra dominado políticamente por la solución legislativa del conflicto entre estos intereses, y, a fin de darle solución, las necesidades fueron pergeñando un nuevo método de procedimiento penal, que consiste en dividir el procedimiento en dos períodos principales, enlazados por uno intermedio. Así, el primero de esos periodos es una investigación, a la manera inquisitiva, aunque con límites, que reconoce la necesidad del Estado, como persecutor penal, de informarse, previo a realizar la acusación penal respecto de alguien ante un tribunal judicial; el segundo paso, intermedio, pretende asegurar la seriedad y pulcritud del requerimiento penal del Estado, antes de convocar al juicio público, evitando así juicios inútiles, y asimismo controlar las decisiones del Estado que cierran la persecución penal anticipadamente, es decir, sin llegar a la etapa del juicio; el tercer período consiste, principalmente, en la realización del debate público y oral ante el Tribunal de Justicia, con la presencia ininterrumpida del acusador y del acusado, que culminará con la absolución o la condena de éste, fundadas únicamente en los actos llevados a cabo durante ese debate.

Este sistema, descrito aquí sintéticamente, traduce el resultado final en la materia, emergente de la reforma del sistema inquisitivo en Europa continental durante el siglo XIX. Su ley base es el *Code d'instruction criminelle* francés de 1808, que, como ya se ha señalado, se expandió por Europa continental a partir del triunfo de las ideas que fundaron la Revolución Francesa y la dominación napoleónica.

Este sistema trasciende hasta nuestros días y su comparación con la ley que rige el procedimiento penal en la Argentina pone de manifiesto muy claramente el atraso cultural en que vivimos.

Corresponde aclarar que esta diversidad de regímenes procesales, que la doctrina considera como tipos abstractos, no se encuentran perfectamente establecidos en las legislaciones antiguas o modernas, pues los diferentes derechos positivos casi nunca operaron con la pureza de principios y características con que aquí han sido delineados cada uno de los sistemas.

Resta aquí manifestar, en cuanto al presente siglo, que los principios fundamentales que estructuraron la reforma del sistema inquisitivo, lo han gobernado casi en su totalidad, claro está, si se obvian los excesos a que condujeron las aventuras políticas del fascismo y del nacional-

socialismo, que no trascendieron históricamente por haber fundado un nuevo orden.

En tal sentido es dable afirmar que el siglo XX se ha ocupado de consolidar cultural y jurídicamente esos principios, como lo prueba la gran cantidad de convenciones internacionales (multilaterales) que ya forman parte del Derecho internacional público, y del Derecho interno de muchos países.

Tal circunstancia determina que, como ha sido señalado con acierto por destacada doctrina de nuestro país, este siglo se presente como predominantemente conservador o, mejor dicho, sin reformas revolucionarias en esta materia. No obstante ello, resulta de fundamental importancia que la cultura universal, pasando peor sobre la diversidad ideológica, haya reconocido una serie de principios esenciales, que superan la lucha política e ideológica. Es de esperar que, en un futuro no lejano, el reconocimiento de los estados como parte de la comunidad internacional dependa de la observancia de estos principios. Al respecto representa un significativo avance la creación de Cortes internacionales sobre Derechos Humanos y el reconocimiento del carácter internacional a sus transgresiones, aunque ello no sea todavía suficiente.

Por lo demás, respecto de estas reglas fundamentales, que constituyen el resultado de una dura, dramática y sangrienta historia vinculada al logro de la cristalización de tales normas en las leyes fundamentales de las sociedades civilizadas, sigue siendo hoy un desafío, en algunas comunidades como la nuestra, la realización práctica de esas reglas. Así lo demuestra la vigencia del sistema de administración de justicia penal para los tribunales nacionales, sancionado en 1888 y vigente desde 1889, cuando la ley de enjuiciamiento criminal española (1882) había transformado radicalmente la antigua legislación de España que tomó como fuente el código de procedimiento penal imperante hoy en nuestro país, de sustancia autoritaria y anticuado sistema de procedimiento.

También así, nuestra más reciente historia evidencia ese desafío, toda vez que ella pone de manifiesto hasta qué punto el desconocimiento de esas garantías determina las más terribles consecuencias para los valores esenciales de los cuales depende la convivencia social pacífica de una comunidad.

Por ello, en esta época que nos toca vivir, signada por lo que ha dado en llamarse «el fin de las ideologías», resulta imperativo reflexionar acerca del contenido ideológico que nutre a cada una de estas reglas, sustentadas en el respeto por la vida, libertad y dignidad humana que, a pesar de su consagración en nuestra Carta Magna, no han sido cabalmente receptadas en la ley que rige el procedimiento penal nacional en nuestra República. Circunstancia ésta que, unida al hecho de que (como se demostrará a través de esta investigación) el sistema posibilita la impunidad en áreas delictivas que hoy preocupan sobremanera a nuestra sociedad, en tanto que reacciona sólo frente a los delitos más leves, determina la urgente necesidad de una reforma integral de este régimen caduco y autoritario, y su reemplazo por un sistema que, sin bastardear los principios básicos de la forma republicana de gobierno y el estado

de derecho, sea eficaz en la persecución penal de las conductas que más gravemente afecten la convivencia y la paz de nuestra comunidad.

## 2. CARACTERISTICAS DEL SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO ARGENTINO

La Constitución Nacional de nuestro país (1853-1860) representa, en materia procesal penal, el ingreso de la República Argentina al sistema de enjuiciamiento penal que regía en el mundo moderno. En efecto, sus principios son claros en la materia: 1) Administración de justicia separada de los demás poderes del Estado (art. 95). 2) Prohibición de comisiones especiales y garantía de juez natural (art. 18). 3) Juicio por jurados (arts. 24, 67, inc. 11, y 102), lo que implica necesariamente reconocer que el eje central del enjuiciamiento penal debe ser un debate público, oral, contradictorio y continuo. 4) Proceso previo, tramitado conforme a una ley que lo regule (art. 18). 5) Reconocimiento del estado de inocencia del imputado hasta tanto una sentencia firme no lo declare culpable y lo someta a una pena (art. 18). 6) Libertad de defensa (art. 18). 7) Incoercibilidad del imputado como órgano de prueba (art. 18). 8) Privación de la libertad procesal excepcional y sólo por orden escrita de autoridad (judicial) competente (art. 18). 9) Inviolabilidad del domicilio y de los papales privados (art. 18). 10) Supresión absoluta de la tortura (art. 18).

Sin embargo, la legislación posterior a la Constitución Nacional no siguió el curso marcado por ella, tal vez por la dificultad que padece gran parte de nuestra sociedad para llevar a la práctica los principios republicanos que declama.

Así, después de dos proyectos frustrados para implantar el juicio por jurados (1871-1873), el Poder Ejecutivo Nacional emprendió la obra (1882) que va a transformarse en el Código de procedimientos en materia penal, que aún hoy rige el enjuiciamiento criminal en casos de competencia de los tribunales nacionales; el código recibió sanción legislativa en 1888 y rige desde 1889.

El régimen que instauró, significó dejar de lado el sistema de enjuiciamiento penal que surgía de los principios e ideas políticas consagrados en la C.N. Como ya ha sido expresado, él tiene su fuente en el derecho inquisitivo español anterior a la reforma de 1882 (Ley de Enjuiciamiento Criminal española), la cual significó para España el ingreso al movimiento reformista del siglo XIX, desconocida por el proyecto y el Código sancionado en nuestro país.

La ley procesal penal para la Nación consagró así todos los principios procesales inversos a los que surgen de aquel movimiento político. En tal sentido cabe señalar, como notas características de este régimen, que en él prácticamente todos los actos del procedimiento son escritos, es decir, se recopilan actas; el secreto campea durante todo el procedimiento, en su totalidad durante la instrucción y limitadamente durante el llamado plenario que, por su estructura, no permite la publicidad

popular; asimismo se desconoce el principio de inmediación, toda vez que no existe un debate con la presencia ininterrumpida del acusador y del acusado frente a los jueces del tribunal que dictarán sentencia.

Por lo demás, los elementos reunidos en el período de investigación preliminar sirven plenamente para fundar el fallo final sobre la condena o la absolución, pese a ser recibidos con vigencia del secreto instructorio. El fallo es dictado por jueces profesionales (tribunal unipersonal) y la decisión es recurrible ampliamente (apelación) ante un Tribunal jerárquicamente superior, que dicta la sentencia definitiva, adquiriendo su conocimiento sobre la base de las actas escritas que integran el procedimiento.

Lamentablemente, un claro espíritu reaccionario, que siempre ha imperado en gran parte de los sectores dirigentes de nuestra comunidad, determinó el fracaso de todos los proyectos que procuraron la adaptación constitucional del sistema de enjuiciamiento penal federal, y, paralelamente, ese mismo estilo fue el que inspiró las reformas parciales insustanciales del Código vigente, que sólo lograron preservar la sustancia autoritaria y el sistema anticuado del régimen procesal penal.

### 3. INTENTOS DE REFORMA

De los fracasados intentos de reforma del régimen procesal penal federal de nuestro país es oportuno mencionar la existencia de varios proyectos oficiales, entre los que se cuentan los de los años 1933, 1942, 1943, 1948, 1960, 1969 y 1974. Asimismo han existido esfuerzos de carácter no oficial en ese sentido, como el proyecto de la Universidad Nacional de Córdoba (1958-59), el proyecto tipo de Código procesal penal del año 1965 y el proyecto de Código uniforme en materia penal de 1965.

Al respecto, es oportuno expresar que a partir de la década que comienza en el año 1970 se perdió el ímpetu transformador del enjuiciamiento penal en nuestro país. Ello encuentra su causa, como lo ha destacado un prestigioso jurista argentino, fundamentalmente en la gravedad de los acontecimientos políticos que vivió nuestra sociedad en esa década, que terminaron por borrar todo resabio de régimen republicano.

Sin embargo, a partir de la restauración del sistema democrático y del estado de derecho en el año 1983, se inició un nuevo esfuerzo para transformar la administración de la justicia penal en la Nación.

En efecto, el advenimiento de un gobierno democrático en la Argentina en el año 1983 determinó que comenzara a cobrar cuerpo la necesidad imperiosa de modificar el sistema de enjuiciamiento nacional. La revalorización del papel de la justicia en una sociedad democrática, chocaba contra los límites que impone un ordenamiento procesal vetusto, burocrático, casi-secreto, y por sobre todas las cosas, profundamente ineficaz en la persecución de los delitos graves y en el resguardo de los derechos individuales.

De tal modo, se inicia un debate respecto de lo imperioso que resulta el cambio para adecuar las reglas procesales a los valores que comparte la comunidad. El Consejo para la Consolidación de la Democracia, creado por el presidente Alfonsín, y especialmente la Secretaría de Justicia, encargaron la redacción de un proyecto de reforma a un prestigioso jurista argentino, doctor Julio Mayer, quien elabora un proyecto integral de enjuiciamiento y de organización judicial, a semejanza de la Ordenanza Procesal Alemana.

Enviado el proyecto a la Cámara de Diputados, éste obtuvo despacho aprobatorio de la Comisión que lo estudió. No obstante, dificultades políticas derivadas de la relación entre el gobierno y la oposición impiden hasta el momento que la reforma reciba sanción legislativa.

En este contexto, aparece como hartamente conveniente la realización de estudios que permitan patentizar los principales defectos del sistema vigente.

#### 4. PRINCIPIO DE IGUALDAD. SELECTIVIDAD DEL SISTEMA PENAL (LEGALIDAD vs. OPORTUNIDAD). TEORIAS DE LA PENA

##### a) *Monopolio penal estatal*

En nuestro país una de las características centrales del sistema de administración de justicia penal radica en atribuir la persecución penal al Estado (art. 71 de Código Penal). Ello significa, en comparación con el servicio de justicia regular que presta el Estado en otras materias del ordenamiento jurídico, una ampliación considerable de su campo de acción en el área, por atribución de un interés del Estado en la realización del Derecho penal material, interés que, generalmente, excluye de la cuestión penal, jurídicamente, a todo otro interés real que pueda estar presente en el conflicto social base.

Una mínima excepción a este principio la constituye la autorización para que un pequeño número de delitos sean perseguidos por particulares (se trata de los denominados delitos de acción privada, arts. 73 y ss. del Código Penal). Para tales supuestos se establece, entonces, la persecución penal privada, legitimando al ofendido —o, por excepción, a algunos parientes— para asumir el papel que ordinariamente se concede a los órganos del Estado. De tal modo se privatiza la persecución penal, pues se excluye la persecución penal pública para ese pequeño número de delitos.

Sin embargo, la excepción a la regla de oficialidad no es total, pues la pena, en esos supuestos, sigue concibiéndose como pública y es decidida y ejecutada por órganos estatales.

Por lo demás, si se observa el procedimiento, en esos casos, desde la óptica del acusado, él no posee ningún poder para componer el conflicto a su manera, y, por el contrario, el tribunal posee, básicamente, las mismas atribuciones que en los delitos de acción pública; así, v. gr.: el acusado se encuentra imposibilitado para determinar con el acusador, o

por su sola voluntad, la sumisión a la pena, ni su medida. Por ello se ha caracterizado a estos procedimientos como semiacusatorios.

Corresponde aclarar, por otra parte, que no constituye, en cambio, excepción al monopolio del Estado en la persecución penal la existencia de un escaso número de delitos cuya perseguibilidad depende de una instancia privada (art. 72 del Código Penal). Ello es así, pues, aunque este instituto derive del mismo principio que domina la acción privada, esto es, conceder cierto grado de importancia a la autonomía de la voluntad particular para la persecución de algunos ilícitos, no provoca los mismos efectos, toda vez que la persecución penal en tales supuestos continúa siendo pública (oficial) y monopolizada por los órganos estatales encargados de ella; la excepción, por así llamarla, reside sólo en colocar un obstáculo —que releva la instancia privada— para el inicio de la persecución penal estatal.

#### b) *El Principio de Legalidad*

En razón de la decisión política, tratada en los párrafos anteriores, de oficializar la persecución penal, como regla general, se ha considerado necesario imponer como principio a los órganos estatales encargados de la persecución penal —incluidos los funcionarios policiales— el *deber* de promoverla ante la noticia de un hecho punible, en procura de alcanzar la decisión judicial, que, previo esclarecer la verdad respecto de esa hipótesis, solucione el caso a través de alguna de las resoluciones previstas en la ley procesal. De allí que, una vez promovida la persecución penal, no sea posible suspenderla, interrumpirla o hacerla cesar, sino por el modo y la forma previstos en la ley procesal (principio de irretractabilidad).

Ello significa que ningún criterio de oportunidad —político-utilitario por conveniencia práctica, económica, temporal, etc.— autoriza, en principio, a prescindir de la persecución penal frente a la noticia de la comisión de un hecho punible. Así, por mínima que sea la infracción de que se trate o por inconveniente que aparezca la persecución y el procedimiento penal, de todos modos son necesarios y obligatorios. En consecuencia, la máxima prohíbe, en principio, la renuncia al ejercicio de la persecución penal, o el desistimiento de la acción ya iniciada, o cualquier acuerdo o transacción con el imputado, por parte de los órganos de persecución penal; en fin, cualquier funcionamiento del principio de autonomía de la voluntad.

La alegada justificación del principio en análisis desde una perspectiva especulativa, deriva de la concepción de la pena como expiación o retribución del delito, es decir, de las teorías absolutas sobre la pena estatal, que legitiman el castigo como un mal impuesto a quien obró mal (retribución) y lo prescriben como de aplicación necesaria en los casos concretos. De ese modo se proscribe todo fin utilitario para la pena, como la disuasión del autor (prevención especial) o a otros individuos (prevención general negativa) para que observen un compor-

tamiento adecuado al derecho o eviten incurrir en comportamientos punibles. Ello es así, pues, según se afirma, el hombre es un fin en sí mismo y no puede ser utilizado por el Estado como medio para obtener un fin determinado.

Se sostiene también, como otro fundamento de carácter especulativo del principio de legalidad procesal, el principio de igualdad ante la ley (Constitución Nacional, art. 16), que unido a la determinación legislativa de los hechos punibles (arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional) recomienda que sea la ley, y no la decisión particular de los órganos de la persecución penal, quien determine, en los casos concretos, cuándo una persona debe ser sometida a una pena, o viceversa.

Con relación a este último razonamiento se ha expresado con acierto que se bien él debe ser tomado en consideración, a fin de no provocar fueros personales o desigualdades raciales, religiosas, de posición social o económica, cabe advertir que tales principios funcionan, básicamente, como garantías frente al poder penal del Estado, es decir, como seguridades para el habitante de no ser afectado en sus libertades por ese poder, y lo que se pretende con el principio de oportunidad no es, precisamente, someter a un habitante al poder del Estado, sino, por el contrario, liberarlo de él y de ese riesgo, evitando su persecución.

Sin embargo, cabe aclarar que el fundamento en examen, aunque no logre cabalmente legitimar la persecución penal del Estado como obligatoria, ha cumplido el papel de colocar al principio de legalidad en el lugar de una regla de principio, de modo tal que, en gran parte de las legislaciones que lo contemplan, el principio de oportunidad funciona, jurídicamente, como su excepción, y, además, ha obligado a que los criterios de oportunidad sean determinados legislativamente a modo de autorizaciones para prescindir de la persecución penal en ciertos casos definidos por la ley, casos que, claro está, sólo pueden ser definidos por características del hecho en sí —utilitarias, en todo caso—, sin crear prerrogativas personales, de raza, religión, sociales o económicas.

c) *El principio de legalidad frente a la selectividad del sistema penal*

Como consecuencia del desarrollo logrado en el presente siglo por las ciencias sociales y particularmente por la criminología, resulta hoy conocida, desde una perspectiva empírica, la circunstancia de que el sistema penal se aplica tan sólo a unos pocos hechos punibles, escasísimos frente al panorama general del incumplimiento de las normas de Derecho penal, y, asimismo, que la selección natural del sistema genera, o al menos acentúa, desigualdades notorias, criminalizando a un sector social —el menos favorecido, el de menores recursos culturales y económicos— y discriminando a otro.

Al respecto corresponde señalar que las investigaciones empíricas, realizadas en comunidades más desarrolladas que la nuestra, han demostrado que la información proveniente de las víctimas y los denunciantes, así como la generada por los propios órganos encargados de la

persecución penal, es pobre, en relación al número de delitos realmente cometidos, lo que produce la llamada cifra negra, sumamente difícil de establecer y que tantos problemas acarrea en el ámbito de la investigación empírica acerca de la delincuencia o la desviación social.

Por lo demás, prescindiendo de esa cifra, se ha verificado que, aun ingresado el caso al sistema, la selección interna de los diversos segmentos que lo componen también es enorme, lo cual presenta al procedimiento penal, criminológicamente, como un proceso de selección.

Todo ello pone seriamente en crisis lo que de ordinario se piensa, por parte de los cultores del sistema normativo, respecto de que la ley penal cumple toda la función de definición y, por ende, que la selección interna se realiza conforme a ella, motivo por el cual consideran que basta para alcanzar tal objetivo con afirmar la legalidad de la persecución penal y esperar tranquilamente los resultados.

Sin embargo, sucede en primer lugar que, resulta oportuno advertirlo aquí aun cuando no forme parte directamente del objeto de la investigación que propondremos, la calidad de criminal de un comportamiento no es una propiedad que corresponda a una acción considerada en sí misma, con independencia de las circunstancias de su contradicción con las normas sociales. Inclusive, en el caso de un bien jurídico tan elemental como la vida humana, se perciben múltiples variaciones en la especie y amplitud de la protección jurídico-penal. Tal transformabilidad crece en la medida en que una norma se aleja de las condiciones biológicas de la supervivencia y a la vez aparece más fuertemente configurada por necesidades de la regulación y por concepciones históricamente condicionadas. De este modo, crece al mismo tiempo el poder definitorio de la sociedad, pues a ella le corresponde decidir, dentro de límites relativamente amplios, qué comportamientos son permitidos y cuáles prohibidos (y punibles). Esa decisión considerada en el momento correspondiente a la creación del derecho es, por lo general, consciente, lo que permite afirmar que «Criminalidad» es también el resultado de un proceso social de selección.

Lo expresado en el párrafo anterior no constituye, por cierto, una razón para tomar menos en serio el fenómeno de la criminalidad. Si un orden social se fundamenta en el reconocimiento común de determinadas normas sociales, resultará que la lesión de estas normas, con prescindencia de su contenido concreto, afectará a la subsistencia de la sociedad. Pero, pese a ello, esa sociedad es responsable de la imposición del adjetivo de criminal a ciertos comportamientos.

Por tal motivo sería conveniente que toda sociedad tomara en cuenta qué fuerzas y qué situaciones entran en juego en la determinación de lo que es criminal y lo que no lo es. De aquí surge también una conexión con respecto a la investigación empírica de las ciencias sociales, pues hay, sin duda, intereses reales y poderes que influyen en la concreta conformación del Derecho penal; y así como no es posible concebir el proceso de conformación del Derecho con el esquema de la opresión de una clase explotada por otra dominante, tampoco es posible que la ciencia del Derecho penal se paralice en un estado de inocencia crítico-ideo-

lógico en el que todas las transformaciones del derecho se expresen como sucesos puramente vinculados a la historia del espíritu. Por el contrario, la ciencia del Derecho penal debe saber de qué se ocupa. Por cierto que no existe un punto fuera de la historia a partir del cual resulte posible juzgar definitivamente sobre la justicia de un orden social, pero, sin embargo, ni siquiera será posible tender hacia la justicia si no se formula la pregunta de a quién beneficia una determinada regla y quién debe soportar su peso.

Ahora bien, retomando lo estrictamente atinente al objeto de la investigación que propondremos desarrollar, corresponde reiterar que las normas cuya transgresión se conmina con pena, naturalmente, de ninguna manera pueden decidir sobre los comportamientos que realmente llegan a ser objeto de una reacción jurídico-penal. Por el contrario, en el proceso de «aplicación» del derecho puede comprobarse una selección ulterior.

Tal selección depende de un sinnúmero de factores ligados ante todo a la imposibilidad práctica de perseguir todos los hechos punibles, de los cuales se toma conocimiento, razón por la cual, necesariamente, la actividad persecutoria se concreta en ciertas áreas principales. La decisión depende de criterios más o menos formales, o del todo informales, no establecidos jurídicamente, ello sobre todo en sistemas como el imperante en nuestro país que sostiene a rajatabla el principio de legalidad.

En efecto, lo que ocurre en nuestro medio es que la afirmación ciega del principio de legalidad, que vuelve la espalda a la realidad sin intentar dominarla o encauzarla, estableciendo los criterios de oportunidad por vía legislativa y responsabilizando política y jurídicamente al órgano encargado de definir y aplicar esos criterios, provoca graves disfunciones en el sistema, a más de las ya naturales en él, derivadas de los distintos sectores que lo operan. Así, la selección se oculta o disfraza, por el peso de la regla de la legalidad; por tanto, carece de transparencia, encubriendo, algunas veces, verdadera corrupción y, otras, un trato absolutamente desigual a quienes lo sufren, conculcando así los principios básicos que deben regir a cualquier Estado de Derecho.

Por lo demás, la disfunción comprende también al fundamento especulativo de la función del proceso penal y la pena estatal. En efecto, con el rechazo, al menos parcial, en el paradigma actual de la ciencia penal, de las teorías absolutas de la pena y el ingreso de las teorías utilitarias para legitimarla y acordarle su fin, el principio de legalidad pierde todo sustento ideológico, y, al contrario, es, precisamente, la utilidad, como fin y fundamento legitimante de la pena, la regla que justifica el principio opuesto, esto es, la oportunidad.

#### d) *El principio de oportunidad*

Conforme a lo expuesto resulta que en nuestra sociedad el discurso jurídico (principio de legalidad) difiere sustancialmente de lo que ocu-

re en la realidad (selectividad). La razón de tal discordancia —prescindiendo por un momento de la cuestión ideológica— se encuentra en que el aparato estatal, en cualquier sociedad de masas como la nuestra, no posee capacidad, por los recursos humanos y materiales de que dispone, para procesar todos los casos penales que en ella se producen.

Por otra parte, como ya fuera expresado, la selección resulta de la colisión de intereses, unos prevaleciendo sobre otros, según factores de poder y desigualdades reales.

Tales circunstancias, unidas a la ineficacia del sistema para reaccionar ante aquellos hechos que más gravemente lesionan la convivencia social en paz, respondiendo sólo frente a hechos de menor gravedad, determinan un total debilitamiento de la conciencia social con relación a los valores tutelados por las normas penales.

De tal modo, el sistema se muestra ineficiente también para alcanzar el fin que gran parte de la ciencia penal moderna le asigna a la pena estatal, esto es, la necesidad de reafirmar, mediante su imposición, aquellos valores fundamentales de los que depende la integración social y la convivencia social pacífica (prevención general positiva), confirmando la vigencia de las normas que los establecen a través de la aplicación de la consecuencia jurídica penal tan sólo a aquellos hechos disvaliosos más fraves, y reservando otros mecanismos de control social, distintos del derecho penal, para las conductas de menor grado de disvalor.

Conforme a ello, la afirmación del principio de oportunidad no resulta una postulación injusta, por referencia a la igualdad ante la ley de todos los habitantes, propia del Estado de Derecho, sino, por el contrario, representa un intento de conducir la selección según fines concretos, uno de los cuales puede ser, precisamente, corregir la aplicación práctica desigual de la ley, sin dejarla librada al azar, al acaso y a la arbitrariedad.

En consecuencia, la limitación de la persecución penal, por intermedio de los criterios de oportunidad, puede brindar una contribución útil a la solución de problemas actuales de nuestro sistema penal. Expresado en breve síntesis, dos son los objetivos principales para los que la aplicación de criterios de oportunidad se puede convertir en un auxilio eficaz: 1) la descriminalización de hechos punibles, evitando la aplicación del poder penal allí donde otras formas de reacción frente al comportamiento desviado pueden alcanzar mejores resultados o donde resulte directamente innecesaria su aplicación; 2) la eficiencia del sistema penal para aquellos hechos en los que resulta indispensable su actuación como método de control social, procurando el descongestionamiento de una justicia penal sobresaturada de casos, que no permite, precisamente, el tratamiento preferencial de aquellos que deben ser solucionados indiscutiblemente por el sistema.

Además, y esto es lo más importante, ello constituiría un intento válido de revertir la desigualdad que, por selección natural, provoca la afirmación rígida del principio de legalidad procesal. De lo contrario, la continuidad de la vigencia del actual sistema jurídico-penal imperante

en nuestro país significará resignarse a que la única igualdad posible de predicar sea aquella que Anatole France veía irónicamente como símbolo de la imperiosa majestad de la ley penal: «la que prohíbe por igual, a los pobres y a los ricos, robar pan y dormir debajo de un puente».

