

La Determinación de la Pena en el Procedimiento Abreviado¹

Fernando M. Rodrigo²

RESUMEN

El problema de la justificación de la pena, entendiendo a tal como el poder de la comunidad política cualquiera de ejercitar violencia programada sobre sus miembros, es uno de los mayores y más clásicos problemas del Derecho Penal y de la Filosofía del Derecho. La mayor parte de las decisiones judiciales en punto a la determinación de la pena pone de manifiesto con toda claridad que la graduación y elección de la pena en cada caso, se encuentra librada más que al arbitrio a la arbitrariedad del juzgador. En la determinación de la pena cobra virtualidad el mérito y utilidad del instituto que puede catalogarse como paradigmático en el campo de los procedimientos basados en el consenso, el *plea bargaining* o en nuestra legislación denominado procedimiento abreviado, que es un acuerdo entre el fiscal, el imputado y su Defensor y que evita el juicio oral, considerando que en dicho acuerdo debe determinarse la pena por las partes que luego será controlada por el Juez. El procedimiento abreviado conduce a una rápida y definitiva solución de la mayoría de los procesos penales; evita muchos de los efectos corrosivos debido a la forzosa

¹ Fecha de recepción: 18/05/2017. Fecha de aceptación: 02/06/2017.

² Fiscal Adjunto de la Unidad Fiscal Investigación y Juicio N° 1 –sede ciudad de Rosario- del Ministerio Público de la Acusación de la Provincia de Santa Fe, República Argentina – Presidente de la Asociación de Fiscales del Ministerio Público de la Acusación de la Provincia de Santa Fe, República Argentina - Magister en Derecho Procesal (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario -U.N.R.-, República Argentina) - Abogado (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario -U.N.R.-, República Argentina); Mediador Penal (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Santa Fe); Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, República Argentina (cátedras de Introducción al Derecho y Derecho Procesal Penal, y ex Docente de Derecho Penal I –Parte General-); Profesor del Instituto de Seguridad Pública (I.Se.P.) –ex Escuela de Cadetes de Policías- de la Provincia de Santa Fe, República Argentina. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) y de International Association of Prosecutors (IAP).

ociosidad durante la prisión preventiva de aquellos a quienes les ha sido denegada la libertad en espera del juicio; protege a la sociedad de aquellos acusados inclinados a persistir en su conducta criminal incluso durante su libertad provisional. De tal modo en los acuerdos de parte, cualquier sea el tipo de ellos, el órgano jurisdiccional debe descansar sobre lo realizado por las partes en un modelo de igualdad procesal y que necesariamente debe partir de la premisa de que tanto el actor penal público como la defensa han hecho bien su trabajo; no se pueden tolerar mecanismos de negociación que funcionen sobre la base de la desconfianza.

Palabras clave: *Penal. Derecho penal. Determinación de la pena.*

1 INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente cualquier estudio del proceso penal se inicia afirmando que este puede definirse como una variedad del proceso, junto a otros como el proceso civil, laboral o contencioso-administrativo. El elemento común a todos ellos es que constituyen el instrumento a través del cual se desarrolla la función jurisdiccional del Estado; siendo entonces que el calificativo “penal” permite afirmar que en esta variedad de proceso la función jurisdiccional se concreta en la protección del ordenamiento jurídico penal, en la realización del derecho penal sustantivo.

Desde esta última perspectiva cabe recordar la afirmación de Carnelutti en cuanto a que los términos delito, pena y proceso son rigurosamente complementarios (CARNELUTTI, 1994, p.16), por lo tanto se puede concluir que el proceso penal es el instrumento a través del cual se desarrolla el *ius puniendi* del Estado.

Lo hasta aquí expuesto, no es más que un recordatorio de los conceptos básicos sobre el proceso y el derecho penal, y su relación con la Teoría General del Proceso, y en el tema que nos ocupa re-

lacionarlo con los acuerdos de partes que pueden surgir a partir de la autonomía de la voluntad al estilo de lo que se habla de ella en el proceso civil, es decir dentro del ámbito de libertad que tienen las partes a partir del artículo 13 del Código Procesal Penal de Santa Fe (CPPSF) y de las demás normas concordantes³.

La idea de autonomía de la voluntad tradicional de la teoría general del derecho no es extraña al proceso penal, esta se encuentra expresada concretamente, verbigracia, el derecho a declarar o no hacerlo cuando lo considere necesario –no pudiendo obligarlo a hacerlo tal como lo establece el art. 18 de la Constitución Nacional Argentina- y en su caso responder o no preguntas, tal como lo establece el art. 277 y 280 del CPPSF, o también en el caso de la autodefensa estipulada en el art. 114 de dicho código.

En la problemática de la pena subyacen varios tópicos fundamentales del Derecho Penal, como así también, su vinculación e inserción con la Constitución Nacional. No puede descartarse o desatenderse a la pena, en razón de que la misma afecta la libertad, la honra y la vida del hombre.

La importancia del tema, se observa claramente al analizar las normas del ordenamiento jurídico, así, en toda norma penal hallamos que se encuentra establecido un hecho ilícito o entuerto –o sea la acción que debe realizar el sujeto- y una sanción –que es la consecuencia imputada al mismo-; esto suele expresarse en la perinorma “dado no P, debe ser S” , o en términos de lógica proposicional: $t = Ds$, sí, y sólo sí, la transgresión ocurre, entonces debe ser la sanción.

La pena es esencial para la comprensión del Derecho Penal, y esto es porque el Estado es quien tiene en su poder la fuerza y la aplicación del *ius puniendi* como también la creación de las figuras penales con sus correspondientes sanciones; las penas que hoy encontramos,

3 Una de las características principales del procedimiento acusatorio que consagra la ley santafesina radica en la posibilidad de desestructurar el procedimiento, pudiendo las partes disponer lo conducente a un mejor desarrollo del proceso, siempre respetando las garantías constitucionales. En tal sentido puede v. ERBETTA, Daniel, ORSO, Tomás, FRANCESCHETTI, Gustavo, y CHIARA DÍAZ, Carlos, *Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe. Comentado – Ley 12734*, Zeus, Rosario, 2008, pág. 78/9.

como las pautas para su valoración y aplicación, han evolucionado desde los comienzos de la humanidad⁴.

De acuerdo con lo que se viene relatando y planteando, junto a la teoría del delito y la teoría del sujeto responsable, existe una teoría de la determinación de la pena. En la teoría de la determinación de la pena, juegan criterios relativos al delito, también relativos al sujeto responsable, como así también los de necesidad de la pena y el de indemnidad personal, y es lo que se pretenderá explicitar en lo sucesivo a los fines de que el procedimiento abreviado sea respetuoso del ordenamiento jurídico en cuanto a la determinación de la pena.

2 LA PENA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO: LÍMITES INFRANQUEABLES

La diferencia entre las leyes penales y las no penales se encuentra en que las primeras habilitan penas y las segundas no. Es a partir del concepto de pena, como sostiene Zaffaroni, que debe construirse y desarrollarse la teoría del Derecho Penal (ZAFFARONI, 2006, p. 33); se han brindado muchos conceptos de pena, como también se han desarrollado infinidad de teorías sobre el fundamento y función de la misma, aquí no se abordará ese tema, sino sólo la cuestión de qué límites se encuentran para la determinación y aplicación de la misma, estos límites, se adelanta, pertenecen y se encuentran en la Constitución Nacional de un Estado de Derecho como es el nuestro.

En el mismo sentido, el autor señalado sostiene que además de los derechos y principios constitucionales que se aplican a cada cuestión que se presenta, existen cuatro principios básicos de raigambre constitucional y que son lineamientos en la construcción jurídica de la teoría de la coerción penal, estos principios son el de legalidad de la pena, el de la racionalidad de la pena, de humanidad

⁴ Encontramos manifestado ello en varios textos legales de la humanidad, a guisa de ejemplo: El Código de Hammurabi en Babilonia (siglo XXII a.C.), las Leyes de Manu en la India (siglo XI a.C.), las Leyes de Dracón en Atenas (siglo VII a.C.), o las Doce Tablas en Roma (siglo V a.C.), entre otros.

de la pena y por último el de personalidad de la pena (ZAFFARONI, 1988, pp. 112-113).

Ahora bien, el problema de la justificación de la pena, entendiendo a tal como el poder de la comunidad política cualquiera de ejercitar violencia programada sobre sus miembros, es uno de los mayores y más clásicos problemas del Derecho Penal y de la Filosofía del Derecho, siguiendo a Ferrajoli,

este problema ha puesto en un segundo plano las otras dos cuestiones de justificación externa relativas al «si. y al «por qué del derecho penal»: «si y por qué prohibir», que es una cuestión que antecede a aquella otra del «si y por qué castigar, y «si y por qué juzgar», que es una cuestión subsiguiente a las otras dos; (FERRAJOLI, 1995, pp. 247-248).

estas cuestiones, han tenido históricamente dos respuesta, por un lado la línea de principio positiva, por el otro, una línea de principio negativa⁵.

La justificación y los límites se encuentran en el Estado de Derecho, donde toda ley tiene que respetar y ser conforme a la Constitución, para ello, el Estado debe emitir normas previas, generales, abstractas, igualitarias, claras y precisas, que no se contradigan con los presupuestos sobre los que se construye el Estado, en definitiva, esas normas deben justificarse en la Carta Magna, con esta afirmación decimos que el Estado y las normas que de él emanan,

nace(n) de la Constitución, con los caracteres y atribuciones que ésta le fija. El Estado está, pues, dentro de la Constitución, de modo que la norma fundamental no es un

⁵ “Las respuestas positivas son las proporcionadas por las doctrinas que he llamado justificacionistas, en tanto en cuanto justifican los costes del derecho penal con fines, o razones, o funciones moral o socialmente irrenunciables. Las respuestas negativas son por el contrario las ofrecidas por las llamadas doctrinas abolicionistas, que no reconocen justificación alguna al derecho penal y propugnan su eliminación, bien porque impugnan de raíz su fundamento ético-político, bien porque consideran que las ventajas proporcionadas por él son inferiores al coste de la triple constricción que produce: la limitación de la libertad de acción para los cumplidores, el sometimiento a juicio de todos aquellos de quienes se sospecha que son incumplidores y el castigo de cuantos se juzgue que lo son...”, en FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid, 1995, págs. 247/8.

producto de aquél, sino que, al contrario, el Estado nace de la Constitución. No se trata que el Estado tenga una Constitución, sino que esté dentro de ella⁶.

De ésta manera, el Estado tiene límites, debe respetar los derechos de sus habitantes, debiendo actuar acorde a los principios fundamentales, respetando la libertad de todo hombre. Por lo tanto, la construcción del Derecho Penal, en la cual se encuentra la teoría de la pena, debe construirse dentro de las fronteras de la Carta fundamental, estableciéndose que puede ser objeto de pena y dando respuesta a cuales son los elementos que deben concurrir, como mínimo y con carácter general, para que algo sea punible⁷.

En este punto es donde cobra relevancia el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, principio que debe entenderse como límite del Estado liberal y democrático, que funciona como garantía de los individuos. Mediante este principio se exige que la ley penal debe estar determinada tanto el precepto, que consiste en la descripción de la acción definida como delito, como la sanción –pena-, que consiste en la consecuencia jurídica impuesta al autor del acto delictivo⁸, esta ley debe ser escrita, estricta, cierta, previa y debe tutelar bienes jurídicos constitucionalmente receptados⁹. El principio fundamental aquí, es que debe existir una adecuada relación entre delito y pena, en razón de que con la pena se reprocha al autor una transgresión, por lo que ello presupone culpabilidad, lo contrario sería “una represalia incompatible con el estado de derecho para un hecho por el cual el autor no tiene que responder. Con esta afirmación no hay duda que el límite superior de la infracción es la culpabilidad” (MOURACH, 1962, p.526).

6 DONNA, Edgardo A., *Teoría del Delito y de la Pena*, 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1996, tomo I, pág. 3. Puede c. también VITALE, Gustavo L., Estado constitucional de Derecho y Derecho Penal, en AA.VV., *Teorías actuales en el Derecho Penal, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 1998, págs. 74/5.

7 Puede v. MIR PUIG, Santiago, *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1982, págs. 41 y ss.

8 Puede c. TERÁN LOMAS, Roberto A. M., *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980, tomo I, págs. 129 y ss.

9 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo B. J., *Principio de legalidad. Alcances y precisiones*, en *Revista de Derecho Penal, Garantías constitucionales y nulidades procesales - I*, Nº 1, Director: Edgardo Alberto Donna, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2001, págs. 372/73.

La seguridad jurídica exige la previsibilidad y la capacidad previa de medir previamente la pena¹⁰, esto lleva “ a que exista una proporción entre pena y castigo, por una parte, y por otra, que la determinación y delimitación de comportamiento punible se realice sobre presupuestos constitucionales” (DONNA, 1996, p.6), este principio se encuentra receptado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, como también en los diferentes tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, artículo 75 inc. 22, así, verbigracia, encontramos, el art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Debe afirmarse que en el Estado de Derecho la ley previa exige que la descripción típica, la pena y sus consecuencias sean establecidas de antemano, es decir, previamente a la comisión del ilícito penal, de tal manera que el destinatario de la norma pueda prever la conducta que se ha legislado, todo ello en virtud de que el Derecho Penal tiene la función de preservar el Estado de Derecho, el mismo es “un apéndice indispensable del derecho constitucional de todo estado constitucional de derecho” (ZAFFARONI, 2006, p. 67).

3 CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA DETERMINACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA PENA

El derecho penal, enseñaba Bettiol, es una política, de tal modo, ninguna articulación dogmática, por sutil que sea y por sólida que parezca, admite ser coherentemente explicada, sin conexión con un objetivo político-criminal (BRTTIOL, 1958, p.5).

¹⁰ “Para que una norma armonice con el principio de legalidad es necesario que, además de describir la conducta reprochable, establezca la naturaleza y límites de la pena, de modo tal que al momento de cometer la infracción su eventual autor esté en condiciones de representarse en términos concretos la sanción con la que se lo amenaza”, CSJN, Cottonbel S.A. s/ apel. art. 6° ley 18.250 modif. por ley 19.877 (Secretaría de Marina Mercante), 17/09/1992, C. 219. XXIII, Fallos T. 315, P. 2101.

Constante esfuerzo se realiza para contener el poder punitivo del Estado¹¹, uno de los modos de contenerlo está dado en la cuantificación de la pena, que consiste en la cantidad de pena que el juez debe permitir que se ejerza en caso de condena, éste “es un momento esencial donde la agencia judicial agota su capacidad jurídica para mantener dentro de los límites más tolerables los impulsos expansionistas de la selectividad de la criminalización secundaria” (ZAFFARONI, 2006, p. 741).

A todos los operadores del derecho penal –abogados defensores, fiscales, jueces, científicos del derecho- se nos viene la pregunta de ¿cuánta pena para el hecho imputado a un sujeto determinado?, y nos encontramos con que no existe ninguna relación natural entre el delito y la pena, pero ello no excluye que ésta última deba ser adecuada al primero en alguna medida,

precisamente el carácter convencional y legal del nexo retributivo que liga la sanción al ilícito penal exige que la elección de la calidad y de la cantidad de una se realice por el legislador y por el juez en relación con la naturaleza y la gravedad del otro. El principio de proporcionalidad expresado en la antigua máxima *poena debet commensurari delicto* es en suma un corolario de los principios de legalidad y de retributividad, que tiene en éstos su fundamento lógico y axiológico (FERRAJOLI, 1995, p.398).

El principio de la proporcionalidad de la pena se remonta a la antigüedad¹², pero a partir de la Ilustración es donde se afirma la existencia y deber de aplicación de este principio, así encontramos que Beccaria pensó y expresó que “si la geometría fuese adaptable a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas,

11 Puede c. MOCCIA, Sergio, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistemática teologica*, Edizioni Scientifiche, Napoli, 1992.

12 La exigencia de que la pena sea proporcional a la gravedad del delito fue expresada ya por Platón, en *Las leyes*, págs. 220/2: “¿No hemos de distinguir entre el ladrón que roba mucho o poco, el que roba de lugares sagrados o profanos, ni atenderemos a tantas otras circunstancias enteramente desemejantes entre sí, como se dan en el robo, que siendo muy varias exigen que el legislador se atenga a ellas imponiendo castigos totalmente diferentes?...” El principio luego fue sancionado en la Carta Magna de 1215.

debería haber una escala correspondiente de penas en que se gradúasen de la mayor hasta la menos dura”, agregando que el que debe establecer las pautas para la proporcionalidad en el caso concreto no es otro que el legislador, así sostuvo que “al sabio legislador le bastará con señalar los puntos principales sin perturbar el orden, no decretando para los delitos del primer grado las penas del último”¹³.

La constante preocupación entorno a la determinación e individualización de la pena y los parámetros a seguir no es exclusiva de nuestro sistema, ya Jescheck ha expresado que

la praxis de la determinación de la pena en los tribunales alemanes vive, a causa de la falta de una teoría desarrollada de la determinación de la pena, en una situación de crisis permanente, que con su rápida sucesión y sus extremas oscilaciones pendulares ha contribuido no poco a dañar la confianza de la comunidad en la administración de la justicia”(JESCHECK, 1993, p. 678),

pero en nuestro país la situación es más preocupante, según lo sostiene Magariños¹⁴,

la mayor parte de las decisiones judiciales en punto a la determinación de la pena pone de manifiesto con toda claridad que la graduación y elección de la pena en cada caso, se encuentra librada más que al arbitrio a la arbitrariedad del juzgador, sin que las decisiones se presenten sobre la base de una justificación racional, limitándose, por lo general, a la mera remisión de lo establecido en los arts. 40 y 41 del código de fondo (MAGARIÑOS, 1993, p. 71).

El Código Penal de la República Argentina consagra, en los artí-

13 BONESANA, Cesare, Marqués de Beccaria, *De los delitos y de las penas*, traducción de Francisco Tomás y Valiente, Ediciones Libertador, Buenos Aires, 2005, pág. 83; Puede v. SECONDAT, Carlos Luis de, barón de la Bredé y de Monstequieu, *Del espíritu de las leyes*, 10 ° edición, traducción de Nicolás Estévanez, Editorial Porrúa S.A., México, 1995, págs. 61/62.

14 MAGARIÑOS, Mario, *Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena*, en *Determinación judicial de la pena*, compilador Julio B. J. Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, pág. 71. En el mismo sentido se encuentra Zaffaroni, quien sostiene que “...se debe confesar que se trata del campo más arbitrario en el ámbito de nuestra práctica tribunalicia y, por consiguiente, una fuente tremenda de inseguridad jurídica.”, en ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., tomo V, pág. 270.

culos 40 y 41, criterios para la determinación de la pena, estas reglas son de aplicación a las denominadas penas divisibles, es decir, a aquellas en que se establece un marco o escala penal dentro del cual debe determinarse la pena para el caso concreto, igualmente estos criterios -siguiendo a Patricia Ziffer- deben orientar la decisión judicial en casos de penas alternativas, incluso si la alternatividad se da entre penas no divisibles y divisibles¹⁵.

Asimismo debe considerarse la interrelación de las escalas penales de donde surgen los valores que el sistema -el legislador al dictar las normas- ha considerado, otorgando diferentes posiciones a los bienes jurídicos que si son violados se les aplicará una pena, en otras palabras de ellas surgen cual es la escala de valores en el ordenamiento jurídico. Ello debe complementarse con los fines de la pena y las reglas de la teoría de la imputación, debiendo el juez fundamentar explícitamente, para permitir el control crítico-racional del proceso de decisión¹⁶.

4 EL CONSENSO EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Refiriéndose al mérito y utilidad del instituto que puede catalogarse como paradigmático en el campo de los procedimientos basados en el consenso, el *plea bargaining*, el Tribunal Supremo estadounidense ha expuesto que éste conduce a una rápida y definitiva solución de la mayoría de los procesos penales; evita muchos de los efectos corrosivos debido a la forzosa ociosidad durante la prisión preventiva de aquellos a quienes les ha sido denegada la libertad en espera del juicio; protege a la sociedad de aquellos acusados inclinados a persistir en su conducta criminal incluso durante su libertad provisional; y, abreviando los plazos que discurren

15 ZIFFER, Patricia S., Comentario a los artículos 40 y 41, en *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, tomo II, Dirección: David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 59.

16 Cf. ZIFFER, Comentario a los artículos 40 y 41, en *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, op. cit., tomo II, pág. 59.

entre la acusación y la sentencia, incrementa las perspectivas de rehabilitación del culpable una vez que, pronunciada la condena, éste venga sometido al tratamiento penitenciario¹⁷.

Por otro lado, y alejándose de enfoques eficientistas, diversos autores han cuestionado insistentemente este tipo de procedimientos consensuales, por conllevar la oferta de reducción de pena a cambio de la aceptación, no discusión, o confesión de los hechos de cargo y la renuncia al juicio oral, una especie de coerción psicológica que excluye la voluntariedad del acusado, pues, ante la posibilidad de terminar prontamente el proceso, y con ello las cargas que éste ha podido acarrearle, y además con una pena sustancialmente menor a la que obtendría en un juicio ordinario, el acusado se vería naturalmente compelido a dimitir a ejercer su derecho a un juicio oral¹⁸. Esta crítica, se exaspera frente a procedimientos que admiten como objeto de la negociación entre el Ministerio Público y el acusado y su defensor, ya no sólo el rito a que se someterá el juzgamiento de los hechos, o la pena a que se expondrá el acusado, sino que incluyen también al mérito fáctico del proceso, permitiendo para ello al Ministerio Público disponer de éste con mayor o menor discreción.

El nuevo proceso penal santafesino, vigente desde el 10 de febrero de 2014, recibió un sistema acusatorio, que dejó la investigación y el ejercicio de la acción penal pública en manos del Ministerio Público de la Acusación de la Provincia de Santa Fe (art. 16 del CPPSF) el que puede celebrar procedimientos abreviados alternativos al juicio oral, en este tipo de procedimiento existen ciertos márgenes de negociación con el acusado, entre los que se encuentra la pena.

Dicho procedimiento abreviado consiste, en el juzgamiento del acusado en base a los antecedentes investigativos recopilados por el Ministerio Público de la Acusación durante la fase de investigación,

17 "New York vs. Santobello", 404 U.S. 257, 260 (1971). En términos similares se había ya pronunciado la American Bar Association, en sus *Standards for Criminal Justice*, 1970, *Commentary to Standard*, 14.3.1, fn.12.

18 Por todos, LANGBEIN, John H., *Tortura y "Plea Bargaining"*, en AA.VV., *El procedimiento abreviado*, compiladores Julio Maier y Alberto Bovino, Editores del Puerto, Bueno Aires, 2001, pág. 126.

los cuales, el acusado declara aceptar, al igual que los hechos de la acusación, renunciando por tanto al juicio oral, y, exponiéndose en caso de condena a una pena que no puede superar la solicitada por el fiscal.

Si bien, el procedimiento abreviado, en cuanto institución procesal basada en el consenso, es aún objeto de críticas (HORVITZ LENON; LÓPEZ MASLE, 2005, p.510) tal como ya he adelantado, principalmente por la coacción implícita en la exposición a una pena sustancialmente superior en caso de ejercer el derecho a juicio oral, hoy este procedimiento se ha legitimado y asentado con firmeza como parte esencial del sistema procesal penal, y la controversia se ha desplazado desde la esencia de la institución hacia la definición de sus contornos, es decir, hacia la precisión del objeto del consenso o pacto entre los que se encuentra la pena.

5 PARTICIPACIÓN ACTIVA DEL IMPUTADO

Los exponentes de la negociación han expuesto que “En las negociaciones complejas, cada cual considera al otro una persona difícil (...) No importa quién es el difícil; el reto es transformar un enfrentamiento en un ejercicio de solución conjunta de problemas” (FISHER, 1991, p.12).

Es aquí donde no sólo el Fiscal negocia o pone en consideración las pautas para determinar la pena sino que también lo hace el imputado y su abogado defensor, obviamente buscando cada parte satisfacer su posición y su interés; sobre la actuación del imputado y su voluntad de colaborar con la negociación en el procedimiento abreviado es donde se centra la aplicación de este instituto, en razón de que es el sindicado el que debe en primera instancia aceptar su responsabilidad en la realización o participación del hecho ilícito, para que posteriormente el Fiscal, con la contraparte, considere las pautas mensurativas de los arts. 40 y 41 del Código Penal de la República

Argentina como las agravantes y atenuantes genéricas o particulares de cada tipo penal, siendo en definitiva el imputado el que decidirá finalmente si se somete al juicio oral y público, o si renuncia a este derecho y se somete al procedimiento abreviado.

Cabe indicarse, aunque sea una obviedad, que en todas las decisiones del imputado, éste estará asistido por su abogado defensor quien lo asesorará y evitará que se vulneren los derechos y garantías del mismo.

Deviene entonces que el Juez en la audiencia oral y pública de procedimiento abreviado hará reconocer la firma al imputado y le preguntará si su acuerdo es libre y voluntario, escuchando al imputado en todo lo que decida manifestar con respecto al acuerdo.

Es necesario destacar que la comisión de un delito puede implicar a uno o más sujetos, siendo que el procedimiento abreviado deberá ser acordado con cada uno de ellos, no extendiéndose el acuerdo de uno para con otros, es exclusivamente al acusado que acordó y que aceptó su aplicación, pues si hay otro u otros imputados deberán sujetarse de modo individual a los requisitos para la aplicación del procedimiento abreviado, sin embargo, la pena a aplicar a cada uno deberá ser proporcional al hecho, la calificación y a las pautas mensurativas, no pudiendo existir una manifiesta desproporcionalidad entre uno y otro imputado salvo por cuestiones particulares que la ameriten, como ser, verbigracia, que uno es autor y el otro partícipe secundario.

Por lo tanto, una de las mayores características del procedimiento abreviado es que es ágil y eficiente, se está frente a una vía procesal donde lo esencial es la acortamiento de los trámites penales, basándose en una audiencia oral ante el Juez que realizará el contralor de legalidad correspondiente para luego dictar la sentencia homologatoria y aplicando la pena acordada por las partes de conformidad a los parámetros que establece el Código Penal Argentino, no pudiendo el magistrado modificar la misma, todo ello permite

lograr los principios procesales de inmediatez, oralidad, celeridad, concentración y colaboración de las partes, que son los principios básicos sobre los que descansa el código procesal santafesino que recepta al sistema acusatorio.

6 EL ACUERDO DE PARTES EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO Y LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS

La nota distintiva del procedimiento abreviado es que el acusado, con el debido asesoramiento legal, negocia la calificación y la pena, y que lo hace por propia conveniencia ya que, sin dudas, evalúa las posibilidades concretas que se le presentan y opta por una sentencia rápida y un monto de pena siempre menor como también de posibles reglas de conducta que pueden resultar beneficiosas para resocializar al imputado, ante una posibilidad cierta de condena, por lo que obtiene de dicho trámite una situación ventajosa.

Algunos autores, entre los que se encuentra Roberto Falcone, señalan, que la figura del procedimiento abreviado se inscribe dentro de lo que se llama legislación de emergencia, con la que se pretende combatir la morosidad judicial descongestionando el número de casos penales a la espera del juicio, y al mismo tiempo, el juicio oral y público se reserva para los casos más trascendentes, evitándole al acusado la pena del banquillo, y convirtiendo de esta manera a la publicidad en un derecho disponible, donde el imputado renuncia a la publicidad del juicio, a interrogar públicamente a los testigos de cargo, o cuestionar también públicamente el fundamento de la acusación¹⁹.

A mayor abundamiento, debe señalarse lo sostenido por Carrió en cuanto afirma que según nuestro sistema de garantías constitucionales nada impide que la garantía que consagra la pena sin juicio sea algo renunciable por el imputado, en la medida en que lo haga

¹⁹ Cf. FALCONE, Roberto A. y MADINA, Marcelo A., *El proceso penal en la provincia de Buenos Aires*, 2da. edición actualizada y ampliada, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, págs. 485 y ss.

conscientemente y con total conocimiento de sus consecuencias²⁰. En este sentido cobra trascendencia la presencia del abogado defensor aconsejándolo y explicándole la magnitud del derecho al que renuncia, se vuelve aquí indispensable, dentro del esquema que establece nuestro código de rito son las partes las que acuerden si el juicio tendrá lugar o no.

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia al expresar que

(...) al haber exteriorizado libremente, tanto el imputado como su defensor, la voluntad de concluir el referido concordato en la forma en que fue plasmado, cualesquiera que fuesen las razones que a ello los determinaron, no puede la parte intentar modificar, a posteriori y según su conveniencia, los términos en que aquél fue pactado(...)²¹

con este alcance, "...autorizar una modificación como la aquí pretendida implicaría vulnerar las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio de la contraparte, que prestó su consentimiento respecto de la totalidad de los puntos motivo de conciliación (...)²².

En estos casos cobra relevancia la llamada teoría de la responsabilidad por los actos propios que se desgaja del principio de buena fe que debe existir entre las partes, que impregna la totalidad del ordenamiento jurídico, y condena la adopción por el sujeto de actitudes reñidas con las que ha observado anteriormente en la misma relación jurídica, en este sentido nuestro máximo tribunal ha expresado que es dable exigir a las partes un comportamiento coherente ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, desestimando toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que -merced a sus actos anteriores- se ha suscitado en el otro²³ no sólo la buena fe sino

20 CARRIÓ, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 5ta. edición actualizada y ampliada, 2da. reimpresión, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pp. 125 y ss.

21 Cám. Nac. Casación Penal, causa n° 11.526, "Aquino, Cristian Daniel s/recurso de queja", rta. el 3 de julio de 2009, reg. n° 14.190 de la Sala I.

22 Cám. Nac. Casación Penal, Sala I, causa n° 4966 "Samperi, César Damián s/recurso de queja", reg. N° 6208, del 26/9/2003.

23 C.S.J.N., Fallos: 311:971.

también la seguridad jurídica se encontrarían gravemente resentidas si pudiera lograr tutela judicial la conducta de quien traba una relación jurídica con otro y luego procurara cancelar sus consecuencias para aumentar su provecho.

La teoría de los actos propios viene expresada en los brocardos latinos “*Nemo contra Factum proprius venire potest*” ó “*adversus factus suum quis venire non potest*” ó “*venire contra Factum proprios Nemo potest*” y que es común sintetizarla como que nadie puede ir o volver válidamente sobre o contra sus propios actos; la misma tiene sus orígenes tanto en el derecho alemán, como en la jurisprudencia española y en el derecho inglés cuyo instituto lleva el rótulo de *stoppel*.

Los presupuestos de la “teoría de los actos propios” se resumen en tres: **a)** la conducta inicial, que constituye el *factum proprium*, consistente en un hecho o hechos que demuestran la toma de posición respecto de determinada situación jurídica; **b)** la unidad de situación jurídica, la contradicción debe observarse en el marco de una misma relación o situación jurídica; **c)** si el *factum proprium* y la conducta posterior que lo contradice deben emanar del mismo sujeto jurídico y en relación al mismo sujeto jurídico.

En resumen, la aludida teoría de los actos propios es aquella que vela por la coherencia de la conducta de los intervinientes en el proceso y según la cual las partes, no pueden contradecir sus propios actos anteriores, deliberados, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces, y en consecuencia no puede afectar la pena determinada en el acuerdo y sometida a homologación de un magistrado.

7 LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Es el artículo 339 del Código Procesal Penal de Santa Fe (CPPSF) la fuente legal de la determinación de la pena en el acuerdo abreviado, en razón de que dicha norma establece los requisitos del acuerdo,

a saber (...) 1) los datos personales del Fiscal, del defensor y del imputado; 2) el hecho por el que se acusa y su calificación legal; 3) la pena solicitada por el Fiscal; 4) la conformidad del imputado y su defensa respecto de los requisitos precedentes y del procedimiento escogido; 5) en su caso, la firma del querellante o en su defecto, la constancia de que el Fiscal de Distrito lo ha notificado del acuerdo y no ha manifestado en término su disconformidad. En caso de disconformidad será necesaria la firma del Fiscal General; 6) cuando el acuerdo versara sobre la aplicación de una pena que excediera los ocho (8) años de prisión, se requerirá además la firma en el mismo del Fiscal General.

Al igual que el Código Procesal Penal de la Nación Argentina (CPPN), el santafesino (CPPSF) hace poco o escaso reparo de la forma en que debe arribarse a la determinación de la pena, en virtud de que la ley procesal no dispone mecanismos, requisitos o pautas a seguir o considerar por parte del Fiscal o de la contraparte, y que el Juez pueda controlar, pudiendo estimar entonces la pena libremente, quedando quizá a la discrecionalidad del actor penal, esto no es nuevo en nuestra legislación, sino que sigue la línea de una larga tradición que señala que en materia de fijación de pena, a falta de referencias concretas, existe un poder discrecional en manos de la autoridad encargada de su aplicación (ZYSMAN B., 1997, p. 335).

Los únicos límites que encontraría el Fiscal estaría dado por el máximo legal correspondiente a la calificación legal escogida y como otro límite, que impediría o frustraría la celebración del acuerdo, el rechazo por parte del imputado y su defensor de la pena escogida por el Fiscal.

Expresa Rafecas, en comentario a la normativa del código de rito nacional, similar al santafesino, que si bien

se trata de un acuerdo o pacto, lo cierto es que de la letra de la ley, no surge con claridad que ambas partes estén en un pie de igualdad en cuanto a la fijación de la pena que

corresponde al caso: la ley está dirigida en este punto exclusivamente al fiscal, es este funcionario el que la estima, y es a quien se le exige que acompañe la conformidad del imputado y su defensor. De todo esto se desprende un claro dominio de la situación por parte del fiscal desde el mismo punto de partida de la negociación en ciernes²⁴.

Nuestro modelo tiene antecedente en el derecho norteamericano, en el instituto del *plea bargaining*, el fiscal es quien define el objeto de la discusión, ya que fija el hecho y la calificación legal, si el Juez admite la pretensión penal, el imputado es condenado, sin citar al jurado ni realizar el juicio, y el tribunal pasa a la etapa de determinación de la pena, que se encuentra regido desde 1987 por las *Federal Sentencing Guidelines*, que funciona como un código dirigido a los jueces, de pautas orientativas de la mensura de la pena con carácter vinculante (ZIFFER, 1996, pp. 191-192).

El *plea bargaining* es una verdadera negociación de la acción penal, mediante la cual el fiscal puede concertar con el imputado condiciones más favorables para éste último, siempre a cambio de su confesión, lo que se expresa finalmente en la imposición de una pena menor a la que correspondería (BOVINO, 1995, p. 591). Sin embargo, la diferencia esencial entre ambos, es que esta práctica de los E.E.U.U. no respeta los principios de legalidad ni de verdad, pues el acuerdo permite no perseguir todos los delitos atribuidos, o la admisión como ciertos, de hechos de menor gravedad que los ocurridos realmente.

Por otra parte, en Italia, si bien existe un proceso especial denominado juicio abreviado, previsto en los arts. 438 al 443 del Código Procesal Penal italiano, no puede compararse con el nuestro, dado que sólo es un pacto sobre las formas, la calificación legal y la pena la fija el juez y éste debe reducir en forma tasada la pena correspondiente.

24 RAFECAS, Daniel Eduardo, *La estimación de la pena por parte del fiscal en el marco del juicio abreviado*, en http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=93

Nuestro procedimiento abreviado guarda mayor vinculación con la denominada aplicación de la pena a instancia de las partes, dado que aquí sí se pacta sobre la calificación legal y sobre la pena, propuesta de la cual el juez no se puede apartar. Sin embargo, guarda dos diferencias sustanciales: está previsto sólo para delitos que permitan una proposición de pena de hasta dos años; y al fiscal la ley también le fija la disminución tasada de la pena que hubiere correspondido aplicar (un tercio)²⁵.

Tal como está estructurado actualmente nuestro sistema penal -que sigue respondiendo al principio de legalidad y al de verdad, salvo contadas excepciones (verbigracia, suspensión del juicio a prueba)-, no hay un marco jurídico que permita incorporar en el acuerdo criterios de oportunidad, este debe circunscribirse a la cantidad o calidad de la pena aplicable al caso concreto, de acuerdo a la calificación jurídica que corresponde al hecho acusado, que además de flagrante, confesado o reconocido por el imputado, debe encontrarse acreditado concordantemente por las pruebas de la investigación preparatoria.

No se trata, entonces de que el acuerdo pueda libremente evitar la pena para algunos delitos, reprimiéndose solo otros, o que la pena a imponer sea inferior al mínimo de la escala prevista para el delito acusado, o que se tenga como probado un hecho distinto del que ocurrió, o como existentes uno que no está acreditado que exista, o que el acusado participó en él (aun cuando, en realidad algunas de estas cosas puedan ocurrir).

Se trata de acordar un punto entre el mínimo y el máximo de la escala penal conminada para el delito de que se trata (o la elección de una pena entre las previstas como alternativas) que a criterio del acusado le resulte favorable, como contrapartida de su consentimiento al procedimiento más rápido y económico (caso de flagrancia) o de su reconocimiento o aceptación de los hechos que se le atribuyen. La

25 RAFECAS, Daniel Eduardo, *La estimación de la pena por parte del fiscal en el marco del juicio abreviado*, en http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=93

confesión ha sido valorada tradicionalmente como una circunstancia atenuante de la pena²⁶.

En definitiva, el procedimiento abreviado se enmarca en la llamada Justicia Negociada, que en la práctica se ve en la negociación de los hechos, la calificación legal y la pena que acuerdan las partes, esta última condiciona y limita al Juez al cual se le somete el procedimiento abreviado, en razón de que la misma ha surgido y ha sido acordada en conversaciones previas entre el Fiscal, el imputado y su defensor.

Los problemas que podrían surgir en la negociación de la pena como una solicitud de pena desproporcionada –por su desmesura mayor– con la ofrecida en el procedimiento abreviado, donde el imputado decide ir a juicio oral haciendo ejercicio de sus derechos, no debería ser un problema cierto, en virtud de que en primer lugar se cuenta con el defensor que lo asesora y en segundo término será el Juez el deberá observar y preguntar al imputado si fue o no su decisión objeto de presiones, es obvio, que el fiscal, para que el imputado acepte finalizar el proceso por vía de la abreviación le ofrecerá beneficios, los cuales también pueden ser solicitados por el defensor y/o imputado al Fiscal, como ser la aplicación de la menor pena posible según el delito que hubiere cometido, donde por ejemplo, se puede considerar la reparación a la víctima o la confesión del hecho, circunstancias que deben valorarse por parte del actor penal.

8 ACUERDO DE PARTES Y SU HOMOLOGACIÓN JUDICIAL

Como el propio nombre de este instituto lo indica se está ante un procedimiento y no proceso, y aunque esto parezca sólo una cuestión

²⁶ La Jurisprudencia argentina ha admitido la confesión como atenuante de la pena, valorándola como un indicio favorable de la personalidad del imputado al ser demostrativa de arrepentimiento (vgr. CCrim, Rosario, Sala 11.17/4/80. 'H.M.F. y otro'. en Zeus, Tomo 20-166; CNFed, Sala Crim. y Corre, 20/10/70, 'Rodríguez, Antonio y otro', en LL 142-522; CNCrim. y Correc, Sala V, 31/5/68, 'Alonso Alberto', en LL 133-477). Ya el Proyecto Tejedor incluía explícitamente la confesión como atenuante de la pena. Sobre este tema puede v. CURRUCHAGA, Hugo, *La ética y la confesión en el procedimiento penal*, LL 1985-D, 1180.

terminológica no lo es, las diferencias son esenciales y es importante precisarlas, para ello hay que definir que es el “proceso”; siguiendo a Alvarado Velloso, proceso es un concepto lógico, “el medio de discusión de dos litigantes ante una autoridad según cierto procedimiento establecido por ley”, que a su vez se diferencia del género que es el “procedimiento”, que es un concepto jurídico, el cual lo conceptualiza como “La sucesión de actos ordenados y consecutivos vinculados causalmente entre sí, por virtud de la cual uno es precedente necesario del que le sigue y éste a su turno consecuencia imprescindible del anterior”. Por eso el procedimiento es el género y el proceso la especie, ya que éste último es “el método de debate dialéctico y pacífico entre dos personas actuando en pie de perfecta igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad”²⁷.

Así, acusador y acusado, situados en un mismo pie de igualdad, enfrentados a través de un contradictorio, en el cual aportaran sus postulaciones, realizando cada una de las etapas, a saber: una “afirmación”, una “negación”, una “confirmación”, y una “alegación” (evaluación o conclusión), quedando los cuatro elementos que conforman el proceso, que sin alguno de ellos no existe el mismo, es decir, que el debate oral o plenario es el proceso, no así el procedimiento abreviado, donde nada más se persigue la finalidad de homologar lo acordado por las partes²⁸.

Esta idea es palmariamente visible de lo establecido en el propio código de rito, recuerdo que el art. 339 del CPPSF no requiere que se acompañe o enumere la evidencia con la que cuentan el Fiscal o la Defensa, ni siquiera, establece algún tipo de efecto o sanción si la misma está ausente, en la práctica, las partes enumeran la evidencia recolectada, que aclaro no es prueba dado que no fue incorporada al debate aún para ser evaluada y controlada, sólo se la inserta a los

27 ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Sistema Procesal. Garantía de la Libertad*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, Tomo I, págs. 65 y ss.

28 En cuanto al sentido de denominarlo procedimiento abreviado coinciden los Dres. Erbetta, Orso, Franceschetti y Chiara Díaz, en tal sentido puede v. ERBETTA, ORSO, FRANCESCETTI y CHIARA DÍAZ, *Nuevo Código Procesal Penal...*, op. cit., pág. 644.

finés gráficos de demostrar la actividad que han realizado las partes.

En otro orden de cosas y en cuanto concierne a la prueba, cabe destacar que habiendo renunciado las partes, a través de la selección del instituto del procedimiento abreviado, al desarrollo de la etapa del juicio propiamente dicha; esto es, entre otras cosas, a la producción de la prueba en una audiencia de debate, donde se impone el contradictorio y predomina la aplicación de las reglas generales contenidas en el artículo 3 CPPSF; mal puede el juez valorar la evidencia colectada y mencionada en un escrito de solicitud de procedimiento abreviado presentado por las partes, toda vez que la misma no ha sido producida conforme las reglas señaladas.

De ello puede inferirse, entonces, que al limitarse la función del magistrado al "reconocimiento" -a través de una sentencia- de un acuerdo, producto de negociaciones entre las partes, no resultaría acorde ni menester con las consideraciones señaladas, que el mismo se inmiscuya en cuestiones que las partes han tenido por ciertas o no -de acuerdo a la evidencia colectada- y que han orientado a definir el reconocimiento del hecho y su autoría por parte del encartado y la calificación legal y el monto de la pena seleccionada, definidas por las partes. Además y respecto de la pena impuesta, también consensuada entre las partes, atento la naturaleza de la acción, las circunstancias personales y demás pautas mensurativas de los artículos 40 y 41 del Código Penal Argentino y la limitación que impone la petición de pena acordada, no aparece tampoco como posible de ser impugnada una vez acordada.

Ahora bien, entonces que es lo que hace el Juez en el procedimiento abreviado, en primer lugar controla que se cumplan las garantías del imputado, atento a lo que las partes pongan en conocimiento del mismo, y posteriormente homologa el acuerdo, entonces, ¿qué es o en que consiste homologar? Según la Real Academia Española (RAE), en su Diccionario de la Lengua Española, en su tercera acepción vinculada a la actividad de una autoridad dice que **homologar es**

“contrastar el cumplimiento de determinadas especificaciones o características de un objeto o de una acción”, en consecuencia, el Juez en el procedimiento abreviado, que como se dijo no hay producción de prueba y por lo tanto ausencia de contralor o merituación alguna, **lo que hace es contrastar que se dé cumplimiento a lo requerido en el art. 339 del CPPSF.**

La doctrina autoral, también **sostiene que el pronunciamiento judicial en el marco de un procedimiento abreviado es una homologación judicial,**

(s)u naturaleza ha sido definida como una '**homologación jurisdiccional' de una confesión condicionada,** con alcances de transacción para el supuesto de abarcar intereses particulares (...) La condición es precisamente que la pretensión de abreviación sea convalidada jurisdiccionalmente (ERBETTA, ORSO, FRANCESCHETTI y CHIARA DÍAZ, 2008. pp. 644, 657, 658 y 659).

En conclusión, encontrándonos en un procedimiento y no en un proceso, el Juez, lo que hace es homologar el acuerdo presentado por las partes, controlando el cumplimiento legal, no pudiendo intervenir más allá que lo permitido por el art. 343 del CPPSF. Por lo que no se advierte cuál es el perjuicio o interés concreto que posee el imputado respecto de una sentencia condenatoria sobre la cual prestó conformidad, no ejerciendo el derecho constitucional que le corresponde de debatir los hechos en una audiencia de juicio oral. Para que la impugnación sea admisible, la resolución atacada debe contener una decisión desfavorable para el impugnante, lo que no sucede cuando se respeta estrictamente lo convenido previamente. Y si bien el “perjuicio” surge de la propia sentencia que lo responsabiliza penalmente, lo cierto es que ésta es consecuencia inmediata de la conformidad del interesado, por lo que habilitar una vía recursiva contra aquélla implicaría aceptar un comportamiento autocontradictorio con directa afectación del principio de buena fe que debe reinar en todo acuerdo de partes.

9 AUSENCIA DE PERJUICIO PARA EL IMPUTADO QUE ACUERDA UN PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Frente a un procedimiento abreviado, según De Diego Diez (1997, p. 60), se pueden distinguir tres posibles escenarios: primero, que se produzca una sentencia de “conformidad verdadera”, que son aquellas que se ajustan a lo aceptado mutuamente; segundo, que se produzca una “conformidad alterada”, donde el Juez se aparta en algún punto del pacto; y tercero, que se dé el caso de “conformidad aparente” donde se dan sentencias de conformidad donde faltan alguno de los presupuestos necesarios.

Entonces, cuando una sentencia cumple con el respeto arribado a las partes, luego del contralor legal y constitucional pertinente, es que se transforma en una sentencia irrecurrible o inimpugnable, así se ha afirmado que

(...) su desconocimiento violaría la doctrina de los actos propios, de la seguridad jurídica, generaría indefensión en las otras partes, encierra un fraude procesal, o se ha acudido también a indicar que en supuestos tales no existe propiamente el gravamen preciso que legitima el recurso del apelante (SEOANE SPIEGELBERG, 1999, p. 604).

Asimismo, otros autores, como Antonio del Moral García, al analizar el art. 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que

Si a partir de la descripción de los hechos aceptada por todas las partes..., refiere que esto supone en mi opinión la prohibición de que el juzgador cuestione el hecho conformado. No habiéndose desplegado actividad probatoria, el Juzgador no puede invadir ese terreno pues carece de todo elemento de juicio y si el acusado aceptó unos hechos el Juez o Tribunal puede jugar a “profeta” y “adivinar” que esos “hechos” no iban a ser probados de celebrarse el juicio. Puede constatar la voluntariedad de la conformidad del acusado, pero no valorar la prueba de los hechos (DEL MORAL GARCÍA, 2015).

Para que el recurso de apelación, como cualquier otro medio recursivo, sea admisible, la resolución atacada debe contener una decisión desfavorable para el impugnante, lo que no sucede cuando se respeta estrictamente lo convenido previamente, por lo tanto resulta inadmisibles cualquier impugnación contra una sentencia que respete lo acordado por las partes. Cabe añadir que existe jurisprudencia estable a nivel nacional que avala esta posición que se sostiene y que, declara inadmisibles la vía recursiva del imputado frente a decisiones adoptadas producto de un acuerdo de partes que no fue modificado por el tribunal sentenciante²⁹.

Desde otro ángulo, debe reconocerse el limitado alcance del precedente "Araoz" de la Corte Suprema Nacional. Allí, nuestro máximo tribunal sólo señaló que se debió dar una respuesta al agravio planteado oportunamente por la defensa pero no se pronunció concretamente sobre el fondo del asunto; en esa oportunidad, el fundamento principal de la Corte para resolver radicó en el cambio de la calificación legal que había impuesto el tribunal de juicio al dictar la sentencia, así, teniendo en cuenta que éste había condenado por un delito al que le correspondía una escala penal más leve que la convenida por las partes, la Corte consideró que ello era suficiente para que la defensa recurriera con el argumento de que debía aplicarse un monto de pena menor al acordado ya que el tipo penal seleccionado representaba un menor peligro para el bien jurídico seguridad pública.

Finalmente,

existe otro fundamento por el cual el recurso de apelación es inadmisibles para el imputado y que tiende a asegurar la vigencia del propio instituto son las razones de conveniencia ya que, de otro modo, ningún fiscal va a consentir

²⁹ Así lo ha resuelto, por ejemplo, Cám. Nac. Casación Penal, Sala I, *in re* "Burgos, Lorena s/ recurso de casación", reg. n° 16.609, causa n° 12.271, de fecha 21/09/2010; autos "Cano, Jorge R. y otros s/ recurso de casación", reg. n° 17.272, causa n° 13.398, de fecha 17/02/2011; entre otros; Cám. Nac. Casación Penal, Sala III, en autos "Bayona, Paola Eugenia y otro s/recurso de casación", reg. n° 1282/12, causa n° 15.135, de fecha 12/09/2012. También es el temperamento adoptado por otros superiores tribunales del país, a guisa de ejemplo puede v. Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, en la causa "Córdoba, Miguel A.", de fecha 30/05/2011.

el uso del procedimiento abreviado en la medida en que permanezca latente la posibilidad de que el imputado o su defensa logren la revisión de la sentencia condenatoria no obstante haber acordado previamente un determinado monto de pena. Como se dijo, el principio de buena fe que rige en todo acuerdo adquiere especial significancia e impide que una de las partes (en este caso el centro de interés formado por el binomio: imputado-abogado defensor) intente revisar en otra instancia el convenio realizado con el representante de la acusación penal pública. No es ocioso recordar que, por aplicación del principio de la no reformatio in pejus toda revisión de la sentencia promovida sólo por el enjuiciado nunca podría perjudicarlo, con lo cual el imputado se estaría asegurando un "máximo" de pena a cumplir al acordar previamente con la parte acusadora (por regla, un monto menor del que el fiscal solicitaría en el marco de un juicio oral) para luego aspirar a una reducción o supresión de la condena en otra sede jurisdiccional. (LANZÓN, 2014, p.942).

10 EFECTOS DEL CONSENSO EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Es un lugar común afirmar que el proceso penal anglosajón ha ido ganando terreno frente al proceso penal de origen continental, siendo uno de los pilares del sistema anglosajón que cuando hay juicio la verdad opera como garantía del imputado, pero, cuando el juicio no se celebra el consenso o acuerdo de partes cumple la misma función (LANGER, 2001, p. 121), siendo este el criterio que adopta el código de rito santafesino, donde se otorga facultades transaccionales a las partes sobre aspectos relevantes como lo demuestra el instituto de procedimiento abreviado.

Debe otorgarse confianza a las alternativas para la solución de conflicto penales, que como el procedimiento abreviado, constituyen una vía de simplificación consensual, ya no será el órgano jurisdiccional el encargado de controlar el grado de verdad procesal alcanzada por las partes, sino que ese control lo podrán efectuar adecuadamente la defensa y el representante del Ministerio Público

de la Acusación quien, no es ocioso recordarlo, no sólo es parte en el proceso sino que debe ajustar su actuación sobre la base de criterios objetivos en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. Frente a ello, la jurisdicción sólo conserva su potestad de efectuar el control básico de legalidad, lo que en el tema en análisis se traduciría no más que en la verificación del consentimiento informado del imputado.

Si esto es así, no existen motivos válidos para habilitar una vía recursiva tendiente a revisar la decisión judicial que homologó el acuerdo al cual arribaron los contrincantes en el proceso.

En síntesis, cada procedimiento abreviado debe ser visto como un compromiso de los litigantes que refleja el logro de un acuerdo responsable, de allí que deban responder por sus propios actos. En definitiva, la decisión sobre su aplicación en un caso concreto es una cuestión de estrategia profesional que está fuera del control judicial, el que queda reservado sólo para aquellos supuestos en los que se compruebe la falta de información del imputado que presta la conformidad necesaria para tal negociación.

11 CONCLUSIÓN

En los acuerdos de parte, cualquier sea el tipo de ellos, el órgano jurisdiccional debe descansar sobre lo realizado por las partes en un modelo de igualdad procesal y que necesariamente debe partir de la premisa de que tanto el actor penal público como la defensa han hecho bien su trabajo; no se pueden tolerar mecanismos de negociación que funcionen sobre la base de la desconfianza. Lo contrario, implicaría aceptar el accionar irreflexivo de las partes, en detrimento para el imputado y, en última instancia, para la sociedad que nunca llegará a obtener una respuesta de los casos sometidos al proceso penal.

Por este motivo, no es sorprendente que los mecanismos de ne-

gociación y acuerdo de partes no sean bien vistos por los modelos de enjuiciamiento inquisitivos y que no hayan sido legislados hasta no hace mucho, siendo el código de nuestra provincia uno de sus mayores exponentes en aceptar la posibilidad de acuerdo tal como lo exige un sistema acusatorio respetuoso de la Carta Magna.

Como se infiere de esta problemática, todo gira en torno a qué lugar debe ocupar el órgano jurisdiccional frente a los convenios y acuerdos que celebran las partes durante el proceso penal, hay que aceptar que el consenso entre los adversarios en un litigio es suficiente para la construcción de la verdad sobre lo ocurrido, es lo que se denomina verdad consensuada³⁰, de modo de no permanecer atados a la búsqueda de la verdad real independientemente de las pretensiones de las partes.

THE DETERMINATION OF PENALTY IN THE ABBREVIATED PROCEDURE

ABSTRACT

The problem of justification of punishment, understood as the power of the political community to exercise scheduled violence against its members, is one of the greatest and most classic problems of Criminal Law and the Philosophy of Law. Most of the judicial decisions regarding the determination of the sentence clearly show that the graduation and election of the sentence in each case is more than arbitrary to the arbitrariness of the judge. The merit and usefulness of the institute, which can be classified as paradigmatic in the field of procedures based on consensus, plea bargaining or in our legislation called the abbreviated procedure, which is an agreement between the prosecutor, Imputed and its Defensor and that avoids

30 Puede v. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Proceso y Verdad*, en AA.VV., *Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial*, Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 2014, págs. 117 y ss.

the oral trial, considering that in that agreement must be determined the penalty by the parties that soon will be controlled by the Judge. The plea bargaining leads to a quick and definitive solution of most criminal proceedings. Many criminal cases are resolved out of court by having both sides come to an agreement. This process is known as negotiating a plea or plea bargaining. In most jurisdictions it resolves most of the criminal cases filed. Either side may begin negotiations over a proposed plea bargain, though obviously both sides have to agree before one comes to pass. Plea bargaining usually involves the defendant's pleading guilty to a lesser charge, or to only one of several charges. It also may involve a guilty plea as charged, with the prosecution recommending leniency in sentencing. The judge, however, is not bound to follow the prosecution's recommendation. The agreement between parts of their type, the court must rest on what has been done by the parts in a model of procedural equality, which must necessarily be based on the premise that both the public criminal actor and the have done their job well.

Keywords: *Criminal Law. Plea Bargain. Guilty Plea. Judgment. Claiming Innocence After Guilty Plea.*

RESUMO

A CONDENAÇÃO NO PROCEDIMENTO ABREVIADO

O problema da justificação de punição, entendendo como o poder da comunidade política para exercer qualquer dos seus membros violência programada, é um dos problemas maiores e mais clássicos do Direito Penal e da Filosofia do Direito. A maioria das decisões judiciais na sentença mostra claramente que a gradação e a escolha da pena em cada caso é entregue ao invés do critério arbitrário do juiz. O mérito e a utilidade do instituto, que podem ser classificados como paradig-

mático em matéria de procedimentos baseados em consenso, delação premiada ou em nossa legislação chamou o procedimento abreviado, que é um acordo entre o promotor, o acusado e seu defensor e que evita os julgamentos orais, considerando que no referido acordo deve ser determinada a pena pelas partes e isso será controlado pelo juiz. A delação premiada leva a uma solução rápida e definitiva a maioria dos processos penais. Muitos casos criminais são resolvidos fora do tribunal por ambos os lados tendo chegado a um acordo. Este processo é conhecido como negociação de um apelo ou barganha. Na maioria das jurisdições ele resolve os casos criminais arquivados. Ambos os lados que começam as negociações podem até barganhar por uma proposta, embora, obviamente, ambos os lados têm que concordar antes que uma venha a acontecer. Barganha envolve o réu geralmente se declarar culpado de uma acusação menor, ou em relação a apenas uma das várias acusações. Também pode envolver uma confissão, com a acusação recomendando indulgência na sentença. O juiz, no entanto, não está obrigado a seguir a recomendação da acusação. O acordo entre as partes de seu tipo, o tribunal deve analisar o que foi feito pelas partes em um modelo de igualdade processual, que deve necessariamente basear-se na premissa de que tanto o ator público quanto o profissional têm feito seu trabalho bem.

Palavras-chave: Direito Penal. Plea Bargain. Culpado. Julgamento. Reivindicar inocência após um pedido de culpa.

REFERENCES

"New York vs. Santobello", 404 U.S. 257, 260 (1971). En términos similares se había ya pronunciado la American Bar Association, en sus *Standards for Criminal Justice*, 1970, *Commentary to Standard*, 14.3.1, fn.12.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. **Sistema Procesal**. Santa Fe: Garantía de la Libertad, Rubinzal-Culzoni, 2009.

BETTIOL, Giuseppe. **Diritto Penale**. Parte Generale, 4º ed., Palermo: G. Priulla Editore, 1958.

BONESANA, Cesare, Marqués de Beccaria, **De los delitos y de las penas, traducción de Francisco Tomás y Valiente**, Buenos Aires: Ediciones Libertador, 2005.

BOVINO, Alfredo. **Simplificación del procedimiento y Juicio abreviado, en AA.VV., Primeras Jornadas Provinciales de Derecho Procesal**. Córdoba: Colegio de Abogados de Córdoba, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el proceso penal**. Trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Librería El Foro, 1994.

CARRIÓ, Alejandro D. **Garantías constitucionales en el proceso penal**. 5ª ed. Actual. y ampl. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo. **La conformidad del acusado**, Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 1997.

DEL MORAL GARCÍA, Antonio. **La conformidad en el proceso penal**, en <http://www.unis.edu.gt/ap/fetch/conformidad-proceso-penal.pdf>. Consultada en fecha: 22 out. 2015.

DONNA, Edgardo A. **Teoría del Delito y de la Pena**, 2º ed. Buenos Aires: Astrea, 1996, tomo I.

ERBETTA, Daniel; ORSO, Tomás; FRANCESCHETTI, Gustavo y CHIARA DÍAZ, Carlos, **Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe. Comentado** – Ley 12734, Zeus, Rosario, 2008, pág. 78/9.

ERBETTA, ORSO, FRANCESCHETTI y CHIARA DÍAZ, **Nuevo Código Procesal Penal**.

FALCONE, Roberto A.; MADINA, Marcelo A. **El proceso penal en la pro-**

vincia de Buenos Aires, 2ª ed. Actual. y ampl. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trads. Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid: Editorial Trotta, 1995.

FISHER, Roger; URY William, **Sí, de acuerdo! Como Negociar Sin Ceder**. Trad. Eloisa Vasco Montoya, 5ª reimpresión Bogotá: Editorial Norma, 1991.

HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián, **Derecho Procesal Penal chileno**, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005, tomo II.

JESCHECK, Hans-Heinrich, **Tratado de Derecho Penal. Parte General**, Trad. por José Luis Manzanares Samaniego, 4ª ed. Granada: Comares, 1993.

LANGBEIN, John H., Tortura y "Plea Bargaininig", en AA.VV., **El procedimiento abreviado**. Compiladores Julio Maier y Alberto Bovino, Bueno Aires: Editores del Puerto, 2001.

LANGER, Maximiliano. **La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado**, en AA.VV., *El procedimiento abreviado*, MAIER, Julio B. J — BOVINO, Alberto (compiladores), Buenos Aires: Del Puerto, 2001.

LANZÓN, Román P. **El recurso de apelación contra la sentencia dictada en el marco de un procedimiento abreviado**. Análisis sobre la base del Código Procesal Penal De Santa Fe, ley 12.734, LLLitoral 2014 (octubre), 942.

MAGARIÑOS, Mario. **Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena, en Determinación judicial de la pena**. Compilador Julio B. J. Maier, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**, tomo II, traducción de Juan Córdoba Roda, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, tomo I.

MIR PUIG, Santiago. **Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho**. 2º ed., Bosch, Barcelona, 1982.

MOCCIA, Sergio. **II diritto penale Ira essere e valore**. Funzione della pena e sistemática teleológica, Napoli: Edizioni Scientifiche, 1992.

PRUNOTTO LABORDE, Adolfo B. J. **Principio de legalidad**. Alcances y precisiones, en Revista de Derecho Penal, Garantías constitucionales y nulidades procesales – I, N° 1, Director: Edgardo Alberto Donna, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2001.

RAFECAS, Daniel Eduardo. **La estimación de la pena por parte del fiscal en el marco del juicio abreviado**, en http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=93

SECONDAT, Carlos Luis de, barón de la Bredè y de Monstequieu, **Del espíritu de las leyes**, Trad. de Nicolás Estévanez, 10ª ed. México: Editorial Porrúa S.A., 1995.

SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. **Los recursos en el procedimiento abreviado**. En Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña, REV - AD - N° 03, 1999.

TERÁN LOMAS, Roberto A. M., **Derecho Penal**. Parte General. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980.

VITALE, Gustavo L. **Estado constitucional de Derecho y Derecho Penal**, en AA.VV., Teorías actuales en el Derecho Penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio R. y otros, **Manual de Derecho Penal-Parte General**, 2ª. Ed., Ediar, Bs. As., 2006.

ZAFFARONI, Eugenio R. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General, Buenos Aires: Ediar, 1988, tomo V.

ZIFFER, Patricia S. **Lineamientos para la determinación de la pena.** Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.

ZIFFER, Patricia S., **Comentario a los artículos 40 y 41, en Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial,** tomo II, Buenos Aires: 2002.

ZYSMAN B. de QUIRÓS, Diego. **Determinación judicial de la pena y recurso de Casación,** en AA.VV., *Nueva Doctrina Penal - 1997/A*, Buenos Aires: Editorial Del Puerto, 1997.