

A PROPÓSITO DE UN FALLO SOBRE LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL PRIVADA POR INACTIVIDAD

PROYECCIONES ACTUALES DE UN DEBATE ANTIGUO

Por José Raúl HEREDIA¹

RESUMEN: Nos ha parecido de interés retomar el debate sobre las atribuciones del Congreso y de las provincias, que subyace en la solución que contiene una sentencia relacionada con la extinción de la acción penal privada por inactividad del querellante, porque en verdad él se proyecta en nuestros días, de un modo más amplio, igualmente en vinculación con la garantía del plazo razonable de duración del procedimiento penal, con los criterios de oportunidad y con la suspensión del juicio a prueba –y, más genéricamente, con lo que puede llamarse el *consenso en el proceso penal-*, materias que las leyes locales vienen regulando.

Recientemente, se ha publicado en este medio² una sentencia que se pronuncia por la constitucionalidad de las normas procesales que prevén el desistimiento de la acción penal privada por inactividad y sus efectos, ellas contenidas en el Código nacional - artículo 422, inc. 1º y 423-. La decisión no fue unánime, ya que se estimó en disidencia que dicha normativa violenta facultades exclusivas del Congreso nacional.

Los argumentos de la mayoría y de la minoría remiten a un debate de antigua data que interesa recordar, y, además, examinar en sus proyecciones para la suerte de determinados institutos regulados en los códigos provinciales.

I. FACULTADES DEL CONGRESO Y DE LAS PROVINCIAS. EL DEBATE DE CONSTITUCIONALIDAD

1. La sentencia que comentamos se expidió acerca de estas dos normas contenidas en el Código procesal penal de la Nación (CPrPenNac):

¹ Académico Correspondiente en Comodoro Rivadavia, Chubut, Argentina, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Sobre la base de la nota publicada con el mismo título en elDial.com - DC151E, en 24/02/2011.

² V. [elDial.com - AA67BF]. Causa N° 44.268 -“Robledo, Guillermo y otro s/calumnias” – CNCRIM Y CORREC FED – SALA I - 08/11/2010.

Desistimiento tácito. Art. 422. - *Se tendrá por desistida la acción privada cuando:*

1°) *El querellante o su mandatario no instaren el procedimiento durante sesenta (60) días.*

2°) *El querellante o su mandatario no concurrieren a la audiencia de conciliación o del debate, sin justa causa, la que deberán acreditar antes de su iniciación siempre que fuere posible y hasta los cinco (5) días posteriores.*

3°) *En el caso de las acciones por calumnias e injurias previstas en el Código Penal, habiendo muerto o quedado incapacitado el querellante, no comparecieren los legitimados para proseguir la acción, dentro de los sesenta (60) días de ocurrida la muerte o la incapacidad.*

Efectos del desistimiento

Art. 423. - *Cuando el tribunal declare extinguida la acción penal por desistimiento del querellante, sobreseerá en la causa y le impondrá las costas, salvo que las partes hubieran convenido a este respecto otra cosa.*

El desistimiento de la querrela favorece a todos los que hubieren participado en el delito que la motivó³.

Normas semejantes están contenidas en los ordenamientos provinciales.

2. Habíamos recordado que una norma específica del Código de Córdoba de 1939⁴ fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁵. Merece destacarse que Sebastián Soler como Procurador General ante la Corte, se expidió en favor de la constitucionalidad de la solución normativa, de naturaleza procesal. Dijo entonces, fijando el alcance de la controversia: *“Tal como ha sido planteada, pues, la cuestión sometida a V. E. impone una delimitación precisa y clara de los respectivos*

³ Particularmente esta previsión final, por la expansión que las normas locales le atribuyen al desistimiento tácito, sin intervención del querellante –quien puede dividir subjetivamente la acción–, merece la crítica del doctor Julio Maier: OPP, comentario al parágrafo 392.

⁴ Decía ese Código en lo que interesa aquí recordar: **“Desistimiento tácito – 449.** Se tendrá por desistida la acción privada: / 1°- Cuando el querellante o su mandatario no inste el procedimiento durante un mes, sin justa causa; / 2° - Cuando el querellante o su mandatario no concurran a la audiencia para el debate sin justa causa, que deberán acreditar antes de su iniciación; 3° – Cuando habiendo muerto o quedado incapacitado el querellante, no comparezca alguno de sus herederos o representantes legales para proseguir la acción dentro de los sesenta días a contar desde la muerte o incapacidad”. **“Efectos del desistimiento –** Cuando la Cámara declare extinguida la acción penal por desistimiento del querellante, sobreseerá en la causa se impondrá las costas a aquél, salvo que las partes convengan otra cosa. / El desistimiento de la querrela favorece a todos los que hubieren participado en el delito que la motivó”. **“Audiencia de reconciliación - 453.** En el juicio por calumnias o injurias y dentro del término fijado en el artículo 451, el Presidente de la Cámara convocará a las partes a una audiencia de reconciliación; si el acusado no concurre, la causa seguirá su curso, y si no comparece el querellante, sin justa causa, se lo tendrá por desistido, con costas”.

⁵ En *EL DEVENIR DEL ENJUICIAMIENTO PENAL*, Rubinzal-Culzoni, 2003, X, 2, ps. 335 y sigs.

*campos de acción legislativa de la Nación y de las Provincias, partiendo al efecto de la premisa indiscutida de que a la primera le corresponde dictar los códigos de fondo y a las segundas las pertinentes leyes procesales*⁶. Y añadió enseguida: *“Ahora bien, quien no quiera errar (...) no ha de perder de vista en ningún momento que el proceso penal presenta características que lo distinguen muy netamente del proceso civil”*.

Subrayó en tal sentido que cuando el juicio penal ya ha sido puesto en marcha mediante la acusación dirigida contra una persona determinada, es preciso un pronunciamiento que ponga término definitivo a la pretensión punitiva ejercida por el acusador, sea público o particular. Y aseveró: *“Es equivocada, por ello, la posición de quienes, inspirados en principios propios del derecho privado, quieren distinguir un concepto material de la acción penal de otro concepto procesal o formal de la misma”*. Tal distinción, si válida dentro del juicio civil, no es aceptable dentro del proceso penal que, según nuestra concepción, repudia la absolución de instancia y proclama el *“non bis in ídem”* como principio esencial de garantía. Entonces, la misma naturaleza del proceso penal conduce a reconocer que el acusado tiene derecho a obtener el agotamiento de la acción penal. Y remarcó que, de otro modo, podría mantenerse a una persona bajo proceso durante toda su vida, remitiéndose a la ley 13.569 que dispuso que la prescripción se interrumpía con la secuela de juicio –motivo ya superado en la ley penal vigente-. Ello así, pues hubiese bastado con reavivar el procedimiento con algún acto de procedimiento.

Concluyó de esa suerte en la legitimidad de las prescripciones como las del Código de Córdoba –entonces, artículo 449, inc. 1º- o el de la Capital –entonces, artículo 174- que imponen al querellante por delito de acción privada la obligación de instar el procedimiento dentro de plazos determinados.

Avanzó después en el examen de los efectos de esa inactividad del querellante; nuevamente subrayó las diferencias entre el proceso civil y el proceso penal así como el carácter de irrevocable que reviste la acción penal para sostener la necesidad de reconocer que el acusado tiene derecho a que esa acción se agote en todos los casos, por

⁶ Nos hemos referido en diversas ocasiones a este sistema de reparto de competencias consagrado en la Constitución de la Nación. Recordábamos en *EL DEVENIR...*: “Los alcances de la delegación en el Congreso que supuso el artículo 64, inc. 11 de la Constitución de 1853, después 67 inc. 11 en 1860, fue materia de temprano debate entre los propios constituyentes y luego en el seno del Congreso nacional, en oportunidad de tratarse el Código Civil y también proyectos de ley de jurados. Puede verse nuestro trabajo *“Vélez, el Codificador, su Obra y la Constitución Nacional”*, en Libro Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield, publicado por la Academia Nacional de Derechos y Ciencias Sociales de Córdoba en el bicentenario del natalicio del Codificador, Año 2000, Tomo IV, pp. 209-233. Más recientemente, el doctor Petracchi se ha referido a él en su voto en disidencia en el fallo de la Corte Suprema in re *‘Cena, Juan Manuel c. Provincia de Santa Fe’* de fecha 18 de noviembre de 1999: ver nuestra nota *“Demandabilidad del Estado y Ejecución de Sentencias”* publicada en la página web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba” (nota 7, p. 336). V. Fallos: 244:568, “Abascal”. El dictamen tiene fecha 28 de abril de 1958.

lo cual se conduce a una única solución, esto es, el agotamiento de la acción penal por vía de una declaración de sobreseimiento definitivo a favor del imputado.

Se hizo cargo de inmediato de la objeción –que es la que se aprecia en la sentencia que inspira esta nota, en el voto disidente y aún subyace en los votos de los jueces que formaron la mayoría, que se expiden en favor de la constitucionalidad por haber emanado la norma en cuestión del Congreso, salvando así la dificultad, que, de ese modo, queda vigente cuando se trata de ordenamientos provinciales- que sustenta que de esa forma resultan modificados los plazos de prescripción del Código Penal ya que el simple transcurso de un mes, por ejemplo, bastaría para dar por extinguida la acción penal. Respondió a ello: *“Pero la objeción carece de fundamento sólido porque reposa sobre un equívoco, equívoco que proviene de no haber reparado que la atribución de las legislaturas locales para legislar sobre el agotamiento de la acción penal cuando ella ya ha sido ejercida, es tan válida desde el punto de vista de lo dispuesto en el art. 67, inc. 11 (hoy 75, inc. 22) de la Constitución Nacional, como la atribución del Congreso para legislar sobre las causas que pueden motivar la extinción de la pretensión punitiva (art. 59 del C. P.)”. “Se ha olvidado, en efecto, que el término de un mes fijado en el art. 449, inc. 1º, del Código de Córdoba, funciona una vez que se ha iniciado el juicio por delito de acción privada, es decir cuando el querellante y acusado se han convertido ya en sujetos de una relación procesal cuya duración no tiene en absoluto por qué quedar subordinada a lo que en materia de prescripción de la pretensión punitiva pueda haber establecido el Código Penal, desde que todo lo relativo a la regulación del procedimiento es del exclusivo resorte de las Provincias”.*

Culminó Soler: *“Para terminar diré que en mi opinión el respeto debido a la garantía de la defensa en juicio no solamente impone aceptar la validez de aquellas disposiciones que tienen por objeto obligar a la parte acusadora –sobre todo en los delitos de acción privada- a activar el procedimiento, sino que por el contrario, debe inducir a dudar seriamente de la conveniencia y, más aún, de la legitimidad de todo precepto o interpretación que obste al agotamiento de la acción penal, haciendo posible la prolongación indefinida de la situación de procesado”.*

El dictamen de Soler⁷ no tuvo ninguna proyección en la sentencia de la Corte porque ésta adujo, para rechazar la apelación extraordinaria, que ella se había condicionado al recurso de reposición lo que la hacía improcedente, citando *Fallos*: 239:195; 240:50; 241:202⁸.

3. La Corte ya se había expedido por la inconstitucionalidad de tal normativa. En el precedente que cita el mismo Procurador en su dictamen, afirmó la Corte que sólo el

V. Fallos: 244:568, “Abascal”. El dictamen tiene fecha 28 de abril de 1958.

⁸ La sentencia data de 30 de setiembre de 1959. La suscribieron Benjamín Villegas Valsavilbaso, Aristóbulo D. Aráoz de Lamadrid, Luis María Boffi Boggero y Julio Oyhanarte.

Congreso de la Nación se halla autorizado para establecer las circunstancias que suspenden o interrumpen el curso de los plazos, y que las leyes procesales cuando emplazan o conminan para la realización de cierto acto dentro de determinado plazo, sólo pueden sancionar el incumplimiento o la omisión por la vía de la caducidad del derecho a cuyo ejercicio se insta; y aún avanzar, cancelando definitivamente la secuela, pero no decidir la pérdida de acciones propias de una materia distinta de la que conforma la sustanciación solemne y prolija de los juicios. Argumentó, asimismo, que la inactividad de las partes, en determinadas condiciones y durante el lapso señalado por la ley, puede ser, siempre que no afecte la defensa en juicio, considerada legalmente como abandono de la querrela y provocar la clausura de las actuaciones respectivas. Entendió, así, que no se encontraba en esas condiciones el artículo 450 del entonces Código de Procedimiento Penal de Córdoba, en tanto, excediendo los límites máximos del proceso en sí, decidía que aquella conducta conducía al sobreseimiento por "extinción de la acción" penal, atribuyendo al desistimiento que la referida omisión comportaba el efecto de "la renuncia del agraviado" establecida en el inc. 4° del art. 59 del Código Penal, como una de las causas extintivas en delitos de acción privada. Y sentó entonces que la forma de la renuncia aludida no constituye materia procesal, en la que cada Provincia pueda legislar indistintamente pues se trata de una causa de extinción de acciones prevista especialmente en el Código Penal, como también lo es la prescripción⁹.

Obsérvese, este fallo recayó en relación con la Constitución de la Nación de 1949: *"La materia legislativa asignada al Congreso de la Nación por el inc. 11 del art. 68 de la Constitución, es perfectamente propia, separable e inconfundible de la que el mismo precepto atribuye a las Provincias. La delimitación de una y otra es, pues, esencial cuando se trata de establecer si una ley de provincia ha invadido lo que es de incumbencia exclusiva del Poder, legislativo Nacional; y para ello ha de considerarse además que, la facultad de las provincias de legislar sobre procedimientos judiciales, lo es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que sancione el Congreso. Se circunscribe así la facultad de las provincias en materia procesal a lo que positivamente debe comprenderse en ella, vale decir que, si pueden señalar las reglas de acuerdo con las cuales los procesos vinculados con los códigos que al Congreso incumbe dictar, han de sustanciarse y terminarse, tal atribución no autoriza a destruir ni anular los preceptos de las leyes fundamentales que al mismo poder corresponde sancionar"*.

Este tramo *"la facultad de las provincias de legislar sobre procedimientos judiciales, lo es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que sancione el Congreso"* parece una extensión infundada de la atribución del Congreso de dictar los códigos llamados de fondo y una restricción del principio, de base histórica como se sabe, establecido en la Constitución según el cual las provincias conservan los poderes no delegados en la

⁹ Fallos: 219: 400, in re "Miranda, Luis A., y otro", 1951.

Constitución –el histórico artículo 101 (1853), luego 104, hoy 121, C.N.-. Recuérdese que en la Constitución de 1949, que reemplazó a la histórica de 1853/60, se eliminó el artículo 102 de la Constitución, referente a la previsión del juicio por jurados, por entenderse que se trataba de una cuestión de procedimiento¹⁰, pero no se alteró sin embargo el sistema de repartos de competencias ni los alcances de las atribuciones del Congreso y de las provincias en la materia. Así, en su artículo 97 se reprodujo la norma histórica de 1853 – artículo 101, luego 104, hoy 121 como hemos dicho- y en el artículo 68, inciso 11 se contempló idénticamente –salvo la referencia al juicio por jurados, que se eliminó- la atribución de códigos.

Debemos adelantar desde ya que entendemos que ese pronunciamiento de la Corte no se hizo cargo de la afectación del *ne bis in idem*. En línea con lo sostenido por Sebastián Soler, a quien citó, Clariá Olmedo enseñó que queda afectada así esa garantía: “*El desistimiento no puede limitarse a la instancia, vale decir, al proceso, por cuanto el querellado tiene el derecho de ampararse en el non bis in idem*”¹¹.

Al comentar el parágrafo 391 de la OPP –*Desistimiento y restitución*-¹², el doctor Julio Maier hace notar como un acierto que ese ordenamiento no contempla como causa de desistimiento tácito la falta de impulso procesal –*aclara, caducidad de la instancia pero con efecto material*- en un plazo determinado porque reconoce en materia penal la

¹⁰ Como hemos recordado, se dijo: “...la supresión de este artículo resulta inexcusable, porque impone el juicio por jurados en materia criminal, cuando es lo cierto que al cabo de casi 100 años el precepto sigue incumplido. Por otra parte, ese problema tan debatido doctrinalmente no es de orden constitucional, sino meramente procesal y regulable en la ley correspondiente”: v. HEREDIA, José Raúl, *LECTURA CONSTITUCIONAL DEL PROCESO PENAL*, Opúsculos de Derecho Procesal Penal, -1-, Ediciones Del Copista, Córdoba, 2010, p. 57, nota 57.

¹¹ V. vol. IV, p. 425, nro. 1092. Reseña Clariá las opiniones vertidas por Enrique Martínez Paz (h) y Ricardo Núñez que se pronunciaron por la inconstitucionalidad. Clariá, en cambio, sostuvo la validez de estas previsiones locales aunque sugirió mejorar el derecho del querellante, como la previa intimación para que dé comienzo el plazo o la limitación de los efectos a los supuestos de inexcusable intervención del querellante para que el proceso no se detenga. El doctor Enrique Martínez Paz (h) había censurado la potestad provincial para reglamentar el artículo 59 del Código Penal, a los fines de establecer en qué casos se entenderá que media renuncia, desde un examen de la renuncia tácita prevista en el Código Civil que Clariá consideró no aplicable. Aunque entendamos con Clariá que no resultan de aplicación las consideraciones de orden civilista en el caso, podría recordarse que la manifestación tácita de la voluntad está expresamente prevista –artículo 915, 918, Cód. Civ.- y que el silencio opuesto a actos o a una interrogación es considerado como una manifestación de voluntad cuando “haya una obligación de explicarse por la ley” dice el artículo 919. Es lo que ocurre cuando las leyes procesales imponen a las partes el deber de expedirse, por ejemplo, al contestar la demanda oportunidad procesal en que deben reconocer o negar cada uno de los hechos expuestos en ella, la autenticidad de los documentos acompañados que se les atribuyen y la recepción de las cartas y telegramas a ellas dirigidas que se acompañen con el libelo introductorio de la pretensión –artículo 356, Cód. Proc. Civ. Nac. y sus similares provinciales-. Es claro que este análisis supone, en el terreno que examinamos en esta nota, admitir que las provincias tienen facultad para imponer la obligación de expedirse al querellante y de regular el efecto cuestionado, que es la posición que sustentamos.

¹² Gómez Colomer traduce: *Desistimiento de la acción: reposición al estado anterior (EL PROCESO PENAL ALEMÁN, BOSCH, Barcelona, 1985)*.

obligación del tribunal de hacer progresar el procedimiento hasta la sentencia sin necesidad de excitación extraña. Luego, al anotar el párrafo siguiente –*Efecto del desistimiento*– menciona el debate constitucional del que venimos dando cuenta y se inclina, *en lo jurídico*, por la inconstitucionalidad de las disposiciones locales –aunque hace notar que ellas son innecesarias y deberían eliminarse en vinculación con el desistimiento por inactividad conforme elogia la solución alemana en su comentario al párrafo 391– pero, *políticamente*, dice, admite como mejor la posición sostenida por Soler y Clariá, más adecuada ella a las necesidades de nuestro enjuiciamiento penal y de nuestra acción privada.

En el Código que redactó para Chubut, consagra este límite para preservar la garantía que impide la múltiple persecución penal: “*El desistimiento del acusador privado o el abandono de la acción ejercida, en los casos previstos por la ley, implica la imposibilidad de volver a ejercer la acción penal por el mismo hecho y contra la misma persona imputada*”.

4. Hemos de recordar también que la Corte Suprema se expidió con posterioridad en el precedente “*Taussig*”¹³. Se da cuenta en él que inicialmente se había dictado el sobreseimiento por abandono de la acción, que quedó firme, y que con posterioridad el querellante promovió una nueva acción, que fue impugnada por el querrelado sobre la base del principio de prohibición del doble o múltiple juzgamiento. El Tribunal cimero, luego de sortear, para admitir el recurso extraordinario, su propia doctrina según la cual las resoluciones cuya consecuencia sea la obligación de seguir sometido a proceso criminal no reúnen la calidad de sentencia definitiva¹⁴, subrayando que el derecho federal –tal, el rango que le asignó al *ne bis in idem*¹⁵– a no ser perseguido penalmente dos veces por el mismo hecho sólo es susceptible de tutela inmediata y que el desarrollo del proceso desvirtuaría el derecho invocado, sostuvo que, agotada la vía recursiva en una causa

¹³ “*Taussig, Jorge F. s/ art. 109 y 110 del Código Penal*”. T. 61. XXIII.; 30-07-1991; T. 314 P. 742. Véase también Rev. La Ley, t. 1991-E, con nota de Alejandro D. Carrió, pp. 32-34.

¹⁴ V., entre otros, *Fallos*: 249:530 y 408; 274:440; 276:130; 288:159; 295:405; 298:408; 307:1030; 308:1667; 310:195; 313:1491.

¹⁵ La jerarquía constitucional y los alcances del *ne bis in idem* han sido establecidos por la Corte: ver, entre otros, *Fallos*: 308:1678; 310:360; 311:67; 314:377; 316:687. Nos hemos detenido (en *LECTURA CONSTITUCIONAL DEL PROCESO PENAL, OPÚSCULOS...*, .1., op. cit.) en el precedente “*MAZZEO*”, recordando que allí dijo: “...nuestra Constitución no previó originariamente en forma expresa esta garantía. Sin embargo (...) se la ha reconocido tradicionalmente como una de las no enumeradas -art. 33 de la Constitución Nacional- (conf. *Fallos*: 248:232 -dictamen del señor Procurador General-; 298:736; 300:1273; 302:210). A su vez, ha sido incorporada en forma sustancialmente análoga en el art. 14, número 7, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8° número 4. / En el ámbito nacional, la garantía ha sido entendida como aquella que impide la múltiple persecución penal, simultánea o sucesiva, por un mismo hecho. (...) no se trata exclusivamente de que una persona sea condenada dos veces por el mismo hecho, sino que basta para incurrir en la violación de la garantía con que se la someta al riesgo -por medio de un nuevo proceso- de que pueda ser condenada” (“*Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad -Riveros-*”. M. 2333. XLII; REX; 13-07-2007; T. 330 P. 3248).

anterior, y firme el sobreseimiento definitivo dictado en ella, la sustanciación de una nueva querrela constituye una violación de la garantía constitucional que protege contra el doble juzgamiento.

Hemos de decir que el Procurador General¹⁶ en su dictamen apreció que era menester sostener la cosa juzgada, aunque sí coincidió con el fallo impugnado en cuanto a la inteligencia que cabía atribuir al artículo 174 del Código procesal, entonces vigente, y sostuvo la imposibilidad de sobreseer al querrellado de darse el supuesto contemplado en dicha norma, remitiendo a *Fallos: 276: 376*¹⁷. La Corte no se adentró a la cuestión de constitucionalidad de la potestad provincial frente a la del Congreso, resolviendo el caso como se ha visto.

Por su parte, Alejandro Carrió en la nota a ese fallo de la Corte destacó la importancia de la cita del caso “*Mattei*”¹⁸ –que el Tribunal citó entre otros- en el que sustentó que los individuos sometidos a proceso gozan del derecho constitucional a que su situación de incertidumbre sea resuelta dentro de un plazo razonable¹⁹.

¹⁶ Oscar E. Roger.

¹⁷ “*Rouges, León c/ Aliaga García, Fernando Eugenio*”, 1970, T. 276, P. 376. Dijo allí: “*El art. 617, inc. 1º, del Código de Procedimientos en lo Criminal de la Provincia de Tucumán, al establecer que se tendrá por desistida la acción privada cuando el querellante o su mandatario no insten el procedimiento durante tres meses, sin justa causa, es contrario al inc. 4º del art. 59 del Código Penal y, por tanto, inconstitucional, ya que se trata de materia reservada, por el art. 67, inc. 11 de la Constitución, al Congreso Nacional*”. Añadió: “*Las leyes procesales locales, cuando emplazan o conminan para la realización de ciertos actos dentro de determinado plazo, sólo pueden sancionar el incumplimiento o la omisión por la vía de la caducidad de la instancia a cuyo ejercicio se insta y aun cancelar definitivamente la secuela, pero no decidir la extinción de acciones, materia prevista en los Códigos que al Congreso Nacional incumbe dictar*”. Pero, se trata de un error evidente esta doctrina; es que, como lo enseñaron Soler y Clariá, nuestra concepción del proceso penal –diseño constitucional del mismo- impide la llamada absolució de la instancia e impone la garantía del *ne bis in idem* como principio de inexcusable observancia para los tribunales. Se remitió aquí la Corte a otro precedente, “*Nazareno, José, y otros*”, 1967, T. 267, P. 468, en que adujo: “*El art. 453, inc. 1º, del Código de Procedimientos en lo Penal de la Provincia de La Rioja, en cuanto autoriza a declarar extinguida la acción penal en delitos de acción privada cuando el querellante o su mandatario no instan el procedimiento durante dos meses, es contrario al inc. 4º del art. 59 del Código Penal y, por tanto, inconstitucional, por estar la materia reservada, en el art. 67, inc. 11, de la Constitución, al Congreso Nacional*”

¹⁸ “*Mattei, Ángel*”, 1968, T. 272, P. 188.

¹⁹ El autor enfatizó en esa nota, remitiéndose a una anterior suya –en La Ley, 1990-D, 479- que del fallo se desprendía, además del derecho constitucional a un juicio rápido, los límites a la potestad anulatoria de los tribunales cuyo ejercicio implique que un imputado, que ha pasado ya todos los avatares de un juicio penal, sea obligado a transitar nuevamente etapas superadas. Y aguardaba entonces, a partir de lo que dijo allí la Corte, una expansión que limitara la potestad anulatoria de los tribunales. Hay que decir que esa espera no fue en vano ya que la Corte, efectivamente, ha ido limitando esa potestad con invocación de los principios de preclusión procesal –al que aludió en “*Mattei*”- y de la garantía del *ne bis in idem* hasta llegar a pronunciamientos en mayoría –por caso, en “*Sandoval*” (fallado en 31 de agosto de 2010) -. En “*Alvarado*” (“*Alvarado, Julio s/ averiguación infracción art. 3º ley 23.771. (ANSes). A. 67. XXXI. A. 85. XXX; 07-05-1998; T. 321 P. 1173*), todavía en minoría, los jueces de la Corte, doctores Petracchi y Bossert, se interrogaron: “*¿Es posible -a la luz de nuestro derecho federal- que, en un caso como el de autos, en el que es el acusador público quien requiere la revocación de la sentencia absolutoria, se someta al imputado a un nuevo juicio íntegro cuando ya soportó uno válidamente cumplido en todas sus partes?*” Se respondieron de este modo:

5. Conviene traer a colación ahora un antiguo precedente de la Corte cuyos alcances presentan en nuestros días igualmente un indudable interés, como se verá. En un caso llegado desde la Provincia de Entre Ríos²⁰, en que el Ministerio Fiscal impugnó el artículo 936 de la ley procesal entonces vigente basado en los artículos 67, inciso 11, 108 y 31 (Constitución de 1853/60), declaró la inconstitucionalidad de esa norma. La misma, preveía que ninguna causa criminal podía durar más de dos años si el imputado había sido detenido o preso y que vencido ese término el juez debía fallar condenando o absolviendo. En el caso, los defensores de los dos acusados invocaron esa disposición señalando que el proceso había durado más de dos años sin que se hubiera abierto la causa a prueba. La acusación presentada pretendía una condena de veinticinco años de reclusión y doce de prisión, respectivamente. Hizo notar la Corte que por aplicación de esa disposición legal, sin que la causa hubiera llegado al estado de prueba, se dictó sentencia absolutoria que aceptaba como causa de extinción de la acción penal el término de dos años fijado en dicha norma, artículo 936 del ritual provincial.

Adviértase que estamos ahora en el campo de la acción penal pública. Dijo allí la Corte que el Código Penal establece en su título X las causas de extinción de las acciones y de las penas; en su artículo 62, fija el tiempo en que se opera la prescripción de la acción penal que debe ser igual en todo el territorio de la Nación atento el carácter nacional del Código Penal, artículos 31 y 67, inc. 11. Y sentenció el Tribunal que esa unidad y uniformidad de la ley penal había sido desconocida en el pronunciamiento apelado en el que, dijeron el juez de primera instancia y la Cámara, como no podían condenar sin violar el artículo 18, C. N. por falta del juicio previo, se absolvió a los acusados por aplicación de ese artículo de la ley local. Éste, afirmó la Corte, establecía en realidad una prescripción de dos años inexistente en el Código de fondo y que sólo regiría en la Provincia de Entre Ríos.

"(...) 8°) Que una constante jurisprudencia del Tribunal que reconoce su base en el precedente de Fallos: 272:188 (caso 'Mattei'), lleva a dar una respuesta negativa a dicha pregunta. / 9°) Que de la doctrina sentada en tal precedente, esta Corte extrajo la regla general según la cual no hay lugar para retrotraer un proceso penal a etapas ya superadas cuando éstas han sido cumplidas observando las formas sustanciales del proceso que la ley establece (confr. Fallos: 297:486; 298:312; 305:913; 306:1705; 311:2205, considerando 5° de la disidencia parcial de los jueces Bacqué y Petracchi; y 312:597). / Dicho de otro modo, según tales precedentes, sólo mediante una declaración de nulidad fundada en la inobservancia de alguna de las formas esenciales del proceso es posible retrogradar el juicio por sobre actos ya cumplidos, mas sólo en la medida de la nulidad declarada". / "Por tanto, si -como ocurre en el sub examine- lo que se pretende invalidar es la sentencia en virtud de vicios intrínsecos de ésta, no es posible, en razón de ello, reanudar actos que, al dictarse la sentencia que se reputa inválida, ya habían sido adecuadamente cumplidos". Dijeron, concordantemente, que sólo mediante una declaración de nulidad fundada en la inobservancia de alguna de las formas esenciales del proceso es posible retrogradar el juicio por sobre actos ya cumplidos, mas sólo en la medida de la nulidad declarada. También, que no se debe permitir al Estado que, con todos sus recursos y poder, haga repetidos intentos para condenar a un individuo por un invocado delito, sometiéndolo así a perturbaciones, gastos y sufrimientos y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, aumentando también la posibilidad de que, aun siendo inocente, sea hallado culpable.

²⁰ "Mustazzi, César y Cabrera, Regino", 1937; T. 178 P. 31.

Dijo, así, que la jurisdicción de las provincias se halla limitada a la aplicación de los códigos comunes cuando las cosas o las personas caen bajo sus respectivas jurisdicciones; no pueden alterar o modificar en forma alguna la ley de fondo cualquiera sea el propósito de su legislación, y declaró entonces que el artículo 936 del Código de Procedimientos Penales de la Provincia de Entre Ríos era inconstitucional, por establecer una causa de extinción de la acción que no está prevista en el Código Penal²¹.

II. PROYECCIONES ACTUALES

El histórico debate –apréciese la jerarquía científica de quienes sostuvieron una y otra posición, incluyendo a la Corte Suprema- tiene relevancia indudable en relación con la potestad de las provincias para regular la garantía del plazo razonable de duración del procedimiento penal, los criterios de oportunidad, la suspensión del juicio a prueba y otras formas alternativas que tienen por efecto la extinción de la acción penal –que genéricamente podremos llamar el *consenso en el proceso penal*-, de modo autónomo, esto es, sin que lo haya hecho aun el Congreso nacional o de un modo diverso a lo que este pudiera establecer.

1. Unos años atrás habíamos sostenido lo siguiente –lo que reproducimos aquí a modo de una premisa mayor-: “Resulta claro que los derechos fundamentales, como principio indiscutible, devienen de la Constitución Nacional. Ella los consagra para todos los habitantes de la Nación, cualquiera sea el lugar en que habiten. / La vinculación que conlleva para las provincias las mandas del artículo 5° exige que, en sus constituciones, ellas cuiden la observancia estricta de lo que aquella ha establecido con jerarquía inderogable. / Pero las provincias, tradicionalmente, han elaborado su propio catálogo de derechos fundamentales; el derecho público provincial o ‘derecho constitucional provincial’, ha avanzado. Las provincias no han podido limitar los derechos fundamentales, ni sus jueces interpretarlos con alcance menor, pero sí se han detenido en enumeraciones más explícitas, más largas y recurrido aun a denominaciones y técnicas innovadoras”²².

De un modo sintético, diremos que las provincias no pueden derogar o limitar los derechos y garantías fundamentales consagrados en la Constitución de la Nación pero pueden acrecerlos. Es lo que nos enseñó Germán Bidart Campos. En el ámbito propio del

²¹ Suscribieron la sentencia los jueces de la Corte Repetto, Linares, Nazar Anchorena y Terán.

²² “EL SISTEMA DE PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCION DE CHUBUT”, en el Libro Homenaje al Doctor Germán J. Bidart Campos, obra coordinada por el Dr. Víctor Bazán, Editorial Ediar SA, 2003.

proceso penal, desde 1939 –en ocasión de la sanción del Código de Córdoba preparado por Sebastián Soler y Vélez Mariconde- hasta aquí, es evidente que las provincias se adelantaron al Congreso nacional. El ciclo constituyente que se inició en 1986 con la sanción de la nueva Constitución de Santiago del Estero, en rigor, auspició la reforma federal, de 1994, ésta sucedida cuando ya diez provincias habían concretado las reformas de sus leyes fundamentales. Ese ciclo constituyente, entre sus preocupaciones nuevamente fundacionales, se ocupó de las garantías del imputado y hasta pudo regular en el máximo nivel normativo local los principios liminares del derecho procesal penal, como los casos de Córdoba y de Chubut²³. Nadie puede dudar que ese ciclo ha recibido y desarrollado adecuadamente los postulados del derecho internacional de los derechos humanos con vigor en el orden interno a partir de la suscripción, aprobación y ratificación de los tratados y convenciones, que adquirieron jerarquía constitucional en 1994 –artículo 75 (22), C. N.-.

2. La duración razonable del procedimiento penal está consagrada como una garantía en el derecho de los derechos humanos²⁴ que recibieron las constituciones provinciales, a veces en forma expresa, como la Constitución de Chubut, artículos 21, 22, 44 (IV). Y, de todos modos, tiene jerarquía constitucional inderogable para las provincias – artículos 1, 5, 31, 75 (22), C. N.-.

A partir de ello, debe adunarse al debate que hemos reseñado la reflexión acerca de la potestad de las provincias para regular y desarrollar las garantías de los pactos que deben imperar en todo el territorio de la Nación. No es dificultoso concluir en que cuentan con esa potestad, haya o no el Congreso reglamentado determinadas garantías. Y más aun poseen dicha potestad en el ámbito específico del derecho procesal que han retenido históricamente –artículos 64 (11), 67 (11), 101, 104 y 121, sucesivamente-. Resultaría un verdadero contrasentido que alguien planteara la inconstitucionalidad ante la Corte Suprema, y ésta la declarara, de normas provinciales que se ajustan a los postulados del derecho internacional de los derechos humanos.

Habíamos citado: “En el actual estado de la doctrina de V.E., se encuentra fuera de discusión la procedencia formal del remedio federal cuando se refiere a la garantía a ser juzgado en un plazo razonable que aseguran los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el artículo 14.3.c. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos con jerarquía constitucional desde 1994, y la duración

²³ Examinamos sus normas en *CONTINUACIÓN DEL CICLO CONSTITUYENTE – LA REFORMA EN CHUBUT*, c.e.i.pa –Centro de Estudio e Investigaciones Patagónico-, Impr. Ediciones del Copista, Córdoba, 1995.

²⁴ Hicimos notar la antigüedad del principio al recordar una defensa penal de Vélez Sarsfield en “*De nuevo sobre la ‘constitucionalización’ del derecho*” nota en homenaje al Profesor, Dr. Luis Moisset de Espanés, incluida en el Libro publicado en su homenaje –*Liber Amicorum*, Coordinadores: Pascual E. Alferillo, Aldo Guarino Arias Christian G. Sommer, Advocatus, Córdoba, 2010-.

de la persecución penal permite considerar, prima facie, la posibilidad de su afectación (conf. Fallos: 323:982; 327:327 y 4815...)” [del dictamen del Procurador General en "*Salgado, Héctor y otros s/defraudación a la Administración Pública -causa N° 15714 - 34341-*" S.C. S 167 XLIII, al que se remitió la Corte (23-06-2009)]²⁵. Y, también citamos este tramo de "*Girolodi*", precedente en el que la Corte se remitió a lo sostenido por la CortelDH: "*Garantizar entraña, asimismo, ‘el deber de los estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos’...*".

Bien. Debemos agregar ahora que la regulación del plazo razonable es en verdad materia procesal, propia de las provincias en nuestra inteligencia. Otra cosa piensa el doctor Maier, quien nos ha dicho: "No existe duda acerca de que esta garantía puede ser reglamentada por el Congreso de la Nación. La razón de ser del reglamento sobre ella que contiene este Código no puede ser otra que, por una parte, la falta de reglamentación en ese sentido de una ley del Congreso y, en segundo lugar, la posibilidad de que, aún de existir en el futuro una ley del Congreso, la reglamentación de la ley procesal de la Provincia fuere, para la persona protegida, más beneficiosa que aquella que concede racionalmente la eventual ley del Congreso" (Exposición de Motivos del Código que preparó para Chubut).

Como se observa, la prestigiosa opinión no nos impide, creemos, sostener la perfecta constitucionalidad de las leyes locales que reglamentan la garantía en ausencia de la regulación del Congreso y, también, en el supuesto de que sea más beneficiosa la normativa provincial. Aquí, bajo el principio de la progresividad de los derechos humanos²⁶. Para nosotros, ello permite en gran medida superar el debate en el punto sin necesidad de acudir a otras posturas que han sostenido directamente la inconstitucionalidad del Código Penal, por caso en su artículo 71, como el doctor Pandolfi en la nota que citamos a pie de página, por exceder la atribución del Congreso.

-N-. Puede detenerse el análisis en la aseveración contenida en la cita del doctor Maier, que nos sugiere meditar si las provincias pueden regular la garantía en ausencia de una ley del Congreso. ¿Cuál sería el asiento constitucional del fundamento? El artículo 126, C. N., como sabemos, prohíbe a las provincias ejercer el poder delegado a la Nación; no pueden, agrega, en lo que interesa aquí, dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado –atribución de códigos-. Las prohibiciones contenidas en esta norma de la Constitución repiten las atribuciones del Congreso

²⁵ En *LECTURA CONSTITUCIONAL DEL PROCESO PENAL*, op. cit., p. 147, nota 158.

²⁶ "(...) La progresividad de los derechos humanos como principio de interpretación pro homine ha significado el abandono de las imbricadas teorías interpretativas del derecho, y su sustitución por una regla sencilla: la aplicación preferente de la norma más favorable a la persona humana, independientemente de su origen anterior o posterior, de su generalidad o especialidad, o de su estatus nacional o internacional", según citamos en *LECTURA CONSTITUCIONAL DEL PROCESO PENAL*, op. cit., p. 141-a).

contempladas en el inciso 12 del artículo 75 –menos la referida a las leyes generales que requiera el establecimiento del juicio por jurados, lo que nos ha inducido a sostener que se trata ésta, no de una facultad exclusiva y excluyente del Congreso sino de una facultad concurrente con las provincias, que no tienen entonces prohibida su regulación -. Ya se advierte que solo sosteniendo que la garantía del plazo razonable de duración del procedimiento penal es materia del Código Penal, podría acudir a esta previsión constitucional para argumentar que las provincias únicamente están facultadas para regular dicha garantía en ausencia de una ley del Congreso. Esto no está así previsto en la Constitución. Ello evidencia que estamos ante una facultad concurrente.

Empero, es todavía necesario dirimir la potencial conflictividad que se atribuye a las diferentes regulaciones que las provincias pueden hacer de la misma garantía y la cuestión que ha dado pie a la doctrina de algunos autores y de fallos de la Corte Suprema, según la cual los plazos de meses que consagran las leyes locales para entender extinguido el procedimiento –cuando se supera el plazo razonable el efecto es igualmente el sobreseimiento- chocaría con los plazos de prescripción ya regulados por el Congreso en el Código Penal.

En cuanto a lo primero, diremos otra vez que las distintas regulaciones en materias en que las provincias cuentan con facultades para sancionarlas son propias del régimen federal de gobierno adoptado por la Constitución Nacional y del reparto de competencias que ella ha consagrado –artículos 1, 5, 75, 121, 126-. En materia de procedimientos no puede pensarse en una ley uniforme porque el Congreso carece de facultades para sancionarla con esos alcances²⁷. Las diferencias, en la medida que se entendieran de algún modo inconvenientes o perjudiciales –y no lo imaginamos en el ámbito de esta garantía- solo podrían tener soluciones por vía de la concertación como lo hemos sostenido²⁸.

En cuanto a lo segundo, solo por error puede entenderse incompatibles el plazo de duración del procedimiento con el de prescripción; es que uno y otro son diferentes y cae cada uno en la esfera de competencia que ha previsto la Constitución. Todos los códigos han fijado siempre plazos de duración del procedimiento y de sus etapas. Es cierto que no siempre se regularon los efectos que acarrea el vencimiento de los mismos y que los jueces, como lo recordaron los doctores Petracchi y Boggiano en un señero voto en disidencia²⁹, los consideraron meramente ordenatorios –lo que acarreó sin duda, entre otras consecuencias negativas, la eternización de los procesos-³⁰. Ya en del desarrollo de

²⁷ Sobre esto, nuestra postura en la comunicación que suscribimos con Verónica Heredia al XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, 2009, en el tema “*Ley del Congreso Nacional que establezca las exigencias constitucionales mínimas para los procesos penales en el territorio de la República. a. Conveniencia y necesidad. b. Constitucionalidad. c. Contenido*”, ver el Libro de Ponencias pp. 1084-1089, y *LECTURA CONSTITUCIONAL...*, op. cit., IX, ps. 121 y ss.

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ V. K 60 XXXIII; Kipperband, Benjamín s/ estafas reiteradas por falsificación de documentos - incidente de excepción previa de prescripción de la acción penal - 16/03/1999- T. 322, P. 360.

³⁰ Se recordará que el artículo 701 del Código de Procedimientos en Materia Penal que originariamente redactara Obarrio, con múltiples modificaciones, prevenía que "todas las causas deben terminarse

lo que dio en llamarse legislación procesal penal moderna, algunos códigos previeron el sobreseimiento como efecto de pleno derecho cuando se vencía el plazo de duración de la instrucción, como lo había previsto Clariá en el proyecto uniforme incluido en su Tratado y como se reguló en Río Negro y en Chubut en sus sistemas de enjuiciamiento mixto. Una cosa es el plazo que tiene el Estado para promover la acción penal y otra muy distinta es el plazo de duración del procedimiento cuando ya la acción se ha ejercido y se desarrolla la persecución penal. De lo contrario, de no asumirse esta diferencia, entonces, el plazo razonable sería igual siempre al de la prescripción. Y es esta distinción la que permite, sin dificultad, concluir en que las provincias tienen tanta potestad como el Congreso para regular el plazo razonable de los procedimientos penales, cada cual en la órbita de su competencia constitucional –artículo 75, inciso 12, con el agregado que hicieron los hombres de Buenos Aires, entre las enmiendas que impusieron luego en la reforma de 1860, en el inciso 11 del originario artículo 64, C. N.-. Ello, sin perjuicio de que merezca otra reflexión específica la cuestión a la que hemos aludido, a saber: si la materia de la acción penal, tal como ella ha sido legislada en el Código sustantivo en 1921, es propiamente competencia del Congreso o resulta ser una indebida apropiación de facultades de las provincias³¹.

completamente dentro de los dos años; pero no se tomarán en cuenta las demoras resultantes de las peticiones de las partes, los procedimientos relacionados con oficios o cartas rogatorias, declaraciones de testigos o expertos u otros trámites necesarios cuya duración no dependa de la actividad del juzgado". Ante la CIDH, según consta en el Informe 12/96, adujo el Gobierno argentino que el término de dos años que estipulaban los artículos 379.6 y 701 constituía la base para "un plazo razonable" que guardaba relación con las garantías establecidas en el artículo 7.5 de la Convención. El Gobierno opinó entonces que las leyes mencionadas no daban lugar a que se considerara que el término de detención preventiva superior a dos años hubiera un plazo razonable y que, por lo tanto, debía aplicarse el artículo 379.6 en forma automática. Que el Código de Procedimientos en Materia Penal, al usar la palabra "podrá" consagraba en el juez la facultad, pero no la obligación, de conceder la libertad a un acusado que estaba bajo prisión preventiva. Al consagrar esta facultad, el legislador apelaba a la 'sana crítica' del juez". Se trataría, así, de una facultad regulada, y no de una obligación, y, por lo tanto, la excarcelación del detenido caía dentro del ámbito de la autoridad discrecional del juez. Aunque la CIDH dijo allí que los estados no tenían la obligación de fijar el plazo en términos precisos en las leyes, ha podido señalarse lo siguiente: "...la primera exigencia en orden a proporcionar una tutela eficaz es, precisamente, la de impetrar el cauce formal a través del cual la partes se relacionará con el órgano judicial; de modo que se impone la necesidad de desarrollar una legalidad procesal que dé satisfacción a los intereses del justiciable, y, entre ellos, a la expectativa de obtener una resolución en un plazo conveniente y previsible" . / "De ahí que en todos y cada uno de los Estados miembros resulte notoria la acción legislativa orientada a fijar los límites temporales de las diversas actuaciones judiciales, ya sea mediante normas procesales que establecen plazos reglados excluidos de la voluntad de los sujetos que intervienen en el proceso, ya sea mediante el establecimiento de los criterios que deben presidir las decisiones relativas a la duración del mismo" [RIBA TREPAT, C. La eficacia temporal del proceso – El juicio sin dilaciones indebidas, Boch, 1997, p.53]. Es esto sobre lo que han avanzado algunas leyes locales.

³¹ Nosotros hemos mostrado, como lo recordamos en una nota a pie precedente, que la atribución de Códigos fue materia de debates ya en el seno del Congreso constituyente de 1853, se repitió en oportunidad de la sanción del Código Civil, en 1869, y en el Senado de la Nación en ocasión de la discusión acerca del alcance de una ley de jurados. Asimismo, pusimos de manifiesto que los porteños pretendieron que el

Abundamos, a modo de conclusión, recostados en las enseñanzas de Soler y de Clariá: ha de ponerse cuidado en advertir que el proceso penal, cuando se ha puesto en marcha, debe concluir de modo de poner fin a la situación de restricción a la libertad del imputado que él implica. Y que ello supone el derecho de toda persona, imputada en el caso, a exigir un pronunciamiento, de condena o absolución, con todos los efectos del *ne bis in idem*, en un término razonable el que no puede quedar solamente en la potestad del Estado –MPF- o del querellante particular.

Como lo decimos a pie de página, las provincias han avanzado en la regulación de los plazos de duración de la etapa preliminar y de todo el procedimiento, señalando como efecto el necesario sobreseimiento a su vencimiento si antes no se reúnen las condiciones para avanzar hacia el juicio. Citamos de nuevo aquel voto en disidencia de los doctores Petracchi y Boggiano: “Del mismo modo que el juez puede valorar la gravedad de un delito de acuerdo con la situación de hecho concreta, pero no puede fijar una pena que supere el máximo previsto -pues ella sería ‘irrazonable’ desde el punto de vista del legislador-, nada obsta a que la ley establezca plazos de duración perentorios para los procesos. Es cierto que aun en ese caso el juzgamiento de la ‘razonabilidad’ continuaría estando en manos de los jueces; pero con la advertencia de que el concepto sólo puede jugar en favor del imputado: en la medida en que la ley estaría fijando un plazo adecuado a causas con un grado de dificultad intermedio, su transcurso completo podría ser considerado, de todos modos, ‘irrazonable’ frente a casos extremadamente sencillos”. / “Como se señalara en ‘Barker v. Wingo’, si bien ‘no hay base constitucional para sostener que un juicio rápido

régimen federal regulado por Alberdi se separó de su modelo, el de la Constitución de Norteamérica, y que por ello hicieron el agregado en el inciso 11 del entonces artículo 64. Citamos: “«Los legisladores argentinos la tomaron por modelo, y sobre ella construyeron la Constitución que examinamos; pero no respetaron ese texto sagrado, y una mano ignorante (Tau Anzoátegui se preguntó: ¿Alberdi?) hizo en ella supresiones o alteraciones de grande importancia, pretendiendo mejorarla. La Comisión no ha hecho sino restituir el derecho constitucional de los Estados Unidos en la parte que se veía alterado» (Intervención de Vélez Sarsfield en el seno de la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la Constitución Federal: V. Asambleas Constituyentes Argentinas, RAVIGNANI, IV, pág. 791). Sobre esta aseveración de Vélez, dijimos que Alberdi entendió que esa pretensión concretada en la reforma constitucional de 1860, impedía que el Congreso sancionara un solo Código Civil para la República, que sería, así, inconstitucional, y que Vélez, en su respuesta a la crítica, llegó a hablar de una atribución del Congreso solo transitoria, transitoriedad que se relacionaba con el estado legislativo que presentaba el país. Mitre, a su vez, recomendó a los juristas estudiar más los alcances de esa atribución del Congreso. Véase, HEREDIA, José Raúl: *VÉLEZ, EL CODIFICADOR, SU OBRA Y LA CONSTITUCIÓN NACIONAL*, nota incluida en el Libro de su homenaje, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, IV, pp. 209 y sigs.; *La interpretación constitucional según Alberdi. A propósito de sus Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*, Libro Homenaje a Alberdi, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Edic. de la Academia Vol. XXXII - julio de 2002, pp. 190-195; *ESTUDIO SOBRE EL JURADO*, en *EL DEVENIR...*, ob. cit., Apéndice I, pp. 407-437; “*LA UNIDAD DEL CÓDIGO CIVIL Y SU INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN POR LAS DIVERSAS JURISDICCIONES SEGÚN SU COMPETENCIA CONSTITUCIONAL – A propósito de una ponencia de Rodolfo Rivarola presentada en el Primer Congreso de Derecho Civil*”, nota incluida en el Libro Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil, Edic. de la Academia, pp. 99-131.

puede ser cuantificado en un número específico de días o meses, los Estados, por supuesto, son libres de prescribir un período razonable, compatible con el estándar constitucional' (fallo cit., pág. 523)³². (*Subrayados nuestros*).

3. La cuestión puede parecerse intrincada si examinamos los efectos de la aplicación de los criterios de oportunidad, que conllevan renuncia a la promoción de la acción penal. En rigor, como ha destacado el doctor Jorge de la Rúa, la disponibilidad de la acción penal en términos procesales puede darse de estos tres modos: a. No promover la acción penal; b. Hacer cesar el ejercicio, una vez promovida la acción penal. c. Limitar cualitativa o cuantitativamente su promoción o su ejercicio.

Si antes hemos dicho que puede sostenerse exitosamente la conclusión de que, una vez iniciado el proceso penal, le cabe a las provincias, tanto como al Congreso, regular su desarrollo y su duración con efectos sobre la acción penal, parece más difícil trasladarla aquí. Ello así, por el principio de legalidad –irretractabilidad- de la acción penal contenida en el Código Penal que, de ese modo, y más allá de la cuestión de su competencia constitucional, se ha enrolado, de los tres sistemas conocidos, a saber: el de la disponibilidad absoluta (del ofendido o del fiscal, como EE.UU.), el de la disponibilidad atendida a pautas legales (Alemania) y el de la legalidad estricta (Jorge de la Rúa), en este último.

Es claro que si aceptáramos la tesis de la inconstitucionalidad del Código Penal con los alcances estudiados por algunos autores contemporáneos³³ no resultaría dificultoso concluir en la constitucionalidad de las normas locales que regulan este instituto, así como el de la suspensión del juicio a prueba y en los medios alternativos de extinción de la acción penal. Incluso, podríamos concluir de tal modo si retomáramos las vacilaciones de los fundadores de las instituciones argentinas en los debates que nosotros mostramos, conforme citamos en nota a pie de página, porque ellas demuestran que la atribución de Códigos en sus alcances ha sido incierta. Es claro que con el correr de los tiempos se ha consolidado la distinción entre leyes de fondo y leyes de forma –que a Rodolfo Rivarola se le antojaba infundada (V. nuestra nota que citamos a pie de página)-, aceptándose que los contenidos de los códigos, tal como se sancionaron por el Congreso, resultan adecuadamente insertos en su atribución constitucional. Aunque es igualmente cierto que algunas previsiones se han declarado inconstitucionales por la Corte a pesar del tiempo transcurrido, como, respecto del Código Civil, en materia de divorcio. O en las limitaciones en la legitimación para reclamar daños fundados en delito penal. Nosotros

³² In re “Kipperband”, T. 322, P. 360.

³³ Citábamos al doctor Oscar Raúl PANDOLFI, en “La Inconstitucionalidad Del Artículo 71 Del Código Penal ¿Tienen las Provincias facultades constitucionales para legislar en materia de criterios de oportunidad y ‘probation’? La esencial inconstitucionalidad del art.71 CP”, Rev. de Der. Pen. y Proc. Pen., Lexis-Nexis, junio de 2006.

citamos a Machado, uno de los más antiguos tratadistas de Derecho Civil, en este señalamiento: “El modo de ejercer en juicio las acciones destinadas a poner en movimiento el derecho, o para defenderlo en juicio cuando es atacado, corresponde a las provincias; pero el Código Civil llevado algunas veces por el desenvolvimiento lógico de las materias, va hasta determinar la manera de obrar; en estos casos, la disposición sólo regirá en la Capital Federal donde el Congreso legisla como si fuera una legislatura local’. Específicamente, al referirse al art. 1096, que criticó en su solución, dijo: ‘El artículo se refiere a la división de las jurisdicciones y corresponde a las leyes de forma que dictan las provincias, como se hizo notar en la Instituta, Nº 161...’”³⁴.

Esto auspiciaría la reapertura de los debates acerca de la inconstitucionalidad del Código Penal en cuanto a los alcances y contenidos de la regulación que él ha hecho de la acción penal, aunque quepa computar, entre otras en semejante sentido, la jerarquizada opinión del doctor Maier en contrario: “...la competencia legislativa del Congreso de la Nación para establecer las reglas respectivas no parece discutible. Frente a la distribución rígida de acciones perseguibles ‘de oficio’ (Código Penal, art. 71), dependientes de instancia (Código Penal, art. 72) y de ejercicio privado (Código Penal, 73 y ss.), resulta imposible jurídicamente imaginar soluciones diferentes que reduzcan el ámbito de la persecución penal oficial o permitan sustituciones de esa reacción por la persecución penal privada, en miras a descongestionar la tarea de los oficios estatales, cargados con una enorme cantidad de casos que no alcanzan a procesar o que no alcanzan a procesar como corresponde. El llamado *principio de legalidad*, emanado de esas reglas y del mandato establecido en el art. 274 del Código Penal, resulta también imposible de reducir en sus consecuencias jurídicas llamando a auxilio a su opuesto contradictorio, la *oportunidad*, en algunos casos genéricos claros que posibilitarían la reducción de aquel caudal justificadamente. Soluciones sencillas para la extinción de la acción penal, en casos en los cuales disminuye el interés estatal en ella y, por lo contrario, aumenta el valor del interés particular —y, con ello, la influencia correcta del principio de la *autonomía de la voluntad*—, como la conciliación o el restablecimiento del equilibrio autor-víctima (delitos patrimoniales, por ej.), resultan imposibles de instrumentar por intermedio de la legislación provincial, que carece de competencia legislativa al respecto. Tampoco ella puede solucionar el problema que plantea la verdadera inflación de mandatos y prohibiciones penales, hoy extendidos a todos los ámbitos de la relación social, casi sin límites, causa real del congestionamiento judicial que reduce a cenizas aquel viejo

³⁴ En “LA UNIDAD DEL CÓDIGO CIVIL Y SU INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN POR LAS DIVERSAS JURISDICCIONES SEGÚN SU COMPETENCIA CONSTITUCIONAL...”, op. cit.

principio de la *subsidiariedad* del Derecho penal (*ultima ratio* del control social formal y duro)” (Exposición de Motivos, Código para Chubut)³⁵.

Dos cosas son evidentes; una, que en los hechos, sin ninguna regulación legal, es decir, librada a toda discreción, opera una selección en el sistema penal por su propio peso, ya que le resulta imposible ocuparse de todas las causas que en él ingresan. Al punto tal, que el doctor Ricardo Levene (h) solía comentar la práctica de amontonar expedientes en anaqueles en los que podía leerse un cartel que rezaba: “*para prescribir*”. Sus efectos, en su opinión, eran parecidos a los de la suspensión del juicio a prueba ya que si no se registraba un nuevo hecho atribuido al mismo imputado el expediente se conservaba allí hasta que la acción prescribiera.

La otra cosa que resulta evidente es que las leyes provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires han avanzado ya, regulando los criterios de oportunidad, la suspensión del juicio a prueba y los consensos, al reformar el enjuiciamiento penal para acercarlo al principio acusatorio. Es cierto que algunos tribunales han declarado la inconstitucionalidad de tales provisiones³⁶; pero es del caso destacar que estos institutos vienen funcionando bien en varias jurisdicciones, descongestionando el sistema penal. Y se desarrollan conforme a normas legales sancionadas, esto es, reconocen una base de legitimidad de la que carece la selección práctica a que aludíamos. Es impensable que se propicie un retroceso en esta materia, en que las provincias han vuelto a adelantarse al Congreso, solo en beneficio de una atribución de éste que, como se ha mostrado, resulta cuando menos debatible en sus alcances.

Podría añadirse a lo ya dicho, que distintos trabajos sobre el tema ponen de relieve que el Código Penal de 1921 innovó, por influencia del pensamiento unitario de Rivarola, incluyendo la regulación del ejercicio de la acción penal apartándose de sus antecedentes. Rivarola criticó a Tejedor, por ejemplo, endilgándole que se atenía a una diferenciación insostenible entre leyes de fondo y de forma: “*Estas distinciones no están ni estuvieron nunca en el texto de la Constitución ni en su espíritu...*”, aseveraba, según lo destacamos en el trabajo específico ya citado. Algunos autores, aun admitiendo que lo atinente al ejercicio de la acción penal es una atribución de las provincias, sin embargo, aceptan la regulación por el Congreso argumentando que de ese modo se preserva un criterio de uniformidad en la aplicación de la ley que exigiría el principio constitucional de igualdad. Esa casi obstinada preocupación de uniformidad, en Rodolfo Rivarola alcanzó la máxima

³⁵ El doctor Jorge de la Rúa sostiene la misma posición en un trabajo que ha titulado *DISPONIBILIDAD DE LA ACCIÓN* del que nos valemos en el texto según se aprecia.

³⁶ Para citar un caso, remitimos a la sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que declaró de oficio la inconstitucionalidad del art. 204 inc. 2º del Código Procesal en cuanto faculta al fiscal a proponer a las partes alternativas para superar el conflicto, toda vez que la legislatura local, dijo, asumió facultades legislativas exclusivas del Congreso nacional: in re “*Domínguez Luis Emilio s/ infr. art. 184, inc. 5º, CP*”, Fecha: 26-jun-2009 (MJ-JU-M-46627-AR | MJJ46627 | MJJ46627).

tensión y fundamentación. Hemos remitido también nosotros a su libro *Del régimen federativo al unitario* en el que el autor escribió (cita parcial): ““La República Unitaria representa para todos los habitantes de la Nación, muchas garantías de que hoy carecen. Nadie pone ya en duda la conveniencia de la unidad de legislación procesal. Pero la Constitución, que felizmente declaró la unidad de los Códigos, dejó la materia procesal en tales términos que se ha entendido y se entiende hasta hoy que las provincias deben darse sus códigos de procedimientos. Aunque tuvieran un código común procesal, se dan sus propios jueces, que resultan desgraciadamente y muchas veces, prolongaciones o tentáculos del gobernador político. En las provincias, siempre que es posible se acude al fuero federal, o sea a la justicia nacional. ¿Por qué no nacionalizar toda la Justicia?..” Terminaba propiciando la supresión del gobierno provincial.

A este pensamiento, es posible oponer lo que ha dicho en nuestra época la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación en un tramo del precedente “*Casa*” al que hemos acudido en diversas ocasiones. Dijo esto: “...el llamado objetivo político del recurso de casación (el de *unificar la interpretación de la ley*), sólo en muy limitada medida es compatible con nuestro sistema, pues en forma plena es irrealizable en el paradigma constitucional vigente, dado que no se admite un tribunal federal que unifique la interpretación de las leyes de derecho común y, por ende, hace inevitable la disparidad interpretativa en extensa medida. La más fuerte y fundamental preocupación que revela el texto de nuestra Constitución Nacional es la de cuidar que por sobre la ley ordinaria conserve siempre su imperio la ley constitucional; sólo secundariamente debe admitirse la unificación interpretativa, en la medida en que la racionalidad republicana haga intolerable la arbitrariedad de lesiones muy groseras a la igualdad o a la corrección de interpretaciones carentes de fundamento, pero resulta claro que no es lo que movió centralmente a los constituyentes a la hora de diagramar el sistema judicial argentino”. “...Que desde 1853 -y pese a las múltiples ocasiones en que se lo ha desvirtuado o desviado- nos rige el mandato de hacer de la República Argentina un Estado constitucional de derecho. Nunca en su sistema se puede concebir un recurso que tienda a quebrar las sentencias de los jueces para imponer una única voluntad interpretativa de la ley, con el afán de no desvirtuar la voluntad política del legislador ordinario...”.