

fiscales no remitirían bajo ningún concepto el legajo de investigación a los/las jueces, se comenzaron a reafirmar de manera concreta las mencionadas garantías, que hacen también a la de "imparcialidad" que contempla el artículo 13 inc. 3 de la Constitución local, aspecto que finalmente se afirmó con la reforma introducida al Código Procesal Penal por la ley 6.020 (4/10/2018), especialmente al incorporar el artículo 2 *bis*, donde expresamente se establecen los principios de igualdad entre las partes, buena fe, oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplicidad, celeridad y desformalización. Es decir: sistema acusatorio adversarial y oral. En la misma norma se establece la partida de defunción del expediente, al disponer que todas las peticiones de las partes se resolverán en audiencia, aun unipersonal cuando fuera necesario.

Volviendo entonces al planteo inicial, ¿qué significa *sistema acusatorio adversarial*? Que los órganos jurisdiccionales carecen de facultades para ejercer y disponer de la acción, pues su promoción, determinación del contenido, impulso y disposición queda en manos de las partes ("...promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad...", artículo 125 de la Constitución local, principio de imparcialidad, artículo 13 inc. 3, *idem*).

La oralidad, consecuencia de los principios de inmediación y publicidad, implica que los órganos jurisdiccionales no resuelven los planteos de las partes sobre la base del contenido de un expediente formal y secuencial, sino sobre los planteos y evidencias substanciados en audiencias orales.

La denominada "teoría del caso" es consecuencia de los aspectos anteriores: las partes formulan su hipótesis sobre el hecho y su alcance, a partir de las propias decisiones estratégicas, y deberán sostenerla ante el órgano jurisdiccional (artículo 86 de la Constitución de la Ciudad, 24, 75 inc. 12 y 118 de la Constitución Nacional: juicio por jurados).

Tales modalidades procesales que, como señalé, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires lleva a la categoría de garantías procesales al vincular los principios de imparcialidad, acusatorio, inmediación y publicidad (artículo 13 inc. 3), que en conjunto determinan la estructura acusatoria, adversarial, desformalizada y oral, fueron una exigencia precursora en nuestro país, donde actualmente en la mayoría de las provincias tales principios se están implementando rápidamente, incluyendo el juicio por jurados.

## El proceso penal en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires

MARCELO VAZQUEZ

*Un juicio de alguna importancia es algo así como una batalla y el objeto de las reglas de procedimiento es mantener el combate dentro de los límites razonables e impedir que los combatientes se ocasionen, uno a otro o a terceros, heridas que no sean las absolutamente esenciales a los propósitos de la contienda.*

James F. Stephen

### I. INTRODUCCIÓN

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires enumera los principios que habrán de gobernar las leyes sustantivas y adjetivas reguladoras del derecho a castigar *-ius puniendi-* que detenta el Estado.

El artículo 13 dice lo siguiente:

*Artículo 13.* La Ciudad garantiza la libertad de sus habitantes como parte de la inviolable dignidad de las personas. Los funcionarios se atienen estrictamente a las siguientes reglas:

1. Nadie puede ser privado de su libertad sin una orden escrita y fundada emanada de autoridad judicial competente, salvo caso de flagrante delito con inmediata comunicación al juez.
2. Los documentos que acrediten identidad personal no pueden ser retenidos.
3. Rigen los principios de legalidad, determinación, inviolabilidad de la defensa en juicio, juez designado por la ley antes del hecho de la causa, proporcionalidad, sistema acusatorio, doble instancia, inmediatez, publicidad e imparcialidad. Son nulos

los actos que vulneren garantías procesales y todas las pruebas que se hubieren obtenido como resultado de los mismos.

4. Toda persona debe ser informada del motivo de su detención en el acto, así como también de los derechos que le asisten.
5. Se prohíben las declaraciones de detenidos ante la autoridad policial.
6. Ningún detenido puede ser privado de comunicarse inmediatamente con quien considere.
7. Asegurar a todo detenido la alimentación, la higiene, el cubaje de aire, la privacidad, la salud, el abrigo y la integridad psíquica, física y moral. Disponer las medidas pertinentes cuando se trate de personas con necesidades especiales.
8. El allanamiento de domicilio, las escuchas telefónicas, el secuestro de papeles y correspondencia o información personal almacenada, solo pueden ser ordenados por el juez competente.
9. Se erradica de la legislación de la Ciudad y no puede establecerse en el futuro ninguna norma que implique, expresa o tácitamente, peligrosidad sin delito, cualquier manifestación de derecho penal de autor o sanción de acciones que no afecten derechos individuales ni colectivos.
10. Toda persona condenada por sentencia firme en virtud de error judicial tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley.
11. En materia contravencional no rige la detención preventiva. En caso de hecho que produzca daño o peligro que hiciere necesaria la aprehensión, la persona debe ser conducida directa e inmediatamente ante el juez competente.
12. Cuando el contraventor, por su estado, no pudiere estar en libertad, debe ser derivado a un establecimiento asistencial.

De ello, se deriva que el producto infraconstitucional que habrá de traducir dichos principios en un orden penal o de fondo y procesal o de forma, deberá necesariamente reflejar el citado paradigma garantista.

Constituye el límite de ejercicio de la coacción estatal, tanto por exigir la efectiva sanción únicamente por acciones efectivamente lesivas de bienes jurídicos garantizados (inciso 9), cuanto por el respeto pleno al individuo y sus derechos básicos durante su sometimiento al sistema penal, especialmente cuando se encuentre privado de su libertad (inciso 7).

Claro está que la Ciudad carece de facultades legislativas en materia penal (Sabsay y Onaindia, 1997: 65), al igual que el resto de las provincias por ser materia delegada al gobierno nacional, con la salvedad del ordenamiento contravencional

que la integra, por lo que debe interpretarse que la prohibición de cualquier manifestación de derecho penal de autor en la legislación está directamente dirigida a la que verse sobre aquel.<sup>1</sup>

En materia procesal, además de reproducir las cláusulas contenidas en el artículo 18 CN y en los tratados internacionales, explícitamente se inclina en favor del *proceso acusatorio*. Otorga así rango superior a un sistema o método regulador de los actos del Estado a través de los cuales materializa el ejercicio de su poder sancionatorio, concordante con el régimen de gobierno adoptado y con la actualidad histórica, evolución mediante, del derecho procesal penal.

Como herramienta realizadora del derecho penal sustantivo, que debe ser eficaz y adecuada para el cumplimiento de sus fines,<sup>2</sup> debe ser correspondiente con las garantías procesales constitucionales, oscilando en la tensión subyacente entre el individuo y el resto del componente social, representado en sus intereses por el Estado, quien delega en agentes profesionales el ejercicio de la persecución.

Empero, se debe dar a dicha elección por uno de los clásicos sistemas procesales conocidos su sentido real, atendiendo en primer término el imperativo de la Constitución Nacional que establece el piso mínimo respecto de los derechos y garantías que deben respetar las leyes supremas provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires; en el caso de esta, al recibir los poderes delegados que la transformaron de territorio federal –sede del gobierno nacional– en un Estado autónomo o “ciudad-estado”,<sup>3</sup> con territorio propio, que cobija a las autoridades nacionales. Luego, en la realidad empírica que ninguno de los sistemas procesales conocidos –acusatorio o inquisitivo–, ha sido aplicado con la pureza teórica que son descriptos en los textos en sitio alguno.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> El Código Contravencional fue aprobado por la ley 10 del 9/3/98, sustituido por ley 1472 del 23/09/2004. El proceso está regulado por la ley 12 del 12/03/1998, y sucesivas leyes modificatorias.

<sup>2</sup> Vale más la certeza de una sanción pronta y efectiva, del grado que sea, que la amenaza lejana de una pena extremadamente grave.

<sup>3</sup> “Es un error sostener que solo las provincias son autónomas porque tienen un poder propio que les viene dado por la historia. De ser así, el reciente proceso de provincialización de Tierra del Fuego hubiera tenido una autonomía más limitada o restringida que las demás provincias, hecho que no aconteció” (Gil Domínguez, 1997: 99). Esto aconteció por el dictado de la ley 24.588, conocida como ley “Cañero” que cercenó la autonomía dispuesta en el artículo 129 CN, en especial respecto de las facultades de jurisdicción.

<sup>4</sup> “Ni en el pasado ni en la actualidad es posible encontrar a alguno de aquellos dos primeros paradigmas procesales en estado *químicamente puro* (todos son algo *mixtos*)” (Cafferata Nores,

Como en tantos otros aspectos, el Constituyente local ha dado un paso más que el nacional, cristalizando en el texto lo que este ha introducido implícitamente con referencias insertas en normas aisladas y, desde 1994, con mayor precisión y menos librado a la interpretación, con la acogida de los tratados internacionales (artículo 75 inc. 22, CN).<sup>5</sup> En ese camino, otorga rango constitucional a los principios que habrán de gobernar el proceso, a saber, la oralidad, publicidad, contradicción, igualdad, imparcialidad e inmediación; ello sin olvidar el históricamente inobservado mandato del juicio por jurados<sup>6</sup>.

A partir de un acto acontecido en la Ciudad de Buenos Aires, tipificado como delito o contravención por una ley dictada por el órgano legisferante que corresponda según el caso, con anterioridad a su producción (*nulla poena et nullum crimen sine lege*),<sup>7</sup> nace el interés del Estado en sancionar a su autor con la pena

2000: 3). En idéntico sentido, Vázquez Rossi (1995: 215); Julio B. J. Maier (2003: 443). Por su parte, en *Derecho y razón*, Ferrajoli explica que "la distinción entre sistema acusatorio y sistema inquisitivo puede tener un carácter teórico o simplemente histórico. Es preciso señalar que las diferencias identificables en el plano teórico no coinciden necesariamente con las detectables en el plano histórico, por no estar siempre conectadas entre sí lógicamente" (1995: 563).

5 Cafferata Nores señala que "sin embargo, pareciera que recién ahora y motivado por la aludida legislación internacional, se está debatiendo sobre estos aspectos, como si la Constitución Nacional no hubiere diseñado un modelo de proceso penal que, al diferenciar en lo orgánico y en lo funcional las actividades de acusar y de juzgar, apunta a la *imparcialidad* del juez natural, lo que es propio de su filiación (estadounidense) que no lo concibe a este como un investigador oficioso de la verdad" (2000: 100).

6 Maier se pregunta, teniendo en cuenta las previsiones del artículo 102 (actual 118 CN), si no han sido suficientes ciento cuarenta años para establecer el juicio por jurados (2003: 401).

7 Ferrajoli indica que "el sentido y alcance del convencionalismo penal reside precisamente en esta concepción al mismo tiempo nominalista y empirista de la desviación punible, que remite a las únicas acciones taxativamente denotadas por la ley excluyendo de ella cualquier configuración ontológica o, en todo caso, extra-legal. *Autictas, non veritas facit legem* es la máxima que expresa este fundamento convencionalista del derecho penal moderno y a la vez el principio constitutivo del positivismo jurídico: no es la verdad, la justicia, la moral ni la naturaleza, sino solo lo que con autoridad dice la ley lo que confiere a un fenómeno relevancia penal. Y la ley no puede calificar como penalmente relevante cualquier hipótesis indeterminada de desviación, sino solo comportamientos empíricos determinados, exactamente identificables como tales y, a la vez, adscribibles a la culpabilidad del sujeto" (Ferrajoli, 1995: 35). Sobre el sentido del principio de legalidad en el Derecho Contravencional, ver comentario de Vázquez y Aboso al artículo 4 de la Ley 10, en su *Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* (Vázquez y Aboso, 1999), donde se resaltó su condición de principal garantía de la libertad por su carácter limitador del poder sancionador del Estado.

legalmente prevista y, paralela y naturalmente, el de este por evitar ser sometido a aquella.<sup>8</sup>

El conflicto así planteado, respondiendo al modelo garantista que respeta plenamente la libertad y dignidad del hombre, habrá de encausarse a través de un proceso que deberá observar las notas citadas, de modo tal de acatar uno de los aspectos del principio de estricta legalidad previsto en el artículo 18 CN, el juicio previo (*nullum poena nulla culpa sine iudicio*)<sup>9</sup> como garantía procesal.

El citado artículo 13 CCABA es un completo reflejo del paradigma garantista –cuya función es restringir o deslegitimar el ejercicio absoluto de la potestad punitiva–<sup>10</sup> adoptado para el sistema penal, entendido este como los preceptos e instituciones que regulan aquel ejercicio (Vázquez Rossi, 1995: 186); ello como consecuencia directa del modelo cultural y político imperante, y del escogido para

8 Ferrajoli identifica el interés del sujeto, además, con la intención de quedar libre de acusaciones infundadas (1995: 733).

9 D'Albora, en sus comentarios al Código, explica que "el juicio previo radica en el inevitable camino a recorrer para arribar a la imposición de una condena, como culminación de un proceso legal y regular" (2003: 14). Vázquez Rossi indica que "la garantía de judicialidad exige un proceso según la Constitución" (1995: 266). Ferrajoli lo llama *principio de estricta jurisdiccionalidad*, el cual exige la verificabilidad o refutabilidad de las hipótesis acusatorias y su prueba empírica en virtud de procedimientos que permitan tanto la verificación como la refutación. En consecuencia, "el presupuesto de la pena debe ser la comisión de un hecho unívocamente descrito y denotado como delito no solo por la ley, sino también por la hipótesis de la acusación, de modo que resulte susceptible de prueba o de confutación judicial según la fórmula *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*. Al propio tiempo, para que el juicio no sea apodíctico, sino que se base en el control empírico, es preciso también que las hipótesis acusatorias, como exige la segunda condición, sean concretamente sometidas a verificación y expuestas a refutación, de forma que resulten convalidadas solo si resultan apoyadas por pruebas y contrapruebas según la máxima *nullum iudicium sine probatione* (Ferrajoli, 1995: 37). En concordancia, Maier indica que "el procedimiento reglado que exige la Constitución tampoco es cualquier procedimiento establecido por la ley, sino uno acorde con las seguridades individuales y formas que postula la misma ley suprema (juez natural, inviolabilidad de la defensa, tratamiento del imputado como inocente, incoercibilidad del imputado como órgano de prueba, inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia epistolar, juicio público a decidir por jurados en la misma provincia en la que se cometió el delito), al regular de esta manera las pautas principales a las que deben ajustarse las leyes de enjuiciamiento penal, que ellas deben reglamentar con minuciosidad. Desde este punto de vista el proceso penal es un *procedimiento de protección jurídica* para los justiciables, y el Derecho procesal penal una *ley reglamentaria de la Constitución*" (Maier, 2003: 489).

10 Precisamente porque delito, ley, necesidad, ofensa, acción y culpabilidad designan requisitos o condiciones penales, mientras que juicio, acusación, prueba y defensa designan requisitos o condiciones procesales, los principios que exigen los primeros se llamarán *garantías penales*, y los exigidos por los segundos, *garantías procesales* (Ferrajoli, 1995: 92).

regir el nuevo Estado –artículo 1 CCABA–,<sup>11</sup> coherente con la ideología liberal y republicana que informa la Ley Suprema nacional.

Este perfil estatal se visualiza descarnadamente, al punto de convertirse en un sello de distinción, en la materia contravencional al disponer categóricamente la inexorable caída del régimen hasta allí imperante, el de los “edictos policiales”, que, habiendo nacido al amparo de un período de subversión del orden constitucional, encontró posterior ratificación por la acción u omisión, e incluso la complicidad, de los poderes democráticos que lo sucedieron.

Así, la Disposición Transitoria Decimosegunda ordenó a la primera legislatura el dictado de un ordenamiento, dentro de los tres meses de constituida –plazo improrrogable cuyo simple transcurso, cumplido o no el mandato constitucional, determinaba la derogación de los edictos–, que contuviera “las disposiciones de fondo en la materia y las procesales de esta y de faltas, con estricta observancia de los principios consagrados en la Constitución nacional, los instrumentos mencionados en el inc. 22 del artículo 75 de la misma y el presente texto”.

La expresa alusión al régimen contravencional en la norma, estableciendo límites específicos o condicionamientos de rango constitucional para su ejercicio, así como su sujeción a las garantías penales y a las procesales allí cristalizadas,<sup>12</sup> entre otras razones, salda definitivamente la disputa entre “penalistas” y “administrativistas” en torno de la naturaleza del derecho contravencional, reafirmando su condición de especial manifestación del poder punitivo propio del Estado autónomo, es decir su calidad de derecho penal especial<sup>13</sup>.

No obstante, cabe preguntarse cuál es el alcance y sentido de la opción por el proceso acusatorio, ya que ello ha sido objeto de amplio debate jurisprudencial.

Sin perjuicio de ello, sucintamente se puede describir el modelo de proceso penal impuesto por la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como un procedimiento contradictorio, en el que quien representa al Estado

–fiscal– tiene la autoridad, y a la vez la obligación legal<sup>14</sup> de promover la acción –que por regla es pública e indisponible, sin perjuicio de los criterios de oportunidad admitidos por el artículo 71 del Código Penal y precisados por las leyes procesales<sup>15</sup>–; de ejercerla recolectando la prueba que le permita sostener la imputación (acusación) o que lo obligue a concluir anticipadamente el proceso; y en el que la defensa tiene garantizado un amplio protagonismo desde el inicio mismo del proceso, actuando en un pie de igualdad con el Ministerio Público.

Luego, sometiendo la cuestión en audiencia oral y pública ante un juez independiente e imparcial que tiene vedada toda actividad netamente persecutoria, lo cual no debe significar que durante la etapa preliminar (investigación penal preparatoria a cargo del Ministerio Público Fiscal)<sup>16</sup> resulte un espectador pasivo, encorsetado por el carácter acusatorio del procedimiento, de lo que en su transcurso acontezca. Por el contrario, en dicha etapa del proceso desempeñará el rol de juez de garantías, asegurando el respeto a los principios constitucionales y a las disposiciones procesales, en pos de garantizar la igualdad de las partes y para evitar sometimientos arbitrarios e innecesarios al proceso.<sup>17</sup>

Por último, con instancia plural o garantía de doble instancia a lo largo de todo el proceso, asegurando la imparcialidad del órgano revisor. En este sentido, cabe destacar que el ordenamiento procesal penal local establece que cuando la sentencia de Cámara revoque una absolución de primera instancia, solo si esta estuviera motivada en una errónea aplicación de la ley (cuestión de puro derecho),<sup>18</sup> esa primera condena podrá ser recurrida dentro del tercer día, debiendo

11 El sistema inquisitivo o el acusatorio prevalecerá en un Estado según las características de su constitución política (Mittermaier, 1986: 31).

12 Ferreyra indica que, aunque sustancialmente concebido para el proceso penal, el marco garantista se irradiará a todo el ordenamiento jurídico infraconstitucional local (1997: 83).

13 Para un mayor desarrollo, puede consultarse los comentarios al Código de Vázquez y Aboso (1999).

14 El artículo 274 CP, sanciona al “funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes, será reprimido con inhabilitación absoluta de seis meses a dos años, a menos que pruebe que su omisión provino de un inconveniente insuperable”.

15 La reciente reforma introducida por la ley 27147 (BO 18/6/2015) al artículo 59 CP, introduce expresamente el principio de oportunidad al admitir como modo de extinción de la acción penal: “5) por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes”.

16 Cuya finalidad es la recolección de los elementos de prueba que den sustento a la acusación, (porque lo que se prepara es esta y no el juicio en sí).

17 Cafferata Nores observa: “Hoy en día se advierte que lo mejor que se puede hacer por un ciudadano (presumido inocente) para alejarlo de los males de aquel modelo [el inquisitivo], es lograr evitar que lo imputen innecesariamente” (Cafferata Nores, 2000: 73, nota 15).

18 Artículo 287 CPPCABA.

intervenir una sala distinta de la que la hubiera pronunciado.<sup>19</sup> Esto refleja el rol fundamental que ejercen los jueces de ambas instancias ordinarias a lo largo de todo el proceso garantizando el respeto de las garantías constitucionales.

## II. DEBIDO PROCESO

### 1. Principios y garantías

Como se manifestara *supra*, el contenido del artículo 13 CCABA informa el procedimiento penal,<sup>20</sup> en virtud de la calidad de garante de la libertad individual que asume la ciudad respecto de sus componentes.

Así, como garantías procesales,

... rigen los principios de legalidad, determinación, inviolabilidad de la defensa en juicio, juez designado por la ley antes del hecho de la causa, proporcionalidad, sistema acusatorio, doble instancia, inmediatez, publicidad e imparcialidad. Son nulos los actos que vulneren garantías procesales y todas las pruebas que se hubieren obtenido como resultado de los mismos (artículo 13, inc. 3).

También la necesidad de orden de arresto o detención (inc. 1), la imposibilidad de retención de documentos de identidad (inc. 2), la obligación de informar a la persona los motivos de su detención (inc. 4), la expresa prohibición de la declaración "espontánea" de detenidos ante la autoridad policial y de impedir la comunicación inmediata de su condición (incs. 5 y 6), la exigencia de un trato digno para el detenido (inc. 7), la inviolabilidad del domicilio, comunicaciones telefónicas, papeles privados, correspondencia, e información personal almacenada (inc. 8), la erradicación del derecho penal de autor (inc. 9), la indemnización por el "error judicial" (inc. 10), y la excepcionalidad de la detención preventiva en materia contravencional y la internación del contraventor cuando fuere necesario (incs. 11 y 12).

Es novedosa, por su incorporación expresa, la consagración de la regla de exclusión de los actos y de las pruebas obtenidas como resultado de aquellos,

<sup>19</sup> Artículo 290 CPPCABA.

<sup>20</sup> Ferreyra resalta que el sistema garantista es el más moderno e integral consagrado en un texto constitucional en el derecho argentino, teniendo como eje la dignidad humana, correlacionada y sustentada con el derecho a la vida como fundamento de todo (1997: 82).

practicados en violación a las garantías constitucionales, con lo que adhiere a la "doctrina del fruto del árbol venenoso" (*fruit of the poisonous tree*).<sup>21</sup> Vale agregar que la regla es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas, porque de lo contrario se desconocería el derecho al debido proceso que tiene todo habitante de acuerdo con las garantías constitucionales (CSJN "Rayford", 1986). Además, compromete la buena administración de justicia al pretender constituir la en beneficiaria del hecho ilícito por el que se adquirieron evidencias. Por lo demás, recoge los principios clásicos de la Constitución Nacional.

Por su parte, el artículo 106<sup>22</sup> dispone:

*Artículo 106.* Corresponde al Poder Judicial de la Ciudad el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre los puntos regidos por esta Constitución, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales, así como también organizar la mediación voluntaria conforme la ley que la reglamente. *Ejerce esta competencia, sin perjuicio del juicio por jurados que la ley establezca* (cursivas propias).<sup>23</sup>

<sup>21</sup> La doctrina de la *exclusión* fue enunciada hace más de un siglo por la Corte Suprema (fallos 46:36), reafirmada (fallos 306:1752 "Florentino" y 308:853 "Barbieri") y ampliada con la recepción de la doctrina del fruto del árbol venenoso (fallos 303:1938 "Montenegro"; 308:733 "Rayford"; 310:19 "Francomano"; recientemente, en 317:1985 "Daray"). *In extenso*, en Sagües (1999).

<sup>22</sup> La disposición confronta con los límites impuestos al estatuyente por la ley 24.588 (Ley Cafiero) que reserva la justicia ordinaria nacional para el Gobierno Federal, al aludir a "códigos de fondo", y con las previsiones del artículo 75 inc. 12 CN, en cuanto dispone que la aplicación de estos corresponde a los "tribunales federales o provinciales". Sin intentar interpretar si, en este último caso, se trata de un error u olvido legislativo o la expresa delimitación de la autonomía otorgado, cabe recoger lo señalado por Ferreyra (1997: 129) en cuanto a que la cláusula fue consignada para el futuro cuando la Ciudad, vía transferencia, reciba en su organización judicial a los actuales tribunales nacionales de la Capital Federal. Con otra opinión más crítica, Sabsay y Onaindia (1997).

<sup>23</sup> Sin perjuicio del correlato con la Constitución Nacional en este aspecto, cierto es que la legislación infraconstitucional ha optado por organizar el poder judicial siguiendo el modelo clásico, copiando la actual conformación de la justicia penal ordinaria (Ley 7), evidentemente por las mismas razones expuestas por Ferreyra al comentar el artículo 106 CCABA –ver nota 20–. Esta réplica no se mantiene en la actualidad, ante la falta de concreción del traspaso de los tribunales con sus jueces que integran la justicia ordinaria –mal llamada justicia nacional de la Ciudad– que se mantiene en la órbita del Poder Judicial de la Nación. Únicamente se han asignado al Poder Judicial local algunas competencias en materia penal, dispuesto por las leyes 572 (ley nacional 25.752) y 2257 (ley nacional 26.357), las que han sido absorbidas por el fuero Penal Contravencional y de Faltas. Recientemente, aunque con extrema demora, se han incorporado los delitos transferidos por la ley nacional 26.702). Finalmente, poniendo en un plano de absoluta igualdad a

Finalmente, establece que el Poder Judicial lo integran el Tribunal Superior de Justicia, el Consejo de la Magistratura, los demás tribunales que la ley establezca y el Ministerio Público (artículo 107).

Respecto de este último, en el Capítulo Sexto, luego de resaltar su carácter autónomo y autárquico dentro del Poder Judicial, determina sus funciones, imponiéndole:

1. Promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica;
2. Velar por la normal prestación del servicio de justicia y procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social; y
3. Dirigir la Policía Judicial (artículo 125).

#### a) Principio de legalidad

El artículo 18 CN señala que "ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso".

Además, la fórmula genérica prevista en el artículo 10 CCABA, mediante la cual incorpora "...todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen...",<sup>24</sup> expresamente alude al principio de legalidad.

Es la principal garantía de la libertad individual.

Dentro del Estado de derecho la ley penal tiene una función de garantía derivada del principio de reserva legal, según el cual todos los actos del Estado que se traducen en amenazas a la libertad individual de los ciudadanos requieren su apoyo en una ley formal.

Así, los presupuestos de penalidad y sus consecuencias jurídicas tienen que estar determinados por la ley al momento de su comisión, lo que se conoce con el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege* que se erigió como una de las principales conquistas de la Revolución Francesa de 1789, reflejado y precisado

la Ciudad respecto de las provincias, el Congreso Nacional le atribuyó competencia en los delitos tributarios vinculados a tributos locales (ley 26.735, artículo 18).

<sup>24</sup> Igualmente sobreabundante, dado el principio de supremacía del derecho federal sobre el local, que los hace regir sin necesidad de habilitación por una norma de rango inferior (Sabsay y Onaindia, 1997: 57).

por Feuerbach en su *Lehrbuch* aunque relacionado con su teoría de la coacción psíquica, pero proclamado en realidad por Beccaria en su libro *Dei Delitti e Delle Pene* (conocido en 1765), cuando convirtió en fórmula jurídica obtenida de la teoría ilustrada del contrato social de Rousseau el *principio de legalidad de los delitos y de las penas*: "nadie podrá ser castigado por hechos que no hayan sido anteriormente previstos por una ley, y a nadie podrá serle impuesta una pena que no esté previamente establecida en la ley".

En su faz procesal, requiere que la imposición de la pena se vea precedida por la sustanciación de un proceso legalmente regulado. El denominado "juicio previo" por la Constitución Nacional.

#### b) El proceso como reflejo del paradigma acusatorio

En paralelo con otras garantías procesales, el Constituyente expresamente incluyó el sistema acusatorio como notas distintivas del proceso penal local.

Asimismo, el Tribunal Superior de Justicia local ha consagrado este sistema en muchos de sus precedentes.<sup>25</sup> Cabe destacar que ninguna necesidad había de mencionar expresamente el sistema en cuestión, toda vez que como se señalara precedentemente, ya la Constitución Nacional –originaria o reformada– establecía claramente este modelo procesal. No obstante, en el marco de una notable exteriorización del modelo político adoptado para el nuevo Estado autónomo, al igual que en otras cuestiones de inusual incorporación en leyes supremas y a modo de programa de gobierno futuro, en el punto que nos ocupa no tuvo medias tintas.

Ahora bien, válido es recordar las notas características que lo distinguen del modelo opuesto, el proceso inquisitivo. Aun cuando en su conjunto no se

<sup>25</sup> Entre los que pueden destacarse, expte. n° 6454/09, "Ministerio Público/Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1, s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Benavidez, Carlos Maximiliano s/ inf., artículo 189 bis CP' (8/9/10), expte. n° 16036/18, "Incidente de apelación en autos Zakaryan, Armen s/ artículo 1, LN 13944 (incumplimiento de los deberes de asistencia familiar) p/L 2303 s/ recurso de inconstitucionalidad concedido" (28/12/18); y, más recientemente, en expte. n° 15022/18, "Ministerio Público/Fiscalía de Cámara Norte de la CABA, s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de recurso de inconstitucionalidad en autos "johnghost96@hotmail.com s/ 128, 1° párr., delitos atinentes a la pornografía (producir/ publicar imágenes pornogr. c. menores 18) CP (p/L 2303)"' (20/03/19).



explicitaron con pureza en ordenamiento positivo alguno (ver nota 5 *supra*), aquellas son:

- i. El proceso como garantía para el individuo y límite al Estado para hacer efectivo su poder punitivo.
- ii. Excepcionalidad de la prisión o detención preventiva –solo como medida cautelar, nunca como pena anticipada–.
- iii. Igualdad de armas. Libertad probatoria y pleno ejercicio de la defensa. Contradicción –acusación/refutación–.
- iv. Publicidad.
- v. Presunción o estado pleno de inocencia.
- vi. Inmediación y oralidad.
- vii. Juez imparcial –roles diferenciados–.

Ahora bien, es importante reparar sobre dos aspectos esenciales que se desprenden de los principios mencionados precedentemente. En primer lugar, la imparcialidad se traduce en que el juez deja de ser responsable de la represión penal, y pasa a ser garantía para los ciudadanos frente a posibles acusaciones infundadas, en consecuencia “guardianes de las garantías individuales”.

En segundo lugar, la verdad histórica se busca o se pretende obtener mediante el método de la contradicción. Se verifica una contraposición de intereses, el del representante del Estado –fiscal– por ejercer la represión o coacción estatal, y el de los individuos para autoprotgerse de ella. En el marco de un proceso legal, ambos deben proveer las fuentes de convencimiento al juez imparcial, para lo cual se los dota de iniciativa probatoria.

Se fundamenta en que cuanto menos refutación existe más posibilidad de error; de adverso, que a mayor contradicción existe más igualdad; y que la restricción de incorporar al debate por lectura de pruebas recogidas durante la investigación preliminar, garantiza que la decisión jurisdiccional será consecuencia de la percepción por sus sentidos del valor de las producidas en la audiencia (inmediación).

Tanto el tema de la imparcialidad del juez, como así también el tipo de verdad a la que se pretende arribar por medio del proceso, serán abordados con mayor extensión en el siguiente acápite contextualizados en la tensión entre los principios de legalidad y oportunidad.

### c) Legalidad *versus* oportunidad

En cuanto al principio de legalidad procesal, debemos distinguir legalidad de los criterios de oportunidad, dejando de lado el debate sobre si la regulación de la acción penal es una cuestión de fondo o de forma.

La reciente reforma del artículo 59 del Código Penal<sup>26</sup> admite la extinción de la acción penal por aplicación de un criterio de oportunidad “de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes”.

Ahora bien, el principio de legalidad supone la persecución de todos los delitos y la imposibilidad de disponer o no ejercer la acción penal pública (artículos 71 y 274 CP).

Algunos autores han destacado que en la práctica no tiene vigencia ya que por un lado se produce un proceso de selección frente a la imposibilidad material del aparato judicial para perseguir y juzgar todos los delitos, desechando los casos de menor relevancia y priorizando los más graves. Diversas circunstancias determinan que, ya sea por necesidad de ofrecer estadísticas presentables o por la cantidad de detenidos y cúmulo de causas, se prioriza a la inversa concentrando la actividad en los casos más simples. Por otro lado, la propia ley ha admitido diversas alternativas a la pena, lo que supone también la introducción de estos criterios.

El principio de oportunidad otorga una atribución al fiscal de no iniciar, suspender, limitar o hacer cesar definitivamente la persecución penal por razones de política criminal y procesal.

Puede ser libre (derecho anglosajón) o reglada (continental europeo). En este, al que parece adherir el legislador nacional al remitirse a las previsiones procesales correspondientes, se establecen legalmente las razones con control judicial y/o interno del Ministerio Público Fiscal.

Las tensiones entre ambos principios y/o modelos de persecución estatal pueden resumirse con precisión remitiendo a la afirmación de Hassemer en cuanto a que es deseable “tanta legalidad como sea posible, tanta oportunidad como sea necesaria” (1988: 10), de modo tal de salvaguardar de alguna manera el principio de igualdad ante la ley.

Por su parte, la imparcialidad se concreta mediante la tajante diferenciación de roles entre fiscal y juez, correspondiendo a aquellos la obligación de perseguir

<sup>26</sup> Ley 27147 (BO n° 33153 del 15/06/2015).

y acusar y a estos las de juzgar y punir. Esta separación de funciones entre el fiscal y juez se encuentra también consagrada a partir de las fórmulas *nemo iudex sine actore* (no hay juicio sin actor) y *ne procedat iudex ex officio* (el juez no actúa de oficio). Ambas señalan la necesidad de que un sujeto distinto del juez ejercite y sostenga la acción.

Asimismo, la función jurisdiccional que compete al tribunal de juicio se halla limitada por los términos del contradictorio, pues cualquier ejercicio de ella que trascienda el ámbito trazado por la propia controversia jurídica atenta contra la esencia misma de la etapa acusatoria de nuestro modelo de enjuiciamiento penal.

Supone además que la verdad real no puede estar por encima de los derechos del imputado; en consecuencia, el juez solo debe conocer y decidir sobre las acusaciones que ante él se realizan.

Aquí se deriva otra cuestión sensible, que en cierto modo pone en crisis los fines y objetivos del derecho penal mismo, esto es, si debe primar la verdad formal por sobre la verdad material o real; disyuntiva que abre la puerta a las soluciones consensuales.

Es claro que, en principio, se debe obtener la verdad sobre la culpabilidad no sobre la inocencia, que está presupuesta y se mantiene incólume hasta tanto una sentencia judicial, basada en la certeza obtenida de la prueba de cargo aportada por quien tiene la facultad y obligación de ejercer la persecución penal, así lo declare y establezca la pena proporcionada a aquella.

Debe reformularse el concepto de *verdad*, entendiéndose como fin perseguido mediante el proceso legal la obtención de la "verdad posible", que debe ser probada por el Ministerio Público y no por el juez, ya que de esta forma dejaría de ser imparcial.

En última instancia, aun cuando se defienda el concepto de verdad real, debe reconocerse que esa verdad está condicionada a las limitaciones constitucionales en torno a la obtención legítima de pruebas o a la extensión temporal razonable del proceso.

En cuanto a la verdad consensual, debemos señalar que entraña el riesgo que la negociación entre las partes importe el regreso a prácticas inquisitivas que desnaturalizan y desvirtúan el modelo de juzgamiento acusatorio que surgió para desterrar justamente las prácticas inquisitivas.

En lugar de una contienda oral y pública entre las partes enfrentadas en un pie de igualdad, y ante un juzgador imparcial y equidistante frente al cual acusador y acusado producen las pruebas con las cuales intentan sostener sus respectivas

hipótesis, el procedimiento negociado supone la utilización de medios coercitivos por parte de los órganos públicos para lograr la confesión del imputado, el pronunciamiento de condenas fundadas sobre la base de la confesión obtenida y las pruebas reunidas durante la instrucción, y todo ello, en el marco de un proceso escrito y secreto.

De allí que Langbein afirme contundentemente:

... la concentración de las facultades acusatorias y decisorias, que históricamente el procedimiento inquisitivo colocó en cabeza del juez inquisidor, recaen en gran medida en un juzgador de escasa visibilidad, el fiscal. [...] el sistema de justicia penal opera por intimidación. Los funcionarios que administran nuestro procedimiento sin juicio por jurados, en efecto, dicen al acusado: "¿Así que Ud. pretende ejercer su derecho constitucional a ser juzgado por jurados? Tiene todo el derecho de hacerlo. Pero tenga cuidado. Si Ud. reclama el ejercicio de este derecho y es condenado, lo castigaremos dos veces: una por su delito, otra por haber manifestado la temeridad de ejercer su derecho constitucional a un juicio por jurados" [...] el aumento del monto de pena para quienes son condenados luego de un juicio por jurados ronda en Estados Unidos el 40 o 50 % [...] en Estados Unidos [...] pasamos de un sistema acusatorio a un sistema de confesiones [...] hacemos que para el acusado sea muy costoso reclamar su derecho al debido proceso. (Langbein, 1996: 50)

Finalmente, en este mismo sentido cabe mencionar:

... la negociación entre acusación y defensa es exactamente lo contrario al juicio contradictorio característico del método acusatorio y remite, más bien, a las prácticas persuasorias permitidas por el secreto en las relaciones desiguales propias de la inquisición. El contradictorio, de hecho, consiste en la confrontación pública y antagónica, en condiciones de igualdad entre las partes. Y ningún juicio contradictorio existe entre partes que, más que contender, pactan entre sí en condiciones de desigualdad. (Ferrajoli, 2000: 48)

En diversos pronunciamientos del tribunal de alzada que integro he manifestado que:<sup>27</sup>

<sup>27</sup> A los fines de esta edición, se ajustan las referencias bibliográficas del texto que a continuación se cita. (Nota de los editores)



De tal concepción participa, también, Teresa Armenta Deu quien afirma que: "... el principio acusatorio informa aquel proceso que no puede iniciarse sin el previo ejercicio de la acción por un sujeto diferente del Juez (*nemo iudex sine actore*) [...] En un determinado sentido bastaría afirmar que el proceso acusatorio se caracteriza por el hecho de precisar de una acusación, para deducir inmediatamente que tal acción deberá ejercitarse diferente de aquel que juzgará (Armenta Deu, 2008: 127-128)".

Asimismo, cabe preguntarse si podemos hablar de un sistema realmente acusatorio cuando el proceso diseñado establece dos etapas claramente diferenciadas o, dicho de otro modo, cuando no hay juicio y, por ende, contradictorio desde su mismo inicio, a diferencia de lo que acontece en los Estados Unidos. Esta referencia obligatoria sobre un sistema adversarial es fuente de importación de diversos institutos y criterios que terminan por desnaturalizar el modelo original.

Obsérvese que "en los Estados Unidos no se distingue entre la investigación del delito previa al proceso [la aquí llamada "investigación penal preparatoria"] y el juicio propiamente dicho", justificándose ello en el rigor sobre la admisión de la prueba que caracteriza al proceso estadounidense (Pizzi, 2004: 88-89).

Ahora bien, el autor expresa que ese sistema procesal modelo entra, y se encuentra, en crisis cuando devalúa la importancia de la verdad, cuando se priorizan los acuerdos por sobre la verificación de la existencia de un suceso típico y de la atribución de esa acción a un determinado sujeto.

Esto lleva a concluir a Pizzi que: "... ningún sistema procesal puede ser sólido y hacerse merecedor de respeto por el público en general: 1) si no puede esperarse de él que consiga la absolución de los inocentes y la condena de los culpables con un alto nivel de fiabilidad; 2) si no consigue tratar a las personas que entran en contacto con el sistema —incluyendo las víctimas y testigos tanto como sospechosos y acusados— con dignidad y respeto; y 3) si no consigue hacer un uso racional de los limitados recursos materiales y humanos con que cuenta (Pizzi, 2004: 51)".

Volviendo al proceso adversarial, por contraposición, en los ordenamientos jurídicos occidentales se prevé una fase bien diferenciada dentro de la sucesión de trámites que van desde la comisión del delito hasta el juicio propiamente dicho. En general, desterrando los resabios inquisitivos, en los últimos tiempos se ha sustituido en la dirección de esa primera etapa al juez de instrucción por el fiscal, convirtiendo al juez en tercero imparcial desde el principio del proceso.

Nadie en sus cabales puede dejar de considerar acertada esta evolución de los sistemas procesales, en tanto supone una garantía para las partes involucradas. El problema radica en la concentración de facultades en el fiscal, que lo convierte en esa etapa preliminar, pero determinante para la suerte del proceso, en amo y señor de un sistema procesal que pareciera estar estructurado para evitar el juicio o debate.

Por ello, el fiscal es en realidad un juez de instrucción encubierto que, incluso decide el cuándo, el cómo y el hasta dónde se hacen efectivos, o no, los derechos de las partes. También, decide si quiere investigar o no, si permite la suspensión del juicio a prueba o no, o si promueve el acuerdo entre las partes o no. Aun más, dependerá del fiscal que le toque a cada uno en suerte, para que ocurra una u otra cosa, admitiendo mil variantes. Ningún juez podrá siquiera controlar sus decisiones.

Definitivamente este panorama no es amigable ni conciliable con las variadas descripciones teóricas de un sistema acusatorio y puede conducirnos a un estado similar al descrito por Pizzi en referencia al sistema procesal norteamericano.

Cabe preguntarse, entonces, si puede hablarse de un proceso acusatorio real cuando al juicio, y por ello a la efectiva contradicción, recién es posible acceder luego de superadas estoicamente por el imputado, principalmente, pero también por la víctima en el caso de la mediación, la recurrente persuasión o presión del fiscal para "negociar" una salida alternativa en realidad al juicio, aunque no al conflicto. De absurdo, cuando en apariencia hay voluntad de las partes de componer el conflicto, el fiscal asume una posición autista.

Debemos recordar que aquí no estamos frente a un proceso como el estadounidense que descansa sobre la negociación extraprocesal de las sentencias, en el que ocasionalmente algún caso llega a juicio. Sobre el punto, vuelvo a Pizzi para compartir que "una cosa es ofrecer a los acusados una sentencia menor como incentivo para la resolución rápida de un caso penal, y otra bien distinta que se negocie por sistema para evitar casi a toda costa ir a juicio, como actualmente sucede en los Estados Unidos" (Pizzi, 2004: 102).

Algunos autores la justifican la proliferación del *plea bargaining* por las dificultades del fiscal de contar con la prueba de cargo necesaria para lograr una condena, dado el restrictivo régimen de admisión de prueba, otros la critican (Pizzi, 2004) porque desprecia la verdad procesal; empero, no existe esta dificultad entre nosotros.

Insisto con Pizzi, ya que resulta contundente su opinión respecto a que “un sistema de justicia penal que funciona siempre por negociación extraprocesal – debido a que el aparato procesal es tremendamente caro y a pesar de eso nada fiable– acaba por corromperse, y el mismo sistema termina por no confiar en el resultado de sus propios procedimientos” (Pizzi, 2004: 103).

Coincide Ferrajoli en que el *plea bargaining* y el *guilty plea* –ambos importados por nuestro sistema procesal–, resultan una “fuente inagotable de arbitrariedades: arbitrariedades por omisión, ya que no cabe ningún control eficaz sobre los favoritismos que puedan sugerir la inercia o el carácter incompleto de la acusación; arbitrariedades por acción, al resultar inevitable, como enseña la experiencia, que el *plea bargaining* se convierta en la regla y el juicio en una excepción, prefiriendo muchos imputados inocentes declararse culpables antes que someterse a los costes y riesgos del juicio” (Ferrajoli, 1995: 568-569).

En consecuencia, salvo que procuremos este último objetivo, debemos admitir que nos rige en la Ciudad un sistema acusatorio formal con tendencia a lo inquisitivo, porque la realidad indica que muchos de los principios que informan un sistema de esas características no se verifican genuinamente en los hechos.<sup>28</sup>

Por otro lado, también me he expedido con relación al rol del juez en un sistema acusatorio. En este sentido, he dicho que “El sistema acusatorio como garantía constitucional no implica en modo alguno la eliminación del ejercicio de la jurisdicción como facultad deber propio del Poder Judicial, según el artículo 106 CN sin que pueda suponerse la inconsecuencia del constituyente”.<sup>29</sup>

Asimismo que “Es función constitucional del judicante controlar la legalidad del proceso y no ser un mero espectador del mismo”.<sup>30</sup>

En esta inteligencia, cabe reiterar que el sistema acusatorio debe ser comprendido como el desdoblamiento de las funciones estatales de perseguir y juzgar, siendo un órgano distinto a los jueces el encargado de excitar la actividad de estos. Ahora bien, a partir de esta concepción se extraen diversas consecuencias

<sup>28</sup> CPCyF, SALA I, causa n° 36983-00-CC/08 “Del Tronco, Nicolás s/infr. artículo 184 inc. 5-CP” – Apelación”, resuelta el 6/12/2010; entre otras.

<sup>29</sup> CPCyF, Sala I “Aldao”, rta. el 2/3/2007; entre otras.

<sup>30</sup> CPCyF, Sala I, causas n° 31464-00-CC/2008 “Gerala, Juan Oscar s/infr. art(s). 149 bis, Amenazas –CP”, rta. el 18/3/2009; n° 35250-00-CC/2009 “Acevedo, Ariel Gustavo s/artículo 85 CC. Apelación”, rta. el 30/4/2010; entre otras.

pero ninguna de ellas sustrae de la órbita de los jueces aquella consistente en interpretar y aplicar la ley.

En el marco de esta tensión entre sistema acusatorio y la delimitación de las facultades del fiscal y el juez, uno de los temas en los que se puede advertir conflictividad –a modo ejemplificativo– es el planteo de nulidades de oficio por parte del juez. Al respecto, existen planteos del MPF respecto a que los jueces se exceden en su jurisdicción por haber declarado una nulidad de oficio. Sobre esto, corresponde señalar que el artículo 71, tercer párrafo del CPPCABA, obliga a los jueces a declarar de oficio aquellas nulidades que impliquen violación de garantías constitucionales. Asimismo, la CSJN ha sostenido que

... constituye un requisito previo emanado de su función jurisdiccional el control aún de oficio, del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran involucrados aspectos que atañen al orden público, toda vez que la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecte una garantía constitucional no podría ser confirmada.<sup>31</sup>

En igual sentido, de acuerdo a los fundamentos de la Procuración General de la Nación, los que fueron compartidos y hechos propios por el Máximo Tribunal Federal,

... en casos análogos el Tribunal admitió el tratamiento de oficio de esta cuestión, por tratarse de un vicio del procedimiento que afecta directamente una garantía constitucional, susceptible de provocar una nulidad absoluta que no podría convalidarse.<sup>32</sup>

### III. CONCLUSIÓN

Es indudable que el paradigma fijado por la Constitución de la Ciudad en su artículo 13, por su precisión y amplitud garantiza en teoría un ejercicio justo y limitado del poder punitivo del Estado, estableciendo las prohibiciones y el alcance de sus atribuciones.

<sup>31</sup> CSJN, “Nápoli, Luis A.”, rta. 5/3/96.

<sup>32</sup> Fallos 325:2019; CSJN, “B. 890. XLVIII. Recurso de hecho Borbolla, María Mafalda s/ homicidio culposo causa n° 5556/11”, rta. 21/10/14.

Asimismo, que el producto infraconstitucional que reglamenta las normas superiores responde en buena medida a dichas pautas, sin perjuicio de lo cual el modo de interpretar algunas garantías pone en crisis el sentido de las mismas.

A su vez, que la proliferación de algunos institutos, en tanto desnaturalizados en sus objetivos (por ejemplo el juicio abreviado, la suspensión del juicio a prueba y la mediación penal), nos obliga a reflexionar sobre su correspondencia con el estricto mandato constitucional.

Todo ello debe ser analizado a partir de una práctica en la cual, tal como se expresó anteriormente, una de las partes en el proceso –la fiscalía– cuenta con facultades exacerbadas con relación al juez. Es decir, existe una desvirtuación del modelo acusatorio que lo exhibe como un sistema inquisitivo, pero con un nuevo personaje inquisidor.

En este contexto, el rol de los jueces de ambas instancias ordinarias es velar por el cumplimiento de los principios consagrados en el artículo 13 CCABA que fundan el proceso penal local. Ello implica controlar la constitucionalidad, legalidad y racionalidad de las disposiciones del acusador público en un sistema que le entrega todas las armas.

Las dificultades mencionadas no derivan de la norma constitucional y tampoco de las reglas infraconstitucionales referidas a aquellas –aunque perfectibles–, sino principalmente de su interpretación a la luz de un sistema que se pretende superador, aunque sin demasiadas evidencias prácticas de ello. En este contexto, se presenta una débil delimitación entre el principio de legalidad y el principio de oportunidad lo que activa –o debería activar– inmediata e irremediamente el rol del juez como garante de los principios constitucionales rectores del proceso penal.

Nuevamente son prácticas y no normas las que generan situaciones de incertidumbre y conflictividad en el marco de un proceso que traduce, en materia penal, ni más ni menos que la tutela de los bienes jurídicos más relevantes para la sociedad, lo que implica la posibilidad de ejercer, tal como se expresó al comienzo de este trabajo, el ius puniendi.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

ARMENTA Deu, Teresa (2008). *Estudios sobre el proceso penal, Colección: autores de derecho penal*, Edgardo Alberto Donna (dir.), Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

CAFFERATA Nores, José (2000). *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Buenos Aires: Del Puerto.

D'ALBORA, Francisco (2003). *Código Procesal Penal de la Nación, Anotado, comentado, concordado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot / Lexis-Nexis.

FERRAJOLI, Luigi (1995). *Derecho y razón*, Madrid: Trotta.

FERREYRA, Raúl (1997). *La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. Buenos Aires: Depalma.

HASSEMER, Winfried (1988). "La persecución penal: legalidad y oportunidad", en *Jueces para la Democracia, información y debate*, Madrid, n° 4.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (1997). *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Un recorrido crítico*, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.

LANGBEIN, John H. (1996). "Sobre el mito de las constituciones escritas: la desaparición del juicio por jurados"; traducción a cargo de Alberto Bovino y Christian Courtis, publicado en *Nueva doctrina penal*, Buenos Aires: Del Puerto.

MAIER, Julio B. J. (2003). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Del Puerto.

MITTERMAIER, Carl J. A. (1986). *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid: Reus.

PIZZI, William T. (2004). *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del proceso penal estadounidense*, Madrid: Tecnos.

SABSAY, Daniel y ONAINDIA, José Miguel (1997). *La Constitución de los porteños*, Buenos Aires: Errepar.

SAGÜES, Néstor P. (1999). *Elementos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires: Astrea, tomo 2.

VÁZQUEZ Marcelo y ABOSO, Gustavo (1999). *Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Concordado, anotado con jurisprudencia y legislación complementaria*, Buenos Aires: B de F.

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge (1995). *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires: Rubinzal.