

# INFORME SOBRE LA DISPONIBILIDAD DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA

Por Carlos Julio Lascano

## I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

En nuestro país se advierte la acuciante necesidad de introducir en el Código penal una cláusula que contemple de modo expreso algunos criterios de oportunidad, aplicables en la disponibilidad por el Ministerio Público del ejercicio de acción penal pública.

José I. *Cafferata Nores* —quien junto a Julio *Maier*, Jorge *de la Rúa* y otros destacados juristas, lideró en nuestro país la tendencia doctrinaria favorable a restringir la intervención punitiva estatal, en base a criterios de racionalidad y eficacia— sostiene que, ante la supuesta realización de un comportamiento penalmente tipificado, hay «dos alternativas posibles. O la reacción del Estado, buscando acreditar el hecho para castigarlo, tiene que darse en *todos los casos* en que exista la hipótesis de la comisión de un delito, sin excepción y con la misma energía; o bien, se puede *elegir* a través de los órganos estatales, en qué casos se va a provocar esta actividad, y en qué casos no, según diversas razones. La primera se denomina *legalidad*; la segunda *disponibilidad* o también *oportunidad* (aunque, en realidad, los criterios de oportunidad son las razones de la disponibilidad)».

El mencionado autor sostiene que el principio de **legalidad procesal** (o de **oficialidad**) consagrado por el art. 71 del CP, influye en la acción penal en dos momentos: a) En el inicial, donde se traduce en la «inevitabilidad de la promoción de la persecución represiva» que **necesariamente** debe comenzar ante la hipótesis de que se ha incurrido en una conducta delictiva. b) En un momento posterior, a través de la «irretractabilidad del ejercicio de la acción penal ya iniciada», prohibiéndose generalmente su suspensión, interrupción o cese, y exigiéndose su prosecución hasta el dictado de la sentencia y el agotamiento de la pena.

Dentro del marco emergente de la reforma de 1994, a partir de la incorporación del art. 120 de la Constitución Nacional, debemos analizar el sistema del art. 71 CP, que utiliza una fórmula imperativa («Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales...»); dicha norma se correlaciona con el art. 274 CP que reprime la conducta de aquellos funcionarios públicos encargados de la persecución penal, que omitan cumplir con su deber.

En consecuencia, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales para perseguir y castigar los delitos, sin que ello pueda evitarse o relativizarse, so pena de incurrir en otro comportamiento penalmente ilícito.

Este principio de oficialidad —con las excepciones de las llamadas acciones dependientes de instancia privada y acciones privadas— significa que los órganos estatales encargados de la investigación y castigo de las acciones que la ley de fondo ha descripto como punibles, ante la existencia de un hecho con la apariencia de ser un delito —tengan conocimiento directo de él por las suyas o les sea anoticiado formalmente por una denuncia— deben actuar inexorablemente, sin supeditar su actividad persecutoria a consideraciones de conveniencia o utilidad, contra todas las personas que aparezcan involucradas en la perpetración de ese comportamiento típicamente antijurídico, a las que deberán someter al debido proceso para que el órgano jurisdiccional competente determine su responsabilidad penal o su inocencia.

Guillermo J. *Fierro* afirma que el criterio adoptado por el Código de 1921 — producto del proceso histórico que delegó en el Estado el monopolio de la persecución punitiva— es el que expresa mejor el principio *quot delicta, tot poena*, pero a esta altura de los acontecimientos debemos preguntarnos si el mantenimiento de este purismo teórico no importa una lamentable hipocresía, frente al colapso del sistema judicial, que impide atender con un mínimo de seriedad la investigación y el juzgamiento de tan siquiera el diez por ciento del volumen de las causas sometidas a consideración, sin considerar la denominada «cifra negra» de la criminalidad. Por ello, con una visión realista y práctica, se proponen diversos mecanismos para descomprimir el aparato judicial punitivo.

Tal vez la principal solución que se ha postulado es el denominado *principio de oportunidad*, que en numerosos casos ya existe de facto, dado que los operadores del sistema judicial, deliberadamente o por la fuerza de los hechos, escogen algunas causas («con presos», o como en la Provincia de Córdoba, «sin presos y parte civil»), aunque, generalmente se seleccionan informalmente las más graves, cuya repercusión social no toleraría que se paralizaran.

La aplicación de los criterios de oportunidad, por su naturaleza discrecional, requiere de controles exhaustivos y permanentes, tanto internos como externos, y constituye un desafío para la política criminal de cada país.

Desde la moderna doctrina procesal, un destacado grupo de autores postulan revisar críticamente la concepción del principio de legalidad como «fundamento» del proceso penal y a la vez preparan el terreno para la revalorización del principio de oportunidad procesal no solo en su *status* científico en general, sino también en sus posibilidades de ser consagrado en los distintos ordenamientos procesales como verdadera excepción al principio de legalidad.

Un decidido impulsor de esta corriente de opinión es Alberto M. *Binder*, quien —pese a admitir que no existen razones definitivas para argumentar que el régimen de la acción penal deba ser regulado en el Código penal o en el Código

procesal— afirma que —dada la enorme trascendencia práctica y el impacto que tiene el régimen de la acción sobre todos los aspectos dinámicos del sistema judicial— es preferible regularla en las leyes de enjuiciamiento penal.

Siguiendo tales lineamientos, algunos Códigos procesal-penales (Mendoza, arts. 26 y 27; Chubut, arts. 44 a 48; Río Negro, arts. 180 ter, 180 quater y 180 quinto; Buenos Aires, arts. 56 y 56 bis) y anteproyectos o proyectos de diversos Estados provinciales (Neuquén, arts. 36 a 39; Corrientes, arts. 36 y 37; La Rioja, arts. 36 a 41), receptan la posibilidad de que —luego de iniciada la acción penal— ella pueda extinguirse por motivos diferentes a los contemplados en los arts. 59, 64, 76 bis y ss. del Código penal.

En este informe no es factible detenernos a analizar los argumentos expuestos —a favor y en contra— de la posible afectación constitucional que tal forma de legislar trae aparejada, pero reconociendo la sustantividad de la acción penal, nos enrolamos en el sector doctrinario que postula que los supuestos de disponibilidad de la persecución penal pública deben ser establecidos por el Código penal, pues ello representa una modificación normativa material. Por ende, creemos preferible la introducción de los criterios de oportunidad en la disponibilidad de la acción penal pública, mediante la reforma del Código Penal.

## II. TRATAMIENTO DEL TEMA EN EL DERECHO COMPARADO Y EN ANTEPROYECTOS Y PROYECTOS NACIONALES

Las opciones seguidas en el Derecho comparado son varias, pero dos son las predominantes:

a) La total discrecionalidad en manos del fiscal, propia del *plea bargaining* norteamericano; b) El sistema de *oportunidad reglada*, característico del Derecho continental europeo (tal vez su mejor ejemplo sea la Ordenanza procesal penal alemana), donde a partir de la vigencia del principio de legalidad procesal, se admiten excepciones por razones de oportunidad —bastante heterogéneas— que se encuentran previstas en la legislación penal o procesal penal, cuya aplicación en el caso concreto se realiza bajo la responsabilidad de funcionarios judiciales predeterminados, generalmente con el consentimiento del imputado —a veces también de la víctima— y requiere control del órgano jurisdiccional, para establecer si el caso es de los que la ley autoriza en abstracto a tratar con criterio de oportunidad, y si amerita concretamente dicho tratamiento.

El principio de oportunidad reglada fue el admitido por la Comisión Ministerial encargada de las reformas puntuales al Código Penal (*Donna, Pessoa, Baigún, Chiara Díaz, Roger, Marta Paz y Liporace*), en el Proyecto de 1998 que propuso adoptar el principio de oportunidad, introduciendo modificaciones a los arts. 73 y 74 del C. Penal.

La exposición de motivos de dicha Comisión expresó:

«La imposibilidad material de dar cumplimiento al sistema de legalidad procesal actual determina la aplicación de criterios formales de oportunidad, según los cuales, cuando el órgano jurisdiccional competente toma conocimiento de la comisión de un hecho probablemente punible, queda en sus manos suspender o renunciar a la persecución pertinente, conforme a los criterios que la ley señala y que sustituyen a los que de hecho e informalmente operan actualmente».

Aquel principio también fue contemplado en el art. 49 del Anteproyecto de 2006 de la «Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma y actualización integral del Código penal». La exposición de motivos consigna:

«Un cambio significativo se ha introducido en la normativa vinculada al nacimiento, ejercicio y extinción de la acción penal. Más allá de la discusión sobre la pertinencia de su regulación en la ley de fondo, se adhiere a la posición afirmativa en este punto, y la reforma introduce —por un lado— el principio de oportunidad; y por otro, reconoce y jerarquiza el lugar de la víctima y sus derechos e intereses».

«Estas reformas se proyectan sobre la cuestión más operativa del sistema penal y, por ello, tienen gran incidencia en la búsqueda de eficacia en la respuesta punitiva. La idea de que todos los delitos deben perseguirse y castigarse, cuyo origen está históricamente vinculado al fuerte proceso de concentración y verticalización de poder generado por la Inquisición y consecuentemente ligado al llamado modelo de procedimiento inquisitivo (de profunda incidencia en la configuración de los sistemas de enjuiciamiento de nuestro país que recién se comenzó a abandonar en la última década), choca con una realidad cuyos efectos han sido diametralmente opuestos a la pretensión declamada y que se traducen en la falta de eficacia en la persecución penal, en el dispendio inútil de recursos humanos y presupuestarios y en la consolidación —paradojal— de criterios subterráneos de selección tanto en sede policial como judicial (fuente de grandes arbitrariedades). Como si fuera poco, las estadísticas oficiales y las encuestas de victimización dan cuenta de algunos datos elocuentes: el sistema de justicia penal se ocupa de muy pocos casos en relación al total de los que han sido relevados en lugares y tiempos concretos, circunstancia demostrada además por la amplitud de la llamada “cifra negra”, a lo que debe sumarse que el porcentaje de sentencias en relación al conjunto de conflictos ingresados al sistema de justicia es bajo, y el de las sentencias que concluyen en la imposición de una pena es ínfimo en relación al total de casos judicializados».

Más adelante se dice:

«En base a estos lineamientos, en el artículo 49 se establece el principio de oficialidad y obligatoriedad de la acción penal pública, admitiéndose también su ejercicio por parte de la víctima en las condiciones establecidas por las leyes procesales. A continuación se prescriben los criterios de oportunidad facultándose al titular de la acción pública a no promoverla o desistir de la ya promovida en supuestos de insignificancia, pena natural, pena ya sufrida o conciliación con reparación de daños en hechos patrimoniales cometidos sin violencia o intimidación o en delitos culposos, salvo que existan razones de seguridad o interés público».

Posteriormente (2009) se presentó al Parlamento un proyecto de reformas al Código penal (arts. 59, 71 a 76) que también postulaba criterios de oportunidad

reglada. En forma simultánea se presentó un proyecto de nuevo Código procesal penal de la Nación que —en consonancia con los lineamientos proyectados para la reforma al Código penal— regulaba los procedimientos del principio de oportunidad (art. 12), conversión de la acción pública en privada (art. 13), conciliación (art. 14) y reparación (art. 15).

En lo que respecta a los distintos criterios de oportunidad reglada, Javier Augusto *De Luca* menciona los siguientes antecedentes:

1) hechos punibles de poca importancia que representan realizaciones mínimas de tipos penales y que merecen ser derivados a otras formas de control social existentes (art. 22, inc. a, Código procesal penal de Costa Rica; artículo 199; inc. e) del Código procesal penal de la Ciudad de Buenos Aires [CPPCABA]; art. 56 bis, inc. 1 del Código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires [CPPPBA]; art. 26, inc. 1 del Código procesal penal de Mendoza, art. 19 del Código procesal penal de la Provincia de Santa Fe).

2) métodos alternativos de resolución de conflictos para cierto tipo de delitos. Acuerdos tales como conciliación y/o mediación (art. 36 del Código procesal penal de Costa Rica; art. 204 CPPCABA; ley 13.433 —con las modificaciones de la ley 13.943— complementaria del CPPPBA; art. 26, inc. 2 del Código procesal penal de la Mendoza (CPPPM); arts. 19 y 20 del Código procesal penal de la Provincia de Santa Fe).

3) la mínima culpabilidad del autor o la pena natural que sufre como resultado de su propia obra delictiva (art. 22, inc. c del Código procesal de Costa Rica; art. 199, inc. i del CPPCABA; art. 56 bis, inc. d) CPPPBA; art. 19 del Código procesal penal de la Provincia de Santa Fe).

4) dejar en suspenso la persecución penal de un hecho o de partes separables de un mismo hecho para dedicarse a la persecución del hecho punible o sub casos más graves (art. 199, inc. f y g del CPPCABA; art. 22, inc. b del Código procesal penal de Costa Rica; art. 56 bis, inc. 3 del CPPPBA; art. 26, inc. 5 del CPPM);

5) cuando se vislumbra la innecesariedad de aplicación de pena en razón de la que ya está cumpliendo el sujeto por un hecho anterior o contemporáneo.

### III. PROPUESTA DE REGULACIÓN Y FUNDAMENTOS

#### 1. Precepto legal:

**ARTÍCULO** *.- Ejercicio de la acción pública. Las acciones penales son públicas o privadas. El Ministerio Público Fiscal tendrá la obligación de ejercer, de oficio, la acción penal pública, salvo en los casos donde sea condicionante la instancia de parte interesada. También podrá hacerlo la víctima del hecho en las condiciones establecidas por las leyes procesales.*

*No obstante, el Ministerio Público Fiscal podrá fundadamente no promover la acción o desistir de la promovida ante el juez o tribunal hasta antes de la fijación de fecha para el debate oral, en los siguientes casos:*

- a) Cuando se trate de hechos que, por su insignificancia, no afecten gravemente el interés público, salvo que fuesen cometidos por un funcionario público en el ejercicio o en razón de su cargo;*
- b) Cuando las consecuencias físicas o morales del hecho sufridas por el imputado sean de tal gravedad que tornen innecesaria o desproporcionada la aplicación de una pena, salvo que mediaren razones de seguridad o interés público;*
- c) Cuando la pena en expectativa carezca de importancia con relación a la pena ya impuesta al imputado o a la que se debe esperar por los restantes hechos o infracciones investigadas en el mismo proceso u otro conexo, o a la que se le impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.*
- d) Para algunos supuestos, cuando la cantidad y complejidad de muchos hechos pone en evidencia que el desarrollo de la acción penal por todos ellos entorpecerá o dilatará la de los demás.*
- e) Cuando exista conciliación o acuerdo entre las partes y el imputado haya reparado los daños y perjuicios causados en los hechos delictivos con contenido patrimonial, cometidos sin violencia o intimidación sobre las personas, o en los delitos culposos, salvo que existan razones de seguridad o interés público.*

*En los supuestos de los incisos a) y b) será necesario que el imputado haya reparado los daños y perjuicios ocasionados, en la medida de lo posible.*

*La presentación fiscal será notificada a la víctima, quien deberá ser oída, pudiendo formular oposición. El juez o tribunal remitirá las actuaciones al fiscal de grado superior competente, cuya resolución será vinculante.*

*Admitido el criterio de oportunidad, la acción pública se convertirá en acción privada. La víctima tendrá el derecho de exigirle al Estado el asesoramiento jurídico necesario cuando no pudiese afrontar los gastos en forma particular.*

*La querrela deberá presentarse dentro del término de sesenta (60) días hábiles desde la notificación de la resolución de conversión. Vencido el término, la acción penal quedará extinguida para el autor o partícipe en cuyo favor se aceptó el criterio de oportunidad, salvo el supuesto del inciso a), en que los efectos se extenderán a todos los partícipes.*

## *2. Fundamentación:*

En coincidencia con José I. Cafferata Nores y Javier A. De Luca, afirmamos la necesidad de que el Congreso Nacional, en uso de la facultad reconocida

pacíficamente de regular el régimen de acciones (Código penal, art. 71 y subsiguientes) así como las causales de extinción de la acción penal (Código penal, art. 59 y subsiguientes) —normas tradicionalmente consideradas por nuestra doctrina y jurisprudencia como sustanciales o de fondo, y, por lo tanto, de la competencia excluyente de aquél— sea quien expresamente excepcione el principio de legalidad procesal que impone el art. 71 del Código penal, con criterios de oportunidad, para que así resulten de aplicación en todo el territorio nacional.

Ello permitirá una cierta uniformidad en su funcionamiento concreto en todo el país como un modo de asegurar un mínimo de igualdad ante la ley de todos los argentinos, con prescindencia de la jurisdicción judicial a que deban someterse (nacional o de cada provincia), proveyendo además a los Estados provinciales de una base insoslayable de la cual deberán partir para cumplir con el encargo constitucional, no sólo de administrar justicia penal (art. 5 CN), sino también de hacerlo con pleno respeto del derecho a la igualdad ante la ley y a la igualdad de trato por parte de los tribunales y cortes de justicia, que debe garantizarse a todos los habitantes (arts. 16, 75, inc. 22 CN, y 14.1 PIDCP).

Sólo así se evitará que las provincias legislen sobre criterios de oportunidad del modo anárquico que lo vienen haciendo, permitiendo que bajo diferentes eufemismos (extinción de la acción penal, acuerdo de mediación, archivo, insubsistencia de la acción penal, prescindencia de la persecución penal) y cumplidos ciertos trámites en relación con la víctima, sujetos culpables terminen sobreseídos, cuando según el Código penal deberían ser condenados, privilegio que les es acordado únicamente en atención al lugar del país en el que cometieron el delito.

Por otra parte, como lo afirma *De Luca*, la inclusión de los criterios de oportunidad en la Parte general del Código penal sería coherente, también, con la revalorización del principio acusatorio que concede amplias potestades de disposición de las acciones penales (controladas) a los representantes del Ministerio Público Fiscal (art. 120 CN).

En todos estos casos se propone que el titular de la potestad de ejercer el criterio de oportunidad sea el fiscal, por acto fundado y con el debido contralor interno en el seno del Ministerio Público Fiscal, así como informar a la víctima, en caso de que sea posible y corresponda, que el Ministerio Público ha decidido prescindir de la acusación, para que ésta manifieste su criterio y, en caso de oposición, pase a ejercer la acción penal en sustitución del órgano acusador, como si fuese una acción privada.

He seguido, en líneas generales, los criterios de oportunidad propuestos por el Anteproyecto de 2006, agregando el siguiente texto, criteriosamente propuesto por *De Luca*: «Para algunos hechos cuando la cantidad y complejidad de muchos hechos pone en evidencia que el desarrollo de la acción penal por todos ellos entorpecerá o dilatará la de los demás».

En el supuesto configurado por la afectación insignificante del interés público (apartado a), siguiendo la orientación del art. 76 bis CP para la suspensión del juicio a prueba, se exceptúa expresamente a los delitos *cometidos por un funcionario público en el ejercicio o en razón de su cargo*.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA PRINCIPAL CONSULTADA

BINDER, A., *Política criminal: de la formulación a la praxis*, Buenos Aires, 1997.

CAFFERATA NORES, J., «El principio de oportunidad en el derecho argentino. Teoría, realidad y perspectivas», en el mismo, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Buenos Aires, 1997.

CAVALLERO, R., «Disponibilidad de la acción», *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año IV, Número 8-A, 1998.

DE LA RÚA, J., «Reflexiones sobre los problemas constitucionales y procesales que plantea el principio de oportunidad en el Derecho argentino», relato a las Duodécimas Jornadas Nacionales de Derecho Penal, Mendoza, 1988.

- «Disponibilidad de la acción penal», *Tribuno. Revista del Colegio de Abogados de Córdoba* (9), año II 1995.

DE LUCA, J., *Principio de Oportunidad en el ejercicio de las acciones penales. Proyecto de ley de inclusión en el Código Penal*, Buenos Aires, 2012.

FIERRO, G., «Del ejercicio de las acciones en "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial», en Baigún *et. al.* (dir.), *Código penal y normas complementarias*, t. 2B, Arts. 56/78 bis, Buenos Aires, 2007.

LASCANO, C., «Las pautas político-criminales de la Constitución argentina, el tipo de injusto y los criterios de oportunidad procesal en la disponibilidad de la acción penal pública», *Actualidad Jurídica de Córdoba – Derecho Penal* (120), segunda quincena agosto de 2008, Año V.

- «La antijuridicidad específicamente penal, las excusas absolutorias y los criterios de oportunidad reglada para la disponibilidad de la acción penal pública promovible de oficio», en Lascano *et. al.* (dir.), *Temas actuales de Derecho Penal. Parte General*, Córdoba, 2010.

ZAFFARONI, E., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. V, Buenos Aires, 1988.

ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2002.