

La acción penal pública en un modelo acusatorio

Dr. Jorge C. Baclini¹

Sumario: 1.- Introducción. 2.- Legalidad: Oficialidad y oportunidad. 3.- Fundamento de la oportunidad. 4.- Finalidad de la oportunidad. 5.- Análisis constitucional. 6.- Distintos sistemas de disponibilidad. 7.- Titularidad de la acción penal. 8.- Facultades discrecionales y salidas alternativas. 9.- Momento para su interposición. 10.- Quién toma la decisión de aplicar la oportunidad. 11.- La conversión. 12.- Análisis de las críticas al sistema de conversión. Bibliografía.

1.- *Introducción*

El capitalismo extremo y la globalización han generado grandes cambios sociales. El *modelo social es conflictivo* ya que hay una lucha permanente entre las clases sociales que lo integran y existe una brecha cada vez más pronunciada entre ricos y pobres. Las sociedades capitalistas actuales se basan en la producción de cada vez más bienes, de mayor calidad y tecnología. Ello depara en una disputa continua por la posibilidad de acceder a esos bienes, de forma tal que algunas personas que no pueden alcanzarlos, porque carecen de los recursos suficientes, cometen delitos. No es que esto implique que la pobreza es una de las causas del delito porque tan cierto es que las clases bajas buscan acceder a esos bienes como que también las clases medias y altas también lo hacen, de allí es que el delito atraviese a todas las capas sociales sólo que se presenta con distinta inteligencia y con los medios disponibles para cometerlo, un ejemplo claro es el robo y la estafa; el vendedor callejero de drogas, el proveedor de las sustancias y el que lava el dinero producto de la economía delictiva.

Naturalmente que en sociedades de estas características el delito es un dato real y que está en continuo crecimiento no sólo porque se cometen más delitos sino también porque hay una política legislativa y de persecución inflacionaria y a la vez selectiva. Por cierto que no será el sistema punitivo el que resuelva estos problemas, ni mucho menos la pena privativa de la libertad, en tanto se trata de modelos que dadas sus características se puede decir que producen permanentemente tendencia al delito, máxime si consideramos otro dato objetivo que es la fuerte tendencia a la prohibición de mayor cantidad de conductas y la previsión de su sanción penal. Sin embargo, el sistema punitivo no puede desaparecer porque de lo contrario se caería en el caos, autorizándose a la denominada justicia por mano propia, sin embargo, cierto es que hay que hacer esfuerzos por limitarlo desde los principios constitucionales y desde la dogmática penal.

Entonces, nos encontramos ante una tendencia criminalizante que se dirige principalmente hacia determinados sectores sociales o bien a la tutela estatal de bienes jurídicos cuya protección deviene funcional en este modelo conflictivo, a través del respaldo de una política legislativa inflacionaria que pretende satisfacer el clamor público bajo la punición de prácticamente casi todas las conductas sociales, posibilitando de este modo a brindar una mayor respuesta persecutoria y punitiva.

Es decir que la pretensión estatal se expande ante el incremento del catálogo de delitos y de penas, no sólo por una mera cuestión legislativa sino por el fracaso en las respuestas reales a la conflictividad social que lejos de brindar soluciones concretas

¹ Con los aportes, sugerencias y correcciones de la Dra. Jorgelina Maggiori.

pretende a través del control social imponer distintas formas de atemorizar a la población².

En esta inteligencia, hay que reconocer que el sistema de persecución penal no está preparado para poder hacer frente a modelos sociales de este tipo. Más allá de muchísimas insuficiencias lo real es que la antigua pretensión de poder *perseguir todos los delitos* para imponer sanción, esto es la idea de *delito como infracción*, es de *imposible realización* no solo en países como los nuestros sino en todo el mundo. Hay una pronunciada *distancia entre el ser y el deber ser*. Existen dos pruebas de esta afirmación. La primera de ellas es la existencia de *criterios de selectividad informal* (policía y jueces penales). La segunda es la propia admisión por parte del legislador de la existencia de este *desfasaje entre la criminalización primaria y la secundaria*, a la cual no dota de la cantidad de recursos suficientes (lo cual además sería impracticable) para perseguir todo ello encontrando un canal de resolución (o suspensión) del conflicto penal en la *prescripción de la acción penal*.

Si estamos de acuerdo en esta imposibilidad, tenemos que afirmar que el *sistema es selectivo, ineficiente e ineficaz*, esto es se persigue con un patrón de estereotipos que viene dado por la policía, la respuesta es insuficiente en cantidad y en calidad, existe una sobre carga endémica, hay gran congestión de casos y no hay disponibilidad de recursos para perseguir casos importantes o de otra índole de criminalidad.

Bajo este prisma, no caben dudas que hay que *cambiar el modelo de persecución penal* diseñado por el legislador nacional que parte de la premisa de obligar la persecución de todos los delitos y que en cambio, la solución a ciertos conflictos penales está dado en la búsqueda de modelos alternativos que asumiendo la base real *incorporen criterios de disponibilidad de la acción penal pública* otorgándole a los fiscales la posibilidad de efectuar esa selección en forma igualitaria, para buscar resultados de calidad, tiempo y cantidad, respetando las garantías constitucionales. En otras palabras, es hora de comenzar a repensar la política criminal y de persecución penal, tomando injerencia en todo lo relacionado a la acción penal pública y su obligatoriedad.

El *discurso de eficiencia y eficacia ha sido presentado como opuesto al modelo de garantías*. Pero, habría que preguntarse: hay garantías en un modelo de persecución clasista y selectivo que bajo la falsa promesa de perseguir todos los delitos no da ningún tipo de respuesta; donde la pena por excelencia es la prisión preventiva, el secreto, la falta de control, y donde las decisiones judiciales, que se toman de espaldas a la sociedad, procuran justificar la violación de garantías constitucionales. No sólo y únicamente el imputado es preso de este sistema decadente sino también la víctima y todos los protagonistas del sistema.

En otras palabras, el *modelo social ha cambiado y la estructura de persecución debe acompañar estos cambios*. Es necesario replantearse todo, hay que ser críticos y si coincidimos en que hay que cambiar, la discusión es hacia dónde vamos.

Estrictamente, el tema que se abordará es el *cambio normativo en el régimen de la acción penal pública*, que debe ir de la mano de la *modificación en las prácticas de los operadores y naturalmente de capacitación*, de lo contrario nos quedaremos a mitad de camino o dicho en otros términos modificaremos unas cuantas normas para finalmente no cambiar nada. Con ello, lo cierto que los procesos no son de hoy para mañana son extensos, son muchos años de cultura inquisitiva los que han dejado secuelas firmes que imponen un cambio en el curso del río.

² BINDER, t. II, p. 418.

2.- **Legalidad: Oficialidad y oportunidad**

Durante muchos años se ha generado una confrontación entre *legalidad* y *oportunidad*, se los ha colocado como *dos extremos inconciliables* y bajo esa perspectiva se ha desarrollado una lucha de escuelas que pasó por alto la observación del replanteo no sólo del régimen de la acción penal pública sino también de todo el modelo procesal penal que justificaba su ejercicio obligatorio.

El *principio de legalidad* se emparenta más con la visión del delito como *infracción* (que requiere control estatal coactivo directo) y con las *teorías absolutas sobre la pena* (retribución, mal por mal): el de *oportunidad* más con la visión del delito como *conflicto* y con las *teorías relativas sobre la pena* (es útil para lograr fines -prevención general o especial-), dando paso, a la vez, a la idea de alternativas frente a la pena, priorizando la posibilidad de solución real -no sólo simbólica- del conflicto. Si bien pueden considerarse opuestos entre sí (sobre todo si consideramos posturas absolutas) es posible intentar una correlación entre ellos que los integre con un sentido complementario³.

Es que modernamente, con el rechazo, al menos parcial, de las teorías absolutas o retributivas sobre la pena y el ingreso masivo de teorías utilitarias para legitimar la pena y acordarle su fin, *el principio de legalidad* pierde todo sustento y fundamento legitimante de la pena, y resurge el principio opuesto, esto es, el principio de *oportunidad*⁴.

Entonces, se puede decir que con la sustitución de la teoría absoluta de la pena por justificaciones preventivo-generales y especiales, que vinculan al castigo a su necesidad social y a su conveniencia, el principio de legalidad ha perdido, en parte, su base teórica primitiva. No obstante, no puede ser dejado de lado, pues la democracia, el Estado de Derecho, el principio de certeza y también el principio de igualdad exigen que el legislador determine por sí mismo, de un modo general, los presupuestos de la sanción del Derecho penal y que no deje a cargo de las autoridades de la persecución penal la decisión de quién debe ser castigado en el caso concreto. Las excepciones al principio de legalidad resultan del principio constitucional de proporcionalidad, esto es, de la idea de que en el caso particular se puede renunciar a la aplicación del castigo cuando los motivos de prevención no existen⁵.

Como se observa los principios de legalidad y oportunidad referidos a la persecución penal hacen hincapié en distintas partes de la idea del Derecho: la legalidad subraya la *justicia*; la oportunidad resalta la *finalidad* (efectividad, inteligencia política). Por eso la opción política criminal debe tener en cuenta que la justicia es la meta, pero que la finalidad es la condición restrictiva para alcanzar la meta. Expresado sucintamente: tanta legalidad como sea posible; tanta oportunidad como (política y económica en la actualidad) sea necesario⁶.

Sin embargo, como se expondrá, la real contraposición opera entre la *oficialidad u obligatoriedad* y la *oportunidad o discrecionalidad*, ambos abarcados por el principio de *legalidad*.

³ CAFFERATA NORES, *Cuestiones actuales*, p. 25. De allí que el principio de legalidad se fundamente en un sentimiento abstracto de justicia que en síntesis es el fin de la pena para la teoría retributiva o absoluta. Puede verse MAIER, *t. II*, p. 323.

⁴ Cfr. MAIER, *t. I*, p. 831; LOPEZ BAJA de QUIROGA, p. 64.

⁵ ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, p. 89.

⁶ HASSEMER, p. 71.

La *legalidad* y la *oficialidad* tienen *distintas jerarquías*. El primero ostenta raigambre constitucional, en el artículo 18 que reza: “*Ningún habitante puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*” y también en los tratados internacionales con esa jerarquía (art. 75 inc. 22 CN, CADH art. 9 y PIDCP art. 15.1), es decir conforma la exigencia de un modelo que se compone de pasos lógicos para poder sancionar a una persona. Mientras tanto la obligación estatal de perseguir todos los injustos conocidos oficialmente tiene regulación en el artículo 71 del Código penal y en tipificaciones de la parte especial que reprimen la conducta del funcionario público que no denuncia un delito, en una concepción que tiene naturaleza procesal y constituye una decisión de política criminal del Estado.

De esta forma, la planteada antinomia principio de oportunidad-principio de legalidad, no es tal; su enunciado correcto es *principio de oportunidad versus principio de oficialidad de la acción*, quedando por ello fuera de la misma el principio de legalidad que abarca como un paraguas protector a los otros dos principios enunciados, cualquiera sea el que se elija aplicar, por ser el mismo de Derecho Constitucional y los otros dos de Derecho Procesal, no derivando la aplicación de uno u otro, más que de la política criminal que se adopte⁷.

Como se observa el principio de legalidad según la previsión constitucional no contempla específicamente la obligación de perseguir todos los delitos, es decir “en ningún lugar expresa que cada vez que se cometa un hecho de los que la ley anterior tipifica como delito, se deba imponer una pena o se deba iniciar un proceso”⁸.

El entendimiento del principio de perseguibilidad de oficio en forma obligatoria como un derivado del principio constitucional de legalidad ha dado lugar a confusiones, pero esta interpretación violenta la propia interpretación de la legalidad.

Como se expresó el principio de oficialidad surge del artículo 71 del Código penal y de distintas normas de la parte especial que disponen sanciones para el funcionario público que no persigue todos los delitos de los que tiene noticia y es receptado en esta inteligencia por los códigos de procedimiento.

Sin embargo, desde el principio de legalidad, no es que exista una franca oposición entre oficialidad y oportunidad, porque nada impide que se establezcan limitaciones a la perseguibilidad de oficio, en tanto ambos pueden válidamente enmarcarse dentro de la legalidad.

Frente a los delitos previstos en las leyes penales, y su determinación en concreto se presentan dos posibilidades. En la primera de ellas (oficialidad) el Estado, buscando acreditar el hecho para castigarlo, tiene que darse en todos los casos sin excepción y con la misma energía; o bien puede elegir en qué casos se va a provocar esta actividad, y en qué casos no, según diversas razones (disponibilidad u oportunidad).

Binder profundiza aún más el análisis ya que con claridad expone que el problema esencial en el binomio “principio de legalidad vs principio de oportunidad” es que se lo ha entendido como una cuestión de regla y excepción, de institutos procesales o problema de la dogmática procesal. Aún desde una visión crítica se piensa que la oportunidad parte de la legalidad omitiendo una comprensión integral que abarca cuestiones estructurales del sistema penal en su conjunto, entendido como proceso penal, justicia y los vínculos con la política criminal.

⁷ PRUNOTTO LABORDE, p. 362.

⁸ CAFFERATA NORES, *El principio de oportunidad*.

Así infiere que cuando el artículo 71 del Código Penal establece que los fiscales deberán iniciar de oficio las causas penales, ello significa que no necesitan la autorización externa para actuar sino que deben hacerlo en razón de su función, pero esta premisa no implica necesariamente obligatoriedad sino que se refiere a la obligación de hacerlo sin esperar la autorización y por su parte, la penalidad hacia el funcionario que deja de promover la persecución y represión de los delincuentes faltando la obligación a su cargo debe hallarse en otro lugar del ordenamiento jurídico para subsumir la figura penal y concluye que “ese traslado de malas comprensiones pretende fundar un principio de política criminal (supuestamente igualitaria) con gravísimas consecuencias en el funcionamiento real del sistema y de la eficacia de la política criminal”⁹.

No puede eludirse que la obligatoriedad es un concepto ideológico que en verdad se manifiesta como un principio que busca ocultar las razones de la selectividad y además se refuerza esta obligación haciéndola pesar sobre los funcionarios públicos para la persecución de los casos previstos por la ley como delito porque ha sido entendida dentro del principio de legalidad. De allí que esta fórmula imprecisa, debería ser dejada de lado porque el uso de tal denominación de manera equívoca abona a la confusión u oscuridad en su tratamiento, distorsiona el enfoque de los debates hacia un área del ejercicio del poder estatal donde la precisión y claridad deben ser tenidas en miras de manera continúa. Sólo si se abandona aquella visión que piensa a la oportunidad como una negación de la legalidad se podrá avanzar en una perspectiva constructiva de su significación.

En este sentido, arriba a la siguiente conclusión: “no existe un fundamento sólido para sostener que el principio de legalidad procesal pueda ser una regla general en el contexto estructural –y no meramente coyuntural- del funcionamiento de nuestro sistema penal. Esa regla general no existe, no debe existir y tampoco podemos usarla para construir desde ella el “principio de oportunidad”, porque mal se lo explica si se lo ve como una excepción cuando él es la regla general”¹⁰.

Respecto a los criterios de disponibilidad de la acción sostiene: “está es la regla general si usamos un análisis regla/excepción, o así vemos con claridad que el llamado “principio de oportunidad” tiene un fundamento autónomo, general y contrario al principio de legalidad procesal por lo que pueden ser presentados bajo el modelo de “regla/excepción” sino en el mejor de los casos como dos modelos distintos de comprensión de las tareas de la justicia penal. Vemos pues, que si todavía queremos analizar el problema de legalidad y oportunidad como un binomio de opuestos (lo que sostengo que no es productivo) habría que analizar al principio de legalidad procesal como una excepción al principio general de “oportunidad” o selección rigurosa de casos”¹¹.

El abordaje de toda esta cuestión, finalmente se puso de manifiesto en la actual redacción al artículo 71 del Código Penal Argentino donde el legislador desmitificó este emparentamiento “legalidad/oficialidad” al incorporar formalmente los criterios de oportunidad en la letra de la ley de fondo. Así la actual redacción de la norma dispone: “Sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la

⁹ BINDER, t. II, ps. 398/401.

¹⁰ BINDER, t. II, p. 420/1.

¹¹ BINDER, t. II, p. 426.

legislación procesal deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes: 1) las que dependieren de instancia privada; 2) las acciones privadas.”¹²

Mediante lo que podríamos llamar como legalización de la oportunidad en la normativa de fondo si bien se aclara la distinción conceptual entre ambos institutos desde un punto de vista procesal, o mejor dicho ambos institutos quedan adecuados dentro del principio de legalidad, también se blanquea la política criminal—ampliando el catálogo de garantías a nivel nacional y cuya implementación dependerá de cada legislación provincial— aunque incorpora las reglas de disponibilidad como alternativa que exceptúa la actividad oficiosa y es causal de la extinción de la acción penal pública como correlato de su aplicación.

De este modo, el Código Penal admite el juego armonioso de la oportunidad y oficialidad para el ejercicio de las acciones penales públicas, ambos comprendidos dentro del principio de legalidad, zanjando la cuestión conceptual hasta entonces controvertida.

El arduo trabajo en todo proceso de reforma de justicia y de construcción del saber para los sistemas acusatorios es poner en crisis el principio de legalidad, tal como se lo ha entendido a lo largo del recorrido histórico, para evitar una compatibilización inadecuada a los nuevos paradigmas, teniendo en miras que la conflictividad social en aumento por la creciente desigualdad, ya no encuentra respuestas a través de este modelo porque cumple funciones ideológicas o de sostenimiento de tales condiciones de desigualdad generando mecanismos de distorsión de la actuación del Estado.

3.- *Fundamento de la oportunidad*

De lo hasta aquí expuesto se advierte como necesario repensar el régimen de la acción penal pública, siendo importante puntualizar las razones por lo cual ello es así.

Entonces, relevante es partir de la realidad. La aplicación de criterios de oportunidad, que hace a la disponibilidad de la acción penal, surge de la realidad en que está inmerso nuestro sistema¹³. En efecto, más allá de las discusiones teóricas que pueden emerger de la obligación de perseguir todos los delitos para aplicar pena, la desacreditación se evidencia al apreciarse que ello *es imposible en la práctica*.

Es que el sistema punitivo opera ejerciendo un poder *punitivo* represivo en forma de *criminalización* primaria y secundaria. *Criminalización primaria* es la *formalización* penal de una *conducta* en una ley, o sea que es un acto legislativo de prohibición bajo amenaza de pena; más claramente, una conducta está criminalizada primariamente cuando está descripta en una ley como delito... Este programa nunca puede ser realizado, o sea, no es siquiera imaginable que todos los que realicen alguna de las conductas que están amenazadas con pena reciban realmente un castigo.... *Criminalización secundaria* es la *acción punitiva ejercida sobre personas concretas*. Es el acto del poder punitivo por el que éste recae sobre una persona como autora de un delito. Es imposible llevar a cabo toda la criminalización primaria, no sólo porque se pararía la sociedad sino también porque la capacidad de las agencias de criminalización secundaria (policía, justicia, cárceles) es infinitamente inferior a lo planificado por la criminalización primaria¹⁴.

¹² [Ley N° 27.147](#), B.O. 18/06/2015.

¹³ CAFFERATA NORES, *Cuestiones actuales*, p. 33, donde afirma que “el principio de legalidad sufre sus más severas críticas desde la óptica de su aplicación práctica y allí nos encontramos con que por encima de lo que manda la ley, *en verdad no tiene vigencia*”.

¹⁴ ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR, *Manual*, ps. 11/2. En este sentido CAFFERATA NORES, *Cuestiones actuales*, p. 33 destaca que: “La realidad indica que, en el mundo, no hay sistema judicial que pueda dar tratamiento a todos los delitos que se cometen; ni siquiera a los que a él ingresan”.

Obsérvese, que desde la perspectiva del principio de legalidad y oficiosidad, existe un *desfasaje* entre la *criminalización primaria y la secundaria*. Esto es, por un lado el Estado criminaliza conductas cada vez en mayor cantidad, ordenando perseguir todos los delitos denunciados; mientras que por el otro señala que aquellos casos que selectivamente no se puedan perseguir, se prescriban. De este desfasaje, se deduce una admisión que hace el propio Estado en tanto que reconoce la *imposibilidad* de llevar a cabo toda la *criminalización primaria*, dado que la *criminalización secundaria* no está dotada por el mismo Estado de los medios necesarios para poder efectivizarla, encontrando un canal *útil* para cancelar, al menos en derecho, esos conflictos con la *prescripción penal*¹⁵.

Como puede observarse, sostener en la práctica, el paradigma del principio de oficialidad nos enfrenta a un obstáculo aparentemente insalvable: la imposibilidad fáctica de investigar y perseguir todos los casos que ingresan en el sistema¹⁶.

En cambio, debemos reconocer la existencia de un *criterio de selección* para la investigación de las causas, aunque el mismo no estaba tabulado por nuestra normativa y en el sistema inquisitivo quedaba fijado inicialmente al *arbitrio del juez o en su caso del fiscal*, quienes ante la gran cantidad de causas debían elegir cuáles trabajar y cuáles no. Allí radicaba el encubierto principio de oportunidad que regía en nuestro ordenamiento legal que abarca tanto la iniciación como la continuación en la persecución¹⁷.

En consecuencia, la criminalización primaria entendida como el recorte fragmentario de determinadas conductas penales y su consecuente ejecución diferida por el sistema penal nos introduce a la discusión sobre la selectividad intrínseca a través del cual, se vislumbra que el Estado se ocupa bien de algunos casos y descuida sistémicamente de otros y que tal ejercicio de poder –bien sea mayor o menor- es dirigido de manera arbitraria e independiente a la gravedad de los mismos.

La selectividad informal surge de la realidad: la policía hace su selección, acogiendo y rechazando las denuncias que recibe; luego, el juez de instrucción daba importancia a un caso y no a otro; más tarde, el juez penal y sus empleados escogían del total de casos que se les ha sometido aquellos a que iban a dedicarse. Así se sucede un filtro tras otro, siendo lo normal que llegara a la etapa de juicio penal no más del diez por ciento de los casos que lograron ingresar al sistema procesal¹⁸.

Pero, dentro de este análisis no puede escapar cuando la selectividad es informal es dirigida por quién realiza la selección, que en la mayoría de los casos es la agencia policial ya que el sistema de persecución opera en forma reactiva de lo que procesa la policía. Y en consecuencia ésta normalmente dirige la persecución contra determinado estereotipo de personas y de hechos, generando una evidente desigualdad.

Esta selectividad también se evidencia en tanto no todos los hechos punibles son perseguidos penalmente, ya por defecto en la información (cifra negra), ya por aplicación de criterios selectivos que influyen tanto sobre los medios de información oficiales, como en la persecución de hechos conocidos. Una cosa es la afirmación dogmática del *principio de legalidad* y otra muy distinta su realización práctica¹⁹.

Aquí cabe destacar que, los procesos de reforma se han caracterizado por la ruptura

¹⁵ BACLINI, *Prescripción penal*, p. 32.

¹⁶ GUARIGLIA, p. 87.

¹⁷ BACLINI, *Prescripción penal*, p. 32. MAIER, *t. I*, p. 832 señala que el procedimiento penal se presenta criminológicamente como un proceso de selección.

¹⁸ BINDER, *Ideas y materiales*, p. 101; VAZQUEZ ROSSI, *t. I*, p. 358 y ss.

¹⁹ MAIER, *t. I*, p. 386.

de estos modelos estáticos vinculados a la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal porque así entendidos dan la pauta equivocada de que el principio de legalidad responde a necesidades político- criminales y que la discrecionalidad es una renuncia a cumplir con tales funciones.

La selectividad en sí no resulta criticable, pero sí lo es cuando se desarrolla en forma oscura, sin obedecer a criterios prepauteados o a razones justificatorias públicas preexistentes, es decir, al margen de mandatos legales y públicos que la encaucen y al margen de presupuestos valorativos que la fundamenten. En definitiva, se critica que la selectividad quede abandonada al criterio de los operadores del sistema, sin ninguna racionalidad y sin ningún presupuesto valórico que la fundamente²⁰.

Por eso, el criterio informal selectivo y la solución práctica propuesta por el legislador nacional a través de la prescripción de la acción penal, es superada por la instauración de un principio de oficiosidad con excepciones de criterios de oportunidad tabulados legalmente.

Así el principio de oportunidad se funda en la perspectiva de mínima intervención que exige el desarrollo de instituciones que respalden una respuesta no violenta del estado como política criminal.

La disponibilidad delimita la selectividad mediante pautas regladas y operativas que impiden afianzar criterios espontáneos de persecución penal, legalizando el impulso de la acción penal selectiva; además que desenmascara aquella concepción que sostenía que todos los delitos deben perseguirse indiscriminadamente permitiendo graduar la intensidad estatal para brindar respuesta penal a través de la utilización de reglas de disponibilidad.

4.- Finalidad de la oportunidad

Es preciso partir de la base que según la experiencia universal, la justicia ha padecido siempre de una sobrecarga endémica. Todos los sistemas procesales están sobrecargados, aun aquellos que cuentan con una enorme asignación de recursos, como el alemán o algunos de los Estados Unidos²¹.

A corto plazo -desde un punto de vista *económico*- y a largo plazo -desde un punto de vista *político*- es *poco inteligente* obligar de la misma manera e intensidad a las autoridades instructoras al esclarecimiento de todos los delitos. Los recursos materiales y personales de dichas autoridades siempre serán insuficientes²².

La sobrecarga del trabajo impide que el sistema judicial sea *eficiente*, lo que provoca gran desconfianza en la sociedad, dato que surge no sólo de las encuestas sino también de la realidad que indica que gran cantidad de delitos no se denuncian, es alta la llamada “cifra negra del delito”. Por otra parte, no es sencillo admitir que la administración de justicia posee recursos escasos y limitados porque el reclamo generalizado se orienta a exigir respuestas, aunque cierto es también que la sociedad tiene poca expectativa de que la justicia se ocupe de todo y se vería satisfecha con que una porción de los asuntos tengan adecuada atención, bajo una transparente y racional selección de casos. Al contrario, la eficiencia del sistema provocará, si bien con una evolución paulatina, mayor confianza en la sociedad.

El principio de oportunidad reglado, como excepción de la oficialidad, permite

²⁰ DUCE – RIEGO, p. 296.

²¹ BINDER, *Ideas y materiales*, p. 100; MAIER, *t. I*, p. 836.

²² HASSEMER, p. 68.

*descongestionar*²³, aunque sólo en parte, el rebasado sistema judicial, de forma tal que lo tornara más eficiente “puesto que le permitirá orientar sus recursos hacia la investigación y juzgamiento de los casos más graves, aunque ello suponga necesariamente el abandono de algunos más leves”²⁴, para los que se disponen respuestas alternativas a la sanción punitiva.

Canalizar la investigación en los delitos más graves, consecuencia que surge de la descongestión del sistema y su eficiencia, deparará en un ataque frontal contra la selectividad intrínseca de la persecución penal, evitando sus desigualdades en contra de los más débiles, lo que permitirá la optimización en la persecución no sólo de delitos más graves sino también de la delincuencia económica y de “guantes blancos”²⁵.

La inevitable selectividad operativa de la criminalización secundaria y su preferente orientación burocrática (sobre personas sin poder y por hechos burdos y hasta insignificantes), provoca una distribución selectiva en forma de epidemia, que alcanza sólo a quienes tienen bajas defensas frente al poder punitivo y devienen más vulnerables a la criminalización secundaria, porque (a) sus personales características encuadran en los estereotipos criminales; (b) su entrenamiento sólo les permite producir obras ilícitas toscas y, por ende, de fácil detección; y (c) porque el etiquetamiento produce la asunción del rol correspondiente al estereotipo, con lo que su comportamiento termina correspondiendo al mismo (la profecía que se autorrealiza). En definitiva, las agencias acaban seleccionando a quienes transitan por los espacios públicos con divisa de delincuentes, ofreciéndose a la criminalización -mediante sus obras toscas- como inagotable material de ésta²⁶.

Entonces, otra de las finalidades de la disponibilidad de la acción penal por parte del Ministerio Público Fiscal estriba en romper la selectividad informal en la persecución que surge a partir de que las agencias de criminalización secundaria operan sobre determinada clase social, de personas y de hechos; permitiendo, a través de una correcta disposición de los recursos materiales, que se puedan perseguir penalmente otro tipo de hechos realizados por personas cuyo estado de vulnerabilidad al sistema punitivo es muy inferior. Ello así por cuanto al quedar el camino más despejado o descongestionado de casos por la aplicación de criterios de oportunidad formales y reglados a casos más leves y hasta de mediana criminalidad se podrá disponer la persecución de otro tipo de delitos, según adecuadas pautas de prioridades en la persecución que deben ser impuestas por los órganos de dirección de la fiscalía.

En este orden de ideas, el basamento de la oportunidad se apoya en la racionalización de los recursos del Estado para gestionar los conflictos penales a través de un programa de política criminal único, separando aquellos que exigen una respuesta punitiva de los que pueden derivar a soluciones con mínima intervención, revelando la crisis del paradigma de selectividad subyacente en la oficiosidad que claramente, no sólo resulta imposible de alcanzar sino que conlleva a la ineficacia de la resolución de

²³ Cfr. CAFFERATA NORES, *Cuestiones actuales*, p. 39, aunque entiende a la descongestión como un fundamento del principio de oportunidad.

²⁴ BINDER, *Ideas y materiales*, p. 102; MAIER, *t. I*, p. 837.

²⁵ Así, CAFFERATA NORES, *Ejercicio concreto del poder penal*, p. 24, destaca que: “En virtud del principio de legalidad, se debe investigar 'todo' con la misma energía, y esto significa que los recursos (siempre escasos) que hay para ello, terminen desaprovechándose, o peor aún, que se produzcan fenómenos de 'prionización inversa', ya que por ser más fácil o más cómodo, se investiga más a los delitos leves y sencillos que a los graves y complejos, lo que produce además un desperdicio de recursos”.

²⁶ ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR, *Derecho Penal*, p. 10.

conflictos.

Para alcanzar tales objetivos “el principio general que debe regir la visión político-criminal del proceso penal es el principio de oportunidad, dado que ese no sólo es el principio que rige, sino que debe regir todo el funcionamiento del sistema penal que es, precisamente un mecanismo constante y permanente de selección de casos. Lo que se debe determinar es, en consecuencia cómo, para qué y con qué características se debe guiar la selección de casos que constituye el principio general del funcionamiento penal”²⁷.

Por cierto, no necesariamente la eficiencia debería provocar confianza, ya que el afectado por el delito, desde que también paga los impuestos para sostener el sistema puede reclamar justicia para su caso, por más leve que sea. Para evitar esta objeción que seguramente depararía en desconfianza y en mayores críticas al sistema judicial, el código acertadamente, da nacimiento, para estos supuestos, al querellante exclusivo, que con el asesoramiento pertinente puede seguir adelante solo cuando el fiscal, con anuencia del Juez, aplicó un criterio de oportunidad²⁸.

Con lo expuesto, queda claro que la adopción del principio de oportunidad constituye el único medio idóneo para permitir no sólo un adecuado funcionamiento del sistema de enjuiciamiento penal en términos de eficiencia, sino también para evitar que la selectividad inherente a él derive en una aplicación irracional y desigual de la ley penal²⁹.

5.- *Análisis constitucional*

La mayoría de los códigos procesales penales de la región han sido reformados en los últimos veinte años en un sentido acusatorio, agregando normativas relacionadas con la posibilidad que se le otorga al Ministerio Público Fiscal a prescindir total o parcialmente de la acción penal pública en forma reglada.

La regulación por parte de las provincias de normas relativas a la acción procesal penal que modifican las pautas establecidas por el legislador nacional en el artículo 71 del Código penal depara necesariamente en un estudio de la cuestión desde una visión constitucional. Ello así por cuanto es sabido que conforme al artículo 75 inciso 12 de la CN las provincias delegaron en la Nación el dictado de los códigos de fondo y en el código penal el Congreso de la Nación dispuso normas relacionadas a este tema.

En este sentido, lo primero que sin dudas corresponde afirmar es que en un sistema federal las provincias son soberanas y conservan todo el poder, salvo el que hayan delegado al gobierno federal (arts. 5, 7 y 121 CN). Es decir, queda claro que las provincias delegaron en la Nación el dictado de los códigos de fondo, entre otros, el penal, reservándose la promulgación de los de forma.

A pesar de ello, el Congreso de la Nación dictó el Código penal incluyendo una serie de cuestiones que tendrían naturaleza procesal, como lo son, entre tantas otras, todo lo atinente al nacimiento, promoción y extinción de la acción penal (arts. 71, 59 y ss.). Por

²⁷ BINDER, t. II, ps. 393/4.

²⁸ Para evitar estas críticas BINDER, *Ideas y materiales*, p. 102, sigue una vía distinta puramente utilitaria concibiendo otros mecanismos compensatorios, aun cuando admite que no sea un sistema recomendable para todas las demandas. Lo deduce de un simple cálculo matemático que revela que en muchos casos de delitos contra la propiedad al Estado le resultaría más ventajoso reponer a la persona perjudicada la suma perdida que poner en marcha todo el sistema procesal penal, lo cual existe en otros países donde se llama “fondos de compensación a la víctima”. Sin embargo, esta alternativa colisiona contra el sentimiento de justicia y en países como el nuestro podría deparar en otra industria del juicio.

²⁹ GUARIGLIA, p. 89; BECERRA, p. 85 y ss.

tanto, la inclusión de este tipo de normas en el código de fondo iría más allá del marco de la delegación, que sólo lo es para la materia penal, no procesal. Esta reserva que se efectuaron las provincias, de lo relativo a lo procesal, fue llevada a cabo en la realidad práctica, ya que cada una dictó su propio código de procedimiento³⁰.

Es evidente que el régimen de las acciones es una materia que exhibe naturaleza procesal, pues se trata de uno de los pilares del Derecho procesal, coincidente con uno de los roles indispensables para la existencia del debido proceso sustantivo³¹, resultando que las disposiciones de carácter procesal del código penal provienen de modelos legislativos de países europeos unitarios, en función de la cual la discusión relacionada al cuerpo legislativo en que se insertan es casi académica. De allí que, la mayor parte de su doctrina trató siempre de asignarles naturaleza penal y no procesal de modo práctico para resolver el problema³².

Otros autores, en cambio, formulan una distinción destacando que se trata de la acción penal en sentido sustantivo, esto es, el poder del Estado para poner en movimiento los mecanismos tendientes a obtener una sentencia judicial en relación a un sujeto que aparece como autor de un hecho punible. No se trata de la regulación procesal de la acción y, consecuentemente, es materia del derecho de fondo, pues resulta un condicionante sustancial de la aplicación de la ley penal, al margen de los puros procedimientos. En esta inteligencia se señala que la disponibilidad es cuestión de derecho de fondo, y corresponde en consecuencia ser regulada por el Congreso de la Nación, sin perjuicio de la facultad de las provincias de regular procesalmente su ejercicio³³.

La doctrina nacional ya se había plegado a la constitucionalidad de estas normas a través de una variada gama de argumentos:

(1) Algunos simplemente sostienen que la materia por estar regulada en el código penal ya tiene esa naturaleza, sin buscar razones³⁴.

(2) Otro sector de la doctrina nacional postula que éstas son aparentes cuestiones procesales que en realidad pertenecen al derecho sustantivo, porque contienen autolimitaciones de la pretensión punitiva, con los cuales la ley de fondo fija a la pretensión punitiva una especie de vida: distintos modos de nacimiento y extinción³⁵.

³⁰ La cuestión no ha sido pacífica ni en los precedentes legislativos. El Código de 1886 ni sus precedentes regulan específicamente sobre el tema. Recién surge en el proyecto de 1891 (arts. 87 y 88) y es el proyecto de 1906 el que dispone una redacción similar a la actual en sus arts. 75 y 76. Ver desarrollo en De la RÚA, *Código Penal Argentino*, p. 1134 y ss.

³¹ GRANILLO FERNANDEZ - HERBEL, p. 96. En igual sentido ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR, *Derecho Penal*, p. 166 y JAUCHEN, *t. I*, ps. 685/6.

³² ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR, *Derecho Penal*, p. 166.

³³ Cfr. De la RÚA, *Disponibilidad*, p. 241 y ss.

³⁴ Contra esta simplista posición se alza BINDER, *Ideas y materiales*, p. 291, al señalar “Que deba estar o no en el Código Penal es justamente el problema y no la respuesta”.

³⁵ Cfr. SOLER, *t. II*, p. 528. En el mismo sentido FONTAN BALESTRA, *Derecho Penal*, p. 645 y NUÑEZ, *Manual de Derecho Penal*, p. 201 quien señala que “La potestad represiva del Estado se manifiesta bajo la forma de las acciones penales. Estas son las modalidades del derecho-deber del Estado de aplicarle la pena establecida por la ley al partícipe de un hecho penalmente típico, antijurídico y culpable. Ese derecho-deber del Estado (acción penal en sentido material) se diferencia del derecho de ejercerlo en un proceso (acción penal en sentido formal o procesal). La regulación de la primera corresponde al legislador nacional. La de la segunda, a los legisladores locales. En contra se muestran BINDER, *Ideas y materiales*, p. 291 y VAZQUEZ ROSSI, *t. I*, p. 317 donde indica que en realidad esta posición refiere más a la potestad punitiva que a la acción.

(3) Un tercer sector entendía que a pesar de ser una cuestión procesal su regulación en el Código penal evitaba que la norma resulte violatoria del principio de igualdad (art. 16 CN), lo que ocurriría cuando en iguales circunstancias alguien comete una conducta prohibida y penada por la misma norma, y por el hecho de estar a un lado de un río no pueda ser judicialmente perseguido, en tanto que lo sea del otro lado, en razón de que la acción penal no sea pública en éste y lo sea en aquél. De esta forma, para hacer efectiva la aplicación del derecho penal sin alterar las jurisdicciones provinciales, en forma que no resulte violatoria del principio de igualdad ante la ley, no puede menos que reconocerse que las provincias han tenido que delegar al Congreso Nacional algunas limitadas facultades procesales, que garanticen una igualitaria persecución penal de las conductas penadas³⁶.

Sin embargo, el problema de distinto tratamiento existe y de hecho ocurre con todas las estructuras procesales. Por otra parte, autorizar al legislador nacional a regular sobre evidentes temas procesales sobre la base del principio de igualdad sería la llave para abrir la puerta para que legisle sobre otros tantos temas procesales.

Lo que sucede es que mientras el país se encontraba atrapado bajo un sistema inquisitivo el problema de la acción era de menor importancia. Sólo cuando aparecen las nuevas funciones del Ministerio Público y la necesidad de fijar políticas de persecución penal, sobre la base de razones de política criminal, el régimen de la acción adquiere importancia. Se descubre, pues, que es imposible lograr una política de persecución penal eficaz y una investigación moderna de los delitos sin una nueva teorización sobre la acción y una nueva consideración de su lugar en la distribución constitucional de poderes y ejercicio descentralizado de la política criminal. Sólo desde esta perspectiva se ha podido ver que es irrazonable que el Congreso Federal establezca las condiciones de eficacia de la persecución penal para realidades tan diversas como cada estado provincial y que, si quisiera hacerlo, rompería justamente el equilibrio que busca compromiso mancomunado de todos los estados con la eficacia de la legislación común³⁷.

En otras palabras, la realidad aceptaba la regulación de la acción en el Código penal, porque le era indiferente dentro del modelo inquisitivo. Sin embargo, la evolución del sistema procesal dada a partir de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994 dio un giro copernicano al tema, en tanto prácticamente obligó a las provincias a adoptar un sistema de enjuiciamiento acusatorio, cuyo éxito no sólo es la instauración del juicio oral y público y la investigación a cargo del Ministerio Público Fiscal, sino -y podríamos decir casi fundamentalmente- la aplicación de medios alternativos para la solución del conflicto y la aplicación del principio de oportunidad o disponibilidad, a lo que debe sumarse la instauración del querellante.

La teoría de la acción requiere de un proceso de renovación que exponga un plan político criminal al servicio de la eficacia. Aquí hay que entender que las sociedades modernas son complejas y sus conflictos e intereses también lo son, por ello el modo de gestión de aquellas complejidades debe ser adecuado.

Por ello, la obligación del Estado de perseguir todos los casos es un notorio contrasentido que torna inviable la eficacia del trabajo de los órganos de persecución y no se corresponde con la real demanda social que exige que los mismos dejen de mantener la atención en respuestas a causas menores y se focalicen en determinados hechos de mayor relevancia penal. Teniendo como eje central la implementación del

³⁶ Cfr. ZAFFARONI, *Tratado*, t. V, p. 59.

³⁷ BINDER, *Ideas y materiales*, p. 292.

sistema acusatorio, las provincias recuperan la facultad de legislar sobre la acción penal que tradicionalmente habían abandonado, destacando que si bien no es sencilla la administración de ese ejercicio, es tarea de los operadores modernizar el régimen de la acción penal adaptándola a su propia política criminal.

Desde esta perspectiva, el argumento de la igualdad para dar competencia al legislador nacional para regular sobre evidentes temas procesales sólo es viable en la medida que la ley marco se funde en la admisión de que las garantías procesales se realizan de modo progresivo y diferenciado en cada legislación y, por tanto, en la necesidad de establecer un criterio mínimo parejo para todo el país. Es decir, la ley federal consagra un marco mínimo de garantías procesales que no se pueden disminuir compatibilizando el principio federal con el republicano dotándolo de racionalidad.

De ello se desprende que alguna norma marco debe existir en todas estas materias, y si la necesidad no ha sido satisfecha en forma expresa, cabe pensar que esa función de coherencia mínima le corresponde a la propia legislación nacional. Esto significa que en materia procesal penal las provincias pueden dictar sus propios códigos y perfeccionar en ellos los principios limitadores y las garantías, más allá de lo que hace la ley nacional (o una eventual ley marco de garantías mínimas que pudiera dictar el Congreso de la Nación), pero nunca legislar en forma menos limitadora ni con menores garantías. De igual modo, cabe considerar que las disposiciones procesales del código penal no son inconstitucionales, a condición de ser entendidas como garantías mínimas, propias de un marco que las leyes procesales provinciales pueden superar y perfeccionar. De este modo se respeta el principio federal, homogeneizando un mínimo de garantías para todos los habitantes y en cualquier competencia³⁸.

En otras palabras, la Constitución Nacional prefiere sacrificar cierta medida de igualdad para preservar el principio federal, o sea, el derecho de los habitantes a tener sus gobiernos locales. No obstante, ese sacrificio tiene límites y, por complicado que sea, éstos se establecen en algunas reglas procesales de vigencia nacional que se hallan en el Código penal y en la misma legislación penal federal. En efecto: no puede sostenerse que el arbitrio provincial en materia legislativa procesal sea absoluto; *la legislación procesal penal federal debe operar como un mínimo de garantías que las provincias pueden aumentar pero no disminuir*. De lo contrario se permitiría que las provincias destruyan la legislación penal cancelando por vía procesal las garantías que la propia Constitución Nacional impone³⁹.

Con ello, queda claro que desde el modelo constitucional la materia procesal está reservada a las provincias pudiendo regular libremente aunque para preservar la igualdad y la racionalidad encuentran limitaciones en las leyes nacionales que conforman un estándar mínimo de garantías que no se pueden disminuir pero sí aumentar, ingresando en tales pautas el criterio de oportunidad que opera como excepción del de oficialidad.

Y todo este recorrido terminó siendo admitido por el legislador nacional que al verse superado por la realidad se vio obligado a modificar el régimen de la acción penal regulado en el Código penal adecuándolo a esta inteligencia, sancionando la ley 27.147 (B.O. 18/06/2015), que incorpora tres incisos al artículo 59 del Código penal relacionados con la extinción de la acción penal. Ese texto dispone que resulta viable extinguir la acción penal por aplicación de criterios de oportunidad (inc. 5), por conciliación o reparación integral del perjuicio (inc. 6) y por cumplimiento de las

³⁸ ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR, *Derecho Penal*, p. 168.

³⁹ ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR, *Manual*, p. 132.

condiciones de la suspensión del procedimiento a prueba (inc. 7) de conformidad a lo previsto en las leyes procesales correspondientes. Esta modificación ha convertido en realidad la antigua pero siempre vigente frase “Tres palabras enteras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura” (Kirchmann). En efecto, estos incisos terminan siendo una admisión del legislador nacional que la regulación sobre lo concerniente a la extinción de las acciones penales corresponde a las provincias y pueden regularlo de la manera que el legislador provincial mejor lo considere.

6.- *Distintos sistemas de disponibilidad*

En el derecho comparado existen dos modelos de regular la disponibilidad de la acción penal pública por parte del fiscal. Uno de ellos es el *sistema libre*, sin límites legales para la discreción, mientras que el otro es un *sistema reglado*, que opera como excepción de la oficialidad en el cual es la ley la que establece los casos en los que opera.

En general puede verse que en ambos casos es la ley es la que establece la sistemática, en función de lo cual no cabe más que afirmar es el legislador quien fija el criterio a seguir, pudiendo establecer la persecución obligatoria de todos los delitos de acción pública, admitir excepcionalmente la disponibilidad o dejar a criterio del perseguidor público con más o menos límites la decisión relacionada con la disponibilidad.

El *sistema libre* es propio del *derecho anglosajón* que parte en general de un criterio estrictamente práctico y utilitario en el cual el acusador sólo va a juicio cuando materialmente tiene un *caso* y tiene perspectiva de lograr condena. Sin embargo, al ser muy costoso no todos los casos pueden ser llevados a juicio por lo que la posibilidad de discreción es bastante más laxa sosteniéndose no sólo en la cantidad y calidad de evidencias con la que cuenta el fiscal sino que también en otra índole de razones que tiene su fundamento en el interés público que comprende factores asociados al imputado, a la víctima, a la gravedad de la infracción y a la disponibilidad de recursos entre otros. Además, como el fiscal es electo en forma popular, su respuesta y responsabilidad frente a la sociedad es mayor, en tanto si la comunidad advierte arbitrariedad en la aplicación de la oportunidad renace la impunidad y la desprotección, lo que seguramente le deparará la derrota en las próximas elecciones⁴⁰.

La *oportunidad reglada*, consiste en establecer una tabulación legal de los criterios de oportunidad antes del hecho, esto es que por ley se fije cuál es el criterio de selección para el trabajo de las causas. De esta forma, como no toda acción penal es disponible, se trata de un principio de legalidad con excepciones⁴¹, que exige en algunos casos el consentimiento de la víctima y el imputado y puede tener o no control jurisdiccional. De

⁴⁰ En EEUU las facultades del fiscal son amplísimas, dispone de libertad para iniciar o no una investigación, para decidir si va a perseguir formalmente un caso o no, puede entregar inmunidad o no a un imputado a cambio de alguna contraprestación, tiene amplio poder para negociar los cargos y la pena con el imputado (*plea bargaining*). Esta posibilidad de negociación es una de las críticas más fuertes que se hacen al sistema en tanto ha hecho desaparecer al juicio por jurados, creando un sistema de aplicación de penas sin juicio, a lo que muchos agregan que constituye una sofisticada y moderna tortura, fundamentalmente por la presión psicológica que imponen los fiscales al imputado para su aceptación, debido a una práctica extendida que tienen éstos de amenazar con imposición de penas muchos más altas en caso de ir a juicio. De ello se desprende una tercer crítica en tanto quien decide ir a juicio será penado por el sistema con una pena doble, primero por ser encontrado culpable y la segunda por decidir ejercer su derecho a ir a juicio, cfr. DUCE - RIEGO, p. 186 y ss. En igual sentido BOVINO, *Procedimiento abreviado y juicio por jurados*, p. 65.

⁴¹ Cfr. CAFFERATA NORES, *Cuestiones actuales*, p. 41; MAIER, t. I, p. 837.

esta forma se procura evitar la arbitrariedad y la sensación de impunidad, máxime cuando algunos modelos conceden a la víctima la posibilidad que se constituya en querellante, cualquiera sea el delito de que se trate, para seguir con la acción penal pública a través del procedimiento de querrela, privatizando la acción.

En contraposición con el sistema absoluto, las ventajas del restringido están dadas por el hecho de que la selectividad del sistema se podría dar en condiciones más igualitarias, transparentes y sujetas a una mayor posibilidad de control⁴². En esta inteligencia se destaca que mientras un Derecho Penal albergue supuestos de oportunidad, el respeto al Estado de Derecho por parte del procedimiento dependerá de si los casos están *determinados con absoluta precisión*. Las reglas de oportunidad vagamente formuladas destruyen por completo el principio de legalidad. La persecución penal oportunista se extiende entonces en forma epidémica: las decisiones de las autoridades instructoras de no perseguir un delito no pueden controlarse eficazmente y, por tanto, no pueden limitarse⁴³.

Sin embargo, estas observaciones al sistema libre parecen no advertir premisas que hacen al funcionamiento y a la forma de actuación del Ministerio Público Fiscal, como ser el principio de unidad y de jerarquía y su consagración a través de instructivos generales que deben dictar los órganos directrices de la organización, en función de los cuales se dan pautas a los fiscales para que sepan cómo deben proceder en determinados casos, lo que ratifica la igualdad de trato en iguales circunstancias y genera transparencia en la media que se exige que esos instructivos sean dados a publicidad lo que además facilita el control.

En este orden de ideas puede afirmarse que en el sistema reglado de disponibilidad se parte de las dudas que se tiene sobre el Ministerio Público Fiscal, circunstancia que luce como propia de un sistema inquisitivo en el cual las funciones del fiscal son meramente formales, donde la institución es parte de la estructura judicial careciendo de autonomía funcional de forma tal que no puede darse su propia organización para perseguir sino que ésta también viene dada por la ley y le es imposible dictar instructivos porque el dueño de la acción penal es el juez instructor. Así, en la medida que se pasa a un sistema acusatorio en el cual la organización que persigue tiene que rendir cuentas de la forma, el modo y la razón de la persecución, generando una verdadera política, es decir el cómo, cuándo, qué y por qué se persigue se comienza a salir de estas trabas. Además, puede verse como falsa la premisa de la igualdad ante la ley que es la base que sustenta el principio de oficialidad y oficiosidad y aun la oportunidad reglada en tanto las necesidades de persecución varían en los distintos territorios.

7.- Titularidad de la acción penal

La primera cuestión a definir es quién es el titular de la acción penal, entendida como el poder de perseguir penalmente. Antiguamente esta potestad era de la víctima, sin embargo en determinado momento de la historia el Estado se la usurpó so pretexto de una afectación general al orden público o la paz social, es decir que el delito afectaba un interés superior del Estado en tanto se presentaba como una desobediencia al orden preestablecido, de forma tal que el conflicto primario dado entre el ofendido y el agresor quedó relegado por el conflicto secundario dado en la relación entre el Estado y el infractor. A ello debe sumarse como fundamento utilizado la circunstancia de evitar la

⁴² DUCE - RIEGO, p. 195.

⁴³ HASSEMER, p. 72.

vigencia de la ley del más fuerte. Así, el modelo queda configurado con el *titular centrado en el Estado*. Si el Estado es el titular del poder de perseguir la posibilidad de admitir la disponibilidad de ese poder naturalmente la ostenta el mismo Estado.

El Estado como titular de la acción penal regula su *ejercicio* a través de la constitución y de las leyes. De este modo, en la actualidad en virtud de que la relación está dispuesta entre el Estado y el ofensor por regla la acción penal es pública por lo que bajo la vigencia de sistemas procesales acusatorios es el Ministerio Público Fiscal el órgano predispuesto por el Estado para su ejercicio, aunque tampoco puede dejar de indicarse que bajo la misma relación en los regímenes inquisitivos el poder de perseguir era asignado a los jueces. Entonces, ante el reconocimiento y existencia de un conflicto de relevancia general devenida en cuestión criminal se le asigna al órgano estatal la función específica de decidir la persecución penal de aquellas conductas que dañan el interés social y que son catalogadas mediante acciones públicas. Es decir que para aquellos asuntos donde se da preeminencia a lo social, la función es indelegable, la titularidad de la acción corresponde a los fiscales y tiene relevancia la persecución penal. Así “*Cuando decimos acción pública lo único que estamos diciendo es que del conjunto de los intereses vinculados al daño producido por el delito, se le ha dado preeminencia al colectivo*”⁴⁴. Con esto se quiere significar que al ser el Estado el sujeto que asigna el órgano que va a ejercer tal persecución, nada impide que en ocasiones cuando cesa o es menor aquella necesidad pública sea la víctima la encargada del ejercicio, circunstancia que queda expuesta específicamente a través de las autorizaciones que en este sentido otorga para los delitos de acción privada.

Bajo estas premisas, la disponibilidad estrictamente significa que no se promueva la persecución penal, o una vez iniciada hacerla cesar, aunque también se orienta en la potestad de limitar cualitativa o cuantitativamente su promoción o su ejercicio⁴⁵.

La limitación cualitativa o cuantitativa en el ejercicio o en la promoción debe ser entendida en el sentido que bien puede el titular de la acción, que por ahora es el Estado, autorizar a que en su ejercicio, dadas algunas condiciones y circunstancias, modifique o altere la regla que señala que el órgano estatal de tal poder es el fiscal y se la otorgue a la víctima, lo cual habilita sin lugar a dudas la posibilidad de la llamada conversión de la acción penal pública en privada lo que lógicamente es viable cuando el sistema no haya proveído al ofendido por el delito de una respuesta judicial a su pretensión.

8.- *Facultades discrecionales y salidas alternativas*

Bajo la denominación principio de oportunidad suele agruparse a una amplia gama de variantes muchas de las cuales conforman estrictamente criterios de oportunidad (1) mientras que otras en realidad se muestran más como salidas alternativas a la pena y al juicio (2). Ambas son especies dentro del género disponibilidad de la acción penal pública, contando con fundamentos comunes como ser la descongestión del sistema y el ahorro de recursos, en las segundas el sistema toma intervención en el conflicto con el objeto de dar una respuesta que se entiende es de más alta calidad que la pena.

(1) En general el *criterio de oportunidad estricto*, también llamado *facultad discrecional*, versa sobre supuestos en los cuales el Ministerio Público fiscal no ejerce o no promueve la acción penal pública puesto que por razones de política criminal se

⁴⁴ Cfr. BINDER, t. II, p. 372 y ss.

⁴⁵ Cfr. De la RÚA, *Disponibilidad*.

entiende que la aplicación de algún tipo de *sanción punitiva es innecesaria* en el caso concreto sea porque es *desproporcional al hecho o por razones humanitarias*. Es decir desde el punto de vista del proceso penal no se puede hablar de supuestos en los cuales se descriminaliza por ausencia de delito porque de ser así directamente habría que disponer el archivo del caso por tal motivo, sino de supuestos donde a pesar de existir delito se entiende por estrictas razones de política criminal –de allí que sean impuestas por el legislador- no es atinado imponer pena.

Cierto es que muchos de los casos previstos como hipótesis de oportunidad hacen a cuestiones en las cuales el derecho penal viene discutiendo hace años sobre si son constitutivas de delito o no y es justamente porque esta problemática no es resuelta por la práctica de la jurisprudencia en la que el proceso penal viene a brindar soluciones a aquellas discusiones penales. Esto es importante porque se quiebra la visión aislada del sistema penal y se integra el derecho penal, que conforme enseñara Beling no le toca ni un pelo al delincuente, con su rama ejecutora que es el proceso.

Aquí se agrupan las hipótesis de insignificancia por escasa afectación al bien jurídico, por nimia culpabilidad o escaso aporte al hecho; por insignificancia de la pena en expectativa en relación a la que el imputado ya está cumpliendo por otro hecho, por enfermedad grave y en estado terminal del autor, para los mayores de 70 años, pena natural, etc.⁴⁶

Por cierto que esta selección *se complementa* con la posibilidad que se concede al fiscal para disponer el archivo o desestimación fiscal por *falta de evidencias para acusar*, lo que se ha denominado ausencia de elementos serios y verosímiles para continuar con la investigación, esto es la escasa información de la que se dispone para continuar con el caso. Aquí se trata de casos en los cuales se ha determinado la existencia de delito pero no hay evidencias suficientes para proyectar una condena contra el imputado o conducir con éxito una investigación, resultando que la decisión se puede adoptar antes de dar inicio a la investigación o una vez iniciada circunstancia que es la más prudente en los casos graves y complejos.

(2) Las *salidas alternativas* también se ubican como hipótesis de la disponibilidad de la acción penal pública ejercible por su titular que es el fiscal. A diferencia de las facultades discrecionales se trata de supuestos en los cuales se ha comprobado la existencia de delito y la eventual responsabilidad penal del imputado, sin embargo la sanción punitiva no emerge, desde una visión de política de persecución penal, como la respuesta de mejor calidad que puede brindar el sistema. En este rubro encajan la conciliación de intereses y la suspensión del procedimiento a prueba.

Se puede decir que son supuestos en los cuales por aquéllas razones se autoriza a evitar el juicio y la aplicación de una pena, en cambio se imponen al imputado obligaciones de hacer, no hacer o dar, es decir condiciones o prohibiciones.

9.- Momento para su interposición

El *momento inicial* adecuado para hacer viable la aplicación de las facultades discrecionales y de salidas alternativas es, sin dudas, en las *primeras instancias de la investigación*, en forma cercana a la denuncia, por cuanto es la mejor forma de hacer

⁴⁶ Desde otra perspectiva, podrían incorporarse en el futuro otros criterios de oportunidad que tengan relación con el éxito de la investigación, como por ejemplo cuando el imputado colabore con el proceso.

viable su finalidad de *eficiencia, eficacia, descongestión del sistema y ahorro de recursos*.

Desde esta visión, observando que la única demanda para hacer viable la aplicación de *facultades discrecionales* o *criterios de oportunidad estrictos* es la existencia *formal* de un hecho delictuoso y la presunta responsabilidad penal por parte del imputado, no es necesario haber formalizado la investigación recibiendo declaración al justiciable pues tal no es un requisito, máxime cuando las consecuencias de su aplicación hacen a la extinción de la acción penal pública y que en ningún supuesto implican obligaciones de hacer, no hacer o dar para el imputado, que podrían ser consideradas, en algunos casos, equiparables a la pena.

Por cierto, la perspectiva emerge diferente cuando hablamos de *salidas alternativas*, en especial la *suspensión de procedimiento a prueba* (probation), en las que para su aplicación luce como conveniente haber *formalizado la investigación*, es decir contar con la probabilidad de la existencia del hecho y la responsabilidad del imputado en el mismo, en tanto lo cierto es que muchas de las condiciones y reglas de conductas que se pueden llegar a imponer (art. 27 bis CP) pueden ser asimiladas a una sanción punitiva. En la *conciliación* el requisito puede o no darse en tanto la oferta de reparación del daño causado por el delito o la efectiva reparación de los daños y perjuicios causados por el delito no es una sanción punitiva sino más propia del sistema civil de reparación, a pesar de que se trata de una obligación que se impone.

Así, resulta conveniente señalar que la proyección de las *nuevas fiscalías* propenden a la ejecución de *estructuras preparadas* adecuadamente para poder *gestionar estos casos*, estableciendo criterios en función a los cuales se disponga acerca de su procedencia y donde las áreas de recepción de denuncia o de ingreso al sistema informático clasifiquen en función de aquéllos los casos que merecen este tipo de respuesta por el sistema, lo cual además da vigencia a la *igualdad de trato*.

En relación a la *oportunidad final* puede estimarse como adecuada su postulación, especialmente en las salidas alternativas, hasta la *etapa intermedia* para ser tratadas en la audiencia previa al juicio, también llamada *audiencia preliminar*, porque analizado el instituto desde sus fundamentos y finalidades debe advertirse que con ellos se logra evitar juicios orales sin sentido.

No está demás advertir, aun cuando debería quedar claro, que al tratarse de una facultad que se le otorga al fiscal para disponer de la acción penal pública lo lógico es que la postulación siempre deba partir del fiscal, en forma fundada, requiriendo en algunos casos como ser los referidos a la conciliación un acuerdo entre el imputado y la víctima. En este sentido, el imputado y su defensor podrán solicitar la aplicación de criterios de oportunidad o salidas alternativas al fiscal. De otro extremo, parece necesario que la fiscalía comunique la decisión de aplicar un criterio de oportunidad a la víctima y tenga en cuenta su opinión.

10.- ***Quién toma la decisión de aplicar la oportunidad***

Si partimos de la base que tanto los criterios de oportunidad como las salidas alternativas son especies del género disponibilidad de la acción penal pública y que quién tiene a su cargo la misma en un sistema acusatorio es el fiscal lo acertado es que la decisión de adoptar cualquiera de estos criterios sea del fiscal. Es más, siendo puristas no sólo *la decisión debería competir al fiscal sino también la resolución respectiva*. En ello va que *sin acción no hay jurisdicción*.

Por supuesto es que para hacer viable el principio de igualdad de trato y el principio de unidad de actuación del fiscal lo más acertado y lógico es que los órganos políticos de dirección del Ministerio Público Fiscal sean los que dispongan criterios de aplicación de la disponibilidad de la acción penal, de lo contrario se podría llegar a caer en el caos, ya que si la decisión sería individual del fiscal uno podría aplicar en un caso un criterio de oportunidad y en un supuesto similar otro imponer una suspensión del procedimiento a prueba o incluso llevar el caso a juicio, lo que no es buena imagen para la persecución en tanto hace emerger en la sociedad la existencia de privilegios. De allí que también surja como prudente que existan oficinas o áreas comunes en la fiscalía a donde se deriven todos estos casos para su tratamiento igualitario, previa clasificación adecuada por otra área. Como breve digresión, es dable destacar que como parte del funcionamiento del nuevo sistema de justicia penal en Santa Fe (10/02/14) y en concordancia con estos objetivos, la Fiscalía Regional de la Segunda Circunscripción de Santa Fe en su plan estratégico inicial creó la unidad fiscal especial de salidas alternativas para administrar la solución a conflictos en estos casos de manera eficiente, unificando criterios de trabajo comunes a través de instructivos generales de actuación e implementando progresiva y coordinadamente la asignación y carga de trabajo en oficinas al efecto.

Ahora bien es menester para abordar el análisis de éste punto tener presente que, la resolución de aplicar un criterio de oportunidad o una salida alternativa, es decir de la decisión de disponer de la acción penal en este caso no persiguiendo penalmente un hecho conduce a la *extinción de la acción penal pública* de forma tal que en principio *no generará reclamos por parte del imputado y su defensor*. En función de ello, la resolución debe ser observada en relación al *posible reclamo que puede ejercer la víctima*.

Podemos encontrar diversos modelos en relación a quién es la autoridad encargada de dictar la decisión y cuáles son las posibilidades de reclamo y hasta qué recurso cuenta la víctima en función a ello.

(a) **Decisión fiscal.** Como ya se señaló en un modelo acusatorio puro la decisión de oportunidad y de salidas alternativas no debería tener intervención judicial, decide el fiscal siguiendo lineamientos comunes de persecución fijados por las máximas autoridades en forma general según instructivos y la víctima debe contar con la posibilidad de reclamar ante el superior jerárquico terminando allí la posibilidad de revisión.

Este modelo es razonable y congruente con el principio acusatorio, donde el órgano fiscal es quien tiene la titularidad de la acción y por tanto, la disponibilidad de la misma. Esta conclusión se sostiene en que el juzgador carece de potestad de expedirse en ausencia de conflicto porque no hay controversia que resolver, ya que no hay jurisdicción sin acción y la víctima puede obtener respuesta en el ámbito interno de la propia institución destinada a la persecución penal.

Sin embargo, esta posibilidad en relación a la víctima *no garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva* puesto que puede advertirse que se le niega la potestad de ejercer su petición ante un juez para que sea éste quien decida en su favor o en su contra, pero que decida al fin, expidiéndose acerca de su pretensión. De esta manera, una forma de paliar esta deficiencia podría ser conceder un recurso ante la jurisdicción a la víctima para que revise la decisión dada por la fiscalía, con un control formal o formal y sustancial, supuesto que es analizado más abajo (b) aunque la resolución del magistrado

en cualquier caso presentará una solución adversa ya sea para la fiscalía si se pronuncia por la continuación de la acción o en caso contrario, para la víctima y la tutela de sus derechos si admite la disponibilidad.

La otra alternativa que podría disponerse para salvar esta falencia es que se autorice a la víctima la posibilidad de que, luego de quedar firme la decisión del superior del fiscal rechazando su petición, pueda ocurrir, como *querellante exclusivo, ante la jurisdicción convirtiendo la acción penal pública en privada* a través del mecanismo de querrela. Las objeciones al control fiscal por entender que de este modo se impide a la víctima petitionar a las autoridades judiciales no resisten análisis crítico, ya que la propia normativa contempla esta alternativa del ejercicio autónomo de la acción como vía de continuidad de la persecución y para que la víctima encuentre satisfacción en su petición.

(b) **Control judicial de la decisión fiscal.** Un modelo alternativo es otorgarle la decisión al fiscal de aplicar un criterio de oportunidad o una salida alternativa pero que la resolución de aceptarlo o no a la jurisdicción, es decir se concede un control judicial de la decisión fiscal. Con ello si el juez se opone al criterio utilizado el fiscal debería estar obligado a continuar la persecución penal.

Según el tipo de control -formal o formal y sustancial- que la normativa autorice a la jurisdicción se podrá dar o no por satisfecho el derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima.

No obstante, colocar al juez controlando lo concerniente a la disponibilidad de la acción penal es entrometerlo en la política de persecución dispuesta en forma general, a través de instructivos, por la fiscalía lo cual puede implicar por un lado su desarticulación y por el otro afectar la igualdad de trato. Es que bajo esta alternativa no caben dudas que se volverá al sistema inquisitivo donde cada juez instructor es el que fija la política de persecución decidiendo qué persigue, cómo y cuándo lo hace, contando con la disponibilidad de la acción penal; lo cual ha demostrado su ineficiencia y su falta de respuestas, provocando una afectación a la igualdad de trato ya que ante un mismo caso un juez puede admitir la posición de la fiscalía y otro no. Con ello se afecta la gestión de los casos que es una política global que hace al Ministerio Público, se puede generar congestión en la estructura de las fiscalías, afectando el uso racional de recursos y con ello la asignación para casos más importantes.

La intervención del Tribunal para decidir la viabilidad o no de un criterio de oportunidad es objetada en tanto entraría en colisión con los principios de juicio previo y debido proceso ya que le falta uno de los requisitos cual es la acusación, la que es gradual, evolutiva y condición de bilateralidad, y se concreta recién al requerirse la apertura de la investigación. Es que si el Tribunal no admite la propuesta de oportunidad, se llegaría a inaugurar o continuar un procedimiento en contra del órgano encargado de la acción, lo que llevado al extremo conlleva a una condena dictada sin una legítima acusación, y una jurisdicción realizada sin una verdadera acción penal pública⁴⁷.

Asimismo aquella resolución, que no deja de ser obligatoriedad en la acción, implicaría desacreditar la definición por parte del fiscal sobre la impertinencia de llevar el caso a juicio aunque hubiera entendido atinado aplicar una solución alternativa ante el conflicto, exigiéndole no sólo al actor público sino a todas las partes, inclusive a la víctima, a continuar con la persecución penal. Aquella solución podría advertirse adecuada a los intereses de la víctima pero luce desacertada porque se inmiscuye en la

⁴⁷ Cfr. ROCCA – CORVALAN, p. 461 y ss.

política criminal institucional que debe tener en miras el interés general y cuyo diseño es más complejo y excede el caso concreto llevado a ese magistrado.

Corresponde plantearse entonces, que tipo de control debería o bien, si podría, efectuar el juez ante la postulación de un criterio de disponibilidad de la acción por parte del fiscal, junto con el imputado y su defensor garantizando la tutela judicial efectiva de la víctima porque no sólo sería incongruente tomar decisiones heterogéneas por diversos magistrados ante mismos supuestos sino también se corre el riesgo de desnaturalizar la aplicación operativa del instituto si se somete la facultad de decidir –inherente al fiscal- a un órgano judicial diferente.

Lo cierto es que el tribunal no puede decidir únicamente bajo sus convicciones sino que debe privilegiar el acuerdo entre las partes, en tanto “resulta tan incompatible con un sistema de juzgamiento acusatorio la existencia de un proceso penal sin conflicto subyacente, como la introducción de un interés autónomo del órgano jurisdiccional en favor de la continuidad, pues esta última representa una de las formas que se han utilizado para provocar el corrimiento del conflicto primario hacia el castigo de la infracción y desconocer el interés de la víctima (la víctima como excusa) ha sido una de las formas de disfrazar un puro interés estatal, desvinculando las necesidades sociales. Mal puede continuar un proceso de matiz acusatoria que contraviene la voluntad de todas las partes interesadas, es decir, en tributo exclusivo de los mentados principios fundamentales más dimanantes del ordenamiento superior y formulados en pureza como factores limitativos (ergo condicionadamente legitimantes) del *Ius puniendi*, en beneficio de los justiciables garantizados”⁴⁸.

El instaurar un control judicial tiene su origen en la duda que se tiene sobre los fiscales, pensamiento que es propio del inquisitivo donde los fiscales ocupan un lugar a las sombras del juez de instrucción y en función a la estructura vertical y a la capacidad de decisión mayor que tiene la jurisdicción el fiscal emerge como un subordinado. Es decir que, negar la discrecionalidad bajo el control del superior jerárquico es una postura de desconfianza a la institución porque se le exige al fiscal que exponga los fundamentos de su decisión en audiencia ante un tribunal impulsando una suerte de debate aunque no lo haya, generando el contradictorio desvirtuando los roles de las partes en el proceso y generando un dispendio innecesario de recursos al efecto.

Si se concede a la judicatura un *control formal y sustancial* de la decisión fiscal de disponer de la acción penal, debe estimarse que la única vía de reclamo que tendría la víctima, y naturalmente el fiscal, sería el recurso contra la resolución judicial porque ya fue garantizado su derecho a la tutela judicial efectiva, esto es un juez le dio respuesta a su petición, por lo que no debería ser viable la posibilidad de conversión de la acción penal pública en privada. La respuesta negativa a la petición de la víctima depararía en la declaración de extinción de la acción penal. En cambio, si la decisión del juez o de la Cámara rechazan la disponibilidad de la acción penal pública por parte del fiscal en el caso concreto prácticamente lo estarían obligando a perseguir penalmente, situación que como ya dijimos es sumamente objetable.

Una variante sería prescribir la *intervención judicial como meramente formal*, es decir sólo atinente a verificar el cumplimiento de los requisitos de forma para dar viabilidad al criterio de oportunidad o a la salida alternativa. De ser así, luce como innecesaria, burocrática y superflua, en tanto, se conceda o no recurso a la víctima, se le deberá otorgar, en salvaguarda del derecho a la tutela judicial efectiva, la posibilidad de

⁴⁸ Cám. Apel. y Gtías. en lo penal, Mar del Plata, sala I, c. 9366, 13/12/05.

que un juez decida sobre el fondo de su petición, por lo que nuevamente caemos en que hay que otorgarle la posibilidad de conversión porque la jurisdicción no le ha dado respuesta. Si el magistrado se dispone a analizar solo los aspectos relativos a los requisitos de procedencia del instituto y le hiciera lugar a la petición fiscal, podría desalentar la conversión de la acción ante el precedente judicial negativo.

Sin embargo puede advertirse que aun cuando se disponga que el control judicial sea sólo formal, en la práctica ello luce bastante dificultoso, ya que en muchas de las ocasiones legalmente previstas se desprende como necesaria una valoración de los motivos que el fiscal tuvo para allegar a la decisión. Ello puede ocurrir, en la apreciación del *interés público*, de la *pena natural*, incluso la *insignificancia*, etc. Así, está claro que un control meramente formal será irrealizable en la práctica porque la mayoría de los criterios demandan ingresar en la valoración de cuestiones de fondo, de manera tal que en la praxis siempre se tratará de un control formal y sustancial.

El peligro que conlleva tal solución está dado por el hecho que si, aún de modo involuntario o inevitable, efectuara además un control sobre el fondo de la cuestión, aquel impulso de la acción penal por parte de la víctima ante la respuesta adversa podría generar como consecuencia un nuevo sometimiento del imputado al proceso o por el contrario, ante la negativa de conversión la dificultad de garantizar la tutela de sus derechos como víctima.

Por cierto, que en esos supuestos lo acertado parece ser que el *juez escuche a la víctima*, aunque no esté constituida como querellante, en audiencia pública para que fundamente su posición.

(c) **Control complejo o mixto.** Dentro de este modelo podemos colocar al código procesal penal de Chile el cual dispone que la decisión de aplicar criterios de oportunidad y salidas alternativas tiene contralor judicial, pero además conceden a la víctima la posibilidad de reclamar internamente ante los superiores del fiscal.

En Chile el *control interno* se traduce en un reclamo ante el fiscal regional, el que sólo es viable en casos de delitos que merezcan pena aflictiva y para verificar si la decisión del fiscal se ajusta a las políticas generales del servicio y a las normas que hayan sido dictadas al respecto. El *control externo* significa provocar la intervención del juez de garantía deduciendo la querrela respectiva. Si el juez declara admisible la querrela, el fiscal deberá seguir adelante la investigación conforme a las reglas generales⁴⁹, advirtiéndose que la jurisdicción obliga al titular de la acción a promoverla con la querrela.

11.- **La conversión de la acción penal pública**

La conversión implica que la acción penal pública se tramitara conforme al procedimiento previsto para la querrela, cualquiera fuera el delito de que se trate. Es decir, la acción pública cuando se aplica un criterio de oportunidad deja de tener tal calidad y se convierte en privada, es sólo promovible por la parte, cualquiera fuera el delito.

En la provincia de Santa Fe no se establecen límites en relación al delito que pueda convertirse (art. 22), no obstante la amplitud de la norma parece mostrar una contradicción en los casos previstos en el artículo 19 incisos 5 y 6 que prevén hipótesis de criterios de oportunidad cuando media conciliación entre víctima e imputado, porque

⁴⁹ Cfr. HORVITZ LENNON, *t. I*, p. 488.

si existió un acuerdo no luce como razonable que aun la víctima tenga la posibilidad de conversión. Por otra parte, debe agregarse que una vez que se ha convertido en acción privada, el Ministerio Público Fiscal no puede retomar la persecución.

El derecho de la víctima a la conversión de la acción penal pública en privada se funda en el acceso a la justicia y en la tutela judicial efectiva que tienen rango constitucional por estar reconocidos en la CADH (art. 25.1), los que deben ser entendidos como el derecho que tiene el ofendido de un delito a poder acceder a un tribunal independiente en procura de justicia (art. 10 DUDH), de poder acceder a la jurisdicción en defensa de sus derechos solicitando una decisión en función a su pretensión. Se trata de un derecho subjetivo público “porque asiste a todo ciudadano mediante el cual puede obligar al órgano jurisdiccional a un pronunciamiento sobre determinada petición”⁵⁰, es decir en lo que refiere a la acción penal pública se trata de otorgar la posibilidad de promover la actividad jurisdiccional para desembocar en una decisión.

En función a ello, cuando el sistema dispone que la decisión y la resolución de disponibilidad de la acción incumbe únicamente al fiscal, además de un eventual reclamo interno dentro de la fiscalía, se le debe otorgar a la víctima una vía de acceso a la justicia garantizando la tutela judicial efectiva que demanda que su pretensión sea resuelta por un juez. Como ya se dijo, esto puede hacerse operativo mediante la simple concesión de una posibilidad de revisión sobre la forma y fondo o bien a través del trámite de conversión.

Lo cierto es que en aquellos sistemas en los cuales la decisión de aplicar un criterio de oportunidad o una salida alternativa requiere una intervención judicial en la cual se escuche a la víctima, ésta sólo tendrá la posibilidad ante una ratificación judicial de la decisión del fiscal de interponer recurso de apelación contra la decisión judicial y si la Cámara de Apelación confirma allí debería finalizar su vía. Con ello, según esta hipótesis no debería admitirse la posibilidad de la conversión puesto que ello implicaría una doble persecución penal por el mismo hecho, afectando el principio constitucional de *non bis in idem* y además se podría afectar la seguridad jurídica por el riesgo de decisiones judiciales contradictorias.

El sistema previsto en la provincia de Santa Fe impone que la decisión de disponer un criterio de oportunidad provenga del fiscal pero la resolución la dicta la jurisdicción, situación que habilita al querellante a recurrir. Sin embargo se muestra desacertado al autorizar la posibilidad de que ocurra a través de la vía de conversión. La normativa estatuye además que la víctima tendrá el derecho de asesorarse jurídicamente en forma privada, en cuyo caso afrontará los gastos correspondientes. No obstante, cuando no los pudiera afrontar el Estado tiene el deber de brindárselo en forma gratuita (art. 80, 2da. parte). Como se observa, luce contradictorio que el Estado, representado por el fiscal, por un lado diga que en el caso no hay que perseguir de acuerdo a una decisión judicial y, por el otro exprese a la misma víctima que le da asistencia por si quiere perseguir como querellante. Si bien esta objeción quedaría superada por un respeto a la *igualdad* ante la ley (art. 16 CN), porque de lo contrario quien no esté de acuerdo con la decisión y tiene medios podría seguir sólo y en igual situación quien no tiene medios no, debería ser solamente prevista para el caso del archivo fiscal. Justamente, en el archivo fiscal no se presenta tal problemática y su colisión con el *non bis in idem* ya que cuando el fiscal dicta el archivo del caso, más allá del reclamo interno, se autoriza la conversión, hipótesis que sería realizable en tanto no ha existido intervención jurisdiccional y aparece atinado que se prevea que el Estado brinde asistencia gratuita a la víctima.

⁵⁰ GIMENO SENDRA, p. 130.

12.- *Análisis de las críticas al sistema de conversión*

En general los cuestionamientos al régimen de conversión surgen en los sistemas federales donde el legislador nacional en función a facultades delegadas es el que establece la política de persecución penal por delegaciones expresas dadas por las provincias que como entidades autónomas se reservan todo el poder no delegado. El caso de Argentina es particular en tanto en la CN sólo se dispone que el legislador nacional dicte los códigos de fondo y éste, avasallando tal premisa, al dictar el código penal reguló cuestiones relacionadas al nacimiento y a la extinción de las acciones entre otros, que tienen evidente naturaleza procesal. En materia de acciones crea las públicas y las privadas, en las primeras se dispone la persecución obligatoria y en las otras por querrela del ofendido por el delito o sus representantes legales. Tal distinción fue efectuada en función a la jerarquía del bien jurídico afectado por el delito y a la circunstancia que el delito tiene una trascendencia estrictamente individual sin afectar a otras personas, esto es se entiende que no es mayor el interés general por su escasa gravedad. A ello debe sumarse la idea de evitar la venganza privada.

Esta línea tiene su base en una visión igualitaria de la persecución penal en casos similares lo cual podría verse afectado de autorizarse que una provincia decida cambiar o alterar el régimen de persecución, es decir todo lo relativo al nacimiento, promoción y extinción de las acciones. Por cierto, que tal cuestionamiento no sería viable cuando las provincias regulan lo relativo a la extinción de las acciones penales más allá de lo previsto por el legislador nacional porque se trata de supuestos de mejoramiento de las garantías, es decir son prescripciones que superan el estándar mínimo previsto por el legislador nacional, tal como así admitido por la reforma al régimen tradicional impuesto por la ley 27.147.

(1) Una crítica que se ensaya contra el régimen de conversión es que la acción penal debe ser pública porque se sostiene en el interés general, en la gravedad de la afectación y por las graves consecuencias que provoca. Entendiendo que si el fiscal, que es el representante de sociedad, razonó que no existía tal interés allí debe finalizar la persecución.

Sin embargo, esta postura no es compatible con el derecho constitucional de tutela judicial efectiva, parte de un modelo de justificación extrema de la expropiación del conflicto a la víctima, vuelve a reconocer un único bien jurídico cual es el interés público o general al cual coloca por encima de los intereses particulares o individuales que son los que finalmente dan origen a la regulación de un delito.

Por otra parte, importante es para destacar que conforme los diseños actuales el titular de la acción penal es el Estado y es éste quien tiene la potestad, conforme a la Constitución y las leyes, de diagramar quién la va a ejercer. La regla es que la ejerza el órgano que el Estado predispone al efecto, justamente el fiscal, no obstante nada impide que haciendo uso de la disponibilidad de la acción penal el mismo Estado habilite en algunos casos excepcionalmente que la víctima reemplace al fiscal en el ejercicio de la acción penal, a través del mecanismo de conversión.

(2) Una segunda objeción señala que su consagración altera el sistema de persecución penal programado por el legislador Nacional en el Código penal creando acciones públicas y privadas a través de la delegación que hicieron las provincias en la Constitución, aunque se advierte que esta objeción desaparece cuando se reconoce que

las provincias no han delegado tal función, lo que es difícil frente a una tradición jurídica que entiende todo lo contrario⁵¹.

Aunque es lógico pensar que existió tal delegación tácita, ya que las provincias al dictar sus normativas procesales -siguiendo un modelo inquisitivo- respetaron el régimen impuesto por el legislador nacional, natural es para deducir que ello obedeció a que la discusión de todo lo relativo al régimen de la acción era innecesario porque no había un ministerio público fiscal diseñado para perseguir. Ahora, cuando los modelos han cambiando o están cambiando por otros acusatorios no hay dudas que el tema de la acción renace y las provincias retoman sus facultades legislando, abrogando aquella delegación tácita.

En esta inteligencia, puede verse que la aceptación por el legislador nacional de los sistemas de extinción de la acción por los códigos procesales penales provinciales, a través de la ley 27.147 ratifica la afirmación que damos.

(3) Una tercera crítica expresa que la idea de proceso es con un solo actor⁵².

Esta posición se desvanece cuando se advierte que el sistema de conversión deja un solo actor que en este caso es el querellante. Aquí uno puede preguntarse quién prefiero que me persiga el actor público o el privado. No caben dudas que la respuesta es que la preferencia apunta al privado porque es más débil ya que no tiene estructura y hasta se puede decir no maneja los criterios propios de la práctica. El único planteo para objetar esta afirmación es que el querellante, a diferencia del acusador público, no se rige por el criterio objetivo de actuación (ver infra 5).

Por otra parte, puede verse que la idea del proceso penal con un sólo actor no es tal porque la tendencia en nuestro país es a la aceptación, en los delitos de acción pública, amplia del querellante con actuación conjunta con el fiscal pero con autonomía para acusar y para recurrir.

(4) Otro punto crítico esta relacionado con la afirmación que el sistema de conversión consagra una enorme contradicción con la idea de descomprimir el colapso existente⁵³.

Cuando se analiza esta objeción que toma como base la contradicción que la conversión presenta con la idea de descomprimir, tal premisa se desaparece prontamente al analizarla en concreto. Es que si se observa detenidamente la cuestión el congestionamiento en el modelo acusatorio lo tiene el fiscal y a través de este mecanismo se le permite salir del mismo es decir la conversión descongestiona la estructura de la persecución penal. Si el problema se analiza desde los órganos jurisdiccionales la solución es que el Estado provea más jueces, porque el sistema puede implicar demoras en la celebración de las audiencias por tal carencia, punto que debe ser evaluado en concreto.

(5) De otro extremo se esgrime que la conversión implica autorizar la *venganza privada*, en tanto la víctima plagada de subjetividades podría perseguir a ultranza al imputado, es decir sin el límite que tiene el fiscal del criterio de objetividad en su actuación.

En general puede verse que si se parte de un fiscal responsable, que debe rendir cuentas a la sociedad, no aparece como acertado que éste archive cuando observé que la víctima a través de la privatización puede llegar a una condena, máxime cuando tiene que

⁵¹ CORVALÁN, p. 249.

⁵² CORVALÁN, p. 249 y PASTOR.

⁵³ Cfr. JAUCHEN, t. I, p. 672.

trasponer toda una serie de controles internos dentro de la misma fiscalía llegando incluso con su reclamo, en forma innecesaria, hasta la máxima autoridad. Este triple control interno que se fija debe ser por demás suficiente para que la fiscalía detecte si el caso posee la importancia para continuar la persecución pública, es decir si esta o no en juego el interés público.

En lo específico, debe repararse que el *criterio objetivo de actuación no es equivalente a la imparcialidad* –propia de los jueces–, sino como una especie de *compensación* que –en los sistemas acusatorios– se brinda *entre la estructura* del Ministerio Público *Fiscal* provista por el Estado con el *imputado*, esto es un *límite a la persecución estatal*. Entonces, no hay posibilidad de venganza privada a ultranza allí donde el Estado, excepcionalmente, devuelve sus facultades a la víctima para que persiga al imputado puesto que la contienda se da entre dos partes igualadas ante el derecho, contando además el acusado en su favor que la decisión judicial se debe dar dentro del marco del *in dubio pro reo*.

Analizada finamente, la cuestión relacionada al archivo fiscal es la más relevante desde la perspectiva de la conversión puesto que allí si están en juego disposiciones que generan responsabilidad en la fiscalía.

Mientras tanto, la conversión puesta en relación a los criterios de oportunidad previstos por el legislador ya de por sí le quitan responsabilidad al fiscal por esa circunstancia. Pero además debe verse que en la mayoría de los supuestos la posibilidad de aplicar la disponibilidad encuentra una barrera infranqueable en la previsión de que para su aplicación no tiene que estar comprometido el interés público. Una fiscalía que no sabe valorar correctamente cuál es el interés público en juego con cada delito puede decirse que no está en condiciones de ostentar el rol de perseguidor y allí renace la hipótesis de devolver plenamente el conflicto a la víctima.

Puntualmente, puesto en relación con los criterios de oportunidad dispuestos por el legislador provincial vemos que en los casos de la conciliación (incs. 5 y 6, art. 19) para su aplicación la víctima tiene que estar de acuerdo; la insignificancia y la pena natural son criterios propio del derecho penal (incs. 2 y 4); y los casos en los que el código penal disponga la exención de pena (inc. 1) es una opción que ratifica lo previsto en la ley de fondo. De allí que en todos estos casos, más allá que se admite la conversión la misma se presenta como inviable.

De esta forma, los únicos criterios que podrían habilitar en concreto la conversión son: cuando la víctima es mayor de 70 años o enfermo grave en estado terminal (inc. 7) y el supuesto de la insignificancia de la pena en expectativa. En éstos no caben dudas que los instructivos fiscales para la oportunidad tienen que ser bastante estrictos, verificando el mensaje que se traslada a la sociedad y al imputado, en síntesis calificando adecuadamente la noción de *interés público*.

Finalmente, debe quedar en claro que la idea de los código que autorizan el sistema de la conversión es que la tutela judicial efectiva que consagran los tratados internacionales se haga efectiva para la víctima con una respuesta jurisdiccional, por eso el archivo (jurisdiccional) dictado por un juez no habilita la conversión.

De otro extremo, admitida la conversión se objeta que en el procedimiento de querrela no hay *procedimiento intermedio de control*. En este sentido, se ha manifestado que “la conversión de la acción pública en privada, supone una serie de desventajas para el imputado, puesto que al seguirse el procedimiento para los delitos de acción privada el asunto pasa a la etapa de juicio sin necesidad del filtro de la etapa intermedia, en el cual

hubiese podido discutir la existencia o no de sospecha suficiente de culpabilidad del imputado, de modo que el asunto podría haber terminado con el dictado de un sobreseimiento”⁵⁴. En igual inteligencia, se destaca que “parece no tener cabida frente a un delito de acción privatizada la tramitación del procedimiento intermedio (art. 294 y ss.). Esta etapa supone su inicio a partir de la acusación presentada por el acusador (el actor público y, en su caso, el privado), siendo que los arts. 22 y 291 remiten directa y coincidentemente al procedimiento de querrela regulado en el art. 347 y ss., el cual comienza, justamente con la presentación de la acusación ante el “Tribunal del Juicio” (art. 347), que es el competente en este proceso especial y no en el procedimiento intermedio (a cargo del juez de la IPP)... No contemplar una instancia preliminar de control de la acusación por delitos de acción privatizada es un grave error. Ello impide que la defensa pueda controvertir la apertura directa del juicio oral y público sometiendo la acusación a un control jurisdiccional previo, que es una de las misiones esenciales de toda etapa intermedia (su función de filtro): examinar la razonabilidad de las acusaciones y así evitar la apertura de juicios inútiles, absurdos o mal provocados”⁵⁵.

Según puede apreciarse la *supresión del procedimiento intermedio* en los casos de *delitos de acción privada* tiene su sustento en procurar, lo más pronto, ir a juicio evitando la *prescripción de la acción penal* que en estos casos *es breve* sobre todo cuando no se prevén o sólo se disponen algunas causales interruptivas durante el procedimiento, máxime si se tiene en cuenta que el proceso, en los modelos escritos, es lento y burocrático. Tal visión sería aplicable para los casos en los cuales el código autoriza la conversión cuando el fiscal aplica un criterio de oportunidad puesto que en su mayoría se trataría de supuestos asemejables a los de acción privada. No obstante, la cuestión es distinta cuando se trata de supuestos de archivo fiscal aplicados a delitos de mediana o grave criminalidad en los que los plazos prescriptivos de la acción son muchos más amplios.

Bajo este parámetro, no caben dudas que el sistema de conversión parece otorgarle excesivas facultades a la víctima convertida en querellante, ya que se le permitiría llevar a juicio a un imputado a cualquier costo, lo cual puede evidenciar el renacimiento de la venganza que ya estaría satisfecha por la sola circunstancia de la incertidumbre que genera un proceso penal, máxime cuando exista disparidad de medios económicos entre víctima e imputado, lo que no hace más que reafirmar la selectividad del sistema.

Desde el otro extremo, puede decirse que el sistema de conversión revitaliza el concepto de víctima, otorgándole debida participación en el proceso penal. Sin embargo, necesario es que dentro del sistema de conversión se incorpore la etapa intermedia como medio de control jurisdiccional tendiente a evitar arbitrariedades.

BIBLIOGRAFÍA

- BACLINI, Jorge C., *Prescripción penal*, 2ª. ed. actualizada y ampliada, ed. Juris, Rosario, 2008.
- BACLINI, Jorge C., *Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe, t. 1. Ley N° 12.734. Arts. 1 a 125*, ed. Juris, Rosario, 2009.
- BACLINI, Jorge C., *Criterio objetivo de actuación en el Ministerio Público de la Acusación*, en *Revista Doxa, N° 2*, Director Dr. Daniel Erbetta, ed. Ediar, Bs. As., 2010.
- BECERRA, Nicolás, *El Ministerio Público Fiscal*, ed. Ciudad Argentina, Bs. As., 2004.

⁵⁴ LLOBET RODRÍGUEZ, ps. 152/3.

⁵⁵ RIOS – IVALDI ARTACHO. También JAUCHEN, t. I, p. 672.

- BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal. Dimensión político criminal del proceso penal. Eficacia del poder punitivo. Teoría de la acción penal y de la pretensión punitiva. Tomo II*, ed. Ad Hoc Bs. As. 2014.
- BINDER, Alberto M., *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*, ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2000.
- BINDER, Alberto M., *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*. Ed Ad- Hoc, Bs. As. 2012.
- BOVINO, Alberto, *Procedimiento abreviado y juicio por jurados, en Juicio por Jurados en el Proceso Penal*, AA.VV., ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2000.
- CAFFERATA NORES, José I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 2ª ed. actualizada, ed. del Puerto, Bs. As., 1998.
- CAFFERATA NORES, José I., *El principio de oportunidad en el Derecho argentino*, versión corregida y anotada de la clase de oposición dictada en el concurso para profesor titular de Derecho Procesal Penal de la Universidad Nacional de Córdoba, cit. por PRUNOTTO LABORDE.
- CAFFERATA NORES, José I., *Ejercicio concreto del poder penal. Límites, abusos, desafíos*, ed. Mediterránea, Córdoba, 2006.
- CORVALAN, Víctor R., *Derecho Procesal Penal, Análisis Crítico del Procedimiento Penal*, ed. Nova Tesis, Rosario, 2010.
- De la RÚA, Jorge, *Disponibilidad de la acción penal*, Revista del Colegio de Abogados de Córdoba, enero 1996, año II, n° 9, p. 241 y ss.
- DE LA RUA, Jorge, *Código penal argentino. Parte General*, 2ª ed., ed. Depalma, Bs. As., 1997.
- DUCE, Mauricio – RIEGO, Cristian, *Proceso penal*, ed. Jurídica Chile, Santiago, 2007.
- GIMENO SENDRA, José Vicente, *Fundamentos del Derecho Procesal*, Madrid, 1981.
- GRANILLO FERNANDEZ, Héctor M. - HERBEL, Gustavo A., *Código de Procedimiento penal de la provincia de Buenos Aires. Comentado y Anotado*, ed. La Ley, Bs. As., 2005.
- GUARIGLIA, Fabricio O., *Facultades discrecionales del ministerio público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad*, en *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, AAVV, ed. Ad-Hoc, Bs. As., 1993.
- HASSEMER, Winfried, *La persecución penal: Legalidad y oportunidad*, en *Revista de Derecho Penal*, 2001-2, director E. Donna, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002.
- HORVITZ LENNON, María Inés - LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno, t. I*, ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- JAUCHEN, Eduardo, *Tratado de Derecho Procesal Penal, t. I*, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012.-
- LLOBET RODRIGUEZ, Javier, *Proceso penal comentado*, Universidad para la Cooperación Internacional, San José, Costa Rica, 1998.
- LOPEZ BAJA de QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ed. Akal/iure, Madrid, 1989.
- MAIER, Julio B., *Derecho Procesal Penal, t. I, Fundamentos*, ed. del Puerto, 2ª ed., 3ª reimp., Bs. As., 2004.
- MAIER, Julio B., *Derecho Procesal Penal, t. II, Parte General. Sujetos Procesales*, ed. Del Puerto SRL, Bs. As., 2004.
- NUÑEZ, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal. Parte general*, ed. Lerner, Córdoba, 1975.
- PASTOR, Daniel R., *Una ponencia garantista acerca de la acusación particular en los delitos de acción pública, s/d*.
- PRUNOTTO LABORDE, Adolfo, *Principio de legalidad. Alcances y precisiones*, en *Revista de Derecho Penal*, 2001-2, director E. Donna, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002.
- RIOS, Ramón T. - IVALDI ARTACHO, Alfredo, *Aristas e interrogantes sobre la reforma (más acerca del nuevo Código Procesal Penal de Santa Fe)*, ed. Zeus, Año XXXIV, 5/11/2007, N° 8.306, T° 105.

- ROCCA, Adrián - CORVALAN, Malena, *El principio de oportunidad en el nuevo Código Procesal Penal. ¿Del Fiscal del Juez o de la víctima?*, ed. Zeus, Revista N° 9- T. N° 107.
- ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, trad. de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor de la 25 ed. alemana revisada por Julio Maier, ed. del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino, t. II*, ed. Tea, actualizado por Guillermo Fierro, Bs. As., 1989.
- VAZQUEZ ROSSI, Jorge, *Derecho Procesal penal, t. I. Conceptos generales*, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *Tratado de Derecho Penal. Parte General, t. V*, ed. Ediar, Bs. As., 1998.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl - ALAGIA, Alejandro -SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, ed. Ediar, Bs. As., 2005.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl - ALAGIA, Alejandro -SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte General*, ed. Ediar, Bs. As., 2000.