

TITULO: ANALISIS DEL ANTEPROYECTO ELABORADO POR LA COMISION PARA LA REFORMA DEL CODIGO PENAL DE LA NACION, CREADA POR DECRETO DEL P.E.N. NRO. 103/2017.

TEMA: PARTE GENERAL: Ejercicio de las acciones públicas, privadas y dependientes de instancia privada. Reglas de disponibilidad de la acción -arts. 71 a 73-.

AUTOR: EZEQUIEL ONETO

El Título XIV del Anteproyecto del Código Penal se titula “Del ejercicio de las acciones” y, en dicho artículo 71 nos establece que las acciones penales son públicas o privadas y que será el Ministerio Público Fiscal quien deberá ejercer de oficio la acción penal pública, con excepción de aquellas que dependan de instancia privada. También establece que podrá hacerlo la persona directamente ofendida, en las condiciones establecidas por las leyes procesales.

En primer lugar quisiera dejar asentado que, en lo que hace al presente régimen de las acciones, debió haberse legislado en términos de remitirse a lo que establezcan los códigos de forma provinciales en lo que a su ejercicio respecta.

Señalo esto porque considero que la determinación de todo el régimen de la acción penal es facultad de los Estados provinciales y no debería estar incluido en el Código Penal. De esa manera, en el ámbito federal se establecería su régimen y las provincias harían lo propio en sus respectivos códigos procesales¹.

Lo dicho no recrea más que una histórica discusión en el ámbito de nuestro derecho procesal penal, la cual –escuetamente para no exceder las exigencias del presente aporte- nos lleva al proyecto de 1906 (encomendado por un decreto de 1904), siendo el mismo fue de tendencia unificadora, donde el presidente Quintana y Joaquín V. González buscaban darle “estabilidad y unidad a las múltiples leyes que

¹ BINDER, ALBERTO M. (2014), Derecho Procesal Penal, T. II, 1° edición, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, pág. 368.

rigen en la República sobre penalidad y su procedimiento”². Allí, la comisión reformadora orientó su trabajo a un federalismo del estilo de países como Suiza o Alemania que nada tenía que ver con la mayoría que primó en la redacción de la reforma de la Constitución Nacional de 1860 que siguió la matriz norteamericana³.

Cabe señalar que la reforma constitucional mencionada iba en contra de la interpretación de que los códigos de fondo (al ser leyes nacionales) serían aplicados por la jurisdicción federal sino que la aplicación de los mismos correspondería a cada una de las jurisdicciones (sea federal o provincial, según los casos). Por ello, resulta claro que son las provincias quienes aplican las leyes nacionales y ese poder de aplicación les permite regular sobre el ejercicio de la acción penal como herramienta político criminal esencial de su exclusiva incumbencia⁴.

Las discusiones entre Salustiano Zavalía y José Benjamín Gorostiaga, fueron recordadas por Pandolfi⁵ y Binder, las que versaban sobre el alcance del art. 64 inc. 11 de la Constitución Nacional y en el entendimiento que en el ejercicio de la acción penal se juega la articulación de una política criminal determinada –de exclusiva potestad local- y nos persuaden que las regulaciones modernas sobre el ejercicio de la acción penal tales como la autorización a que pueda llevarla adelante el ofendido o su conversión en acción privada (no privatización), son regulaciones plenamente constitucionales⁶.

Entonces, entendiendo que se ha inmiscuido la concepción unitaria de la legislación francesa en las interpretaciones de nuestro sistema penal, habiéndose repetido por tradición normas y conceptos que nada tenían que ver con nuestra

² FALCONE, ROBERTO A. (2016), Lineamientos de un proceso penal adversarial en la provincia de Buenos Aires, Editorial Ad-hoc, pág. 129.

³ BINDER, ALBERTO M. (2014), op. cit., pág. 359.

⁴ FALCONE, ROBERTO A. (2016), op. cit. pág. 129.

⁵ PANDOLFI, Oscar R., “Tienen las provincias facultades constitucionales para legislar en materia de criterios de oportunidad y probation? (A propósito de un artículo del Dr. José D. Cesano), LexisNexis 6/2007.

⁶ FALCONE, ROBERTO A. (2016), op. cit. 130.

configuración constitucional, corresponde señalar que el Congreso de la Nación no tiene facultades para imponer a una provincia la manera de organizar la persecución penal.

Sentado ello, y adentrándome al análisis del art. 71 corresponde señalar que ha quedado plasmado en la legislación sustantiva –tal como ocurrió con la reforma al Código vigente mediante ley 27.147- las reglas de disponibilidad de la acción las que, ahora, deben guardar correlación con las leyes procesales correspondientes quienes son -en definitiva- las que establecen los requisitos que deben cumplirse.

Entiendo que la mayor participación del ofendido y la delegación del ejercicio de las acciones penales implican un reconocimiento a su capacidad de gestión e interés personal en la solución del conflicto y esto, de ningún modo desobliga al Estado ni debilita su rol, por lo que considero que este mayor protagonismo de la víctima en el proceso resulta productivo y no puede ser interpretado como la “privatización del derecho penal”, ello sin perjuicio de entender que distinta es la situación en el etapa de ejecución de la pena donde considero que su intervención debe verse restringida pero, explayarme más al respecto, excede el marco de lo aquí pretendido.

Considero que el régimen de la acción penal adquiere nuevamente importancia de cara a la luz de los nuevos sistemas acusatorios y es por ello que se impone la necesidad de establecer ciertos criterios de persecución penal basadas en razones de política criminal (frente a la indudable ineficiencia del sistema penal) por lo que deviene imprescindible una nueva teorización sobre la acción que genere políticas eficaces que vayan de la mano de una investigación moderna.

Y esto es lo que puede advertirse del segundo párrafo del art. 71 donde establece que el Ministerio Público Fiscal “*podrá fundadamente no instar la promoción de la acción o desistir de la promovida ante el Tribunal, hasta antes de la fijación de la fecha de la audiencia de debate...*”. Esto no es otra cosa que la materialización del principio de oportunidad en nuestro código de fondo y la disponibilidad de la acción penal por parte de su titular.

Así las cosas, podríamos definir al principio de oportunidad como un instituto conciliatorio con base en el derecho procesal penal que permite a los sujetos involucrados en el conflicto arribar a un acuerdo reparatorio con el objetivo de que el encargado de ejercer la acción penal -el representante del Ministerio Público Fiscal- se abstenga de darle impulso.

Cafferata Nores emparenta dicho instituto 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 solución real –no sólo simbólica- del conflicto.”⁷.

Precisamente, entiendo que este es el medio idóneo que puede permitir un apropiado funcionamiento del sistema penal en términos de eficiencia, como así también para disminuir la selectividad que conlleva el propio sistema.

Es decir, la limitación de la persecución penal a través del principio de oportunidad resulta de trascendental importancia ya que por un lado, es un instrumento útil para conseguir la descriminalización de aquellos hechos donde otras formas de reacción pueden obtener mejores resultados o si deviene innecesaria. Y por otro lado, como brazo de la política criminal para aumentar la eficiencia del sistema, a través de la descongestión de las agencias judiciales y la disminución informal del sistema⁸.

Recuperando el principio de subsidiariedad del derecho penal como *ultima ratio* del control social, como nos enseña Binder, el sistema penal debe poner su atención en el conflicto que genera el delito y así poder articular soluciones socialmente más razonables que tengan como objetivo el interés particular de las personas involucradas (con el consecuente fin pacificador de actuación de la justicia) instrumentándose a través de espacios de consenso que posibilitan el principio de oportunidad⁹.

⁷ CAFFERATTA NORES, JOSÉ (1996), “El Principio de Oportunidad en el Derecho Penal Argentino. Teoría, realidad y perspectivas”, en NDP, t. A/1996, Editores del Puerto, Buenos Aires, pág. 3.

⁸ MAIER, JULIO (2004), Derecho Procesal Penal, Tomo I Fundamentos, 3ª reimpresión, Buenos Aires, Editores del Puerto, pág. 837.

⁹ MARCHISIO, ADRIÁN (2008), Principio de oportunidad, Ministerio Público y política criminal. Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, pág. 216.

Existe un cúmulo considerable de normativa internacional que impulsa al principio de oportunidad y sus alternativas¹⁰.

En relación a los críticos del principio de oportunidad, coincido con Alberto Spota por cuanto el mismo no resulta opuesto al de legalidad, sino que es un complemento de éste ya que "...el ejercicio racional, y coherente de la acción penal, en función del bien general, no es la antípoda de la vigencia del principio de legalidad, sino una de las formas razonables de su efectiva vigencia."¹¹ En igual sentido, podemos encontrar la postura de José I. Cafferata Nores¹².

Entonces, detrás de la pretensión del Estado de "hacer justicia" en todos los hechos que le son denunciados, se advierte una doble incapacidad, la primera de ellas en términos cuantitativos ya que el sistema penal se encuentra repleto de casos que consisten en delitos menores y de bajo impacto social, cuando por otra parte existen casos trascendentes donde el sistema es deficiente en la resolución de los mismos con un consecuente elevado costo económico y, por otro lado, en términos cualitativos dado la imposibilidad de conseguir una eficaz persecución de los delitos considerados socialmente graves, generalmente en términos de criminalidad organizada que termina generando efectos muchos más dañinos en su conjunto que aquellos que se valoran en términos de violencia urbana.

Entiendo que darle mayor preeminencia a una herramienta político-criminal como el principio de oportunidad es una salida valiosa. Terminar con discursos acerca del principio de legalidad e igualdad ante la ley es una hipocresía que no puede seguir sosteniéndose ¿Quién puede pensar que con una mayor injerencia del concepto de oportunidad puede quebrarse el principio de igualdad? ¿Hoy existe la igualdad ante la ley?

¹⁰ Resolución 40/34 de Naciones Unidas (29/11/1985) que propicia los medios alternativos de resolución de conflictos, concretamente la mediación para lograr la reparación de la víctima y la conciliación. En igual sentido, la Recomendación R (85) del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa (28/6/1985). Declaración del Consejo Económico y Social de la ONU (24/5/1989) donde recomendó que se atienda plenamente las necesidades de la víctima.

¹¹ SPOTA, ALBERTO ANTONIO (1988), Análisis de la viabilidad constitucional del principio de oportunidad en el ámbito penal, La Ley 1988-E., pág. 988.

¹² CAFFERATA NORES, JOSE I., "El principio de oportunidad en el derecho argentino. Teoría, realidad y perspectivas" en NDP A/1996,

Como lo sostienen Anitua y Borinsky¹³, una correcta combinación de ambos principios permitiría, siempre que se reconozcan las limitaciones que posee el sistema penal, conseguir una administración de justicia más racional y acorde a la idea de Estado democrático de Derecho.

Una adecuada aplicación de la oportunidad no sólo es útil para descongestionar el sistema de administración de justicia sino que también serviría para destinar los recursos existentes para el esclarecimiento de aquellos casos complejos que más sensibilizan a la sociedad y poder realizar el principio constitucional que lo guía, afianzar la justicia.

Debe plantearse una política criminal que en la cumbre de sus decisiones tenga como valores esenciales el respeto de los principios democráticos y sus objetivos, lo que debe traducirse en restringir el uso del poder punitivo a los casos realmente graves (principio de mínima intervención).

Pero no podemos desconocer que la realidad nos aleja de pensar en aplicar un derecho penal mínimo, lo cierto es que estamos lejos de contar con las condiciones políticos-sociales para su aplicación, con lo cual el principio de oportunidad aparece como la mejor solución por estos tiempos, es decir, es el paso intermedio –y necesario- entre un derecho penal máximo a un derecho penal mínimo.

Aquí observamos como de manera expresa el legislador ha establecido claramente cuáles son los supuestos por los que puede disponerse de la acción fundado en criterios de oportunidad. El concepto de insignificancia, la mínima culpabilidad, la pena natural o cuestiones relacionadas con la conciliación o acuerdo entre las partes permiten racionalizar los recursos del sistema judicial para destinarlos a los procesos que posean gran significancia, como así también no puede perderse de vista y es dable remarcar la importancia de que dicho instituto, en casos vinculados a contextos de violencia de género o discriminatorios, no pueda ser aplicado.

¹³ ANITUA, GABRIEL I. – BORINSKY, MARIANO H. (1999), Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos artículo publicado en Hendler, Edmundo (Director) Sistemas Procesales Penales Comparados, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, pág. 452.

