

Crisis del régimen de la acción penal en el sistema normativo argentino

*Gabriel González Da Silva
Fernando Alberto Pons*

Introducción

1. Poder penal del Estado y política criminal

El poder penal del Estado es la intervención más violenta en la vida de los integrantes de una sociedad; por ello, la Constitución trae una serie de reglas cuyo cumplimiento legitima la aplicación de una pena. Estas reglas se vinculan, desde el punto de vista formal, con los órganos que pueden imponer el castigo (los jueces), los pasos que deben seguirse con ese fin (un juicio previo) y los recaudos que deben respetarse escrupulosamente durante todo el trámite (las garantías del imputado).

Si, primitivamente, el delito generó una reacción ilimitada del ofendido, absolutamente arbitraria y carente de toda ordenación jurídica, ya que su existencia, magnitud y forma dependían por completo de la voluntad de la víctima, la evolución ulterior puso límites a la voluntad individual. El triunfo del derecho como organización jurídica de la sociedad convirtió la represión en una reacción estatal disciplinada por el derecho¹.

La venganza, entonces, quedó proscripta, con lo que se consolidó la prohibición de que el individuo satisfaga directamente los intereses violados por el delito, y perduró la autodefensa, solo permitida en casos excepcionales, como es la legítima defensa. Así, en la medida en que la represión fue concebida como una necesidad esencial del Estado, como medio indispensable para la defensa de los bienes afectados, el primitivo derecho individual de castigar pasó a ser una potestad pública². Sin embargo, con el correr del tiempo, se suscitó un fenómeno de importantes características que puso en crisis esta novedosa política de criminalización que, así, no dio abasto para atender todos los casos que habitualmente se le planteaban.

Nos referimos al sostenido crecimiento de las grandes urbes, que trajo aparejado un notable incremento de los índices de desocupación y pobreza de la sociedad. Esto facilitó la aparición de nuevos sectores marginales que, prácticamente, se muestran indiferentes a un sistema jurídico que, en la mayoría de las ocasiones, no los constriñe ni, tampoco, da respuestas a las víctimas que lo padecen.

A ello debe aunarse la aparición de nuevas formas delictivas que, al estar más organizadas y completamente tecnificadas, son difíciles de interceptar y reprimir por no contar el Estado con los medios y métodos necesarios para

perseguirlas y desbaratarlas, ya que, además, se encuentra abocado a la persecución de un sinnúmero de delitos insignificantes.

En este orden de ideas, no se puede pasar por alto que, amén de la normativa penal concentrada en el código de fondo, la mayoría de las disposiciones legales previstas para otras áreas del derecho contienen cláusulas y disposiciones penales, lo que ha traído aparejada la llamada "*inflación del derecho penal*".

Nótese que los propios ejecutores del sistema, en ciertas ocasiones, desconocen la existencia de muchas de ellas, las cuales, para colmo de males, se hallan dispersas en un sinnúmero de leyes promulgadas habitualmente por operadores políticos con el propósito de apaciguar, de alguna forma, el constante reclamo de justicia que la ciudadanía formula al ver menoscabados diariamente sus derechos e intereses.

En consecuencia, parece haberse olvidado que el Derecho Penal no es ciertamente un instrumento de pacificación. Constituye un instrumento de violencia legítima que provoca nuevos motivos de tensión social. Por lo tanto, a partir de la conciencia de esto, debería tenderse hacia un principio político de «última ratio» o de intervención mínima, ya que es por demás conocida la inutilidad de la sanción penal en lo que respecta al interés ofendido por el delito. Esta, más allá de remediar una situación de sufrimiento causada por el delito, provoca otro motivo de sufrimiento³.

Y, justamente, esto es lo que intentaremos demostrar a lo largo de este trabajo, en el que efectuamos un somero análisis del actual régimen de la acción penal pública en nuestro sistema normativo para, luego, resaltar sus grietas y proponer algún tipo de solución que permita dar respuesta al reclamo social de ecuanimidad ya señalado.

2. La acción

Tradicionalmente, la acción fue concebida como el derecho de provocar el ejercicio de la jurisdicción para la constitución y desenvolvimiento del proceso⁴.

La acción penal, lo mismo que la civil, es un derecho autónomo, independiente y separable del derecho material. En este sentido, podría afirmarse que la acción civil constituye el poder jurídico dirigido a lograr la actividad estatal por medio de sus órganos competentes y por la constitución y desenvolvimiento de proceso para la definición y declaración coactiva de una relación jurídica del derecho material⁵.

Según este orden de ideas, la acción civil es condición y límite de la jurisdicción, en cuanto ésta no puede ponerse en movimiento sin que aquélla provoque su actuación. La demanda y la contestación fijan el límite de la jurisdicción del juez al tiempo que circunscriben su ámbito con determinación del «*Thema decidendum*»⁶.

Por su parte, la acción penal, para la doctrina clásica, también es condición de la jurisdicción en cuanto esta no se mueve sin que aquella exista y sin que provoque su actuación por alguno de los medios establecidos por la ley; pero no es límite de la jurisdicción porque el objeto del proceso penal es deducido en su integridad, en

su completa entidad, de la realidad del hecho del que nace. Las restricciones que las partes puedan llevar no tienen la virtud de delimitar el objeto del proceso penal ni, por lo tanto, la jurisdicción del juez en su conocimiento. Ella provoca la actividad jurisdiccional sin limitaciones apriorísticas o formalmente circunscriptivas⁷.

De este modo, la doctrina tradicional concibe la acción penal como derecho autónomo, es decir, como el poder jurídico de excitar y promover el ejercicio de la jurisdicción penal para el conocimiento de una determinada relación de derecho penal y para obtener su definición mediante el proceso⁸ o, como señala Manzini, como el poder - deber de actuar las condiciones formales para la realización de la pretensión punitiva del estado según la voluntad de la ley⁹.

Tal como se encuentra reglada materialmente la acción penal en nuestra normativa, la titularidad de su ejercicio puede corresponder a los órganos públicos o a los particulares. Cuando el titular del ejercicio de castigar es un órgano público, la acción puede ejercerse de oficio o a instancia privada. Cuando el titular de ese derecho es un particular, la acción es privada desde el punto de vista de su ejercicio.

A modo de aclaración, cabe destacar que el marco de discusión de este trabajo versará, justamente, en torno del conflicto que presenta, hoy en día, la regulación de la acción penal pública, por lo que, someramente, se extractarán sus principales caracteres para, luego, proceder al análisis de aquellos que ofrecen mayores dificultades.

Caracteres de la acción pública en nuestro sistema normativo

1) Publicidad

La acción penal, con excepción de la que nace de los delitos de acción privada, en nuestro orden normativo, *es pública*: conforme prescribe el Art. 71 del C. P., deberá iniciarse de oficio. Y este carácter lo tiene también la que depende de instancia privada, con la salvedad que se hará notar más adelante.

Con esta perspectiva, ese carácter deriva de su fin y de su objeto: la realización de un derecho público del Estado por aplicación de la ley penal a quien ha cometido el delito. De ello, se desprende el atributo de publicidad, el cual deriva de su esencia y de su fin. Así, se ha sostenido que es *«pública, porque está por encima de los intereses individuales; y si su desenvolvimiento se confía a órganos públicos es porque ello es consecuencia de su esencia y representa una necesidad, ya que las actividades individuales, sea por insuficiencia de medios o por peligros de abusos o desviaciones, deben ser suplidas o socorridas por el poder social»*¹⁰.

Según esta perspectiva, la acción penal, con excepción de la privada, en nuestro derecho, es pública, salvo en lo que respecta a la que depende de instancia privada, a condición de que se promueva denuncia conforme a las disposiciones establecidas por el art. 72 del código sustantivo.

El artículo 71 del Código Penal exceptúa del general principio de publicidad a las

acciones dependientes de instancia privada y a las acciones privadas.

Las acciones dependientes de instancia privada son acciones procesales públicas que se hallan sometidas a la condición de denuncia formulada por el agraviado o su representante.

La acción dependiente de instancia privada reconocía, en la formulación original de nuestro código, un único fundamento y explicación, «*el strepitus fori*», que puede causar el proceso y que es susceptible de agravar la lesión sufrida por la víctima.

Otro argumento, al margen del *strepitus fori*, es la eventual posibilidad de daño moral que puede sufrir la víctima con la renovación de sus vivencias desgraciadas.

Es evidente que, en casos tales como las lesiones, no se consulta otro interés que el del damnificado, lo que pone de manifiesto, por ser pública, la acción cuando hay interés o seguridad públicos.

En este sentido, resulta difícil afirmar cuándo hay interés público o cuándo está comprometida la seguridad pública, lo que siembra un gran margen de inseguridad, por no decir que es una reducida aplicación del principio de oportunidad, cuya constitucionalidad, para algunos autores es discutible.¹¹ Cabe entender que, si en el curso de un proceso que se ha iniciado de oficio, se comprueba que no hay interés o seguridad públicos comprometidos, se impone el inmediato sobreseimiento.

Hay otro grupo de delitos en que, si bien hay -como en cualquier delito- un interés público en su represión, este interés se ajusta al interés del damnificado, expresado en forma sostenida a lo largo del proceso, en razón de que afecta una esfera íntima de bienes jurídicos. No se considera suficiente que el damnificado manifieste su voluntad de poner en movimiento la acción, sino que debe llevarla adelante como expresión de una permanencia en ese propósito. Los delitos, cuya perseguibilidad queda sometida a querella, se enumeran en el artículo 73. En estos casos, el requisito es la querella, cuya regulación corresponde a la ley procesal¹².

2) Principio de Oficialidad

De acuerdo con una concepción estrictamente legalista, toda vez que el delito implica un ataque a bienes sociales o públicos, la represión del delincuente constituye una necesidad vital, un fin esencial y una función exclusiva del Estado, de modo que este, en virtud del ordenamiento jurídico que tutela esos bienes, resulta titular de una potestad (poder de ejercicio obligatorio, o simplemente poder-deber) de reprimir al transgresor de la norma penal, y no titular de un mero «derecho subjetivo de punir».

Para ejercitar esa potestad y cumplir su actividad represiva -necesariamente irrefragable, constante y compleja- el Estado instituye diversos órganos (no solamente el jurisdiccional), pues la inobservancia del Derecho Penal (Público) le impone una actitud activa, bien distinta de la (pasiva) que observa ante la presunta

inobservancia del derecho civil (privado); es que tiene interés directo e inmediato en que se actúe realmente la ley penal, en que se administre justicia.

Como medio de hacer efectivas esas normas de derecho público, el proceso penal asume un carácter totalmente oficial, salvo las rarísimas excepciones que establecen las acciones privadas (C. P., arts. 71 y 73)¹³.

Del principio de oficialidad se pueden extraer subprincipios o reglas que se refieren a los órganos públicos intervinientes en el procedimiento penal (*estatalidad*); a los caracteres de la acción penal (*oficiosidad y legalidad*) y de la jurisdicción (*indeclinabilidad e improrrogabilidad*), y a la naturaleza de los poderes que tienen las partes (*indisponibilidad*).¹⁴ A todos ellos, finalmente, podría sumársele el referido al carácter objetivo de la acción en lo relativo a los sujetos respecto de los cuales ella se ejerce (*indivisibilidad*).

El principio oficial, o de oficialidad, es manifestación de la justicia estatal y rige para todo el proceso, pero con mayor extensión para el proceso penal. Trasciende la jurisdicción para extenderse al ejercicio de la acción por cuanto esta tiene por titular al Estado y, aunque subsidiariamente, también a la defensa técnica¹⁵.

Este precepto, que responde al interés social, contribuye decididamente a que el proceso penal responda al interés público de justicia en todas sus manifestaciones sin derivar en tiranía procesal¹⁶.

3) *Estatalidad*

El proceso penal es obra de los órganos estatales -con las excepciones mencionadas anteriormente y sin perjuicio del concurso de los particulares- porque el Estado no puede dejar librado a ellos la actuación de la ley represiva, ni siquiera en cuanto al ejercicio de la acción penal que provoca el de la jurisdicción.

Incluso, cuando la ley concede al ofendido el derecho de ejercer la acción penal (pública), su actuación implica un *concurso puramente formal*: el particular carece, aun entonces, de todo poder dispositivo sobre el contenido material de la relación procesal. La inactividad del ofendido -acusador particular o querellante- por el delito o del damnificado es irrelevante.

4) *Oficiosidad*

Ante la presunta violación de una norma jurídico-penal (un hecho con los caracteres externos del delito), el Estado reacciona inmediata y espontáneamente para reintegrar el orden jurídico. Así, la policía Judicial y el ministerio público tienen el deber de proceder de oficio, por iniciativa propia, para promover la acción penal pública en las formas establecidas por la ley sin necesidad de ninguna excitación extraña (oficial o particular) excepto en los casos de acciones dependientes de instancia privada (C. P., arts. 71-72); -*promoción de oficio*-¹⁷.

De este modo, salvo tales excepciones que, en realidad enervan la pretensión

represiva, la voluntad de los particulares (aunque sean damnificados por el delito) o de otros funcionarios públicos (por eminente que sea su situación jerárquica) carece de eficacia para enervar o evitar la promoción de la acción pública *-inevitabilidad-*¹⁸.

5) Indeclinabilidad e improrrogabilidad

Según la primera regla, *una vez que el juez ha sido investido del conocimiento de lo ilícito penal, no puede sustraerse al ejercicio de su función; tiene el deber de pronunciarse de acuerdo con la ley*, cuyo mandato le resulta inexcusable; no tiene poder de indultar o perdonar. Una vez iniciado el proceso penal, este sólo puede terminar válidamente por una decisión jurisdiccional definitiva (sentencia instructoria -sobreseimiento o de juicio-). La función jurisdiccional, puede decirse, es irrenunciable.

En segundo lugar, *las normas legales sobre jurisdicción y competencia penal son absolutamente improrrogables*; es decir, no pueden ser modificadas por la voluntad del juez ni de los otros sujetos procesales¹⁹.

6) Indisponibilidad

Tal como se indicó al inicio, en el proceso civil predomina el principio dispositivo en razón de la naturaleza privada de los derechos subjetivos que allí se hacen valer: las partes fijan sus pretensiones cuando lo quieren y en la medida que lo quieren, de modo que el actor puede renunciar a su acción, o reducir su demanda originaria, o transar con el demandado; ellas determinan los hechos controvertidos, restringiendo, así, el ámbito de la investigación y del juzgamiento; sobre ellas recae la carga probatoria, que se reparte según sus respectivas afirmaciones²⁰.

En cambio, en el proceso penal ocurre todo lo contrario *-excepto en los casos de acciones privadas donde el ofendido puede desistir de la acción o perdonar (C. P. arts. 59 inc. 4to. y 69)-*: aquí, el proceso tiende a la actuación de una norma de derecho público, de modo que la pretensión represiva pertenece al Estado en el sentido de que la hace valer un órgano público; es indisponible.

Los poderes de las partes son de la misma naturaleza formal que los correspondientes a los funcionarios públicos; *la voluntad de ellas (incluso, el imputado que confesara) no puede restringir el campo de la investigación ni puede aplicarse la teoría de la carga probatoria*; se trata de un asunto de derecho público²¹.

7) Unidad

Como la acción es autónoma respecto del derecho material, cuya realización se pretenda mediante el ejercicio de aquélla, no existen distintas acciones que correspondan a cada uno de los delitos del catálogo penal, sino una acción penal única tendiente a obtener la actividad jurisdiccional penal.

No empecen a esta idea, de tipo meramente académico, algunas expresiones legislativas que aparentan parcelar la función actora, asignando una acción distinta a cada delito. Donde la ley dice «*acción por calumnia e injuria*», etc. debe entenderse que se refiere a la acción penal encaminada a obtener un proceso en que se investigue un delito de calumnia o de injuria, etc.²²

8) Indivisibilidad

Por su parte, la regla de indivisibilidad hace referencia a los distintos partícipes de un mismo hecho, en el sentido de que la acción no puede ejercerse contra algunos y reservarse respecto de otros. En este sentido, podría decirse que la pretensión punitiva es objetiva, que parte del hecho para alcanzar todas las responsabilidades personales²³.

El principio de legalidad

A través del “principio de legalidad”, establecido en el Art. 71 del Código Penal, se establece que *el Estado debe perseguir de oficio todos los delitos ejerciendo la acción penal*. Por su parte, el Art. 5 del Código Procesal Penal de la Nación estatuye: *la acción penal pública se ejercerá por el ministerio fiscal, el que deberá iniciarla de oficio, siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley*. Finalmente, el Art. 65 de la norma procesal citada dispone: *el ministerio fiscal promoverá y ejercerá la acción penal en la forma establecida por la ley*.

Así, puede concluirse que del juego de estas normas surge que la acción penal es indisponible e irrevocable libremente por el fiscal, es decir, que no son admisibles criterios de oportunidad ni meramente discrecionales en la promoción y el ejercicio de la acción²⁴.

Ha señalado la Corte Suprema de Justicia, en el caso «Mario Sixto Gómez»²⁵, que «...la renuncia de la acción penal no aparece cuando no se acusa por considerarse que no existe delito o imputabilidad en el procesado, ni cuando se consiente la sentencia del juez o se desiste del recurso interpuesto por prestar conformidad con su solución... no se abdica de una facultad o se abandona un derecho, puesto que sin delito o sin autor responsable no hay acción penal viable...».

El principio de legalidad no tiene jerarquía constitucional; y, por esta razón, no hay objeción constitucional a la existencia de acción privada para ciertos delitos (Art. 73 C. P.) renunciables por su titular (Art. 59 inc. 4to. C. P.)²⁶.

Esta regla impera en el momento de la promoción y durante la prosecución de la acción penal:

a) *Necesidad de la promoción*. En el momento inicial, cuando la policía judicial

o el ministerio público llegan a conocer la existencia de un delito de acción pública promovible de oficio tienen el *deber de promoverla en la forma establecida por la ley sin detenerse por ningún criterio político*.

- b) *Irretractabilidad*. Una vez promovida la acción penal, su ejercicio no puede suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, salvo en los casos expresamente previstos por la ley.

En consecuencia, el Ministerio Público no puede transar con el imputado²⁷ ni renunciar a la acción penal, ni desistir de la instancia, como puede hacer un actor civil.²⁸ El Ministerio Público Fiscal ejerce un poder puramente formal (el de excitar la jurisdicción solicitando la actuación de la ley penal), lo que no incide sobre el contenido sustancial de la relación procesal, de modo que no puede evitar el pronunciamiento del juez, no puede «desapoderarlo» del conocimiento de lo ilícito penal²⁹.

Sobre este punto, debemos aclarar expresamente que la Constitución Nacional no se define por la legalidad ni por la disponibilidad de la acción. Se limita a poner condiciones al ejercicio del poder penal del Estado: «*nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...*». Pero en ningún lugar expresa que, cada vez que se realiza un hecho típico, antijurídico y culpable, se debe iniciar un proceso e imponerse una pena. Lo más que puede afirmarse en este plano es que los «delitos constitucionales» (venta de personas, concesión de poderes tiránicos o traición) no pueden ser objeto de disponibilidad por haber sido definido y ordenado su castigo por la Ley Suprema³⁰.

Como corolario, podemos afirmar que el principio de legalidad se emparenta 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). También está vinculado con el principio de oportunidad en la visión del delito como *conflicto* y con las teorías relativas sobre la pena (es útil para lograr fines -prevención general o especial-); y da paso, a la vez, a la idea de alternativas frente a la pena, con prioridad de la solución real -no sólo simbólica- del conflicto³¹.

Crisis del principio de legalidad

Hemos visto que los principios básicos sobre los que se apoya el sistema positivo argentino, esto es, la estatalización de la persecución penal y del procedimiento penal, en general, y la averiguación de la verdad histórica como meta del procedimiento generan una tensión, perceptible a simple vista, con aquellos referidos a la protección jurídica de la seguridad individual.

De allí que el procedimiento penal actual se debata entre dos intereses que, en principio, son contradictorios: por un lado, la razón de Estado, en forma de interés público por el descubrimiento de los hechos punibles y por la actuación de la coacción estatal; por el otro, el interés individual por librarse de la persecución y de

la pena. El procedimiento penal actual es, en realidad, un compromiso político entre ambos, cuya colisión está presente en las principales soluciones normativas del sistema³².

Dichos principios, tal como alegamos insistentemente, no provienen de reglas constitucionales, aunque, histórica y culturalmente, la ley fundamental los haya tenido en cuenta para establecer sus límites. Esto es, para regular las garantías de los individuos frente al poder penal del Estado, que ella supone.

Sin embargo, nada obsta a que el sistema penal adopte otro rumbo, promueva principios distintos que varíen el concepto establecido para nuestro derecho penal, o recurra a limitar los existentes fijando excepciones para las reglas que proclama³³.

Siguiendo este orden de ideas, cabe recordar que *Inquisición* es, en materia penal, el nombre del sistema que abre la brecha y produce su transformación cualitativa, la verdadera revolución política vinculada con la nueva forma de distribución del poder; es el nombre que identifica la concepción según la cual la actuación del Derecho penal es función del Estado. La transformación consiste, básicamente, en expropiar de los ciudadanos la reacción contra el ofensor, en mandar a ciertos órganos del Estado a proceder de oficio (*per inquisitionem*), sin esperar ni atender la voluntad de los individuos (*per accusationem*), y en instituir la pena y el Derecho penal, en general, como un poder del Estado –sin duda, el arma más vigorosa y fuerte– para el control social de los habitantes³⁴.

La transformación radical que significó la Inquisición consistió, precisamente, en transferir la facultad de perseguir penalmente, otrora en mano de los particulares, a la competencia estatal: el Estado decide y persigue con prescindencia de la voluntad de la víctima o de otra voluntad privada.

El sistema acusatorio, en cambio, se caracteriza por exigir que una decisión privada, excluida de la competencia de los órganos estatales, condicione la actuación de la ley y limite el marco lícito dentro del cual se decide su aplicación; esa voluntad privada no sólo se debe exteriorizar como denuncia del caso y de su autor o partícipe, sino, también, como actividad persecutoria hasta la decisión final; el defecto de esa actividad, en cualquiera de sus dos manifestaciones, genera la imposibilidad de actuar la ley penal.

El procedimiento sólo puede ser caracterizado como acusatorio si se lo mira desde el atalaya del acusador; desde la óptica del acusado, él no posee ningún poder para componer el conflicto a su manera³⁵.

Con un plan estrictamente axiológico y abstracto, la legalidad pura encierra una concepción de justicia absoluta –pues se tiene la ilusión de hacer justicia en todos los casos, aun en los más pequeños–³⁶.

Así, trayendo a colación la definición que sobre este concepto formula el maestro Cafferata Norez, se podría decir que “*el principio de legalidad determina que todo posible delito sea siempre investigado, juzgado y castigado*”³⁷.

Sin embargo, la realidad indica que existe una imposibilidad fáctica de cumplir con el principio de legalidad. Esto se traduce en una selección que, al no estar regulada por la ley, lleva a situaciones incompatibles con el logro de afianzar la justicia, señalado en el Preámbulo de la Ley Suprema³⁸.

De este modo, debemos aceptar de una buena vez que existen y han existido siempre criterios selectivos no institucionalizados que eliminan un sinnúmero de hechos delictuosos del sistema penal. Estos criterios selectivos informales tienen dos orígenes distintos: *a)* por un lado, la falta de información de los órganos estatales acerca de la comisión de gran cantidad de ilícitos (fenómeno conocido "*cifra negra*"); *b)* la selección que los mismos operadores del sistema penal realizan ante la imposibilidad práctica de perseguir todos los hechos punibles o de dedicar las mismas fuerzas a todos ellos³⁹.

Así, sostener a rajatabla el principio de legalidad implica únicamente que, en la práctica, queden ocultos los mecanismos informales de selección, que son aplicados diariamente por los tribunales y llevan el sistema por andariveles de incontabilidad jurídica y política. Precisamente, la selección funciona siempre, pero si no está institucionalizada, al no existir control alguno, opera en forma caótica, informal e irracional⁴⁰.

Por otra parte, tal como señala Maier⁴¹, los distintos caminos que hoy se buscan para simplificar, al menos parcialmente, el tratamiento de algunos casos penales no reconocen su razón de ser en el siniestro propósito de abandonar o tornar más flexible el Estado de Derecho y los principios que lo gobiernan, sino, antes bien, en verificaciones empíricas harto demostrativas de la imposibilidad práctica del sistema penal para abarcar todos los casos que existen.

El principio de oportunidad⁴²

En el punto anterior, hemos definido el principio de legalidad como aquella regla impuesta por el legislador ordinario para que todo posible delito sea siempre investigado, juzgado y castigado. Pues bien, el principio de oportunidad es su antítesis y, conforme señala Maier⁴³, motiva la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivos de utilidad social o razones político-criminales⁴⁴.

De acuerdo con lo expuesto, la oportunidad no aparece como la hecatombe de la acción penal pública. Perfectamente, puede coexistir la acción pública con el principio de oportunidad sin que, por ello, se vea vulnerada la potestad punitiva del Estado, o se menoscabe su obligación de velar por el bien común.

En principio, resulta necesario aclarar que se conocen dos sistemas de

instrumentación del principio de oportunidad: la *libre* y la *reglada*.

La *oportunidad libre* puede apreciarse en el derecho anglosajón. Parte de una premisa: el Fiscal sólo lleva a juicio aquello que puede «ganar», es decir, lograr una condena. Ello importa, por un lado, que si no existe tal posibilidad no hay acusación; y por otro, que para lograr la condena por un delito se permiten negociaciones que pueden llevar a la impunidad parcial de ese o de otros delitos cometidos.

En esta concepción amplia, de libre disponibilidad de la acción, su titular, que es el Fiscal, puede iniciarla o no; puede, una vez iniciada, desistirla; puede acordar con el acusado reducir los cargos y disminuir su pedido de pena en la medida en que éste acepte su responsabilidad en el hecho, o en uno menos importante; puede dar impunidad total o parcial por la comisión de un delito, cuando ella sea útil para el descubrimiento de otro más grave.

Hoy, se discute allá sobre cuál es el papel que tiene el órgano jurisdiccional frente al ejercicio libre del principio de oportunidad: es decir, si las posturas de la Fiscalía son vinculantes para el Tribunal o si éste puede revisarlas o rechazarlas. Esta discusión no está agotada, si bien se conocen algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de los E.E.U.U. en el primer sentido.

El otro sistema se conoce como *oportunidad reglada*. Es propia del derecho continental europeo. Significa que, sobre la base de la vigencia del principio de legalidad, se admiten excepciones por razones de oportunidad que se encuentran previstas en la legislación penal. Su aplicación, en el caso concreto, se realiza bajo la responsabilidad de funcionarios judiciales predeterminados, generalmente con el consentimiento del imputado -a veces, también, de la víctima-. Requiere control del órgano jurisdiccional (sobre si el caso es de los que la ley *autoriza* abstractamente a tratar con criterios de oportunidad; y sobre si amerita concretamente dicho tratamiento).

Esta modalidad es la que predomina en la doctrina y en la legislación argentina⁴⁵.

El principio de la verdad real

Tal como se expuso al principio de esta obra, tanto en el proceso penal como en el civil, se tiende a la averiguación de la verdad de los hechos, pero se diferencian en que el juez civil debe limitarse a verificar las proposiciones de las partes y a quedar satisfecho con la verdad aparente, formal o convencional; mientras que el ministerio público y el juez penal tienen el deber de investigar la verdad real, objetiva, sustancial de los hechos sometidos a proceso, para dar base cierta de justicia, no obstante la confesión del imputado⁴⁶.

Verdad real y verdad formal no son en realidad significados que apunten a conceptos diferentes de lo que por «verdad» se entiende. La diferencia se encuentra en las formas con las que los diferentes procedimientos judiciales buscan la investigación. El derecho procesal penal objetiviza más la averiguación de la verdad

que otras regulaciones procesales por la trascendencia que él tiene al interés público (estatal)⁴⁷.

Es ese principio de investigación integral lo que justifica las atribuciones del juez para obtener en el proceso elementos de convicción que considere pertinentes y relevantes para llegar a la verdad de los hechos sin más limitaciones que las contempladas en la ley y las derivadas del principio de congruencia⁴⁸.

La naturaleza pública del poder represivo excluye límites artificiales que se basen en actos u omisiones de las partes. Por ello, el interés del Estado en una justa actuación de la ley consagra la necesidad de un sistema que asegure el imperio de la verdad, incluso, en contra de la voluntad de los particulares interesados⁴⁹.

En síntesis, la meta hasta hoy reconocida para el procedimiento penal es el hallazgo de la verdad, "correspondencia" (histórica objetiva) como base de la "justicia penal". Como método alternativo, que modifica parcialmente el fin señalado, está aquel que busca la llamada "verdad consensual" como forma de solución del conflicto y como meta a alcanzar, en el ámbito de su reconocimiento legal, por el procedimiento penal⁵⁰.

El principal elemento que caracteriza un sistema inquisitivo es la disposición estatal del conflicto que da lugar a la persecución penal o, en otras palabras, la persecución pública de los hechos punibles. También, se afirma que, ligado al principio de la persecución pública, funciona la verdad histórica como método de procedimiento. El principio opuesto, el ámbito de la composición, implica la participación de las personas involucradas en el conflicto y, además, el consenso como uno de los métodos posibles para arribar a una solución⁵¹.

Con ello, se da paso, entonces, a los mecanismos de composición que dejan de lado la necesidad de investigar la verdad histórica y que, a la vez, son utilizados por las personas protagonistas del caso y no por el Estado⁵².

Y con ello, lo que se quiere lograr es justamente un desenlace que conforme a los sujetos en conflicto, ya que se parte de la base de que *"lo que las partes quieren es una solución que armonice sus dificultades, no necesariamente una sentencia que cristalice sus discordias"*.⁵³ A ello, debe sumársele el necesario componente de prevención general como intento del orden jurídico de colocar un contramotivo para la decisión de delinquir, que se agota en la amenaza de la sanción o como forma de mantener vigentes ciertos valores jurídicos sociales.

La admisión de soluciones consensuales trae aparejado un apartamiento del principio de indisponibilidad de la acción penal que, como se vio, es otra derivación del de oficialidad. En nuestro medio, el principal escollo para esta clase de respuesta finca en la prohibición establecida por el art. 842 del C. C. para transar *"...la acción para acusar y pedir el castigo de los delitos, sea por la parte ofendida, sea por el Ministerio Público"*⁵⁴.

La respuesta de este cuestionamiento surge de la idea constitucional del bien

común. Es que, desechada la incompatibilidad constitucional de los institutos que receptan formas consensuales de resolución del conflicto penal y verificada empíricamente la imposibilidad de dar respuesta jurisdiccional del modo tradicional (aplicación de pena) a todos los delitos cometidos, se impone, en procura del bien común, la aplicación de criterios selectivos para determinar racionalmente cuáles de las conductas producidas resultan merecedoras de pena. Y los mecanismos de justicia compositiva permiten –al descongestionar el sistema de administración de justicia– que, precisamente, tales conductas lleguen a sentencia, a la par que brindan debida respuesta jurisdiccional para el conflicto social suscitado por los hechos criminosos a los que se aplican⁵⁵.

En la actualidad existe una corriente de pensamiento –compartida por Cafferata Nores–, según la cual, el derecho penal debe tutelar aquellos intereses generales (los «bienes jurídicos»), pero, también, debe tutelar los intereses concretos de la víctima, y en condiciones de igualdad, ya que el delito no es sólo una lesión a un bien abstractamente protegido como tal por la ley penal («la propiedad»), sino que es, también, una lesión al derecho concreto del ofendido («su» propiedad)⁵⁶.

Para este autor, el concepto de acción (o de persecución) penal pública debe ser revisado para controlar también que sus fines no se «independicen» de los del conjunto de los ciudadanos, o se desentiendan totalmente de la víctima.

Y si el interés concreto de la víctima tiene un lugar dentro de la noción de «interés general», y si la lesión o su derecho es tan protegible penalmente como el «bien jurídico», también se abrirá la puerta a la idea de que el M. P. Fiscal pueda ser –en ciertos casos– un agente de respuestas no punitivas frente al delito. Así será cuando estas respuestas representen para la víctima una mejor alternativa de solución (pacificación) real del conflicto y así lo autorice la ley penal (v. gr., la suspensión del juicio a prueba); e, inclusive, se admitirá la idea de que la voluntad de la víctima, en este sentido, pueda hacer cesar la intervención persecutoria del M.P.Fiscal, aun con prescindencia de su opinión contraria (v. gr., aceptar que la reparación extinga la acción penal)⁵⁷.

El resultado de toda esta moderna legislación debería ser el de mejorar, no sólo la calidad, sino también los resultados de la persecución penal, pues, para ello, es que procura reforzar las atribuciones jurídicas y optimizar la organización y funcionamiento práctico del M. P. Fiscal. Porque, en la mayor fortaleza de éste, y no en la usurpación de sus funciones por los tribunales ni en la vulneración de la defensa del imputado, es por donde debe buscarse la necesaria eficacia de la persecución penal⁵⁸. Esto no significa, por cierto, darle atribuciones jurisdiccionales, como hace incorrectamente el Código Procesal Penal de Córdoba que lo autoriza a dictar la prisión preventiva del imputado, art. 336.

Para concluir este sucinto análisis del principio de oportunidad, resulta interesante traer a colación el proyecto de reforma del Código Penal elaborado por el Ministerio

de Justicia de la Nación recientemente.⁵⁹ En su Art. 39, introduce el principio de oportunidad incorporándolo como nuevo Art. 74 del C. P.⁶⁰.

En la exposición de motivos, se destacó que la política criminal del Estado es un área más de los programas que deben estar orientados por el Poder Ejecutivo y no por el Legislativo. Por otra parte, se criticó el principio de legalidad procesal desde un punto de vista pragmático: *«La creencia de que resulta posible la persecución penal igualitaria, y en todos los casos, es hoy en día insostenible: los recursos que permiten la aplicación de la política criminal del Estado, lejos de ser ilimitados, son, más bien, escasos e insuficientes para absorber todos los casos que se presentan ante el sistema penal. Cualquier investigación sobre la «cifra negra» resulta bastante elocuente: en primer lugar, el sistema penal se ocupa de un ínfimo número de hechos punibles; y, de los que se ocupa, sólo en muy pocos casos termina con la imposición de la pena. En consecuencia, frente a esta críticas, se impone la necesidad de la aplicación de criterios formales de oportunidad. Según esto, cuando se toma conocimiento de la comisión de un hecho posiblemente punible, la persecución penal puede no iniciarse o suspenderse por diversas razones; la aplicación de criterios de oportunidad pretende, en fin, racionalizar el sistema de selección que hoy en día, de manera informal y a veces arbitraria, aplica el sistema de justicia penal vigente. De los dos modelos existentes en el derecho comparado, se ha optado por adoptarlo como una excepción al principio de legalidad, en lugar de hacerlo como regla, tal como lo es, por ejemplo, en los Estados Unidos de América. La diferencia fundamental entre ambos modelos consiste en que, en el propuesto, los poderes discrecionales del ministerio público fiscal se circunscriben a la posibilidad de renunciar a la persecución penal sin promover la acción correspondiente o desistir de su ejercicio, cuando le es permitido, si ya hubiera sido promovida».*

Carácter penal o procesal de la acción⁶¹

Sostienen los doctrinarios penalistas que, dada nuestra forma de organización política, según la cual, la facultad de dictar el Código Penal corresponde al Congreso, sólo éste tiene la autoridad para fijar la extensión, duración y alcance de las penas, de manera que la normativa de fondo debe contener, necesariamente, disposiciones que, en apariencia, presentan naturaleza procesal, pero que, en realidad, son de derecho sustantivo⁶².

Así, si bien las leyes procesales pueden reglamentar formalmente ese acto, les está prohibido alterar su sustancia y virtualidad mediante exigencias reglamentarias, de manera que no se acepte como instancia lo que lo es para el Código Penal. La prevalencia de las normas materiales reguladoras de la instancia se produce, incluso, respecto de los principios incluidos en las constituciones locales que no corresponden al ámbito de los poderes conservados⁶³.

Este sector dogmático disiente con aquellos, según los cuales, puede dejarse en manos de los códigos procesales lo relativo a la regulación del ejercicio y determinación de los diversos tipos de acciones.

Señalan, al respecto, que, si les fuera dado a las provincias legislar sobre esta materia, quedaría comprometida la unidad nacional de la legislación de fondo, al menos en aquellos países que siguen un modelo constitucional similar al nuestro.

De este modo, entienden que basta comprender que las legislaturas locales, al disponer qué acciones están reservadas a la acción del ofendido, estarían señalando -con ello- la posibilidad de la *renuncia o perdón* del agraviado, lo cual podría tener lugar de manera diversa en una u otra jurisdicción, y ello atentaría contra la uniformidad de la política criminal del Código Penal⁶⁴.

Concluyen afirmando que, por encima del Código Procesal Penal, la ley penal de fondo bajo lo que doctrinariamente se rotula «*normas procesales sustanciales*» incorpora en su letra todo lo que se refiere al ejercicio de las acciones y a su extinción (arts. 71/76 y 59/70 respectivamente del C. P.)⁶⁵.

Así, no obstante su rótulo, no se trata de materia sustancial, pero es necesaria su inclusión en la letra de la ley nacional a fin de extender uniformemente su vigencia a todo el país para evitar que las regulaciones procesales múltiples provinciales pudieran, por inadvertencia o detalle regulatorio, desnaturalizar la función penal⁶⁶.

Posibilidad de que la acción sea regulada por las provincias

De acuerdo con el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, entre las atribuciones del Congreso, figura la de «*dictar los códigos civil, comercial, penal, de minería, y del trabajo y seguridad social, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones*», disposición que debe ser concordada con la del 121 del mismo cuerpo legal: «*las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se haya reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación*».

Estas disposiciones han sido interpretadas, generalmente, en el sentido de que las provincias, apartándose del modelo norteamericano, habían delegado en el gobierno central la facultad de legislar en materia de fondo, pero reservándose el derecho de hacerlo en materia procesal⁶⁷.

Para algunos, el derecho de reglamentar el proceso, así como el de estructurar el órgano jurisdiccional -que es facultad privativa de la provincias- no es absoluto, ya que nace con todas las limitaciones que le impone el Congreso en el articulado de los códigos, de modo que este puede incluir en la legislación de fondo todo lo que sea preciso para asegurar la estructura y funcionamiento esencial de las instituciones creadas por los Códigos de la Nación, aun dentro del orden procesal, puesto que

quien puede legislar sobre la función principal puede hacerlo también respecto de la accesoria⁶⁸.

Sin embargo, se ha sostenido, como tesis general, que la Constitución ha otorgado al Congreso la facultad de dictar los códigos de fondo, pero los de carácter procesal, destinados a poner en movimiento las acciones, han quedado reservados a las provincias, porque ellas, como preexistentes al Estado Nacional, han delegado en este, restrictivamente, parte de su soberanía, en tanto y en cuanto admiten su injerencia en situaciones de excepción, pero conservando para sí todos los poderes que les son inherentes y que no hayan sido delegados expresa o implícitamente. En consecuencia, una facultad privativa de ellas no puede ser restringida, en manera alguna, por el Congreso, que no puede ampliar por vía de interpretación los poderes que le han sido atribuidos.

Así, de las cláusulas constitucionales que establecen la respectiva esfera de acción, se deduce que no todas las leyes de la Nación, por el simple hecho de serlo, tendrán supremacía sobre las constituciones o leyes de provincias. Solo la tendrán si han sido dictadas conforme a la Constitución, es decir, en virtud de los poderes o facultades, expresa o implícitamente, otorgados por aquellas al Gobierno Federal. Si la ley nacional excede esos poderes o facultades, privará la legislación provincial, es decir, en definitiva, prevalecerá la Constitución Nacional porque si una ley nacional no es constitucional y se enfrenta con una provincial que sí lo es tendrá preeminencia la segunda.

De acuerdo con esta corriente, entonces, la organización de los procedimientos es de estricta incumbencia de las autoridades provinciales. Así como el Congreso no puede desglosar instituciones atinentes al derecho de fondo para cambiar su calificación, tampoco puede incorporar instituciones procesales en la legislación de fondo, conclusión a la que no obsta la supremacía de las leyes nacionales. Las provincias tienen facultad de dictar cuantos reglamentos estimen pertinentes para la mejor defensa de los derechos que la ley sustantiva reconoce, al tiempo que la organización de los procedimientos está preservada, incluso, de la intervención federal⁶⁹.

Crítico de esta posición, Bartoloni Ferro⁷⁰ sostiene que dichas disposiciones provinciales son inconstitucionales, ya que tergiversan las disposiciones establecidas en el art. 71 del C. P. dictado por el Congreso Nacional para todo el país, conforme al inciso 11 del art. 67 (actual inciso 12 del art. 75 de la Constitución de la Nación Argentina), normas que las provincias no pueden modificar, alterar o dejar sin efecto. De este modo, permitir el ejercicio de la acción penal pública a unos u otros particulares, o a todos los habitantes del país, en unas partes y en otras no; excluir en unas provincias, y en otras no, el ejercicio de esa acción y, al respecto, dar en unas provincias facultades que se niegan en otras, son todas prácticas que alteran –sostiene el autor aludido– la esencia misma de la acción pública penal que

otras condiciones que, de igual modo, escapan de las facultades de las provincias. Así ocurre con las circunstancias que suspenden o interrumpen el curso de los plazos, y respecto de los cuales, sólo el Congreso hállese autorizado para establecer». Finalmente, en 1958, Sebastián Soler, al dictaminar como Procurador General de la Nación, expuso la tesis contraria⁷⁵.

Sostuvo la legitimidad de las prescripciones que imponían al querellante, por delitos de acción privada, la obligatoriedad de instar el procedimiento dentro de plazos determinados. Fundó tal razonamiento en las particularidades del proceso penal, que otorgan al procesado el derecho de obtener una rápida solución del caso. Dejarlo a merced de la voluntad del acusador particular, quien, de cuando en cuando, y dentro del lapso de la prescripción debía instar la marcha del proceso, significaba la posibilidad de mantener a una persona bajo proceso durante toda su vida. En cuanto a la opinión que negaba la legitimidad de las normas provinciales porque modificaban los plazos de prescripción previstos en el C. P., contestó que esa objeción *«carece de fundamento sólido porque reposa sobre un equívoco, equívoco que proviene de no haber reparado en que la atribución de las legislaturas locales para legislar sobre el agotamiento de la acción penal, cuando ella ya ha sido ejercida, es tan válida desde el punto de vista de lo dispuesto en el art. 67 inc. 11 de la Constitución Nacional, como la atribución del Congreso para legislar sobre las causas que pueden motivar la extinción de la pretensión punitiva (art. 59 del C. P. El término fijado por la norma cordobesa que imponía al querellante instar la acción solo funciona una vez que se inició el juicio, «es decir, cuando querellante y acusado se han convertido ya en sujetos de una relación procesal, cuya duración no tiene en absoluto por qué quedar subordinada a lo que en materia de prescripción de la pretensión punitiva pueda haber establecido el C. P., desde que todo lo relativo a la regulación del procedimiento es del exclusivo resorte de la provincias».*

Quienes se opusieron a dicha postura sostuvieron que, para que se produzca la extinción de la acción penal, según lo establece el Código Penal, debe existir la *renuncia* del agraviado o deben haber transcurrido dos años sin interrupciones o suspensiones. Y esto no puede operar por el mero transcurso de un plazo procesal y el silencio del titular del derecho. De este modo, renunciar no es igual a no instar. Señalaron que el fin de Soler era loable, pero la interpretación de la ley procesal era forzada, ya que el legislador procesal no puede hacer Derecho de fondo. Si quería evitar las consecuencias a que pudiera dar lugar este tipo de situaciones, bien pudo crear un procedimiento distinto para los delitos de acción privada, y hasta declarar inoperantes como secuela de juicio o actos interruptivos a los sucesivos actos procesales de que pudiera valerse el querellante. Pero no puede decir que hay renuncia cuando sólo hay silencio. La consecuencia (extinción de la acción penal, es decir, del derecho) que impuso la carga procesal de instar la acción, pone de

manifiesto que incursionó en un terreno que no le corresponde. Si se ven así las cosas, en nada modifica la situación que la acción penal haya sido iniciada o no, porque la renuncia de un derecho puede operar antes o durante la sustanciación de un proceso⁷⁶.

Sin embargo, no puede pasarse por alto que un régimen federal genera la legitimidad de la diversidad en la instrumentación de ciertos institutos. Por ejemplo, no es inconstitucional que el régimen de excarcelaciones varíe entre las provincias, o entre la Nación y una provincia, aunque siempre deberán darse soluciones legales razonables⁷⁷.

En este orden de ideas, es por demás sabido que el encarcelamiento preventivo y su cese son institutos de corte netamente procesal, y esta materia, en consecuencia, se halla reservada por las provincias al no haber sido delegada en la Nación (arts. 121 y 126 de la Constitución nacional)⁷⁸.

Los regímenes federales y las facultades no atribuidas a la Federación fueron expresamente contemplados en el Pacto de San José de Costa Rica, pues en su art. 28, bajo la denominación “cláusula federal”, dispone que los Estados partes, que están constituidos como Estados federales, deberán cumplir lo normado por la Convención en las materias sobre las que ejercen jurisdicción legislativa y judicial. Señala, además, –y he aquí lo más importante– que, “con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención”. Asimismo, en el art. 2 dispone: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, según sus procedimientos constitucionales y las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. En consecuencia, lo que mandan las citadas normas del “Pacto” es determinar si, a la luz de nuestra organización federal, el medio es, o no, constitucionalmente válido como imposición a las provincias⁷⁹.

Más allá de lo expuesto, esta cuestión también volvió al debatirse las leyes de *hábeas corpus* (N° 24.098) y de *limitación del encarcelamiento preventivo*, más conocida como “*ley del 2 x 1*” (N° 24.390).

En ambas, se cuestionó el alcance nacional de su aplicación; se remedió la cuestión al establecerse un plexo de “reglas mínimas de garantía” para todo el país, debajo del cual no se puede regular localmente de manera más gravosa en contra de sus beneficiarios. Sin embargo, se permite a las legislaturas locales reglamentar en sentido inverso, es decir, aumentando las garantías en su favor dentro del ámbito de

manifiesto que incursionó en un terreno que no le corresponde. Si se ven así las cosas, en nada modifica la situación que la acción penal haya sido iniciada o no, porque la renuncia de un derecho puede operar antes o durante la sustanciación de un proceso⁷⁶.

Sin embargo, no puede pasarse por alto que un régimen federal genera la legitimidad de la diversidad en la instrumentación de ciertos institutos. Por ejemplo, no es inconstitucional que el régimen de excarcelaciones varíe entre las provincias, o entre la Nación y una provincia, aunque siempre deberán darse soluciones legales razonables⁷⁷.

En este orden de ideas, es por demás sabido que el encarcelamiento preventivo y su cese son institutos de corte netamente procesal, y esta materia, en consecuencia, se halla reservada por las provincias al no haber sido delegada en la Nación (arts. 121 y 126 de la Constitución nacional)⁷⁸.

Los regímenes federales y las facultades no atribuidas a la Federación fueron expresamente contemplados en el Pacto de San José de Costa Rica, pues en su art. 28, bajo la denominación "cláusula federal", dispone que los Estados partes, que están constituidos como Estados federales, deberán cumplir lo normado por la Convención en las materias sobre las que ejercen jurisdicción legislativa y judicial. Señala, además, —y he aquí lo más importante— que, "con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención". Asimismo, en el art. 2 dispone: "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, según sus procedimientos constitucionales y las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades". En consecuencia, lo que mandan las citadas normas del "Pacto" es determinar si, a la luz de nuestra organización federal, el medio es, o no, constitucionalmente válido como imposición a las provincias⁷⁹.

Más allá de lo expuesto, esta cuestión también volvió al debatirse las leyes de *hábeas corpus* (N° 24.098) y de *limitación del encarcelamiento preventivo*, más conocida como "*ley del 2 x 1*" (N° 24.390).

En ambas, se cuestionó el alcance nacional de su aplicación; se remedió la cuestión al establecerse un plexo de "reglas mínimas de garantía" para todo el país, debajo del cual no se puede regular localmente de manera más gravosa en contra de sus beneficiarios. Sin embargo, se permite a las legislaturas locales reglamentar en sentido inverso, es decir, aumentando las garantías en su favor dentro del ámbito de

la jurisdicción local⁸⁰.

Sin embargo, también esta solución fue criticada por la doctrina⁸¹, lo que suscitó, por otra parte, un interesante debate parlamentario en el Senado de la Nación en oportunidad de tratarse la ley de hábeas corpus. En esa ocasión, el senador Eduardo Menem afirmó: "Considero que este es un avance de la legislación nacional sobre la provincial que constituye un menoscabo de las facultades constitucionales de las provincias y, también, una mengua del federalismo, que todos los días nos encargamos de proclamar, pero que, a veces, también desvirtuamos con medidas de esta naturaleza". Dicha observación fue rebatida por el autor del proyecto, senador Fernando de la Rúa. Señaló que "es oportuna la distinción de que lo procesal corresponde exclusivamente a las provincias, pero lo que es reglamentario de las garantías para precisar el alcance y uniformar en el país el modo de aplicarlas en cuanto a la plenitud de su vigencia, esto es nacional...". Impugnó, entonces, Menem tal razonamiento señalando: "Creo que el hábeas corpus, que es el ejercicio de una garantía, es un instituto (...) de carácter esencialmente procesal y, como tal, está reservado a las provincias. Hay otras garantías en la Constitución, por ejemplo, la del debido proceso, y a nadie se le ha ocurrido sancionar aquí un código procesal para todas las provincias. La garantía del debido proceso está regulada a través de los códigos de procedimientos provinciales porque es una cuestión procesal. Entonces, estimo que en el hábeas corpus ocurre lo mismo; se trata de una garantía constitucional, pero el procedimiento queda reservado a las provincias"⁸².

Sentado ello, la Corte Suprema también sostuvo que la libertad de criterio de los jueces y la existencia de múltiples jurisdicciones habilita que una misma norma de derecho común (p. ej., el Código Civil) tenga interpretaciones diversas en diferentes lugares del país⁸³.

Cabe señalar que el Máximo Tribunal entiende que ello no lesiona la garantía constitucional de la igualdad, lo que resulta discutible para cierta parte de la doctrina⁸⁴. Considera esta que, en verdad, hay vulneración de la igualdad, pero que esta debe ceder ante la prevalencia del principio federal de gobierno (art. 1º, C. N.), aunque tampoco esa desigualdad justificaría el dictado de fallos contrarios a la Constitución, ya que entonces el pleito puede ser remontado a la Corte Suprema mediante el recurso extraordinario federal.

Dicho remedio es el que, precisamente, opera en los regímenes federales para garantizar el estándar de igualdad entre los individuos.

Colofón

En principio, y tal como ha quedado reflejado a lo largo de esta ponencia, la cuestión aquí tratada presenta varios escollos de compleja solución, por lo que aún no se encuentra cerrada. La constante regulación de leyes penales y procesales, indefectiblemente, trae aparejado dicho dilema, y resulta difícil tomar posición en

uno u otro sentido.

Sirva como ejemplo de este particular embrollo normativo, el hecho de que tanto la suspensión de juicio a prueba *-probation-* regulada en los artículos 76 bis, 76 ter. y 76 cuater. del Código Penal, así como el denominado "*juicio abreviado*", previsto en los distintos compendios procesales locales, incorporan el principio de oportunidad que inevitablemente opera sobre el régimen de la acción. Nótese, en este sentido, que con la puesta en práctica de estos dos institutos no se respetó el criterio de legalidad establecido por el legislador ordinario en el artículo 71 del Código Penal ni, tampoco, se efectuó una sistematización lógica de ambos institutos en un mismo cuerpo normativo.

Más allá de lo expuesto, y como punto de partida de este epílogo, debemos aclarar que creemos auspiciosa la postura, según la cual, los institutos de corte procesal deben estar regulados por las provincias, ya que resultan una facultad no delegada por ellas en la Nación.

En este sentido, no encontramos impedimento alguno para que cada estado provincial determine su propio régimen de acción y extinción de la acción penal, siempre y cuando su legislación se sujete a los principios rectores emanados de los artículos 5 y 121 de la carta magna y no se vulneren derechos y garantías protegidos por dicha norma fundamental y los Pactos Internacionales equiparados a ella.

Ello así, ya que cada provincia, de acuerdo con sus necesidades, las condiciones de su territorio, la distribución de su población, el reparto de las riquezas y otras circunstancias de tiempo y ambiente, puede elegir la forma que estime más adecuada para regular su propia política criminal interna. Necesariamente, esta no podrá apartarse de la normativa sustancial dictada por el Congreso de la Nación, pero deberá poner énfasis en aquellas conductas disvaliosas que se susciten en su territorio, como así también establecer un régimen de excepciones en aquellas que pudieran llegar a ser consensuadas.

Sobre el particular, y a nuestro criterio, ello no vulneraría el derecho de igualdad de los habitantes previsto por la Carta Magna, ya que es el propio régimen federal el que, a través de sus órganos jurisdiccionales, será el encargado de garantizar dicho principio, para evitar, así, posibles excesos irracionales que se contradigan con la norma fundamental.

A lo expuesto, debe aunársele la necesaria creación de convenios especiales que pudieran celebrar las provincias para ponerse de acuerdo sobre textos determinados.

Sin perjuicio de lo expuesto, sabemos que dicha mutación del actual sistema de ejercicio de la acción acarrearía la crítica de la mayor parte de la doctrina que, hoy en día, está persuadida de que dicha cuestión, si bien es de naturaleza procesal, contiene ingredientes de carácter sustanciales que implican su regulación a través del legislador nacional.

Con esta perspectiva, y tal como ha quedado plasmado precedentemente, entendemos que el actual régimen resulta vetusto para afrontar la realidad socio-económica actual, por lo que, ineludiblemente, debe ser mutado o, por lo menos, morigerado.

Así, indefectiblemente, nos encontramos ante la necesidad imperiosa de pasar del actual sistema de estricta legalidad a otro de oportunidad reglada que logrará insertarse con más simplicidad en nuestro sistema jurídico, a la vez que evitará, así, el rechazo de los operadores judiciales.

Las excepciones que se admitan al principio de legalidad, tal como señala Cafferata Nores⁸⁵, deben ubicarse no en el inicio de la acción penal, lo que soslaya su promoción, sino en el momento posterior del ejercicio, para hacerlo cesar. Solo así se logrará la explicitación pública de sus fines y su transparencia de adopción.

Previamente, y tal como señala Cafferata Nores, *“además de las necesarias reformas legislativas, desde lo operativo habrá que realizar un prolijo inventario de todos los recursos humanos y materiales afectados a la persecución penal del Estado y luego redistribuirlos con un criterio más racional de modo que su mayor concentración se destine a aquellos delitos cuya investigación, juzgamiento y castigo sea más importante por su gravedad, por la forma organizada de su comisión, por la función pública que desempeñe el autor, por la peligrosidad evidenciada por éste, etc. El resto se asignará a aquellos delitos que son de mediana o mínima gravedad, los que podrán ser tratados mediante alternativas a la pena nacidas a la luz de criterios de oportunidad que favorezcan la «resocialización» (efecto de prevención especial del agente concebida como probabilidad de que éste no vuelva a incurrir en el campo del derecho penal) teniendo prevalentemente en cuenta los intereses de la víctima, cuya reparación (que tiene efecto de prevención general, según importantes autores de hoy) puede considerarse no ya una simple cuestión civil, sino el tercer fin del Derecho penal, al lado de la pena y las medidas de seguridad.”*⁸⁶

En definitiva, la adopción de criterios de oportunidad en la forma reglada y la descentralización en la regulación del régimen de la acción penal, permitirán sin duda, mayor eficiencia en la represión del delito. A la par, posibilitarán elevar o mejorar la calidad de la resolución de los conflictos que los delitos presuponen, con especial atención a las realidades y necesidades de cada provincia.

No se trata aquí de establecer un sistema que tire por la borda aquellos conflictos que, a criterio de los órganos públicos, puedan resultar menores. Lo que resulte nimio para el orden penal, tal vez, -y muy probablemente- constituya un significativo trance para la víctima, que tiene el derecho de obtener una respuesta a sus reclamos. Se pretende, en cambio, redoblar el esfuerzo en aquellos casos que ameriten la puesta en marcha del aparato represivo estatal de acuerdo con pautas claras y concisas prefijadas por el legislador local. Aquellos otros, cuyo desenlace no resulte

inexcusablemente en la aplicación de una pena privativa de libertad, serán derivados a organismos de mediación y conciliación, públicos o privados, que apronten una solución al conflicto. Necesariamente, esta deberá procurar la reparación del daño sufrido, siempre y cuando ello fuere posible, o bien alcanzar medios de consenso entre víctima y victimario que, justamente, posibiliten sanear sus discrepancias. Y esto, sin duda, aunque pueda resultar opinable, se evidencia como plausible.

Notas

- 1 VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*, Córdoba, T. II, Marcos Lerner Editora Córdoba, año 1986, T. II, pág. 16 y ss.
- 2 VÉLEZ MARICONDE, ob. cit., págs. 16 y ss. y GARCÍA, Ana María. «Los límites a la persecución penal pública», *Cuaderno de Doctrina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*. Fascículo N° 2.
- 3 PALAZZO, Francesco. *Política Criminal y Derecho Penal*, Universidad de Florencia, Italia, inédito.
- 4 “El derecho de la tutela judicial efectiva comporta que no se obstaculice el acceso al proceso. La acción es, ante todo, el derecho de promover la actividad jurisdiccional. El primer contenido del derecho de obtener la tutela efectiva de los jueces es el derecho de la jurisdicción que se concreta en el derecho de ser parte en un proceso y poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque sobre las pretensiones deducidas. Por ello, es claro que el rechazo de la acción basado en una interpretación restrictiva de las condiciones establecidas para su ejercicio comporta la vulneración del derecho reconocido en el art. 24. 1 de la C. E. La tutela jurisdiccional en materia penal incluye el ejercicio de la acción penal por las personas privadas” (S. T. C., 34/1994, del 31 de enero. En igual sentido, S. T. C., 3/1984, 115/1984 y 123/1986).
- 5 BARTOLONI FERRO, Abraham *El proceso penal y los actos jurídicos procesales penales: Acción, jurisdicción, proceso*. Tomo I, Ediciones Castellvi, Año 1944, págs. 9 y ss. Del mismo autor, «Unidad de la acción». *Revista «Derecho procesal»*, T I, págs. 334 y ss.
- 6 BARTOLONI FERRO, Ob. cit. pág. 10.
- 7 FLORIÁN, Eugenio. *Principii di diritto prossesuale penale*, pág. 31. La posición, según la cual, el juez penal no se ve limitado en su conocimiento del caso, ya que las partes no pueden circunscribir el objeto del proceso, se ve hoy desvirtuada en aquellas hipótesis donde el Estado condiciona excepcionalmente la pretensión represiva a una manifestación de voluntad privada (acción dependiente de instancia privada) o en los casos donde el legislador privilegió el interés de la persona ofendida por el delito en la decisión acerca de su persecución y castigo (acción privada). A modo de ejemplo, en el primero de la casos, si una persona denuncia un robo y una violación, pero no insta la acción respecto de este

último ilícito, el órgano jurisdiccional no podrá avocarse a su pesquisa. En el caso de la acción privada, el querellante tiene la potestad de determinar qué actos perseguir, como asimismo a quién perseguir. Siguiendo esta línea de razonamiento, nótese que el artículo 195 del C.P.P.N. prescribe que “La instrucción será iniciada en virtud de un requerimiento fiscal, o de una prevención o información policial, según lo dispuesto en los artículos 188 y 186, respectivamente, *y se limitará a los hechos requeridos en tales actos*”. Ello implica que la materia de la instrucción queda limitada solo a los hechos narrados en la requisitoria fiscal o el sumario policial, limitación que, debemos aclarar, no rige en cuanto a las personas, ya que el juez, circunscribiéndose a los hechos, puede incluir a cualquier persona, aun cuando no esté sindicada por el fiscal o la policía como imputada, si surge de la pesquisa efectuada. Tal como señalan Donna y Maiza (“Código Procesal Penal y disposiciones complementarias, comentado, anotado y concordado”, Editorial Astrea, año 1994, pág. 225) “*La norma es tan rígida que si, en el transcurso de la investigación, el juez toma conocimiento de otro hecho delictivo no podrá investigar y deberá remitirlo al fiscal de acuerdo con el artículo 180*”. Finalmente, el artículo 445 del C.P.P.N. establece el límite de la jurisdicción del tribunal de alzada, que queda circunscripto sólo a los puntos a que ha hecho referencia el recurrente al expresar los motivos, atento a que la jurisdicción deriva precisamente del acto de interposición del recurso.

- 8 FLORIÁN, *Principii...*, Ob. Cit., pág. 120.
- 9 La acción no es más que el momento dinámico de una pretensión punitiva, preexistente y estática, que desencadena la comisión de un hecho. Producido este, la amenaza genérica de una pena se pone en relación con un sujeto determinado por medio de la actividad de una serie de órganos para producir, en los hechos, la consecuencia amenazada, esto es, la pena. (SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo II, Tipográfica Editora Argentina, Año 1970, pág. 439).
- 10 LONGHI, en *Commento al Codice di Procedura Penale*, Tomo IV, pág. 6.
- 11 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tº V, Ed. Ediar, año 1988, págs. 62/64. No compartimos la tesitura de tal destacado tratadista, quien comparte su posición con Núñez y De la Rúa, ya que, como se explicará más adelante, la Constitución Nacional en ningún momento se define por la legalidad o la oportunidad. La aplicación de uno u otro sistema resulta, así, una exclusiva decisión de política criminal de competencia de los órganos ejecutivos formalizada por el legislador ordinario.
- 12 ZAFFARONI, ob. cit. pág. 68/69.
- 13 VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. «Derecho Procesal Penal» T II, 3a. edición, 2da. reimpresión. Marcos Lerner Editora. Córdoba, 1986, pág. 175.

- 14 La acción pública, ejercitable de oficio, se caracteriza por la nota de oficiosidad u oficialidad que exige el inicio y posterior impulso oficioso de la acción con total prescindencia de la voluntad del agraviado por el delito. Se consolida a través de los principios de legalidad procesal, indivisibilidad e irretractabilidad. La acción pública dependiente de instancia privada, aunque condiciona el inicio del acto a la instancia del agraviado, presenta, en lo demás, los mismos caracteres que la anterior, en tanto que en la acción privada el inicio y el impulso posterior de la acción están reservados al agraviado. No operan en ella, por lo tanto, ninguno de los principios que precedentemente enumeramos. (C. Penal Santa Fe, Sala I, 11/3/82, «Carreras Eduardo», «J. A.», 1983-II-295).
- 15 Según a quiénes las leyes atribuyan la titularidad de la acción penal, se pueden reconocer tres sistemas distintos: el de *oficialidad*, el de *disponibilidad*, y el *mixto*. El de oficialidad consiste en la atribución de la función de acción penal a un organismo oficial, lo que, en cualquier caso, representa una manifestación del *principio inquisitivo*, caracterizado por la concentración de funciones procesales en una misma mano: la función jurisdiccional y la función actora, están concentradas en manos del Estado. A su vez, dicho sistema presenta dos formas distintas: la *oficialidad indiferenciada*, que se da cuando el organismo encargado de la iniciación y desarrollo oficiosos de los procesos penales no es otro que el juez (manifestación rigurosa del principio inquisitivo); y la *oficialidad diferenciada*, que tiene lugar cuando la función actora se encomienda a otro organismo oficial distinto del juez, como es el Ministerio Público Fiscal (manifestación atenuada del principio inquisitivo). El sistema de disponibilidad consiste en la atribución de la función de acción penal a las personas privadas y significa una manifestación del *principio acusatorio*, caracterizado por la desconcentración de las funciones procesales. Este sistema también ofrece dos formas o modalidades distintas: la *disponibilidad absoluta*, que ocurre cuando la función actora se concede indeterminadamente a cualquier persona privada, cuando se instituye lo que se llama *acción popular*, la acción penal concedida a *cualquiera del pueblo* (manifestación rigurosa del principio acusatorio); y la *disponibilidad relativa*, que se configura cuando únicamente se permite el acceso a dicha función a personas determinadas, atendiendo a especiales circunstancias suyas, generalmente al carácter de personas particularmente ofendidas por el supuesto delito (manifestación atenuada del principio acusatorio). Finalmente, el sistema *mixto*, consiste en una combinación de los dos sistemas anteriores, en la atribución indistinta de la acción penal a organismos oficiales y a personas privadas. (ODERIGO, Mario A. «Lecciones de Derecho Procesal», T. I, Parte General, Editorial Depalma, año 1971, págs. 345 y 346).
Frente a esta posición, otro sector de la doctrina estima que, para hacer actuar a la ley penal, hay dos opciones: 1) La reacción estatal frente al delito debe darse

- inexorablemente en todos los casos y con la misma energía (*principio de legalidad*). 2) O el Estado, dándose todas las condiciones para promover y ejercer la acción penal, dispone de la posibilidad de no promover o no ejercitar dicha acción (*principio de oportunidad o disponibilidad*). (CABALLERO, Ricardo Juan, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año IV, Nro. 8 "A", Editorial Ad-Hoc, año 1998, págs. 181 y 182.)
- 16 La persecución penal está a cargo del Ministerio Fiscal con excepción de los delitos perseguibles por acción de ejercicio privado. Esto no excluye la posible intervención del querellante. Luego, en los casos de excepción no rige el principio de oficialidad. También la policía en su función policial es órgano oficial del proceso. Si bien la defensa técnica corresponde por regla al defensor de confianza, o sea al profesional que el imputado elija, su indispensabilidad impone la intervención del defensor oficial cuando el imputado no hace uso de su derecho. Luego, en cuanto a esto, la oficialidad sólo funciona eventualmente. (CLARÍA OLMEDO, Jorge A., *Derecho Procesal Penal*, Tomo 2, Actualizado por Jorge E. Vázquez Rossi, Editorial Rubinzal Culzoni, 11 de mayo de 1988, pág. 233).
- 17 "En materia de persecución penal rige el principio de oficiosidad consagrado por el Artículo 71 C.P., y sus excepciones deben ser interpretadas restrictivamente por lo que su enumeración es taxativa sin que puedan incluirse otros casos" (C.C.C., Sala I. «Palacios, Carlos A.» del 27/8/90, J.A., 1991-I- síntesis).
- 18 VÉLEZ MARICONDE, ob. cit., págs. 178/180.
- 19 VÉLEZ MARICONDE, ob. cit., págs. 182/183.
- 20 VÉLEZ MARICONDE, ob. cit. pág. 183, Goldschmidt, D. P. Civil -trad. Prieto Castro-, pág. 82.
- 21 VÉLEZ MARICONDE, ob. cit., pág. 183.
- 22 ODERIGO, Mario A. *Lecciones de Derecho Procesal*, T. I, Parte General. Editorial Depalma, 1971, pág. 345.
- 23 Conf. LISZT-SCHMIDT, C. P. alemán T. III.
- 24 GIL LAVEDRA, ob. cit. pág. 838/840.
- 25 *Fallos*: 234:270.
- 26 GIL LAVEDRA, ob. cit. pág. 845.
- 27 "La acción pública surgente de la comisión de un delito no es pasible de transacción alguna" (STJ Santa Cruz, 4/5/70, Selección de Jurisprudencia Penal, TR 6/10, Ed. Lerner, Bs. As. pág. 9). Sin embargo, debemos aclarar que, si bien se afirma que el principio de legalidad resulta de estricta aplicación en nuestro sistema, la incorporación de nuevos institutos que claramente insertan en la normativa criterios de oportunidad han puesto en duda dicha aserción. Un supuesto definido en el que se aprecia la inserción de pautas de consenso en el proceso penal es la aceptación del llamado "*juicio abreviado*" que, curiosamente, se encuentra regulado en los códigos procesales de las provincias (Córdoba,

art. 415; Tierra del Fuego, art. 324; Santa Cruz, art 518; Formosa, art. 503, Santa Fe, Anteproyecto, art. 308; Buenos Aires, arts. 395 a 403) y en el artículo 431 bis -ley 24.825- del Código Procesal Penal de la Nación. En este caso, cuando el representante del Ministerio Público Fiscal estimare suficiente la imposición de una pena privativa de libertad inferior a seis años, o de una no privativa de libertad, aun procedente en forma conjunta con aquella, con la conformidad del imputado, quien deberá estar asistido por su defensor, -y siempre y cuando aquel acepte la existencia del hecho y su participación en él - podrá el representante oficial consensuar la pena que se le impondrá, acuerdo que sólo podrá ser rechazado por el Tribunal de juicio cuando entienda que existe la necesidad de un mejor conocimiento de los hechos o discrepe con la calificación legal admitida. Aquí, si bien también se recaba la opinión del querellante, esta no resulta vinculante.

- 28 Una expresa excepción de esta regla, señala Vélez Mariconde, se encuentra en la facultad que el Fiscal de Cámara tiene para desistir de los recursos interpuestos por el Agente Fiscal en cuanto el superior jerárquico puede evitar el pronunciamiento, sobre el fondo, del Tribunal de Alzada. (VÉLEZ MARICONDE, ob. cit., págs. 180/182.). Sin embargo, esta opinión se muestra antagónica con lo sostenido por la C.S.J.N. en el fallo "Mario Sixto Gómez" (ver nota al pie N° 25), en donde el Máximo Tribunal señaló que no hay renuncia a la acción penal cuando se consiente la sentencia del juez o se desiste del recurso interpuesto por prestar conformidad con su solución.
- 29 El Ministerio Fiscal no está obligado a promover la actividad jurisdiccional. Su deber se limita a decidir, conforme con la ley, si corresponde formular requerimiento de instrucción o si, al contrario, se impone la desestimación o la declaración de incompetencia -Art. 180 y 181 C.P.P.N.- (NAVARRO, Guillermo Rafael - DARAY, Roberto Raúl, *Código de Procedimientos Penal de la Nación*, Tomo I, Pensamiento Jurídico Editora, año 1997, págs. 8 y 9).
- 30 CABALLERO, ob. cit. pág. 182. En igual sentido, CAFFERATA NORES, José I. «El principio de oportunidad en el Derecho Argentino. Teoría, realidad y perspectivas». *Doctrina*, pág. 3.: «En nuestro país no hay normas constitucionales que impongan el principio de legalidad o el de oportunidad».
- 31 CAFFERATA NORES, José I. «El principio de oportunidad...». *Doctrina*, pág. 3.
- 32 MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal argentino. -T. I-b-. Fundamentos*. Editorial Hammurabi S. R. L. 1989, pág. 531.
- 33 MAIER, ob. cit., p. 531.
- 34 ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 19ª ed. CH Beck, München, 1985, p. 61 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, "Prevención y teoría de la pena: presente y alternativas. Introducción", en *Poder y Control*, ed. P. P. U., Barcelona 1986, n° 0, p. 21 y ss.; Jescheck, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner*

- Teil, 3ra. Edición, editorial Duncker u. Humblot, Berlín, 1978, pág 8; todos ellos citados por Maier, ob. cit. P. 533.
- 35 MAIER, ob. cit. P. 538.
- 36 SOLIMINE, Marcelo A. *La reparación, como adecuada herramienta de política criminal frente a la crisis del principio de legalidad*. Inédito.
- 37 CAFFERATA NORES, José I., "Reasignación de recursos procesales y suspensión del juicio a prueba". *Revista de Estudios Procesales*, Instituto Panamericano de Derecho Procesal, p. 14.
- 38 D'ALBORA, Francisco; MORELO, Augusto. *La justicia penal y sus alternativas*. JA 3-11-93, p. 8.
- 39 SÁENZ, Ricardo. "El Ministerio Público: principios y propuestas". *Doctrina Penal*, año 12, 1989, p. 432/3, citado por SOLIMINE, Marcelo en ob. cit..
- 40 BINDER, Alberto. "Ideas para una discusión sobre el fundamento de la reforma de la justicia criminal". *Revista Plural*, Bs. As., 1987, p. 99, nota 8.
- 41 MAIER. *Mecanismos de simplificación del procedimiento penal*. JA, 4-8-93, p. 12.
- 42 "No todas las conductas que pueden reputarse como inconvenientes son atrapadas por el derecho penal, -ultima ratio- a la que debe acudir. Justamente, con ese fin, están los jueces para poner límites y discernir entre lo delictivo y lo que podría considerarse un comportamiento poco prudente". (C. N. Crim.y Corr., Sala V, c. 14.212 «LEONARDI, Alfonso. Rta. 10/8/00).
- 43 MAIER, *Derecho Procesal Penal...*, T, 1b, pág. 556.
- 44 "La aplicación del principio de oportunidad se puede ligar a las teorías utilitarias sobre la legitimación o el fundamento, el fin y los límites de la pena estatal. De la misma manera, se la puede ligar con propósitos político-criminales utilitarios, como la descriminalización y criminalización de comportamientos o el intento de derivar comportamientos punibles hacia formas de tratamiento del conflicto y soluciones extrapenales (-diversion-)", (MAIER, *Derecho Procesal Penal...*, T, 1b, pág. 556).
- 45 CAFFERATA NORES, José I.. «*El principio de oportunidad...*», ob. cit., págs. 12/14.
- 46 VÉLEZ MARICONDE, ob. cit. pág. 185 y ss.
- 47 MAIER, «Derecho Procesal Penal», T I, *Fundamentos*, Bs. As. 1996, pág. 851.
- 48 D'ALBORA, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Bs. As. 1982, T I, pág. 13 y ss.; HASSEMER, *Fundamentos del Derecho Penal*, traducción. por Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Barcelona 1984, pág. 182; RUBIANES, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Bs. As., 1978, T. I, pág. 44, y GARCÍA, Ana María, ob. cit.
- 49 GARCÍA, Ana María, ob. cit.
- 50 MAIER, "Mecanismos...", ob. cit., pág. 13.

- 51 BOVINO, Alberto, "Composición estatal, política criminal inquisitiva y el art. 14 de la ley penal tributaria", en *Delitos no convencionales*, Editores del Puerto, 1994, págs. 137/8.
- 52 BOVINO, "Composición...", ob. cit., pág. 140.
- 53 MAIER, "Derecho...", ob. cit., T. I-b, pág. 543, nota 593.
- 54 D'ALBORA, Morello, "Alternativas...", ob. cit., pág. 4.
- 55 MAIER, "Mecanismos...", ob. cit., pág. 13 y Solimine, ob. cit.
- 56 CAFFERATA NORES José I., «Perfil funcional del Ministerio Público Fiscal en la nueva legislación argentina», *Prudentia iuris*. N° 556 Maier, "Derecho...", ob. cit., T. I-b, pág. 543, nota 593.
- 56 D'ALBORA, Morello, "Alternativas...", ob. cit., pág. 4.
- 56 MAIER, "Mecanismos...", ob. cit., pág. 13 y SOLIMINE, ob. cit.
- 56 CAFFERATA NORES José I., «Perfil funcional del Ministerio Público Fiscal en la nueva legislación argentina», *Prudentia iuris, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires*, Agosto de 1999, pág. 56.
- 57 CAFFERATA NORES, «Perfil funcional...», ob. cit., pág. 58/59.
- 58 CAFFERATA NORES, «Perfil funcional...», ob. cit., pág. 60/63.
- 59 «Proyecto de Ley de Reformas puntuales al Código Penal de la Nación Argentina 1998» elaborado por la Comisión de Reformas Puntuales al C. P., resolución M. J. 420/97 y elevado al Sr. Ministro de Justicia el 21/12/98.
- 60 «La acción penal es pública y deberá ser ejercida de oficio excepto en los supuestos previstos en la ley. La acción podrá renunciarse o suspenderse únicamente cuando: 1° Así lo prevea una ley especial; 2° El hecho investigado se encuentre amenazado con una pena menor de TRES (3) años de prisión y esto en los siguientes casos :a) si el imputado no registrare condena; b) si por la naturaleza de los hechos y el daño causado, el interés público en la persecución resultare insignificante, y c) si el imputado reparare adecuadamente el daño causado u ofreciere hacerlo en la medida de sus posibilidades. Estas disposiciones no serán aplicables a hechos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de su cargo. 3° Cuando el hecho cometido por imprudencia, negligencia o impericia hubiese tenido como consecuencia directa para el autor un daño físico o moral grave y, a causa de ello, la pena fuera inadecuada y cumpla con el requisito del inciso 2°, pto. b). Previo a la renuncia de la persecución penal, se notificará al ofendido la decisión del titular de la acción penal, los derechos que lo asisten conforme a la ley civil y los mecanismos adecuados para ejercerlos. En el supuesto de oposición de la víctima se elevarán las actuaciones a la autoridad fiscal o jurisdiccional competente, quien decidirá si se han reunido los requisitos establecidos para la suspensión o renuncia de la acción penal. En caso afirmativo,

- la acción quedará a cargo del ofendido oponente».
- 61 "La ley penal no le toca un pelo al delincuente. El que se las tiene que ver con el hombre de carne y hueso es el Derecho Procesal Penal para hacer actuar a la ley y concluir con un juicio de adjudicación de culpabilidad o de inocencia". (CABALLERO, Ricardo Juan, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año IV, Nro. 8 «A», Editorial Ad-Hoc, año 1998, págs. 181 y 182).
 - 62 SOLER, ob. cit. pág. 440.
 - 63 NÚÑEZ, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Parte General, Marcos Lerner, Editora Córdoba, junio de 1988, págs. 140 y 141.
 - 64 TIEGHI, Osvaldo N. *Comentarios al Código Penal Parte General*, año 1995, Ed. Zavalia, pág. 655.
 - 65 Corresponde distinguir entre acción penal, entendida como derecho al proceso, y acción penal como pretensión punitiva. La primera radica en el poder jurídico de acudir al juez para solicitarle que haga lugar a una pretensión punitiva. Su naturaleza es procesal; en cambio, el ejercicio de la pretensión punitiva importa el pedido de que se haga lugar a una sentencia de condena penal favorable, y su contenido es sustancial (C. N. Casación Penal, Sala I, 5/5/97, c. 1129, reg. 1539, «Villar, Julio M., sobre recurso de casación»).
 - 66 MORAS MON, Jorge R. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ed. Abeledo-Perrot, año 1992, pág. 101.
 - 67 En este sentido, la jurisprudencia de la Supreme Court Law de los Estados Unidos de Norteamérica ha dicho que, si bien los Estados no son soberanos en el verdadero sentido de la palabra, sino sólo cuasi soberanos, respecto de todos los poderes reservados por ellos, son, sin embargo, supremos (mayo 18 de 1936, J. A., T. 54, sec. jurisp. extr., p. 13, sum. 13. Trad. de Rafael M. Demaría, de «United States Supreme Court Law ed. Advance Options», vol. 80, núm. 15, p. 749). También, ha sostenido que la soberanía de un Estado, esencial para su adecuado funcionamiento conforme a la Constitución Federal, no puede ser renunciada ni puede ser arrebatada por ninguna forma de legislación (id. p. 36, sum. 4).
 - 68 PASSI LANZA, Miguel Ángel. *Límites de las facultades legislativas de las provincias en materia procesal*, L.L. T 128, págs. 782/783.
 - 69 Cámara Primera del Trabajo de Córdoba, marzo 5 de 1956; Rev.. La Ley, XIX, p. 971, sum. 12; Superior Tribunal de Misiones, Sala Civil y Comercial, junio 18 de 1959, rev. La Ley, T 100, pág. 271; Cámara Federal de Tucumán, diciembre 12 de 1939, La Ley T 16, p. 1155, Cámara Civil I, junio 23 de 1933; Cámara Federal de la Capital, noviembre 28 de 1938, La Ley T 12 p. 923; Cámara Segunda Civil y Comercial de Córdoba, agosto 24 de 1956, LL T. 85, p. 353; Corte Suprema, febrero 6 de 1961, LL T 104 p. 1; Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Mendoza, febrero 4 de 1948, LL T 49, p. 895; Corte Suprema, marzo 11 de 1957, LL T XVIII, p. 1339, sum. 23; Cámara Segunda de Apelaciones

de La Plata, Sala II, junio 18 de 1937, LL T9, p. 1005, todos ellos citados por Passi Lanza, ob. cit. p. 784/785.

70 BARTOLONI FERRO, Ob. cit., pág. 31 y ss.

71 «Balza, Martín Antonio s/recurso de inconstitucionalidad». Causa Nro. 449 de la Sala I Cámara Nacional de Casación Penal, reg. 566, Rta. el 14/8/95.

72 BERTONI, Eduardo Andrés «La constitucionalidad de los arts. 422 inc. 1 y 423 del Código de Procedimientos Penal de la Nación», *Nueva Doctrina Penal*, Tomo 1996/A, págs. 177 y ss.

73 *Fallos*, 178:37

74 LL, T 63, p.433.

75 *Fallos*: 244:568

76 DE LUCA, Javier Augusto, «Reflexiones acerca de la extinción por renuncia o desestimiento de la acción penal privada». *Cuaderno de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 8, págs. 80/81.

77 *Fallos*, 312:772

78 BIDART CAMPOS, Germán. *Manual de derecho constitucional argentino*, Ed. Ediar, 1975, p. 122; GONZÁLEZ CALDERÓN, *Curso de derecho constitucional*, Editorial Kraft, Bs. As., 1983, p. 85; Joaquín V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, Ángel Estrada Editores, Bs. As., 1987, p.489; C.S.J.N., *Fallos*, 154-197 y 147-249.

79 SOLIMINE, Marcelo A. *Limitación temporal al encarcelamiento preventivo y su cómputo a los fines del art. 24 del Código Penal*. Editorial Depalma, año 1996, págs. 14 y 15.

80 SOLIMINE, Marcelo. «Limitación temporal...», ob. cit. pág. 19.

81 SOLIMINE, Marcelo A. «Limitación temporal...» ob cit., pág. 20/22. «...la materia procesal que regulan los arts. 1 a 6 de la ley 24.390 pertenece a la competencia exclusiva de las provincias y no integra el espectro de competencias concurrentes, que en algunos temas convocan tanto a las provincias como a la Nación. Claro que tal afirmación no implica que en las provincias los procesados encarcelados preventivamente no estén amparados por la garantía que protege contra la privación de su libertad a modo cautelar por tiempo ilimitado. En ellas, el goce de dicha garantía -que integra el bloque de constitucionalidad federal (art. 75, inc. 22, C.N.)- se impone, y debe estar asegurada por los Estados provinciales (art. 5, C.N.), quienes, para tal misión, tienen autonomía legislativa, pues no fue delegada en el gobierno federal (art. 121, C.N.).»

82 MANIGOT, Marcelo. «Ley 23.098, sobre hábeas corpus, comentada y anotada con opiniones parlamentarias y jurisprudencia», en *J.P.B.A.*, t. 65, pág. 283, citado por SOLIMINE en «Limitación temporal...», ob. cit. pág. 20.

83 *Fallos*, 221:636; 248:835; 265:301; 286:312.

84 SAGÜES, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, Tomo II, Ed

Astrea, año 1993, págs. 189 y 190.

- 85 CAFFERATTA NORES, José I. «El Principio de oportunidad en el derecho argentino. Teoría, realidad y perspectivas». *Nueva Doctrina Penal- A/1996*; Buenos Aires, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales), pág. 5.
- 86 CAFFERATTA NORES, José I., *El Principio de oportunidad...*, ob. cit., págs. 21/23.