

La regulación de la acción penal en el Código de Fondo y los criterios de oportunidad en los Códigos Provinciales.

Julia Ben Ishai¹

La siguiente ponencia tiene como objetivo analizar la problemática referida a la acción penal en relación con el principio de legalidad y el –usualmente visto como contrapartida de aquel – principio de oportunidad en vistas al sustrato constitucional respecto de la regulación del mencionado instituto.

A lo largo del trabajo intentaremos encontrar un punto de acuerdo entre las teorías tan contrarias del mundo jurídico que permitan una articulación armoniosa entre la Constitución Nacional, el Código Penal de la Nación y los Códigos Procesales Provinciales buscando entender si existió una delegación expresa de las provincias a la Nación para regular el ejercicio de la acción penal en el Código de Fondo.

III. Legalidad y Oportunidad

Hablamos del principio de legalidad cuando frente a delitos de acción pública², consideramos obligatoria su persecución e investigación por parte de su titular(en nuestro caso el Ministerio Público³), es decir, se trata de la reacción inevitable del Estado de presentarse ante la jurisdicción a fin de reclamar la investigación, el juzgamiento y el castigo en caso de que considere que hay elementos para solicitarlo.⁴

Entendemos que la obligatoriedad es una consecuencia necesaria del monopolio de la acción por parte del Ministerio Público, instituto propio de la modernidad, basada en la estatización de la justicia penal⁵. Binder, nos explica que no es algo históricamente

¹ Abogada UBA(Título en trámite). Ayudante en distintas cátedras de la Facultad de Derecho (UBA). Adscripta a proyectos de Investigación DECYT.

²MAIER, J.*Derecho procesal penal, T. I. Fundamentos*, 2da Ed., Buenos Aires,Editores del Puerto, 1996, Págs.160-161

³MAIER, J.*Derecho procesal penal, T. I. Fundamentos*, 2da Ed., Buenos Aires,Editores del Puerto, 1996. Págs.825-831.

⁴CAFFERATANORES, J.I. “El principio de oportunidad en el derecho argentino. Teoría, realidad y perspectivas” en *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Buenos Aires, Editores del Puerto 1997. Pág. 3

⁵ANITUA, G. y BORINSKY, M.“Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos”, en HENDLER, E. S. (dir.), *Sistemas procesales penales comparados*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999. Págs. 447-484.

vinculado al sistema inquisitivo sino que la idea de exhaustividad vinculada al monopolio de la acción, comienza a diseñarse bajo el Estado bonapartista por lo que el autor argentino lo vincula al modelo mixto. El principio de legalidad es, como vemos, propio de la tradición continental como característica básica desde la codificación del Siglo XIX⁶. El sujeto procesal principal no es el imputado o la víctima, sino el Estado quien dobla a la víctima en el conflicto originario y en procesal.

El principio de oportunidad, por su parte es un mecanismo reglado y discrecional para renunciar, interrumpir o suspender la investigación penal en consideración a una política criminal establecida.⁷ Ciertos autores toman la oportunidad como sinónimo de la disponibilidad, mientras que otros consideran que la oportunidad es la razón de la disponibilidad.⁸ Compartimos en este sentido la posición del Dr. Enrique Bacigalupo quien estipula que es aquel tratamiento penal diferenciado del conflicto social representado por el hecho delictivo.⁹

Nuestra Constitución Nacional a partir de su primera edición en 1853 reserva para las provincias, pre existentes al Estado Federal, todo el poder no delegado a éste. En este sentido, el artículo 5 de la CN determina la necesidad de que sean los entes pre existentes los que lleven a cabo la administración de justicia, cuestión que soslaya el tema de fondo de este artículo. No hay normas constitucionales que impongan directamente un principio relativo a la persecución penal.¹⁰ Existen, sin embargo, excepciones como en el caso de los delitos de traición a la patria (art. 29)¹¹ y lo determinado por los tratados internacionales con jerarquía constitucional relativos a los delitos de lesa humanidad.¹²

⁶BINDER, A. M., "Legalidad y oportunidad", en AA.VV. *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. MAIER*, Buenos Aires, Editores del Puerto 2005. Pág. 205-217.

⁷CAFFERATA NORES J.I. y O. *Manual de Régimen Procesal Penal* 2 ed., Córdoba, Facultad de derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 2003, Pág. 79

⁸CAFFERATA NORES J.I. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal* 3 ed. Córdoba, Ed. Del Puerto, 2005. Págs. 84-87.

⁹ISOLA, A. E. "La víctima y el principio de oportunidad". 2005. *SAIJ*.

http://www.saij.gob.ar/doctrina/daca050100-isola-victima_principio_oportunidad.htm en cita de BACIGALUPO, E." Descriminalización y prevención en Poder Judicial", Número Especial, Madrid, 1987, Pág. 14.

¹⁰CAFFERATA NORES J.I. y O. *Manual de Régimen Procesal Penal* 2 ed., Córdoba, Facultad de derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 2003, Pág. 79

¹¹Constitución de la Nación Argentina. Parte Primera. Capítulo Primero, Artículo 29: En *Código Penal de la República Argentina y Código Procesal Penal* 11da Edición. Buenos Aires. Errepar. 2015 Pág. 436

¹²Organización de los Estados Americanos Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Art. 8, Colombia 1987 y OEA, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, Art. 3. Brasil. 1997.

Por otro lado, en lo que refiere a la legislación extra constitucional, el principal artículo que nos habla acerca del principio de legalidad es el 71 del Código Penal en donde se regula el régimen de la acción penal de modo exhaustivo.¹³

Analizaremos ahora dos posturas diferentes, en búsqueda de una armonización de las mismas.

El artículo 71 como exceso de la Nación en sus facultades delegadas:

Algunos autores¹⁴ entienden que el principio de legalidad procesal no puede ser otra cosa que una facultad procesal regulada por las provincias en imperio del art. 5 de nuestra CN. En este sentido varios autores¹⁵ propugnan la declaración de inconstitucionalidad del artículo en cuestión y otros consideran que debe mantenerse siempre y cuando se respeten los criterios de oportunidad reglados en los códigos provinciales más modernos. Considero que esta ha sido la postura adoptada por el legislador nacional al modificar el artículo 71 en el año 2015 incluyendo el texto que reza “Sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción previstas en la legislación procesal”. Esta solución si bien, se enmarca en la entrada en vigencia del nuevo código procesal penal de la nación, arrastraría el problema de la constitucionalidad del art. 71 desde una postura más estricta, si entendemos que sigue siendo una facultad de las provincias toda regulación no expresamente delegada del proceso penal, y por tanto de la acción.

¹³En este punto, analizaremos el artículo previamente a la reforma introducida por la ley 27.063 teniendo en cuenta que como se explicará a continuación, entendemos que la reforma no está integrada en su totalidad sin la vigencia plena del Nuevo Código Procesal Penal y tomando además la crítica referida a que no incluye una cuestión que consideraremos adjetiva o procesal para el análisis dentro de un código de fondo, por lo que analizaremos la legitimidad o no de esta introducción por parte del legislador nacional.

¹⁴Ver entre otros: BINDER, A, *Manual de Derecho Procesal Penal*. 2da Edición. Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 1999. Págs. 209-218.; RAMELLA, P. A. *Derecho Constitucional*. Ed. Depalma. 1986. Pág. 125. Idem Cit. SAID, J. L., “Sobre la facultad de las provincias para reglar el principio de oportunidad en la persecución penal “publicado en La Ley 1997, Pág. 3 citando a LINARES QUINTANA, S. V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*. T VII Ed. Plus Ultra. 1985. P. 413 y GONZALEZ CALDERON, J.A *Curso de Derecho Constitucional*. Ed. Depalma, 1984. Pág. 73.; Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, *La Regulación Provincial del Principio de oportunidad* Instituto de Ciencias Penales, Pág. 31. 2011, en cita de NICORA, G. “Las provincias pueden y deben legislar sobre oportunidad en el ejercicio de la acción penal”, *Jurisprudencia Argentina*, fascículo 5, 2005; BALCARCE, F. I. “Relaciones potestativas entre Nación y provincias, interpretación del art. 71 CP, las nuevas propuestas respecto a la disponibilidad de la acción penal y el cuento de la buena pipa “publicado en www.eldial.com.ar.; CESANO, J. D. “ De nuevo sobre las competencias constitucionales en torno a las facultades legislativas sobre la disponibilidad de la acción procesal penal” en RDP, 2006, N°5

Acción Penal como derecho sustantivo¹⁵

Esta es la postura en la que podemos ubicar a gran parte del derecho penal clásico y causalista, como Ricardo Núñez y Sebastián Soler, quienes entienden que el ejercicio y la extinción de la acción deben estar regulado en el Código Penal siendo un poder absolutamente limitado en su contenido por las figuras jurídicas delictivas, bajo las cuales la potestad punitiva es entregada a los órganos que la han de hacer efectiva.

Núñez entiende que la acción penal no es únicamente la potestad de castigar en sí sino también el presupuesto para la imputación penal, por lo que es una concepción material de la acción que corresponde al Congreso por tratarse de la punibilidad del delito y por tanto derecho penal común. En este sentido Maier¹⁶ considera que el régimen de la acción, su ejercicio y extinción, pertenece al derecho penal material en tanto se tratan de decisiones políticas básicas que definen el sistema penal y que deben regir para toda la República. Eugenio Raúl Zaffaroni,¹⁷ si bien consideran inminente la necesidad de introducir criterios de oportunidad y que los artículos 71 a 76 de nuestro código tienen naturaleza sustancial, consideran que existe una potestad nacional de regular la acción penal y la pretensión punitiva en virtud de la facultad del legislador nacional de no lesionar el principio de igualdad ante la ley, para que de la aplicación de los códigos de fondo, no resulte una aplicación desigual del art. 16.

Este es uno de los argumentos más fuertes y que más comúnmente vamos a encontrar en favor de la regulación nacional del principio de legalidad, señalándose que la vocación de igualdad, exige medir a todos los habitantes con la misma vara. En este sentido, el concepto de acción penal, no podría escindirse de la regulación nacional por el peligro de aplicar una concepción desigualitaria del derecho de fondo.¹⁸El principal contra argumento a esta postura, tiene que ver con que la desigualdad de las normas debe

¹⁵SAID, J. L., “Sobre la facultad de las provincias para reglar el principio de oportunidad en la persecución penal” publicado en La Ley 1997, Pág. 38 en cita de SOLER, S.*Derecho Penal argentino*, T.II Ed. Tea, Buenos Aires,1992 Pág. 527; NUÑEZ, R.*Tratado de Derecho Penal, Parte General T. II*, Ed. Lerner 1978, Pág.196.

¹⁶FALCONE R. “El ofendido y el ejercicio de la acción penal pública en los ordenamientos procesales locales”. <https://procesalpenal.wordpress.com/2015/09/14/el-ofendido-y-el-ejercicio-de-la-accion-penal-publica-en-los-ordenamientos-procesales-locales/>

¹⁷ZAFFARONI, E. R. *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ed. Ediar 2002, Págs.197 y ss.

¹⁸SAID, J. L., “Sobre la facultad de las provincias para reglar el principio de oportunidad en la persecución penal” publicado en La Ley 1997, Pág. 3

surgir de las normas en sí y no de aplicación, siendo que está desigual aplicación es una consecuencia necesaria del régimen federativo de Gobierno.¹⁹

Cómo funciona el Principio de Oportunidad frente al Panorama planteado

Los nuevos Códigos Procesales Penales regulados a partir del retorno de la democracia han incluido principios de oportunidad. Consideramos que el principio de legalidad por sí solo puede atraer una violación al plazo razonable regulado constitucionalmente y en los tratados internacionales de derechos humanos por lo que se observa como necesario morigerar esta situación que sabemos podría traer aparejada la responsabilidad del Estado frente a los organismos internacionales. Los principios de oportunidad llevan a sintetizar o simplificar el procedimiento actual, garantizando la eficacia respecto de la persecución penal.²⁰

Alberto Binder, por su parte²¹ nos habla de una falsa dicotomía entre oportunidad y legalidad, siguiendo el postulado de que la oportunidad no es una excepción sino un fundamento autónomo y propio, vinculado a una política criminal q gira alrededor de la solución de los conflictos minimizando la utilización de la violencia estatal. Esta noción está legitimada desde la postura de Christian Jäger²² en Alemania quien entiende que el derecho penal y procesal penal se fundan en lo que podemos denominar derecho criminal, como algo único. El autor entiende que el *iuspersequendi*²³ es derecho local y que sumado al principio de última ratio solo autoriza a las provincias a regular lo relativo al ejercicio de la acción penal para responder con mejor eficacia a las necesidades que demandan sus realidades locales, esto porque la acción está vinculada al poder requirente de los ciudadanos de cada provincia y por tanto es lógico que sean estas quienes pongan en marcha los órganos de la persecución penal.

¹⁹Op. Cit.18 en referencia a Fallos 292:289; 293:235:294:87

²⁰ISOLA, A. E. La víctima y el principio de oportunidad. 2005. SAIJ.

[Http://www.saij.gob.ar/doctrina/daca050100-isola-victima_principio_oportunidad.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrina/daca050100-isola-victima_principio_oportunidad.htm) en cita CARRIO, A. *Garantías constitucionales en el proceso penal*, , Buenos Aires, Hamurabi, 1997

²¹BINDER, Alberto M., Legalidad y oportunidad, en AA.VV., Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp. 205-217.

²²SAID, José Luis, Sobre la facultad de las provincias para reglar el principio de oportunidad en la persecución penal publicado en La Ley, 1997 ,Pág. 38 en cita de SOLER, S., *Derecho Penal argentino, T.II*, Buenos Aires, Ed. Tea, 1992, Pág. 527. Op. SAID, José Luis, Sobre la facultad de las provincias para reglar el principio de oportunidad en la persecución penal publicado en La Ley, 1997 en cita de NUÑEZ, R., *Tratado de Derecho Penal, Parte General T. II*, Ed. Lerner 1978, Pág.196.

²³BINDER, A. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 2da Edición, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc., 1999, Págs. 209-218

El principio de oportunidad funciona en este sentido, como una forma de alivianar los congestionados tribunales pero principalmente como una decisión de política criminal respecto de cuáles son los casos en los que el Estado tiene un interés de fomentar la participación estatal. En este sentido, considero fundamental un repaso por las Escuelas criminológicas del Siglo XX²⁴ que refieren a la selectividad del sistema penal y a repensar las necesidades estatales en torno a la persecución de los delitos que afectan con mayor gravedad a la sociedad en su complejidad por fuera de los eventos mediáticos que generan una conmoción en la sociedad produciendo en determinados casos un prejuzgamiento difícil de revertir a posteriori aunque se pudiese probar la inocencia de los condenados por una ficticia opinión pública.

Retomando lo antes dicho, el problema de la acción es de clara aplicación provincial, porque se centra en las facultades que estos entes han reservado para sí y porque la aplicación de criterios desiguales representaría en sí misma una violación al artículo 16, siendo que la propia regulación de aquello que fue reservado no puede considerarse de esta forma. Es preciso un código penal moderno y que retome los principios acusatorios que inculca el sancionado aunque no vigente código procesal penal en base a la legislación comparada y principalmente los códigos procesales locales. Las reformas normativas además deben ser acompañadas de una reforma integral del Estado que permita a cada provincia funcionar con más autonomía y un desarrollo equitativo administrativamente hablando que ponga foco en las necesidades que hagan al sistema penal como un índice subsidiario de última ratio que pueda amenizar las violencias producidas por los conflictos que surgen hacia el interior de la sociedad.

²⁴ANITUA, G. I, *Historia de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Editores del Puerto SRL 2006; BARATTA, A., *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2002.