

Reglas de disponibilidad en el Código Procesal Penal Federal

Por Yamil Rojo¹

“La insensata idea de que el derecho punitivo debe extirpar de la tierra todos los delitos lleva a la ciencia penal a la idolatría y al terror”²

“...la historia y la estadística prueban plenamente que desde Caín el mundo jamás se ha corregido o intimidado por el castigo”³

“Siempre me ha parecido que uno de los más elocuentes criterios para juzgar el mayor o menor grado de libertad civil que los rectores de los pueblos dejan a los ciudadanos, es el que se deduce de la mayor o menor facultad que tengan los particulares para ejercer la acción penal que debe promoverse contra los culpables del algún delito”⁴

Resumen

El objetivo del presente trabajo será analizar las diferentes posturas de los académicos más prestigiosos del país, junto a la opinión de algunos extranjeros, realizando un breve pero conciso recorrido de la historia procesal penal, sus modelos de enjuiciamiento, su relación con el bloque de constitucionalidad federal, examinar la naturaleza legisladora provincial o nacional de la acción, junto a distinguir su carácter sustancial o procesal, indagar el origen y críticas de los principios de legalidad y oportunidad, establecer cuál de los dos tiene condición de regla y excepción, para culminar con una descomposición y comentario de las reglas de disponibilidad contenidas en el nuevo Código Procesal Penal Federal.

Introducción

¹ Abogado de la Universidad de Buenos Aires.

² Carrara, “Programa de Derecho Criminal”, citado por Ferrajoli, (2009), “Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal”, pág. 562.

³ Marx, Engels, (1985) “Gesamtausgabe, Dietz Verlag”, Tomo I, I2, pág. 25.

⁴ Carrara, (1956) “Programa de Derecho Criminal”, vol. 2, pág. 861.

A lo largo de la historia procesal penal argentina, uno de los temas más debatidos y controvertidos -sino el más- por los dogmáticos fue sobre la acción procesal/penal. No es casualidad, ya que como bien señala Zaffaroni, “la teoría de la acción procesal forma uno de los capítulos más centrales, sino el más importante, de la teoría del derecho procesal”⁵.

Es inmensa la bibliografía referida a la misma, por lo tanto, para simplificarle al lector interesado en el tema la búsqueda y lectura tediosa de la misma me propuse realizar un análisis bajo una perspectiva crítica destructiva/constructiva de sus temas más relevantes, incluyendo en el análisis las reglas de disponibilidad contenidas en el nuevo Código Procesal Penal Federal, el cual el 7 de febrero del corriente año tuvo la aprobación de su texto sancionado a fines de 2014, mediante la Ley 27.063 -pero que no había entrado en vigencia-, con las incorporaciones dispuestas por la Ley 27.272 -en relación a los procesos por casos de flagrancia- y las modificaciones introducidas por la Ley 27.482, por la que se lo denominó “Código Procesal Penal Federal”.

La Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación que funciona en el Congreso Nacional, el 26 de marzo pasado, dispuso su entrada en vigencia, señalando que a fecha del 10 de junio comience a regir el sistema acusatorio en la jurisdicción de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta y que con el transcurso del tiempo se amplíe su alcance a todo el territorio nacional.

Como bien ha destacado Zaffaroni, la historia de la legislación penal “es la de los avances y retrocesos de la confiscación de los conflictos y de la utilización de ese poder confiscador, y del mucho mayor poder de control y vigilancia que el pretexto de la necesidad de confiscación proporciona”⁶, y en esta situación, con la implementación del nuevo Código se reafirma su conclusión.

⁵ Zaffaroni, (1980), "Tratado de Derecho Penal. Parte general", Tomo I, pág. 195.

⁶ Zaffaroni, Alagia, Slokar, (2002) "Derecho Penal. Parte General", pág. 230.

Como bien es sabido, la afirmación ciega del principio de legalidad -que obliga a la persecución y su eventual posterior castigo de todo delito cometido- contiene una falacia estructural y simbólica, además de hipócrita, por legitimar la selectividad que el sistema penal realiza a diario, mediante criterios no institucionalizados. Su necesaria visibilidad no hace más que llevarnos a tener que adoptar un modelo regido bajo el paradigma oportunista, asegurando así una respuesta más racional, eficaz, y menos violenta, ocultando la pena privativa de libertad para los sucesos más graves, intolerantes para la sociedad en un estado democrático.

Digo ocultar debido a que su legitimación no es más que un intento de etizar al poder punitivo, siendo este intento una regresión premoderna con origen en el reproche ético al infractor, irracional desde ya por invisibilizar lo infame de su actuar⁷, en razón de su estructural selección por vulnerabilidad.

Es un avance interesante la aceptación por parte del legislador federal de criterios de oportunidad -aunque no está exento de críticas- constituyendo una victoria frente al estado moderno, en su rol de ofendido por confiscar el conflicto a la víctima⁸, cuya doctrina originaria era sostenida por teorías que funcionaban, y lo siguen haciendo, como estorbos hacia una programación institucional más lógica, que sea capaz de responder a la problemática contemporánea que atraviesa la sociedad.

Acción, proceso penal, política criminal, realidad social, selectividad, bloque de constitucionalidad federal, entre tantas otros, no pueden analizarse de forma aislada, son materias que deben ser estudiadas de forma dialéctica, para lograr

⁷ Con ello no pretendo sostener la irresponsabilidad discursiva de abolir el sistema penal, debido a no contar actualmente con un modelo de programa a seguir para realizarlo. No por ello voy a dejar de considerar que su futura realización va a constituir una consecuencia razonable por los esfuerzos que realiza la humanidad para alcanzar el ideal del estado de derecho democrático y hacer efectivos los derechos fundamentales.

⁸ “El pretexto de limitar la venganza de la víctima o de suplir su debilidad sirve para descartar su condición de persona, para restarle humanidad. (...) Al degradar a la víctima a un puro signo habilitante del poder, el autor de una acción lesiva también queda reducido a un objeto sobre el cual se puede ejercer poder”. Zaffaroni, Alagia, Slokar, (2002) OP CIT, pág. 230.

llegar a un punto óptimo de discusión, sin acallar ninguna voz y tomar partido por la situación que logre rebatir las demás.

Breve excursus sobre la historia procesal penal

Adentrarnos en la discusión que plantea el presente ensayo requiere que antes se realice una breve reseña histórica y comparada, sobre cómo fueron las acciones establecidas en los dispares sistemas legales y su respectiva significación.

Partiendo de la antigüedad, donde regía el sistema acusatorio, la acción como facultad del individuo para reclamar por el agravio recibido a un derecho propio, es originaria de Roma. La acción, siguiendo a Ulpiano, se consideraba no sólo un medio para hacer efectivo los derechos⁹, sino que su existencia era vital para que no terminen siendo simples formulaciones abstractas. De ahí que gracias a las mismas, fue posible la recopilación de precedentes por parte de Justiniano, y la posterior formulación del “Corpus Iuris Civilis”, mediante el cual se logró brindar previsibilidad a decisiones tomadas en los casos presentados ante la Justicia del Imperio.

Siguiendo a Maier, “sin él (el acusador) y la imputación que dirige a otra persona no existe el proceso; el tribunal tendrá como límite de su decisión el caso y las circunstancias por él planteadas”¹⁰.

En este contexto, se satisfacía el orden público por la acción del ofendido (acción privada), siendo posible en algunos delitos (v.gr. delitos de extranjeros contra la comunidad romana, revueltas políticas internas, etc.)¹¹, por la de cualquier ciudadano que tenga deseo de iniciar el proceso contra el infractor (acción popular), sin necesidad de recurrir a instituciones dedicadas al mantenimiento del orden vulnerado por conflictos privados, lugar que ocupan en la modernidad la policía, las fiscalías, etc.

⁹ “...Se considera que uno tiene en su poder aquello respecto de lo que tiene acción; porque se tiene lo que se puede pedir...”. Corpus Iuris Civilis, D., L, XVI, 14,3.

¹⁰ Maier, (1999), “Derecho procesal penal, T I. Fundamentos”, pág. 445.

¹¹ Gioffredi, (1970), “I principi del Diritto Penale Romano”, págs. 11 y ss.

Posteriormente, ocurrida la caída del imperio romano, el sistema acusatorio fue sustituido por el inquisitivo, debido al cambio en la concepción del poder del Estado, donde el mismo recaía sobre una persona y el ciudadano romano se transformó así en súbdito del soberano. En este marco, sumado a la rígida ética del mundo cristiano del bajo imperio, se reformuló la legislación penal, incluyendo la acción, y la persecución penal ya no dependía de la voluntad del ciudadano ofendido, sino que pasa a ser pública y obligatoria, conformando así la nefasta expropiación del conflicto a la víctima por parte del Estado. Se crea la figura del inquisidor, quien además detenta el poder de juzgar, produciendo una confusión entre ambos¹². Se fueron expandiendo las materias pasibles de persecución pública, consideradas como “crímenes maiestatis”, y además, se incluyeron en el campo de punición conductas vinculadas con la moralidad, mal vistas por el cristianismo (v.gr. el adulterio, el incesto, la homosexualidad y el rapto, cuyo castigo llegó a ser la pena de muerte)¹³.

De manera paralela, en los contornos del territorio se desplegaba un modelo de resolución de conflictos, conocido como el derecho germánico antiguo, desvinculado de estructuras estatales y erigido en la resolución interpersonal de los litigios (acción privada y resolución por acuerdo entre partes o por el triunfo de una de ellas –reglamentación de una guerra privada-)¹⁴. En este entorno, la titularidad de la acción le correspondía a la víctima del daño sufrido, y en caso de no poder ejercerla tal condición podía ser hecha por un miembro del grupo familiar o de pertenencia. En palabras de Loyn, el derecho anglosajón del régimen de las acciones tiene origen en esta fuente¹⁵. Por ejemplo, en las Islas Británicas, los ciudadanos tienen disponible el ejercicio de la acción, pero dicho ejercicio es una representación de la Corona, la cual puede comparecer y apartarlos del proceso.

¹² Maier, (1999) OP CIT pág. 447.

¹³ Gioffredi, (1970) OP CIT págs. 35 y ss.

¹⁴ Foucault, (1991), “La verdad y las formas jurídicas”, págs. 64 y ss.

¹⁵ “...dejaron impresiones profundas en el derecho anglosajón, el que habría derivado más concretamente de las prácticas llevadas a cabo por tribus de origen germano–Sajones, Jutos, Anglos, Daneses- que ocuparon las islas, finalizada la dominación Romana, y cuya compilación comenzó con las leyes redactadas por el Rey Kent, alrededor del 600” Loyn, (1984), “The Governance of Anglo-Saxon England, 500 – 1087”, pág 12.

En el modelo norteamericano, esta potestad real fue asumida por el gobierno electo, de allí que la titularidad de la acción penal fue directamente tomada por la fiscalía (que en el modelo federal representa al poder ejecutivo) y de allí su capacidad para disponer discrecionalmente de la persecución penal¹⁶.

Más adelante, hacia fines del siglo XII y principios del XIII, se retomó el modelo de persecución estatal, producto de la consolidación de monarquías que vieron la utilidad de administrar los conflictos de la sociedad para así lograr engrandecer sus riquezas y poder. Para lograrlo, acudieron a las prácticas de la antigua, sangrienta y eficaz Iglesia Católica, único cuerpo económico y político que consiguió mantenerse cohesionado en el tiempo. Como señala Herbel¹⁷, la “visitatio” practicada por los obispos para revisar lo ocurrido en sus diócesis mediante la llamada “inquisitio”, fue utilizada como modelo idóneo para que el soberano pudiera articular una estructura institucional que le permitiera arrogarse la administración de los procesos (los litigios eran desarrollados ante funcionarios delegados del monarca) y aún sustituir a la víctima en la medida que ya no se trataba simplemente de reparar un daño con un procedimiento reglado, sino que existía una ofensa a un tercero, el Estado, el cual de este modo, obtiene su legitimación para intervenir en los conflictos, en forma análoga a como lo hacía la Iglesia Católica cuando se ofendía a Dios¹⁸.

De manera correcta expresa Christie, “el elemento clave en el proceso penal es que se convierte aquello que era algo entre las partes concretas, en un conflicto entre una de las partes y el Estado (...) La víctima es una especie de perdedora por partida doble, primero, frente al delincuente, y segundo –y a menudo de una manera más brutal- al serle denegado el derecho a la plena participación en lo que podría haber sido uno de los encuentros rituales más importantes de su vida. La víctima ha perdido su caso en manos del Estado”¹⁹.

¹⁶ Bovino, (1997), “La persecución penal pública en el derecho anglo-sajón”, págs. 39 y ss.

¹⁷ Herbel, (2003), “Constitución, acción penal y criterios de oportunidad”, pág. 6.

¹⁸ Foucault, (1991) OP CIT págs. 76 y ss.

¹⁹ Christie, (1992), “Los conflictos como pertenencia en De los Delitos y las Víctimas”, pág. 162.

Esta estructura jurídica, denominada “sistema mixto” o “inquisitivo reformado”, “transformadora de todo el sistema penal en un instrumento del control estatal directo sobre los súbditos”²⁰ fue expandiéndose por toda Europa continental, pesando sobre él herencias del pasado como la persecución penal pública y la averiguación de la verdad histórica como objeto principal del procedimiento. Ello es debido a que el delito quebrantaba el orden y la paz social, siendo el Estado el encargado de comenzar la persecución penal, sin ser relevantes las voluntades particulares²¹.

Ésta es la semilla que da nacimiento al Ministerio Público Fiscal, figura estatal que llega nuestros días, encargada de ejercitar la acción penal pública, cuyas facultades son reglamentadas por la ley²², razón por la cual no puede ser equiparado al juez, en cuanto éste está solo sujeto a la ley, en tanto el primero se encuentra también sujeto a los intereses de la sociedad -o por lo menos el ideal contenido en el artículo 120 de nuestra Carta Magna lo prescribe-, expresados en el diseño de la política de persecución penal²³.

Así, llegamos al útero donde se gestó el régimen de obligatoriedad de inicio de la acción penal, contenido en el artículo 71 del Código penal, cuyo incumplimiento se tipificó en el artículo 274 del mismo cuerpo legal.

Fundamento constitucional del modelo de persecución

Sin lugar a dudas, la elección del modelo de persecución penal a regir en suelo argentino necesita de manera forzosa un respaldo constitucional.

El bloque de constitucionalidad federal se encargó de garantizar a la persona sometida a proceso, de manera indeclinable, un juicio previo fundado en ley anterior

²⁰ Maier, (1992), “La víctima y el sistema penal en De los Delitos y las Penas, pág. 186.

²¹ Maier, (1999) OP CIT pág. 449.

²² Según lo dispuesto por la CSJN, la fiscalía es una creación estatal cuyas funciones se limitan a las atribuidas por ley, careciendo de atribuciones o garantías constitucionales propias para actuar en procesos por fuera de tales habilitaciones legales (cf. “Arce”, Fallos, 320:2145, 14/10/1997).

²³ Ferrajoli, (2009), OP CIT págs. 578 y ss.

al hecho del proceso, pero de ese imperativo no se deriva la necesidad de llevar a todos los ilícitos cometidos a juicio. De igual manera señala Cafferata Nores, “la Constitución Nacional sólo impone condiciones para el ejercicio del poder punitivo del Estado, pero de ningún precepto surge que ante todo anoticiamiento de la posible comisión de un delito, se deba perseguir y castigar penalmente”²⁴.

Siendo más claro, sin una previa y abstracta definición legal por parte del legislador nacional (artículo 75 inciso 12 CN) del hecho considerado delictivo, y un posterior y eventual comienzo del procedimiento regulado con anterioridad por las provincias, no es posible condenar a una persona, debido a que de lo contrario no es derrotado el estado de inocencia del que goza todo ciudadano sometido a persecución penal. De esto surge, con una visión precipitada, que nuestras normas constitucionales no contienen ninguna norma que nos permita establecer cuál es el modelo de persecución que el constituyente ha elegido para nuestro país, pero no es así, ya que considero de manera conteste a Vitale, que “...nuestro sistema constitucional parece haber tomado partida por una política de persecución penal racional, necesitada de la vigencia del principio de oportunidad procesal. Ello surge del art. 1° de la Constitución Nacional Argentina, en cuanto adopta la forma republicana de gobierno, que exige racionalidad de los actos de gobierno. Una política de aplicación de la ley mínimamente racional debe responder al enunciado principio de oportunidad”²⁵.

En cuanto a las críticas que aducen que tal opción a favor del modelo de oportunidad, significa un detrimento del principio de igualdad, por el peligro de producirse una aplicación desigualitaria del derecho, hay que dejar en claro que la igualdad según la postura que afirma desde vieja data la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es mucho más amplia en cuanto a su interpretación (no es material) y más acotada en cuanto a su alcance²⁶, siendo definida por Gelli como “la igualdad

²⁴ Cafferata, (1997), "El principio de oportunidad en el derecho argentino", págs 5 y ss.

²⁵ Vitale, (1998), "Estado constitucional de derecho y derecho penal", pág. 78.

²⁶ La garantía prevista en el art. 16 de la Constitución Nacional no es otra que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente, que la verdadera igualdad consiste, en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ella y que cualquiera otra inteligencia o acepción de este derecho, es contraria a su propia naturaleza y al interés social (Fallos:

entre los iguales en iguales circunstancias, llamada igualdad formal”²⁷, ya que como de manera magistral sostiene Badeni, “así como la libertad constitucional es la libertad jurídica, la igualdad constitucional es también la igualdad jurídica y no la igualdad natural, especie esta última que no existe en el estado de naturaleza”²⁸. Por último, no hay que perder de vista que la Constitución no impide al legislador que establezca discriminaciones con respecto a cosas, personas o situaciones que son diferentes, es decir, carentes de igualdad, “siempre que ellas tengan un fundamento razonable y no resulten manifiestamente arbitrarias”²⁹.

¿Competencia legislativa nacional o provincial?

En la doctrina nacional existe un arduo debate acerca de si es materia de las provincias legislar sobre el principio de oportunidad, o de manera contraria, es competencia de la Nación hacerlo, conformando así la existencia de un piso mínimo de garantías, sometiendo a las provincias a dicho marco.

Recopilando las posturas de los juristas nacionales que considero más relevantes encontramos a Binder, quien determina que “carece de sentido que sea el Congreso Federal quien establezca, por ejemplo, las prioridades (principio de oportunidad) de esa persecución penal cuando esas prioridades están íntimamente vinculadas a las realidades locales y a las propias características y organización del derecho de los órganos requirentes y judiciales de cada provincia y sus posibilidades de actuación”³⁰. De manera similar, Ramella afirmaba que “el ordenamiento procesal está íntimamente vinculado a la organización judicial, de modo que si la Nación pudiera uniformar el derecho procesal impondría a las provincias una determinada manera de organizar su poder judicial y esto, además de conspirar contra la autonomía de

16:118; 123:16; 124:122, etcétera), (CSJN: “Carone, Eugenio c. Scorcione, Emilio L.”, 169:40,01/09/1933).

²⁷ Gelli, (2008), “Constitución de la Nación Argentina T II”, pág. 15.

²⁸ Badeni, (2006), “Tratado de derecho constitucional T I”, pág. 481.

²⁹ Badeni, (2006), OP CIT págs. 482-483.

³⁰ Binder, (1999), “Introducción al Derecho Procesal Penal”, pág. 216.

que gozan, podría crear serias dificultades en su aplicación por las diferencias de población, económicas y hasta de idiosincrasia de una y otra provincia argentina”³¹.

De manera contraria, Zaffaroni, con la intención de lograr una armonía entre el principio republicano, el principio de igualdad (sacrificado por el federalismo) y la protección de los derechos fundamentales, y sin que esto signifique un menoscabo a las potestades legislativas de los estados provinciales, plantea la necesidad de que el Congreso Nacional, en vistas al texto final del artículo 75 inciso 12 CN³², establezca una normativa para todas las legislaciones locales procesales penales de respeto mínimo de garantías individuales, siendo posible para el legislador provincial resguardar de manera más eficaz las garantías, pero nunca sobrepasar ese piso. Ésta además, entiendo, puede ser una línea interpretativa capaz de salvaguardar la constitucionalidad del artículo 71 CP.

Siguiendo la línea interpretativa del fallo Verbitsky³³, la desigualdad producida por afirmar la no existencia de una norma marco, genera una situación que hace que el principio federal cancele, deje sin operatividad al derecho a la igualdad ante la ley, y esto no es posible puesto que un principio con rango constitucional no tiene capacidad para eliminar otro de su mismo estatus. En consecuencia, la facultad del Congreso Nacional para dictar las leyes que requiera el establecimiento del juicio por jurados, parecen indicar que el Estado Federal ejerce cierto grado de legislación y orientación en materia procesal, con el fin de lograr un mínimo equilibrio legislativo que garantice un estándar de igualdad ante la ley.

Todo lo explicado, me conduce a afirmar que el establecimiento de criterios de disponibilidad de la acción penal pública en el Código Procesal Penal Federal, por parte del legislador nacional para el ámbito federal, establece un marco de garantías mínimas para las justicias locales, o sea para sus propios códigos rituales, negando

³¹ Ramella, (1997), 'Derecho Constitucional', citado por Said en "Sobre la facultad de las provincias de reglar el principio de oportunidad en la persecución penal", pág 59.

³² "Corresponde al Congreso dictar especialmente leyes generales para toda la Nación... y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados", Art. 75, inciso 12, in fine Constitución Nacional.

³³ CSJN: "Verbitsky, Horacio", 328:1146, 03/05/2005.

la posibilidad de menoscabar el piso mínimo federal, por ser un imperativo desde lo procesal para racionalizar (en lo posible) la persecución punitiva.

¿La acción tiene naturaleza sustancial o procesal?

Una vez superado el obstáculo anterior, hay que descifrar qué carácter posee la acción penal.

Entre los adherentes al sustancialismo se halla Soler, quien señala la necesidad de que el Código Penal sea el encargado de contener disposiciones, que parecerían ser a primera vista procesales, pero no tienen otra naturaleza que sustancial³⁴.

Otros juristas que se mantiene en similar línea interpretativa son Vélez Mariconde junto a Clariá Olmedo y Vázquez Rossi³⁵, quienes le otorgan a la acción la facultad de poder realizador, siendo similar al procesal, pero siempre manteniéndose dentro del derecho sustantivo³⁶, aunque no dejan de aclarar que el control que se realiza sobre su actividad corresponde al ámbito procesal³⁷.

Lascano, por su parte admite que la acción penal debe ser regulada por el Congreso Nacional en el Código Penal, por constituir la misma una modificación normativa material³⁸.

³⁴ “El estudio de las fases en que esa acción de los distintos órganos del Estado se desarrolla, para alcanzar el fin señalado, integra el campo del procedimiento penal; pero siendo la acción penal un poder absolutamente limitado en su contenido por las figuras jurídicas delictivas, se hace necesario distinguir algunas condiciones y formas bajo las cuales la potestad punitiva es entregada a los órganos que la han de hacer efectiva. Esas condiciones y límites, naturalmente, no forman parte del procedimiento, no son normas procesales, sino penales, porque contienen autolimitaciones de la pretensión punitiva, con las cuales la ley de fondo fija a la pretensión punitiva una especie de vida; distintos modos de nacimiento y de extinción”. Soler, (1992), “Derecho Penal Argentino T II”, págs. 527 y 528.

³⁵ Vázquez Rossi, (1996), “La defensa penal”, pág. 80.

³⁶ Clariá Olmedo, (2008), “Derecho Procesal Penal T I”, págs. 34, 96, 99 y 152.

³⁷ *Ibidem*, pág. 234.

³⁸ Lascano, (2009), “Las pautas político-criminales de la Constitución argentina, el tipo de injusto y los criterios de oportunidad procesal en la disponibilidad de la acción penal pública”, págs. 171 y 174.

En la vereda contraria se encuentran quienes sostienen la naturaleza procesal de la acción, pudiendo distinguir entre una vertiente más restrictiva de la autonomía provincial, y otra más amplia de dicha facultad.

Entre los primeros, uno de los exponentes es Zaffaroni, quien alega "por muchos que sean los esfuerzos dialécticos que se hagan, nos parece demasiado evidente que estas cuestiones pertenecen al derecho procesal (...) Decididamente, pretender que estas disposiciones tienen naturaleza penal es torcer las cosas"³⁹, sumando el argumento de que una disposición que le ordena a todo juez realizar un acto –tomar conocimiento directo y personal del imputado- no puede tener otra naturaleza que procesal, negando asimismo que se trate de condición de punibilidad, sino que la acción penal es requisito de procedibilidad, dado que cuando falta una condición de punibilidad se impone la absolución, por contrario, cuando falta un requisito de procedibilidad no hay proceso⁴⁰. Todo esto, a pesar que parece hacerlo concluir en que el encargado de legislar la misma corresponde a las provincias en sus respectivos Códigos Procesales, interpretando de manera dialéctica con su postura desarrollada en el apartado anterior en torno al principio de igualdad y su violación, los artículos 5⁴¹, 16⁴² y 75 inciso 12 de la Constitución Nacional, le llevan a sostener su necesaria legislación por parte del Congreso Nacional.

Highton y Maier son otros de los postulantes procesalistas restrictivos, explicando que la imposibilidad de disponibilidad de los poderes de realización en el ámbito penal se localizan impuestas por el Código Penal⁴³.

Una concepción más amplia de la autonomía provincial la podemos encontrar en Gelli, opinando que "no puede válidamente sostenerse en un Estado con un régimen federal como el nuestro que el gobierno central invada poderes que las provincias han optado por conservar (...) Todo sistema federal supone la existencia de dos órdenes de poder territorial entre los que se distribuyen atribuciones los estados

³⁹ Zaffaroni, (1998), "Tratado de Derecho Penal. Parte general T I", pág. 195.

⁴⁰ Zaffaroni, Alagia, Slokar, (2002) OP CIT págs. 166 y ss.

⁴¹ "Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia.." Art. 5 CN.

⁴² "...Todos sus habitantes son iguales ante la ley..." Art. 16 CN.

⁴³ Said, (1997), OP CIT pág 59; Highton, Alvarez, Gregorio, (1998), "Resolución alternativa de disputas y sistema penal" págs. 27 y 232.

federados y el Estado central. En esa dirección, el art. 121⁴⁴ sienta un principio propio de aquel sistema en virtud del cual los poderes delegados por los entes locales en el gobierno federal están taxativamente enunciados en la Constitución. En consecuencia, esas atribuciones delegadas constituyen competencias de excepción, amplias, pero no por eso menos excepcionales”⁴⁵.

De manera uniforme, Binder asegura que “si se ha aceptado que deban ser las mismas provincias quienes deban organizar el proceso es razonable también que ellas organicen el poder requirente y así sea aceptado sin mayor discusión”⁴⁶.

Si bien es cierto que tras realizar un análisis pormenorizado de la cuestión, respetar el principio federal - y su consiguiente legislación por parte de las provincias- se impone por sobre las demás teorías, es correcta la legislación de la acción realizada por el Congreso Nacional en el Código Procesal Penal Federal, cuya materia son únicamente los delitos federales⁴⁷ por afectar al Estado o a sus intereses.

Principio de legalidad

El sistema de persecución penal argentino a lo largo de la historia siempre tuvo en el lugar privilegiado al principio de legalidad, por su acogimiento al sistema inquisitivo⁴⁸, siendo el texto legal del artículo 71⁴⁹ y 274⁵⁰ del Código Penal su máximo exponente.

⁴⁴ “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”. Art. 121 CN.

⁴⁵ Gelli, (2008), OP CIT pág. 593.

⁴⁶ Binder, (1999),OP CIT págs. 215 y 216.

⁴⁷ Entre los que se encuentran el narcotráfico, delitos de lesa humanidad, evasión fiscal, contaminación ambiental, trata de personas, secuestros extorsivos, contrabando, delincuencia organizada, delitos contra la libertad de expresión, tráfico de piezas arqueológicas, delitos electorales, falsificación de moneda, delitos contra la administración pública, lavados de activos de origen ilícito.

⁴⁸ Maier, (1993), "Mecanismos de simplificación del procedimiento penal", pág. 12.

⁴⁹ “Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes: 1º. Las que dependieren de instancia privada; 2º. Las acciones privadas.” Art. 71 CP previo a la reforma por Ley N° 27.147 del año 2015.

⁵⁰ “El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes, será reprimido con inhabilitación absoluta de seis meses a dos años, a menos que pruebe que su omisión provino de un inconveniente insuperable.” Art. 274 CP.

No hay que dejar de destacar, que pese a la posible salvedad constitucional desarrollada anteriormente, el artículo 71 fue enérgicamente catalogado como inconstitucional entre otros por Gil Lavedra⁵¹ y Cafferata Nores⁵², aunque una interpretación posible del mismo sería que sólo prescribe la iniciación estatal obligatoria de todas las acciones públicas, es decir deber de investigar estatalmente todas las hipótesis delictivas definidas como públicas por el Código Penal, sin que esto signifique obligar a la acusación formal de estas conductas.

Entendido el principio de legalidad en su acepción más pura, supone el deber de ejercer la acción penal por parte de los órganos estatales determinados para cumplir con esa función, sin la posibilidad de que estos se inspiren en criterios políticos o de utilidad, careciendo así de la facultad de disponer de la acción penal. En palabras de Cafferata Nores, “es la automática e inevitable reacción del Estado a través de órganos predispuestos que, frente a la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo, se presenta ante los órganos jurisdiccionales reclamando la investigación, el juzgamiento y, si corresponde, el castigo”⁵³. Como señala Duce y Riego, “pone énfasis en la lucha sin tregua en contra del pecado (en su formulación canónica) o en contra del delito (en su formación laica)”⁵⁴.

Siguiendo a Roxin, el principio de legalidad “responde a la idea de retribución (...) según la cual el Estado para la realización de la justicia absoluta, tiene que castigar sin excepción toda violación a la ley penal”⁵⁵.

Entre los defensores del principio, son recurrentes sus hipótesis acerca de que su implementación es beneficiosa por resguardar de manera más óptima el principio de igualdad ante la ley penal, siendo por tal garante de la seguridad jurídica de los ciudadanos. Debido a lo trascendente que resulta la réplica he decidido dedicarle un apartado propio, sin por eso dejar de señalar que “estos principios funcionan básicamente como garantías frente al poder penal del Estado, y el principio de oportunidad (su principio inverso), no es precisamente, someter a un habitante al

⁵¹ Gil Lavedra, (1997), "Legalidad vs. acusatorio (una falsa controversia)", pág. 845.

⁵² Cafferata, (1997), OP CIT, pág 5.

⁵³ *Ibidem*, pág. 4.

⁵⁴ Duce, Riego, (2002), “ Introducción al nuevo sistema Procesal Penal”, pág. 175.

⁵⁵ Roxin, *Strafverfahrensrecht*. 25.A. S.85.

poder del Estado, sino, por el contrario, liberarlo de él al evitar su persecución⁵⁶, y que tal igualdad es sólo ilusoria por afectar de manera intencional el poder punitivo generalmente a los sectores marginales, vulnerables, con menor poderío que el que tiene aquel.

Otro postulado a favor del principio en cuestión contiene el argumento de que en caso de no aplicarlo se estaría infringiendo la independencia de los poderes del Estado, ya que si el legislador estableció a una conducta como contraria al orden normativo pasible de sanción, al intervenir otro órgano en el procedimiento y eludir dicha prescripción estaría haciendo irrealizable la función del primero. Pero esto no es así, en razón de que es imprescindible el control de los poderes en un sistema republicano, “logrando un equilibrio recíproco”⁵⁷.

¿El principio de legalidad nos garantiza igualdad?

La realidad nos indica que cumplir con el mandato proveniente del principio de legalidad -perseguir a todas las conductas que a simple vista encuadren en un tipo penal- es imposible fácticamente⁵⁸, de ahí que los órganos estatales realizan una selección, que al no estar regulada por ley, “lleva a situaciones incompatibles con el logro de afianzar la justicia señalado en el Preámbulo de la Ley Suprema”⁵⁹. Por tal motivo, según Hassemer, hay que aplicar “tanta legalidad como sea posible, tanta oportunidad como sea necesaria (política y económicamente)”⁶⁰.

Pero esta imposibilidad fáctica de cumplir el mandato de legalidad, no es tal si entiende que es uno de los modos de encubrir la selectividad estructural apoyada en el interés del Estado⁶¹. Y a esto apunta de igual manera Zaffaroni, quien da el ejemplo esclarecedor “si se diese la inconcebible circunstancia de que se

⁵⁶ Maier, (1999), OP CIT págs. 831 y ss.

⁵⁷ Cafferata, (1997), OP CIT, págs. 9 y ss.

⁵⁸ En la actualidad se acentúa cada vez más una inflación en la tipificación de conductas por parte del legislador, buscando poner un velo al control de la población. Recomiendo la lectura de Welzel, (1996), “Derecho Penal. Parte General”, págs. 22 y 23; Silva Sanchez, (1992), “Aproximación al derecho penal contemporáneo” págs. 245 y 305; Terragni, (2004), “El delito culposo”, pág. 84.

⁵⁹ D'Albora, Morello, (1993), “La justicia penal y sus alternativas”, pág. 2.

⁶⁰ Citado por Cafferata Nores, (1997) OP CIT pág. 30.

⁶¹ Binder, (2005), “Legalidad y oportunidad”, pág. 209.

incrementasen los poderes de éstas (las agencias judiciales) hasta llegar a corresponder a todo el ejercicio programado legislativamente, se produciría el indeseable efecto de criminalizar varias veces a toda la población”⁶².

El carácter estructural del proceso selectivo de la criminalización secundaria⁶³ ya reconoce un obstáculo fáctico insuperable, los hechos delictivos que no llegan a conocimiento de las agencias del sistema de justicia penal, fenómeno conocido como "cifra negra". Asumido esto, se produce el fenómeno de la priorización inversa, que consiste en “la tendencia del sistema a tratar primero lo más leve y lo más fácil de investigar y dejar para después (es decir "para nunca") lo más grave y más complejo”⁶⁴. Lo más leve, precisamente, es lo que recae sobre las personas portadoras de “estereotipos de delincuentes”⁶⁵, formado en gran medida por los medios de comunicación, y así, penetrando en la mente del imaginario colectivo. Por tal razón, el sistema penal se vuelve de manera premeditada impotente frente a los delitos de cuello blanco⁶⁶, invulnerables por cobertura política⁶⁷ y otros graves pero no habituales, los cuales no solo logran evitar la imposición de una pena, sino que esquivan su puerta de acceso al sistema penal. Estas situaciones son las que componen la denominada por Cafferata Nores “cifra dorada”⁶⁸, quienes utilizan -en caso excepcional de entrar al sistema penal- con el uso de las influencias que poseen técnicas que logran su impunidad⁶⁹.

De esta manera, podemos concluir que la selección funciona siempre, “sólo que si no está institucionalizada, al no existir control alguno, opera en forma caótica, informal e irracional”⁷⁰.

⁶² Zaffaroni, (1989), "En busca de la penas perdidas", pág. 30.

⁶³ “...las agencias judiciales, dada su pequeña capacidad frente a la inmensidad del programa que discursivamente se les encomienda, deben optar entre la inactividad o la selección, eligiendo esta última e imponiendo en la praxis que la impunidad sea siempre la regla y la criminalización secundaria la excepción”. Zaffaroni, Alagia, Slokar, (2002) OP CIT pág. 8.

⁶⁴ Cafferata, (1997), OP CIT, pág 15.

⁶⁵ Donde la clase social es solo uno de sus rasgos distintivos. Lo componen además su aspecto físico, caracteres étnicos, vestimenta, orientación e identidad sexual, etc.

⁶⁶ “...las personas de la alta clase social son actores fundamentales en un sinnúmero de delitos”. Sutherland, (1969), "El delito de cuello blanco", págs. 63 y ss.

⁶⁷ Zaffaroni, Alagia, Slokar, (2002) OP CIT pág. 11.

⁶⁸ Cafferata, (1997), OP CIT, pág 13.

⁶⁹ “su no investigación por decisiones expresas (v.gr., archivo de la denuncia) o como simple resultado de la intencional paralización del trámite (v.gr., prescripción)”. IDEM.

⁷⁰ Binder, (1987), "Ideas para una discusión sobre el fundamento de la reforma de la justicia criminal", pág 99.

Una frase magistral que resume lo antedicho se la atribuye Diógenes Laercio a Solón, “Las leyes son como las telas de araña, que aprisionan a los pequeños, pero son desgarradas por los grandes; el lenguaje es la imagen de la acción”⁷¹.

Principio de oportunidad

El inicio de este apartado va a consistir caracterizar al principio de oportunidad, de manera análoga a Baratta⁷², como una respuesta exigible en un estado de derecho donde rige el ideal de derecho penal mínimo, siendo una demostración de que existen otros modos de intervención con menor costo social a las clásicas respuestas punitivas. Otra definición correcta es la efectuada por Maier, para quien el principio de oportunidad consiste en “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 incondicionalmente, por motivos de utilidad social o razones político-criminales”⁷³. Al respecto, bien señala Binder que “este principio se convierte en rector de todas las actuaciones procesales, cuyo carácter es preeminentemente reductor de la violencia y cuya función es empujar el caso, en tanto sea posible —y esto nunca en una consideración abstracta o ex ante— hacia otras formas de solución con menor o nulo contenido de violencia”⁷⁴.

En el modelo norteamericano de persecución penal, el principio de oportunidad es la regla, y el fiscal “tiene amplia autoridad para decidir si investiga, si inicia formalmente la persecución, si garantiza inmunidad a un imputado, si negocia con él, también para elegir qué cargos formula, cuándo los formula y dónde los formula...”⁷⁵. En este sistema, siguiendo a Bovino, “ese dominio del proceso que

⁷¹ Citado por Hegel, (1995), “Lecciones sobre la historia de la filosofía T I”, pág 265.

⁷² Baratta, (1987), “Principios del derecho penal mínimo -para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal-”, pág. 632.

⁷³ Maier, (1999), OP CIT pág. 836.

⁷⁴ Binder, (2005), OP CIT pág. 212.

⁷⁵ Bovino, (2005), “Principios políticos del procedimiento penal”, pág. 26.

tiene el acusador estatal posibilita que las decisiones político-criminales tomadas por éste no puedan ser revisadas. Así, en los casos en que se ha solicitado un nuevo estudio del dictamen fiscal desestimatorio de la acción, no sólo se ha destacado el carácter ejecutivo del ejercicio de la acción penal, sino que también se llama la atención acerca de la inidoneidad intrínseca del Poder Judicial para evaluar ese tipo de decisiones⁷⁶. Aun así, rigen dos excepciones a esta discrecionalidad amplia, por un lado cuando estamos frente a una “persecución selectiva” basada en circunstancias ilegítimas como son las motivadas por cuestiones de religión, sexo, raza, etc, y en segundo lugar, cuando la “persecución es vindicativa”, o sea, cuando el fiscal ejerció la acción contra una persona que no incurrió en injusto penal por encontrarse dentro del marco de sus derechos constitucionales o legales⁷⁷.

Entre este modelo de oportunidad extrema u oportunidad libre y el de estricta legalidad, hay lugar para un tercer modelo -seguido por Francia, España y Alemania, entre otros- denominado legal oportunidad u oportunidad reglada, en donde las excepciones a la legalidad procesal las impone la misma ley. Este último modelo es el que compatibiliza con nuestra Carta Magna, y el que se recepta normativamente en el Código Procesal Penal Federal en el artículo 25, párrafo 2º⁷⁸.

Una de las críticas que recibe el principio en análisis, consiste en que su aplicación estaría dotando al fiscal de funciones jurisdiccionales que solo están -por mandato constitucional- en cabeza del órgano judicial. Roxin, de manera antagónica, responde que “en las decisiones de oportunidad, no se trata del Derecho, esto es, de la cuestión acerca del sí y del cómo el imputado se ha hecho acreedor de una pena, sino de la cuestión, a distinguir perfectamente de la anterior, de si, en el caso concreto, es útil una persecución o la imposición de una sanción. Éste no es un problema jurídico sino un problema político-jurídico”⁷⁹. Otra valoración negativa en

⁷⁶ Bovino, (1997), OP CIT pág. 58.

⁷⁷ *Ibidem*, pág. 59.

⁷⁸ “...El Ministerio Público Fiscal debe iniciarla (la acción pública) 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”. Art. 25, párrafo 2º CPPF.

⁷⁹ Roxin, (1993), “Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público”, pág. 46.

su aplicación responde a la problemática de la afectación al principio de igualdad, la cual fue desarrollada en los apartados anteriores respecto a su contracara, el principio de legalidad.

Entre las opiniones más relevantes en el ámbito académico, encontramos a Zaffaroni, Alagia y Slokar, quienes destacan que “incluso quienes lo rechazan (al principio de oportunidad) reconocen la necesidad de resolver casos en que la afectación es mínima y el poder punitivo revelaría una irracionalidad tan manifiesta como indignante”⁸⁰. Bovino, por su parte, agrega el razonamiento de que “la rigidez de los supuestos de oportunidad reglados y la asentada cultura inquisitiva que lleva a exagerar los controles judiciales sobre las decisiones no persecutorias del acusador estatal, conspiran contra la necesidad del Ministerio Público de establecer pautas genéricas de organización de la persecución”⁸¹.

Las razones por las cuales los autores consideran que es beneficioso su establecimiento se pueden reunir en el postulado de Cafferata Nores, “descongestionar el sistema judicial, simplificar y abaratar el proceso”⁸², pero a mi criterio, siguiendo la argumentación del presente escrito, su imperiosa inclusión no es otra que responder de manera racional a la selectividad sin control efectuada por las agencias ejecutivas a diario.

Para cerrar este apartado opte por incluir la expresión radical de Pastor, diciendo con mucha exactitud que “cuesta creer que nos falte tanto la creatividad y la innovación para conseguir sistemas penales de mejor factura, pues, en general, las reglas de disponibilidad o bien son ilegales o bien son mentira. Los hechos sin importancia no deberían ser punibles en la legislación, en lugar de serlo, pero pudiendo dejar de serlo a voluntad del fiscal, que es el más oscuro de los oscuros funcionarios judiciales”⁸³.

⁸⁰ Zaffaroni, Alagia, Slokar, (2002) OP CIT pág. 494.

⁸¹ Bovino, Hurtado, (2002), “Principio de oportunidad y proceso de reforma en América Latina. Algunos problemas de política criminal”, ponencia del XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología

⁸² Cafferata, (1997), OP CIT, págs 16 y 17.

⁸³ Pastor, (2015), “Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación”, págs. 40 y 41.

Análisis de las reglas de disponibilidad en el Código Procesal Penal Federal

En esta ocasión, mi objetivo es brindar una descomposición del título segundo, sección 2da del mencionado Código, abarcativa de los artículos 30, 31, 32, 33, 34 y 35.

- **Artículo 30**⁸⁴

La norma en cuestión recepta la disponibilidad de la acción en cabeza del Ministerio Público Fiscal, incluyendo los institutos contenidos en el artículo 59 inciso 5, 6 y 7 del Código Penal, por la modificación realizada por la Ley N° 27.147 del año 2015. Las restricciones surgen del párrafo final del artículo, entendiendo en primer lugar, que no puede promoverse la disponibilidad si estamos frente a una imputación contra funcionarios públicos en ejercicio o por razón de su cargo, quedando fuera de dicha prohibición los funcionarios imputados por causas ajenas a su función. En segundo lugar, imposibilitando criterios de oportunidad en casos de violencia doméstica, se legisló el precedente “Góngora”⁸⁵ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que impide la aplicación de la suspensión del juicio a prueba en hechos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar. En tercer lugar, las razones discriminatorias se establecen como un episodio alternativo -aunque muchas veces incluso- a la violencia doméstica, incorporando así los preceptos establecidos en las Leyes 23.179⁸⁶, 23.592⁸⁷, 24.417⁸⁸, 24.632⁸⁹, 26.485⁹⁰, entre otras.

⁸⁴ “Disponibilidad de la acción. El representante del Ministerio Público Fiscal puede disponer de la acción penal pública en los siguientes casos: a. Criterios de oportunidad; b. Conversión de la acción; c. Conciliación; d. Suspensión del proceso a prueba. No puede prescindir ni total ni parcialmente del ejercicio de la acción penal si el imputado fuera funcionario público y se le atribuyera un delito cometido en el ejercicio o en razón de su cargo, o cuando apareciere como un episodio dentro de un contexto de violencia doméstica o motivada en razones discriminatorias. Tampoco podrá en los supuestos que resulten incompatibles con previsiones de instrumentos internacionales, leyes o instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal fundadas en criterios de política criminal” Art. 30 CPPF.

⁸⁵ CSJN, “Góngora, Gabriel Arnaldo” 336:392, 23/04/2013

⁸⁶ Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.

⁸⁷ Contiene sanciones para quienes ejecuten actos discriminatorios

⁸⁸ Ley de protección contra la violencia familiar.

⁸⁹ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

⁹⁰ Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que desarrollen sus Relaciones Interpersonales.

Termina el artículo señalando que tampoco podrá ser ejercida la oportunidad en supuestos incompatibles con instrumentos internacionales, incluyendo así los Tratados, Convenciones, Documentos, etc, en los que nuestro país es parte, como así también, cuando sea contraria a imperativos surgidos de la Ley 27.148⁹¹.

- **Artículo 31 inciso a**⁹²

El artículo comienza receptando el principio de insignificancia, reconocido por la doctrina nacional entre otros por Zaffaroni⁹³, considerando que “la idea de bien jurídico tutelado, deglute y neutraliza el efecto limitante de la de bien jurídico afectado o lesionado (...) El principio de que todo delito presupone la lesión de un bien jurídico, por efecto de esta alquimia discursiva, deriva en que todo bien jurídico lesionado por el delito está tutelado, y de allí se pasa rápidamente a que todo bien jurídico demanda una tutela, lo que instiga a la penalización sin lagunas (...) Detrás de esto queda un único bien jurídico, que es la voluntad del estado⁹⁴ (...) No se trata sólo de una manifestación del principio de ultima ratio, sino del propio principio republicano, del que se deriva directamente el principio de proporcionalidad, como demanda de cierta relación entre la lesión al bien jurídico y la punición”⁹⁵.

Cornejo por su parte, sostiene que “permite no enjuiciar conductas socialmente irrelevantes, garantizando no sólo que la justicia se encuentre más desahogada o bien menos atosigada, permitiendo también que hechos nimios no se erijan en una suerte de estigma prontuarial para sus autores y al mismo tiempo abre la puerta a una revalorización del derecho contravencional”⁹⁶.

Sin embargo, hay que destacar que la insignificancia en la lesión al bien jurídico debe ser analizada en cada caso por separado, siendo posible que en algunas

⁹¹ Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal.

⁹² “Los representantes del Ministerio Público Fiscal podrán prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho en los casos siguientes: a. Si se tratara de un hecho que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público” Art. 31 inciso a CPPF.

⁹³ Zaffaroni, (1981), "Tratado de derecho penal, parte general T III", pág. 554.

⁹⁴ Zaffaroni, Alagia, Slokar, (2002) OP CIT pág. 128.

⁹⁵ Ibídem, págs. 494 y 495.

⁹⁶ Cornejo, (1997), “Teoría de la insignificancia”, pág. 59.

situaciones la misma afectación puede ser y no ser insignificante -dependiendo del sujeto afectado, el contexto de su realización, etc-.

Hay que destacar que, de manera errónea, la virtualidad de este principio fue negada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Adami Leonardo”⁹⁷, señalando que “la insignificancia, sólo puede jugar cuando es tal que lleva a despojar la cosa de ese carácter. Es que no se atiende a la entidad de la lesión patrimonial, sino a la violación al derecho de propiedad, independientemente del mayor o menor valor de la cosa, aspecto que es relevante sólo a los fines de graduar la pena”, o sea, el delito queda configurado y la pena será reducida de acuerdo a las estipulaciones que contiene el artículo 41 del Código Penal⁹⁸.

Concluyendo, la legislación del principio de insignificancia en el ámbito procesal federal, no es más que la recepción de una situación de necesidad afirmada desde hace décadas por la doctrina dominante y las legislaciones locales, lo que constituye una respuesta favorable al respeto de garantías que todo ciudadano debe gozar en un estado de derecho liberal, aunque no del todo satisfactoria, por solamente otorgar la “posibilidad” al Ministerio Público Fiscal de aplicarlo y no su obligación.

- **Artículo 31 inciso b**⁹⁹

⁹⁷ CSJN “Adami” 308:1797, 25/9/1986.

⁹⁸ “A los efectos del artículo anterior (circunstancias atenuantes o agravantes), se tendrá en cuenta: 1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados; 2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad..” Art. 41 CP.

⁹⁹ Los representantes del Ministerio Público Fiscal podrán prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho en los casos siguientes: b. Si la intervención del imputado se estimara de menor relevancia, y pudiera corresponder pena de multa, inhabilitación o condena condicional” Art. 31 inciso b CPPF.

En este supuesto se recepta la insignificancia de la participación, pero limitada siempre a delitos con pena de multa e inhabilitación, o en casos donde sea posible aplicar una condena de ejecución condicional¹⁰⁰.

- **Artículo 31 inciso c¹⁰¹**

La idea de pena natural refiere a la situación fáctica que se ha producido como daño colateral en la persona del imputado como consecuencia accesoria del delito imputado, sufriendo un mal grave. Uno de sus primeros inventores fue Hobbes, al sostener que “ciertas acciones llevan consigo, por naturaleza diversas consecuencias perniciosas, como, por ejemplo, cuando un hombre al atacar al otro resulta muerto o herido, o cuando cae enfermo por hacer algún acto ilegal, semejante daño, aunque con respecto a Dios, que es el autor de la Naturaleza, puede decirse que es infringido por Él y constituye por lo tanto un castigo divino, no está contenido bajo la denominación de una pena con respecto a los hombres, porque no es infringido por la autoridad de éstos”¹⁰².

Según Zaffaroni, “en supuestos semejantes la imposición de una pena sería innecesaria y desproporcionada, porque los fines de prevención de toda pena, sea especial o general, se cumplieron; entonces no hay necesidad de pena, porque el daño causado por el delito resultó infinitamente menor que el daño que padeció el acusado al cometerlo y/o la pena aparece como totalmente desproporcionada”¹⁰³. La no aplicación de este principio, receptado jurisprudencialmente^{104 105}, implicaría la

¹⁰⁰ “En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. El tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio, pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto. Igual facultad tendrán los tribunales en los casos de concurso de delitos si la pena impuesta al reo no excediese los tres años de prisión. No procederá la condenación condicional respecto de las penas de multa o inhabilitación.” Art. 26 CP.

¹⁰¹ Los representantes del Ministerio Público Fiscal podrán prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho en los casos siguientes: c. Si el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que tornara innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena”. Art. 31 inciso c CPPF.

¹⁰² Hobbes, (2007), “Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica civil”, pág. 255.

¹⁰³ Zaffaroni, Alagia, Slokar, (2002) OP CIT pág. 739.

¹⁰⁴ TCPBA sala II, “B., J. S. s/recurso de casación”, 16/8/07.

imposición de una pena cruel, inhumana y degradante, generando así responsabilidad internacional del estado argentino por violar instrumentos internacionales.

De manera errónea, se negó la aplicación de este principio en la causa "Ayala"¹⁰⁶, afirmando que "las consecuencias sufridas e incluso aun otras de mayor gravedad, debieron representarse como una derivación natural del propio actuar, por ello debe ser tolerada, no eximiendo de pena".

La recepción del principio por parte del legislador en el Código Procesal Penal Federal, sin distinción entre conductas dolosas o culposas, da por resultado que ya no sea un eximente de pena, sino -de manera correcta- un freno para la iniciación y prosecución de la acción penal.

- **Artículo 31 inciso d**¹⁰⁷

La razón de ser de este postulado radica en la opción por renunciar a la persecución penal de algunos hechos delictivos, para destinar toda la atención al hecho más grave o con más medios probatorios obtenidos, que se están sustanciando en distintos procesos en forma simultánea, o bien, cuando en el mismo proceso se imputan varios hechos.

Señala Solimine, "teniendo en cuenta que según prevé el art. 32 del nuevo CPPF, la decisión que prescinda de la persecución penal pública por criterio de oportunidad

¹⁰⁵ "el principio de proporcionalidad de la pena, que opera únicamente para limitar los excesos del poder punitivo estatal respecto de eventuales transgresiones a las leyes, y que determina que la proporcionalidad no puede resolverse en fórmulas matemáticas, sino que sólo exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un Estado de derecho (...) son incompatibles con la Constitución las penas que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana". CSJN "Paupelis", 314:424, 14/05/1991.

¹⁰⁶ CFCP sala IV, "Ayala", 30/4/2003.

¹⁰⁷ "Los representantes del Ministerio Público Fiscal podrán prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho en los casos siguientes: d. Si la pena que pudiera imponerse por el hecho careciera de importancia en consideración a la sanción ya impuesta, o a la que deba esperarse por los restantes hechos investigados en el mismo u otro proceso, o a la que se impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero." Art. 31 inciso d CPPF.

permitirá declarar extinguida la acción pública con relación a la persona en cuyo favor se decide, salvo que se proceda a la conversión de acción pública en privada, resultaría criterioso prever expresamente que la acción penal recién se extinguirá con la condena firme por los hechos efectivamente perseguidos y aclarar que si fracasa la persecución iniciada, se pueda retomar el ejercicio de la acción por los hechos que no habían sido perseguidos por aplicación de la regla del art. 31, inc. d”¹⁰⁸.

Por último, en cuanto a la referencia final del inciso sobre la pena que se impuso o impondría en el extranjero, la misma se asocia a la existencia de pedidos de extradición para el cumplimiento de la pena o su juzgamiento.

- **Artículo 32**¹⁰⁹

La aplicación de los criterios de oportunidad y su consiguiente omisión de iniciar el procedimiento penal, tendrá por resultado la declaración de extinción de la acción pública, dejando a salvo la facultad de la víctima de impedirlo al solicitar la conversión de dicha acción en privada.

Respecto a la motivación de la decisión del fiscal, señala Figari¹¹⁰ que “si bien la decisión que obvia la persecución penal pública por aplicación de los criterios de oportunidad, al estar por el texto de la norma, no requiere una motivación en tal sentido, razonablemente se debe entender que al tratarse de la extinción de la acción pública (art. 59 inc. 5 ley 27.147) y consiguientemente formalizarse por una sentencia de sobreseimiento el cual es solicitado por el Ministerio Público Fiscal conforme el art. 235 inciso a (actual 268 inciso a) y 236 inciso g (actual 269 inciso g) debe ser motivado de acuerdo al art. 88, 2º párr. (actual 90 segundo párrafo)”.

¹⁰⁸ Solimine, Marcelo, (2015), “El nuevo Código Procesal Penal de la Nación y el principio de oportunidad”, págs. 8 y 9.

¹⁰⁹ “Efectos. La decisión que prescinda de la persecución penal pública por aplicación de criterios de oportunidad permitirá declarar extinguida la acción pública con relación a la persona en cuyo favor se decide, salvo que se proceda de acuerdo a lo establecido en el último párrafo del artículo 252.” Art. 32 CPPF.

¹¹⁰ Figari, (2015), “El principio de oportunidad o disponibilidad de la acción penal en el Código Penal (ley 27.147) y en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (ley 27.063)”, pág 21.

- **Artículo 33¹¹¹**

Este artículo constituye un límite al accionar discrecional del Ministerio Público Fiscal, contraponiendo el derecho que le asiste a la víctima de una tutela judicial efectiva¹¹². En palabras de Crocioni, “el hecho de que en determinados casos la víctima pase a ocupar el lugar del fiscal no sólo implica una reasignación de los roles sino que trae aparejado asumir responsabilidades realmente importantes por parte de quienes llevarán adelante la acusación privada”¹¹³.

Así, en caso de que el primero considere procedente la aplicación de un criterio de oportunidad, la víctima podrá convertir esa acción pública desechada por el fiscal en privada, y continuar su trámite judicial.

Al final del artículo se encuentra una condición de procedibilidad del instituto en cuestión, prescribiendo que si la acción delictiva afectó a más de una persona, todas ellas deberán prestar su consentimiento para convertir la acción pública en privada, aunque sólo una de ellas sea la que se constituyó en parte querellante.

Posteriormente, su ejercicio deberá atenerse a los estipulado por los artículos 314/322 del Código Procesal Penal Federal.

Una de las críticas que sufre este dispositivo es por parte de Pastor, quién dice “esas características básicas del derecho penal (mínimo, moderado, humanista, subsidiario, de ultima ratio) gritan que si algo no debe haber es delitos de acción privada. ¿A quién se le ocurre punir hechos de nula gravedad, que no despiertan interés público alguno y que están ya bien atendidos en otras ramas del ordenamiento jurídico? Una política criminal decente debería abolir del Código Penal los delitos de acción privada. En lugar de eso, este Código Procesal los multiplica como si fueran panes y peces... Para salvar la crítica acerca de la competencia

¹¹¹ “Conversión de la acción. A pedido de la víctima la acción penal pública podrá ser convertida en acción privada en los siguientes casos: a. Si se aplicara un criterio de oportunidad; (...) En todos los casos, si existe pluralidad de víctimas, será necesario el consentimiento de todas, aunque sólo una haya ejercido la querrela.” Art. 33 CPPF.

¹¹² “Derechos de la víctima. La víctima tiene derecho a una tutela judicial efectiva, a la protección integral de su persona, su familia y sus bienes frente a las consecuencias del delito, a participar del proceso penal en forma autónoma y a solicitar del Estado la ayuda necesaria para que sea resuelto su conflicto. Las autoridades no podrán, bajo pretexto alguno, dejar de recibir sus denuncias o reclamos y de poner inmediatamente en funcionamiento los mecanismos legales previstos para su tutela efectiva.” Art. 12 CPPF.

¹¹³ Crocioni, (2015), “Tratado de Derecho Procesal Penal T I”, pág. 740.

legislativa la ley 27.147 también le hizo decir al Código Penal (nuevo art. 73) que a partir de ahora 'las leyes procesales correspondientes' pueden crear como nuevos delitos de acción privada aquellos que surjan 'de la conversión de la acción pública en privada o de la prosecución de la acción penal por parte de la víctima. Salvataje frustrado, pues, otra vez lo mismo, el oficio de separar las acciones públicas de las privadas es del legislador sustantivo y no puede conferírsele a nadie más'¹¹⁴.

- **Artículo 34**¹¹⁵

La norma genérica se encuentra en el Artículo 22¹¹⁶ del mismo código. Es tarea del juez junto a los fiscales brindar soluciones que creen un estado de armonía y paz entre las partes, y en este caso, se le da la posibilidad a estas últimas -imputado y víctima- de lograrlo mediante el instituto de la conciliación, el cual constituye una solución alternativa de mejor calidad en relación a las reacciones punitivas tradicionales.

No dice nada el artículo acerca de la reparación del daño causado, la cual se entiende pasible de ser incorporada en el acuerdo conciliatorio, pero no obligatoria. En el artículo 317 encontramos regulada la audiencia de conciliación, tolerando que se efectúe en cualquier estado del juicio, y el artículo 320 indica que solo se puede proceder el trámite si no se logra dicho acuerdo.

¹¹⁴ Pastor, (2015), OP CIT pág. 45.

¹¹⁵ "Conciliación. Sin perjuicio de las facultades conferidas a los jueces y representantes del Ministerio Público Fiscal en el artículo 22, el imputado y la víctima pueden realizar acuerdos conciliatorios en los casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte. El acuerdo se presentará ante el juez para su homologación, si correspondiere, en audiencia con la presencia de todas las partes.

La acreditación del cumplimiento del acuerdo extingue la acción penal; hasta tanto no se acredite dicho cumplimiento, el legajo debe ser reservado. Ante el incumplimiento de lo acordado, la víctima o el representante del Ministerio Público Fiscal podrán solicitar la reapertura de la investigación." Art. 34 CPPF.

¹¹⁶ "Solución de conflictos. Los jueces y los representantes del Ministerio Público procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social." Art. 22 CPPF.

Por último, hay que resaltar que la conciliación genera la extinción de la acción penal, según lo ordena el artículo 59 inciso 6¹¹⁷ del Código Penal, incorporado por la Ley N° 27.147 del año 2015.

- **Artículo 35¹¹⁸**

Este artículo incorpora la interpretación amplia del instituto, siguiendo la postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Acosta”¹¹⁹.

Una de las novedades es la posibilidad de que el instituto se aplique a extranjeros que hayan sido sorprendidos en flagrancia de un delito o imputados por un delito con pena privativa de la libertad cuya escala penal mínima no sea superior a tres años de prisión.

La consecuencia de la aplicación del artículo va a ser la expulsión del extranjero del territorio nacional -incluyendo la prohibición de reingreso que no puede ser inferior a cinco años ni mayor de quince-, bajo condición de que no vulnere el derecho de reunificación familiar.

¹¹⁷ “La acción penal se extinguirá: 6) Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes”. Artículo 59 inciso 6 CP.

¹¹⁸ “Suspensión del proceso a prueba. La suspensión del proceso a prueba se aplicará en alguno de los siguientes casos: a. Cuando el delito prevea un máximo de pena de tres (3) años de prisión y el imputado no hubiere sido condenado a pena de prisión o hubieran transcurrido cinco (5) años desde el vencimiento de la pena; b. Cuando las circunstancias del caso permitan dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable; c. Cuando proceda la aplicación de una pena no privativa de la libertad.

En caso de tratarse de una persona extranjera, también podrá aplicarse cuando haya sido sorprendida en flagrancia de un delito, conforme el artículo 217 de este Código, que prevea pena privativa de la libertad cuyo mínimo no fuere superior a TRES (3) años de prisión. La aplicación del trámite previsto en este artículo implicará la expulsión del territorio nacional, siempre que no vulnere el derecho de reunificación familiar.

La expulsión dispuesta judicialmente conlleva, sin excepción, la prohibición de reingreso que no puede ser inferior a cinco (5) años ni mayor de quince (15).

El imputado podrá proponer al fiscal la suspensión del proceso a prueba. Dicha propuesta podrá formularse hasta la finalización de la etapa preparatoria, salvo que se produzca una modificación en la calificación jurídica, durante el transcurso de la audiencia de juicio, que habilite la aplicación en dicha instancia. (...) Se celebrará una audiencia a la que se citará a las partes y a la víctima, quienes debatirán sobre las reglas de conducta a imponer.(...) La víctima tiene derecho a ser informada respecto del cumplimiento de las reglas de conducta.

Si el imputado incumpliere las condiciones establecidas, el representante del Ministerio Público Fiscal o la querrela solicitarán al juez una audiencia para que las partes expongan sus fundamentos sobre la continuidad, modificación o revocación del juicio a prueba. En caso de revocación el procedimiento continuará de acuerdo a las reglas generales. La suspensión del juicio a prueba también se revocará si el imputado fuera condenado por un delito cometido durante el plazo de suspensión.

Los extranjeros en situación regular podrán solicitar la aplicación de una regla de conducta en el país.” Art. 35 CPPF.

¹¹⁹ CSJN “Acosta, Alejandro Esteban s/infracción”, 23/04/2008.

El último párrafo de esta normativa dispone que los extranjeros en situación “regular” podrán solicitar la aplicación de una regla de conducta en el país. Al parecer, la expulsión mencionada anteriormente se aplica solamente a los extranjeros que se encuentren en una situación “irregular”, desde el punto de vista migratorio¹²⁰.

Va a ser tarea de la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidir acerca de la constitucionalidad de este artículo, el cual a simple vista no tiene coherencia con los postulados del plexo supralegal.

En palabras de D'albora, “su eventual aplicación es en el marco de un procedimiento voluntario para el imputado, dirigido a evitar la realización del debate y la posibilidad de que recaiga una condena en su contra”¹²¹.

Conclusión

Para terminar, quería realizar algunas reflexiones, sumadas a las ya realizadas a lo largo del presente ensayo.

El tema tratado, si bien es de suma importancia, durante años estuvo solidificado al existir académicos que intencionalmente negaron cualquier aplicación de datos empíricos, y así crearon una sociedad artificial, cuya política criminal adoptada -incentivada por ellos mismos- no hizo más que ampliar al poder punitivo a situaciones totalmente perniciosas para el ideal racional. Un ejemplo fue considerar al principio de legalidad como regla del sistema de persecución, y al de oportunidad su excepción, lo cual no se corresponde con nuestro marco normativo constitucional y es necesario invertir dicho postulado, dado que toda solución no violenta es política y moralmente superior a una respuesta violenta.

¹²⁰ La ley de migraciones 25.871 en su art. 64 se encarga de regular los actos administrativos de expulsión de extranjeros que se encuentren en situación irregular.

¹²¹ D'Albora, (2015), “Prólogo: Presentación del Dr. Nicolás D'Albora al “Código Procesal Penal de la Nación”, pp XXXI.

En cuanto al Código Procesal Penal Federal, si bien sus disposiciones son novedosas en el ámbito federal, no así lo son en el ámbito provincial, donde muchas provincias incluso tienen un principio de oportunidad más amplio, y por tanto, mucho más garantizador de un estado de derecho liberal. Además, siguiendo las enseñanzas de Ferrajoli, “no hay relación o nexo teórico, lógico o funcional entre modelo acusatorio y discrecionalidad de la acción penal, discrecionalidad que sin embargo ha caracterizado siempre a la experiencia práctica —antigua y moderna— del proceso acusatorio (...) paralelamente, aunque la obligatoriedad e irrevocabilidad de la acción penal, sean institutos que hayan nacido en el seno de la tradición inquisitiva, no es típicamente característico de este modelo”¹²². Esto nos sirve para identificar, que si bien el actual Código Procesal Penal Federal incorpora criterios de oportunidad, no por eso hay que hablar de él como acusatorio.

No hay que perder de vista, que si bien es un pequeño avance hacia un ideal liberal, toda efectividad de los criterios de oportunidad reglados en el flamante código, dependerá de las leyes de organización judicial y del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa, puesto que, la mera declaración de derechos no los vuelve efectivos en la realidad, y en caso de que no ocurra dicho respaldo, la búsqueda reglamentación de la selectividad no dejaría de seguir siendo arbitraria.

Según Baratta, existen dos paradigmas en materia de política criminal a seguir, “el primero tendiente a garantizar la seguridad de pequeños grupos socialmente fuertes respecto de los peligros que provienen de los grupos carentes del disfrute de derechos fundamentales, produciendo un aislamiento de la política criminal como política simbólica represiva. El segundo, por el contrario, busca la seguridad de los derechos de todos y la solución no violenta de los conflictos y de los fenómenos de desviación”¹²³. Siguiendo estas conclusiones, nuestro avance legislativo en materia procesal penal federal es simplemente temporal, y no así de contenido de fondo significativo, por no poder por el momento salir del primer modelo.

¹²² Ferrajoli, (2009), OP CIT págs. 563, 567 y ss.

¹²³ Baratta, (2006), "Seguridad en criminología y sistema penal", págs. 210 y ss.