

# EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL Y PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Por RICARDO J. MENDAÑA<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. Sistema inquisitivo y legalidad procesal. II. Modelo Acusatorio, acción pública y principio de Oportunidad. III. Ejercicio de la acción penal: ¿cuestión del derecho procesal o penal? IV. Conclusiones.

## I. Sistema inquisitivo y legalidad procesal

1. Un aspecto que creemos característico del sistema inquisitivo es la expropiación del poder de los sujetos involucrados, especialmente el poder de la víctima<sup>2</sup>, en la resolución de sus conflictos, desvirtuando una aspiración central del derecho penal moderno, esto es que el poder penal del Estado se ejerza como *ultima ratio*.

Y una de las formas para concretar esta “expropiación” es mediante el llamado “principio de legalidad procesal” que, al decir de CAFFERATTA NORES, “*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)*”<sup>3</sup>.

El “paternalismo estatal” no sólo implica el monopolio legítimo de la fuerza sino la posición de “garante de las condiciones de vida pacífica elementales”<sup>4</sup>; y el concepto de “bien jurídico tutelado”<sup>5</sup> termina sirviendo para la anonimidad de la víctima y para llevar la tutela penal más allá del daño real provocado a los titulares de tales bienes jurídicos<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Fiscal de Cámara, Neuquén, Consejero Regional de la Asoc. Argentina de Derecho Procesal, Director Regional del INECIP. E-mail mend@neunet.com.ar

<sup>2</sup> Sostiene Maier que la víctima, que otrora ocupara un plano sobresaliente de la reflexión penal, “fue desalojada de ese pedestal, abruptamente, por la inquisición, que expropió todas sus facultades, al crear la persecución penal pública, desplazando por completo la eficacia de su voluntad en el enjuiciamiento penal, y al transformar todo el sistema penal en un instrumento del control estatal directo sobre los súbditos” (Maier, Julio B., “La víctima y el sistema penal”, en De los Delitos y las Penas, pág. 186).

<sup>3</sup> Cafferatta Nores, José “El Principio de Oportunidad en el Derecho Penal Argentino. Teoría, realidad y perspectivas”, en Nueva Doctrina Penal, t. 1996/A, pág. 3. En igual sentido Jorge Vázquez Rossi: “El delito deja de ser entendido como daño y es fundamentalmente valorado como desobediencia y, por ello, como una suerte de ataque al soberano quien, consecuentemente, tenía la facultad de castigar para restablecer la autoridad vulnerada y disuadir ejemplarmente la posible comisión de conductas semejantes” (Vázquez Rossi, Jorge, “Derecho Procesal Penal”, T I 304).

<sup>4</sup> Maier, Julio B., ob. cit., pág. 187.

<sup>5</sup> Explican Zaffaroni – Alagia - Slokar que según el *principio de lesividad* “ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo (...) El concepto de *bien jurídico* es nuclear en el derecho penal para la realización de este principio, pero inmediatamente se procede a equiparar *bien jurídico lesionado o afectado* con *bien jurídico tutelado*, identificando dos conceptos sustancialmente diferentes, dado que lo único verificable es que confisca un conflicto que lo lesiona o pone en peligro” (Derecho Penal .Parte General, pág. 128).

<sup>6</sup> Alberto Bovino destaca que el “bien jurídico no es otra cosa que la víctima objetivada en el tipo penal. Y está objetivada porque, luego de ser constituida y de permitir la intervención penal, debe ser excluida.

La idea de bien jurídico tutelado, “deglute y neutraliza el efecto limitante de la de bien jurídico afectado o lesionado”<sup>7</sup>

Por otra parte, la escasa relevancia de la voluntad de la víctima en el proceso penal, que es sustituida por la voluntad de diversos órganos estatales, “contrasta también con el papel enorme que la voluntad de la víctima (consentimiento) juega en el derecho penal material para establecer si un comportamiento es un ilícito penal o no lo es”<sup>8</sup>

El sostén argumental principal utilizado a su favor gira alrededor del *principio de igualdad* ante la ley, pero curiosamente es en la desigual aplicación de la ley penal donde se hacen fuertes sus críticos<sup>9</sup>.

El principio de legalidad, afirman DUCE y RIEGO, “constituye una de las herencias centrales del sistema inquisitivo”<sup>10</sup>, y el mismo resulta coherente con su ideología “que pone énfasis en la lucha sin tregua en contra del pecado (en su formulación canónica) o en contra del delito (en su formación laica), o sea, en la que no se puede dejar de perseguir y sancionar todo delito cometido”<sup>11</sup>.

Durante mucho tiempo las negativas consecuencias de la aplicación del principio de legalidad resultaban menos visibles o aparecían disimuladas, quizás porque la sociedad se veía a sí misma más homogénea de lo que realmente era o porque se mantenía un nivel de conflictividad más manejable. Con el correr del tiempo el sistema penal mostró su incapacidad para hacer frente a la inmensa demanda de decisiones que se vuelca en las agencias del sistema penal.

2. Frente a la imposibilidad de procesar todos los casos opera algún mecanismo de selección. La estructura de cualquier sistema penal -expresa ZAFFARONI- “hace que jamás pueda respetar la legalidad procesal. El discurso jurídico-penal programa un número increíble de hipótesis en que, a estar al ‘deber ser’, el sistema interviene represivamente de un modo ‘natural’ (o mecánico), pero las agencias del sistema penal disponen apenas de una capacidad operativa ridículamente inferior en comparación con la magnitud de lo planificado”<sup>12</sup>

---

Este particular mecanismo de inclusión-exclusión permite que el Estado actúe en su nombre, ocupe su lugar, es decir como si fuera la víctima” (Bovino, Alberto, “Sobre el consentimiento del no ofendido”, en Rev. Derecho Penal, , 2, pág. 3).

<sup>7</sup> Zaffaroni – Alagia - Slokar, “Derecho Penal. Parte General”, pág.128. Refieren que “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 estado”.

<sup>8</sup> Maier, Julio.B. “El sistema penal hoy: entre la inquisición y la composición”, en Rev. Derecho Penal, 2, pág. 48).

<sup>9</sup> Confr.: Horvitz Lennon, M.I. “Ministerio Público y Selectividad”, en Pena y Estado, t. 2, pág. 112 y sigs.; Cafferatta Nores, José, ob.cit.pág. 8,...; Maier, Julio B. “El sistema penal hoy ...”, pág. 47).

<sup>10</sup> Duce, Mauricio, Riego R., Cristian, “Introducción al nuevo sistema Procesal Penal”, año 2002, pág. 175.

<sup>11</sup> Ibidem. Y agregan: “El principio de legalidad descansa, en una buena medida, en una creencia empírica o fáctica que podríamos denominar el mito de la no impunidad, esto es, la creencia de que ese principio puede ser cumplido en la práctica, es decir, que todos los delitos pueden ser investigados y eventualmente sancionados en el funcionamiento concreto de los sistemas de justicia criminal”.

<sup>12</sup> Zaffaroni, Eugenio R. “En Busca de las Penas Perdidas”, pág. 30. Y añaden: “la disparidad entre el ejercicio del poder programado y la capacidad operativa de las agencias es abismal y, por otra parte, si diese la inconcebible circunstancia de que su poder se incrementase hasta llegar a corresponder a todo el

La imposibilidad material de las agencias judiciales de intervenir eficazmente frente a todos los asuntos que llegan al sistema trae aparejada una “selectividad estructural del sistema penal”, es decir un ámbito donde se puede ejercer con alto grado de arbitrariedad el poder penal<sup>13</sup>.

Por esta razón la selección se produce de los modos más diversos, dependiendo de la estructura de la agencia judicial y aún de las características del funcionario o empleado en quien se ha delegado (legal o ilegalmente) la función, siempre de un modo ajeno a cualquier política criminal razonable. Mientras unas causas avanzan con cierta celeridad, otras quedan estancadas, prescriben, o llegan a juicio con insuficiente andamiaje probatorio<sup>14</sup>.

La priorización suele responder a la existencia de personas detenidas, lo cual puede parecer muy razonable pero deja de serlo si se observa la vocación del sistema por privar de libertad a los miembros más vulnerables de la sociedad. Otras veces responde a la simplicidad de la investigación, de modo que aquellas cuestiones relacionadas con prueba compleja (estafas, malversaciones, asociaciones ilícitas) o dificultadas por la cantidad de imputados o el número de delitos (reiteración de hechos menores, bandas, etc.) quedan en el camino rumbo a la prescripción o a demoras de tal magnitud que desvirtúan por completo el sentido de la reacción punitiva estatal.

3. La realidad entonces muestra una situación curiosa y perversa, pues como lo que llega al sistema no puede ser totalmente investigado, juzgado y sancionado, como hay una impotencia de los órganos públicos para dar abasto frente a este número de delitos, el proceso de selección se orienta hacia una priorización inversa<sup>15</sup>; *se hace en forma “caótica, informal e irracional”*<sup>16</sup>

Frente a la aludida disparidad existente entre el programa legislativo y la capacidad operativa de las agencias, explica BINDER, caben sólo dos respuestas posibles: “o bien una respuesta caótica –que oculta, en realidad, el problema y deja, por lo tanto, que el sistema ejerza su propia selectividad sin ninguna orientación de tipo político-, o bien responder

---

ejercicio programado legislativamente, se produciría el indeseable efecto de criminalizar varias veces a la población” .

<sup>13</sup> **Zaffaroni**, ibidem.; “La selectividad estructural del sistema penal –que solo puede ejercer su poder represivo legal en un número casi despreciable de las hipótesis de intervención planificada- es la más elemental demostración de la falsedad de la legalidad procesal proclamada por el discurso jurídico-penal” (pag. 31). También **Couso Salas**, Jaime, “Oportunidad versus Legalidad: entre economía político criminal, despenalización, prevención y principios garantistas”, en Primer Congreso Nacional sobre la Reforma del Proceso Penal, Cuadernos de Análisis Jurídico 39, pag. 189.

<sup>14</sup> Diversos autores –explica Duce- grafican el funcionamiento del sistema penal “a través de la figura de un embudo, en el que la parte ancha corresponde al total de los delitos en una sociedad determinada y la parte angosta al número final de casos que llegan a las instancias finales del proceso penal, con una inmensa cantidad de escalas intermedias en donde se van descartando casos por las más diversas razones” . Los mismos sistemas desarrollan “ya sea a través de instrumentos formalizados en la ley en algunos casos o en otros creados de manera informal por los propios operadores del sistema, diversos mecanismos tendentes a dar curso a esa selectividad necesaria para el funcionamiento del mismo” (**Duce**, Mauricio, en “Las Salidas Alternativas y la Reforma Procesal Penal Chilena”, Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 38, Univ. Diego Portales, pág. 186.)

<sup>15</sup> **Cafferata Nores** lo explica en estos términos: “en lugar de afectar los recursos –insuficientes pero existentes- a la investigación, juzgamiento y eventual castigo de los delitos más graves o de mayor interés público, el sistema judicial afecta la mayor parte de sus esfuerzos a tratar los más leves ” (*ob.cit.* pág. 11)

<sup>16</sup> **Guariglia**, Fabricio, “Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad” , en Doctrina Penal, Año 1993, pág. 185.

*estableciendo líneas de política procesal que permitan orientar la selectividad del sistema conforme a ciertos valores*<sup>17</sup>

## II. Modelo Acusatorio, acción pública y principio de Oportunidad

1. Si bien bajo la etiqueta de sistema acusatorio se engloban una amplia gama de modelos procesales, y -como afirman DUCEY RIEGO—“sus contornos no son claros”<sup>18</sup>, en nuestro País y en la región latinoamericana se alude a un proceso penal que reconoce como pilares la centralidad del juicio oral, público y contradictorio, la separación de ciertos roles o funciones (investigar, acusar, defender, juzgar) y cierto estándar de vigencia concreta de garantías a favor del imputado.

Sin embargo, la discusión actual también se traslada al terreno de la acción penal, pues “*el concepto de acción penal pública se convierte en uno de los elementos fundamentales de soporte de la legitimación de la acción del Estado en el proceso penal*”<sup>19</sup>. BINDER advierte con preocupación que “*los llamados sistemas acusatorios formales, es decir aquellos que adoptan la dinámica de los sistemas acusatorios, pero le entregan la parte que le corresponde a la víctima al Ministerio Público para que la ejerza en nombre del Estado, reafirman la participación estatal y en el fondo son profundamente inquisitivos*”<sup>20</sup>. En ese orden de ideas, propone la necesidad de invertir el planteo que comúnmente se hace, en el sentido de definir cuál debe ser la participación de la víctima, para reclamar una definición acerca de cuál y en qué casos debe concretarse la intervención del Ministerio Fiscal<sup>21</sup>.

2. Cuando se habla del principio de oportunidad se alude a “*la posibilidad que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva o subjetiva, o de hacerla cesar*”

---

<sup>17</sup> Citado por **Horvitz Lennon**, ob. cit. , pág. 113.

<sup>18</sup> **Duce**, Mauricio y **Riego R**, Cristian, “*Introducción al nuevo Sistema Procesal Penal*”, Año 2002, pág. 42. Así, destacan los autores, “una buena parte de la literatura procesal continental más tradicional suele identificar como sistemas acusatorios (con el apellido de *puros*, en algunas ocasiones) a los modelos de justicia penal preestatales, cuya característica central era que el poder de decisión del inicio del proceso y su continuación se encontraba en manos de los directamente ofendidos por el delito o personas cercanas a ellos. Por otra parte, sectores comparativistas del mundo anglosajón suelen identificar a los sistemas acusatorios –*adversarial systems*, en inglés) como el arquetipo de los procesos penales de tipo angloamericano”. Véase también, **Alliaud**, Alejandra M. “*Principio Acusatorio. Estudio histórico-comparado de su génesis y evolución*”, y **Langer**, Máximo “*La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*”, en la obra colectiva “*Las Garantías Penales y Procesales. Enfoque histórico-comparado*” Facultad de Derecho (UBA) – Del Puerto, 2001, págs. 211 y 239)

<sup>19</sup> **Binder**, A., “*Introducción al Derecho Procesal Penal*”, pág. 213. Y agrega: “un Estado que por un lado asume el poder de requerir y por el otro el poder de juzgar (poder requirente y poder jurisdiccional en manos del estado), se garantiza el monopolio de la persecución penal.

<sup>20</sup> *Ibidem*. Véase también **Ferraioli**, L. “*Derecho y Razón*”, pag. 569: “Diré incluso que si el proceso mixto de tipo francés o italiano, nacido de la yuxtaposición de una instrucción inquisitiva y un juicio acusatorio, es un ‘monstruo’, no lo es menos el proceso anglosajón, también fruto de una unión híbrida entre el carácter público de la acusación y de los órganos a los que está asignada, de derivación inquisitiva, y la discrecionalidad de su ejercicio, que es de ascendencia acusatoria” (pág. 569).

<sup>21</sup> *Ibidem*.

*definitivamente antes de la sentencia, aún cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar*<sup>22</sup>.

Las excepciones a la obligación de perseguir el delito, por lo general, suelen justificarse en razones de índole utilitarista (*descongestionar el sistema judicial, optimizar recursos, procurar la punición de la criminalidad organizada, etc.*); pero también en la necesidad de re-legitimar el sistema penal evitando las desigualdades en contra de los más vulnerables (*orientar la selectividad, reducir la aplicación de instrumentos de violencia estatal, favorecer la reparación a la víctima*) o en otros intereses<sup>23</sup>.

3. La adopción de formas compositivas del conflicto penal (ej. la mediación o conciliación), presenta un doble atractivo: por una parte, posiciona el conflicto penal como la controversia entre dos individuos (víctima y victimario) que el Estado procura encausar; por otra, reduce los efectos nocivos de las penas, especialmente las penas privativas de libertad y, por último, le proporciona a la víctima una alternativa para obtener la reparación de los perjuicios sufridos como consecuencia del delito.

En algunos Códigos y proyectos modernos se recepta este criterio para los delitos menos graves, consagrando una suerte de repliegue del Estado cuando la víctima y el ofensor acuerdan sobre la solución del conflicto<sup>24</sup>. Una solución satisfactoria para los protagonistas suele asegurar en mejor medida la convivencia social que una solución impuesta por un Juez, y no debe perderse de vista que el derecho y la organización judicial deben procurar establecer o reestablecer la paz social afectada por el delito<sup>25</sup>. Esta alternativa ofrece un interesante punto de encuentro con la idea de profundizar el modelo acusatorio y reconsiderar el problema de la acción penal, pues la intervención del Ministerio Público solo encontraría legitimación cuando el hecho trasciende los intereses de las personas afectadas y afecta un interés público, vale decir cuando se puede reconocer un “plus de injusto” de esa naturaleza<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> **Cafferatta Nores**, of. Cit., pag. 12. Aunque resulta más preciso hablar de “discrecionalidad en la persecución fundada en razones de oportunidad” en lugar de “principio de oportunidad”, parece difícil sobreponerse al arraigo de la última expresión.

<sup>23</sup> **Cafferata Nores**, José ob. cit. pág. 12/13.

<sup>24</sup> A través de la conciliación –comenta el autor español Giménez Salinas– “se busca conseguir una mejora del clima social. No es pues la simple y mera compensación del daño. La mediación y la conciliación son aspectos importantes de un proceso dinámico entre víctima y delincuente. Es la discusión activa del problema. Es abordarlo directamente. Es decir que se forma parte de ese conflicto” (*La Víctima: entre la Justicia y la Delincuencia*”, pág. 153).

<sup>25</sup> Expresa **Maihofer** que “en un derecho penal entre libres e iguales, la reparación debe ser la sanción primera, la terminación del conflicto por composición y por compensación del daño, el procedimiento preferido” (cit. por Roxin en la obra colectiva *De los Delitos y las Víctimas*, pág. 141).

<sup>26</sup> Es muy interesante el desarrollo que hace **Carrara**, en el Programa de Derecho Criminal, vol. 2, parág. 861 y siguientes. E interesante la siguiente reflexión: “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”. En contraposición, dice **Manzini**: “puesto que la función penal tiene índole eminentemente pública, la pretensión punitiva del Estado derivada de un delito debe hacerla valer un órgano público, el cuál debe accionar por propia iniciativa, sin necesidad de excitación exterior alguna para el cumplimiento de su deber funcional” (*Tratado de Derecho Procesal Penal*”, t.I , pág. 287).

4. La Reforma Procesal Penal latinoamericana plantea entre sus ejes principales la inclusión de criterios de oportunidad para la persecución penal, con alcances amplios<sup>27</sup>. Se procura así la sustitución de prácticas arbitrarias, irracionales o viciosas, por decisiones controlables, razonablemente fundadas en motivos establecidos en la ley procesal. Con ello se tiende a “canalizar jurídicamente la selección y excluir una selección irregular y deformante”<sup>28</sup>. Pero también se pretende dar sustento normativo a ciertos procedimientos de resolución de conflictos que se producen en la realidad al “margen” de la ley (conciliación extraprocesal, acuerdos de reparación, etc.) y, fundamentalmente, devolverle a la víctima el protagonismo en la solución del conflicto<sup>29</sup>.

El fundamento para las salidas alternativas, como destacan DUCE y RIEGO, “no radica solo en la necesidad de regularlas porque la selectividad del sistema penal es un hecho incontrarrestable, sino que, además, porque las finalidades y características del sistema penal (subsidiariedad o última ratio) le imponen la obligación de diversificar sus respuestas frente a los casos en que sea posible el logro de una solución que evite su intervención o que, al menos, genere una menos intensa por parte del mismo”<sup>30</sup>

### III. Ejercicio de la acción penal: ¿cuestión del derecho procesal o penal?

1. El ejercicio de la acción penal y, especialmente, el papel de la víctima es uno de los temas más importantes de la política-criminal, pues atañe al sistema penal en su conjunto<sup>31</sup>. Por tal circunstancia, quizás, no deba sorprender que en la Argentina la discusión en torno al principio de oportunidad se ha ido profundizando recién en los últimos tiempos.

Si bien se reconoce casi unánimemente que la pretensión de persecución total es uno de los factores de congestión del sistema penal, la polémica gira hoy en orden a la naturaleza procesal o sustantiva de las normas que deben regular la persecución penal, lo que tiene crucial importancia en nuestro país, con un régimen federal, para establecer la del órgano legislativo que debe aportar la regulación normativa.

La cuestión se plantea en virtud del art. 71 del código penal, pues para algunos ofrece un obstáculo constitucional para que las provincias establezcan supuestos de disponibilidad de la acción penal. Dicha norma establece la persecución penal de oficio en todos los casos y se entiende que excluye la posibilidad de que los funcionarios ejecutores de la ley puedan renunciar a su ejercicio. Tomar una postura u otra, en definitiva, significa en la práctica asumir o renunciar al diseño de una administración de justicia criminal adecuada a las

---

<sup>27</sup> Véase **Stippel**, Jörg y **Marchisio**, Adrián, “Principio de Oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina”, Ad-hoc, 2002.

<sup>28</sup> **Zipf**, Heinz, “Introducción a la Política Criminal”, pág. 123.

<sup>29</sup> **Horvitz Lennon**, M.I., “Ministerio Público y Selectividad”, pág. 115; **Nils Christie** expresa que 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” (“Los conflictos como pertenencia”, en De los Delitos y las Víctimas, pág. 162)

<sup>30</sup> Y añaden: “la subsidiariedad del sistema penal impone la introducción de alternativas en todas sus etapas, incluido el proceso, con el objetivo de ofrecer respuestas que eliminen o morigeren su intervención en todos los casos en que ello sea posible y aparezca conveniente a los fines de la pacificación social”. (ob.cit. pág. 290).

<sup>31</sup> **Maier**, Julio, ob.cit. pág. 190.

necesidades locales, que es una de las responsabilidades que el art. 5° de la Constitución Nacional impone a las provincias.

Por este motivo, el movimiento reformista en Argentina ha instalado esta cuestión en el centro del análisis y la controversia, pues los objetivos planteados en los distintos procesos de transformación del proceso penal (racionalidad, eficacia, transparencia y justicia en las decisiones), no resultarán accesibles si no se prevé y reglamenta la disponibilidad de la persecución penal de un modo racional, reemplazando los actuales mecanismos de selección, que rigen de hecho, que se prestan a la extrema arbitrariedad y que son los que hoy conducen la práctica concreta y real de la justicia penal.

2. La imposición de perseguir *todos* los delitos que se cometen, incluida en el código actual sancionado en 1921, carece de antecedentes en los códigos penales nacionales anteriores, para los cuales las modalidades y oportunidad de ejercicio de la acción penal constituían materia propia de los ordenamientos procesales, tal como es la regla en los ordenamientos de Europa continental de los que abrevó nuestra legislación<sup>32</sup>.

Las normas relativas al ejercicio de la acción establecidas en el código penal, sancionado en una época caracterizada por un fuerte empuje hacia la centralización de atribuciones en el Estado Nacional, no adquieren carácter sustantivo por esa sola circunstancia.

La Constitución Nacional impide a los códigos de fondo alterar "*las jurisdicciones locales*" (art. 75 inc. 12 C.N). El criterio para establecer lo uno y lo otro en el tema que consideramos, no puede ser otro que la naturaleza sustancial o procesal de las normas, que competen respectivamente a la Nación o a las provincias, y no por la denominación de la ley en que se hallen.

La regulación del ejercicio de las acciones dentro del código penal implicó un exceso legislativo de las facultades delegadas, que siempre son expresas, desvirtuando el Congreso Nacional la concepción federal que exige la fórmula constitucional<sup>33</sup>.

El código penal de 1887 *no incluía* el ejercicio de las acciones sino eventualmente en la parte especial, al referirse a determinados delitos, quedando librada esta materia exclusivamente a las *leyes procesales*<sup>34</sup>. En la misma línea se inscribe el Proyecto de 1881 (VILLEGAS, UGARRIZA Y GARCÍA) que no contempla el ejercicio de las acciones, consignando expresamente sus redactores que fue suprimida toda disposición relativa a los procedimientos, *ya que no era conciliable con las disposiciones constitucionales*. También el Proyecto de Peco, posterior al código vigente.

En cambio, el Código vigente reconoce como antecedente el Proyecto de 1906, que a su vez reprodujo en parte el contenido del de 1891, produciendo además un cambio sustancial ("pueden" por "deben iniciarse de oficio las acciones..."), que condicionó toda la interpretación posterior del art. 71.

---

<sup>32</sup> Confr. **Vázquez Rossi**, Jorge, ob. cit, pág. 317 a 320.

<sup>33</sup> 32 La ley 49, que podría considerarse nuestra primera codificación penal, no contempla el ejercicio de las acciones. **Tejedor**, en su "*Curso de Derecho Criminal*", trata sobre el ejercicio de las mismas; pero considerándolas leyes de forma, no las incluye en su Proyecto de 1866, para cuya redacción contara con gran cantidad de antecedentes del derecho comparado, como los códigos boliviano, español, brasileño, peruano, francés, napolitano, de Lousiana, influyendo sobre todos el de Baviera. Recordemos que como bien ha señalado Rivarola, el libro de Tejedor era una exposición del derecho positivo entonces vigente, "ya que no se podía hacer una sentencia sin acudir a sus *leyes de fondo*, y no se podía tramitar un proceso criminal sin tener a la vista sus *leyes de forma*", abarcando este último el ejercicio de las acciones.

<sup>34</sup> En su prólogo se señala que se prescindió, entre otras, de las cuestiones de procedimiento, *que son del resorte de las autonomías locales*.

La regulación del ejercicio de las acciones en el código penal –como destaca ZVILLING<sup>35</sup>- no fue consecuencia de una supuesta naturaleza sustancial, como lo sostiene la tesis tradicional; tampoco porque la Constitución Nacional otorgue algunas facultades procesales al Congreso de la Nación; mucho menos puede sostenerse que se trate de un error legislativo.

Ha sido sin más el resultado directo de una concepción ideológica unitaria, contraria al espíritu y a la estructura federal que expresa la Constitución Nacional, que se objetivó por desconocimiento histórico en una mayoritaria y errónea interpretación del art. 71 del código de fondo. Se trata de un clarísimo error histórico que algunos quieren presentar curiosamente como “verdad jurídica”.

3. Si las provincias no pueden organizar sus recursos judiciales y la política criminal depende del Estado nacional como consecuencia del “principio de legalidad” que condiciona al sistema, no se advierte cómo podrían aquéllas cumplir con su obligación de asegurar la “administración de justicia”, requisito básico del reconocimiento y respeto de su soberanía (art. 5 de la Constitución Nacional).

Acción o poder requirente, proceso penal, política criminal y autonomías provinciales son conceptos que no pueden analizarse en forma aislada, sino dinámica y dialécticamente, contemplando los cambios sociales y las diversidades culturales –que no fueron ajenos a las ideas del constituyente-, construyendo un nuevo concepto de acción penal que parta de la Constitución Nacional en función de las facultades legislativas nacionales y provinciales en los distintos ámbitos.

La introducción del principio de oportunidad representa un cambio paradigmático en el “sistema penal”, por la diferente consideración del conflicto penal, y constituye una imprescindible medida saneadora de los defectos e hipocresías formales que han llevado al sistema penal al estado crítico en que hoy se halla, pero tiene un valor que no es menos importante como reasunción provincial de facultades legislativas propias.

Hoy que la política criminal y de seguridad se encuentran entre los temas más destacados de la agenda pública, es menester que uno de sus más importantes instrumentos, cual es la potestad de instar la acción penal, sea recuperado por las provincias tal como le fue reconocido por la Constitución Nacional<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> **Zvilling**, Fernando, trabajo inédito presentado a la Comisión Redactora de la Reforma Procesal de la Provincia del Neuquén, en el que aporta diversos antecedentes históricos y trae a colación la base ideológica a través del pensamiento de Rivarola, que participó en los proyectos de 1891 y 1906. Así explica que, a poco de presentado el Proyecto de 1906, se publica “*Del Régimen Federativo al Unitario*” (título que ya es una tesis), donde afirma estar convencido que la justicia podría estar mejor afianzada por la Nación que por las Provincias; que sin la enmienda constitucional de 1860 – “*sin alterar las jurisdicciones locales...*” - habría sido fácil el progreso judicial en todo el país; y que a su pesar, con la reforma y las leyes de organización de la justicia federal fue ineludible el mantenimiento de las justicias provinciales. La conclusión unitaria y antifederalista de su tesis fue ésta: “el afianzamiento de la justicia, prometido en el Preámbulo de la Constitución, requiere que toda la justicia del país sea nacional, y desaparezca para siempre esta distinción, que se cree necesaria al sistema federal, de los múltiples órdenes de tribunales *que impiden la justicia en vez de realizarla*”. Matienzo -redactor de 1891-, en esa línea de pensamiento se preguntaba qué pasaría en las Provincias más alejadas de la “inspección de esta gran vigilante que se llama la ciudad de Buenos Aires”.

<sup>36</sup> Esta posición, a favor del reconocimiento de las potestades de las provincias, es parte de las conclusiones del “*Congreso Internacional sobre Principio de Oportunidad en Materia Penal*”, reunido en La Plata, en septiembre de 2002. Entre las ponencias presentadas a favor de esa tesis cabe mencionar – junto a la de quien hace esta nota- la de Rosalía Sánchez y María Laura Gregorio “*Principio de oportunidad: existencia de falsas antinomias*”); María José Lescano (“*La impostergable necesidad de perfilar criminalmente el principio de oportunidad, a la luz del texto constitucional*”); Roberto Campo (“*Principio de oportunidad: perspectivas conforme a la regulación nacional del principio de legalidad*”).

La recuperación de las potestades provinciales empieza a notarse en nuestro País, no sólo en el plano académico, sino también en la legislación y en las prácticas judiciales.

La provincia del Neuquén ha consagrado legislativamente el principio de oportunidad y la posibilidad de solucionar algunos delitos juveniles a través de la mediación (ley 2302); mantiene un Programa de Mediación en la órbita de la Agencia para Delitos Juveniles<sup>37</sup> y ha receptado una gama de soluciones alternativas en el Proyecto de Código Procesal Penal presentado en la Legislatura (año 2001); Mendoza incluyó el principio de oportunidad en el nuevo Código (ley 6.730, art. 26); el Chaco previó en la ley 4989 (art. 1) la mediación penal como forma de resolución de conflictos; en la provincia de Buenos Aires, al amparo de algunas facultades reconocidas en la ley del Ministerio Público (ley 12.061, arts. 38 y 45) se vienen desarrollando también experiencias en materia de mediación o conciliación penal<sup>38</sup>

#### IV. Conclusiones

1. Una mirada actualizada del conflicto penal obliga a reconocer que la víctima es más que un denunciante o que un testigo; es ante todo una persona que ha soportado un daño en su persona o en sus derechos; es una persona que “siente” la acción del delincuente y también la de los órganos de la justicia penal; es una persona que tiene derechos y alimenta expectativas. El procedimiento inquisitivo en el que hemos sido educados tiene por objetivo político fundamental el realzar el poder y la presencia del Estado soberano como protagonista ineludible de la vida social; la solución de los conflictos reales de convivencia se subordina al cumplimiento de aquel fin superior y la objetividad de la decisión estatal se piensa básicamente como la imposición de reglas generales.

Una legislación procesal que pretenda recuperar el principio de *subsidiariedad* del derecho penal (*última ratio* del control social) y atienda primordialmente a las posibilidades de que el conflicto tenga carriles de resolución socialmente más razonables (y también menos costosos) que la aplicación de la violencia estatal, deberá ser especialmente sensible a las particularidades en que se desarrolló el específico actuar humano tenido en mira, pues serán éstas las que señalen las condiciones para su tratamiento.

2. La supresión del procedimiento inquisitivo y el respeto por la diversidad e individualidad de los hechos sociales van de la mano, desde que estas últimas constituyen el rasgo propio en que se basa la autonomía de las personas y grupos sociales que aquel procedimiento tendió a suprimir.

Un proceso penal más justo, que a su vez responda a las aspiraciones de eficiencia que reclama la sociedad, debe ser en consecuencia un proceso que preste una especial atención a las personas reales involucradas en el conflicto<sup>39</sup>. Debe permitir la expresión en el proceso e

---

<sup>37</sup> Véase **Finochietti**, María D. “*Mediación, Conciliación y sistema penal*”, en la publicación de las XVI Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos, La Rioja 2003, pág.108.

<sup>38</sup> Es interesante la experiencia de Mercedes, que posee un centro de mediación, logrado mediante un convenio de cooperación institucional suscripto entre la Procuración y el Colegio de Abogados de ese departamento Judicial, a fines de 1999. Véase el comentario sobre la experiencia en el trabajo de Marcelo G. **Mendiola** “*Mediación Penal: una experiencia en marcha sobre un medio de resolución de conflictos que merece una legislación procesal específica*”, en la Publicación Oficial de las XVI Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos, La Rioja 2003, pág.87.

<sup>39</sup> “En el modelo de *partes* hay dos personas que protagonizan un conflicto (el que lesiona y el que sufre la lesión), y se busca una *solución*. En el modelo punitivo quien sufre la lesión queda de lado, es decir que no es considerado como persona lesionada, sino como signo de la posibilidad de intervención del poder de las agencias del sistema penal (que interviene cuando quiere y obrando sin tener en cuenta la voluntad del lesionado). 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

la voz que la víctima alza en la vida real. Durante mucho tiempo el procedimiento inquisitivo se ha desentendido de ella y expropiado su poder a través de una maquinaria de jerarquías funcionales.

También, debe hacer posible que el imputado actúe como un ciudadano responsable, conciente de sus derechos pero también de sus responsabilidades frente a los otros conciudadanos. El sistema inquisitivo y el monopolio del ejercicio de la acción penal por el Estado no sólo ha logrado deshumanizar a muchos funcionarios encargados de la aplicación de la ley penal; también ha favorecido la deshumanización e irresponsabilidad de muchas personas que cometen delitos.

La historia de la legislación penal, se ha dicho, “es la de los avances y retrocesos de la confiscación de los conflictos (del derecho lesionado de la víctima) 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”<sup>40</sup>.

3. Pensamos por ello, que el reconocimiento de la importancia del principio acusatorio, debe encontrar debido correlato en la consagración de los criterios de oportunidad en sentido amplio, comprendiendo las formas de autocomposición de aquellos conflictos en los que el delito afecta primordialmente los intereses particulares de los protagonistas o afectados.

La adopción del sistema acusatorio, por ende, debe conducir necesariamente a un replanteo sobre la persecución penal pública, para que ésta contribuya y no interfiera negativamente con las formas de solución que las partes definan para zanjar el conflicto.

Para esto también resulta necesario que la persecución pública pueda actuar con autonomía, vale decir prescindiendo de la voluntad del ofendido, sólo cuando aparezca un *plus de injusto* que trasciende a el mero interés privado de los protagonistas.

Todo esto es camino por hacer y, para decirlo con palabras de ELIAS NEUMAN, “*habrá que hacer girar molinos y romper la dependencia placentaria hacia la acción pública. Se trata de un cambio ideológico y, por ende, de la mentalidad jurídica y social*”<sup>41</sup>

---

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, ob. cit., pág. 230).

<sup>40</sup> Zaffaroni – Alagia – Slokar, ob. cit., pág. 230, expresan: “De alguna manera es la historia del avance y del retroceso de la organización corporativa de la sociedad sobre la comunitaria, de las relaciones de verticalidad (autoridad) sobre las de horizontalidad (simpatía), y en esa historia la posición de la víctima y el grado de confiscación de su derecho (de su carácter de persona) constituyeron siempre el barómetro definitorio”.

<sup>41</sup> Neuman, E. “*Mediación y Conciliación Penal*”, pág. 51.