

Sistema acusatorio y control judicial sobre la actuación de los fiscales*

Juan María Rodríguez Estévez**

I. Encuadre del tema [\[arriba\]](#)

Uno de los principales debates que genera el sistema acusatorio pasa por determinar los alcances y límites de la actuación de los fiscales. La discusión principal puede reconducirse a establecer si los jueces pueden llevar adelante un contralor jurisdiccional sobre la actuación de aquellos y, de aceptarse este extremo, determinar en qué medida y con cuáles proyecciones. Pareciera que la verdadera eficiencia del sistema acusatorio se juega en resolver este adecuado equilibrio de actuación entre estos dos sujetos procesales. Como una manera de focalizar este análisis es importante señalar dos enfoques preliminares que tienden a enmarcar el fondo de la discusión.

El primero punto pasa por poner de relieve que no es posible identificar sistema acusatorio con sistema dispositivo. El sistema acusatorio implica básicamente la diferenciación del sujeto que tiene a su cargo la función de acusar y aquel que tiene a su cargo la tarea de decidir. En el proceso penal, esta clara separación de roles procesales implica que el fiscal actúa como un sustituto procesal. Esto significa, que el fiscal no es el titular (dueño) del derecho contenido en la acción, sino que representa a la sociedad en el proceso penal, con lo cual, tal condición le impide estar en condiciones legítimas de disponer del derecho contenido en la acción[1]. En sentido contrario, en el sistema dispositivo -propio del proceso judicial civil- quien ejerce la acción es el dueño del derecho contenido en ella. Por ende, tal condición le permite disponer de aquella con plena libertad.

En este sentido, puede concluirse preliminarmente que el sistema acusatorio no implica, por lo menos de manera automática, la capacidad de disponer de la acción penal por parte del Fiscal[2].

El segundo planteo, pasa por poner en el foco del debate que el proceso penal - como vía de instrumentalización del Derecho penal material- es mucho más que un ámbito de resolución de conflictos. Este punto nos lleva a una reconducción del tema con los fines y funciones propios del sistema penal y a la discusión acerca de delimitar qué es aquello que protege el Derecho penal. Esto es, si su función pasa por la protección de bienes jurídicos al modo del esquema político criminal de Von Litz o si, por el contrario, el sistema penal protege deberes, en la inteligencia que lo ha postulado Binding[3].

Si el Derecho penal solo protegiera bienes jurídicos o por lo menos se limita a pretender ser un desincentivo eficiente para evitar su lesión, los mecanismos propios del sistema privado de solución de conflictos, tales como la mediación y la conciliación, serían las respuestas principales del sistema penal de administración de justicia. Sin embargo, la existencia de una número significativo de figuras penales que incluyen infracciones de normativas estatales, tales como aquellas que se dan principalmente en el ámbito penal empresarial, sumado a aquellos supuestos de delitos de peligro abstracto, o aquellos casos donde el legislador excluyó expresamente la posibilidad de resolver la contienda judicial por medio de una negociación entre imputado y víctima, evidencian que, por lo menos en el

plano normativo, el sistema de justicia penal no tiene exclusivamente como finalidad principal la resolución de conflictos entre el autor del delito y la víctima.

Estas dos definiciones preliminares nos permitirán abordar en su total dimensión la regla de la oportunidad procesal, sus límites y alcances[4]. Debate que debe darse en el marco de un sistema de justicia penal acusatorio que logre enmarcarse dentro de una visión política criminal que integre la faz estrictamente procedimental con la función dogmática del Derecho penal.

Ahora bien, cuando analizamos la regla de oportunidad procesal y el control judicial de la actuación del Fiscal, resulta clave centrarse en dos aspectos bien diferenciados: a) aquellos casos en los cuales normativamente se regulan los criterios de la regla de oportunidad y; b) los grupos de casos donde, sin preverse expresamente de manera normativa, se configura una regla de oportunidad empírica o sociológicamente implementada[5]. El punto clave pasa por determinar si ambos supuestos resultan controlables por el Poder Judicial, en qué medida, con qué alcance y extensión.

II. La oportunidad procesal en su dimensión normativa [\[arriba\]](#)

A continuación, se pasan a esquematizar los distintos grupos de casos que integran aquello que podríamos denominar una selección normativa de supuestos de implementación de la regla de oportunidad procesal. Es decir, aquellas situaciones donde el Legislador o la Procuración General de la Nación han delineado estándares normativos de implementación de la regla de oportunidad procesal como una manera de hacerla racionalmente operativa[6].

II. a) La insignificancia

Aquello que primero que se nos viene en mente cuando hablamos de la regla de oportunidad procesal es la insignificancia, la bagatela, la falta de lesividad o, en términos dogmáticos, la no configuración de un supuesto de antijuricidad material[7]. Palabras más palabras menos, se entiende que en estos casos no resulta necesaria la intervención del sistema penal en razón de la falta de lesividad del comportamiento o por la poca gravedad en la lesión del bien jurídico objeto de protección.

Como caso emblemático en el plano judicial, puede referirse el precedente conocido como “SUPERMERCADOS DÍA” en el cual, a partir de una base fáctica con fundamento en el principio de insignificancia -se trataba de un hurto de dos piezas de carne a una cadena de supermercados-, se puso en crítica el sistema judicial de administración de justicia, como los fines y funciones mismos del Derecho penal en una sociedad[8].

En palabras del Tribunal, el caso permite efectuar dos críticas claves para la discusión que nos ocupa. La primera dirigida contra un sistema penal que concibe la función del Derecho penal como asegurador de la vigencia del orden y de la normativa penal. La segunda, contra un sistema inquisitivo que ha devenido inconstitucional por la inserción de la Argentina en un entramado normativo de Derechos humanos internacionales, evidenciando una desnaturalización del Derecho penal entendido como última ratio del ordenamiento jurídico. Se evidencia aquí la manera en como confluyen en un mismo punto, las cuestiones dogmáticas más de fondo, con los problemas procesales de índole eminentemente

prácticos, como ser la delimitación de los estándares normativos de selección de casos donde debe focalizarse la actuación del sistema judicial penal.

En este contexto, la regla de oportunidad procesal tiene como finalidad esencial permitir que el sistema penal de administración de justicia se centre en aquellos casos de relevancia jurídico penal y por otra parte, constituye la clave para dotar de eficiencia operativa al sistema acusatorio ya que serán los fiscales quienes, al ser los responsables de llevar adelante las investigaciones penales, quienes tendrán en sus manos la implementación de la regla de oportunidad procesal para centrar su actuación en aquellos supuestos que merezcan la respuesta del sistema de administración de justicia penal, y que además, dicha respuesta sea necesaria en términos de una política criminal racional[9].

Ahora bien, uno de los problemas que plantea la implementación de un criterio de oportunidad en casos de insignificancia se manifiesta en la discusión dada por aquello que para un observador judicial puede no revertir significancia en términos penales, pero que sí la puede revestir para otro y, de modo muy particular, para la víctima del delito. En este sentido, un correctivo para evitar que la decisión final sobre este aspecto concreto quede en manos del fiscal del caso, pasa por prever la potestad de la víctima para hacer revisar tal decisión por un fiscal superior o incluso, también suele regularse para determinados casos, vía Instrucción General de la Jefatura de los fiscales, la revisión automática por parte del fiscal de cámara.

Otro posible correctivo es la posibilidad que se le reconoce a la víctima en reconvertir la acción pública en privada y seguir adelante la sustanciación del proceso penal en solitario, esto es, sin la intervención del fiscal. Aquí es interesante señalar que esto opera como un claro indicador del proceso de privatización del Derecho penal que se viene dando en los últimos tiempos. En efecto, con esta posibilidad de reconversión de la acción pública en privada se le reconoce a la víctima la capacidad de impulsar en solitario el proceso penal hasta la etapa de debate, cuando, en rigor de verdad, el delito que ha sufrido continúa siendo en esencia de acción pública, equiparándolo -vía procesal- a un delito de acción privada. Desde el punto de vista del análisis económico de la Justicia, no puede dejar de mencionarse que esta posibilidad implica para la víctima un incremento de los costos para litigar y crea un posible obstáculo de acceso a la Justicia e incorpora un desincentivo para la tutela judicial de sus derechos de índole patrimonial, a no ser que el Estado -a través de las oficinas de asistencia a la víctima- le proporcione un abogado[10].

En el ámbito nacional, mucho se ha debatido sobre la posibilidad que la víctima, constituida en parte querellante, puede impulsar la investigación hasta el juicio oral sin la intervención del Fiscal. Si bien existen diversos puntos de vista, el más razonable parece haber sido aquel que consideró que sin una regulación legal expresa que legitime a la querrela a intervenir en la etapa de juicio en solitario, la regla es que no puede haber juicio oral y público sin la intervención del fiscal del caso por medio de su requisitoria de elevación a juicio[11].

Como podrá apreciarse, la insignificancia aparece como un criterio normativo que viene a configurar uno de los pilares sobre los cuales se fundamenta la legitimidad material de la regla de oportunidad procesal. En esta inteligencia, otro correctivo para evitar su implementación indiscriminada pasa por el fortalecimiento del sistema de contravenciones y faltas. En efecto, el sistema contravencional es clave a la hora de asegurar los valores esenciales de una ordenada convivencia social mediante el mantenimiento de las nociones de orden, paz y tranquilidad. Un

eficiente sistema normativo y judicial contravencional, actuará como una primera barrera de contención de riesgos socialmente desaprobados y permite asignarle plena operatividad al principio de última ratio y proporcionalidad.

II. b) La exclusión de determinados comportamientos e imputados en la implementación de la regla de oportunidad procesal

Determinados sujetos -como ser los funcionarios públicos- quedan fuera de la posibilidad de verse beneficiados por un criterio de oportunidad procesal, lo mismo que determinados tipos de comportamientos ilícitos. En este sentido, no es posible la implementación de la regla de oportunidad procesal con relación a un funcionario público cuando se le atribuyera un delito cometido en el ejercicio o en razón de su cargo. Tampoco procede la aplicación de aquella regla cuando el comportamiento imputado se configura dentro de un contexto de violencia doméstica o motivado en razones discriminatorias.

Estos dos supuestos evidencian que el delito no es solo un conflicto, sino que involucra la necesidad de afianzar ciertos deberes y valores ético sociales en el marco de una ordenada convivencia social. Por otra parte, es importante tener presente que tampoco se puede conciliar en supuestos patrimoniales con violencia grave, ni en delitos culposos con resultado muerte; ni en supuestos incompatibles con las Instrucciones Generales emitidas por el Ministerio Público Fiscal fundadas en criterios de política criminal[12].

De lo señalada hasta aquí se desprenden dos cuestiones esenciales. La primera pasa por evidenciar que la regla de oportunidad contempla importantes excepciones, lo cual denota que se trata de un principio y que debe ser enmarcado dentro de postulados dogmáticos y de política criminal que busquen la coherencia sistémica del ordenamiento normativo. De allí también la importancia de las Instrucciones Generales de la Procuración General o Fiscalía General en el diseño de los procedimientos idóneos de una adecuada implementación de la regla de oportunidad y el sistema de contralor, tanto interno como externo, de su puesta en funcionamiento.

II. c) Las instrucciones generales

Las instrucciones generales emitidas por la Procuración General de la Nación (ámbito federal) o por la Fiscalía General (ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) son criterios normativos de actuación que fijan los lineamientos a seguir por los Fiscales y se encuentran ordenados a responder a estándares de política criminal frente al delito y tiene su razón de ser en el principio de jerarquía y unidad de actuación del Ministerio Público. Con relación a la regla de oportunidad procesal, estas instrucciones son de vital importancia pues tienen como principal objetivo su racional y coherente implementación. Me referiré de manera muy esquemática a algunos ejemplos en los dos ámbitos jurisdiccionales antes indicados.

Con relación a la Procuración General de la Nación, es interesante analizar la Resolución PGN 97/19 que ha venido a implementar los arts. 251 y 252 del CPPF, cuya puesta en operatividad había sido omitida por la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación que solamente habilitó el art. 31 del CPPF -regla de oportunidad-, pero no así el sistema de control de su aplicación. La mencionada Instrucción regula el control interno de la regla de oportunidad al disponer que la

víctima se encuentra en condiciones de solicitar la revisión del archivo cuando el fiscal del caso aplique un criterio de oportunidad y, en caso de no haber víctima, la aplicación de un criterio de oportunidad tiene que ser confirmado por el fiscal superior mediante una revisión dispuesta de manera automática[13].

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, contamos con tres interesantes Resoluciones de la Fiscalía General vinculadas con la instrumentalización de la regla de oportunidad.

La primera es la N° 44/19 por medio de la cual, con relación a los extranjeros sometidos a proceso penal por la comisión de delitos previstos con penas de prisión menores a los 3 años y que se haya dispuesto la expulsión del país, se prevé un supuesto de no continuación de impulso de la acción penal. En segundo lugar, podemos mencionar la Resolución N° 307/2018 por medio de la cual se da intervención de oficio a las oficinas de mediación penal sin intervención del Fiscal del caso en aquellos supuestos donde resulta viable dicha salida alternativa del proceso penal[14]. Por último, puede referirse la Resolución N° 356/2013 que acepta las salidas alternativas en casos, incluso donde no hay víctimas o la víctima es el Estado, como ser los delitos electorales en supuestos donde la normativa contravencional era confusa o situaciones especiales llevaron a configurar infracciones formales cuya sanción implicaba supuestos de injusticia material[15].

II. d) Los acuerdos de juicio abreviado

Los acuerdos sobre responsabilidad penal e imposición de pena, también conocidos como acuerdos de juicio abreviado, básicamente implican el reconocimiento o la conformidad del imputado con la descripción de la acusación formulada por el fiscal y la aceptación o conformidad con la pena solicitada por aquel en razón de dicho reconocimiento. Con algunos matices propios de cada sistema procesal, que van desde los topes de pena sobre los cuales se puede acordar hasta la posible variación de los hechos y de la calificación legal e incluso sobre los alcances de la revisión judicial de tal acuerdo; lo cierto es que constituyen una práctica cotidiana por medio de la cual el debate oral y público no se realiza y es reemplazado por una Decisión judicial que homologa el acuerdo y dicta una sentencia. La mayor proliferación de este tipo de acuerdos es de esperarse a la par de una creciente implementación del sistema acusatorio y constituye, también, una manera de hacer operativa la regla de la oportunidad procesal.

Con relación al sistema de controles, es importante destacar que una de las principales preocupaciones sobre esta manera de llegar a una sentencia abreviada es la imposición de una pena muy menor a aquellas que correspondería imponer - racionalmente- de haberse llevado adelante el debate oral y público.

En este orden de ideas, no puede dejar de mencionarse que el CPPF prevé la exigencia de conformidad del fiscal superior cuando la pena acordada por el fiscal del caso sea la mitad de aquella prevista en abstracto para el delito en cuestión. Por otra parte, en el ámbito del sistema procesal penal mixto nacional, se regula expresamente la facultad del juez que no esté de acuerdo con la calificación legal asignada en el acuerdo o que entienda que resulta necesario llevar adelante el juicio, la no homologación de aquel. Todo ello, sin perjuicio de recordar la facultad que tiene el juez de dictar una sentencia absolutoria pese a la realización del acuerdo entre fiscal e imputado o incluso de velar por el cumplimiento de una

adecuada actuación de la defensa por medio del contralor judicial sobre la legitimidad del consentimiento prestado por el imputado[16].

II. e) La debida fundamentación de la actuación de los fiscales y su contralor judicial

Desde el plano del análisis normativo, no podemos dejar de mencionar la exigencia legal por medio de la cual se impone a los fiscales el deber de motivar adecuadamente su intervención a través de una debida fundamentación de sus dictámenes o intervenciones orales[17].

Ahora bien, el contralor judicial sobre la actuación de los fiscales presenta dos posibles grupos de casos cuya definición impacta de lleno en la práctica procesal y se proyecta sobre el aspecto institucional del sistema procesal penal. El primer grupo de casos se configura cuando el contralor judicial sobre la actuación del fiscal se lleva a cabo a favor del imputado y la decisión judicial termina beneficiando al acusado por sobre la pretensión de la fiscalía; mientras que el segundo grupo de casos se presente cuando el contralor judicial implica un perjuicio procesal para el acusado y por ende desfavorable a sus intereses.

En orden al primer grupo de casos podemos mencionar los supuestos donde el imputado ha solicitado la suspensión del juicio a prueba y el representante del Ministerio Público se opone a su concesión. En este sentido, pese a que el texto de la legislación penal establece que dicha oposición es vinculante para el tribunal, existe una práctica jurisdiccional bastante extendida por medio de la cual, no obstante tal oposición de la fiscalía, se legitima la revisión judicial de la motivación de la postura del fiscal y en caso de falta de motivación suficiente, se deja de lado el tenor literal de la Ley que exige la conformidad del Ministerio Público Fiscal y se hace lugar a la suspensión del juicio a prueba. Aquí claramente se advierte que el contralor jurisdiccional sobre la actuación del fiscal opera a favor del imputado, con lo cual la discusión se debe plantear no tanto en el plano de los derechos fundamentales del imputado, sino en el campo institucional y el rol del Fiscal en el proceso penal que con este tipo de pronunciamientos ve puesto en crisis la plena operatividad de un sistema procesal acusatorio. Es decir, se trata de un grupo de casos donde el contralor jurisdiccional sobrepasa, por decirlo de alguna manera, los criterios de política criminal sostenidos por el Ministerio Público Fiscal.

Por otra parte, y en un sentido opuesto al anteriormente señalado y siempre con relación al ámbito de actuación de los fiscales en el marco de una solicitud del imputado de la suspensión de juicio a prueba, se advierte, una tendencia judicial que limita el contralor sobre la actuación del Ministerio Público Fiscal a un examen de fundamentación de la misma con independencia del propio tenor literal del texto legal. A modo de ejemplo, pueden mencionarse las solicitudes de suspensión de juicio a prueba para hechos que encuadran en figuras penales que, junto a la pena de prisión, establecen de manera conjunta la pena de inhabilitación. Es el caso de las lesiones culposas en el ámbito del tráfico automotor, donde la letra de la legislación penal es clara al establecer que en los casos en los cuales se prevé una pena de inhabilitación no procede el instituto de la suspensión del juicio a prueba[18].

En este grupo de casos y cuando el imputado ofrece auto inhabilitarse para obtener el beneficio antes mencionado, se ha sostenido que cuando existe conformidad del Fiscal, la renuncia fundada al ejercicio de la potestad

persecutoria por quien es su titular, y en circunstancias en que la Ley lo autoriza - art. 76 bis del Código Penal- desapodera a la jurisdicción, impidiéndole decidir en sentido adverso[19].

Es decir, en los supuestos en los cuales el Fiscal se aparta del tenor literal de la Ley y brinda su consentimiento para la viabilidad de la probation en delitos previstos con pena de inhabilitación, se define que el obstáculo establecido por el Legislador quedaría superado siempre y cuando el dictamen se encuentre debidamente fundamentado, lo que corresponde al tribunal verificar. Una vez superado ese control de legalidad y razonabilidad, entonces la opinión del Ministerio Público Fiscal adquirirá carácter vinculante para el órgano jurisdiccional[20].

En definitiva, en primer lugar, puede advertirse la implementación de un criterio de oportunidad vinculante para el órgano judicial, pero en sentido contrario al previsto por el Legislador al regular la suspensión del juicio a prueba. Con otras palabras, no obstante que la legislación establece que la negativa del Fiscal es vinculante para el Tribunal, diversos pronunciamientos judiciales limitan tal definición legal, recurriendo al control de razonabilidad de la actuación del fiscal.

Por otra parte, en casos en los cuales no se encuentra prevista dicho carácter vinculante del dictamen del fiscal, existen criterios judiciales que, pretorianamente, le asignan tal carácter, pese a no estar previsto en la Legislación de fondo en razón de una clara definición de política criminal del Legislador. En estos supuestos, se da la situación peculiar por la cual, si bien el juez considera que la Ley no permite acceder al beneficio de la suspensión de juicio a prueba en determinados supuestos (por ejemplo, el delito homicidio culposo en el ámbito del tráfico automotor), si el fiscal del caso avala la implementación del instituto, dicha definición de la fiscalía resulta vinculante para el tribunal quien debe dejar de lado su propio criterio sobre el punto[21].

Con relación al segundo grupo de casos, es aquí cuando en rigor de verdad se pone verdaderamente en crisis de legitimidad la regla de oportunidad. Me refiero a los supuestos donde el fiscal a cargo del caso decide no iniciar una investigación penal o no continuar con el curso de una ya iniciada. Sobre este punto resulta interesante traer a colación lo regulado por el Código procesal penal chileno, emblema de un sistema acusatorio que, en este punto, parece no estar dispuesto a dejar en cabeza de la Fiscalía la plena disponibilidad de la acción penal.

En efecto, el art. 170 al regular la regla de oportunidad establece que los fiscales podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. La legislación establece que el ejercicio de esta facultad se regulará mediante instrucciones generales dictadas por el Ministerio Público, con el objetivo de establecer un uso racional de la misma.

En cuando al sistema de contralor de la decisión del fiscal de no iniciar una acción penal o abandonar la ya iniciada, se establece que en un plazo de diez días siguientes a la comunicación de la decisión del fiscal, el juez, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, podrá dejarla sin efecto cuando considerare que aquél ha excedido sus atribuciones legales en lo relativo al tipo de pena prevista para el delito o por la calidad de funcionario público en ejercicio de sus

funciones implicado en el mismo. También se regula que se dejará sin efecto la decisión del fiscal cuando, dentro del mismo plazo, la víctima manifestare de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal. La decisión que el juez emitiera en conformidad al inciso anterior obligará al fiscal a continuar con la persecución penal.

Se advierte en la legislación comentada un contralor externo al Ministerio Público pero limitado a los supuestos en los cuales el legislador ha regulado la regla de oportunidad. Es decir, el sistema procesal chileno participa de las características de un sistema reglado de la oportunidad procesal. Esto significa, que el legislador definió un marco muy preciso de su aplicación con fundamento en la escala penal del delito, en la condición objetiva del sujeto activo (exclusión de los delitos especiales de funcionarios públicos) y en la voluntad de la víctima. De manera coherente con tal definición de la regulación de la oportunidad procesal, se optó por un contralor externo a la estructura del Ministerio Público y se lo colocó en cabeza del Poder Judicial pero siempre limitado a los estándares legales fijados por el Legislador. Es decir, se advierte una interacción entre dos poderes del Estado en la operatividad de la regla de oportunidad (legislativo y judicial). Esto nos permite proyectar una primera conclusión: el sistema de contralor judicial -en Chile- es un sistema focalizado en el cumplimiento de la legalidad de la actuación de los fiscales. Cumplidos los requisitos legales de procedencia, pareciera que no hay control material sobre la aplicación de una regla de oportunidad.

Con relación al control interno de implementación de una regla de oportunidad, se regula que vencido el plazo de 10 días o rechazada por el juez la reclamación de la víctima, los intervinientes contarán con otro plazo de diez días para reclamar la decisión del fiscal ante las autoridades del ministerio público, quienes deberán verificar

si tal decisión se ajusta a las políticas generales del servicio y a las normas que hubieren sido dictadas al respecto. Validada la actuación del fiscal, se entenderá extinguida la acción penal respecto del hecho de que se tratare.

Como segunda conclusión del modelo chileno, es interesante mencionar la importancia que se le asigna al contralor sobre la decisión de implementar una regla de oportunidad procesal, puesto que no solo se prevé el contralor judicial de la misma según los estándares legales que la hacen operativa; sino que luego de ese primer contralor judicial externo a la estructura del Ministerio Público, se prevé una segunda posible revisión, ahora ya interna dentro de la esfera de la propia institución. Es decir, un sistema de contralor tanto externo como interno. Sirva este ejemplo del sistema procesal chileno para advertir la trascendencia que se le otorga al control sobre la implementación de una regla de oportunidad procesal como uno de los pilares esenciales sobre la cual se apoya una eficiente y racional puesta en funcionamiento de un sistema acusatorio.

III. La oportunidad procesal en su dimensión empírica [\[arriba\]](#)

Analizados de manera esquemática los supuestos normativos del control judicial sobre la actuación del fiscal, paso a referirme ahora a cuatro supuestos que he dado en llamar casos de control empírico sobre la actuación del fiscal, donde frente al silencio del legislador, es necesario recurrir a criterios normativos que surgen de los principios configuradores del sistema penal y procesal penal, tanto

en el ámbito específico de la rama punitiva del Derecho como desde la perspectiva constitucional.

III. a) Control de constitucionalidad y sistema acusatorio: ¿quien define la cuestión?

Uno de los capítulos que la implementación plena de un sistema acusatorio implica en el plano institucional es establecer si este sistema procesal importa la modificación del tradicional ámbito de control de constitucionalidad del Poder Judicial. Con otras palabras, así como la regla de oportunidad coloca en cabeza de los fiscales decisiones claves sobre el no impulso de la acción penal, cabe preguntarse si dicha facultad puede trasladarse -sin más- a una suerte de privación del contralor constitucionalidad de las leyes, tradicionalmente entendida como tarea fundamental de la magistratura[22].

Desde una perspectiva acusatoria pura, podría sostenerse que, si el fiscal postula la inconstitucionalidad de una norma que regula el caso, en rigor de verdad, no habría posibilidad alguna de resolver la cuestión, ya que el contexto normativo no tendría legitimidad material. De manera más clara, si fiscal y defensa coinciden en que la normativa que regula la restricción de un beneficio procesal -por ejemplo- resulta inconstitucional, el tribunal carece de jurisdicción para analizar la cuestión. Es decir, carece de caso y por ende no puede llevar adelante un contralor de constitucionalidad.

Este fue el debate que se planteó en el ámbito de la Sala II de la CFCP donde se analizó la constitucionalidad de la restricción que impone el art. 14 del CP para acceder a la libertad condicional de una persona condenada por el delito de transporte de estupefacientes. Llegado el caso a decisión de aquel tribunal por medio de un recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado, el fiscal actuante ante la Casación coincidió en la inconstitucionalidad de la norma mencionada. Esta postura del fiscal llevó a uno de los jueces a sostener que

“(…) la posición asumida por el representante del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia a través del dictamen que se observa por el sistema Lex100 -el que alcanza a cubrir la exigencia de fundamentación, más allá de su acierto o no- sella la suerte favorable de la solicitud y limita la jurisdicción para adoptar una solución más gravosa (…)”[23].

Como puede apreciarse, el tribunal carece -según este criterio- de la facultad de ejercer un control de constitucionalidad en el caso, precisamente, pues no hay caso. La cuestión se presenta como más radical si se llega a comprender que se acepta tal criterio que limita la actuación de los jueces con independencia del acierto o no de la perspectiva del análisis del fiscal. Con otra palabra, pareciera que bastaría la mera fundamentación formal del dictamen para tenerlo por legítimo. Aunque no se menciona en el voto, podría agregarse que, incluso, la actuación del tribunal implicaría el riesgo para el imputado de llegarse a una solución más gravosa que aquella más favorable que ha consentido expresamente el fiscal.

La mayoría del Tribunal, por el contrario, entendió que la esfera de control de constitucionalidad no resulta disponible por parte del Poder Judicial, sea cual fuere el sistema procesal que circunstancialmente se adopte. Agregó que

“(…) lo postulado en las breves notas presentadas en la audiencia, es un dictamen que merece toda la consideración jurídico normativa propia de las partes ante esta instancia, pero carece de la fuerza determinante que sí cabe asignar a las situaciones vinculadas con la disponibilidad de la acción, que expresan una decisión político criminal, por principio, bajo su ámbito funcional”[24].

Como podrá apreciarse, queda en claro que la implementación de un sistema procesal acusatorio no implica privar al juez de su misión constitucional esencial. En este caso, el contralor de constitucionalidad de una Ley.

Sobre el punto se ha señalado que la opinión favorable del Fiscal ante la Casación, aún desde la perspectiva de las reglas propias del sistema acusatorio, no puede ser en modo alguno determinante, cuando de lo que se trata es de analizar la constitucionalidad y legalidad normativa y sus argumentos no encuentran fundamento definitorio sobre el tema. Esto es así, pues la función esencial de la jurisdicción es preservar la vigencia de la constitución y las leyes, ingresando esa perspectiva en un ámbito donde la opinión del acusador público no se impone por se frente a la competencia que la propia Constitución ha otorgado a la magistratura judicial[25].

Como se ha podido evidenciar, estas dos posturas tienen fundamentos y puntos de partida muy distintos y, en cierto punto, puede afirmarse que en esa decisión se pone en juego la propia esencia del sistema penal y los fines y funciones del mismo en una sociedad. En el voto del juez Slokar se advierte una tarea judicial que queda limitada a aquello que las partes le presentan, esto es, una dinámica puramente adversarial; mientras que en caso del voto de los jueces Yacobucci y Mahiques, la dinámica procesal acusatoria no implica relegar al juez a la condición de un mero espectador en aquellos ámbitos en los cuales el propio sistema constitucional le confirió una tarea esencial: el control constitucional de las leyes.

III. b) Excepciones que ponen fin a la acción en instancias de revisión judicial

Otro supuesto que ha generado un intenso debate es aquel en el cual la defensa y la fiscalía comparten la misma postura con relación a la atipicidad manifiesta de la conducta investigada y, por ende, sobre la procedencia de una excepción de falta de acción interpuesta por el imputado. La discusión adquiere mayor relevancia en el plano institucional cuando este supuesto se presenta en instancias superiores de revisión judicial y en investigaciones de casos de corrupción de funcionarios públicos.

El supuesto aquí planteado es bien distinto al de desestimación de la denuncia por parte del fiscal por inexistencia de delito, supuesto sobre el cual suele regularse normativamente la posibilidad que el denunciante interponga la revisión del archivo ante el fiscal de Cámara. Me refiero aquí al grupo de casos donde, en instancias judiciales superiores, ante un recurso de la defensa por el rechazo de una excepción de falta de acción, el fiscal ante la instancia de revisión dictamina de conformidad con el planteo de la defensa y adhiere a la excepción de falta de acción por atipicidad del comportamiento y postula el sobreseimiento del imputado.

Esta discusión ha sido planteada en el voto minoritario de uno de los magistrados que integra la CFCP quien señaló que la ausencia de controversia entre la defensa y lo dictaminado fundadamente por el fiscal impide la modificación o

convalidación -según en caso- del fallo impugnado[26]. Con otras palabras, la conformidad del fiscal con la defensa impide a los jueces pronunciarse sobre el punto por carecer de jurisdicción en atención a la postura desincriminadora del fiscal.

En lo que aquí interesa, dicho voto también hizo referencia al supuesto de disparidad de criterios que sobre el encuadre legal del caso puedan tener los miembros del Ministerio Público Fiscal de distintas instancias. Se mencionó que el principio de unidad de actuación determina que en un caso concreto la opinión de un miembro del Ministerio Público representa la opinión del organismo. Principio que debe entenderse conjuntamente con el de organización jerárquica que también caracteriza la actuación del Ministerio Público. Conforme dicha articulación, concluye el voto mencionado, ante la existencia de distintas opiniones sobre una misma cuestión, prevalecerá la del representante del Ministerio Público Fiscal que tenga mayor rango como expresión de la representación del órgano[27]. Como puede apreciarse, esta perspectiva de análisis lleva el sistema acusatorio al punto de impedir -más allá del contralor de fundamentación mínima del dictamen del fiscal- todo tipo de estudio jurisdiccional del caso. Es decir, los jueces tienen vedado ingresar al estudio de fondo del tema planteado, por más que en instancias judiciales anteriores la investigación penal se encuentre avanzada. De manera más categórica, la postura de un fiscal de instancias extraordinarias de revisión puede implicar en la práctica el cierre definitivo de un caso judicial que ya había superado distintas etapas procesales preliminares.

El voto de los jueces que integraron la mayoría de la decisión del Tribunal de Casación entendió que la herramienta procesal interpuesta (excepción de falta de acción) y la vía para hacerla efectiva (recurso de casación) no eran viables. La primera, por requerir un mayor marco de discusión y por no constituir, la segunda, un supuesto que legitime la intervención de la Casación por no constituir lo debatido una sentencia definitiva o equiparable a tal.

Con relación al punto que aquí nos interesa, el voto del juez Gemignani le dedicó un especial tratamiento a la postura del fiscal que bien pueden ser consideradas en el plano institucional que el tema aquí analizado propone. Así, señaló con relación al dictamen del fiscal del caso que un proceder licencioso de los responsables del Ministerio Público genera incerteza sobre la efectiva vigencia de la protección estatal y sobre la organización de la vida social según la definición de la ley, esto es, anomia, y entonces suele suceder, como puede advertirse en la sociedad argentina de un tiempo a esta parte, que los ciudadanos retoman legítimamente la defensa de sus derechos con los nefastos resultados que ello necesariamente supone. A lo cual agrega que, tal proceder genera, asimismo, responsabilidad internacional del Estado Argentino en relación a los compromisos asumidos en ese ámbito con relación a las obligaciones del Estado en orden a la prestación a la paz y de investigación, juzgamiento y sanción de hechos cometidos por funcionarios públicos. Para concluir que se impone a los funcionarios públicos, bajo sanción penal, promover la persecución y represión de los delitos.

Como puede apreciarse, en el fondo de este debate se percibe claramente una visión diametralmente opuesta entre la función, contenido y alcance de la actuación del fiscal y sobre el contralor judicial sobre dicha actuación y sus límites. Cuestión que conecta también con el perfil que se espera de los fiscales en el plano institucional, lo cual impacta necesariamente con los mecanismos y estándares normativos de su selección. Sin un criterio político criminal claro sobre

este punto, es explicable debates como el que evidencia este precedente judicial. Extremo sobre el cual la Argentina debería encarar una discusión profunda en el marco de una política criminal integral bajo los principios de bien común político y dignidad de la persona, con un fuerte anclaje en la legalidad y culpabilidad penal como marcos referenciales ineludibles[28].

En el plano procesal y con referencia a la regla de oportunidad y su alcance, puede concluirse que en supuestos donde la discusión jurídica sobre los fundamentos de una excepción de falta de acción ya fueron debidamente debatidos en instancias anteriores y aquello que llega a estudio del tribunal superior es el resultado de dicho debate, no puede limitarse la función de los jueces de alzada al control sobre la debida motivación de la opinión del Fiscal sobre el particular, mediante una errada identificación entre sistema procesal acusatorio y sistema dispositivo de la acción penal propio del proceso civil. Hasta donde alcanzo a comprender, la competencia del tribunal superior viene legitimada por la vía recursiva interpuesta y mientras ella no sea desistida fundadamente por la parte interesada, no puede privarse al tribunal de tratar una cuestión jurídica con total amplitud. Una limitación a las facultades del tribunal sería extender el alcance de la regla de oportunidad para supuestos que no hacen a su esencia y que no fueron tenidos en consideración por el legislador quien, en un sistema de oportunidad reglada como el que nos rige, ha delimitado los marcos bien definidos de su implementación.

III. c) No apelaciones de autos de sobreseimiento o de Resoluciones que causan un gravamen irreparable

Un tercer grupo de casos donde también se pone a prueba la vigencia operativa del principio de oportunidad -en el plano empírico-, es cuando el fiscal no interpone el recurso de apelación pertinente y de esta manera consiente un auto de sobreseimiento u otra decisión judicial que pone fin a la acción penal o que causa un gravamen irreparable o de imposible reparación ulterior para la postura del Ministerio Público Fiscal.

Sobre el particular pueden mencionarse dos Resoluciones muy importantes de la Procuración General de la Nación que han venido a regular de manera particular determinados supuestos donde se impone, al fiscal del caso, la obligación de apelar determinadas decisiones judiciales.

En primer lugar, corresponde hacer referencia a la Resolución PGN N° 13/19 donde se fijó una posición para los integrantes del Ministerio Público Fiscal que deben oponerse a determinadas solicitudes de suspensión de juicio a prueba y a interponer los recursos ante las instancias judiciales pertinentes cuando el tribunal, pese a tal oposición del fiscal, resuelve conceder la suspensión del juicio al imputado. Dicha Instrucción General prevé, incluso, la interposición del recurso extraordinario federal para asegurar la posición de la Fiscalía.

Es interesante mencionar que la Resolución comentada encomienda a los fiscales una valoración especial sobre las circunstancias del pedido que atienda de manera especial a las características del hecho y del autor para dictaminar -fundadamente-, si resulta viable la suspensión del juicio a prueba, o, por el contrario, si la celebración del debate se presenta como necesaria desde una exigencia político criminal.

Entre los aspectos a tener especialmente en consideraciones se mencionan los siguientes estándares cuya finalidad pasa por no desvirtuar los fines y funciones de la probation, instituto que se vería desnaturalizado en los siguientes supuestos: a) delitos de corrupción que involucren a funcionarios públicos; b) hechos de violencia contra la mujer; c) delitos que pongan en evidencia una inusitada violencia en la conducta del imputado; d) casos que produzcan conmoción pública en la sociedad; e) hechos que tienen características de sistemática reiteración; f) el ofrecimiento de reparación del daño resulte desproporcional con el perjuicio sufrido por la víctima; g) el imputado no aporte datos concretos y verídicos sobre sus condiciones personales y su domicilio.

Al enunciarse estos extremos de especial consideración por parte de los fiscales, se fija desde la Procuración General de la Nación una interesante línea de acción político criminal que viene a regular de manera operativa la regla de oportunidad procesal. Es decir, la exigencia de un detenido análisis de los casos donde se debate la concesión de la suspensión del juicio a prueba con la finalidad de evitar su otorgamiento automático e indiscriminado.

Como puede apreciarse, la regla de oportunidad procesal no es absoluta y no se constituye como potestad exclusiva de cada agente fiscal en particular, sino que debe enmarcarse dentro de los estándares normativos regulados por el Legislador (en el caso del CPPF donde impera la regla de una oportunidad reglada), como también a los lineamientos que la Procuración General de la Nación lleve adelante en el marco de una política criminal orientada por los principios de bien común político, legalidad y dignidad de la persona. Los fiscales representan a la sociedad y como sustitutos procesales interactúan dentro de un marco institucional que viene regulado por la legislación y por las Resoluciones de la Procuración General de la Nación que legitiman y enmarcan su actuación en el proceso penal.

En otro orden de ideas, y vinculado con la exigencia de interponer recursos ante instancias superiores de revisión judicial contra decisiones desfavorables para los intereses del Ministerio Público Fiscal, también pueden referirse las Instrucciones Generales que fijan una interpretación normativa con relación a determinados tipos penales de conformidad con los parámetros de política criminal delineados por la propia Procuración General. Un ejemplo de ello es la Resolución PGN 18/18 que interpretó la reforma legislativa que actualizó los montos previstos para el delito de evasión tributaria en el marco del Régimen penal tributario y aduanero y fijó una interpretación sobre aquellos montos definiéndolos como un supuesto de condición objetiva de punibilidad no alcanzados por la garantía de ley penal más benigna. En este contexto, se instruyó a los fiscales para que interpongan los recursos de apelación pertinentes contra las decisiones que contraríen aquella interpretación normativa fijada por la cabeza del Ministerio Público Fiscal[29].

Otro punto interesante en el marco de esta regulación desde la implementación procesal de la regla de oportunidad viene dada por las Instrucciones de la Procuración General de la Nación que imponen determinados criterios de actuación en causas que investigan delitos de corrupción de funcionarios públicos ante la negativa judicial de trabar determinados embargos preventivos con la finalidad de asegurar el recupero del dinero fruto de una práctica de corrupción y evitar, de esta manera, que el delito continúe rindiendo sus frutos.

A modo de ejemplo, puede referirse la Resolución PGN 129/09 que fija los estándares normativos necesarios para legitimar el pedido de medidas cautelares patrimoniales incluso con antelación a la concreción de una citación judicial a

prestar declaración indagatoria por parte del tribunal o el dictado del auto de procesamiento con relación a los acusados. Es interesante mencionar este caso, pues viene a regular el ejercicio de la acción penal en el ámbito procesal de las medidas cautelares y fijar criterios de actuación para lograr una mayor eficacia en la investigación de delitos de contenido económico.

Establece la Resolución que su finalidad es asegurar el recupero de activos producto de actividades ilegales y establece como finalidad de una política criminal aplicada la necesidad de tener en especial consideración los delitos cometidos a través personas de existencia ideal, instando a la traba de medidas cautelares sobre aquellas cuando son empleadas por los acusados para obtener una libre disposición de sus bienes. Este es otro ejemplo muy concreto de la implementación procesal de la regla de oportunidad por medio de Instrucciones Generales del jefe de los fiscales que le dan contenido normativo a una manera muy concreta de su implementación en el plano sociológico o empírico.

En esta inteligencia, podría recomendarse el dictado de Instrucciones Generales que integren una suerte de protocolo de actuación en las vías recursivas de los fiscales antes decisiones judiciales que cierran la investigación de casos de corrupción en el ámbito público. Así, a modo de ejemplo, un estándar practicable podría configurarse sobre la premisa de recurrir por prematuro el cierre de investigaciones sin la consecuente realización de un informe pericial contable que permita contar con un mayor conocimiento de la maniobra investigada y del eventual perjuicio patrimonial sufrido por el Estado.

Como ha podido apreciarse, la no interposición de recursos de apelación contra decisiones que cierran investigaciones de delitos con fuerte incidencia institucional, tal vez configura el mayor riesgo de autonomía y discrecionalidad en la tarea del Ministerio Público Fiscal y donde se juega, en definitiva, la plena independencia de los representantes de aquel Poder del Estado.

III. d) Desistimiento de recursos en instancias superiores

Al analizarse la implementación en el plano empírico de la regla de oportunidad procesal, no puede dejar de mencionarse el grupo de casos que se genera cuando el fiscal superior desiste de un recurso de apelación o casación interpuesto por el fiscal de la instancia preliminar. En este sentido, bien es conocido por todos que se exige que dicho desistimiento cuente con una fundamentación suficiente que evite desistimientos infundados o carentes de motivación.

Ahora bien, el punto ya no tan claro se presenta cuando nos preguntamos sobre los límites y alcances de dicho control sobre la motivación del dictamen del fiscal superior que desestima un recurso de apelación que llega a su conocimiento, demanda y legitima su intervención. Lo cierto es que, si el contralor sobre aquel es meramente formal y se limita a un control de logicidad del raciocinio, se corre el riesgo que se trate de un mero contralor aparente y sin profundidad. Por otra parte, si el control sobre la motivación de aquel dictamen avanza sobre la legitimidad del mismo, en cuanto a determinar si se trata de una correcta aplicación del Derecho positivo vigente y de un motivado análisis de las constancias probatorias del caso, suele afirmarse que aquello constituye una injerencia inconstitucional del Poder Judicial en el ámbito de las competencias del

Ministerio Público Fiscal en razón de la afectación de la independencia institucional de éste último.

Un posible correctivo a este profundo debate que plantea este supuesto, puede darse en el plano funcional de actuación del Ministerio Público mediante una definición de roles que establezca que el fiscal que inicia una investigación sea el fiscal que deberá llevar adelante el caso ante todas las instancias procesales, tanto de apelaciones ordinarias como extraordinarias, tanto en la investigación preliminar como en la etapa del debate propiamente dicho. Esto implica una redefinición en el plano funcional y organizacional de los fiscales pero que permite despejar un conflicto institucional y genera una mejor práctica en cuanto a la actuación y coherencia de los fiscales, lo cual no significa otra cosa que una debida implementación práctica y real del principio de unidad de actuación del Ministerio Público Fiscal.

En este orden de ideas, parece sugerente en el plano de un sistema acusatorio adversarial dejar de lado la organización espejo del Ministerio Público de la acusación con la organización clásica del Poder Judicial. A modo de ejemplo, suele regularse que ante una determinada cámara de apelaciones debe actuar un fiscal de cámara. Por el contrario, parece más dinámico el repensar a los integrantes del Ministerio Público Fiscal integrado como un equipo de fiscales a cargo de determinados casos que puedan actuar en y ante las distintas etapas judiciales y del proceso[30].

IV. Consideraciones finales [\[arriba\]](#)

La implementación normativa y práctica de la regla de oportunidad ha venido a reavivar un debate tan profundo como connatural al sistema de enjuiciamiento penal como ser el control judicial de la actuación de los fiscales. Aun con los nuevos vientos que introduce la regla de oportunidad, ciertamente, se puede concluir que la cuestión no es novedosa, al punto que la propia CSJN abordó el tema en distintas oportunidades y con conclusiones opuestas según las circunstancias del caso que llegó a su conocimiento.

Si bien es cierto que en el plano formal de aquellos precedentes aparece como centro de la discusión procesal la necesidad de establecer cuál era la acusación que permitía al tribunal de juicio emitir un veredicto condenatorio; no lo es menos que en el fondo del planteo se encuentra la discusión -bien profunda y todavía no resuelta definitivamente- sobre los límites y alcances de la actuación del fiscal y su posible control judicial.

En efecto, a partir de los precedentes “Tarifeño”[31], “García”[32] y “Catonar”[33] se entendió que, sin un pedido de condena por parte del fiscal, el tribunal no estaba en condiciones constitucionales de emitir un veredicto condenatorio en razón de la ausencia de una acusación. Se dejó asentado que, en el marco de las etapas del debido proceso penal, integrado por la acusación, la defensa, la prueba y la sentencia, sin acusación no puede haber condena constitucionalmente legítima[34]. Sin embargo, en el precedente “Marchilense”[35], la propia CSJN modificó su criterio y legitimó una condena a pesar el pedido de absolución del fiscal al momento de formular sus alegatos en el juicio oral por entender que ya había existido una acusación con el requerimiento del fiscal de la instancia anterior que había postulado la elevación a juicio del caso, pues de lo contrario, habría un juicio oral sin acusación. Tiempo después, en el caso “Moscaccio”[36], el tribunal regresó a su tradicional criterio y declaró

inválidas las sentencias condenatorias tras un alegato del fiscal que postulaba la absolución del imputado.

Como podrá apreciarse el tema es bien complejo, pues siempre quedaría el control judicial sobre el pedido de absolución del fiscal y su eventual declaración de nulidad en caso de arbitrariedad y falta de motivación suficiente[37]. Extremo éste complicado y no exento de debate, al punto que en el plano sociológico la CSJN por medio del precedente “Santillán” legitimó la posibilidad constitucional que el tribunal emita una sentencia condenatoria -pese al pedido de absolución de la fiscalía- si la querrela constituida legítimamente en parte durante el proceso, petición la codena del enjuiciado. El fundamento para este correctivo empírico fue que la acusación como etapa fundamental de la garantía judicial del debido proceso penal, quedaba a resguardo con la actuación de la acusación privada en el marco del debate. Con otras palabras: con la parte querellante que solicita una condena, ya no falta la acusación que legitima aquella.

Claro está que el sistema acusatorio pleno conlleva marcadas posibilidades de disponibilidad de la acción penal por parte del fiscal con la crisis que ello implica -tal como aquí se ha pretendido evidenciar- para una visión clásica del sistema penal como ordenamiento jurídico de indiscutible carácter público. Tendencia ésta que contrasta, en lo que aquí nos interesa, con una mayor legitimación del rol activo del juez civil, quien tradicionalmente quedaba limitado en su accionar a aquello que le presentaban las partes en litigio.

A modo de ejemplo, puede mencionarse el art. 36 inc.4) del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que establece:

“(…) Aún sin requerimiento de parte, los jueces y tribunales deberán: (...) 4) Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes[38].

De todos modos, aquello que se encuentra fuera de discusión es la clara necesidad de distinguir materialmente -más allá de los sujetos procesales- la función de investigación de la de juzgamiento. Esta cuestión fundamental que hace a la garantía constitucional de imparcialidad judicial merece toda la atención pues constituye el centro neurálgico de un sistema acusatorio-adversarial que sea racional, garantista y eficiente. Por fuera de este postulado configurador del sistema acusatorio-adversarial, la regla de oportunidad procesal, tanto en el plano normativo -con los alcances ya definidos por el Legislador-, como en el plano empírico -con los grupos de casos en el plano sociológico antes analizados-, presenta un amplio e interesante debate que lejos se encuentra de definirse. Por el contrario, todo indica que la cuestión recién comienza a debatirse.

Buenos Aires, 14-VII-2021

Notas [\[arriba\]](#)

** Se desarrollan aquí las principales conclusiones de mi ponencia presentada en las jornadas sobre “Reforma procesal penal. A 1 año del inicio del sistema acusatorio*

en Salta y Jujuy. Análisis y perspectivas”, organizadas por el Departamento de Derecho penal y procesal penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral el 30-VII-2020.

*** Abogado. Máster en Derecho penal (Universidad Pompeu Fabra y Barcelona). Doctor en Derecho y Profesor de Derecho procesal penal (Universidad Austral).*

[1] El art. 120 de la CN establece que el Ministerio Público “(...) tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República”. Del texto constitucional se desprende claramente esta función de actuación en representación de intereses generales, lo cual caracteriza su tarea procesal en sustitución de otro.

[2] No se me escapa el carácter polémico de esta primera premisa de partida, de manera especial en consideración a la habitual afirmación por parte de los distintos operadores del sistema de administración de justicia penal que se refieren al fiscal como el titular de la acción penal.

[3] Una interesante síntesis de estas opciones se aprecia en la exposición de motivos elaborada por el Profesor Raul E. Zaffaroni en el Anteproyecto de Código penal del año 2014 al fundamentar la exclusión de los delitos de peligro abstracto, 59, <http://www.saij.gob.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>, disponible el 10-V-2020. Con anterioridad en nuestro medio, ya se planteaba una esquematización ilustrativa sobre aquello que resulta objeto de protección del Derecho penal en la discusión dogmática tradicional. Así, se afirmaba la tutela de derechos subjetivos (FEUERBACH); de intereses (IHERING); de bienes jurídicos (LISZT); de normas primarias (BINDING) y de normas de la cultura (MAYER). Para mayores detalles puede consultarse Sebastián SOLER, Derecho Penal Argentino, Tomo I, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, 396.

[4] Por una cuestión terminológica me refiero a la regla y no al principio de oportunidad. Las reglas, a diferencia de los principios, tienen excepciones (cfr. Robert ALEXY, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, 89). En nuestro medio y de manera concreta con el tema que nos ocupa, sigue la terminología de regla de oportunidad en lugar de principio, Mario Laporta, “El llamado principio de oportunidad en materia penal. Debate, Estudios de Derecho Penal, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho penal, Buenos Aires, 2016, 143-144, para quien la oportunidad se presenta como una excepción directa de la regla de oficialidad en el ejercicio de la acción penal mediante la cual, el fiscal, puede retirar el caso cuando se dan requisitos que el sistema exige para activar esa posibilidad. Extremo éste, me permito agregar, que da lugar a la regla de oportunidad regulada por el Legislador.

[5] Respecto de las dimensiones del mundo jurídico, es posible consultar con provecho a Werner Goldschmidt, Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes, 6ta ed., Ábaco, Buenos Aires, 1980, passim. Allí se desarrollan los tres ámbitos del mundo jurídico: la dimensión de las normas (normológica), la de la praxis o implementación en el plano judicial (sociológica) y la dikelógica (valoración desde el valor justicia en el modo de resolverse el caso).

[6] Esta selección de casos presenta cierta arbitrariedad, en el sentido que no implica agotar todos los supuestos, sino que, por el contrario, se ha buscado abordar aquellos ejemplos más significativos e ilustrativos para comprender el fondo de la discusión.

[7] Es ilustrativo al respecto el interrogante que se planteaba SOLER con relación a si resultaba posible, aún no mediando ninguna causa enumerada de justificación, que el hecho típico no sea ilícito en sí mismo y que para serlo tenga además que

revestir alguna otra cualidad positiva. De esta manera, se introducía en la discusión sobre los alcances de la antijuricidad sustancial (cfr. Sebastián SOLER, Derecho Penal..., 396.

[8] Cfr. C.Fed.Cas.Penal, Sala II, 31-X-2012, causa N° 15.556, registro N° 20.751 “G.,H.H., s/ recurso de casación”. Recientemente, en sentido contrario, puede mencionarse el precedente “RODRÍGUEZ” de la CNac.A.Crim.Correc, Sala I, 26-X-2020, donde en una plataforma fáctica muy similar, el Tribunal entendió que la insignificancia debe interpretarse en clave con la implementación del sistema procesal acusatorio. Es decir, debe tenerse en consideración la posición del representante del Ministerio Público Fiscal asumida en el caso. De todos modos, el Tribunal ingresó a tratar el fondo del agravio de insignificancia de la defensa y lo rechazó por no tener por acreditado el estado de vulnerabilidad alegado.

[9] Los estándares normativos de merecimiento y necesidad de intervención penal no implican un vacío de impunidad para aquellos supuestos que no los alcanzan. Por el contrario, aquellos casos que no llegan a alcanzar estos umbrales pueden ser abarcados y reconducidos por el sistema de contravenciones y de faltas. En este orden de ideas, una política criminal integral permite articular de manera coherente, sistemática e interconectada, el sistema de delitos con las contravenciones y faltas. Lo cual no es otra cosa que la plena operatividad el principio de subsidiariedad del Derecho penal.

[10] Como respuestas a este efecto no deseado de reglamentación normativa de la regla de oportunidad, puede mencionarse la creación -en el ámbito de la Subsecretaría de Política Criminal de CABA-, de oficinas de asistencia a la víctima por fuera de la tradicional atención otorgada por el propio sistema judicial.

[11] Al respecto puede verse el voto del juez Guillermo J. YACOBUCCI en CNac.Cas.Penal, Sala II, 15-VII-2010, “STORCHI”, Allí se estableció que la querrela no puede en virtud de la normativa ordinaria impulsar por sí sola -autónomamente- el inicio del juicio. Esto significa, concluye el voto mencionado, que la CSJN le ha reconocido a la acusación privada la legitimación para que de manera relativamente autónoma “cierre” la imputación personal con prescindencia de la última opinión fiscal, pero sin requerimiento de elevación a juicio formulado por el Ministerio Público Fiscal, no puede haber actuación autónoma de la parte querellante en el debate. Siempre, claro está, en el marco normativo del sistema procesal penal nacional.

[12] El art. 30 del Código Procesal Penal Federal establece que el fiscal “(...) 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”.

[13] Si el fiscal superior resuelve confirmar el criterio de oportunidad implementando por el fiscal del caso o si la propia víctima no cuestiona tal extremo, la causa será remitida -según el texto de la Resolución comentada- al Juez para que disponga aquello que corresponda según su competencia. Esta última referencia, deja abierto el interrogante con relación a si el juez del caso en el sistema procesal mixto nacional (aún vigente) se encuentra en condiciones de reasumir la investigación o, por el contrario, debería cerrar la investigación en razón de falta de impulso fiscal.

[14] En interesante destacar que por la mencionadas Resolución se apartó expresamente del proceso de mediación al fiscal que interviene en la investigación el caso, con la finalidad de evitar un desequilibrio de fuerzas en tal ámbito, pues si fracasa la instancia de acuerdo, el imputado quedaría en una desventajosa

posición ante la acusación pública, no obstante, el carácter confidencial de la etapa.

[15] Esto se aplicó para la contravención de votar fuera de la comuna correspondiente para los casos de los Fiscales de Mesa en el día de elección de las autoridades.

[16] Al respecto puede verse, CNac.Cas.Crim.Correc., Sala I, 3-VII-2018, “Peralta, Oscar Rubén”,

[17] Puede mencionarse al respecto el art. 69 del CPPN que establece que “(...) los representantes del ministerio fiscal formularán, motivada y específicamente, sus requerimientos y conclusiones; nunca podrán remitirse a las decisiones del juez; procederán oralmente en los debates y por escrito en los demás casos”.

[18] Con relación a los supuestos en los cuales no corresponde otorgar la suspensión del juicio a prueba, el art. 76 bis del CP establece que “(...) Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación (...)”.

[19] Cfr. TOC 17, 18-II-2021, “SORIA”, voto del juez Juan GIUDICE BRAVO.

[20] *Ibidem*.

[21] *Ibidem*.

[22] Sobre la importancia institucional del control de constitucionalidad como tarea propia de los jueces puede verse CSJN, Fallos: 33:162, “Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. Elortondo”.

[23] Cfr. CFCP, 10-VI-2020, “Vegas Rodríguez”, voto del juez Slokar.

[24] Cfr. CFCP, 10-VI-2020, “Vegas Rodríguez”, voto del juez Yacobucci.

[25] *Ibidem*.

[26] Cfr. CFCP, Sala IV, 16-V-2014, “Boudou, Amado s/recurso de casación”, voto del juez Borinsky.

[27] *Ibidem*.

[28] Con relación al debate institucional sobre el perfil del Procurador General de la Nación puede verse Juna María Rodríguez Estévez, “Hay que fortalecer al Jefe de los Fiscales, no debilitarlo”, en <https://www.lanacion.com.ar/opinion/hay-fortalecer-al-jefe-fiscales-no-debilitarlo-nid2435089>, disponible el 13-X-2020.

[29] En una Resolución anterior de la PGN, la decisión sobre la interposición de los recursos pertinentes quedaba librada a criterio del Fiscal del caso, en atención a que la CSJN venía rechazando sistemáticamente -invocando el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación-, diversos recursos extraordinarios interpuesto por los fiscales sobre el punto en particular.

[30] Cfr. Eugenio C. SARRABAYROUSE, “Las vías de impugnación y las facultades en el proceso penal de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas: ¿un problema que sólo puede resolverse legislativamente?”, Edgardo Alberto DONNA (Dir.) y Ángela Ester LEDESMA (Bicheador.), en *Vías de impugnación en el proceso penal*, Revista de Derecho Procesal Penal, Rubinzal - Culzoni Editores, 2013-1, Buenos Aires, 2013, 249-272. Muy crítico de la organización espejo del Ministerio Público Fiscal con el Poder Judicial.

[31] CSJN, 28-XII-1989.

[32] CSJN, 22-XII-1994.

[33] CSJN, 13-VI-1995.

[34] Recordemos que en estos precedentes el debate se originó por determinar cuál era la acusación que legitimaba una eventual condena por parte del tribunal, si el requerimiento fiscal de elevación a juicio o, el momento de los alegatos al concluirse el debate.

[35] CSJN, 15-VIII-2002.

[36] CSJN, 17-II-2004.

[37] Con mayor profundidad me ocupe el tema en Juan María RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, “Límites al alegato fiscal acusatorio en el juicio oral”, LA LEY, 1997-A, 843,

también citado en el informe anual del Ministerio Público de la Nación (1998).
[38] Cfr. texto introducido por el art. 2° de la Ley N° 25.488 (BO 22-XI-2001).