

"Criterios de oportunidad: La imprescindible discrecionalidad"

"Fiscal c/ Sosa Morán, Juan Rafael y otros por daño agravado s/ casación", de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza y "Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N° 4302 CSJN"

*Por Alejandra P. Marques **

I. -PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD VS. PRINCIPIO DE LEGALIDAD ¿Es imprescindible su escisión?

El 19 de septiembre de 2005, en la causa "Fiscal c/ Sosa Morán, Juan Rafael y otros por daño agravado s/ casación", la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza revocó una resolución que había declarado la inconstitucionalidad del art. 26 del CPP.-

La norma concede al Ministerio Público la facultad de aplicar criterios de oportunidad reglados. El Tribunal por mayoría consideró que es el Ministerio Público quien debe decidir cuando ejercer la acción penal, declarando la constitucionalidad de los inc. 1 y 2 del art. 26 de CPP que estipula: ***"Principio de oportunidad. El ministerio público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley. No obstante, el representante del Ministerio Público podrá solicitar al Tribunal que se suspenda total o parcialmente, la persecución penal, que se limita a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho cuando: 1) Se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o del partícipe o exigua contribución de este, salvo que afecte el interés público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él. 2) Se haya producido la solución del conflicto, lo que se acreditará sumariamente. En caso de delitos originados en conflictos familiares, intervendrán los mediadores, tanto para la solución del mismo, como para el control de ella (...)"***.-

Juan Rafael Sosa Morán, Héctor Edgardo Hernández Norton, Humberto Segundo Novoa Martínez, Raúl Andrés Hernández Norton y Juan Bautista Contreras Martínez se hallaban imputados por la comisión del delito de daño agravado, en razón de haber escrito en la pared de la Escuela Padre Arce, la frase "Vote M.S.T. pague con la izquierda; no al pago de la deuda externa, paro y plan de luchas", causando un daño de \$100 aproximadamente.-

En la causa mencionada, el defensor Pablo Salinas interpuso un recurso extraordinario de inconstitucionalidad en contra de la resolución que declaró la inconstitucionalidad del art. 26 inc. 1º y 2º del CPP ley 60730 y sus modificatorias. El planteo radicó en la inobservancia de la ley sustantiva, "puesto que se declaró la inconstitucionalidad de la ley 6.730, art. 26 inc. 1º y 2º"; asimismo aduce que se ha interpretado erróneamente el artículo 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, art. 71 del Código Penal y el art. 121 de la Constitución Nacional.-

Fundamenta que *"el principio de oportunidad en realidad juega además roles de distinto tipo, por un lado es un instrumento procesal realizador del derecho fundamental para que se defina dentro de un plazo razonable el proceso y por otro lado es un estímulo para lograr la realización oportuna de los juicios más importantes que se encuentran en manos de los Tribunales y esto evidentemente no es sustancial sino procesal"*.-

Entiende que frente a la realidad que evidencia una administración de recursos escasos en el sistema penal y en particular referencia a la situación de la administración de justicia de Mendoza, *"tenemos el deber de aplicar una norma que no sólo es Constitucional sino que es la que puede abrir el camino a la realización de criterios eficaces y rápidos en la persecución penal"*.-

El juez preopinante Herman Amilton Salvini consideró que dicho recurso debía prosperar, realizando inicialmente una reseña del caso y señaló *"(...) Parto de la base que nuestra*

Constitución Nacional, en su art. 18, prevé que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, más no impone la obligatoriedad en la imposición de una pena, o de la persecución penal. En el marco de las garantías constitucionales, contenidas en el artículo de referencia, surge expresamente "la necesidad de acusación como presupuesto del juicio, más no ordena que aquella se produzca en todo caso" (cfr. Cafferata Nores, "Cuestiones actuales sobre el proceso penal", 2° edición actualizada. Editores del Puerto. Pág. 28). De modo que el conflicto hoy planteado, supone resolver la aparente contraposición de normas contenidas en el Código Penal con las normas adjetivas, concretamente Art. 71 y concordantes, una consideración en relación al 274 Código Penal y artículos 26 y concordantes del C.P.P. (Ley 6.730 y sus modificatorias)".-

La disidencia del Dr. Carlos Bohm resalta que el legislador provincial no tenía competencia para entender sobre cuestiones de fondo, tales como la acción penal, que son competencia indelegable del Poder Legislativo nacional, aseverando que el Congreso de la Nación, por imperativo del art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, dicta el Código Penal que contiene la ley pena, abstracta y general, precepto referido a aquellas conductas que resultan merecedoras de penas o eventualmente medidas de seguridad.-

Con ello, concluye que adoptar el principio de oportunidad es cercenar la atribución del legislador nacional, en lo que a la sanción se refiere.-

II.- EL PRECEDENTE EN QUIROGA. INDEPENDENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO

Q. 162. XXXVIII -"Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N° 4302" CSJN -23/12/2004 (art. 348 2º párr. del CPPN) es inconstitucional el procedimiento de consulta.-

La cuestión estriba en que al responder la vista, el representante del Ministerio Público Fiscal solicitó el sobreseimiento del imputado. El juez a cargo de la instrucción no estuvo de acuerdo y le dio intervención a la Cámara de Apelaciones, la cual resolvió remitir el sumario al Fiscal General ante esa alzada para que apartara al Agente Fiscal y desinsacara un nuevo representante del Ministerio Público.-

El Fiscal General planteó la nulidad del auto por el que el juez elevó la causa en consulta y de todos los actos posteriores practicados en su consecuencia, en base a que el artículo 348 del CPPN había sido derogado tácitamente en virtud de lo dispuesto por el artículo 120 de la Constitución Nacional y los artículos 1 y 76 de la Ley Orgánica del Ministerio Público (ley 24.946)). Subsidiariamente, sustentó la nulidad en que, de no considerarse derogada tácitamente la norma procesal en cuestión, ella sería, de todos modos, inconstitucional a la luz de los artículos 18 y 120 de la CN.-

La Cámara de Apelaciones rechazó la nulidad planteada, contra esa decisión, el Fiscal General interpuso recurso de casación, que fue concedido. No obstante, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación, declaró inadmisibile el recurso por considerar que la decisión impugnada no constituía sentencia definitiva ni era equiparable a ella en los términos del artículo 457 del Código Procesal Penal, y que el recurrente no había tenido en cuenta ni criticado la doctrina de la sala sobre la derogación e inconstitucionalidad pretendidas.-

Contra esa resolución el Fiscal General ante esa Cámara interpuso el recurso extraordinario, cuya denegación dio lugar a la queja que motivó la resolución en cuestión^[1].-

III.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El sistema penal argentino se basa en el monopolio persecutorio del estado, cuando establece en el art. 71 del Código Penal que deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las que dependieran de instancia privada y las acciones privadas. Así, la acción

penal es ejercitada por el Ministerio Público, con las excepciones antes mencionadas, derivándose de ello la obligatoriedad de la persecución que conlleva el principio de legalidad.-

Frente a la decisión de oficializar la persecución penal, como regla general, se ha estimado necesario imponer a los órganos del ministerio público, por vía de principio, el deber de promover la persecución penal (promoción necesaria), ante la noticia de un hecho punible, en procura de la decisión judicial que, previo esclarecer la verdad acerca de esa hipótesis, solucione el caso por intermedio de alguna de las resoluciones previstas en la ley procesal. De allí que, una vez promovida la persecución penal, ella no se pueda suspender, interrumpir o hacer cesar, sino por el modo y la forma previstos en la ley procesal (irretractabilidad).^[2]

El principio de legalidad halla su fundamento en el art. 71 del CP, en cuanto que “las acciones penales se iniciarán de oficio...”, resultando obligatorio promover la persecución penal, y de su correlato procesal del art. 5 del CPPN.-

Para sostener dicho principio, es necesario recurrir a la idea de pena retributiva, proscribiendo todo fin utilitario de la pena estatal. Asimismo, otro fundamento especulativo –al decir de Maier^[3]-, estriba en el principio de igualdad ante la ley (art. 16 CN) y la determinación legislativa de los hechos punibles (arts. 18 y 19 CN), en tanto que sea la ley la que determine el castigo y no la decisión particular de los órganos de la persecución penal.-

Asimismo, se ha argumentado en pos del principio de legalidad que hace falta que se imponga la sanción amenazada por la ley en todos los casos para afirmar la vigencia del derecho en la realidad. No obstante, lo que debe primar es la reparación del bien jurídico efectivamente lesionado, y no el énfasis en castigar la desobediencia.-

En el mismo orden, se arguye a su favor que favorece la independencia entre los poderes del Estado, por cuanto la voluntad del órgano que ejercita la acción penal ni el que tiene que aplicar la sanción, pueden desvirtuar la voluntad del poder legislativo al sancionar la norma. Sin embargo, este argumento es relativizado al afirmarse la necesidad de controles entre los poderes que, por encima de su independencia, tienden a un equilibrio recíproco, y a la existencia de casos donde, por distintas circunstancias, algún poder puede cumplir funciones propias de otro.^[4]

Tales conjeturas, han obligado a que los criterios de oportunidad fueran determinados legislativamente, a modo de autorizaciones para prescindir de la persecución penal, de dudosa constitucionalidad (suspensión del juicio a prueba, el juicio abreviado y la figura del arrepentido de la ley 24.242).-

Por lo expuesto, es que coincide la doctrina de los últimos años en que el principio de legalidad no tiene vigencia, en orden a la existencia de la llamada cifra negra y a la imposibilidad material del órgano judicial para dar tratamiento a todos los delitos que a él ingresan.-

El principio de legalidad halla su otra cara en el principio de oportunidad, que debe entenderse como la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivos de utilidad social o razones político-criminales.^[5]

Ambos conceptos introducen en la discusión de la dogmática penal el problema de la selectividad intrínseca de la política criminal y la eficacia del sistema penal, en tanto la contracara de la ausencia de un marco de discusión más profunda sobre el principio de oportunidad en materia procesal, ha sido una aceptación absolutamente acrítica de las implicancias del principio de legalidad en ese mismo campo, producto de la costumbre o de la falta de reflexión sobre los fundamentos.-

Así, el principio de oportunidad implica la necesidad de abandonar la persecución de determinados comportamientos tipificados como delitos; para ello, se requiere el rediseño de la política de intervención de la justicia penal en la complejidad social.-

En esta inteligencia es que, siendo que el estado debe utilizar instrumentos violentos en última instancia, el principio de última ratio constituye uno de los elementos del principio de oportunidad como regla general de la selección orientada por el principio de mínima intervención, ya que según Ferrajoli el principio de estricta jurisdiccionalidad sólo es posible en un estado que tipifique muy pocos delitos.-

Es por ello, que la consideración del principio de legalidad como opuesto del principio de oportunidad, y la "oportunidad reglada" como síntesis,^[6] no es la forma más productiva de encarar el problema, sino a través de la selección de casos respecto de política criminal por un lado, y la justicia penal concebida como una organización de recursos limitados.-

IV.- OPORTUNIDAD EN EL ALEGATO FISCAL ABSOLUTORIO

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha tenido diversos pronunciamientos a este respecto. Caben destacar los fallos "Tarifeño", "Cáceres" y "Mostaccio".-

El primero de ellos "Tarifeño, Francisco s/ encubrimiento en concurso ideal con abuso de autoridad, resuelta el 28 de diciembre de 1989, la Corte resolvió que el dictado de una condena, pese a la absolución solicitada por el Fiscal, violaba las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso, pues la garantía consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales, y en el caso, se había dictado sentencia condenatoria sin que mediase acusación.-

En la causa "Cáceres", la minoría integrada por los jueces nazareno, Moliné O'Connor y Vázquez, bajo distintos argumentos, coincidieron en que no interesaba si había o no alegato acusatorio del fiscal o la querrela, porque ello no obligaba al tribunal oral.-

En la causa "Marcilese, Pedro Julio y otros s/homicidio calificado, con fecha 15 de agosto de 2002, la CSJN consideró como acusación únicamente al escrito de requerimiento de elevación de la causa a juicio, no revistiendo los alegatos tal carácter, por no modificar el objeto procesal.-

Finalmente, en la causa "Mostaccio, Julio Gabriel s/ homicidio culposo", con fecha 17 de febrero de 2004, la CSJN vuelve al criterio sentado en "Tarifeño", entendiendo que resulta inválido condenar a un imputado si no se cuenta al momento de alegar, con una acusación.-

IV.- COROLARIO

Así las cosas, parecería que art. 71 del CP genera problemas, ¿por qué el régimen de la acción penal está regulado en el CP? ¿No debería ser reservada a las provincias en su procedimiento?

Al respecto, Zaffaroni afirma que algunas normas se encuentran discutidas entre el Derecho Penal y el procesal penal, particularmente porque no se ha analizado bien su naturaleza, y consecuentemente no puede determinarse si pertenecen a una o a otra ciencia jurídica. De allí surgiría que si el Código Penal legislase materias procesales, estas disposiciones serían inconstitucionales en función de los arts. 75 inc. 12 y 5, 105 y 106 de la CN.-

Las disposiciones del Código Penal que se hallarían en esta circunstancia son las referidas al ejercicio de las acciones penales (art. 71 a 76), a los requisitos de procedibilidad (art. 74) a la extinción de las acciones penales (art. 59 a 63, 67). "Para hacer efectiva la aplicación del Derecho Penal sin alterar las jurisdicciones provinciales, en forma que no resulte violatoria del principio de igualdad ante la ley, no puede menos que reconocerse que las provincias han tenido que delegar al

Congreso Nacional algunas limitadas facultades procesales, que garanticen una igualitaria persecución penal de las conductas penadas. El límite de esta delegación es, además, bien claro: se ha delegado lo necesario para que todos los delitos sean igualmente perseguibles y se han reservado lo que hace a las modalidades de esa persecución”^[7].-

Asimismo, en su voto en "Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N° 4302" CSJN -23/12/2004, Zaffaroni expresó que la decisión de la cámara de casación justifica la existencia del procedimiento de consulta en la necesidad de implementar un instrumento legal que controle la actividad de los fiscales, quienes deben adecuar su actuación al principio de legalidad, **siendo los jueces quienes deben efectuar ese control, a fin de evitar la concesión de “un amplio campo para el funcionamiento práctico del principio de oportunidad”**.-

Por ello, es que el ejercicio de la acción pública, en función de los arts. 5 y 65 del CPPN es de orden procesal y pertenece exclusivamente al Ministerio Público, y la naturaleza pública de dicho ejercicio receptado en los arts. 71 y 274 del CP, no debe ser entendida con un alcance tan amplio que obligue al Ministerio Público a acusar en todos los casos.-

[1] www.eldial.com

[2] Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. II, cap. V, pág. 180, en Julio B. Maier, *Derecho procesal penal*, t. I, Editores del Puerto, 1996.

[3] Maier Julio B., *Derecho procesal Penal*, t. I, Editores del Puerto, 1996, pág. 831.

[4] José I. Cafferata Nores, *El principio de oportunidad en el Derecho Argentino. Teoría, realidad y perspectivas*, Nueva Doctrina Penal 1996/A, Editores del Puerto, 1996, pág. 7.

[5] Maier Julio B., *Derecho procesal Penal*, t. I, Editores del Puerto, 1996, pág. 836.

[6] Binder Alberto M., *Legalidad y oportunidad*, en Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje al Profesor Julio B. Maier, Editores del Puerto, 2005, pág. 211.

[7] Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, Ediar, Pág. 194/199.-

(*) Abogada. Posgrado en Derecho Penal - UBA