

MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Manifestations of the Principle of Opportunity

Carlos Manuel Romero Berdullas¹

Recibido: 2 de marzo de 2017
Aprobado: 12 de mayo de 2017

Resumen: Tradicionalmente, el Derecho Penal de la República Argentina se encontró signado por el principio de legalidad procesal. Sin embargo, las legislaciones provinciales, la normativa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las reformas recientemente suscitadas en el Código Penal de la Nación enseñan su aquiescencia hacia paradigmas ajenos a nuestra tradición histórica, en donde se unge a los fiscales con la facultad de determinar en base a criterios de oportunidad, si ante la noticia de la comisión de un delito de acción pública ejercerán o no la acción penal, la suspenderán o interrumpirán. De modo que este fenómeno, revestido de especial actualidad, demarca una tensión inexorable con el principio de legalidad procesal, originariamente heredado de nuestra madre Patria.

Por consiguiente, se impone un estudio crítico sobre qué expresiones legislativas inseridas en nuestro país constituyen, *stricto sensu*, auténticas proyecciones del principio de oportunidad; y si éstas se ajustan o no al bien común político.

En la presente edición de la Revista se justipreciarán las diversas clases de acciones, la conversión de la acción pública en privada, la insignificancia procesal, la denominada intervención de menor relevancia y la llamada pena carente de importancia, con el afán de espigar cuáles constituyen manifestaciones genuinas del principio de oportunidad. Así

1 Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Especialista en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) y Secretario de Cámara de la Secretaría General de Política Criminal y Planificación Estratégica del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

pues, una vez escudriñada esta cuestión, ordenaremos el movimiento de la razón para discernir si estos criterios son o no proyecciones de un “Derecho Penal Líquido”, llamado a contradecir arbitrariamente los fundamentos axiológicos del Derecho Penal e impedir la conquista del bien común político.

Palabras claves: Legalidad líquida - Principio de oportunidad - Arbitrariedad.

Abstract: Traditionally, the criminal law of the Argentine Republic was marked by the principle of procedural legality. However, provincial legislation, the regulations of the Autonomous City of Buenos Aires and the recent reforms in the National Penal Code teach their acquiescence to paradigms outside our historical tradition, where prosecutors are anointed with the power of determine, based on criteria of opportunity, whether or not before the news of the commission of a public action crime will exercise the criminal action, they will suspend or interrupt it. Thus, this phenomenon, which is particularly relevant, marks an inexorable tension with the principle of procedural legality, originally inherited from our mother country.

Therefore, a critical study is required on which legislative expressions inserted in our country constitute, *stricto sensu*, true projections of the principle of prosecutorial discretion; and whether or not they conform to the Political Common Good.

In this edition of the Journal, the various kinds of actions will be judged, next to the conversion from public to private action; the procedural insignificance, the so-called minor intervention and the unimportant penalty, with the desire to glean which are genuine manifestations of the prosecutorial discretion. Thus, once this question is scrutinized, we will order the movement of reason to discern whether these criteria are or are not projections of a “Liquid Criminal law”, called to arbitrarily contradict the axiological foundations of criminal law and attempt against the conquest of the Political Common Good.

Keywords: Liquid legality - Prosecutorial discretion - Arbitrariness.

Para citar este texto:
Romero Berdullas, C. M. (2017), “Manifestaciones del principio de oportunidad”, *Prudentia Iuris*, N. 83, pp. 219-248.

1. Introducción

Tradicionalmente, en nuestro país, el Derecho Penal se encontró regido por el principio de legalidad procesal, que *prima facie* podría definirse como el deber del Ministerio Público Fiscal de ejercer de oficio la acción penal ante la noticia de la comisión de un delito de acción pública, imperativo además comprensivo de la imposibilidad de suspender, interrumpir (irretractabilidad) o desistir (indisponibilidad) de la persecución, salvo en las excepciones expresamente determinadas por la ley.

La República Argentina, fiel heredera del sistema europeo continental, erigió este principio de legalidad procesal en regla desde la conquista española en 1492, canon luego receptado en el Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica para la Provincias Unidas del Río de la Plata en la América del Sur de 1813 (art. 180), y sin solución de continuidad entre 1810 y 1853.

La etapa codificadora de nuestro país no escapa a esta afirmación. En efecto, los códigos procesales nacionales reafirmaron el principio de legalidad procesal, en línea con lo previsto en el art. 71 del Código Penal de la Nación, patrón replicado sin excepciones en los códigos penales y sus antecedentes legislativos, que al tratar el régimen de la acción penal, evidenciaron una sólida tradición interpretativa inclinada a sopesar esta materia como una cuestión sustantiva, y por consiguiente, de competencia nacional por mandato constitucional.

Alcanzamos a comprender, entonces, que hasta el crepúsculo del siglo XX, la normativa vigente había enseñado su aquiescencia con el reconocimiento a la plena vigencia del principio de legalidad procesal, contenido en los arts. 71 y 274 del Código Penal de la Nación, que prescribían el deber de desarrollar la persecución penal oficiosa en los delitos de acción pública; y la obligación de los órganos de persecución penal de promover el enjuiciamiento de los culpables de un hecho punible, so pena de incurrir en delito.

No obstante, entre el ocaso del siglo XX y el amanecer del nuevo milenio, las legislaciones provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires integraron progresivamente criterios relacionados a la disponibilidad de la acción en sus Códigos Procesales, de consuno a nuevas causales de extinción, todos factores con notoria influencia en las consecuencias jurídicas de los delitos.

Así pues, gradualmente, las provincias argentinas incorporaron manifestaciones de un principio de oportunidad, que enseña un carácter contrastante con el principio de legalidad procesal de los procesos de cuño inquisitivos originariamente receptados en nuestra legislación, por cuanto presenta carta de ciudadanía anglosajona.

En concreto, por lo general, la doctrina caracteriza a los sistemas que acogen la oportunidad, como de signo libre o reglado. En el primer paradigma, la oportunidad constituye la regla y se torna en directriz de la persecución penal, por lo que responde al arquetipo del Derecho Anglosajón o el imperante en los Estados Unidos, en donde el fiscal goza de una vasta libertad en pos de disponer de la acción penal. En tanto que, en el restante modelo, la selectividad de los fiscales para ejercer la acción penal se encuentra limitada expresamente por la ley, y ha encontrado eco en países con apego a matrices procesales con tradición legalista, como a modo de ejemplo, Alemania, en donde la legalidad es la regla y la oportunidad la excepción.

En la actualidad, si oteamos el horizonte procesal de la República Argentina, nos topamos con la incursión de un principio de oportunidad, *a priori* susceptible de ser definido como una facultad conferida al Ministerio Público Fiscal para prescindir de la acción penal total o parcialmente (ya sea en forma pura o bajo condición y por razones político criminales o pragmáticas), dentro de un margen de discrecionalidad², frente a la perpetración de delitos de acción pública.

Parte de la doctrina emparenta al principio de oportunidad con una excepción o antítesis del principio de legalidad³; otros lo asimilan a una expresión de este último principio –cuando se trata de oportunidad reglada⁴–;

2 Discrecionalidad que se puede traducir en no promover la acción pública, suspender provisionalmente la acción ya iniciada, limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o hacerla cesar definitivamente *ex ante* la sentencia, aunque concurrieran condiciones ordinarias en orden a solicitar la aplicación de una condena.

3 Entre otros, véase Núñez, R. C. (2009). *Manual de Derecho Penal*. Córdoba. Lerner, 208; Soler, S. (1953). *Derecho Penal Argentino*. T. II. Buenos Aires. Tipográfica Editora Argentina, 499-500; Levene, R. (h) (1993). *Manual de Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. Buenos Aires. Depalma, 160-161; Navarro, G. R.; Daray, R. R. (2004). *Código Procesal Penal de la Nación*. T. I. Buenos Aires. Hammurabi, 69; Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. Editores del Puerto, 89; Naucke, W. (2006). *Derecho Penal. Una introducción*. Buenos Aires. Astrea, 213; y Albrecht, P. A. (2013). “Coordenadas de una legalidad penal en el Estado de Derecho: Principio de la proporcionalidad, principio de la legalidad, principio de oficialidad”. En *Revista de Derecho Procesal Penal* (dirigida por Donna, Edgardo A.), AA. VV. *La Investigación penal preparatoria: Función de las policías*. T. II. Santa Fe. Rubinzal Culzoni, 18.

4 Cf. Yacobucci, G. (2014). *El sentido de los Principios Penales*. Montevideo-Buenos Aires. B de f, 732; Conde- Pumpido Ferreiro, C. (1989). “El principio de oportunidad reglada: Su posible incorporación al sistema del Proceso Penal”. En AA. VV. *La Reforma del Proceso Penal, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*. Madrid. Ministerio de Justicia de España, 290-292; y Ruiz Vadillo, E. (1989). “El principio de oportunidad reglada”. En *La Reforma del Proceso Penal, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*. Ob. cit., 396; e ídem, “Crisis de la Justicia y Reforma del Proceso Penal”. Conferencia pronunciada en el *I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, organizado por el Departamento de Derecho Procesal Penal (Valladolid-Burgos) sobre el tema “Crisis de la Justicia y reformas procesales”. Burgos, 20-22 de enero de 1984, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* N° 1488, 108.

y otra vertiente lo categoriza como todo tratamiento penal diversificado del conflicto social representado por el hecho delictivo⁵.

Por tanto, dada la iridiscencia de estos tornasoles, en pos de remover ciertos obstáculos en el orden del entendimiento, se impone un estudio crítico sobre qué expresiones legislativas inseridas en nuestro país constituyen, *stricto sensu*, auténticas proyecciones del principio de oportunidad; y si éstas se ajustan o no al bien común político.

La importancia de esta faena investigativa se asume por cuanto no toda disponibilidad de la acción penal y desistimiento del Estado de la pretensión punitiva traduce la aplicación del principio de oportunidad. Discernir semejanzas y efectuar distingos reviste, entonces, la nota de esencial en esta instancia. En efecto, si adoptásemos un concepto sumamente lato y desplegáramos la noción de principio de oportunidad al paroxismo, caeríamos en la sinécdoque de interpretar que todo criterio legislativo tendente a distender la persecución o retraer la sanción penal se halla comprendido por nuestro objeto de estudio, al punto de tornarlo abisal. De modo tal que, de incurrir en este yerro, nos hallaríamos con un principio de oportunidad vacuo de límites concretos y amorfo, no sólo abstruso, sino también tan huero de razonabilidad, que vaciaría su concepto hasta volverlo inasible.

En fin, lo explicitado pone de relieve la significancia de someter a criba las disímiles figuras comprendidas dentro del cuadrante asignado al principio de oportunidad; y aquellas capaces de suscitar alguna duda sobre si su naturaleza responde o no al principio examinado.

En esta ocasión, en aras de no jalonar la extensión de este artículo por fuera de los confines de la extensión estatuida por las normas de publicación de la revista y alcanzar el cometido propuesto, nada parece más conveniente que iniciar este *iter* hendiendo el estilete en los delitos de acción privada y dependientes de instancia privada, junto a la dinámica de la conversión de la acción pública en privada.

Es indudable que el ámbito de aplicabilidad del principio de oportunidad se encuentra constituido por los delitos de acción pública. Por consiguiente, amerita interrogarse, entonces, si alguna arista del campo concierne a las otras clases de delitos abarca o no al principio en cuestión, y precisar si la conversión de la acción aherroja o no alguna manifestación del principio de oportunidad.

5 Cf. Bacigalupo Zapater, E. (1987). "Descriminalización y prevención". En *Justicia Penal*, Revista del Poder Judicial, N° especial II. Madrid, 4. Recuperado de <http://ppje.poderjudicialchiapas.gob.mx/pdf/esp2.pdf>, 28-4-2016; y Binder, A. M. (2014). *Derecho Procesal Penal*. T. II. Buenos Aires. Ad-Hoc, 422-423, 393-394 y 424-426.

Así pues, partiendo de lo general a lo particular⁶, el primer peldaño de la trama investigativa reparará en esa tipología de acciones receptada en la República Argentina, y luego se analizará la conversión, dada su imbricación conceptual con la clasificación de la acción; para una vez obtenida una respuesta a nuestras preguntas, proceder a ordenar el movimiento de la razón a discurrir e inferir conclusiones, respecto a otras posibles expresiones del principio de oportunidad (léase insignificancia, intervención de menor relevancia, pena carente de importancia)⁷, que de vincularse a este principio, también serán sopesadas con espíritu crítico.

2. Análisis crítico

2.a. Delitos de acción privada e instancia privada. Conversión de la acción

Antes de su reforma, el art. 71 del Código Penal de la Nación contemplaba que debían iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las dependientes de instancia privada y las acciones privadas.

En cambio, en la actualidad el art. 71 del Código Penal de la Nación prevé –luego de la reforma de la Ley N° 27.147, BO 18-6-2015– que, no obstante las reglas de disponibilidad de la acción penal contempladas en la legislación procesal, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las dependientes de instancia privada y las acciones privadas.

Con facilidad, puede comprobarse que la fórmula escogida por el legislador nacional (léase el “sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal”) constituye una definición abierta a leyes procesales de las provincias. De modo que aquí se entrevé la polémica en derredor a la naturaleza de la acción penal e inconstitucionalidad de normas procesales, cuando legislan sobre cuestiones atinentes al Derecho Penal material.

Por su parte, el art. 72 del Código Penal de la Nación no presenta modificaciones tras la reforma de la Ley N° 27.147, y estatuye como acciones dependientes de instancia privada las nacidas de los siguientes delitos:

6 Se parte de lo general a lo particular, por cuanto la clasificación de los delitos es rectora en alguna razón de todas las figuras delictivas. Tal es así, que se encuentra prevista en la parte general del Código Penal de la Nación; en tanto los delitos, en la parte especial del mismo cuerpo normativo.

7 En otra oportunidad estudiaremos otras posibles manifestaciones del principio en cuestión, como por ej., la penal natural, la mediación, la enfermedad terminal incurable y avanzada edad, el arrepentido, etc.

- 1º) El abuso sexual (simple, gravemente ultrajante o con acceso carnal), el abuso sexual gravemente ultrajante o con acceso carnal con personas menores de 16 años; y el rapto (propio e impropio, es decir, sin o con el consentimiento viciado de la víctima), cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones gravísimas previstas en el artículo 91 del Código Penal de la Nación.
- 2º) Lesiones leves, ya sean dolosas o culposas, aunque en estos casos, se procederá de oficio cuando mediaren razones de seguridad o interés público.
- 3º) Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.

En todos estos supuestos, la norma fija que sólo se procede a formar causa por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Empero, se procede de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor sin padres, tutor o guardador, o cuando el victimario resultare uno de sus ascendientes, tutor o guardador.

Vale añadir que, si existiesen intereses gravemente contrapuestos entre algunos de éstos y el menor, el Fiscal puede actuar de oficio cuando fuera más conveniente para el interés superior de aquél.

En tanto que el art. 73 del Código Penal de la Nación define como acciones privadas las originadas de las:

- 1) Calumnias e injurias;
- 2) Violación de secretos, salvo en los casos de los artículos 154 y 157 del Código Penal de la Nación;
- 3) Concurrencia desleal (prevista en el artículo 159 del Código Penal de la Nación);
- 4) Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere el cónyuge.

A la par, la norma citada presenta una reciente alteración (en razón de lo dispuesto por Ley N° 27.147), al fijar que constituyen acciones privadas las que “de conformidad con lo dispuesto por las leyes procesales correspondientes, surgen de la conversión de la acción pública en privada o de la prosecución de la acción penal por parte de la víctima”⁸.

8 Además, al final del artículo en cuestión, se añade: “La acción por calumnia e injuria podrá ser ejercitada sólo por el ofendido y después de su muerte por el cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes. En los demás casos, se procederá únicamente por querrela del agraviado o de sus guardadores o representantes legales”.

Por lo demás, respecto a la fórmula “de conformidad con lo dispuesto por las leyes procesales correspondientes [...]”, sólo basta apuntar en este acápite como en este aspecto se renueva el debate en torno a la naturaleza de la acción y la constitucionalidad o no de normas procesales que legislan sobre estas cuestiones, en virtud de las potestades reservadas y delegadas por la Constitución Nacional.

Hecha esta breve reseña introductoria sobre el estado de la cuestión legislativa, nos hallamos en condiciones de iniciar un camino tendente a discernir si nos hallamos o no ante manifestaciones del principio de oportunidad, cuando aludimos a delitos de acción privada, dependientes de instancia privada o la conversión de la acción pública en privada.

Ya desde antaño, Vélez Mariconde deja sentado que el art. 71 del Código Penal de la Nación rubricaba implícitamente el principio general de que la acción penal es pública, lo cual no habría tenido necesidad de precisar, si no hubiera instituido la categoría excepcional de las acciones privadas⁹. Recordemos que Vélez Mariconde concibe a la acción penal como pública, en virtud del objeto al cual alude y la finalidad perseguida, pues el Estado ha reivindicado el derecho de acusar en miras de concretar sus fines, preservar su propia vida y resguardar el orden jurídico social¹⁰. La acción penal, en tanto instrumento para aplicar las sanciones penales necesarias a la defensa, el mantenimiento del orden social y la pacífica convivencia de los ciudadanos, incumbe al Estado, por cuanto el delito que lesiona estos intereses exige la actividad estatal. Por tanto, la imperativa intervención del Ministerio Público emana del principio mismo de publicidad de la acción¹¹.

Soler entiende a la acción pública como aquella regla imperativa del deber de ejercer oficiosamente la acción penal de los órganos del Estado, ya sea con o sin colaboración del particular damnificado u otro particular, salvo las excepciones predeterminadas de modo expreso¹².

A la par, añade el jurista aludido que, además de contemplar el interés de la represión, la ley considera otras situaciones conducentes a exceptuar el principio de acción obligatoria¹³. Estos casos serían precisamente los:

- a) Delitos de instancia privada: donde el delito perpetrado afecta tan profundamente la esfera íntima y secreta de la persona, que amén

9 Cf. Vélez Mariconde, A. (1969). *Derecho Procesal Penal*. T. I. Buenos Aires. Lerner, 278 y 282-283.

10 Ídem.

11 Ídem.

12 Soler, S. Ob. cit., T. II, 498-499.

13 Cf. Soler, S. Ob. cit., T. II, 500-502; y Clariá Olmedo, J. A. (2004). *Derecho Procesal Penal*. T. I. Santa Fe. Rubinzal Culzoni, 26.

de la gravedad del hecho, se respeta preferencialmente la voluntad del damnificado o sus legítimos representantes en orden a iniciar su ejercicio, en aras de evitar el *strepitus fori* sobre la intimidad ya lacerada¹⁴. Aquí, como se puede apreciar, se alude a hechos graves, donde para proceder se exige la denuncia o querrela de la víctima o sus representantes, de tal manera que, una vez iniciada la acción, ésta prosigue de oficio y resulta irrevocable como toda acción pública regida por los principios de legalidad e indivisibilidad¹⁵.

- b) Delitos de acción privada: donde el interés del Estado en incriminar hechos de menor gravedad no exorbita al interés del particular ofendido, quien no sólo debe promover la acción penal, sino también continuarla¹⁶. En efecto, se señala que tal es la particularidad del interés protegido que, si el ofendido no se expresa lesionado, en realidad no habría lesión alguna¹⁷.

Vélez Mariconde, Levene y Fierro estiman que desde una perspectiva técnica es una impropiedad la denominación delitos de acción privada e instancia privada, por cuanto la acción por su naturaleza es siempre pública¹⁸, aunque sea privado el órgano a cargo de su ejercicio, pues el propósito de todas las acciones penales es el castigo de una persona por la comisión de un delito¹⁹. Tal es así, que incluso los dos últimos doctrinarios proponen otra clasificación de las acciones en donde se refleje su carácter público²⁰.

Acompaña esta apreciación Vázquez Rossi, quien afirma que la acción dependiente de instancia privada, en rigor de verdad, es una acción pública, únicamente sometida a un requisito de procedibilidad, comprendido por la manifestación de voluntad del ofendido de perseguir el delito mediante la denuncia, pero una vez formulada ésta, la acción prosigue idéntico itine-

14 Cf. Soler, S. Ob. cit., T. I, 500-502.

15 Ídem.

16 Cf. ídem; y en igual sentido, véase Fierro, G. J. (2002), en AA. VV., *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencia*, 2ª Parte General (arts. 71/76), dir. Zaffaroni, E. R. – Baigún D., Buenos Aires. Hammurabi, 772-773.

17 Cf. Soler, S. Ob. cit., T. II, 500-502; y en el mismo sentido, véase Fontán Balestra, C. (1993). *Derecho Penal. Introducción y Parte General*. Buenos Aires. AbeledoPerrot, 711.

18 Cf. Vélez Mariconde, A. Ob. cit., T. II, 180; Levene, R. (h). Ob. cit., 167-168 y Fierro, G. J. Ob. cit., 772-773.

19 Cf. Fierro, G. J. Ob. cit. *ut supra*, ídem.

20 A tal fin, Levene propone sustituir la denominación de delitos de acción privada por delitos perseguibles a instancia de parte, en tanto Fierro siguiere la siguiente clasificación de las acciones originadas por el delito: a) acción pública, b) acción pública dependiente de instancia privada, y c) acción pública de ejercicio privado. Cf. Levene, R. (h). Ob. cit. *ut supra*, ídem; y Fierro, G. J. Ob. cit. *ut supra*, ídem.

rario al de la acción pública en todos sus efectos²¹. De modo que resulta irrelevante en este caso la expresión del ofendido en pos de mantener la instancia.

Por su parte, Vélez Mariconde considera que en las acciones denominadas privadas el Estado no sólo confiere al ofendido el poder jurídico de requerir la actuación de la ley penal, sino también le concede un derecho subjetivo e individual, además condicionante y enervador total de la potestad pública²²; mientras al estudiar la acción dependiente de instancia privada, el jurisconsulto mentado explica que en ese caso el ofendido no ejerce la acción penal, pues sólo tiene una facultad de carácter sustantiva de provocar la promoción *ex ante* el proceso. En definitiva, se trata de una facultad de instar la promoción de la acción penal, más no es la promoción en sí. Aquí la ley libra al arbitrio del ofendido la ponderación de intereses familiares y sociales posiblemente agonales, de cara a expresarse por la afirmativa de iniciar un proceso, ya que su silente actitud deviene en desistimiento. Por consiguiente, una vez manifestada la voluntad favorable hacia la persecución, el poder dispositivo se evanece de manera irrevocable, y en el Estado reverbera la potestad de reprimir, por lo que se evidencia la naturaleza pública de la acción.

En lo que concierne a los delitos de acción privada, Maier observa un desplazamiento de los órganos de persecución penal estatal por el querer del ofendido o sus sustitutos dentro de un ámbito reservado por la ley a la autonomía de la voluntad en todas sus etapas, en donde el Estado sólo preserva el monopolio de la fuerza pública para canalizar la resolución del conflicto social producido, e impedir, así, que se dirima a través de la violencia de sus protagonistas²³.

A la vez, respecto a los delitos de instancia privada, Maier avizora una persecución penal oficial, pero sometida a una condición, que cumplida habilita la acción y se torna irrevocable, amén de existir casos excepcionales en los cuales esta oficialidad se configura sin condicionamiento alguno²⁴.

Cabe sopesar, especialmente, la exégesis de Maier sobre el inc. 2º del art. 72 del Código Penal de la Nación, mediante el cual se cataloga como delitos dependientes de instancia privada las lesiones leves, ya sean dolosas o culposas, e instituye que se procederá de oficio cuando mediaren razones de seguridad o interés público. Particular es la interpretación aprontada

21 Vázquez Rossi, J. E. (1995). *Derecho Procesal Penal. (La realización penal). Conceptos Generales*. T. I. Santa Fe. Rubinzal Culzoni, 331.

22 Cf. Vélez Mariconde, A. Ob. cit., T. I, 278-281.

23 Maier, J. B. J. (2011). *Derecho Procesal Penal, II. Parte General, Sujetos Procesales*. Buenos Aires. Editores del Puerto, 669 y sigs.

24 *Ibidem*, 676-677.

por el nombrado, puesto que emparenta este supuesto a una proyección del principio de oportunidad, pero formulado de manera contraria a la habitual. Es que en lugar de describir la regla el caso genérico, en donde por lo general y sin condicionamientos existe la chance de prescindir de la persecución, en este caso de oportunidad encubierto surge la posibilidad de dejar de lado una condición inhibitoria de la persecución penal oficial, mediante la alusión del órgano estatal competente de razones de seguridad o interés público, no basadas en criterios objetivos pasibles de ser debatidos contradictoriamente²⁵.

Una perspectiva singular en comparación con las ya descritas es la enseñada por Binder, quien emparenta los llamados delitos de acción privada y dependientes de instancia privada, tanto a problemas de oportunidad, como a criterios de selección de casos²⁶.

Así, al mismo tiempo que afirma en los delitos de acción privada la existencia de un interés público comprometido (pues de lo contrario no habría una autorización para el ejercicio de la violencia del Estado) y la prevalencia de un vigoroso interés de la persona afectada, detecta dos clases de fundamentos de importancia²⁷. Uno relacionado a la protección de ciertos bienes demasiado personales (ej.: honor), en donde es inconveniente dejar la acción en manos de funcionarios públicos para no incurrir en tentaciones moralistas; junto a otro fundamento, con asidero en razones de oportunidad, que imperan un diseño político-criminal ajustado a las circunstancias históricas y sociales, pues apuntan a la mejor capacidad de gestión de las víctimas en estos casos, de consuno a los problemas o abusos enseñados por las experiencias de las formas delegadas en actores estatales²⁸.

En cuanto a los delitos dependientes de instancia privada, Binder explica que si bien en estos delitos se subordina el ejercicio de la acción pública a una autorización previa de la víctima fundada en razones históricas (ej.: el *strepitus fori* en los casos de ofensas sexuales), ciertamente antes, éstas son razones de oportunidad libradas a criterio del afectado²⁹. Por tanto, a

25 *Ibidem*, 675.

26 Cf. Binder, A. M. Ob. cit., T. II, 438-440 y 443-444.

27 *Ídem*.

28 No obstante, fuera de estos casos, en donde existe suficiente experiencia histórica que aconseja asignar las tareas en las víctimas de modo rígido y exclusivo en la ley, ya sea por la mayor capacidad de gestión y/o posibles abusos de actores estatales, repara en la conveniencia de utilizar mecanismos dinámicos y flexibles para adecuar el plan de persecución penal, de acuerdo a las condiciones particulares del caso o fenómeno criminal. Vale destacar que asimila este régimen flexible a la conversión de acciones, en donde a solicitud de la víctima, el fiscal autoriza la conversión de la acción pública en privada, en tanto no exista interés público gravemente comprometido. Cf. Binder, A. M. Ob. cit., T. II, 438-440.

29 Cf. Binder, A. M. Ob. cit. *ut supra*, T. II, 443.

su entender y a contrario *sensu* de la opinión tradicional, la víctima debería tener a su alcance la posibilidad de revocar esa autorización, por cuanto el motivo fundante de ésta norma imperativa (léase la revictimización o costos de persecución demasiado gravosos para el menoscabado directamente por el daño) justamente no congenia con la manda de obligar a la víctima a ponderar en una fase inicial cuáles serán las consecuencias del caso, dado que en ese estadio aún no es factible advertir con claridad esas circunstancias ulteriores³⁰.

En cambio, Armenta Deu estipula que en los delitos privados o semi-privados no tendría lugar una manifestación del principio de oportunidad, pues son una derivación de una decisión legislativa de someter la persecución penal al principio dispositivo, y, en consecuencia, el ejercicio de la acción penal depende de la libre voluntad de los particulares, sin intervención alguna de facultad decisoria del fiscal³¹. De hecho, en el supuesto de denuncia (en nuestra terminología jurídica hipótesis equipolente a delitos de instancia privada) existe un desistimiento del Estado de ejercitar el *ius puniendi* en caso del ofendido no incoar el proceso penal, por cuanto se trata de una condición objetiva de procedibilidad fundada en la ponderación de cuestiones relacionadas a determinadas esferas íntimas de las personas facultadas a instar la acción penal, en donde se cree que la intervención judicial puede –en ciertas circunstancias– causar más daño que la propia renuncia al ejercicio de la acción penal.

Al parecer de Marchisio, exceden al concepto de principio de oportunidad estas situaciones (léase obstáculos procesales de perseguibilidad) en las cuales el legislador libra la promoción de la acción penal al querer de las víctimas, pues aquí el Estado repliega su posición frente al ámbito privado, y en concreto, constituye una excepción al principio de oficialidad³². De ahí que según su concepción estricta del principio de oportunidad, estos supuestos (previstos en los arts. 72 y 73 del Código Penal de la Nación) no se subsumirían en esta categoría, ya que nos hallaríamos ante el poder dispositivo de los particulares en el marco de decisiones particulares, mas no en el mismo ámbito de aplicación del principio de legalidad procesal, o en otras palabras, en un campo ligado al poder público de los fiscales –con o sin contralor jurisdiccional– de determinar dentro de un espacio de discrecionalidad si promueven o no la acción penal o la desisten una vez incoada³³.

30 Cf. Binder, A. M. Ob. cit. *ut supra*, T. II, 444.

31 Cf. Armenta Deu, T. (2008). “Estudios sobre el Proceso Penal”. En *Colección de Autores de Derecho Penal* (dirigida por Donna, E. A.). Santa Fe. Rubinzal Culzoni, 222-223.

32 Vide Marchisio, A. (2008). *Principio de oportunidad, Ministerio Público y política criminal*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 114-115.

33 Ídem. Cabe reparar en cierta contradicción en estas definiciones de Marchisio, pues

En cuanto al instituto de la conversión de la acción pública en privada³⁴, ha de señalarse que en parte de la normativa procesal de las provincias la adopción de criterios de oportunidad tiene por efecto extinguir la acción penal con relación a la persona en cuyo favor se decide³⁵, salvo que proceda la conversión de la acción penal pública en privada³⁶, a la cual puede acceder la víctima en ciertas circunstancias.

Este novedoso régimen caracterizado como flexible, y emparentado a una expresión del principio de oportunidad por Binder³⁷, también comprende la chance de que la víctima pueda solicitar al fiscal su autorización para convertir la acción pública en privada frente a determinados delitos, en tanto no existiera un interés público gravemente comprometido³⁸. Las limitaciones que delimitan esta alternativa pueden variar³⁹, pues dependen de determinaciones político-criminales orientadas a alcanzar mayor eficacia o eficiencia en uno o un segmento de casos⁴⁰; y a redireccionar los recursos del Ministerio Público Fiscal⁴¹.

aquí niega que estos supuestos constituyan una expresión del principio de oportunidad en sentido estricto, pero luego al definir a este principio en ob. cit. *ut supra* (p. 181), incorpora a los delitos dependientes de instancia privada dentro de su definición.

34 Que ha generado adeptos como Félix Crous (véase versión taquigráfica de la sesión de Senadores del 4-11-2014, 61; y oposiciones como la de Julio B. J. Maier). Cf. mismo documento, 12; y Maier, J. B. J. (2015). *Derecho Procesal Penal, III. Parte General, Actos Procesales*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 236.

35 En esa inteligencia, la Ley N° 27.147 sustituyó el art. 59 del Código Penal e incorporó a las causales de extinción de la acción penal la aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes (art. 1° de ley citada).

36 Desde la reforma del CP auspiciada por la Ley N° 27.147, se consideran acciones privadas a “las que, de conformidad con lo dispuesto por las leyes procesales correspondientes, surgen de la conversión de la acción pública en privada o de la prosecución de la acción penal por parte de la víctima” (art. 73, CP). En este sentido, pueden verse los arts. 45, CPP de Chubut y 180, ter., inc. 1°, CPP, de Río Negro.

37 Cf. Binder, A. M. Ob. cit. *ut supra*, T. II, 422 y 440-441.

38 Otro supuesto de conversión no relacionado al principio de oportunidad, sino a la figura del querellante autónomo, se da cuando a solicitud de la víctima, la acción pública muda en privada debido a que el Ministerio Público Fiscal solicitó el sobreseimiento al momento de la conclusión de la investigación preparatoria. Véase, a modo de ejemplo, el supuesto previsto en el art. 33 del Código Procesal Penal de la Nación, aprobado por Ley N° 27.063, que luego fuera suspendido.

39 Así, por ejemplo, el nuevo Código Procesal Penal de la Nación aprobado por Ley N° 27.063, y luego suspendido, contemplaba la posibilidad de convertir la acción pública en privada con el consentimiento del fiscal, en tanto se trata de un delito que requiriera instancia de parte, o de lesiones culposas, y no existiera un interés público gravemente comprometido (*vide* art. 33, CPPN citado).

40 Cf. Binder, A. M. Ob. cit. *ut supra*, T. II, 440-441.

41 Cf. Solimine, M. A. (2015). *Bases del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Ley N° 27.063*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 131.

Hecho este repaso sobre las diversas posiciones adoptadas respecto a si los delitos de acción privada, los dependientes de instancia privada y la conversión de la acción pública en privada configuran proyecciones del principio de oportunidad, nos hallamos en condiciones de intentar encontrar una respuesta a este interrogante.

En primer término, ha de señalarse que dejaremos planteada para otra ocasión la discusión *in extenso* sobre la validez de la clasificación entre delitos de acción pública, delitos de acción privada y delitos dependientes de instancia privada, como así también el argumento de Binder relativo a las tentaciones moralistas sorteadas mediante los delitos de acción privada, dado que exorbita el objeto formal de esta investigación.

Sin embargo, no es ocioso señalar sobre las tentaciones moralistas que la justicia pertenece a la moral, ya que lo justo es parte de lo bueno. Tal es así, que el Estado por intermedio del legislador, inevitablemente, impone preceptos de índole moral tendentes a procurar la justicia entre los hombres y que las conductas no dañen al prójimo, a través de la conminación de castigos a quienes efectúen determinados actos exteriores sumamente graves e intrínsecamente malos (v. gr., homicidio, lesiones, etc.) para la conservación y la preservación del justo orden de la comunidad política⁴².

En este sentido, basta con añadir que el realismo clásico ya ha enseñado que es intención del legislador hacer buenos a los hombres e inducirlos al ejercicio de la virtud, por cuanto si los ciudadanos no son virtuosos y no se hallan proporcionados al bien común de la ciudad, resulta imposible alcanzar este *bonum commune*. No olvidemos que la subsistencia de la comunidad política exige leyes destinadas a reforzar el cumplimiento de ciertas normas morales fundamentales en orden a lograr una vida pacífica y armónica de los integrantes de la sociedad⁴³.

Efectuada esta brevísima digresión, en consonancia con lo explicitado por Armenta Deu y Marchisio, se impone reafirmar la inexistencia de una manifestación del principio de oportunidad en los delitos de acción privada, pues se evidencia en este supuesto una decisión legislativa de conferir el poder dispositivo de la acción penal a los particulares, de modo que no se observa ámbito de discrecionalidad alguno de parte de los fiscales, en

42 Cf. en extenso Tale, C. (2010). “Los legítimos fines de la pena jurídica”. En AA. VV. *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad* dirigido por Hernández, H. H. 1ª ed. Buenos Aires. Cathedra jurídica, 244-245; y Hernández, H. H. “Pena y virtud”. En *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad*, ob. cit. *ut supra*, cap. VII.1.4, 399-401.

43 Puede verse Aristóteles (2003). *Ética a Nicómaco*, L. I, C. 1. Madrid. Gredos; Santo Tomás de Aquino (2001). *Suma Teológica*. Madrid. BAC, I-II, q. 92, a.1 y 95, a.1; Repetto, A. (2009). “El Derecho Penal realista y una aproximación al bien común”. En *Diario de Política Criminal*, N° 235-1246. Buenos Aires. El Derecho.

orden a definir si promoverán, suspenderán o desistirán la imperativa persecución del delito ante la noticia criminal. Por el contrario, aquí la regla rectora es la disponibilidad de la acción en manos de la voluntad de los particulares.

En lo que importa a los delitos dependientes de instancia privada, tampoco se advierte expresión alguna del principio de oportunidad, dado que nos hallamos frente a una condición de procedibilidad o excepción al principio de oficialidad, que el legislador libró a la autonomía de la voluntad de las víctimas; pero una vez ejercitada perime ese hiato de la indisponibilidad de la acción penal del órgano estatal de persecución, y ésta prosigue de oficio e irrevocablemente, como toda acción pública informada por los principios de legalidad e indivisibilidad.

Incluso, es atinado añadir que si fuera revocable esta facultad de instar la promoción de la acción penal en nada modificaría lo recién vertido, por cuanto el fiscal no tendría espacio de discrecionalidad para evaluar si dispone o no de la acción penal, al depender esa decisión (léase la revocación), exclusivamente, de la voluntad de la víctima.

En cuanto a la posibilidad de espigar en el inc. 2º del art. 72 del Código Penal de la Nación una suerte de criterio de oportunidad velado y formulado a la inversa, ha de descartarse esa interpretación, ya que el principio rector de los delitos dependientes de acción privada es precisamente la facultad de instar la promoción del ejercicio de la acción en manos de la víctima, dentro de una primera fase. Por tanto, lo que en rigor de verdad contempla la norma es una legalidad procesal instituida como excepción, frente a una facultad particular de instar la promoción de la acción erigida en regla.

En este supuesto, los órganos públicos encomendados de la persecución penal no son facultados a prescindir discrecional y excepcionalmente de la acción ante la noticia de un hecho punible, impronta definitoria del principio de oportunidad. Al contrario, se los impera a proceder de oficio y sin margen de discrecionalidad alguno ante la configuración de ciertas condiciones, previstas por la ley expresamente de la siguiente manera:

- a) La muerte de la persona ofendida o lesiones gravísimas previstas en el artículo 91 del Código Penal de la Nación como resultado del abuso sexual (simple, gravemente ultrajante o con acceso carnal); el abuso sexual gravemente ultrajante o con acceso carnal con personas menores de 16 años y el rapto (art. 72, inc. 1º, CP).
- b) Razones de seguridad o interés público frente a lesiones leves (art. 72, inc. 2º, CP).
- c) En todos los delitos mencionados, más el impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes (art. 72, inc. 3º,

CP), cuando fueren perpetrados contra un menor sin padres, tutor o guardador; o el victimario resultare uno de sus ascendientes, tutor o guardador; o existiesen intereses gravemente contrapuestos entre algunos de éstos y el menor, en tanto fuera más conveniente para el interés superior de éste (art. 72, CP, *in fine*).

Aquí, con independencia de si las razones de seguridad o interés público, e incluso podríamos agregar los alcances de lo más conveniente para el interés del menor, son conceptos que entrañan cierta textura abierta en el orden interpretativo sobre cuándo se dan o no. Por cierto, su existencia impone necesariamente como deber la persecución de oficio y no brinda espacio de discrecionalidad para desentenderse del ejercicio de la acción penal. Es que, en este caso, el Ministerio Público Fiscal debe proceder de oficio ineludiblemente y por iniciativa propia, sin necesidad de excitación extraña alguna. De modo que fácilmente, comprobamos que en estos supuestos excepcionales del art. 72 del Código sustantivo se recorre el camino inverso al principio de oportunidad, por cuanto no se encausa a dotar al fiscal de la facultad de prescindir de la acción penal, sino por el contrario, se lo encamina a su imperativa concreción.

En lo concerniente a la conversión de la acción pública en privada, ha de precisarse que, en los supuestos de mutación de ésta, en virtud de lo peticionado por la víctima frente al sobreseimiento solicitado por el fiscal o el archivo dispuesto por aplicación de un criterio de oportunidad, se hace patente la ausencia de una expresión del principio de oportunidad, por cuanto no se vincula con ninguno de sus elementos definitorios.

Disímil es la conversión operada cuando la víctima solicita al fiscal esta transformación de la acción pública en privada ante determinada clase de delitos, en tanto no exista un interés público gravemente comprometido. Es que, en esta circunstancia, el Ministerio Público Fiscal goza de una facultad discrecional para desistir de la persecución penal frente a ciertos delitos de acción pública, con asidero en razones político-criminales y criterios signados por una mayor eficiencia. Claro que, en este caso, subyace la peculiaridad de que de la decisión fiscal depende de la solicitud incoada por la víctima, y además de enseñar su avenencia con lo peticionado, mudará la naturaleza de la acción penal.

Respecto a esta proyección del principio de oportunidad, amerita madurar algunas reflexiones. En primer lugar, *prima facie* debe advertirse por lo afirmado, entre otros, por Vélez Mariconde, Levene y Fierro, que la naturaleza de la acción penal es siempre pública. Desde una perspectiva realista clásica, no podemos obviar que la ley penal no prohíbe todos los vicios, sino los más graves, o sea, aquellos actos exteriores y lesivos de otros, sin cuya

prohibición, no podría conservarse la sociedad⁴⁴, pues la ley humana no prohíbe todo lo contrario a la virtud, sino que le es suficiente con prohibir lo destructivo de las relaciones sociales⁴⁵.

Podemos percibir, entonces, que la ley penal protege bienes jurídicos mediante prohibiciones de actos sumamente gravosos para la tranquila convivencia y ordena conductas en pos del bien común, de por sí imperativas a sus destinatarios, aunque éstos posean libertad en orden a cumplirlas. De ahí que el legislador debe prever la coacción jurídica indispensable para concretar su cumplimiento, pues la obligación constituye una forma de necesidad de fin y el orden jurídico no puede tolerar su quebrantamiento, por cuanto de esa manera se vería comprometida su existencia en tanto orden a fin⁴⁶.

Resulta ineluctable enfatizar que la ley penal no prohíbe todos los vicios, sino tan sólo los más graves. Es decir, aquellos de los cuales es factible a la mayor parte de la multitud su abstención, tal como brota del fecundo magisterio del Aquinate⁴⁷. De por sí, la ley penal ampara los bienes de los seres humanos necesarios para alcanzar la plenitud o culmen moral en la comunidad en donde viven, como partes de un todo u orden, cuyo fin radica en el bien común de todos los integrantes del cuerpo de la sociedad⁴⁸. De hecho, un significativo grupo de estos bienes son debidos a las personas por el mero hecho de ser hombres, y, por ende, pertenece a lo justo natural reconocerlos.

Tal es así, que la ley penal jamás puede volverse disonante con la ley natural⁴⁹, pues cesaría de ser ley debido a su corrupción⁵⁰. Merced a esto es que determinados actos intrínsecamente malos en razón de su objeto (como por ejemplo: el aborto, los homicidios, el genocidio, la eutanasia, todo lo conculcador de la integridad de la persona, y lo ofensivo a la dignidad

44 Cf. Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q. 96, a. 2. Se sigue aquí y en adelante la ed. primera (1990) de la BAC (cuarta reimpression del año 2001), Madrid.

45 Vide Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, II-II, q. 77, a.1, resp. a obj. 1. Aquí se sigue de la S.T. la 1ª ed. de la BAC, Madrid, 1998.

46 Seguimos de cerca a Repetto, A. (2007). "Otras precisiones sobre el Derecho Penal Realista (hecho, valor y norma)". En *Diario de Política Criminal*, N° 11.910. Buenos Aires. El Derecho, 21 de diciembre de 2007.

47 Cf. Santo Tomás de Aquino (2001). *Suma Teológica*. 1ª ed. Madrid. BAC, I-II, q. 96, a. 2.

48 Cf. Repetto, A. "El Derecho Penal realista...". Ob. cit., acápite 9.9.

49 Vale añadir que toda atribución o medida positiva antagónica a un Derecho Natural no origina un genuino derecho y adolece de invalidez, pues al venir determinado lo justo por la naturaleza, la ley positiva contraria a lo justo es injusta, y en consecuencia no es Derecho, por cuanto Derecho es lo equipolente a lo justo. Cf. Hervada, J. (1994). *Introducción crítica al Derecho Natural*. 8ª ed. Pamplona. EUNSA, 113.

50 Cf. Santo Tomás de Aquino (2001). *Suma Teológica*, I-II, q. 94, a.6 y 95, a.2.

humana)⁵¹ son gravemente ilícitos en todo tiempo, y por ello, no sólo anandan toda posibilidad de “espacio moralmente aceptable para la creatividad de alguna determinación contraria”⁵², sino que además imperan a la autoridad pública a prevenirlos y reprimirlos.

Ha de remarcar que los delitos son actos humanos realizados en perjuicio de otro, con incidencia en detrimento de toda la comunidad política⁵³, pues a partir de las lecciones del preclaro Santo Tomás de Aquino podemos discernir lo siguiente:

“El mérito y demérito se dicen por orden a la retribución que se hace según justicia. Pero se le hace a uno retribución según justicia porque obra en provecho o en perjuicio de otro. Ahora bien, hay que tener en cuenta que cualquiera que viva en una sociedad, es en cierta medida parte y miembro de toda la sociedad. Luego quienquiera que hace algo para bien o para mal de alguien que vive en sociedad, esto redundará a toda la sociedad; como quien hiere una mano, consiguientemente hiere al hombre. Luego, cuando uno obra para bien o para mal de otra persona singular, le corresponde de dos modos razón de mérito o de demérito. Uno, porque le debe retribuir la persona singular a la que ayuda u ofende. Otro, porque le debe retribución todo el colectivo. Además, cuando uno ordena su acto directamente para bien o para mal de todo el colectivo, le debe retribución primero y principalmente todo el colectivo, en efecto, pero secundariamente todas las partes del colectivo”⁵⁴.

Como explica Repetto, “el acto justo perfecciona la relación con el otro o con algo del otro, al cual se le da lo que se le debe o lo que corresponde, conforme al título que (ese otro) ostenta”⁵⁵. Por tanto, añade el citado que la comisión de un delito fractura la igualdad, la cual debe ser restablecida mediante el castigo de quien cometió el acto injusto y sacó un provecho o ganancia con su ilícito accionar. De ahí que la imperativa aplicación de la pena se encuentre enhiesta entonces así, tanto en una razón de justicia conmutativa, como en la conservación de la concordia de la comunidad y la

51 San Juan Pablo II señala, entre aquellos actos que independientemente de las circunstancias son siempre gravemente ilícitos por razón de su objeto, a (entre otras manifestaciones): todo lo opuesto a la vida (homicidios, de cualquier género, aborto, eutanasia, genocidios, suicidio voluntario); todo lo conculcador de la integridad de la persona humana (mutilaciones, torturas corporales y mentales, intentos de coacción psicológica), y todo lo ofensivo para la dignidad humana (condiciones infrahumanas de vida, encarcelamientos arbitrarios, deportaciones, esclavitud, trata de personas). Cf. San Juan Pablo II (1993). *Veritatis Splendor*. Buenos Aires. Claretiana, n° 67.

52 Cf. San Juan Pablo II. *Veritatis Splendor*, n° 80.

53 Cf. Repetto, A. (15 de jun. de 2007). “La importancia del Derecho y del Derecho Penal”. En *Diario de Política Criminal*, N° 11.780. Buenos Aires. El Derecho, acápite 4.2.

54 Cf. Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q. 21, a. 3.

55 Cf. Repetto, A. “Otras precisiones sobre...”. Ob. cit., acápite 6.5.

restitución del orden, ambos factores elementales para la consecución de la paz social⁵⁶.

La meditación de Repetto es clave asimilarla, pues si la misión fundamental del Estado (comunidad perfecta) es el bien común temporal (o sea, su fin específico), y entre los elementos principales de éste nos encontramos con la justicia, el orden y la seguridad, podemos concluir que, por una razón de justicia, la autoridad pública (léase la encargada de dar a cada uno lo suyo) debe aplicar la sanción penal ante la perpetración de un delito, en miras de alcanzar la paz o tranquilidad de la ciudad⁵⁷.

Todo lo expuesto nos permite entrever que en el supuesto de conversión de la acción sopesado nos hallamos ante una inepticia, pues si el legislador tipifica como delitos⁵⁸ de acción pública los actos más gravosos para el todo social y anuncia la imposición de la pena en orden a retraer a quienes se encuentren dispuestos a cometer esas clase de hechos ostensiblemente conspiratorios contra el bien común político, resulta sumamente contradictorio dotar al fiscal de un margen de discrecionalidad en pos de evaluar si se halla gravemente comprometido el interés público. Es que precisamente, tal como se explicó en este apartado, la significación, especial trascendencia y afectación del interés público de las conductas en cuestión es el motor que impera al legislador a introducir las en el Código Penal con el carácter de delitos de acción pública para preservar las relaciones sociales y conservar la paz social.

Naturalmente, convertir ciertas figuras delictivas en delitos de persecución privada constituye una contradicción con los fundamentos axiológicos del Derecho Penal descriptos. En efecto, si el Estado se desentendiera de estos casos y librara la persecución penal al accionar de los particulares, en realidad demostraría que estos supuestos no deberían haber sido tipificados como delitos (de acción pública), pues claramente no tendrían entidad suficiente para ultrajar la tranquila convivencia, y, por consiguiente, no despertarían el interés de la comunidad política en esta clase de hechos, ni deberían preverse como hechos penales (de acción pública)⁵⁹.

56 *Ibidem*, 6.5 y 6.6; y Repetto, A. "El Derecho Penal realista...". *Ob. cit.*, acápite 9.9.

57 *Cf.* Repetto, A. "El Derecho Penal realista...". *Ob. cit.*, acápite 9.9.

58 Tal vez baste con la nominación delitos y sea innecesario el agregado de acción pública. Empero adunamos ese carácter para que sea más comprensible el supuesto estudiado; y, además, porque la determinación de si es adecuada o no la clasificación de los delitos o si debe existir esa división debe ser objeto de otra investigación.

59 Pastor también reprueba la conversión de la acción en cuestión, aunque parte de una perspectiva diferente, pues su visión se afina en el Derecho Penal mínimo preconizado por Ferrajoli. No obstante, el doctrinario aludido también niega la validez axiológica de esta práctica, por cuanto si el Estado enseña desinterés respecto de estas conductas no debería configurarlas como delitos de acción pública y correspondería derogarlas, en línea con un Derecho

2.b. Insignificancia

En lo que importa a la insignificancia es pertinente efectuar distinguos entre la material y la procesal (o sea, la relacionada *stricto sensu* con el principio de oportunidad), pues si bien ambas poseen puntos de contacto, ciertamente la primera se basa en categorías tendentes a considerar atípicas nimias afectaciones de bienes jurídicos; en tanto el asidero de la segunda, responde a razones político-criminales de relocalización o de eficiencia⁶⁰.

Desde el prisma dogmático, Welzel desarrolló originariamente la teoría de la adecuación social del hecho, que ponderaba a ciertas acciones socialmente adecuadas dentro del orden ético social de la vida comunitaria; y, por tanto, no podían encastrar jamás en un tipo penal, amén de subsumirse literalmente en el mismo⁶¹.

Sin embargo, el preconizador del principio de insignificancia será Roxin⁶², quien lo habría derivado del principio *minimis non curat praetor*⁶³. El jurista alemán, al tratar puntualmente esta cuestión, especifica que en estos supuestos (ej., pequeño regalo de año nuevo al cartero) no habría lesión al bien jurídico amparado por los preceptos debido a la insignificancia del hecho, y por consiguiente, debe ser excluido del tipo, no obstante hallarse la conducta prevista de manera literal en la ley⁶⁴.

El concepto de insignificancia también es tratado por Zaffaroni, quien explica, a partir de su teoría de la tipicidad conglobante⁶⁵, que esta

Penal deflacionario. Lo mismo propone con relación a los delitos de acción privada, ya que las penas leves o respuestas no privativas de la libertad contempladas por las leyes expresan un desinterés estatal en estos hechos, desde su misma genealogía; pues de lo contrario, hubieren sido legislados como delitos de acción pública. Cf. Pastor, D. R. (2005). *Recodificación penal y principio de reserva de código*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 222-224.

60 Se sugiere leer a Binder, A. M. Ob. cit., T. II, 436-437.

61 *Vide in extenso* Welzel, H. (2002). "El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista". En colección *Maestros del Derecho Penal*. Buenos Aires. B de f, 84 y sigs.

62 Así lo entienden, por ejemplo, Marchisio (Marchisio, A. Ob. cit., 276) y Zaffaroni, citado por Chiara Díaz, C. A.; Grisetti, R. A.; Obligado, D. H. (2012). *La acción procesal penal. El rol del Ministerio Público Fiscal y las víctimas en el debido proceso*. 1ª ed. Buenos Aires. La Ley, 202. Lo cierto es que Roxin habría sido pionero en desarrollar este principio en 1964, puntualmente en su libro titulado *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*.

63 Que se traduce en la máxima de que el tribunal no trata con pequeñeces.

64 Vale añadir que Roxin explicita que no basta la teoría de la adecuación social, por cuanto es inespecífica y puede reemplazarse con criterios más precisos, como los por él propuestos. *Vide* Roxin, C. (1997) *Derecho Penal - Parte General* -. 1ª ed., T. I. Traducción de la 2ª ed. Alemana. Madrid. Civitas, reimp. de 2001, 292-296.

65 En su esquema la tipicidad penal exorbita la legal, pues la prohibición de la norma debe ponderarse a la luz del orden jurídico que integra. Por tanto, la tipicidad conglobante puede estrechar el marco de lo aparentemente prohibido por la tipicidad legal, como por ejem-

noción se desprende no sólo del principio de *ultima ratio*, sino también del principio republicano, del cual deriva el principio de proporcionalidad, esencial por cuanto demanda cierta relación entre la lesión provocada al bien jurídico y la sanción penal⁶⁶. Ejemplifica ello explicitando la irracionalidad de considerar el hecho de arrancar un cabello como una lesión, o emparentar el apoderamiento de una cerilla ajena con un hurto, entre otros ejemplos⁶⁷.

Vale agregar que el mismo Rusconi plantea la inviabilidad del funcionamiento del sistema punitivo sin proporcionalidad, no sólo a través de la idea de que lo insignificante no puede resultar punible, sino porque el total del esquema dosimétrico de distribución de conminaciones penales se halla erigido sobre ella⁶⁸.

Desarrollado el concepto de insignificancia material y sus bemoles, nos hallamos en condiciones de tratar el caso de la insignificancia procesal, que es más abarcador en comparación con el primer supuesto⁶⁹.

Rusconi, Binder y Pastor explican que si una acción es insignificante no resulta punible por no haber superado uno de los tamices de la teoría del delito⁷⁰. Entonces, podemos inferir que la insignificancia en cuanto a expresión del principio de oportunidad se configura cuando de acuerdo al principio de proporcionalidad no se alcanza un grado suficiente para inferir la atipicidad de la conducta⁷¹.

plo sucede en los casos de insignificancia, que al no afectar al bien jurídico debe reputárselos atípicos.

66 Cf. Zaffaroni, E. R.; Alagia, A.; Slokar, A. (2005). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires. Ediar, 130 y 494-495.

67 Ídem.

68 Rusconi, M. (2009). *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 161.

69 Maurach explica que ante los delitos de bagatela la solución jurídico-material presenta la ventaja de señalar la ley con anterioridad a los criterios aplicables. En cambio, explica que de procurarse una solución procesal para los delitos de poca monta se requiere de una reformulación del principio de legalidad. Por lo demás, añade que desde el prisma del Estado de Derecho esta última opción extensiva del principio de oportunidad no resulta intachable. Cf. Maurach, R. (1994). *Derecho Penal, I. Parte General, Teoría general del Derecho Penal y estructura del hecho punible*. Buenos Aires. Astrea, 218.

70 Vide Rusconi, M. (1995). *Sistema del hecho punible y política criminal*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 78, según cita de Marchisio, A. Ob. cit., 291; Binder, A. M. (2009). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 22; y Pastor, D. R. (2005). *Recodificación penal y principio de reserva de código*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 47.

71 Algunos doctrinarios establecen que para determinar el contenido del principio de oportunidad por insignificancia es indispensable recurrir a principios del Derecho Sustantivo. Vide Aguad, D. S.; Bazán, N.; Biancotti, D.; Gorgas, M.; Olmedo, B. (2011). "La regulación del principio de oportunidad. Sistematización comparativa de las Legislaciones provinciales que receptan institutos de oportunidad procesal". Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Ciencias Penales, 5-6; y Marchisio, A. Ob. cit., 292.

Puede deducirse de lo afirmado que la insignificancia procesal es un concepto relativo que se justifica esencialmente en una reorientación de la capacidad operativa del Ministerio Público Fiscal para perseguir los hechos más importantes, de conformidad con lo económicamente conveniente desde una perspectiva institucional, pues a través de esta proyección del principio de oportunidad se le otorga prevalencia a la persecución de hechos socialmente más cuantificables respecto a otros de menor relevancia⁷².

En concreto, los objetivos político-criminales delineados por el organismo persecutor, la economía procesal y una ponderación racional de los casos ingresados al sistema son los que demarcan la aplicación de la insignificancia procesal. Simplificando, ya no es la entidad o significación del hecho en cuanto delito el baremo delimitador, sino el interés suscitado en orden a la cantidad de recursos disponibles, los costos sociales provocados por los delitos y la estrategia político criminal del órgano persecutor.

Lo hasta aquí expuesto permite entrever que de prevalecer el principio de insignificancia procesal se abre camino a lo veleidoso. Claramente al tropezar con su recepción difusa e imprecisiones análogas en distintos códigos procesales de las provincias⁷³, el Código Procesal Penal de la Nación, aprobado por Ley N° 27.063 (luego suspendido)⁷⁴, y el Anteproyecto de Código Penal redactado por la comisión designada por Decreto N° 672/2012⁷⁵, en donde se habilita al fiscal a no promover o desistir de la acción cuando se tratare de hechos de menor significación o que no afectaren gravemente el interés público, se disparan interrogantes en torno a cuál es el criterio delimitador en estos supuestos, si no es el mero arbitrio del fiscal⁷⁶.

Los peligros de una delimitación vaga y abstracta de las condiciones de aplicabilidad del principio de oportunidad se hacen patentes ante la dificultad de objetivizar estos conceptos, pues se abre un resquicio para que

72 En este sentido pueden verse Binder, A. M. *Introducción...* Ob. cit., 221; Solimine, M. A. Ob. cit., 127; y Rusconi, M. *Sistema del hecho punible y política criminal*. Ob. cit., 79, según cita de Marchisio, A. Ob. cit., 293.

73 Cf. a modo de ejemplo las fórmulas utilizadas en los arts. 199 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 56 bis del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, 180 ter (inc. 1°) del Código de Procedimiento Penal de Río Negro, art. 19 del Código Procesal Penal de Santa Fe.

74 Cf. art. 31, inc. a.

75 Vide art. 42.3, a).

76 Cf. *in extenso* Romero Berdullas, C. M. (2016). "Derecho Penal Líquido: Derrame de la expresión constitucional". En AA. VV., *Forum IV*, Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. Buenos Aires. EDUCA, 119-182.

los fiscales decidan, arbitraria y veladamente, si se impulsa o no la acción penal. En efecto, esto podría degenerar en un activismo judicial ilimitado de los custodios de la legalidad (léase los fiscales), pues al librarse la guarda de la ley penal a interpretaciones arbitrarias o pragmáticas de los fiscales, paradójicamente podría sentenciarse a la liquidez y sin razonabilidad alguna al primer principio de una justicia penal emparentada con el bien común político⁷⁷.

Lo cierto es que esta manifestación del principio de oportunidad puede propiciar un personalismo exacerbado del fiscal, tendente a vaciar de certidumbre ese ligamen perdurable entre la infracción de la ley penal y su consecuente sanción. Por tanto, la ley penal podría ingresar en una fase líquida, donde la solidez de los bienes jurídicos y la reafirmación de su validez inexorablemente se disolverían. De modo que esto nos alerta acerca de los riesgos de una insignificancia procesal, particularmente apta para diluir la ley penal, al punto de insuflarla con los caracteres de precariedad, liviandad y revocabilidad, todos calificativos utilizados por Bauman⁷⁸ al cartografiar la liquidez latente en la sociedad actual⁷⁹.

A la vez, cabe reparar que la no afectación del interés público, menor significación e insignificancia (procesal) de la conducta sobre la cual el fiscal adopte un temperamento no persecutorio enseña una inconcusa contradicción con la decisión adoptada por el legislador al tipificar ese hecho como delito de acción pública. Precisamente, la significación, gran trascendencia y afectación del interés público de las conductas es un aspecto esencial para que el legislador las introduzca en el Código Penal con el carácter de delitos de acción pública.

Por último, cabe abreviar en algunas meditaciones ofrecidas por Repetto a través de su fecundo magisterio, al analizar unos de los proyectos de reformas al Código Penal de la Nación⁸⁰ y estudiar la conveniencia o no del ingreso del principio de oportunidad.

En línea con Santo Tomás de Aquino, el profesor afirma que el fin de la ley (o sea, su causa final) es el bien común, pues denominamos “cosas legales

77 Ídem.

78 Vide Bauman, Z. (2013). *Vida líquida*. Buenos Aires. Paidós, 9-25.

79 Vide Romero Berdullas, C. M. (2015). “#Proceso Acusatorio: ¿Hashtag Constitucional?”. En *Forum*, Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, n° 3. Buenos Aires. EDUCA.

80 El trabajo de Repetto fue presentado el 28 de julio de 1999 en el Ministerio de Justicia de la Nación y contuvo observaciones sobre las reformas al Código Penal de la Nación propuestas por el Proyecto de ley. Vide Repetto, A. (marzo, 2000). “Comentarios a las proyectadas reformas del Código Penal”. En *Prudentia Iuris*, N° 51. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”. Buenos Aires. EDUCA.

justas a las que promueven y conservan la felicidad y todos sus requisitos en la convivencia política [...]”⁸¹. Por tanto, infiere que de estas premisas no se evidencia con claridad una ordenación al bienestar común del principio de oportunidad aplicado al ejercicio de la acción penal⁸².

Con el propósito de discernir en qué medida dicho principio procura el bien común o bienestar general, Repetto procede a citar al Aquinate, quien nos enseña:

“[...] sucede a veces que un precepto generalmente provechoso para todos resulta perjudicial, bien para una persona concreta, bien en un caso determinado, porque impide un bien mayor o porque incluso origina algún daño [...] Por eso, el rector de la comunidad tiene poder para dispensar de las leyes humanas que dependen de su autoridad, concediendo licencia para que el precepto no sea observado por aquellas personas o en aquellos casos en que la ley resulta deficiente. Si esta dispensa la concede sin atender a estas razones y por su sola voluntad, sería un dispensador infiel o imprudente; infiel, si no mira el bien común; imprudente, si ignora la razón por la que dispensar [...]”⁸³.

Añade el Doctor Angélico:

“[...] si surge un caso en que esta ley es dañosa para el bien común, no se debe cumplir. Si, por ejemplo, durante un asedio se establece la ley de que las puertas de la ciudad permanezcan cerradas, esto resulta provechoso para la salvación común en la generalidad de los casos. Pero si acontece que los enemigos vienen persiguiendo a algunos ciudadanos de los que depende la defensa de la ciudad, sería sumamente perjudicial para ésta que no se le abrieran las puertas. Por lo tanto, en este caso, aún contra la letra de la ley, habría que abrir las puertas para salvar la utilidad común intentada por la ley. Hay que advertir, sin embargo, que si la observancia literal de la ley no da pie a un peligro inmediato al que se haya de hacer frente sin demora, no compete a cualquiera interpretar qué es lo útil o lo perjudicial para el Estado, sino que esto corresponde exclusivamente a los gobernantes, que con vistas a estos casos, tienen autoridad para dispensar de las leyes. Pero si el peligro es inmediato y no da tiempo para recurrir al superior, la misma necesidad lleva aneja la dispensa, pues la necesidad no se sujeta a la ley”⁸⁴.

81 Cf. Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q. 90, a. 2.

82 *Vide in extenso* Repetto, A. “Comentarios a...”. Ob. cit.

83 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q. 96, a.6. y 97, a.4.

84 *Ibidem*, I-II, q. 96, a.6.

Luego de examinar la sentencia del Doctor universal de que cuando “[...] se le dispensa a uno de cumplir la ley común no se ha de hacer con detrimento del bien común, sino precisamente para que el bien común salga favorecido”⁸⁵, Repetto pasa su aguda criba sobre la posibilidad de desistir de la persecución penal, si el objeto hurtado o dañado es de escaso valor, en clave con la idea de renunciar a ésta en aquellos casos en donde el interés público resultare insignificante por la naturaleza de los hechos y el gravamen causado.

El egregio maestro pone de manifiesto que esta decisión es adoptada sobre acciones moral y jurídicamente disvaliosas (es decir, conductas exteriores del hombre referidas a otros y a las cosas exteriores). En consecuencia, emitir un juicio de indiferencia sobre tales valores como no tan ilícitos puede comenzar a oscurecer y borrar de a poco, en su aplicación concreta a las acciones particulares, determinados preceptos de la Ley Natural. (“En cuanto a los preceptos secundarios la Ley Natural puede ser borrada de los corazones de los hombres, ya por causa de malas persuasiones [...] ya también por malas costumbres y hábitos depravados, como para algunos no se consideraban pecados el robo [...]”⁸⁶).

Así Repetto se hace eco de Montejano, quien expresaba que toda infracción a la ley penal es grave y por esta única razón ciertos hechos ilícitos se incriminan⁸⁷. Por ende, concluye que no debe admitirse la recepción del principio de oportunidad, por cuanto “[...] siendo cada hombre una parte de la ciudad, es imposible que algún hombre sea bueno, si no está bien proporcionado al bien común; ni el todo puede existir en buenas condiciones, si no es en razón de las partes bien proporcionadas a él. Por lo cual es imposible que el bien común de la ciudad se obtenga bien si no son virtuosos los ciudadanos [...]”⁸⁸, pues éste sólo se obtiene mediante los actos virtuosos —o cuanto menos no dañosos— de sus integrantes.

2.c. Intervención de menor relevancia

La intervención de menor relevancia, exigua contribución con el hecho o escasa culpabilidad, constituye un criterio de selección delimitado

85 *Ibidem*, I-II, q. 97, a.4, 1 resp. a obj.

86 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q. 94, a. 6.; v. I-II, q. 99, a. 2., 2. obj., citada por Repetto, A. en “Comentarios a las proyectadas reformas del Código Penal”. Ha de precisarse que el profesor Repetto cita una edición del Club de Lectores.

87 Montejano, B. (1996). *Ética Pública*. Buenos Aires. Cruzamante, 32, según cita de Repetto, A. en “Comentarios a las proyectadas reformas del Código Penal”.

88 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q. 92, a. 1., 3obj., citada por Repetto, A. en ob. cit. *ut supra*.

por la importancia del caso⁸⁹, que parte de la doctrina emparenta con una manifestación relativa del principio de insignificancia procesal, pero en este caso ligada a la participación, culpabilidad⁹⁰ y/o responsabilidad⁹¹, de consuno a la ausencia de interés en la persecución en base a principios de economía procesal, prioridades político-criminales y la capacidad persecutoria del Estado⁹².

Diversos cuerpos normativos han insertado este criterio de oportunidad que estipula la posibilidad de limitar el ejercicio de la acción penal pública cuando la intervención, culpabilidad o responsabilidad del imputado fuera ponderada de menor relevancia o exigua⁹³.

Por lo demás, se advierte que se anexa como factor de ponderación, un diseño estratégico para investigar con mayor eficacia otra clase de delitos (ej., criminalidad organizada), a partir de la descriminalización de ciertas conductas, la racionalización de los recursos y la diversificación de las respuestas brindadas en estos casos. De lo contrario, si no se adunara este baremo de índole pragmática no nos encontraríamos *stricto sensu* ante un criterio de oportunidad, por cuanto regirían las estructuras dogmáticas desarrolladas sobre la participación - culpabilidad y la teoría del delito.

Lo cierto es que el criterio de oportunidad analizado, en realidad, procuraría la simplificación de los procesos sin desandar los diversos estratos de la teoría del delito, en miras de ahorrar tiempo y esfuerzo, además de volver más sencillas las soluciones dogmáticas.

Cabe agregar, sin embargo, que igualmente en estos supuestos se avizora la necesidad de apelar a las reglas de la participación para determinar el carácter de la intervención⁹⁴, y aspectos relacionados a la culpabilidad en orden a mensurar la culpa por el hecho. De ahí que sobre este segmento de apreciación sí se trasluciría la existencia de una cuestión atinente al Derecho Penal de fondo, es decir, ajena al Derecho Procesal.

89 Binder, A. M. *Derecho Procesal...* Ob. cit., T. II, 436-437.

90 Solimine, M. A. Ob. cit., 128.

91 Binder alude a casos de mínima responsabilidad del agente [cf. Binder, A. M. (2004). *Justicia Penal y Estado de Derecho*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 211].

92 Véase la explicación en Marchisio, A. Ob. cit., 282 y sigs.

93 Cf. Provincias de Buenos Aires (art. 56 bis, CPP); la Pampa (art. 15, inc. 1°, CPP); Río Negro (art. 180 ter, CPP); Chubut (art. 44, CPP); Chaco (art. 6° bis, inc. 1°, CPP); Neuquén (art. 106, inc. 2°, CPP) y Santiago del Estero (art. 61, inc. 1°, CPP); y art. 31, inc. B, del Código Procesal de la Nación aprobado por Ley N° 27.063, que a fines de 2015 fuera suspendido.

94 La actuación en el proceso delictivo puede ejecutarse mediante actos positivos o negativos, aportes indirectos, inmediatos o mediatos, anteriores o concomitantes al hecho penal. En tanto que el auxilio *ex post* a la comisión del delito configura participación si se origina en una promesa anterior (art. 46, CP). Vide Nuñez, R. C. Ob. cit., 2009, 254.

Resta acotar que, de igual manera al caso de insignificancia procesal por el hecho, son replicables las consideraciones vertidas por Repetto –al tratar el supuesto anterior– y la controversia se vuelve a disparar en torno a nociones de una textura sumamente abierta. A modo de ejemplo, surge el interrogante de qué debe ponderarse como intervención de menor relevancia, exigua contribución con el hecho o escasa culpabilidad-responsabilidad, en traza con la política criminal fijada discrecionalmente por el Ministerio Público Fiscal, pues aquí la abstracción e imprecisión no sólo complican la determinación de parámetros objetivos, sino también son disparadores de decisiones arbitrarias, en definitiva, guiadas por razones de eficiencia práctica y fundamentos político-criminales.

2.d. Pena carente de importancia

La figura *sub examine* se encuentra relacionada a la insignificancia relativa⁹⁵ y, contemplada en diversos cuerpos normativos, prevé la facultad del fiscal de prescindir del ejercicio de la acción penal cuando la pena pasible de imponerse por el hecho careciera de importancia con relación a la sanción ya impuesta, o a la que deba aguardarse por los restantes hechos investigados en el mismo u otro proceso, o a la ya impuesta o por imponer en un procedimiento tramitado en el extranjero⁹⁶.

Este supuesto previsto, por ejemplo, en el art. 42 del Anteproyecto de Código Penal de la comisión designada por Decreto N° 672/2012 tiene el propósito de sortear un evitable dispendio jurisdiccional e innecesaria afectación de recursos humanos, pasibles de concretarse ante investigaciones conductoras de penas carentes de importancia, con relación a sanciones ya impuestas o en expectativa, por hechos investigados en el mismo u otro proceso⁹⁷.

En palabras de Solimine, la lógica de este criterio responde a la decisión de desistir de la persecución de ciertos hechos, en pos de colocar todo

95 *Vide* Marchisio, A. Ob. cit., 282.

96 Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 199, inc. g, CPPCABA); las Provincias de Buenos Aires (art. 56 bis, CPP); La Pampa (art. 15, inc. 3°, CPP); La Rioja (art. 204 bis, inc. 7°, CPP); Río Negro (art. 180 ter, CPP); Santa Fe (art. 19, CPP); Chubut (art. 44, inc. 3°, CPP); Jujuy (art. 101, inc. 3°, CPP); Neuquén (art. 106, inc. 4°, CPP); Misiones (art. 60, inc. 4°, CPP) y Santiago del Estero (art. 61, inc. d, CPP); art. 31, inc. D, del CPPN aprobado por Ley N° 27.063; y art. 42 del Anteproyecto de Código Penal de la comisión designada por Decreto N° 672/2012.

97 Binder explica el caso de que en razón de las reglas del concurso real o los límites de las facultades del Estado para penar, la pena pasible de imponerse no puede incrementarse, aunque se persigan una decena o un centenar de casos, pues no puede superarse el máximo de la pena fijado. Binder, A. M. *Introducción...* Ob. cit., 221-222.

el esfuerzo en el hecho penal más grave o mejor probado⁹⁸. Simplificando, serían supuestos en donde la ausencia de interés estatal obedece a la simultánea sustanciación de otros procesos, o bien en el mismo caso, cuando se endilgan múltiples hechos de disímil gravedad, de modo que, con el objeto de optimizar los recursos judiciales, se le otorga prevalencia a la persecución del más gravoso, en detrimento del menos trascendente⁹⁹. Esto se explicaría –según el citado– por la convicción de que la consecución de una sentencia condenatoria en el hecho de mayor entidad tornará irrelevante la persecución del otro evento, pues una condena en éste no incidiría en la pena aplicada al primero¹⁰⁰.

Por consiguiente, nos hallamos claramente ante un criterio de oportunidad, que *a priori* mancillaría las exigencias del bien común político por diferentes motivos. En primer lugar, ha de destacarse que una de las posibilidades previstas en este criterio de oportunidad versa sobre especulaciones o prognosis sobre hechos futuros factibles de no concretarse (sentencias condenatorias en sucesos investigados en el mismo u otro proceso), pues puede no alcanzarse la condena por el hecho más grave o mejor probado. De ahí que, ante esta hipótesis, si se privilegió la persecución del hecho más gravoso en perjuicio del menos significativo, y no se consiguió la condena en el primero, no resultaba irrelevante su persecución.

Por otra parte, amén de concretarse en el porvenir esa convicción fundada (léase sentencia condenatoria en otro o el mismo proceso), o que la pena susceptible de imponerse por el hecho no modificara el monto de la condena ya dispuesta en el mismo u otro proceso, la sanción penal ya impuesta sólo reafirma y restaura el orden jurídico mellado a través de los delitos por los cuales se lo juzgó a quien delinquiró.

Por tanto, aunque no operase ninguna modificación en el monto de la pena por cumplir, ciertamente la retribución penal se dará, sí y sólo si, sobre los restantes ilícitos descartados de la persecución, en tanto una sentencia penal instituya una pena compensadora de la culpa por el daño provocado a la comunidad política también abarcadora de estos hechos. De lo contrario, sobre este último evento delictivo primaría la impunidad, por cuanto el castigo aplicado al culpable del delito ponderado como más grave o mejor probado por el fiscal, no sería una justa consecuencia jurídica comprensiva de un juicio de reproche de la o las restantes conductas eximidas de persecución por razones de pragmatismo.

98 Solimine, M. A. Ob. cit., 129-130.

99 Ídem.

100 Ídem.

Ha de añadirse que, de esta forma, en uno u otro caso no sólo no se restauraría el orden jurídico conculcado por el hecho penal dispensado de persecución, sino también el valor justicia y/o el derecho de la comunidad política o de las víctimas a saber la verdad respecto a ese delito, el acceso a alguna reparación, y la conquista de una justa sentencia por los hechos padecidos mediante un proceso dotado de publicidad.

Basta agregar que la significancia de requerir la elevación a juicio, juzgar y sancionar los demás hechos, aunque no alteren la cantidad de la pena a cumplir, también radica en una finalidad pedagógica reveladora de la significancia de fortalecer el juicio ético de los ciudadanos y robustecer la conciencia jurídica sobre la trascendencia de determinados valores para el bien común de la comunidad política.

Sencillamente, la persecución penal en estos supuestos no resulta en vano, por cuanto refuerza la importancia de ciertos bienes y la necesidad de emitir un juicio de reproche sobre aquellas conductas que los lesionan. Por tanto, si no se persiguieran estos delitos por aparentes razones de practicidad o racionalización de recursos, podría inocularse en la sociedad una idea de indiferencia o adiaforización elusiva de cualquier valla ética interpuesta contra la comisión de actos inmorales tipificados como delitos por su especial afectación a terceros. De hecho, podría anidarse en la ciudadanía la convicción de que si el Ministerio Público Fiscal no persigue determinados delitos es porque esa conducta no es grave y no amerita desaprobación alguna, por lo que se generaría una gradual distención del juicio ético en el todo social.

3. Corolario

A tenor de lo desarrollado, puede espigarse con claridad que sí constituyen manifestaciones genuinas del principio de oportunidad tanto la conversión de la acción pública en privada (cuando la víctima la solicita al fiscal ante la supuesta inexistencia de interés público gravemente comprometido), como la insignificancia procesal, la denominada intervención de menor relevancia y la incorrectamente llamada pena carente de importancia.

Al mismo tiempo, a la luz del estudio llevado a término pudimos justipreciar que todas estas expresiones del principio de oportunidad son proyecciones de un “Derecho Penal Líquido”, pues abren el grifo hacia una voluntarista incertidumbre e inestabilidad normativa, además de contradecir los fundamentos axiológicos del Derecho Penal e impedir la consolidación de la ley penal en un bien perdurable.

De modo tal que todos estos institutos, al banalizar la manda de justicia de “dar a cada uno lo suyo”, principio fundamental del Derecho, y propender a una arbitrariedad huera de contrapesos republicanos, inexorablemente atentan contra el bien común político. En fin, como ya se ha demostrado en otras oportunidades¹⁰¹, epítome de toda expresión del principio de oportunidad es la arbitraria negación del anverso/reverso de una legalidad, que contrariamente debería concretarse de modo irrevocable, a partir del sano sincretismo entre las garantías individuales de un debido proceso y el imperativo de la persecución penal.

101 *Vide in extenso* Romero Berdullas, C. M. “Derecho Penal Líquido...” y “#Proceso Acusatorio...”, citados.