



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE
CÓRDOBA

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

SECRETARÍA PROCESAL PENAL

"Cuestiones Centrales de la Reforma del CPP de Córdoba (ley 10.427)"

NOVIEMBRE DE 2018

III. Regulación Provincial de los Criterios de Oportunidad.

III.a. ALGUNOS PROBLEMAS DE LA LEGISLACIÓN SOBRE DISPONIBILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA EN CÓRDOBA

Maximiliano Hairabedián

“Complidas decimos que deben ser las leyes, et muy cuidadas et catadas de guisa que sean fechas con razón, et sobre cosas que puedan ser fechas segunt natura, et las palabras dellas que sean buenas et llanas, et paladinadas; de manera que todo home las pueda entender bien, et retener en memoria. Otrosi han á ser sin escatima ninguna et sin punto (que non sean contrarias las unas de las otras), porque non puedan los homes del derecho sacar razón torticiera por su mal entendimiento, queriendo mostrar la mentira por verdat et la verdat por mentira”¹.

I. Introducción

Desde el año 2017 se establecieron reglas de disponibilidad en el código procesal penal de Córdoba (ley 10.457), permitiéndoles a los fiscales prescindir total o parcialmente de la acción penal pública; también limitarla objetiva o subjetivamente. Las causales son por insignificancia, intervención de menor relevancia, pena natural, expectativa irrelevante de pena y conciliación (CPP., 13 bis). Las prohibiciones están conminadas para funcionarios públicos, afectación del interés público (pronóstico de pena efectiva, criminalidad organizada y aprovechamiento de la vulnerabilidad e inferioridad de la víctima), antecedentes penales, hechos incompatibles con tratados de derechos humanos, delitos reprimidos con inhabilitación, violencia doméstica o de género, hechos discriminatorios o de grave violencia y delitos que afectan menores (art. 13 ter). En el primer año de vigencia de la importante reforma se aprecia una pobre incidencia práctica, ya que son escasos los procesos que han tenido esta forma de finalización. Las

¹ Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio cotejadas con varios codices antiguos por la Real Academia de la Historia. De orden y a expensas de SM, Imprenta Real, Madrid, 1807, Tomo I, Partida 1º, Título I, Ley VIII, p. 17.

causas de este fenómeno son múltiples, pero en parte puede incidir la deficiente regulación, al menos en lo que atañe a ciertos aspectos (p. ej., limitaciones, trámite burocrático). A continuación me referiré a algunos problemas y posibles soluciones.

II. Contradicciones y otros puntos oscuros

1. Expectativa de pena vs. antecedentes penales

Las prohibiciones de aplicación del principio de oportunidad contenidas en el artículo 13 ter de la ley, son tan amplias que conspiran contra una aplicación extensa o fluida. La más llamativa de todas es la flagrante contradicción que existe entre la habilitación para prescindir de la acción penal “cuando la pena que pueda imponerse...carezca de importancia en consideración a la pena ya impuesta” y la prohibición de hacerlo cuando el imputado tenga antecedentes. En este punto la ley permite y prohíbe al mismo tiempo la disponibilidad de la acción. Ejemplo: en la cárcel los guardias sorprenden a un preso cuando intenta convidarle un cigarrillo de marihuana a otro. El autor está en las primeras fases de una condena de 10 años de prisión por robo calificado. Al fiscal del fuero de narcotráfico no le interesa la pena que puede corresponderle por la tentativa de suministro gratuito de estupefacientes para consumo personal, y le parece razonable evitar el desgaste innecesario de llevar adelante un proceso penal completo. Si quiere la extinción de la acción penal por la causal de la ley que prevé esa situación, se va a enfrentar con la propia normativa que le manda no aplicarla por el antecedente del imputado. Teniendo en cuenta que la incoherencia anida en la misma ley y al mismo nivel, no funcionan los métodos conocidos de solución (cronológico –ley posterior deroga anterior-; jerárquico –ley superior deroga inferior-; o especial -ley especial deroga la general-), por lo tanto la antinomia se vuelve insoluble y hay que sacrificar o negar validez a una de las reglas en pugna. Entonces, pueden aplicarse cualquiera de los dos artículos, el que permite o el que prohíbe. “Es una ley lógica general que de una contradicción puede inferirse cualquier enunciado; de modo que, si un caso es correlacionado con dos o más soluciones contradictorias, entonces está correlacionado con cualquier solución” (Alchourrón-Bulygin, 1987:103). Un criterio para guiar la superación de la antinomia puede ser el que aporta la Corte Suprema cuando manda

interpretar las leyes “evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto” (CSJN., 8/8/2006, “Montiel”, entre otras). Trasladado al problema que nos ocupa puede postularse que la prohibición de prescindir de la acción penal para el imputado que tiene antecedentes penales no rige para el caso de expectativa irrelevante de la pena futura en relación a la ya impuesta, y por ende puede aplicarse el principio de oportunidad.

2. Pena natural vs. pena de inhabilitación

La reforma faculta a los fiscales para que prescindan de la acción penal cuando el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que torne innecesaria y/o desproporcionada la aplicación de una pena. Es la llamada “pena natural” cuyo ejemplo de libro es el caso del autor de lesiones u homicidio no intencionales que en el mismo hecho resulta gravemente afectado (v. gr., el conductor que queda cuadripléjico como consecuencia de los tumbos que dio el vehículo por dormirse en la ruta, falleciendo otro de los ocupantes). Pero resulta que en las prohibiciones de aplicación aparecen las figuras penales reprimidas con pena de inhabilitación, salvo las lesiones culposas con resultado leve o grave (CPP., 13 ter inc. 5°). Por lo tanto quedan afuera de la posibilidad de disponer de la acción penal, los homicidios culposos y las lesiones gravísimas de esa índole. Esta hipótesis, a diferencia de la anterior, no aparece como una contradicción producto de técnica deficiente, sino que más bien puede ser tomada como una decisión de política criminal mediante la cual el legislador ha querido excluir a esos y otros ilícitos del nuevo régimen de extinción de la acción penal. Más allá de que resulte extraño que los delitos paradigmáticos de pena natural no queden abarcados por la causal de pena natural, lo cierto es que así lo establece la ley. Por eso se ha señalado que el fundamento de la prohibición es claro y se relaciona con el mayor interés público en intervenir sobre el imputado ante exigencias de neutralizar los riesgos que supone la supuesta peligrosidad criminal específica que se desprende de la conminación de la inhabilitación, lo cual parece irrazonable, y en ciertos casos inadecuado, al habilitársela en las lesiones culposas graves o leves, centrando así la exclusión en la gravedad del resultado y no en la de la

acción que los causa, que es lo verdaderamente determinante de la necesidad de la inhabilitación (Buteler, 2017:98-99).

No existiendo problemas normativos en el tema planteado, en principio la ley impide disponer de la acción penal por pena natural a los tipos imprudentes de homicidios y lesiones gravísimas. Digo “en principio” porque aun con la prohibición legal no está cerrado el debate al respecto, ya que al reforma no tuvo en cuenta las razones de importantes precedentes jurisprudenciales que pueden llegar a invocarse para plantear el beneficio. Probablemente la decisión de excluir a los homicidios y lesiones gravísimas culposas del principio de oportunidad se basó pensando en el preocupante drama de los accidentes de tránsito u otros ilícitos también de alto interés e impacto público (v.gr. mala praxis médica). Podría postularse que hay casos culposos en los cuales la pena de inhabilitación carece de relevancia, como ocurre en aquellos hechos que no se cometen en el marco de actividades riesgosas regladas o habituales (p.ej., el que deja mal colocada una maceta en su balcón y al caerse lesiona gravemente al peatón). La jurisprudencia local se ha mostrado renuente a aceptar ampliamente las disquisiciones, pero no está dicha la última palabra en casos que claramente sea irrelevante la inhabilitación². Lo que sí ha aceptado reiteradamente el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba es que pueda proceder la suspensión del juicio a prueba cuando el imputado acepta u ofrece autoinhabilitarse³, aún cuando el artículo 76 bis del CP prohíbe el beneficio para delitos reprimidos con inhabilitación. El fundamento de la máxima instancia judicial para admitirlo ha sido que “...si lo que justificó la exclusión de los delitos castigados con pena de inhabilitación, del beneficio de la *probation*, fue el interés general en neutralizar el riesgo de la continuidad de la actividad, tal objetivo

² “Con relación a los delitos de lesiones culposas, reprimidos con pena de inhabilitación (art. 94 C.P.), sería arbitrario conceder el beneficio de la *probation* a quienes hubieran causado lesiones culposas a consecuencia del uso de un automotor, y negar dicho beneficio a quienes hubieran causado lesiones culposas, pero sin el uso de un automotor (en el caso, mediante el uso de una trituradora de queso). Ello así porque la referida diferencia de trato no descansaría en ninguna justificación objetiva ni razonable. En efecto, en ambos supuestos estaríamos en presencia de consecuencias causadas por actividades cuyo riesgo el legislador ha pretendido neutralizar, acudiendo al evidente efecto preventivo que la pena de inhabilitación tiene en si misma (al impedir la continuidad de la actividad riesgosa que originó el delito)” (TSJCba., S. N° 101, 3/12/2002, “Lavra”).

³ “Boudoux” (S. N° 36, 7/5/2001); “Pérez” (S. 82, 12/9/2003); “Etienne” (S. N° 82, 12/9/2003); “Abrile” (S. N° 55, 17/6/2005); “Ponso” (S. N°40, 13/03/2009), entre otros. En este último fallo se sostuvo que “los supuestos en que se concedió la *probation* y se fijó como regla de conducta la inhabilitación para conducir, resulta de aplicación analógica “*in bonam partem*” el art. 20 ter, 2do. párr. del C.P.; por lo que nada impide que si el encartado se comporta correctamente y cumple con las condiciones impuestas pueda anticipadamente obtener su rehabilitación”.

puede salvaguardarse eficazmente mediante la imposición de una regla de conducta que, justamente, neutralice el peligro que la continuidad en la actividad de que se trate puede significar para la vida en comunidad” (TSJ., S. N° 55, 17/06/2005 ,“Abrile”). Esta línea argumental tiene evidentes puntos de contacto en común con el régimen de disponibilidad de la acción penal y sus prohibiciones regulados en los artículos 13 bis y ter del CPP, por lo que no sería extraño que se suscite discusión análoga (p. ej., conciliación con autoinhabilitación).

Por otra parte, una interesante sentencia del fuero penal juvenil aplicó el principio de oportunidad por pena natural al trágico caso de un hijo que jugando con un arma mató a la madre, por quien tenía gran cercanía y afecto, obviamente resultando muy afectado. Haciendo lugar al pedido del fiscal, la jueza interviniente hizo un exhaustivo y original análisis de los instrumentos y opiniones internacionales relacionados a la minoridad y el derecho penal, las circunstancias del caso, la situación del sometido a proceso y concluyendo que no existían motivos de seguridad e interés público, declaró inaplicable al caso la exclusión bajo análisis y sobreseyó al imputado (JPJ1°Nom., 31/8/2018, “S., C.D.” -SAC 2667489-).

3. Hechos incompatibles con tratados de derechos humanos

Cuando se tratare de hechos que resulten incompatibles con las previsiones establecidas en los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por la República Argentina, el fiscal no podrá prescindir de la acción penal (CPP., 13 ter).

La restricción aparece legislada con un grado de amplitud y generalidad tal que, si se la interpretara rigurosamente, no podría haber principio de oportunidad. Es que al ser tan diversificados los derechos y bienes que protegen los tratados de derechos humanos (DUDH., CADH., PIDCP, etc.), prácticamente no hay delito previsto en el código penal que no recaiga sobre alguna acción incompatible con aquellos. Con sólo tener en cuenta que protegen la libertad, la propiedad, la honra, la privacidad, la integridad física y psíquica, etc., puede advertirse que un hurto simple significa una acción violatoria de un derecho convencional. Y éste es un resultado que se aparta del sentido común. De esta manera se impone el argumento “por absurdo”, que se basa en la “exclusión por dicho carácter de los resultados que podrían derivarse” (Andruet, 2003:268-283). Por eso se

requiere un análisis de especialidad o intensidad que justifique la eximición⁴. En consecuencia, sólo podrá oponerse un tratado de derecho humano cuando el hecho objeto del proceso haya significado una afectación o menoscabo intenso y significativo a un derecho humano, de forma tal que si se aplicara la disponibilidad de la acción, ese daño continuaría o profundizaría. Al mismo tiempo, no se podrá invocar el tratado para evitar el principio de oportunidad, cuando su aplicación sea beneficiosa para el portador o titular del derecho (p. ej., la víctima que concilia porque le conviene a sus intereses).

III.El procedimiento

1. Acuerdo de conciliación y partes intervinientes

En la instrumentación de la conciliación surgieron algunos interrogantes, principalmente en orden a la forma de documentarlo porque la ley nada dice al respecto. Es cierto que eso puede dejar a los litigantes a merced de las exigencias de fiscales y jueces con personalidades exageradamente solemnes, formalistas o cultores del rito y las prácticas burocráticas. Sin embargo, esta laguna es una oportunidad para transformarla en virtud y solución. El hecho de que la reforma no haya regulado una formalidad específica otorga libertad a las partes que acuerdan dar por superado el conflicto para plasmarlo de la manera que consideren más adecuada y fácil de acuerdo a sus intereses. Así, será de recibo cualquier forma legal que permita conocer con claridad y seguridad la voluntad en tal sentido (p. ej., instrumento privado con ratificación posterior ante el fiscal, documentos públicos, sea ante escribanos, o mediante acta labrada por el representante del Ministerio Público, etc.). En definitiva, haya sido una omisión o no, lo positivo es que el trámite en manos de operadores prácticos y con sentido común, será más fácil y sencillo al carecer de obstáculos formales.

La modificación prevé que la conciliación se deba dar entre las “partes” (art. 13 bis inc.5°), expresión que *prima facie* da la idea de que debería ser entre quienes revisten formalmente tal carácter (p. ej., el querellante particular y el imputado). Sin embargo,

⁴ Sobre este problema ya había alertado el legislador Fresneda en el debate parlamentario. Advertía que “es una cláusula ambigua en el intento de poner límite al principio de oportunidad, pero como se invocan tratados internacionales, en consecuencia, cada vez que alguien quiera invocar el principio de oportunidad o un fiscal quiera invocar este principio, alguien puede plantear la excepción, que se va a tensionar con tratados internacionales”.

teniendo en cuenta que en el mismo inciso se dispone que el fiscal no podrá prescindir de la acción hasta que la “víctima haya percibido la totalidad de lo convenido”, como así también que el 13 *quater* regula el trámite de oposición de la “víctima” a la declinación oficial de la acción penal pública, será irrelevante que se haya constituido como “parte”. Ante la imprecisión legislativa, la interpretación en este sentido es acorde al espíritu de la reforma que tuvo en miras darle más poder a la “víctima” y privilegiar la solución o superación del conflicto que contemple sus intereses.

Para que prospere la conciliación no es necesario el consentimiento de las partes civiles que pudiere haber distintas a la víctima, porque se trata de la disponibilidad de la acción penal pública, que es independiente a la de carácter civil y privada.

La “conciliación entre las partes” en plural debe ser entendida en referencia a víctima e imputado (presunto), por lo que puede haber conciliaciones parciales en casos que presenten varios hechos o multiplicidad de partes. Es decir, la acción penal se divide objetivamente o subjetivamente (v.gr. se concilia un hecho de los tres investigados, o bien se lo hace con un imputado sí y con otro no), supuestos en donde obviamente el sobreseimiento será parcial. A favor de esta interpretación se observa que la norma del artículo 13 bis inciso 5° no exige que el acuerdo sea entre “todas” las partes ya que al comienzo dice que “el Fiscal de Instrucción podrá prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho o algunos de los hechos”.

2. Control jurisdiccional

La nueva normativa establece que la decisión que prescinda de la persecución penal determinará que el Juez de Control, a instancia del Fiscal de Instrucción, declare extinguida la acción pública con relación al participante en cuyo favor se decide mediante el dictado de una sentencia de sobreseimiento (art. 13 *quater*). Se encuadra en la flamante causal del inciso 6° del artículo 350 del código formal, que en realidad es superabundante y no hacía falta incorporar, porque esta norma ya contemplaba la extinción de la acción penal en el inciso 4°, cualquiera sea su motivo (prescripción, muerte, etc.).

El nuevo artículo 348 del Código Procesal expresamente establece que en el sobreseimiento por criterios de oportunidad, el juez de control no puede discrepar con el

fiscal. Aun así, es difícil sostener que el requerimiento del fiscal para prescindir de la acción penal sea absolutamente vinculante para el juez y que no admite ningún análisis de su parte. Por el contrario, creo que puede y debe haber algún tipo de control. Está claro que la discrepancia del juez no podrá basarse en el desacuerdo con las políticas de persecución del Ministerio Público (p. ej., en la asignación de importancia del caso, en la estrategia de selección de hechos), sino con el control de legalidad del requerimiento fiscal (p. ej., si es una de las causales permitidas, si no media una prohibición) y su debida fundamentación (que contenga mínimamente las razones que lo motivan). Si consideramos que los requerimientos del Ministerio Público Fiscal tienen que ser fundados bajo pena de nulidad (CPP., 154), y que les es reconocida a los magistrados la facultad de verificar este extremo, aún de oficio, no podría un juez desviar la mirada y extinguir la acción penal en un caso en el que sea notoriamente infundado el pedido en tal sentido del Ministerio Público. Imaginemos que el fiscal requirió el sobreseimiento de un imputado sobre quien no podía disponer de la acción penal por existir una prohibición legal (p. ej., a un funcionario público que actuó con abuso del cargo). O que al hacerlo, no siguió el trámite previo previsto en la nueva normativa (p. ej., notificación previa a la víctima). Pongamos un ejemplo burdo: el fiscal solicita al juez que extinga la acción penal por oportunidad al imputado de un homicidio calificado. ¿No puede hacer ningún control de legalidad y corresponde cerrar sin más el proceso?. La solución contraria se impone como la más sana y sensata porque de lo contrario existe el riesgo de la ilegalidad o arbitrariedad⁵; y el juez de control dejaría de hacer honor a su nombre y no controlaría nada, convirtiéndose en un autómatas que se limita a hacer un trámite burocrático e irreflexivo. Ningún sentido tendría su intervención. Si nada pudiera hacer frente al pedido de sobreseimiento, no se entiende porque el legislador previó su intervención. Directamente podría haberse dispuesto que el fiscal archive su caso y evitar un desgaste jurisdiccional inútil.

Ahora bien, si por un lado concluimos que el juez puede hacer un control de legalidad y logicidad del requerimiento fiscal de sobreseimiento por principio de oportunidad, y por

⁵ "Un sistema en el que algunas decisiones de uno de los poderes del Estado no puedan ser revisadas en alguna instancia, genera un grave riesgo de que todo el sistema se caiga como un castillo de naipes, porque invita a la corrupción y a la arbitrariedad...no para satisfacer agravios vinculados meramente con la valoración de las pruebas, sino conforme a la doctrina de arbitrariedad de sentencias de la Corte Suprema, porque ella se ocupa de los casos en los que no se han observado las formas esenciales del juicio, ya sea que éstas se produjeran durante el proceso o en las sentencias mismas. Una sentencia nula, descalificable como acto jurisdiccional válido, no es una sentencia" (De Luca, 2012:186).

otro, la ley establece que no rige el trámite de la discrepancia del artículo 359, ¿qué corresponderá hacer cuando el magistrado de garantías advierta falencias serias en el pedido? Frente a la laguna normativa, una solución posible es que el juez declare la nulidad prevista genéricamente en el artículo 154 del código, por falta de la debida motivación, y devuelva el caso al fiscal para que se expida de manera fundada conforme a derecho. Si se hubiese omitido cumplir el trámite previo previsto para pedir el sobreseimiento (p. ej., anoticiamiento a la víctima), podría rechazar el pedido y proceder de igual manera que la anterior, a fin de que el fiscal subsane la actividad procesal soslayada. La alternativa de no hacer lugar al pedido de extinción de la acción penal y elevarlo al fiscal de la cámara de acusación no parece la mejor opción, habida cuenta de la referida exclusión expresa del trámite genérico de discrepancia del artículo 359 que así lo establece.

3. Análisis de las causales de sobreseimiento

Al dictar el sobreseimiento por aplicación de un criterio de oportunidad, el juez, si cuenta con elementos para hacerlo, puede aplicar otra causal de desincriminación (CPP., 350 incs. 1° a 4°). Es que si el hecho no existió, no lo cometió el imputado o actuó amparado por una causa de justificación, es más justo que el sobreseimiento así lo declare. Si es atípico debería haber sido archivado. Si es inimputable puede ser peligroso y ameritar una medida de seguridad. Si está prescripto, el cierre del proceso es de orden público y de previa consideración. Como son motivos que requieren certeza sobre su configuración, la falta de pruebas con tal grado de seguridad hace que el pronunciamiento jurisdiccional sea directamente sobre la solicitud fiscal de extinguir la acción penal, sin que resulte necesaria una investigación completa habida cuenta de la finalidad economizadora que tiene el instituto de la disponibilidad. Es cierto que para la doctrina y jurisprudencia imperante en Córdoba en el sobreseimiento por extinción de la acción no corresponde que el tribunal se pronuncie sobre el fondo del asunto porque tiene valor impeditivo de la persecución y el juzgamiento⁶. Esa posición no es de automático traslado al caso de la nueva extinción de la acción pública por disponibilidad de la acción, toda vez que la sentencia en tal sentido es constitutiva de dicho

⁶ Clariá Olmedo y Núñez, TSJCba., A. N° 62, 25/3/2002, “Massa Linch”, citados por Cafferata Nores-Tarditti, 2003:II,93/94, también el mismo tribunal, S. N° 52, 10/6/2005, “Folguera”.

fenecimiento, en cambio en la prescripción, muerte del imputado o amnistía es declarativa. Entonces, mientras en estos últimos los órganos del Estado pierden la posibilidad jurídica de decidir sustancialmente el caso ante la inexistencia de acción que los habilite, en la disponibilidad no ocurre lo mismo. Hasta que no se haya dictado la sentencia de sobreseimiento por el principio de oportunidad, la acción no está extinguida y el juez puede pronunciarse sobre el fondo. Con la salvedad que apuntan Cafferata y Tarditti, en cuanto a que, habiéndose establecido a favor del imputado la regla que obliga a respetar en lo posible el orden de las causales de sobreseimiento (CPP., 351), “no será legítimo esgrimirla en su contra...en otras palabras, sólo se seguirá el orden de prelación cuando, además de posibilitarlo la prueba, se beneficie al imputado con una causal que lo desvincule del proceso...de allí que resulte inaceptable que en el caso de extinción de la acción penal por muerte se meritúe la prueba y se concluya asertivamente sobre el hecho y la participación” (ibídem). Aunque esta imposibilidad parece bastante gruesa y obvia, se advirtió en algún caso que el fiscal, al pedir el sobreseimiento al juez por conciliación, declaró con certeza la culpabilidad del imputado. Una declaración de ese tipo, por parte del acusador en la etapa instructoria es improcedente por ser contraria a preceptos constitucionales y procesales básicos (principio de inocencia, determinación de culpabilidad en juicio por el juez natural, derecho de defensa).

4. Alcances y efectos del sobreseimiento

El sobreseimiento, una vez firme, por regla cierra definitivamente el proceso y hace cosa juzgada dejando incólume el principio de inocencia penal, constituyendo una desincriminación sin juicio de culpabilidad. Ahora bien, cuando se trata del sobreseimiento por aplicación de un criterio de oportunidad previsto en el artículo 13 bis del código procesal, esa regla presenta excepciones. De acuerdo a la misma ley, y según trataremos en el punto siguiente, la víctima tiene la facultad de convertir la acción penal pública en privada, y perseguir particularmente a quien considere autor del delito, que la mayoría de las veces será la misma persona sobreseída. Con la interposición de la querrela estará iniciando un proceso distinto del anterior en el que podrá probar ampliamente la responsabilidad del acusado, sin que el sobreseimiento previo por extinción de la acción penal pública pueda impedir esta nueva persecución.

Al ser acciones distintas (la pública extinguida y la privada vigente), no hay afectación al *non bis in ídem*, ya que no se da el requisito de triple identidad. Se trata del mismo hecho, la misma persona, pero no hay identidad de causa de persecución. En consecuencia, la cosa juzgada y la preservación del principio de inocencia luego de un sobreseimiento firme por criterio de oportunidad, se verificará cuando con posterioridad la víctima no haya accionado penalmente en contra del desincriminado. Esto puede suceder tanto cuando el denunciante está expresamente de acuerdo en ese sentido (p. ej., en el acuerdo de conciliación deja a salvo la buena fe del denunciado o reconoce haberse equivocado, etc.), como así también si nada hizo simultánea o posteriormente.

Algo parecido ocurre cuando por el mismo hecho se entablan acciones en otros fueros. Si la víctima demanda civilmente al autor o partícipe en el delito, o inclusive a un tercero solidariamente responsable, el sobreseimiento por criterio de oportunidad no es oponible como declaración de falta de responsabilidad (p. ej., si se extinguió la acción por pena natural, igualmente puede haber reclamo resarcitorio). Esto es acorde a las estipulaciones del nuevo código civil y comercial sobre las relaciones entre las acciones civil y penal, ya que sigue manteniendo la independencia (art. 1774), y ni siquiera procede la suspensión de la sentencia civil a la espera de la penal cuando median causas extintivas de esta última (art. 1775). Con razón se ha señalado que “se trata, sin lugar a dudas, del supuesto más evidente, pues, como lo ha dicho la doctrina, no se trata de una verdadera excepción, sino de la culminación del proceso penal que, por lo tanto, ya no se encuentra pendiente” (Kemelmajer, 2007:302, citada por Sáenz, 2015: IV, 506⁷). En definitiva, el sistema impide que haya sentencias contradictorias en ambas sedes, por lo cual le asigna supremacía a la de carácter penal que declara la inexistencia del hecho, más no a aquella que absuelve al imputado por falta de responsabilidad penal (art. 1777) –p.ej., duda–.

Si el sobreseído penalmente por disponibilidad de la acción penal demanda laboralmente al empleador que lo echó por su conducta ilícita, éste último podrá probar y debatir la pérdida de confianza derivada de la existencia del hecho y la participación del beneficiado por el principio de oportunidad (p. ej., el cajero del comercio que fue

⁷ Aclara Sáenz que la autora citada se refería al derogado artículo 1101 del CC anterior, que únicamente preveía el supuesto de extinción de la acción penal por fallecimiento del imputado, por lo que en este punto, la previsión del nuevo CCyC es mucho más amplia.

registrado con cámaras quedándose con dinero del empleador y fue sobreseído por insignificancia).

5. Facultades de la víctima

Previo a solicitar el sobreseimiento, el representante del Ministerio Público debe notificar su decisión a la víctima, la que podrá, en el plazo de cinco días, convertir la acción pública en privada u ocurrir ante el Fiscal General para modificar o revocar la decisión del Fiscal de Instrucción. El ofendido penal puede elegir una u otra opción. Es así, en primer lugar porque la norma emplea el disyuntivo “o” (“u” en realidad por una cuestión fonética), es decir que permite ambas posibilidades (“convertir la acción pública en privada u ocurrir ante el Fiscal General”). Pero esa disyunción es alternativa en el sentido de que no se pueden elegir las dos al mismo tiempo. O se convierte la acción sin acudir al Fiscal General, o se ocurre ante esa autoridad y recién una vez agotado ese mecanismo de control, puede optar por la conversión. En segundo término está la regla de la interpretación restrictiva cuando se trata de limitar un derecho o atribución (CPP., 3).

Para que la víctima pueda ejercer los derechos que le acuerda la ley, será importante que al comunicarle la intención de disponer de la acción penal pública, se le hagan saber sus facultades al respecto y los plazos. El anoticiamiento se puede hacer por cualquier medio fehaciente; no hace falta citarlo para que comparezca. En ciertos casos esta última opción posiblemente no sea recibida con agrado por el ofendido penal. Supongamos que el fiscal decide no ejercer la acción penal en contra de un imputado que intentó hurtar un chocolate, y lo hace ir al kiosquero damnificado hasta tribunales para notificarlo. Comprensiblemente pueda molestarse si tuvo que perder un par de horas de su tiempo, y tal vez de su trabajo, para ese acto.

Si el ofendido hace uso del derecho a oponerse, el Fiscal General deberá resolver en el plazo de cinco días y su decisión al respecto no es impugnabile. El plazo para la conversión de la acción es también de cinco días a contar desde la notificación a la víctima de la resolución confirmatoria por parte del Fiscal General. Para la conversión basta la manifestación expresa en tal sentido, no habiéndose establecido solemnidades, ni requisitos especiales, ni siquiera asistencia letrada. Realizada esta manifestación, la

víctima deberá presentar su querrela dentro de los sesenta días siguientes de haber expresado su voluntad de convertirla.

El plazo para presentar la querrela es de “sesenta días”. No está claro si se trata de un término de días (en cuyo caso son hábiles de acuerdo al nuevo sistema –art. 180-) o de dos meses. En este último supuesto, de acuerdo al código civil se cuenta conforme el calendario gregoriano –el de uso corriente- y termina el mismo día los respectivos meses: “así, un plazo que principie el 15 de un mes, terminará el 15 del mes correspondiente, cualquiera que sea el número de días que tengan los meses o el año” (CCC., 23 y 25). Siendo un plazo que literalmente dice “días” en vez de “meses”, y establecido para el ejercicio de un derecho que goza de protección constitucional (la tutela judicial efectiva de la víctima), resulta conveniente interpretarlo a favor de su mayor duración, ergo como un plazo de días hábiles.

La ley sólo se refiere al caso de que el Fiscal General resuelva confirmando el criterio del inferior, o sea en contra de la oposición de la víctima, pero deja un vacío en orden al procedimiento a seguir si está de acuerdo con el damnificado. En este supuesto le puede ordenar al fiscal inferior que aplicó la disponibilidad que ejerza la acción penal, o bien designar a otro para que lo haga, si considera que aquél ya ha fijado una posición que debilita la persecución penal.

Llama la atención que se involucre a la más alta autoridad del Ministerio Público Fiscal en este tipo de dictámenes propios de la etapa instructoria, más aun cuando hay fiscales intermedios (v.gr. el de la Cámara de Acusación en la primera circunscripción y los de igual jerarquía en las cámaras del interior) cuyas intervenciones serían más acordes a la etapa procesal y temática. No parece acorde a las funciones de la máxima autoridad del Ministerio Público (dirigir el organismo, fijar las políticas generales de persecución penal, etc.), analizar, por ejemplo, si se va a accionar, o no, contra a un ladrón de gallinas en una causa en etapa investigativa. Y no resulta lo más conveniente para la víctima tener que llegar hasta esa cúspide de la organización para que se defina si continúa o no oficialmente su caso. Repárese que cuando es del interior esta situación se profundiza aún más. Si el damnificado por un delito vive en Huinca Renancó, no parece lo más conveniente tener que recorrer 400 kms. para ejercer sus derechos en la Fiscalía General. Una posible solución es que el Fiscal General habilite a las fiscalías del interior a recibir y transmitir las oposiciones.

6. Impugnabilidad

El régimen procesal establece que “si el Ministerio Público decide que no procede la aplicación de una regla de disponibilidad de la acción, la decisión no será susceptible de impugnación alguna” (CPP., 13 bis). Las primeras conclusiones que se derivan de esta disposición son simples: las partes pueden solicitar la aplicación del principio de oportunidad, el fiscal debe recibir el pedido y en su momento tomar una decisión. A pesar de la obviedad, se ha advertido que, al menos en los comienzos de la reforma, en alguna fiscalía se negaron a recibir la solicitud de aplicación del principio de oportunidad con el acuerdo de conciliación, a punto tal que recién tras el reclamo de la defensa tuvieron que recibirlo y darle trámite luego de que el Tribunal Superior lo ordenara (TSJ decreto del 29/6/2017 en expte. 3361343). La obligación de recepcionar la solicitud rige aún cuando la causa transitoriamente no esté físicamente en la fiscalía (p. ej., en el Juzgado de Control o en sede recursiva). Y este deber cede para el fiscal de instrucción cuando ya dejó de intervenir por haberse operado la clausura de la investigación (p. ej., si la causa está elevada a juicio en la fase del debate).

La regla de no impugnabilidad es cuestionable cuando la defensa pide al fiscal la aplicación de un criterio de oportunidad, inclusive junto a la víctima (p. ej., presentan una conciliación), y la solicitud es rechazada. Si la denegatoria es infundada, o arbitraria (p. ej., se le dio curso en un caso análogo, o a favor de otro imputado que estaba en la misma situación), el defensor podría provocar un control instando la nulidad, invocando el artículo 154 del CPP. Que, bajo sanción de nulidad, obliga a los fiscales a pronunciarse motivadamente.

7. Causas “N.N.”.

La reforma no ha previsto la solución para los casos “N.N.” en que se quiere aplicar un criterio de oportunidad, principalmente el de insignificancia. Al prever que procede únicamente por pedido de sobreseimiento, presupone que haya un imputado individualizado (que puede haber sido “indagado”, o no), ya que precisamente esa sentencia recae sobre persona determinada. En las causales agregadas en la nueva

regulación sobre el archivo de las actuaciones, que procede cuando no se ha llamado aun a declarar a alguien como imputado, no está contemplado el principio de oportunidad (CPP., 334 y 342). Y en las prohibiciones del artículo 13 ter, figura la que impide su aplicación a personas con antecedentes computables o respecto a quienes ya fueron beneficiados una vez con la disponibilidad. De esta manera, ante el anoticiamiento de un hecho menor que para el fiscal sea inconveniente perseguirlo, si no tiene sindicado un interviniente, en principio no puede disponer de la acción penal. Podrá sugerirse que si en esta hipótesis quiere hacerlo, primero debe poner en marcha la investigación para individualizar algún responsable y, recién una vez logrado, solicitar el sobreseimiento al juez. Pero esto es contradictorio con la finalidad de evitar desgastes inútiles y aprovechar mejor los recursos en las causas que más lo merecen. No parece sensato el esfuerzo de investigar para extinguir la acción. Una posible solución puede ser archivar por insignificancia penal bajo el motivo de atipicidad (CPP., 334 inc. 2°). Esto sólo será posible cuando la nimiedad sea extrema de forma tal que no haya afectado el bien jurídico protegido. Otras alternativas son forzadas y presentan debilidades. Por ejemplo, archivar bajo el fundamento de que no se puede proceder (334 inc. 1°) porque al constituir el hecho un motivo de oportunidad que autoriza al fiscal a prescindir de la acción logrando su extinción, no puede investigar sobre los extremos de la imputación. El problema es que, salvo constitución en querellante y oposición, se elude el control jurisdiccional de la disponibilidad que quiso imponer el flamante sistema. Y si se requiere el archivo al juez de control se choca con el problema de que es un trámite no previsto. De admitirse habría que aplicarle analógicamente el procedimiento completo del sobreseimiento por idéntico motivo (notificación previa a la víctima, posibilidad de oposición ante el fiscal general y conversión de la acción, etc.), porque la reforma empoderó a la víctima en este sentido y para no vedarle el acceso a la justicia. Las dificultades apuntadas ameritan que una futura reforma legisle la posibilidad de prescindir de la acción penal mediante el archivo.

Como ha podido observarse, la reforma ha optado por un trámite burocrático y complejo para disponer de la acción penal pública, lo cual probablemente sea otro de los factores que conspiran contra una aplicación frecuente y amplia del principio de oportunidad. Es que si para extinguir la acción penal por el hurto de un caramelo hace falta realizar todo el rito establecido, posiblemente sea más sencillo esperar a que prescriba.

Bibliografía

- Alchourrón, Carlos E. – Bulygin, Eugenio, *Introducción al estudio de las ciencias jurídicas y sociales*. Astrea, Buenos Aires, 1987.
- Andruet, Armando (h), *Teoría general de la argumentación forense*. Alveroni, Córdoba, 2003.
- Bobbio, Norberto, *Teoría general del Derecho*. Temis, Bogotá, 2002.
- Buteler, Enrique, *Disponibilidad de la acción penal y suspensión del proceso a prueba en Córdoba*. Mediterránea, Córdoba, 2017.
- Cafferata Nores, José I., *Cuestiones actuales sobre proceso penal*. 3ª edición actualizada, Del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- Cafferata Nores, José I.-Tarditti, Aída T., *Código Procesal Penal de Córdoba comentado*, Mediterránea, Córdoba, 2003.
- De Luca, Javier Augusto, "Recurso Fiscal contra Absoluciones y Nuevo Debate" — comentario al fallo "Kang" de la Corte Suprema—, en AA.VV., *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* —Leonardo Pitlevnik (dir.)—, N° 13, Hammurabi, 2012.
- Hairabedián, Maximiliano, "La disponibilidad de la acción penal por criterios de oportunidad" en AA.VV., *Comentarios a la reforma del Código Procesal Penal*. Advocatus, Córdoba, 2017.
- Hairabedián, Maximiliano, "Procedimiento para la aplicación del principio de oportunidad". *Actualidad Jurídica*, en prensa, Córdoba, 2018.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída, en AA.VV., *Código Civil y leyes complementarias*, Augusto C. Belluscio (dir.)y Zannoni, Eduardo A. (coord.). Astrea, Buenos Aires, 2007.
- Sáenz, Luis R.J., en AA.VV., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Herrera, Marisa-Caramelo, Gustavo-Picasso, Sebastián (dirs.). Ministerio de Justicia, Infojus, Buenos Aires, 2015.