

---

# EXCEPCIONES A LA OBLIGATORIEDAD DE LA ACCIÓN PENAL (LA CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD)

MIGUEL LANGON

La acción penal es pública, obligatoria y necesaria para el Ministerio Público, salvo las “excepciones establecidas por la ley”<sup>1</sup>.

Como es sabido el M.P. es el titular de la acción penal<sup>2</sup>, teniendo no obstante atribuciones para “no iniciar investigación” (art. 45.c), “proceder al archivo provisional” (art. 45.d), y aplicar el “principio de oportunidad reglado” (art. 45.e), sin perjuicio naturalmente de “solicitar el sobreseimiento” (art. 45.h), cuando correspondiere.

Su intervención en el proceso, sin embargo, “se regulará por las disposiciones de la Ley Orgánica del Ministerio Público y Fiscal”<sup>3</sup>, las que por lo tanto integran el conjunto de normas que regulan su actuación, debiendo integrarse todas estas disposiciones aplicables por remisión, conforme al criterio de interpretación que regula el artículo 14 del C.P.P.<sup>4</sup>.

Dentro de los presupuestos para el ejercicio de la acción penal, hay un capítulo, que es el motivo esencial de este trabajo, que refiere expresamente a las “excepciones al principio de obligatoriedad”, tan enfáticamente ordenado por la ley<sup>5</sup>.

Conforme a ello el fiscal puede, de pleno derecho, porque tiene facultades para ello, no iniciar o dar por terminada una investigación, en los siguientes casos:

- Si los hechos relatados en la denuncia no constituyen delito
- Si se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado, conforme a la prueba disponible, o

---

1 Esta regla se repite dos veces, con marcado énfasis, en el texto de ley que tenemos a consideración. Artículo 6 C.P.P.: “(Oficialidad). La acción penal es pública y su promoción y ejercicio corresponden al Ministerio Público, salvo las excepciones establecidas por la ley”. Artículo 82: “La acción penal es pública, Su ejercicio corresponde al Ministerio Público y es necesario, salvo las excepciones establecidas por la ley”.

2 Art. 43.1 C.P.P.: “El Ministerio Público en el titular de la acción penal. Deberá practicar todas las diligencias que sean conducentes al éxito de la investigación”

3 Art. 44.1

4 Art. 14: “(Interpretación e integración). 14.1. Para interpretar la norma procesal, el tribunal deberá tener en cuenta que el fin del proceso es el juzgamiento del caso concreto con todas las garantías del debido proceso, En caso de duda, se deberá recurrir a las normas generales fundamentalmente las que emanen de la Constitución de la República, de los principios generales de derecho y de los específicos del proceso penal, debiéndose preservar y hacer efectivas las garantías de debido proceso. 14.2. En caso de Vacío legal, se deberá recurrir a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios constitucionales y generales de derecho, a los principios específicos del proceso y a las doctrinas más recibidas, atendidas las circunstancias del caso. Están vedadas la solución analógica y la interpretación extensiva perjudiciales al interés del imputado”.

5 Capítulo II del Título III referido a la acción penal, arts. 98-100.

- Si las actuaciones cumplidas no hubieren producido resultados que permitan la continuación útil de la indagatoria<sup>6</sup>.

Esta es una de las normas en que se pone más claramente de manifiesto el alto grado de discrecionalidad que se les concede a estos funcionarios para disponer de la acción penal, que, de regla, están obligados a llevar adelante en todos los casos (principio de la obligatoriedad y de la necesidad de la acción).

De allí resulta el cuidado que debe tenerse en su designación y ascenso, siendo destacable que la propia ley establece, más allá de lo que surja de la regla de la publicidad y transparencia de la actuación funcional, un control interno que puede llegar a ser muy efectivo y convertirse en el verdadero control de un poder que de otro modo pudiera llegar a ser excesivo.

En efecto, la ley otorga tanto al denunciante como a la víctima el derecho de solicitar, si lo estima del caso, al tribunal que ordene el reexamen del caso por el fiscal subrogante, dentro de los treinta días de haber sido noticiado.

Se oirán entonces en audiencia las razones del reclamante y del fiscal actuante, pudiendo el juez, si estima que no están suficientemente probados los fundamentos aducidos por el fiscal, disponer el reexamen por el fiscal subrogante, lo que se hará en dicha audiencia, sin admitirse recurso alguno sobre dicha resolución, debiendo notificarse lo actuado al jerarca del M.P., para que tome conocimiento del caso, a los efectos que viere corresponder<sup>7</sup>, siendo la resolución de este fiscal subrogante, decisiva en cuanto a la continuación o no del trámite<sup>8</sup>.

Esta disposición es muy importante porque atenúa la crítica que pudiera hacerse al excesivo poder otorgado al fiscal actuante, que podría llevar la natural discrecionalidad de su actuación, legalmente permitida, al campo prohibido de la arbitrariedad.

El doble examen de parte del Ministerio Público da pábulo a considerar suficientemente superada esta cuestión, sobre todo porque hubo allí control judicial y por la publicidad del trámite que quita toda opacidad al proceso, y permite un juicio tanto del superior, como de la sociedad toda respecto del quehacer del representante de la sociedad.

De cualquier modo, si se produjeran hechos nuevos o se aportaren nuevos elementos de prueba, el fiscal podrá en todo caso iniciar o continuar la investigación interrumpida, por lo que el mandato de no prosecución es siempre revocable, y no causa estado definitivo<sup>9</sup>.

La novedad más importante que introduce el nuevo Código del Proceso Penal en nuestro sistema, es la consagración del principio de oportunidad<sup>10</sup>, que le otorga al fiscal la potestad de no iniciar la persecución penal o de abandonarla si ya hubiere sido inicia-

6 Artículo 98 C.P.P.

7 Art. 98.2 y 3.

8 Art. 98.4.

9 Art. 99.

10 Art. 100.

da en los casos que se exponen a continuación:

- ✓ Cuando se trata de “delitos de escasa entidad que no comprometan gravemente el interés público”, a menos, dice la ley, “que la pena mínima supere los dos años de privación de libertad” o que hayan sido presumiblemente cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones;
- ✓ Si se trata de delitos culposos que hayan irrogado al imputado “una grave aflicción” cuyos efectos puedan considerarse mayores a los que derivan de la aplicación de una pena, y
- ✓ Cuando hubieren transcurrido cuatro años de la comisión del hecho y se presuma que no haya de recaer pena de penitenciaría.

Trataremos de analizar brevemente estas tres modalidades o requisitos objetivo-subjetivos que pueden llevar al fiscal a adoptar una posición de no prosecución del caso, no obstante la criminalidad de la conducta presuntamente desarrollada por el concernido.

- a) La determinación de la “escasa entidad de los delitos” plantea un arduo problema de interpretación.

En primer lugar, parecería que los delitos de escasa entidad son, sin duda alguna, las contravenciones o faltas establecidas en el Libro III del C.P., conforme además a la división tripartita de los delitos que estableció el artículo 2 del citado cuerpo de ley.

Sin embargo puede pensarse, y yo así lo entiendo, que, además de las faltas habrían en el magín del legislador delitos propiamente dichos que no son graves, estableciéndose con ello una categoría intermedia entre los delitos y los crímenes que serían los delitos no graves, salvo que pretendiera entenderse que no son graves los delitos que no son crímenes lo que me parece francamente inaceptable, por obvias razones que me permito omitir en beneficio de la brevedad.

La gravedad óptica, por así decirlo, de las figuras criminales se puede determinar conforme a dos parámetros principales: a) la naturaleza del bien jurídico objeto de la protección (que sería lo más lógico y sistemático, según la escala axiológica que surgiría de la propia Constitución, Art. 7 de la Carta), y b) según el monto de la pena irrogada a cada figura, un criterio más empírico que científico, pero más real tal vez que el primero, no siendo claro el criterio diferenciador, dado la falta de lo que llamamos “dosimetría” penal, por cuanto las diferencias entre la pena de la violación por ejemplo, que es un delito contra la libertad o contra las personas (art. 272 C.P.) y la de la rapiña, delito contra la propiedad (art. 345 C.P.), son enormes y no permiten tener claro cuál es la política del legislador al respecto, si es que hay alguna en consideración.

Pero según el texto legal no es suficiente que el delito sea de “escasa entidad”, sea ello lo que fuere, sino que además, copulativamente ese delito menor, no debe comprometer “gravemente” el interés público, de lo que puede inferirse que para el legislador hay delitos de escasa entidad que sí pueden, sin embargo, comprometer de gravedad ese tipo de interés, lo que parece ser contradictorio.

Con ello se advierte que todo se ha subjetivizado en gran manera, por cuanto es el fiscal el que debe determinar, caso a caso:

- ✓ si el delito es o no grave,
- ✓ si compromete o no el interés público,
- ✓ en qué consiste dicho interés, y
- ✓ si el compromiso es a su vez grave, con lo que prácticamente desaparecen o se confunden los requisitos supuestamente objetivos con el subjetivo que deriva de la libre interpretación del operador fiscal de turno, quien después de considerar todo eso, recién entonces determinará que no es oportuno seguir adelante o iniciar un procedimiento penal al respecto.

La redacción es muy deficiente en este punto porque, además de todo lo dicho, la ley parece considerar que pueden haber delitos de escasa entidad que no comprometen ningún interés público y que, no obstante ello, se castiguen con penas privativas de libertad superiores a los dos años de duración, que, en nuestro sistema se denominan tradicionalmente como penas de penitenciaría, con todas las consecuencias prácticas que la jurisprudencia y la costumbre han otorgado a dicha calificación.

Lo único claro y objetivo es que, cuando un funcionario público en ejercicio de sus funciones cometa un delito de escasa entidad que no compromete gravemente el interés público y que no tenga pena mínima de penitenciaría, el Ministerio Público está impedido de acudir al principio de oportunidad como excepción a la oficialidad de la acción.

- b) En segundo lugar se autoriza al fiscal a recurrir al principio de oportunidad (es una facultad reglada que se otorga al funcionario), para dictar un mandato de no prosecución en los casos en que el concernido haya sufrido lo que se llama una “pena natural”, que en el lenguaje de la ley supone objetivamente un delito culposo o imprudente “que haya irrogado al imputado una grave aflicción” cuyos efectos puedan considerarse mayores a los que derivan de la aplicación de una pena, como puede ser el caso paradigmático del padre que conduciendo en estado de ebriedad provoca culposamente la muerte del hijo que lo acompaña.
- c) También se puede acudir al principio de oportunidad cuando el transcurso del tiempo ha disminuido el interés o alarma social que pudo haber provocado el delito, término que la ley fija en los cuatro años desde su comisión y se presume que no habrá de recaer pena de penitenciaría, y no concurra alguna de las causas que suspenden o interrumpen la prescripción.

Pese a los términos utilizados por la ley, no debe confundirse esta aplicación del principio de oportunidad con la extinción del delito por el paso del tiempo que plasman los casos de prescripción.

En efecto la prescripción extingue el delito o la pena en su caso, mientras que la clausura de los procedimientos siempre es sin perjuicio, y no supone por tanto extinción del ilícito sino simplemente su no prosecución en ese momento histórico, por cuanto el lapso

transcurrido habría hecho cesar la alarma social que la conducta criminal pudo producir en el seno de la comunidad, o habría hecho decaer el interés por su persecución.

Desde el punto de vista objetivo el caso debe ser de naturaleza correccional, por cuanto si se previere una pena impediante (de penitenciaria), no procede aplicar el instituto.

Esto es evidente cuando la pena máxima del delio en cuestión sea de prisión, debiendo tenerse presente que, en el caso de que el guarismo superior fuere de penitenciaria, todo dependerá de la apreciación subjetiva del magistrado actuante.

A nosotros no nos agrada la expresión “alarma social”, pero debo reconocer que la misma ha tomado ya hace tiempo carta de ciudadanía en nuestra jurisprudencia práctica, y parece evidente que no puede insistirse en el argumento de dicha alarma, para continuar una investigación tanto tiempo demorada, cuando han transcurrido cuatro años de los hechos sin haberse tomado resolución, lo que habilita al fiscal a proceder como indica la norma, y dar un “mandato de no prosecución”, que puede ser muy bienvenido en orden a la economía procesal, la salvaguarda de recursos y a la idea que de lo no trascendente *non cura pretor*.

La interpretación en todo caso es *favoris rei* o *pro homine* o *pro libertatis*, por lo cual no tengo mayores reparos que formular, como sí los sostengo todavía con la norma que permite procesar con prisión preventiva basado en la susodicha e indeterminada “alarma social”, que puede significar en los hechos un mero sometimiento del judiciario a la grito de la gente o al poder distorsionador que puedan ejercer sobre los magistrados los medios masivos de comunicación, o a cualquier forma de presión sobre el mismo de cualquier procedencia que fuere.

El principio de oportunidad puede verse también, desde el punto de vista doctrinario, como una manifestación del principio cardinal de la proporcionalidad, que vino a complementar el de lesividad, y que acaba de ser declarado integrado a la Constitución por la Suprema Corte de Justicia integrada, en Sentencia N° 104/2015, de 24.4.2015, por considerarlo una derivación del artículo 72 de la Constitución, que “positivizó” las reglas fundamentales del derecho natural a nuestro ordenamiento, al cual deben someterse todos los magistrados del país, que deben realizar el juicio de constitucionalidad y de convencionalidad, para preservar la identidad del sistema.

La regla de la oportunidad, bien aplicada por los fiscales, a la luz del día, bajo control de la superioridad, de las partes del proceso y del juicio de la comunidad, puede cumplir un rol relevante de contención del poder, especialmente útil en esta época de inflación penal, como una manera eficaz de salvaguardar los principios esenciales de un derecho penal de mínima intervención, característico de los estados de derecho.