

Legalidad y oportunidad procesal a la luz de la normativa y jurisprudencia de la provincia de Mendoza.

Por Juan Manuel Sánchez Santander

En este trabajo se pretende abordar un instituto procesal de gran relevancia y utilidad en el proceso penal: los criterios de oportunidad como excepción al principio de legalidad procesal. Este instituto, de aplicación tanto en el procedimiento ordinario como en los procedimientos especiales de flagrancia y correccional, permite arribar a una resolución alternativa de la cuestión de fondo, impidiendo la prosecución de la acción penal.

Entiendo prudente comenzar con un análisis del art. 8 de nuestro Código Procesal Penal de Mendoza, para poder introducir el tópico a tratar, el cual reza que: *“La acción penal pública será ejercida por el Ministerio Público, el que deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, salvo los supuestos previstos en este Código u otra ley”*.

En este artículo, nuestro legislador provincial dispuso dos lineamientos procesales de relevancia: por un lado, que el titular de la acción penal pública es el Ministerio Público Fiscal, y por otro, el principio de legalidad procesal.

De esta manera se encomienda al Fiscal el ejercicio de esta pretensión consistente en abrir una investigación en el marco de un proceso penal, llevando a conocimiento del órgano jurisdiccional (Juzgado Penal Colegiado o Tribunal) la existencia de un hecho delictivo, excitando su jurisdicción a fin de que decida al respecto.

Así también lo previó el legislador en la Ley orgánica del Ministerio Público Fiscal (Ley 8008), disponiendo en su art. 1 que este órgano *“tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad”*.

De esta manera, el Estado mediante este órgano denominado Ministerio Público Fiscal – que desarrolla sus funciones dentro del ámbito del Poder Judicial – cumple su función de ejercer el poder

penal buscando el mantenimiento de la paz y la armonía social que se ve lesionada por la comisión de un delito, disminuyendo la alarma social que este genera.

El Estado debe perseguir el delito garantizando, a su vez, *“el derecho a la justicia de las víctimas (...) derecho de todo individuo a obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en que se establezca la existencia o no de la violación de su derecho, se identifique a los responsables y se les impongan las sanciones pertinentes”*¹.

Dicho esto, entiendo que una definición correcta de la acción penal ejercida por la Fiscalía sería referenciarla como *“la potestad de ejercitar la pretensión de naturaleza penal que emerge de todo hecho que ostente características de delito”*².

Por otro lado, tal como se adelantara, surge de la letra del artículo bajo examen, que en materia procesal rige el principio de legalidad. Esta legalidad procesal implica que el Ministerio Público Fiscal, como titular de la acción penal, debe ejercerla sin poder suspenderla o hacerla cesar. En otras palabras, se establece como regla que debe ejercer la pretensión punitiva hasta que se dirima con una resolución judicial, sea condenatoria o absolutoria.

Si bien es cierto que el art. 8 prevé este principio de legalidad, no es menos cierto que prevé la posibilidad de exceptuarlo en ciertos supuestos, siempre y cuando éstos sean previstos por ley.

Con idéntica técnica legislativa, mediante Ley 8008 también se consagró este principio. Vemos así que el art. 3 inc. 3 establece como regla de actuación del Ministerio Público Fiscal la *“Legalidad y oportunidad”*, diciendo que: *“ejercerá, con arreglo a la presente ley y los principios establecidos en el Código de Procedimiento Penal de Mendoza, la acción penal y requerirá la justa aplicación de la ley, sin perjuicio de solicitar a los tribunales la suspensión total o parcial de la persecución penal en los casos que sea procedente con arreglo a los principios establecidos en el Código de Procedimiento Penal de Mendoza, a excepción de los delitos que aparezcan cometidos por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones o en perjuicio de la administración pública”*.

¹ Cafferata Nores – Tarditti; *“Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Comentado”*; Ed. Mediterránea; 2003; Tomo I, pág. 70.

² Coussirat, Jorge; *“Código Procesal Penal comentado de la Provincia de Mendoza”*; Ed. La Ley; Tomo I, pág. 70.

El legislador, como vimos, en la Ley 8008 también consagró el principio de legalidad procesal, estableciendo la persecución y ejercicio de la acción penal como regla, pudiendo exceptuarse en los supuestos que prevea expresamente la ley.

La ley exige que este órgano estatal predispuesto legalmente como persecutor, reaccione de manera inmediata y automática ante el conocimiento de un hecho presuntamente delictivo. Es así que ante una noticia criminis se torna ineludible su accionar y ejercicio de la acción penal tendiente a confirmar la existencia del hecho delictuoso.

Analizado este principio de legalidad resulta necesario aclarar que estos supuestos de excepción que prevé la ley, en los cuales el Ministerio Público Fiscal puede disponer de la acción penal, sea suspendiendo o haciéndola cesar, son los denominados “*criterios de oportunidad*”; reglados por nuestro Código Procesal Penal en su art. 26³.

Si no existe ningún criterio de oportunidad procedente para el hecho delictivo investigado, el Fiscal deberá acatar el principio de legalidad. Y si por el contrario, existe un supuesto de excepción a esta legalidad previsto en la ley, y el hecho investigado formalmente podría encuadrar en este criterio de oportunidad, el Fiscal podrá evaluar la conveniencia de exceptuar la legalidad procesal.

³ La Suprema Corte de Justicia de Mendoza, ya en el año 2005, se expidió sobre la constitucionalidad del art. 26 inc. 1 y 2 del C.P.P., entendiendo que los criterios de oportunidad son materia no delegada por la provincia a la Nación, por lo cual el legislador provincial resulta competente para legislar en tal sentido. De esta manera, la Corte revocó un fallo de la Sexta Cámara del Crimen que había declarado la inconstitucionalidad de estos criterios, y fundó su apego constitucional diciendo que “*el Código Penal, regula todo lo atinente al inicio y extinción de la acción penal, más lo relativo al modo de realización o aplicación del derecho de fondo, encuentra sustento, válido y legal, en las normas adjetivas. El legislador provincial disciplina la dinámica de la pretensión punitiva en el marco del proceso penal y reglamenta a 10 través del Art. 26, la modalidad de la persecución; queda a resguardo lo vinculado al ejercicio de la acción penal, cuando imperativamente dispone que deberá iniciarla de oficio (art. 8) o bien que deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente.(art. 26 1º párrafo C.P.P.), lo que me permite compartir las palabras del Sr Procurador cuando sostiene: “ que art. 26 del C.P.P., no se opone a la legislación de fondo, por cuanto, el Código Penal indica que las acciones deben iniciarse de oficio, salvo excepciones por él contempladas, y en el caso de los artículos de nuestro Código Procesal que regula el principio de oportunidad, taxativamente se indica que el Ministerio Público deberá ejercer la acción en todos los casos, lo que supone que cuando solicite el beneficio, ya se encuentra iniciada de oficio la misma. Se parte del principio de legalidad como punto inicial para la persecución penal, pero se impone la salvaguarda de los mecanismos previstos en la ley procesal penal local, como el principio de oportunidad, que opera a modo de excepción de las reglas contenidas en el art. 8 y concordantes del rito penal: dicho en otros términos, principio de legalidad (oficialidad) como regla y principio de oportunidad como excepción” (S.C.J. Mendoza; “Fiscal c/ Sosa Morán y otros” p/ Daño agravado s/ Inconstitucionalidad; causa N° 83449; sala II; 19/09/2005).*

Entiendo sumamente necesario reparar en este último concepto de “*evaluar la conveniencia*”, toda vez que el criterio de oportunidad no se aplica de manera automática por resultar procedente formalmente, sino que una vez verificada la procedencia formal – requisitos dispuestos para su aplicación y etapa procesal oportuna -, será el titular de la acción quién evaluará si resulta conveniente su aplicación según las particulares circunstancias del caso , o bien, si corresponde continuar ejerciendo la acción penal.

Este criterio ha sido sostenido por la doctrina judicial, a nivel provincial, emanada de nuestro Máximo Tribunal. Así encontramos diversos precedentes de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, donde se sostiene que el juicio de conveniencia para la aplicación de un criterio de oportunidad corresponde exclusivamente el titular de la acción penal.

Ya en el año 2016, así lo dispuso en el precedente “*Bernales Vargas*”, donde dijo: “*El consentimiento del Fiscal requerido por el art. 76 C.P., para no inmiscuirse en la función de control de legalidad, debe tener por objeto algo distinto a las exigencias legales, cuya verificación exige el control judicial. Lo dicho no significa que el Fiscal se encuentre impedido de pronunciarse sobre los presupuestos legales, pero el pronunciamiento que emita en ese sentido no obliga al Tribunal ni integra el "consentimiento" requerido legalmente, es decir, no es considerado vinculante. Lo que sí constituye la función propia del acusador público y que sí vincula al Tribunal es "la conveniencia de la suspensión"*⁴.

Aquí vemos como el cimero tribunal deslinda las funciones del órgano acusador y el órgano jurisdiccional en lo atinente a la aplicación de los criterios de oportunidad. Mientras que el Juez realiza un control de legalidad de la medida, consistente en la procedencia formal y el cumplimiento de recaudos formales del instituto, el Fiscal analiza la conveniencia de aplicación del mismo.

Continuando esta línea de pensamiento, en el fallo “*Crescitelli Fliguer*”⁵, la Suprema Corte entendió que: “*El dictamen motivado del Ministerio Público Fiscal en lo atinente a la concesión de la suspensión del juicio a prueba, resulta vinculante y no corresponde hacer lugar a tal planteo cuando aquél dictamen es en sentido negativo. Resultando por lo tanto su consentimiento un presupuesto*

⁴ S.C.J. Mendoza; “Fiscal c/ Bernales Vargas, Cristian p/ Lesiones calificadas p/ casación; 28/12/2016; sala 2 magistrados: Nanclares - Palermo – Adaro; ubicación Is518-246; fuente.: oficina de jurisprudencia.

⁵ S.C.J. Mendoza; “Fiscal C/ Crescitelli Fliguer Mauro Alexis” P/ Portación ilegal de arma. P/ casación; 14/12/2017; sala N° 2; magistrados Valerio - Palermo –Adaro; ubicación Ls546-094; fuente: Oficina De Jurisprudencia.

de procedibilidad para que la "probation" pueda tener andamio; y ello es así porque el Ministerio Fiscal en el sistema acusatorio es el titular de la acción penal".

Como vemos, la Corte estableció que cuando el consentimiento o la falta de éste por parte del Fiscal se encuentra debidamente fundado, constituye un presupuesto infranqueable para el órgano jurisdiccional, toda vez que constituye uno de los recaudos formales de procedencia, y que la evaluación de conveniencia de aplicación es exclusiva del titular de la acción. De esta manera se veda al Juez la posibilidad de exceder la pretensión fiscal si se encuentra su decisión motivada, en pleno respeto de los principios bases del sistema acusatorio adversarial cimentado por nuestro Código de Procedimientos.

La sala II de la S.C.J.M., posteriormente, volvió a expedirse en este sentido, más precisamente en el año 2018, al decir: *"En lo atinente a la suspensión del juicio a prueba, el dictamen motivado del Ministerio Público Fiscal resulta vinculante por lo que no corresponde hacer lugar a tal planteo cuando dicho dictamen es negativo, resultando por lo tanto el consentimiento fiscal un presupuesto de procedibilidad para que la 'probation' pueda tener andamio"*⁶ (el subrayado me pertenece). Volvemos a ver aquí el criterio sentado en la materia por la Suprema Corte de la provincia, confirmando que ante el dictamen fundado del Fiscal (sea positivo o negativo), que analiza la conveniencia de la procedencia del instituto y de la disposición de la acción penal, el Juez no puede apartarse en pos del carácter de titular de la acción penal de aquel y en base a los principios de un sistema acusatorio adversarial imperante en nuestro proceso penal.

Entiendo importante ahondar respecto de la necesidad de motivación de este dictamen fiscal, y para ello estimo conveniente traer a la colación lo dicho por el ministro Dr. Omar Palermo en el fallo analizado en el párrafo precedente. Al respecto dispuso que: *"Se debe entender que, de la letra de la ley surge que toda actuación de los representantes del Ministerio Público Fiscal se encuentran sometidas a un deber de fundamentación, propio de toda actuación estatal. Habilitar la posibilidad de que el Fiscal ejerza la acción penal sin ofrecer razones de su actuación resulta incompatible con el deber republicano de dotar de racionalidad a la actividad estatal a partir de la explicitación de los motivos que llevan al órgano a resolver en tal o cual sentido. Siendo el fiscal no sólo el encargado*

⁶ S.C.J. Mendoza; "Fiscal C/ Cargnelutti Martin Mariana P/ Lesiones Culposas S/ Casación"; 21/03/2018; sala N° 2, magistrados: Valerio - Palermo -Adaro; ubicación: Ls552-127; fuente: Oficina de Jurisprudencia.

del impulso de la acción sino además un representante de la sociedad, cualquier actividad que él ejerza se encuentra sometido al deber de fundamentación”.

Por otro lado, también es dable analizar la normativa interna que existe en la materia. El Procurador General, como autoridad máxima del Ministerio Público Fiscal, siendo que este Ministerio es un órgano con estructura jerarquizada, es el encargado de diseñar la política criminal de la provincia⁷, y en ejercicio de esta función conferida legalmente, no permaneció ajeno al tópico en cuestión.

Así, mediante resolución general N° 16/20 reglamentó la aplicación de los criterios de oportunidad por partes de los Fiscales, a fin de lograr la unidad de actuación y uniformidad de criterios, evitando dictámenes o requerimientos dispares entre los Agentes Fiscales que integran el Ministerio a su cargo, como así también evitando la discrecionalidad y estableciendo parámetros claros y precisos. De esta manera, se detallaron ciertos supuestos en los cuales no procederá la aplicación de estos criterios de oportunidad. Estableció una serie de parámetros consistentes en la gravedad y naturaleza específica de ciertos delitos y la alarma social que éstos provocan, que hacen necesario el ejercicio de la acción penal sin interrupción; como así también ordenó prestar especial atención a la especial vulnerabilidad de algunas víctimas y mayor reproche que merecen ciertos victimarios⁸.

⁷Art. 28 inc. 6) Ley 8008 dispone como atribución del Sr. Procurador General: *“Diseñar la política criminal y de persecución penal del Ministerio Público Fiscal, debiendo impartir para ello las instrucciones generales que correspondan, en particular las referidas a los institutos de derecho sustantivo y procesal necesarios a tal fin, o cuya aplicación genere controversia, debiendo reglamentar la delegación del ejercicio de la acción penal por parte de los integrantes del Ministerio Público Fiscal”.* Cabe definir esta ciencia de la política criminal en palabras de Santiago Mir Puig: *“(…) consiste en aquel sector de la política que guarda relación con la forma de tratar la delincuencia, se refiere al conjunto de criterios empleados o a emplear en el tratamiento de la criminalidad. Cada ordenamiento jurídico penal responde a una determinada orientación y expresa una concreta política criminal. En este sentido, la Política Criminal, no es una disciplina teórica, sino una orientación práctica” (“La Dogmática jurídico-penal se ocupa del Derecho Penal como norma, la Criminología como hecho, y la Política Criminal como valor”.* Mir Puig, Santiago, *“Derecho penal. Parte General”*, 7ª. N. Tesis, Edición, Buenos Aires, 2001, p. 60.).

⁸ El Sr. Procurador General de la Provincia de Mendoza dictó la resolución general N° 16/20 de fecha 03 de febrero de 2020, donde reglamentó la aplicación de los principios de oportunidad como directiva general a los Fiscales. De esta manera dispuso **supuestos prohibidos** donde el Fiscal no podrá bajo ningún argumento otorgar criterio de oportunidad, a saber: 1.- En los casos que se imputen hechos de violencia contra la mujer cometidos en un contexto de género o con motivo de él; 2.- En los casos que en hipótesis de condena en la causa en trámite correspondería la declaración de reincidencia en los términos del art. 50 del C.P.; 3.- En casos de imputación a un funcionario o empleado público por delito cometido en ejercicio u ocasión de sus funciones públicas; 4.- En casos donde se causó la muerte, lesiones gravísimas o peligro de vida para la víctima; 5.- Cuando el imputado cometió el delito antes de transcurrir un año desde la suspensión de la persecución penal otorgada en otra causa o antes de transcurrir un año de sentencia de sobreseimiento en otra causa por extinción de la acción penal en virtud de los incisos 6, 7 o 9 del art. 353 C.P.P. o incisos 5 o 6 del art. 59 del C.P.

Por último, corresponde detallar cuál es la solución legal que corresponde dar a la situación procesal del imputado sometido a un criterio de oportunidad. Lo cierto es que a partir de la última reforma del Art. 59 del Código Penal mediante Ley 27.147 del año 2015, en su inciso 5 dispone que la aplicación de uno de estos criterios previstos en los códigos de procedimientos provinciales constituye una causal de extinción de la acción penal. Así también estableció en el inciso 6° como causa de extinción, la conciliación o reparación integral del perjuicio según lo reglado en las leyes procesales; e idéntica solución dispuso en el inc. 7 cuando exista cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba.

Como podemos apreciar, en caso de aplicación de un criterio de oportunidad del art. 26 del C.P.P., opera la extinción de la acción penal de pleno derecho (ipso iure), salvo casos de conciliación o reparación del perjuicio donde se prevean plazos de cumplimiento; supuestos en los cuales operará la extinción cuando se acredite sumariamente dicha reparación dentro del plazo fijado. Lo mismo ocurre en los casos donde se concede la probation, toda vez que la extinción operará luego de transcurrido el plazo de prueba y se verifique el cumplimiento de reglas de conducta establecidas.

Habiéndose extinguido la acción penal por imperio del art. 59 del C.P., corresponde el dictado de sentencia de sobreseimiento del imputado en los términos de los arts. 351 y 353 del Código Procesal. Respecto del inciso del art. 353 que corresponde aplicar, entiendo que al encontrarse extinta la acción penal, la situación procesal queda inmersa en las previsiones del inc. 4 – sobreseimiento por extinción de la acción -.

No desconozco que la actual redacción del artículo mencionado prevé en sus incisos 6, 8 y 9 las causales de sobreseimiento por conciliación de las partes, por cumplimiento del plazo de probation y por cumplimiento de reparación integral del perjuicio, respectivamente. De una primera lectura, siguiendo un principio de especialidad, pareciera corresponder el sobreseimiento por estos incisos, pero estimo que debe primar la manda dispuesta en el art. 354 del digesto ritual, arribando así a la solución que mencioné en el párrafo anterior. Esta norma obliga a analizar las causales del art. 353

Asimismo, el Sr. Procurador General dispuso una serie de **supuestos condicionados**, en dónde si el Fiscal entiende que corresponde prestar consentimiento o aplicar el criterio de oportunidad, deberá consultar previamente y de manera fundada a su Fiscal jefe, para que a su vez éste consulte al Fiscal Adjunto en lo penal, sobre correspondencia de proceder en tal sentido. Los supuestos son los siguientes: 1.- Hechos especialmente graves; 2.- Hechos vinculados a la criminalidad organizada; 3.- Hechos con notoria trascendencia pública; 4.- Perjuicio al funcionamiento de la Administración Pública o al patrimonio público; 5.- Utilización de medio idóneo para crear peligro común; 6.- Hechos que involucren armas de fuego.

en el orden dispuesto por éste, por lo cual, al encontrarse extinta la acción por aplicación del criterio de oportunidad, corresponde aplicar el inc. 4 por ser precedente en el orden a los incisos 6, 8 y 9. Es por ello que podemos afirmar que estos incisos 6, 8 y 9 son sobreabundantes o innecesarios, y en virtud de la actual redacción del art. 59 del Código Penal han devenido en abstractos.