

# Privatización de la acción penal en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (Ley 27.063)<sup>1</sup>.

**Autor:** Dr. D. Guillermo Rojas Busellato<sup>2</sup>

**Dirección de correo electrónico:** [estudio00733@hotmail.com](mailto:estudio00733@hotmail.com)

**Resumen:** El nuevo Código Procesal Penal de la Nación, prevé en los casos en que el fiscal no esté de acuerdo en continuar con la acción persecutoria, la posibilidad de privatizar la acción penal en los delitos de acción pública.

A través de este instituto, la víctima pueda actuar en solitario durante el proceso, esto es, impulsar el procedimiento sin la intervención del Fiscal llegando con su sola acusación a fundar la sentencia.

Esta posibilidad se encuentra en grave tensión con la Constitución Nacional, puesto que si bien esta consagra los derechos y garantías de la víctima para actuar en el proceso (específicamente regulados en los tratados incorporados con la enmienda del año 1994), otra cosa distinta es que ésta pueda actuar en solitario, subrogándose en las potestades que son de resorte exclusivo del fiscal.

Con ello no pretendemos que la víctima –como ocurrió en otros tiempos- sea apartada o un simple actor de reparto en el proceso, todo lo contrario, ella debe jugar un rol protagónico, sin embargo no puede sustituir o suplantar la figura del fiscal por ser éste quien tiene en sus manos la defensa de la legalidad y la representación de los intereses de la sociedad en el proceso, funciones que claro esta son según la Constitución absolutamente indelegables.

## **Introducción:**

La ley 27.063 sanciona el nuevo Código de Procedimiento Penal de la Nación<sup>3</sup>, el cual cambia completamente los paradigmas del proceso penal enrolándose en un modelo acusatorio adversarial.

Sin embargo, este sistema, por el solo hecho de ser acusatorio (es decir que requiere la actividad de un órgano extraño al juez que promueva y ejerza la acción penal), por si solo no lo hace un proceso según Constitución, puesto que, el axioma “*ne procedat iudex es officio*” es una, pero no la única condición que la Carta Magna exige para conformar un “debido proceso legal”.

De modo tal, que es necesario hacer un estudio profundo de este nuevo sistema y de las instituciones novedosas que consagra, por lo cual de todas ellas, hemos puesto el foco de atención en la posibilidad de privatizar la acción penal, lo cual implica que la víctima puede en caso de que

---

<sup>1</sup> Trabajo expuesto en las Jornadas Preparatorias Correntinas, del Congreso Nacional de Profesores de Derecho Procesal, 2019.

<sup>2</sup> Profesor de Derecho Procesal Penal Cátedra “A”, UNNE., Ex profesor titular de Derecho Penal Parte Especial y Práctica Profesional Penal por la U.C.P., Especialista en Derecho Procesal y Especialista en Derecho Penal, Doctorando en Derecho, autor de varios libros y publicaciones en revistas especializadas de derecho penal y procesal penal.

<sup>3</sup> Entrando a regir progresivamente a partir del 10 de junio de 2019, iniciando como prueba piloto en Salta y Jujuy.

el fiscal decida no llevar adelante la acción, subrogarse en su función, actuando en el proceso en solitario impulsándolo hasta el dictado de una sentencia.

En este punto, la nueva Ley de Enjuiciamiento toma partido en favor de la víctima en la pulsión sociopolítica entre, la posición que insta a la víctima a participar en la solución del conflicto social desencadenado por el delito teniendo en cuenta que el proceso penal tendría como finalidad, ante todo la reparación del daño y la postura antagónica que entiende que el Derecho Penal funda la sanción en el conflicto entre la sociedad y el autor, relegando la reparación del daño al Derecho Civil<sup>4</sup>.

Desarrollamos la investigación, tomando una postura intermedia entre ambas posiciones extremas, planteando como hipótesis de trabajo, que, si bien la víctima debe tener un rol protagónico y central en el proceso, no puede permitirse a ésta transitar el proceso sin el acompañamiento del Fiscal, puesto que privatizar la acción en los casos de delitos de públicos, implica una grave contradicción con los mandatos de nuestra Carta Fundamental, a la vez que resulta imposible de llevarse eficazmente a la práctica.

### **Desarrollo:**

El nuevo C.P.P.N., establece la posibilidad de privatizar la acción penal pública, este instituto novedoso amerita un debate serio, toda vez que importa ni más ni menos que la subrogación de la víctima en una atribución que la Constitución Nacional pone en manos exclusivamente del fiscal.<sup>5</sup>

A nuestro modo de ver, ello debe analizarse desde dos planos, primero, desde el punto de vista histórico-constitucional, y segundo, desde el punto de vista práctico o aplicativo.-

**Desde el primer punto de vista:** debemos remontarnos a los orígenes de nuestra civilización, cuando históricamente los conflictos intersubjetivos de intereses<sup>6</sup> eran resueltos por el uso de la fuerza, es decir que prevalecía el más fuerte el más veloz, etc. lo que en palabras de Alvarado Velloso<sup>7</sup> sería “la razón de la fuerza”, pero en algún punto de la historia que resulta imposible datar, se produjo un punto de inflexión, en que el más débil convence al más fuerte que los conflictos debían resolverse por el uso de la razón y no de la fuerza.

Debido a la expropiación del uso de la fuerza por parte del estado, éste debía dar a las partes un método racional de debate, nace así lo que hoy conocemos como “proceso”, cuya razón de ser como bien dice el autor citado, es dar a las partes un método racional para debatir el conflicto de intereses y erradicar el uso de la fuerza privada y con ello la venganza.

Ahora, en los primeros momentos de la historia, la persecución del delito quedaba en manos de la víctima o ante su impedimento -por ejemplo en caso de homicidio- de su círculo íntimo. Más adelante en la historia el sistema griego clasificó a los delitos en públicos o privados, según afecten en forma exclusiva intereses particulares o bien a la colectividad, dándose respecto a estos últimos, a cualquier ciudadano la posibilidad de obtener su persecución (acusador popular).

---

<sup>4</sup> Puede verse en profundidad el tema de estas posturas en Roxin Claus, “Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal”, Edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.

<sup>5</sup> Art. 120 C.N.

<sup>6</sup> Entiéndase por tal la coexistencia de una pretensión y una resistencia.

<sup>7</sup> “El Debido Proceso de la Garantía Constitucional”, Edit. Eitorial Zeus S.R.L. Rosario, 2003, pág. 53 y sgtes.

Como bien señala Raúl Washington Ábalos<sup>8</sup>, en Roma durante el período de la República, también los delitos eran clasificados en públicos y privados y la persecución de los primeros quedaba en manos de un representante voluntario de la colectividad.

Más adelante en el tiempo, con el fortalecimiento de los estados modernos, se fue advirtiendo que los delitos que afectaban a la colectividad no podían quedar en manos de los particulares, y empieza entonces el Estado a tomar a su cargo el ejercicio de la acción penal pública.

Así en la Roma Imperial (donde es sabido que tiene su origen remoto el sistema inquisitivo), la acción era ejercida por el propio magistrado, es decir, la función requirente y persecutoria quedaban en manos de una misma persona.

En los siglos XII y XIII, comienza en Francia a delinearse una nueva figura, el “fiscal”, desempeñándose como un mero recaudador de impuestos para la corona (de allí su nombre), que luego -como bien señala Clariá Olmedo<sup>9</sup>- adquieren la calidad de permanente. A comienzos del siglo XIV, esta función fiscalista empieza a suplantar a la acusación privada o popular para defender la cosa pública en ausencia del acusador.

Con esta visión, el Estado no podía dejar en manos de los particulares la persecución de ciertos delitos que afectaban intereses públicos, se aprovechó este instituto para poner en sus manos la persecución penal de los delitos de acción pública, aunque claro está, que como bien señala Maier<sup>10</sup>, deberían pasar varios siglos después de instaurada la santa inquisición, para que al ministerio público se transforme en lo que hoy día conocemos como un acusador estatal distinto de los jueces y encargado de ejercer la acción penal pública.

Hoy en día el ministerio público es la personificación de la potestad requirente estatal, nacida directamente de la constitución, con una consagración expresa en el art. 120, pero que su raíz lógicamente cala más hondo estando ya presente en nuestra Constitución original, en el art. 18 al exigir el debido proceso, que demanda el “*ned proceda iudex ex office*”, como también del art. 1, cuando impone como forma de gobierno el sistema representativo.

Es decir que, cuando el Estado monopoliza el ejercicio de la coerción (léase poder punitivo), para erradicar el ejercicio de la fuerza privada (y con ello la venganza), toma en sus manos tanto la potestad de juzgamiento como la requirente, y si bien los particulares en ejercicio de su derecho de defensa pueden actuar en el proceso coadyuvando con el Fiscal, ellos de ninguna manera pueden subrogarse en su función actuando en solitario para ejercer un poder que, constitucionalmente no le fue delegado a éste por el soberano.

Como colofón de lo expuesto, creemos que el querellante no puede actuar por sí solo en los delitos de acción pública, toda vez que el poder que el pueblo a través de la Constitución delegó en el Ministerio Público (art. 120 C.N.), no puede a su vez ser transferido por éste a un particular, de lo contrario se violenta el principio republicano de gobierno.

---

<sup>8</sup> “Derecho Procesal Penal”, T. I, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1993, pág. 342 y sgtes.

<sup>9</sup> “Derecho Procesal Penal”, T II, Edit. Marcos Lerner, Córdoba 1984, pág. 18 y sig.

<sup>10</sup> Ob. Cit. T I, pág. 294 y sigtes.

Ahora, con ello no pretendemos bajo ningún concepto que se entienda que la víctima debe estar excluida del proceso, todo lo contrario, creemos firmemente que esta debe ser un actor principal y no de reparto en el proceso penal, pero de allí *mutatis mutandi* a convertirlo en el actor exclusivo de este, implica ya un exceso, importando una delegación intolerable de las potestades que constitucionalmente corresponden al ministerio público.

Podrá argumentar un hipotético interlocutor, en contra de nuestro criterio aquí sostenido, que la supuesta víctima no es cualquier particular, por ser quien hipotéticamente sufrió en carne propia los efectos del delito, sin embargo en el proceso resulta necesario que la intervención de un acusador que actúe con objetividad en defensa de la legalidad, lo cual no se da con la sola intervención del querellante que actúa en defensa de su propio interés (vindicativo, o especulativo, extorsivo o vaya uno a saber de que tipo).

Es decir que, el querellante no puede ser la tercer arista del triángulo de la relación procesal, según lo exige nuestra Carta Magna, puesto que ante la falta de acusación pública, el particular víctima de modo alguno puede subrogarse en el ejercicio de la potestad persecutoria que la constitución de ninguna manera puso en sus manos, y si bien a través del bloque de tratados incorporados a nuestra Constitución en la última reforma, se dota de una serie de derechos a la víctima, de ninguna manera puede entenderse que ello implicó la delegación del poder persecutorio en sus manos.

Creemos que no corresponde hacer extensiva a este caso la doctrina de la Corte sentada en “Santillán”, por cuanto en aquel se habilitó la posibilidad de condenar pese a la solicitud de absolución del fiscal con el pedido inculpativo de la querrela, sin embargo existía una plataforma acusatoria consistente en el requerimiento de elevación a juicio formulado por el Ministerio Público, que actuó impulsando el proceso hasta el momento de las conclusiones.

Entendemos como lo dice Almeyra<sup>11</sup>, que para la integración de la Litis se requiere por parte del querellante la intervención necesaria del fiscal como un Litis consorcio activo necesario, por ser este último, el genuino titular de la acción penal pública, conforme lo reivindicó la Procuración General en el Caso “Mauricio Fermín”<sup>12</sup>.

De modo tal que, conferir al querellante particular el derecho de iniciar o continuar el proceso en solitario, implica una grave lesión al principio de autonomía e independencia funcional que posee el Ministerio Público, conforme se lo otorga el art. 120 de la Constitución y también la ley de Ministerio Público.

Si éste debe ser quién vela no solo por la legalidad del proceso, sino también debe procurar la justicia conduciéndose con objetividad, por lo cual, ante la ausencia del M.P. en el proceso - como bien señala Maier<sup>13</sup>-, haría faltar la objetividad y legalidad, toda vez que mientras se mantenga la persecución penal oficial, permite evitar la desigualdad procesal que crearía una doble acusación y, mantener el precario equilibrio procesal logrado a duras penas entre la persecución penal pública y la defensa del imputado.

---

<sup>11</sup> Ob. Cit. Pág. 110.

<sup>12</sup> Fallo 331.1664 (22/07/2008).

<sup>13</sup> Ob. cit., T I, pág. 626.

Sigue diciendo el citado autor, que la querrela adhesiva es la única compatible con nuestro sistema, en razón de que la conversión de la acción penal pública en privada implicaría contravenir la decisión legislativa de la que la acción penal sea pública.

**En el segundo nivel de análisis que propusimos**, se encuentra los problemas de orden práctico: Código Procesal Penal de la Nación Ley 27.063, que en sus arts. 32,33, 219<sup>14</sup> sig. y conc., que sigue el lineamientos de otros códigos como el del Chaco (con la reforma de la ley 7143), Chubut en su art. 45 (y los que siguen este modelo), enfrenta a problemas de carácter operativo.

Es decir, que no solo faltará en el proceso el órgano estatal encarado de velar por el cumplimiento de la ley y la justicia, sino que tampoco regula como se sustanciará el procedimiento actuando el querellante particular en solitario, puesto que como bien dice Maier<sup>15</sup>, el querellante no posee las atribuciones coercitivas ni ejecutivas de las que goza el ministerio público fiscal o su auxiliar, la policía, por ej, la de allanar domicilio, disponer arrestos, y requisas urgentes, clausurar locales secuestrar comunicaciones epistolares o cosas, y que decir de quién llevará adelante la investigación, recibir declaración a los testigos, etc., todo eso hace impensable que el proceso quede en manos de un particular.

Ahora, insistimos en que no debe mal interpretare nuestra postura en el sentido de negarle intervención al ofendido, creemos firmemente que éste como titular del bien jurídico lesionado por el delito, debe ser una figura estelar en el proceso penal y resulta insoslayable su intervención en el mismo, incluso más, quién si no la víctima –aparte del imputado- conoce el caso, y que decir de su legítimo interés en procurar justicia<sup>16</sup>, pero de allí a que la acción penal sea dejada exclusivamente en sus manos es algo completamente distinto.

Pensamos que quienes propician la posibilidad de que la víctima actúe en solitario, lo hacen en la desconfianza de que el ministerio público aplique encubiertamente criterios de oportunidad, como si éste en el monopolio del ejercicio de la acción penal pública no fuera a realizar bien su trabajo y que el único que puede poner punto final al proceso –siguiendo el modelo inquisito- es el juez.

Entendemos que ello importa desconocer la función de jerarquía que le corresponde al ministerio público, como una corporación que tiene su lugar institucional propio, y si bien sus actos deben estar sujetos al control de legalidad, ello jamás puede implicar que el juez termina asumiendo un rol de acusador, instando aunque sea directamente la acción (por ejemplo impulsando el trámite de la disconformidad).

---

<sup>14</sup> Establece la posibilidad de privatizar la acción penal para el caso de que la víctima no esté de acuerdo con la aplicación de criterios de oportunidad. Art. 219 textualmente dice: *“CONTROL DE LA DECISIÓN FISCAL. Si se hubiere decidido que no procede la aplicación de un criterio de oportunidad, de archivo o de desestimación, la decisión no será susceptible de revisión alguna. En los casos previstos en los artículos anteriores de este capítulo, la víctima podrá requerir fundadamente dentro del plazo de tres (3) día su revisión ante el superior del fiscal. En el mismo plazo, si el fiscal revisor hace lugar a la pretensión de la víctima, dispondrá la continuidad de la investigación. Si el fiscal superior confirma la aplicación del criterio de oportunidad, la víctima estará habilitada a convertir la acción pública en privada y proceder de acuerdo a lo dispuesto por el art. 279, dentro de los sesenta días de comunicado.*

<sup>15</sup> Ob. Cit.,T I, pág. 686.

<sup>16</sup> Puesto que también somos realistas, pensar que el fiscal se preocupara del caso más que la propia víctima también resulta ser de una ingenuidad inaceptable.

**Conclusión:** Es factible que el proceso puede ser instado por el querellante en forma exclusiva (facultad que incluso le acuerda el actual Código de Procedimiento), también en plausible darle a éste la posibilidad de motorizar mecanismos de inter control dentro del ministerio público, para que un superior controle el trabajo del inferior, cuando se solicita el archivo o el sobreseimiento del imputado; pero de ninguna manera puede permitirse que un particular se irroge el ejercicio de un poder que el soberano delegó en el Ministerio Público (art. 120), continuando el proceso en solitario, impulsando la acción penal en sentido incriminatorio, puesto que esto implica una subrogación inconstitucional de sus potestades persecutorio que son de atribución exclusiva del Fiscal.

### **Bibliografía**

- Alvarado Veloso, Adolfo; “El Debido Proceso de la Garantía Constitucional”, Edit. Zeus S.R.L., año 2.003.
- Abalos, Raúl Washington, “Derecho Procesal Penal”, Tomo I, Edit. Ediciones Jurídicas. Mendoza Argentina, 1993.
- Almeyra Miguel A., Revista de Derecho Penal y Criminología, Año IV - Número 4 – Mayo 2014
- Binder, Alberto M.; “Introducción al Derecho Procesal Penal”, Edit. Ad-Hoc 2da. Edición, Bs.A., año 1.999.
- Cafferata Nores, José I., “Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal”, Edit. Editores del Puerto, 3ra edit. Bs.As.año 2.005.
- Clariá Olmedo, Jorge A., “Derecho Procesal Penal”, Edit. Marcos Lerner, Córdoba.1985.
- Carnelutti, Francesco “Lecciones sobre el proceso penal”, Edit. Bosch y Cia, Bs.As., 1950.
- Carrió, Alejandro D. “Garantías constitucionales en el proceso penal”, 3ra. Edic., Hammubrabi, Bs.As., 1994.
- Ferrajoli, Luigi; “Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal”, Edit. Trotta, año 2.005.
- Jakobs, Günther, “Fundamentos del Derecho Penal, edit. AD-HOC.
- Jescheck, Tratado De Derecho Penal. Parte General.
- José de Cafferata, Cristina del Valle, “El Ministerio Público Fiscal, Advertencias y propuestas alternativas”, edit. Alveroni, Córdoba, 1997.
- Maier, Julio B.J., “Derecho Procesal Penal”, Edit. Del Puerto S.R.L., 1era edit., 2003 BS.As.
- Pessoa, Nelson R.: “Injusto Penal y Tentativa, Desvalor de Acción y Desvalor de Resultado. Injusto Tentado e Injusto Consumado”, Edit. Hammurabi.
- Revista de Derecho Penal y Criminología, edit. La Ley, Año IV - Número 4 – Mayo 2014
- Revista “Derecho Penal y Procesal Penal”, edit. Abeledo Perrot, N° 3, de Marzo de 2012

- Publicada en la Revista Derecho Penal y Procesal Penal”, Edit. Abeledo Perrot, N° 6 de año 2011,
- Rojas Busellato, Diomedes Guillermo, “Algunos Temas Actuales en el Campo del Derecho Procesal Penal”, Edit. Contexto, Resistencia 2015.
- Roxin, Calus, “Derecho Procesal Penal”, Editores del Puerto S.R.L., año 2000.
- Roxin Claus, “Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal”, Edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.
- Velez Mariconde, Alfredo; “Derecho procesal Penal”, Tomo I, Edit. Marcos Lerner-Editora Cordoba, año 1.986.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl: “Tratado De Derecho Penal, Parte General”, Edit. Cardenas Editos y Distribuidor.

