

# LA CRISIS DE IDENTIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

## THE IDENTITY CRISIS OF THE PROSECUTOR PUBLIC MINISTRY

CARLOS MANUEL ROMERO BERDULLAS<sup>1</sup>

Recibido: 26 de marzo de 2021  
Aprobado: 17 de mayo de 2021

### RESUMEN

El trabajo afrontado procura precisar si el Ministerio Público Fiscal ha logrado finalmente redescubrir su *ethos*, pues si bien la implementación del proceso acusatorio concedió a los fiscales un papel más acorde a sus rasgos definitorios, otras innovaciones legislativas de especial actualidad propiciaron una privatización del Derecho Penal y una apertura a un principio de oportunidad, que podrían desviar a los guardianes de la legalidad de la elevada misión confiada por la Constitución Nacional.

1. Doctor en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad del Salvador (USAL). Especialista en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA). Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Integrante del Centro de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA). Correo electrónico: [romeroberdullascm@yahoo.com.ar](mailto:romeroberdullascm@yahoo.com.ar).

Así pues, en traza de alcanzar una mejor comprensión de quién es el fiscal, qué es, dónde y por qué surge, se analiza cómo se desarrolló esta figura a través de los tiempos y cuáles son sus elementos definitorios, para luego determinar su auténtico rol desde una perspectiva realista. De modo tal que, una vez delimitados los deberes posicionales de los representantes del Ministerio Público Fiscal, se evalúa si las recientes reformas se ajustan o no a la medida de razonabilidad de la actuación fiscal en un ámbito penal, donde inexorablemente se proyecta la expresión constitucional.

A la par, se indagan los peligros de un nuevo dialecto jurídico penal impulsado por el garanto-abolicionismo que, amalgamado a otras herramientas normativas, no sólo pueden decantar en una crisis de identidad de los titulares de la acción penal pública, sino además convertir al fiscal en un anti-fiscal; o, en otras palabras, en un fiscal garanto-abolicionista, desde ya contrario a la valiosa prenda de afianzar la justicia, en desmedro de la víctima comunidad política y el bien común.

#### **PALABRAS CLAVE**

Fiscal; Identidad; Persecución; Constitucional; Delito; Abolicionismo.

#### **ABSTRACT**

The work undertaken seeks to clarify whether the Public Prosecutor's Office has finally managed to rediscover its ethos, because although the implementation of the accusatory process granted prosecutors a role more in line with its defining features, other legislative innovations of particular relevance led to a privatization of criminal law and an opening to a discretionary power, which could divert the guardians of the legality of the high mission entrusted by the National Constitution.

Thus, in order to achieve a better understanding of who the prosecutor is, what he is, where and why he arises, it is analyzed how this figure developed over time and what its defining elements are,

to then determine its true role. from a realistic perspective. In such a way that, once the positional duties of the representatives of the Public Prosecutor's Office have been delimited, it is evaluated whether the recent reforms are adjusted or not to the reasonableness of the fiscal action in a criminal environment, where the constitutional expression is inexorably projected.

At the same time, the dangers of a new criminal legal dialect driven by guarantee-abolitionism are investigated, which, combined with other normative tools, can not only lead to an identity crisis of the holders of public criminal action, but also turn the prosecutor into an anti-fiscal; or in other words in a guarantee-abolitionist prosecutor, already contrary to the valuable pledge of securing justice, to the detriment of the victim, the political community and the common good.

### KEYWORDS

Prosecutor; Identity; Persecution; Constitutional; Crime; Abolitionism.

### PARA CITAR ESTE TEXTO:

Romero Berdullas, Carlos M., "La crisis de identidad del Ministerio Público Fiscal", *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, N° 11, 2021, pp. 69-146.

### 1. INTRODUCCIÓN

Al inicio de este siglo, Don Julio B. J. Maier caracterizó al Ministerio Público Fiscal<sup>2</sup> como un "adolescente"<sup>3</sup>. Las zozobras históricas

2. En adelante, MPF.

3. Cfr. Maier, Julio B. J., "El Ministerio Público: ¿un adolescente?", en AA. VV., *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003.

que esta institución ha atravesado a lo largo del tiempo para redescubrir su identidad no son exiguas y justifican esa caracterización metafórica. Pues si posamos nuestra mirada en la figura del fiscal, nos toparemos con un sujeto procesal colmado de tornasoles en las condiciones históricas de su desarrollo, que además careció de una definición nítida de su rol; y encontró no pocos escollos a la hora de asumir un lugar protagónico en el proceso penal.

Ahora bien, luego de sortear diferentes vicisitudes, vale preguntarse si ese MPF ha alcanzado o no esa mayoría de edad tan añorada. Si bien la implementación del proceso acusatorio concedió a los fiscales un papel más acorde a sus rasgos definitorios, a la par otras innovaciones legislativas abrieron el grifo a una privatización del Derecho Penal y un principio de oportunidad<sup>4</sup>, que podrían decantar en una crisis de identidad.

De modo que no es en vano interrogarse si el MPF y los fiscales han encontrado definitivamente su identidad durante esa adolescencia retratada por Don Julio B. J. Maier; o esa etapa signada por la confusión de roles aún no pudo superarse.

Por tanto, las reminiscencias de lo que fue, anheló ser y definitivamente hoy es el acusador público nos exigen precisar las razones de su origen, no solo a fin de comprender el íntimo potencial del fiscal del tiempo presente, sino también en aras de prevenir posibles desviaciones de la misión confiada al MPF en la Constitución Nacional<sup>5</sup>. Es que solo si comprendemos quién es el fiscal, qué es, dónde y por qué surge, podremos proyectar a partir de una identidad sólida los ejes definitorios de su actuación en el ámbito penal, o afrontar adecuadamente los desafíos institucionales venideros.

4. Pasible de conceptualizarse como aquella facultad conferida al fiscal para que dentro de un margen de discrecionalidad y por razones político-criminales o pragmáticas, pueda prescindir de la acción penal total o parcialmente ante la perpetración de delitos de acción pública. En otras palabras, se trata de aquella facultad conferida al fiscal para no promover la acción pública, suspender provisionalmente la acción ya iniciada, limitarla en su extensión objetiva y subjetiva; o hacerla cesar definitivamente *ex ante* la sentencia, aunque concurrieran condiciones ordinarias para solicitar la aplicación de una condena.

5. Publicada según Ley N° 24.430 (BO 10/1/1995). En adelante, CN.

En consecuencia, en miras de alcanzar el designio propuesto, primero analizaremos cómo se desarrolló la figura del acusador público a lo largo de la historia, tramo en donde escrutaremos los elementos distintivos de este sujeto procesal; y tras el cual delimitaremos cuál es la misión del fiscal desde una perspectiva realista, aspecto de por sí novedoso, en tanto aún no fue tratado en este prisma por la literatura científica.

Concretados esos dos peldaños de la investigación, nada parece más conveniente que precisar si la introducción de ciertas modificaciones legislativas de especial actualidad se ajustan o no a la medida de razonabilidad de esos deberes posicionales de los representantes del MPF, aspecto nada nimio, si lo pretendido es indagar si esa institución ha encontrado el faro para ajustar la conducta de sus funcionarios al *ethos* del fiscal.

## 2. UNA BREVÍSIMA REMISIÓN HISTÓRICA

### 2.a. *Tiempos primigenios, Egipto e Israel*

Como bien explica Tejedor, la sociedad no es consecuencia de un contrato social (lógica pactista), pues tal cual lo enseña el *Génesis*, ésta existe porque es bueno para el hombre no hallarse solo<sup>6</sup>. De ahí que ya desde la antigüedad el Filósofo caracterizó al hombre como un animal político y gregario por naturaleza, en tanto éste no puede vivir sin una sociedad. Pues de hacerlo, se emparentaría más a una bestia o una deidad dotada de autosuficiencia<sup>7</sup>.

En efecto, si abrevamos en el fecundo magisterio del Dr. Félix A. Lamas, podemos comprobar que: “[l]os hombres han vivido desde que se tiene noticia en estado social, integrando grupos de con-

6. Tejedor, Carlos, *Curso de Derecho Criminal*, Primera Parte, 2ª ed., Buenos Aires, Librería de CL. M. Joly, p. 7.

7. Cfr. Aristóteles, *Política*, Buenos Aires, Alianza, 2014, L. I, cap. 2, 1253 a, lo cual es ratificado en Bidart Campos, Germán J., *Lecciones elementales de Política*, Buenos Aires, Ediar, 2005, Lección tercera.

vivencia –familias, tribus, aldeas, ciudades, diversas formas de comunidades políticas (reinos, imperios, pólis, civitas, Estado), etc.– o asociaciones con propósitos que no abarcan sino un aspecto muy determinado de la vida –sociedades comerciales, escuelas y academias, partidos políticos, entidades deportivas o recreativas, etc.)<sup>8</sup>. Es éste un dato empírico que la historia, la arqueología y nuestra propia observación verifican constantemente”<sup>9</sup>.

Sin embargo, aquí importa destacar que “[t]ambién es un hecho empírico que en todas esas vivencias sociales la conducta de los miembros ha guardado una relación con los fines y normas de grupo y ha estado sometida, en consecuencia, a estimaciones colectivas respecto a su rectitud o falta de rectitud, no sólo en su calidad de miembro de un grupo determinado, en su propia condición de persona. Así, si alguien viola la fe social y defrauda a sus socios, no sólo es considerado un mal socio, sino también –y principalmente– alguien digno de reproche y sujeto quizás a una sanción. Lo mismo el que traiciona a la patria, roba, mata, desatiende a su familia, comete adulterio, etc. Es decir, el dato empírico no incluye sólo la existencia de la vida social sino también la dignificación ética, política y jurídica de ésta”<sup>10</sup>.

Por consiguiente, si bien en etapas incipientes de la historia no se advierte una figura semejante a la del fiscal, es posible afirmar que en los diversos grupos de convivencia y comunidades políticas las conductas de los hombres se ajustaron a normas fundamentales, que de horadarse no sólo conducían a la reprochabilidad grupal, sino también a la probable punibilidad del infractor<sup>11</sup>, pues la venganza

8. Lamas, Félix A., *El hombre y su conducta*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino”, 2013, pp. 22-23.

9. *Ídem*.

10. *Ídem*.

11. Incluso, esta circunstancia también se verifica en América Latina antes de la conquista española. De hecho, en estas tierras era un imperativo inviolable aplicar determinadas sanciones (entre las cuales destaca la pena capital) ante actos considerados sumamente graves dentro de grupos de convivencia signados por el animismo mágico, los tabúes y formas irracionales de imputación, lo que condujo tanto a venganzas como guerras colectivas [cfr. Soler, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, T. I, 2ª

de sangre y la responsabilidad colectiva, a las cuales alude Von Hentig (al tiempo de caracterizar las formas primitivas de la pena<sup>12</sup>), enseñan el interés público en esta clase de reacciones aprontadas para preservar la sociedad<sup>13</sup>. De ahí que puede entreverse la existencia de ciertos actores dotados de una potestad para ejercer la persecución de hechos sumamente lesivos del todo social.

De hecho, incluso si colocamos nuestra atención en las venganzas en apariencia privadas, podría conjeturarse que, ante la orfandad de un funcionario, quien hacía las veces de fiscal eran la víctima directa o indirecta, pues como explica Sancinetti, estas respuestas “(...) eran la forma primitiva de pueblos en los que, a falta de policía que pusiera orden, se debía ejercer venganza para imponer, justamente, un orden general. No hay por qué entender que eso fuese pura venganza privada, sino más bien un «asunto público», sólo que el funcionario que ejercía la retribución era la víctima; y debía ejercer la venganza –aunque tuviese miedo de hacerlo– porque ese era también su deber frente a los demás: si no, ¿quién podría sentirse seguro? Y que esto es así lo muestra la incorporación de la Ley del Talión. Moisés da esta ley al pueblo de Israel, precisamente como parámetro de proporcionalidad. Dicho de otro modo: si tu hermano te ha sacado un

---

ed., Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina (TEA) 1951, pp. 88-91]. De ahí que pueda aludirse a un Derecho Penal fuertemente vindicativo, pero en donde incluso la venganza privada no se basó en un mero sentimiento individual, sino más bien encontró un sustento como institución socio-jurídica en una conducta moral (cfr. Soler, Sebastián, ob. cit., p. 95). Aunque tampoco se observa en aquel tiempo una figura como la del fiscal, sí se comprueba la existencia de determinados integrantes de esos grupos sociales con potestad para ejercer la persecución e investigación de hechos gravemente perjudiciales y formular la acusación, entre los cuales se encuentran los nigromantes o “*machis*”, los médicos-hechiceros o “*piaimanes*”, los hombres “*kanaima*” y los armadores de pleitos o “*witramm denu*” que representaban al acusador (cfr. Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, T. I, 3ª ed. act., Buenos Aires, Losada, 1964, pp. 920-921, 944-947).

12. Cfr. Von Hentig, Hans, *La pena, formas primitivas y conexiones histórico culturales*, Madrid, Editorial Espasa Calpe S.A., vol. 1, 1967.

13. Ejemplos de estas reacciones son la expulsión de la tribu, que respondía a una conducta disvaliosa contra la comunidad de paz o sus integrantes; y la vindicta colectiva ejercida contra el extranjero al perturbar la vida pacífica del grupo social constituido (Jiménez de Asúa, Luis, ob. cit., T. I, p. 242).

ojo, no le quites los dos (...) ¿Por qué podría haber normas de proporcionalidad válidas en general, respecto de un acto que fuera pura venganza privada?”<sup>14</sup>.

Cabe añadir, en sustento de esta apreciación, un pasaje del *Deuteronomio* en donde se demuestra el carácter público de la pena y la inderrugable necesidad de la persecución de determinados hechos gravísimos, en tanto se estatuye: “(...) si hubiere alguno que aborreciere a su prójimo y lo acechare, y se levantara contra él y lo hiriere de muerte, y muriere; si huyere a alguna de estas ciudades, entonces los ancianos de su ciudad enviarán y lo sacarán de allí, y lo entregarán en mano del vengador de la sangre para que muera. No le compadecerás; y quitarás de Israel la sangre inocente, y te irá bien” (cap. 19:11-13).

Esta admonición (léase, extraerás “Israel la sangre inocente, y te irá bien”) denota el interés público en la persecución de estos sucesos particularmente nocivos –tal cual lo explica Sancinetti–, por cuanto los ancianos de la ciudad imperan aprehender al autor y entregarlo al vengador de sangre, o sea, a un representante de la cosa pública (hoy encarnado en la figura del fiscal), prescripción que también mantendría su vigencia ante la ausencia de víctima supérstite o pariente conocido<sup>15</sup>, en tanto únicamente puede irle bien a la comunidad si, ante cada hecho idéntico, se ofrece una reacción justa e igual<sup>16</sup>.

Por cierto, esta circunstancia se replica en aquel don del Nilo llamado Egipto, que en edad temprana cobijara al Patriarca Moisés. Nótese que en esa tierra de funcionarios se conjugaba un proceso acusatorio signado por la escritura, formalidad y una nota peculiar, por cuanto el acusador vencido en la *litis* debía cargar con la sanción que hubiera correspondido al acusado (entre las cuales se hallaba la pena capital)<sup>17</sup>. Sin embargo, ese posible y trágico destino no cohibió a los

14. Cfr. Sancinetti, M., “Avenimiento y mediación: ¿la pena como objeto de negocios jurídicos?”, p. 5, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina38164.pdf> (fecha de consulta: 10/05/2019).

15. Cfr. *ibídem*, p. 5.

16. Cfr. *ibídem*, p. 6.

17. Cfr. Gutiérrez Fernández, Benito, *Examen histórico del Derecho Penal*, Madrid, Analecta, 1866, p. 14; y Du Bois, Albert, *Historia del Derecho Criminal, de los pueblos antiguos hasta el establecimiento del Cristianismo*, Madrid, C. Bailly - Bailliere, 1850.



egipcios de impulsar la acción penal y la acusación, dado que su ejercicio era un imperativo legal, cuyo incumplimiento se traducía en la imposición de la pena de azotes<sup>18</sup>.

De modo que aquí se observa nuevamente la imbricación entre el interés público, el principio de legalidad procesal<sup>19</sup> y la certeza de la actuación de un acusador ante esos acontecimientos perjudiciales en grado sumo para la sociedad. Pues no podemos obviar que en muchos casos el delito constituía una afrenta contra el interés divino y el social<sup>20</sup>.

Todavía más, estas aristas son reafirmadas con la institución en Egipto de los *magiai*, quienes podrían constituir un primer antepasado de los fiscales, por cuanto desarrollaban las investigaciones preparatorias, formalizaban las acusaciones y oficiaban de ojo avizor del Horus o faraón, deidad de prosapia divina, que ejercía la administración del servicio de justicia<sup>21</sup>.

### 2.b. Grecia y Roma

A su vez, este patrón se repite en Grecia, pues la facultad de todo ciudadano de perseguir delitos públicos coexistió con una persecución oficial de carácter subsidiario promovida por los *Thesmotetas* ante violaciones normativas que jaqueaban la tranquila convivencia

18. Cfr. Ayarragaray, Carlos A., *El Ministerio Público*, Buenos Aires, J. Lajouane & Cía. Editores, 1928, p. 12; y Gutiérrez Fernández, Benito, ob. cit., p. 13.

19. Deber de los fiscales de ejercer de oficio la acción penal ante la noticia de la comisión de un delito de acción pública, imperativo además comprensivo de la imposibilidad de suspender, interrumpir (irretractibilidad) o desistir (indisponibilidad) de la persecución, salvo en las excepciones expresamente determinadas por la ley.

20. Cfr. Ayarragaray, Carlos A., ob. cit., p. 11; y Du Bois, Albert, ob. cit., pp. 5-6.

21. Cfr. Trillo Navarro, Jesús P., "Ministerio Fiscal: Diacronía de una vinculación política" y "El Fiscal: Acusar o instruir en la CE de Roma a la Reforma de la LECrim.", en *Saberes, Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, Madrid, Universidad de Alfonso X el Sabio, Facultad de Estudios Sociales Villanueva de la Cañada, v. VI, 2008, p. 12; y v. III, 2005, p. 10, respectivamente (disponible en <https://revistas.uax.es/index.php/saberes/article/view/790/746>, como así también en el sitio <https://revistas.uax.es/index.php/saberes/article/view/755/711>, fecha de consulta:14/01/2010).

de la ciudad<sup>22</sup>. Efectivamente, de configurarse un hecho de especial gravedad, los magistrados formulaban la denuncia ante la Asamblea del Pueblo o el Senado, tras lo cual se designaba un ciudadano como acusador, quien debía intervenir para que el tribunal de los Heliastas o el de los Efectas resolviera en justicia<sup>23</sup>.

Por su parte, el Areópago también realizaba acusaciones de oficio, el *Arconte* denunciaba delitos en las causas con víctimas carentes de parentela o representadas por familiares negligentes<sup>24</sup>; y la reforma de Solón (594 a. C.) concedió a los griegos la acusación popular frente a delitos públicos<sup>25</sup>; promoviendo así la responsabilidad social ante tales males.

Análogas consideraciones cabe efectuar sobre la “Ciudad Eterna”, pues la *provocatio ad populum* introducida por las leyes Valerias<sup>26</sup>, el despertar de la República y la implementación de una justicia centuria propiciaron una popular administración del servicio de justicia, que intervendría primigeniamente en crímenes capitales o *per provocationem* en delitos comunes, a partir de la promoción de los ciudadanos romanos, varones y libres<sup>27</sup>.

Destáquese que en el ocaso de la República las leyes Cornelias extenderían la legitimación activa para perseguir penalmente a todos los integrantes de la comunidad, a través de un sistema de acusación popular<sup>28</sup>. Por tanto, en este contexto es relevante poner de relieve la

22. Cfr. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, 2ª ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, pp. 269-270; y Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, T. I, 2ª ed., Buenos Aires, Lerner, 1969, p. 27.

23. Ídem.

24. Ayarragaray, Carlos A., ob. cit., p. 14.

25. Cfr. Gutiérrez Fernández, Benito, ob. cit., p. 30; Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I...*, ob. cit., pp. 269-270; y Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., T. I, p. 27.

26. Es decir, la facultad otorgada a la ciudadanía para instar la congregación de la Asamblea popular, en traza de confirmar o anular el decisorio del rey o sus delegados.

27. Cfr. Maier, J. B. J., *Derecho Procesal Penal, I...*, ob. cit., p. 276.

28. Si bien en parte de la República se sujetó la intervención del Estado al impulso inicial de los particulares, los delitos perpetrados en banda o la perturbación manifiesta del orden público originaban la actuación directa del magistrado para impedir que delitos alarmantes resultaran impunes en desmedro de la comunidad política.

especial dignidad revestida por el cargo de acusador, lo que explica las riñas generadas entre diversos denunciante para dirimir en la fase procesal de la *divinatio*<sup>29</sup> quién debía representar el interés de la cosa pública<sup>30</sup>, amén de los peligros inherentes al ejercicio de ese rol, pues quien fuera designado como titular de la *accusatio* corría el riesgo de responder moral y penalmente ante un deficitario desempeño<sup>31</sup>.

Explica Mommsen, que los premios de los acusadores se ligaron más bien a cuestiones políticas y la posibilidad de mejorar la posición cívica<sup>32</sup>. En efecto, la lectura de las “Verrinas” confirman esta afirmación del premio Nobel de Literatura en 1902, pues si bien al iniciar Cicerón su primer discurso expresa que tras defender a tantos en cuantiosos juicios públicos se ve obligado por diversos motivos a descender como acusador<sup>33</sup>, indudablemente apela a esa manifestación para hacer gala de un giro retórico. Así pues, su anterior cuestura en Sicilia, su amor por la República y el reconocimiento público de asumir ese rol con éxito, junto a su proyección política en ascenso, fueron razones de entidad para afrontar esa labor frente a un corrupto Verres, que no solo era respaldado por Metelos y Escipiones, sino también defendido por un Hortencio, cuyo arte de perorar en el senado le valió el calificativo de campeón.

---

Para mayor ilustración puede verse Ayarragaray, Carlos A., ob. cit., p. 15; Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., T. I, p. 38; Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I...*, ob. cit., pp. 278-279 y 281; y Mommsen, Theodor, *Derecho Penal Romano*, Santiago de Chile, Olejnik, 2019, L. III, cap. X, pp. 257-258.

29. De existir más de un denunciante, se sustanciaba la *divinatio*, a través de la cual el magistrado adivinaba quién se encontraba con mejor derecho para llevar a cabo la acusación principal o señeramente, a partir de los argumentos expuestos. A modo de ej., esta fase se desarrolló en las “Verrinas”, donde Quinto Cecilio Nigro fue doblegado por el buen genio de Cicerón.

30. Cfr. Ayarragaray, Carlos A., ob. cit., p. 15; Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., T. I, p. 38; y Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I...*, ob. cit., T. I, pp. 278-79 y 281.

31. Cf. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I...*, ob. cit., T. I, p. 281; y Ayarragaray, Carlos A., ob. cit., p. 16.

32. Cfr. Mommsen, Theodor, ob. cit., L. III, cap. X, pp. 257-258.

33. Cfr. Cicerón, Marco T., “Verrinas”, en *Discursos I*, Madrid, Gredos, traducción de José Ma. Requejo Prieto, 2009, Discurso contra Quinto Cecilio, p. 41.

Empero, como consecuencia de una gradual decadencia se anidó un desinterés por la cosa pública, que condujo a la pasividad de la ciudadanía a la hora de formular acusaciones e impunidad frente a la comisión de los hechos penales. A raíz de ello, se procedió a adoptar dos medidas tendentes a revertir esa situación: a) remplazar a los acusadores populares por promotores de la acción penal motivados por la avidez de recompensas<sup>34</sup>; y b) inaplicar sanciones en caso de calumnias e infamia.

La cuestión es que estas modificaciones volvieron a la delación en una moneda corriente, pero motivada en un ánimo de lucro decantador de excesos. Tanto es así, que luego se dictó un decreto con el propósito de imponer las mismas medidas cautelares, tanto a acusadores como acusados. Por consiguiente, una vez más la acusación se tornó en un hecho exótico; y precisamente esta razón fue la que movió a suplir progresivamente la acusación popular por la actuación oficiosa de funcionarios públicos, en aras de perseguir la consumación de los delitos<sup>35</sup>.

En fin, nuevamente se advierte el interés público en garantizar la persecución de penal de determinados hechos especialmente nocivos para la concordia de la comunidad política y su subsistencia, pues esa necesidad de resguardar a la sociedad frente a la pasividad de la ciudadanía<sup>36</sup>, aspecto ya avizorado en la justicia centurial<sup>37</sup>, se reitera en la *República*; y finalmente se actualiza en el Imperio de Augusto, con el establecimiento de la *cognitio extra ordinem*<sup>38</sup>.

Esto explica la aparición de los *quaestores* o *duoviri perduellionis parricidii, tribunos y ediles*, funcionarios que desempeñaron el papel de acusadores públicos para evitar la impasividad cívica e imprudencia de dejar librada la persecución penal a la iniciativa individual<sup>39</sup>. Actores que luego en la justicia imperial abrieron paso a los prefectos

34. Ayarragaray, Carlos A., ob. cit., p. 17.

35. Cfr. Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., T. I, pp. 48-49.

36. Cfr. ibídem, T. I, p. 48.

37. Cfr. ibídem, T. I, pp. 36-37.

38. Cfr. Jiménez de Asúa, Luis, ob. cit., T. I, p. 283; Mommsen, Theodor, ob. cit., Libro III, cap. I; y Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I...*, ob. cit., T. I, p. 285.

39. Cfr. Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., T. I, pp. 36-37.

del pretorio<sup>40</sup>, los *irenarchi*, *curiosii* y *stationarii*<sup>41</sup> hasta la institución del abogado del fisco, remoto antecedente del MPF propiciado por Adriano<sup>42</sup>.

### 2.c. Edad Media

En el derecho germano de la Alta Edad Media (siglos V-XII) nos encontramos con esa distinción entre delitos de acción pública y privada (según Vélez Mariconde, originada en Grecia<sup>43</sup> a partir de la reforma de Solón), de modo que la persecución/acusación de los primeros correspondía al clan<sup>44</sup>; en tanto la de los segundos dependía del impulso del ofendido o sus congéneres, quienes podían ejercer la venganza privada o aplicar la composición<sup>45</sup>. De ahí que vuelve a hacerse presente la nota de imperatividad de la persecución oficiosa frente a ciertos hechos, dado el carácter dañino de esas conductas para la comunidad.

Aclarado esto, no es ocioso atizar un poco más el bracero para escrutar cómo surgió en Europa ese funcionario encargado de llevar a cabo la persecución penal, pues según Vélez Mariconde, el Ministerio Público<sup>46</sup> habría emergido “de las cenizas de la Edad Media”<sup>47</sup>.

En traza de alcanzar ese cometido, conviene aguzar la mirada sobre Francia, donde en el año 1302 se instituyeron los procuradores generales del rey en calidad de guardianes de los intereses de la

40. Ayarragaray, Carlos A., ob. cit., pp. 18-19.

41. Ídem.

42. Ídem.

43. Cfr. Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., T. I, p. 27.

44. El precedente romano de los *procuratores caesaris* y los *advocati fisci* halló eco en los bávaros, sajones, francos, godos y carolingios de la época medieval, quienes también introdujeron funcionarios destinados a custodiar los derechos feudales e impositivos, entre los cuales pueden nombrarse a los *schulcete*, *saions*, *graffions* (también denominados vengadores públicos), *gastaldi* y *missi dominici* (cfr. Ayarragaray, Carlos A., ob. cit., pp. 23-25).

45. Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., T. I, p. 64.

46. En adelante, MP.

47. Cfr. Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., T. I, p. 241.

corona<sup>48</sup>, quienes eran designados por el monarca para intervenir en procesos reales y perseguir la sanción de delitos<sup>49</sup>, además de administrar e integrar el *parquet*<sup>50</sup>, participando así de la dignidad real.

De modo que aquí nos hallamos en condiciones de rastrear el germen de la unidad de actuación del MPF, por cuanto el dictamen o la conclusión de cualquiera de sus integrantes eran emitidos en nombre del *parquet*, cuyo uniforme desempeño adquiría análoga impronta, en el cumplimiento de las reglas de cortesía. Al punto tal que, si en una audiencia se incorporaba alguno de estos funcionarios, el resto se ponía de pie, en tanto en la Corte los magistrados del *parquet* se adelantaban y al son de "*Sire, ce sont vos gens*", saludaban al unísono a su rey<sup>51</sup>.

Maier explica que la progresiva extensión jurisdiccional del rey sobre la señorial demandó el establecimiento de procuradores con pluma y abogados dotados de verba, quienes debieron actuar en representación del monarca. Por este motivo, durante los siglos XI-II-XIV, los *procureurs du roi* oficiaron de escribas de la corona; mientras los *advocats du roi* representaron al rey y litigaron oralmente ante los tribunales, aunque la definición de un MP a cargo del ejercicio de la acción penal pública, devenido luego en acusador estatal, recién sería alcanzada como consecuencia de la crítica política desarrollada por el orden napoleónico contra al *statu quo* antes instaurado por la Revolución francesa<sup>52</sup>. Por ello, si bien algunos consideran que este organismo posee carta de ciudadanía francesa<sup>53</sup>, Maier impugna la

48. Ayarragaray, Carlos A., ob. cit., p. 44.

49. Ídem.

50. Con esta denominación solía llamarse a los integrantes del Ministerio Público, dado que en las audiencias se ubicaban al pie del estrado y por encima del suelo. Es decir, guardaban los intereses de la corona desde la posición en donde se administraba justicia. Cfr. Ayarragaray, Carlos A., ob. cit., pp. 44-46.

51. Ídem.

52. Cfr. Maier, Julio B. J., "El Ministerio Público...", ob. cit., p. 29.

53. Goldschmidt, James, *Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei in Frankreich* (t. 67, pp. 180 y sigs.), según cita de Maier, Julio B. J. en "El Ministerio Público...", ob. cit., p. 29.

caracterización metafórica del fiscal moderno como un “hijo de la revolución”<sup>54</sup>.

Un sendero similar atravesó el acusador en Alemania, donde los *fiskalat* ocuparon el lugar de los *procureurs du roi*<sup>55</sup>. Amén de que promediando el siglo XV nos topamos con un fiscal prusiano abocado estrictamente a la materia civil, en el siglo XVI extendería su intervención como carácter de mandatario del príncipe para participar en una inquisición general, mas no en carácter de juez inquisidor<sup>56</sup>; y ya entre los siglos XVIII-XIX, adquiriría la fisonomía de custodio de la ley (*Wächter der Gesetze*); que luego complementaría con la de acusador penal, a partir de la revolución liberal-burguesa en el *Land* de Hessen<sup>57</sup>.

Un *iter* semejante también se aprecia en la Madre Patria, que en “*Las Partidas*” de Alfonso el Sabio ya definiría la misión del fiscal (*patronus fisci*), como un “(...) razonar y defender en juicio todas las cosas y derechos que pertenecen a la cámara del Rey” (partida IV, tit. XVIII, ley XII)<sup>58</sup>.

Nos encontramos entonces con un fiscal ligado al control del gasto concedido al rey en las Cortes de Briviesca (1387), mas luego reconvertido en las Cortes de Madrid (1433) y la Novísima Recopilación, no solo como perseguidor de maleficios, sino también a partir de la asignación de un rol orientado a evitar la impunidad ante la comisión de delitos, en caso de defecto de un acusador<sup>59</sup>. Por tanto, el esquema vigente hasta el siglo XIX nos ofrece indicios de un fiscal guiado por el designio de proteger los intereses reales ante los tribunales; y, a la vez, transformarse en acusador cuando la Corona lo precisara para preservar la paz del reino, dentro de un proceso penal

54. Véase Günther, Hans, *Staatsanwaltschaft, Kind der Revolution*, según cita de Maier, Julio B. J., en “El Ministerio Público...”, ob. cit., p. 29; y lo referido por éste.

55. Aquí los hombres de la pluma fueron los *advocatus fisci* y, los hombres de la palabra, los *procurator fisci fiscal*.

56. Cfr. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, II. Parte General, Sujetos Procesales*, 1ª ed., 2ª reimp., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, p. 298.

57. Cfr. *in extenso* Maier, Julio B. J., “El Ministerio Público...”, ob. cit.

58. Cfr. Trillo Navarro, Jesús P., “Ministerio Fiscal...”, ob. cit.

59. *Ibidem*, pp. 46-49.

de cuño inquisitivo, en donde su actuación se hallaba limitada por un juez (v. gr., corregidor, alcalde)<sup>60</sup>. Hasta que finalmente, las reformas de 1834-1835<sup>61</sup> reconfigurarían las funciones de este funcionario, quien asumiría la acusación de todos los delitos de acción pública.

Huelga poner de relieve que este particular interés público de persecución oficiosa ante determinados hechos que atentaban contra la vida pacífica y la necesidad de concretar la justicia penal a través de la actuación de un integrante de la sociedad, se reprodujo durante los diversos sistemas inquisitivos aplicados en Europa<sup>62</sup>, pero que no serán aquí tratados, por cuanto cada arquetipo presenta características diversas<sup>63</sup>; y de afrontar esa labor excederíamos el objeto de este trabajo, como así también traspasaríamos los límites convenientes de su extensión.

Basta aquí con resaltar dos aspectos, uno es la existencia de una autoridad encargada de desarrollar las persecuciones penales (inquisidor); y el otro, que la conjunción de funciones acusatorias-decisionarias en un mismo sujeto fue una de las causas a partir de las cuales probablemente se gestó la paradoja de un fiscal, luego concebido como representante de la acción pública *sui generis* y relegado a un papel secundario. Nótese, por ejemplo, que si bien constituyó una novedad significativa el advenimiento de una figura del fiscal en el modelo inquisitivo español, este novel actor fue concebido desde su nacimiento como un asistente del inquisidor en algunas de sus tareas; y cuando éste contaba con firmes indicios de la existencia de una infracción, or-

60. *Ibidem*, p. 50.

61. Fundamentalmente el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia del 26-09-1935 (cfr. Trillo Navarro, Jesús P., *ob. cit. ut supra*, p. 51).

62. Cada sistema inquisitivo presenta diferencias notables. Si se desea profundizar esta cuestión puede verse *in extenso* Iturralde, Cristián R., *La Inquisición*, Buenos Aires, Vórtice, 2011.

63. De hecho, estas diferencias incluso se observan en tierras Castellanas durante el siglo XVI, entre dos moldes procesales coexistentes, como lo eran el aplicado por el Santo Oficio y el secular, tal cual se puede corroborar en el riguroso estudio de Gacto Fernández. Cfr. *in extenso* Gacto Fernández, Enrique, "Observaciones Jurídicas sobre el proceso inquisitorial", en AA. VV., *La Inquisición en Hispanoamérica*, Buenos Aires, coedición Ciudad Argentina y Universidad del Museo Social Argentino, 1997.



denaba al primero a formalizar la denuncia correspondiente<sup>64</sup>. Más aún, en algunas circunstancias el inquisidor también era designado fiscal, lo que demuestra dificultades al tiempo de establecer una nítida diferenciación de roles y la identidad de cada actor<sup>65</sup>.

### *2.d. Inglaterra y Estados Unidos*

Si colocamos nuestra atención en Inglaterra, podemos observar, de la mano de la tesis de Tinoco Pastrana –quien se apoya en citas de Díez-Picazo Giménez–, que allí: “(...) siempre existió un proceso penal acusatorio concebido como un litigio entre particulares, y, en definitiva, la centralización del poder político no requería un Ministerio Fiscal, ya que la preservación por la Corona del orden público estaba encomendada a los hombres libres (*yeomen*), que eran los encargados de ejercitar la acción penal”<sup>66</sup>.

Sin embargo, añade el citado: “[e]llo no implicó que ésta no se preocupara de la persecución penal, ni que el enjuiciamiento criminal se considerara como algo exclusivamente privado. Desde el siglo XII el ejercicio de la acción penal se empezó a considerar como «una función pública difusa», «para cuya realización se solicita la colaboración de los particulares». De acuerdo con ello, la iniciación e instrucción del proceso penal, hasta finales de la Edad Media, correspondió al Gran Jury (o jurado de acusación), que será luego el órgano encargado de controlar previamente la consistencia de la acusación, hasta su desaparición definitiva en 1937 (...). Con la transformación del Gran Jury, la iniciación, investigación y acopio de pruebas fueron atribuidas a los Justice of Peace (Jueces de Paz), que fácticamente se con-

64. Cfr. Iturralde, Cristián R., ob. cit., pp. 256, 259 y 262.

65. *Ídem*.

66. Apoyado en citas de Díez-Picazo Giménez, Luis M., *La acusación penal en Inglaterra*, pp. 1097-1099, cfr. Tinoco Pastrana, Ángel, *El sistema judicial penal en el Common Law y el principio de oportunidad*, tesis doctoral del Departamento de Derecho Penal y Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, Sevilla, mayo de 1999, p. 63, disponible en <https://idus.us.es/handle/11441/24008> (fecha de consulta: 14/01/2021).

virtieron en acusadores públicos (si bien no actuaban en régimen de monopolio) (...) Con la evolución social, dichas funciones en el siglo XIX fueron atribuidas a la policía”<sup>67</sup>.

Tal como se afirma en *Derecho Penal Líquido. Inconstitucionalidad del principio de oportunidad*, podemos decir que, “si bien en ese país rigió un proceso penal de cuño acusatorio material, en donde el resguardo por la Corona del orden público y ejercicio de la acción penal se hallaba encomendado a los hombres libres, esto no implicó un desentendimiento de la autoridad real respecto de la persecución penal, ni la ponderación del enjuiciamiento criminal como una cuestión meramente privada, tal como lo demuestra la posibilidad de iniciar la prosecución a través de la *information* ante transgresiones conspiratorias contra el orden social, la paz o el gobierno”, “(...) la instrucción del *Gran Jury* y los *justice of peace*, órganos signados en cierto período por un rol oficioso e inquisitivo para investigar la verdad”<sup>68</sup>.

Súmese a esto que la creación de la oficina de Director de Persecución Pública en 1879 procuró responder a un reclamo social originado por la orfandad de actividad de los particulares ante el delito<sup>69</sup>. Por lo tanto, se vuelve a advertir la existencia de un interés público, pero en este caso, concretado con el ejercicio de un derecho-deber de administrar justicia en nombre de la Corona. Al punto tal, que la importancia pública de la realización de este interés incardinado en alcanzar el buen vivir se hace patente, en tanto el ejercicio de la acción penal corresponde a la policía, *the Attorney General*, *the Director of Public Prosecutions*, *the Crown Prosecutors Service*, los agentes de las administraciones, la víctima y todos los ciudadanos<sup>70</sup>; aunque, por lo

67. *Ídem*.

68. Romero Berdullas, Carlos M., *Derecho Penal Líquido. Inconstitucionalidad del principio de oportunidad*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2020, pp. 99-100.

69. Cfr. Anitua, Gabriel I.; Borinsky, Mariano H., “Principio de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales europeos”, en AA. VV., *Sistemas Procesales Penales comparados*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pp. 472-473.

70. Cfr. Tinoco Pastrana, Ángel, o. cit., p. 68 y Romero Berdullas, Carlos M., *Derecho Penal Líquido...*, ob. cit., pp. 49-57.

general, las causas se inician mayoritariamente a partir de la actividad policial, o la desarrollada por los acusadores de la Corona<sup>71</sup>.

Un proceso histórico análogo se observa en Estados Unidos, donde la persecución penal privada imperante hasta el siglo XVIII ingresó en una etapa terminal, dado su carácter vengativo e ineficaz. Así pues, el incremento de la tasa de criminalidad –originado en buena medida por el mayor asentamiento de la población en áreas urbanas–, los elevados costos irrogados a las víctimas que decidían llevar a término las persecuciones penales, junto al desorden e ineficiencia de ese sistema, inexorablemente generaron “una discusión acerca de la necesidad de buscar una solución de carácter público al fenómeno delictivo”<sup>72</sup>. Por consiguiente, a pesar de no poder afirmar con certeza apodíctica cómo surgió la figura del fiscal en aquel país<sup>73</sup>, sí se evidencia una necesidad histórica de asegurar que ciertos funcionarios públicos desarrollaran la persecución e investigación de ciertos hechos penales, en pos del bien común.

### 2.e. *Derecho Patrio*

Durante la época hispánica en América, los procedimientos penales aplicaron la matriz recogida en las Partidas<sup>74</sup>; y las investiga-

71. Cfr. Bovino, Alberto, “La persecución penal pública en el Derecho anglosajón”, en *Lecciones y Ensayos*, n° 49, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires*, 1988, p. 23, disponible en [http://www.icjsinaloa.gob.mx/medios/publicaciones/persecucion\\_penal.pdf](http://www.icjsinaloa.gob.mx/medios/publicaciones/persecucion_penal.pdf) (fecha de consulta: 27/04/2016); y Anitua, Gabriel I.; Borinsky, Mariano H., ob. cit., p. 3).

72. Cfr. Bovino, Alberto, ob. cit., p. 3.

73. Parte de la doctrina vincula el nacimiento de la figura del fiscal al juez de paz inglés; y otros al *schout* holandés o el procurador del rey francés; mientras otra sección relaciona su aparición a una síntesis de elementos ingleses con prácticas de países europeos fincados en la tradición continental (cfr. Bovino, Alberto, ob. cit., p. 34).

74. Cfr. Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., T. I, p. 161; y Vázquez Rossi, Jorge E., *Tratado de Derecho Procesal Penal (la realización penal)*, T. I, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1995, p. 143.

ciones fueron confiadas a pesquisadores<sup>75</sup>. El influjo de ese cuerpo normativo de literatura sapiencial en la época hispánica y tras la independencia es resaltada por Jiménez de Asúa, Soler, Cabral, Jofré, Vélez Mariconde, Maier y Marchisio<sup>76</sup>.

La obra de Alfonso el nono también expone ese interés público (ya evidenciado en diferentes tiempos y latitudes) de asegurar que sobre ciertas conductas disvaliosas no prime la impunidad para alcanzar el buen vivir. Pues si bien no existe una enunciación expresa del principio de legalidad procesal, sí se hace patente la intención de compeler al juez a indagar la verdad a toda costa (*vide* ley XII, de la Tercera Partida); junto a la ausencia de necesidad de requerir demandante o acusación ante ciertos crímenes (dada su especial gravedad) o yerros (*vide* leyes X, XI y XXVIII de la Setena Partida)<sup>77</sup>.

Por consiguiente, el procedimiento español posibilitó la persecución penal de oficio<sup>78</sup>; e instauró un principio de legalidad procesal<sup>79</sup>, que luego sería ratificado por la manda de perseguir todos los delitos rubricada en el artículo 180 del Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica para la Provincias Unidas del Río de la Plata en la América del Sur de 1813, en donde se prescribe, con claridad, la obligación de establecer "(...) en todas las ciudades un acusador e Ire-

75. Cfr. Díaz López, Laurentino, *El Derecho en América en el Período Hispánico*, Panamá, Editorial de la Universidad Santa María La Antigua, Panamá, 1989, p. 348.

76. Jiménez de Asúa, Luis, ob. cit. T. I, pp. 965 y 1001; Soler, Sebastián, ob. cit., T. I, p. 102; Cabral, Luis M., *Compendio de Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, en cap. XII, titulado "La Constitución y las cárceles de la Nación", p. 294; Jofré, Tomás, *Manual de Procedimiento*, T. I, 5ª ed., Buenos Aires, La Ley, 1941, p. 51; Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., T. I, p. 161; Struensee, E. - Maier, Julio B. J., *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, p. 21; Marchisio, Adrián, *Principio de oportunidad, Ministerio Público y política criminal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, p. 50.

77. Cfr. *Las Siete Partidas del sabio rey don Alfonso el nono*, nuevamente glosadas por el licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de su Majestad, Salamanca, 1555, edición de Gregorio López en reproducción anastática del Boletín Oficial de Estado, 1974.

78. Cfr. Maier, Julio. B. J., *Derecho Procesal Penal, I...*, ob. cit., p. 333; Vázquez Rossi, Jorge E., ob. cit., T. I, p. 143.

79. Marchisio, Adrián, ob. cit., pp. 52-53.

narca (...)”; cuyo deber principal consistía en “(...) descubrir y acusar los delitos que no tuviesen acusador (...)”<sup>80</sup>.

En cuanto a la figura de los fiscales, puede observarse su participación en el Consejo de Indias, suprema y última instancia tribunálica con sede cerca de la Corte de Madrid<sup>81</sup>. A éstos les correspondía defender la jurisdicción, el patrimonio real y guardar a los nativos junto a todo lo prescripto para una buena gobernación de las tierras vírgenes<sup>82</sup>, a lo que se le añadiría el ministerio de no acusar sin delator, salvo hecho notorio o cuando fuera efectuada la investigación<sup>83</sup> (a través de la ordenanza dictada en 1786 para el gobierno de la Audiencia y Chancillería Real de la Ciudad de Trinidad, Puerto de Buenos Aires<sup>84</sup>, primer gen de nuestra organización judicial aplicada hasta la Revolución de Mayo).

Hasta 1813 el rol del fiscal no varió significativamente<sup>85</sup>; pero hacia 1817 se produce la división de funciones dentro del MP, junto a una bifurcación de tareas<sup>86</sup> hoy profundizada con la creación de Procuraciones y Unidades Fiscales Especializadas (cfr. Ley N° 27.148,

80. Cfr. Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica para la Provincias Unidas del Río de la Plata en la América del Sur de 1813 (cf. [http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/proyecto-de-constitucion-de-la-sociedad-patriotica/html/6d95c592-cdc6-439c-bbf6-6cfd2752428f\\_2.html](http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/proyecto-de-constitucion-de-la-sociedad-patriotica/html/6d95c592-cdc6-439c-bbf6-6cfd2752428f_2.html), fecha de consulta: 21/02/2017); y Sampay, Arturo E., *Las Constituciones de la Argentina* (1810-1972), Buenos Aires, Eudeba, 1975, p. 188.

81. Cfr. Ayarragaray, Carlos A., ob. cit., p. 108.

82. Cfr. Ayarragaray, Carlos A., ob. cit., p. 110; y las Nuevas leyes de 1542 (en Iturralde, Cristián R., *1492, Fin de la Barbarie, Comienzo de la Civilización en América*, Buenos Aires, Buen Combate, 2014, pp. 238-239).

83. Cfr. Ayarragaray, Carlos A., ob. cit., pp. 110-116; y Jofré, Tomás, ob. cit., T. I, p. 71.

84. Suprimida en 1671 y reestablecida en 1783 (cfr. Ayarragaray, Carlos A., ob. cit., pp. 110-116).

85. Únicamente presentó modificaciones respecto a su denominación, a lo que se suma la determinación de la doble instancia en 1835 (cfr. Avellaneda Huergo, Alfredo, *El Ministerio Público Fiscal*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1924, pp. 12-13).

86. El Congreso Nacional determinó que el despacho fiscal debía expedirse por dos agentes distintos, uno en materia civil y otro en criminal (cfr. Avellaneda Huergo, Alfredo, ob. cit., pp. 12-13).

arts. 22-29 y 32<sup>87</sup>); en tanto el 27 de enero de 1829 se dictó un decreto que originó una histórica disputa en torno a cuál era la ubicación institucional del Ministerio Público<sup>88</sup>, polémica luego superada con la reforma constitucional de 1994<sup>89</sup>. Es que previo a ello, la CN obviaba aludir al MP y no se advertía en la distribución del poder estatal su autonomía e independencia<sup>90</sup>, aspecto revertido con el artículo 120 de la Constitución Política, cuando se incorpora a este organismo en una sección normativa especial (segunda parte orgánica), como “(...) un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República (...)”.

Entre 1810-1853<sup>91</sup> los modelos procesales no enseñaron modificaciones importantes con relación al arquetipo procesal hispano<sup>92</sup>; y frente a la orfandad de una ley nacional sobre la materia procesal<sup>93</sup>

87. BO 18/6/2015.

88. Cfr. Avellaneda Huergo, Alfredo, ob. cit., pp. 12-13.

89. Si se desea profundizar sobre el alcance de ese debate y solución, puede verse Garavano, Germán C.; Romero Berdullas, Carlos M., “El rol del Ministerio Público Fiscal de la CABA”, en AA. VV., *Derecho de la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, El Derecho, 2014; y Gamboa, Agustín C.; Romero Berdullas, Carlos M., *Proceso Constitucional Acusatorio*, Buenos Aires, Ah-Hoc, 2014.

90. Cfr. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., T. II, pp. 313-314; y Rusconi, Maximiliano A., “Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del Ministerio Público”, en AA. VV., *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003.

91. La CN de 1853 sentó la organización política federal de la República Argentina, y la regla mediante la cual las provincias se reservaban todas las facultades no delegadas a la Nación. De modo que los gobiernos provinciales se reservaron el dictado de los códigos procesales y las leyes de organización de los sistemas de administración del servicio de justicia locales; en tanto se delegó en la Nación el dictado de los códigos de fondo (cfr. art. 67, inc. 11 de la CN de 1853, hoy art. 75, inc. 12, de la CN, tras la reforma de 1994).

92. Cfr. Jofré, Tomás, *Manual de Procedimiento*, T. II, 5ª ed., Buenos Aires, La Ley, 1941, p. 16.

93. Orfandad suplida con la aplicación de leyes de procedimiento del orden provincial.

comenzó a regir en 1889 el Código Obarrio<sup>94</sup>, caracterizado por Vélez Mariconde como un cuerpo nacido provector<sup>95</sup> “no sólo con referencia a las demás legislaciones extranjeras y a la doctrina francesa e italiana que ejercieron directa influencia en España, sino con relación a la propia legislación de la Madre Patria, donde ya estaba en vigor el Código de 1882 (...)”<sup>96</sup>.

Interesa notar aquí que, en este proceso de cuño inquisitivo<sup>97</sup>, la acción penal pública debía ser ejercida por el Ministerio Público Fiscal (art. 14); y los procuradores fiscales debían promover la averiguación y enjuiciamiento de los delitos de los cuales tomaran conocimiento (art. 118), a lo que se sumaba el imperativo de la policía de poner en conocimiento de la autoridad judicial la comisión de un delito de acción pública cuando llegara a su conocimiento; el deber de investigar los delitos cometidos en su jurisdicción; de consuno a la obligación de todo funcionario público de dar a conocer a la autoridad judicial, todo delito del cual tomaran conocimiento con motivo o en ocasión del ejercicio de sus funciones (arts. 164-165 y 183-184).

94. Aprobado por Ley N° 2.372 (4/10/1888, publicada en RN N° 1.887/1988, p. 772). En lo concerniente a la organización del MPF, el Código Obarrio regulaba la actuación: a) en el ámbito federal, del Procurador General de la Corte Suprema ante los Tribunales Federales, seguida por los procuradores fiscales titulares; b) en la esfera capitalina, la del Fiscal de la Cámara de Apelaciones y los fiscales ante las judicaturas inferiores; y c) la del Procurador General en todas las causas de jurisdicción originaria de la Suprema Corte. Por su parte, la Ley N° 23.183 introdujo en ese cuerpo normativo la facultad del Procurador General de impartir instrucciones de carácter general a los fiscales de primera instancia, a fin de dotar de unidad y coherencia a la actuación del MPF (cfr. Bertoni, Eduardo A., “La Organización del Ministerio Público”, en AA. VV., *El Ministerio Público en el proceso penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003, p. 220).

95. Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., T. I, p. 197.

96. Ídem.

97. Maier enseña que el juez podía iniciar de oficio el sumario o recibir las denuncias, como así también cumplir todos los actos investigativos. De ahí que habría cierta incongruencia entre el recortado rol del fiscal (más asociado al contralor de la función jurisdiccional) y el reconocimiento del MPF como titular de la persecución penal pública (cfr. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., T. I, pp. 409-410).

Por su parte, el Código Procesal Penal de la Nación vigente desde 1992<sup>98</sup>, elaborado sobre el proyecto de Levene (h), e inspirado en el ya reformado Código Procesal Penal de Córdoba (1940)<sup>99</sup> y el Código de Instrucción Criminal de Francia de 1808 (primer precedente de un proceso inquisitivo mixto<sup>100</sup>, que a nivel nacional se tradujo en un protagonismo acotado de un fiscal, moldeado con una figura de contornos difusos<sup>101</sup>), también reafirmó el principio de legalidad procesal, en línea con el Código Penal (en vigor a partir de 1921)<sup>102</sup>, que establecía en el artículo 71 el deber de iniciar “(...) de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes: 1) [l]as que dependieren de instancia privada; 2) [l]as acciones privadas”, y fijaba en el artículo 274 la obligación de los órganos de persecución penal de promover el enjuiciamiento de los culpables de un hecho punible, so pena de incurrir en delito.

Es importante destacar, entonces, que esa regla dorada y de interés público, consistente en la pragmática de perseguir aquellas conductas de tal nocividad, sin cuya prohibición y sanción la sociedad no podría conservarse (ya observada en Egipto, Israel, Grecia, Roma, la Edad Media, Inglaterra y Estados Unidos), encontró eco en nuestra

98. Aprobado en virtud del art. 1° de la Ley N° 23.984 (BO 09/9/1991), abrogada la Ley N° 27.063 BO 10/12/2014, art. 2°.

99. Esto evidencia la paradoja de un legislador nacional, que codificó una vez más a la luz de moldes procesales caducos, pues el Código Obarrio receptó en 1889 un modelo descartado por la misma España con la ley de enjuiciamiento criminal; y el Código Levene hizo lo propio al adoptar como faro un Código Procesal de Córdoba de 1940 reformado en 1991.

100. Luego emulado en Austria (1873), Alemania (1877), España (1882), Noruega (1887), Hungría (1896) e Italia (1913). Cfr. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., T. I, p. 363.

101. La instrucción en cabeza del juez (salvo que leyes especiales encomienden tal tarea al fiscal); la posibilidad de que el órgano decisor pueda iniciar cualquier investigación de oficio, el papel secundario de un fiscal vuelto en mero dictaminador u órgano de contralor de la intervención de los jueces, son algunas de las cuestiones destacadas por la doctrina, al tiempo de plantear un desplazamiento material del verdadero rol de acusador de representante del MPF en el Código Levene (cfr. arts. 356, 357, 370, 378, 383, 384, 388, 391 y 392 del Código Procesal Penal de la Nación objeto de estudio).

102. Aprobado por Ley N° 11.179 (BO 3/11/1921; T.O. 1984 actualizado).



rica tradición histórica, como así también hizo lo propio la necesidad de instituir una autoridad llamada a cumplimentar esa elevada misión en procura del bien común. Esto se puede apreciar en el Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica para las Provincias Unidas del Río de la Plata en la América del Sur de 1813 (art. 180), los Códigos Procesales Nacionales (Obarrio y Levene) y el Código Penal de 1921, donde se peralta el principio de legalidad procesal y oficialidad, al modificarse la fórmula “pueden”<sup>103</sup> por “deben” en el artículo 71, aspecto otrora encomiado por Tomás Jofré, en tanto así se sorteaba la venganza privada, se evitaba la pasividad de los perjudicados y se alcanzaban las supremas exigencias de la conservación social<sup>104</sup>.

Esto permite comprender, como bien explica Jofré, tomando como lazarillo la exposición de motivos del Proyecto de Código de Procedimiento Penal uruguayo de 1895: “(...) la perpetración de ciertos atentados que conmueven a la sociedad, que ponen en peligro sus más caras instituciones, no son ni pueden ser sino de su resorte; la acción privada se extingue allí donde la justicia tiene que resolver, no una contienda entre particulares, sino el desempeño del más alto privilegio, el poder absoluto de castigar y corregir en nombre de las supremas exigencias de la conservación social. Debe, pues, someterse la apreciación del caso al funcionario encargado de representar a la comunidad en las funciones relativas al ejercicio de tales acciones, no a título de acusador público, no a título de vindicta pública, sino en el nombre augusto de la ley y bajo los impulsos de la razón fría y serena”<sup>105</sup>.

En lo que hace a ese MPF caracterizado por Roxin como un “fruto tardío”<sup>106</sup>, han de destacarse dificultades a la hora de delimitar en

103. Consignada en Piñero, Norberto; Rivarola, Rodolfo,; Matienzo, José Nicolás, *Proyecto de Código Penal para la República Argentina*, 2ª ed., Buenos Aires, Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, 1898, pp. 118-119 y 319-323.

104. Cfr. Jofré, Tomás, *El Código Penal de 1922*, Buenos Aires, Valerio Abeledo - Librería jurídica, 1922, pp. 148-149.

105. Proyecto de Código de Procedimiento Penal uruguayo de los Dres. Acevedo, De María, etc., Montevideo, 1895, según cita de Jofré, Tomás, *El Código...*, ob. cit., p. 149.

106. Roxin, Claus, “Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público”, en AA. VV., *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003.

concreto su misión en el orden nacional. Es que la primera “Ley Orgánica del Ministerio Público” (Ley N° 24.946<sup>107</sup>) no escapó a la definición abstracta y ambigua esbozada en la CN (art. 120)<sup>108</sup>. De hecho, la promoción oficiosa de la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y el ejercicio de la acción pública en causas criminales/correccionales (arts. 25, incs. a y c; y 29 de la ley citada) fueron funciones determinadas en las normas generales del MP, sin individualizar en concreto a cuál de las dos ramas concernían (es decir, el MPF o el Ministerio Público de la Defensa<sup>109</sup>).

No obstante, una lectura de los artículos 33 a 50 de la ley citada ofrecía la pauta de que los representantes del MPF eran los titulares de la acción penal pública, que debían promover la actuación de la justicia, procurar la satisfacción del interés social y provocar la actividad jurisdiccional, además de mantenerla en los procesos, de corresponder.

En fin, aunque la ley orgánica definió al MP como un órgano independiente integrado por dos ramas<sup>110</sup> (art. 2°), con una autonomía funcional reforzada y autarquía financiera (arts. 1° y 27), determinó ciertas facultades tendentes a propiciar el ejercicio eficaz de la acción penal ante la noticia de un hecho delictivo (art. 26); y precisó el carácter vertical, jerárquico, monocrático de una institución regida por un principio de unidad e indivisibilidad de oficio, fortalecido con la potestad de sus titulares de dictar instrucciones generales (arts. 33, inc. d; y 51, inc. m); hubiese convenido no tratar en secciones comunes actividades específicas de cada organismo, a fin de demarcar con

107. Sancionada el 11 de marzo de 1998, BO 23/3/1998.

108. En el orden local acontece algo análogo, tal cual puede corroborarse en Garavano, Germán C.; Romero Berdullas, Carlos M., ob. cit.

109. En adelante, el MPD.

110. Parte de la doctrina estimaba que la estructura del MP era bicéfala, pues el Procurador General de la Nación se encuentra a cargo del MPF; mientras el Defensor General de la Nación, del MPD. En tanto Bidart Campos sostenía la existencia de una única cabeza del organismo, que sería el Procurador General de la Nación, de quien dependería el Defensor General, amén de hallarse diferenciados los ámbitos funcionales de ambos (cfr. Bidart Campos, Germán, J., *Compendio de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2004, cap. XLIV).

mayor exactitud el rol del MPF; y no añadir más confusiones a las ya generadas por el proceso mixto, en torno a la identidad del fiscal.

Esta circunstancia fue corregida, el 10 de junio de 2015, con la sanción de la Ley N° 27.148, pues esta es la primera ley orgánica que establece específicamente las funciones/principios generales del MPF, su misión, dinámica, organización, relaciones e integración; mientras la Ley N° 27.149 hizo lo propio con el MPD<sup>111</sup>.

Si bien, la ley citada reitera la definición del MPF como “órgano encargado de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad” (art. 1°), a la cual añade la misión de velar por la efectiva vigencia de la CN e “instrumentos internacionales de Derechos Humanos en los que la República sea parte y procurar el acceso a la justicia de todos los habitantes” (ídem), paulatinamente precisa las funciones penales de “(...) fijar la política de persecución penal y ejercer la acción penal pública, conforme lo establece el Código Procesal Penal de la Nación y las leyes complementarias, en todos los delitos federales y en aquellos delitos ordinarios cometidos en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires mientras su competencia no haya sido transferida a la jurisdicción local” (art. 3°).

Asimismo, un avance parcial en cuanto al redescubrimiento de la identidad del fiscal fue la sanción de un novel Código Procesal Penal de la Nación de corte acusatorio formal el 4 de diciembre de 2014 (Ley N° 27.063), cuya implementación fue suspendida mediante el Decreto PEN N° 257/2015<sup>112</sup>; pero alcanzó cierta concreción con el Código Procesal Penal Federal de la Nación, que fuera aprobado el 7 de febrero de 2019 por Decreto PEN N° 118/2019<sup>113</sup>.

Tal cual se explicó oportunamente, si como afirma Roxin, “el Derecho Procesal Penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado”<sup>114</sup>, o Derecho Constitucional reformulado<sup>115</sup>, la instauración de un proceso

111. BO 18/6/2015.

112. Del 24/12/2015, publicado en BO el 29/12/2015.

113. BO 8/2/2019.

114. Roxin, Claus, *Derecho Procesal Penal*, 1ª ed. en castellano de la 25ª ed. alemana, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p. 10.

115. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal I*, ob. cit., p. 163.

acusatorio se imponía, por cuanto este arquetipo constituye el *hashtag* más representativo de los valores preseleccionados como deseables por la CN<sup>116</sup> y la tradición<sup>117</sup>, independientemente de los mitos contruidos en derredor a este molde procesal<sup>118</sup>.

La división de poderes proyectada al proceso, el paradigma de no autocontrol, el sistema de frenos y contrapesos, junto a la imparcialidad del órgano decisor (antes implícita en el art. 18 de la CN, mas luego expresada en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional<sup>119</sup>), no solo presentan al proceso acusatorio formal como el sistema que mejor armoniza con nuestra Constitución Política<sup>120</sup>, sino también como el contexto más adecuado para que el fiscal pueda redescubrir su identidad, al demarcarse con claridad: “Los representantes del Ministerio Público Fiscal no pueden realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no pueden realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal (...)”<sup>121</sup>.

De esta forma, pareciera que las últimas reformas propendieron a una definición nítida del rol del fiscal, antes dificultada en gran medida por un crecimiento retardado de esta figura frente a un juez de instrucción prevalente y una matriz procesal mixta, en donde no lograba adquirir esa mayoría de edad tan anhelada para ejercer su verdadera misión de acusador.

Sin embargo, vale preguntarse si todas estas modificaciones legislativas se ajustan o no a la medida de razonabilidad de esos de-

116. Cfr. Romero Berdullas, Carlos M., “#Proceso Acusatorio: ¿Hashtag Constitucional?”, *Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional*, n° 3, 2015, pp. 57-107.

117. Una concepción de un ejercicio equilibrado del poder ya se observa en Aristóteles, ob. cit.; Cicerón, Marco T., “Sobre la República”, en *Obras Políticas*, Madrid, Gredos, 1982; y Santo Tomás de Aquino, *El Gobernante Cristiano (De regimine principum ad regem Cypri)*, Córdoba, Athanasius, 2016; y la recepción del proceso acusatorio también se advierte en Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, II-II, q. 67 a.3, 3ª. ed., Madrid, BAC, 1998.

118. Mitos desarrollados en Romero Berdullas, Carlos M., “Mitos y realidades del proceso acusatorio”, *Prudentia Iuris*, N. 86, Buenos Aires, Educa, 2018, pp. 133-167.

119. Cfr. arts. 14.1 de la PIDCP y 8.1 de la CADH.

120. Para mayor ilustración, véase Romero Berdullas, Carlos M., “#Proceso Acusatorio: ¿Hashtag Constitucional?”, ob. cit.

121. Art. 9º del Código Procesal Penal Federal de la Nación.

beres constitucionales y al designio de los fiscales consagrado en la CN, cuyo respeto traduce un desempeño fiel a su identidad. Y este interrogante se plantea porque las recientes innovaciones de los códigos procesales y la Ley Orgánica del MPF no sólo facilitaron una delimitación más diáfana de las funciones persecutorias/acusatorias y las decisorias en órganos disímiles; a la par, estos cambios también franquearon el camino a otras novedades no ligadas al proceso acusatorio, que fueron introducidas mediante alteraciones al Código Penal y la recepción de institutos ajenos a nuestra rica tradición histórica, cuya medida de constitucionalidad ha sido puesta en tela de juicio<sup>122</sup>.

Dentro de este escenario destaca la modificación del artículo 59 del Código Penal, que en la actualidad contempla la extinción de la acción penal, entre otras causales, por aplicación de un criterio de oportunidad y la conciliación o reparación integral del perjuicio, todo ello “de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes”.

A esto se suman las reformas de los artículos 71 y 73 del Código Penal, donde se fija, respectivamente, que sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las dependientes de instancia privada y las acciones privadas, las cuales son definidas como aquellas “que, de conformidad con lo dispuesto por las leyes procesales correspondientes, surgen de la conversión de la acción pública en privada o de la prosecución de la acción penal por parte de la víctima”<sup>123</sup>.

Por cierto, la ruptura del principio de legalidad procesal, faro de actuación del MPF en donde se expresa la identidad del fiscal, la incorporación de una insignificancia procesal que abre paso a la aplicación de un principio de oportunidad libre, la apertura hacia la

122. Cfr. *in extenso* Romero Berdullas, Carlos Manuel, *Derecho Penal Líquido...*, ob. cit.

123. A su vez, se estableció la aplicación subsidiaria de las normas del código de fondo en lo referente a la suspensión del juicio a prueba, ante la ausencia de regulación total o parcial en las leyes procesales correspondientes, por cuanto la materia mencionada se regirá de conformidad con éstas (art. 4º de Ley N° 27.147, que reemplazó el art. 76 del código sustantivo).

conversión de la acción pública en privada en determinadas circunstancias, y la nueva idea de acusadores públicos devenidos en gestores de los denominados “conflictos” (inspirada en un dialecto jurídico penal garanto-abolicionista<sup>124</sup>) inexorablemente interpelan a interrogarse si finalmente el fiscal alcanzó esa postergada mayoría de edad; o, por el contrario, su misión no resulta desnaturalizada mediante reformas legislativas que colocan en crisis su identidad.

### 3. LA MISIÓN DEL FISCAL A LA LUZ DE UNA PERSPECTIVA REALISTA

La natural inclinación del hombre a vivir en sociedad no se funda en el propósito de evitar un mal o enmendar un defecto, sino que es uno de los presupuestos para alcanzar la felicidad, pues, en palabras de Aristóteles: “La ciudad es la comunidad, procedente de varias aldeas, perfecta, ya que posee, para decirlo de una vez, la conclusión de la autosuficiencia total, y que tiene su origen en la urgencia del vivir, pero subsiste para vivir bien. Así que toda ciudad existe por naturaleza, del mismo modo que las comunidades originarias. Ella es la finalidad. Lo que cada ser es, después de cumplirse el desarrollo, eso decimos que es su naturaleza (...) Además, la causa final y la perfección es lo mejor. Y la autosuficiencia es la perfección, y óptima”<sup>125</sup>.

De hecho, la politicidad natural del hombre se encuentra fincada en la necesidad de alcanzar un *bonum commune* político no sólo supra ordenador respecto de cualquier otro bien en un plano mundanal<sup>126</sup>, sino también constituido como medida y principio de racionalidad de la vida política, jurídica y moral.

Podemos inferir, entonces, que el Estado no es un ente artificial, un potencial enemigo de la libertad de cada hombre o un expropiador de los denominados “conflictos” llamado a ejercer la

124. Ello es demostrado en Romero Berdullas, Carlos M., “De los delitos y los conflictos”, *Prudentia Iuris*, N. 88, Buenos Aires, Educa 2019, pp. 203-232.

125. *Vide* Aristóteles, ob. cit., L. I, cap. 2, 1252 b; y Santo Tomás de Aquino, *El Gobernante Cristiano*, L I, cap. I.

126. Castaño, Sergio R., *Lecturas críticas sobre el Poder Político*, México, Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

“violencia”<sup>127</sup>; pues *contrario sensu*, es natural al hombre. Es que esa socio-politicidad propia de los seres humanos conduce a éstos a la formación de esa comunidad política llamada a concretar el bien común político, entre cuyos “elementos principales (...) se encuentran: la ciencia, la justicia, el orden, la seguridad”<sup>128</sup>; y de “su realización resulta la paz”<sup>129</sup>, pues la “tranquila convivencia en el orden (...) es el signo que manifiesta la efectiva realización del bien en una sociedad determinada (...)”<sup>130</sup>.

Por otra parte, debemos notar que el derecho y la ley penal no son un instrumento de control social mediante sanciones, pues ambos se inscriben en la naturaleza humana (tanto por su procedencia, como por su fin perfectivo)<sup>131</sup>. Efectivamente, la ley penal (regla de prudencia determinada por la razón) determina lo justo a realizar para conservar la sociedad humana y lograr el bien común; mientras el derecho constituye objeto de la justicia<sup>132</sup>, medida que al dar a cada uno lo suyo y establecer o restituir el orden entre las personas (como partes de un todo) procura así la consecución de ese fin superior o *bonum commune*.

En definitiva, lógicamente nos hallamos en condiciones de afirmar que, dado el bien común político, surge naturalmente una comunidad política convocada a alcanzar ese fin, cuya existencia, a su vez,

127. Una refutación a la denominada “expropiación del conflicto”; una respuesta a la incorrecta asimilación de la palabra “delito” por “conflicto”; y una explicación de por qué el Estado aplica el ejercicio legítimo de la fuerza, mas no la violencia, pueden hallarse en Romero Berdullas, Carlos M., “De los delitos y los conflictos”; y Romero Berdullas, Carlos M., *Derecho Penal Líquido...*, ob. cit.

128. Sacheri, Carlos A., *El orden natural*, 6ª ed., Buenos Aires, Vórtice, 2007, p. 190.

129. Ídem.

130. Ídem.

131. Cfr. Lamas, Félix A., “Percepción e inteligencia jurídicas. Los principios y los límites de la dialéctica”, en AA. VV., *Los principios y el Derecho Natural en la metodología de las ciencias prácticas*, Buenos Aires, Educa, 2002, p. 12; y Repetto, Alfredo, “Otras precisiones sobre el Derecho Penal Realista (hecho, valor y norma)”, en *Diario de Política Criminal*, n° 11.910, Buenos Aires, El Derecho, 21 de diciembre de 2007, 6.6.

132. Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, Buenos Aires, Colihue, 2015, B 2015, L. V, cap. I, 1129ª y 1129b 1-5, 2015; y Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, II-II, q. 57, a.1 y q. 58, a.1.

constituye el sustrato de la potestad política que producirá el derecho concreto<sup>133</sup>, pues en palabras de Castaño, al haber “fin común político hay comunidad política; y porque hay comunidad política hay autoridad política”<sup>134</sup>.

Por tanto, en este contexto, la potestad pública de los órganos de conducción, legislación, persecución penal (léase la desarrollada por los fiscales o el MPF) y jurisdicción es de Derecho Natural, indispensable e inderogable, en la medida en que sin el cumplimiento de su función directiva o la coactiva (ya sea tuitiva o punitiva) no podría preservarse la sociedad, ni cumplirse con las justas exigencias del bien común político<sup>135</sup>. En consecuencia, si bien ha de destacarse “la prelación de la faz directiva por sobre la imprescindible faz punitiva en el seno de la potestad política (...) No obstante, señalamos desde ya a la facultad punitiva como una de las propiedades del poder político, tal como el que existe en un mundo signado por la defectividad espiritual del hombre”<sup>136</sup>.

De ahí la importancia de la misión ejercida por aquel sujeto que en representación del interés público y la víctima comunidad política –siempre comprometida ante la comisión de un delito de acción pública– provoque el ejercicio de la jurisdicción ante la noticia del hecho penal, en pos de administrar justicia e impedir la defensa por mano propia, constante ya comprobada al analizar la persecución penal en tiempos primigenios: en Egipto, Israel, Grecia, Roma, la Edad Media, Inglaterra, Estados Unidos; e, incluso, en nuestro Derecho Patrio.

No podemos obviar que, cuando aludimos a un delito, no nos referimos a una problemática o mero conflicto. El hecho penal es un

133. Cfr. Castaño, Sergio R., *Lecturas críticas...*, ob. cit., p. 111.

134. Castaño, Sergio R., *El Poder Constituyente entre mito y realidad*, San Luis, Instituto de Filosofía del Derecho y Ciencias Afines, Universidad Católica de Cuyo, 2012, p. 27.

135. En efecto, la comunidad necesita una autoridad que disponga sus partes hacia la concreción del bien común; en tanto: a) es inviable que todos sus integrantes puedan regirla en simultáneo; b) sucede, a veces, que los intereses particulares de alguna parte contradicen el propósito común; y c) algunas acciones indispensables para la conquista del *bonum commune* pueden no resultar de incumbencia al particular (cfr. Castaño, Sergio Raúl, *Lecturas críticas...*, ob. cit., pp. 82, 93 y 111-114).

136. *Ídem*.



acto humano (acción u omisión) culpable que lesiona o pone en peligro determinados bienes protegidos por las normas jurídicas y, además, presenta una doble razón de demérito y gravamen, pues no sólo hiere en múltiples ocasiones a la persona singular (o parte ordenada al todo) en su bien, sino también de modo prevalente daña siempre a toda la comunidad política<sup>137</sup>. En definitiva, el motivo que mueve al legislador a introducir en el Código Penal determinadas conductas en calidad de delitos es su especial gravedad y trascendencia en orden a la afectación del interés público.

Simplificando, cuando nos topamos con los “delitos”, nos posicionamos frente a los hechos más graves y antijurídicos, sin cuya prohibición, persecución y sanción la sociedad no podría preservarse, pues la ley penal no prohíbe todos los vicios, sino únicamente aquellos actos humanos exteriores revestidos de tal nocividad social, que de no prohibirse la ciudad no podría preservarse<sup>138</sup>. Por ello, la obligatoriedad de perseguir penalmente determinadas conductas “es un aspecto relacionado históricamente a la trascendencia de la conducta disvaliosa cometida contra la comunidad política, el interés público en su sanción y la necesidad de no dejar librada la respuesta penal a la iniciativa individual de los ciudadanos o la incorrectamente denominada justicia por mano propia”<sup>139</sup>.

Puede afirmarse, entonces, que existe un interés de la comunidad política para prever esas acciones en el Código Penal, anunciar la imposición de una pena al potencial infractor, perseguir a quienes delinquen y sancionar, luego de sustanciado un debido juicio previo,

137. Cfr. Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, I-II, q. 21, a.3, 1ª ed., Madrid, BAC, 1990; y Repetto, Alfredo, “La importancia del Derecho y del Derecho Penal”, en *Diario de Política Criminal*, n° 11.780, *El Derecho*, Buenos Aires, 15 de junio de 2007, acápites nros. 3.4 y 4.2.

138. Cfr. Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, I-II, q. 96, a.2; y II-II, q. 77, a.1, resp. a obj. 1. En línea con ello, Carnelutti enseña que el Código Penal se hace “para conseguir que los ciudadanos se abstengan de ciertos actos que se consideran gravemente nocivos al bien común y realicen ciertos actos que son necesarios para ese mismo bien común” (Carnelutti, Francesco, *Cómo nace el Derecho*, Buenos Aires, Librería El Foro Rodamillans, 2006, p. 12).

139. Romero Berdullas, Carlos M., “Mitos y realidades del proceso acusatorio”, ob. cit., p. 159.

a quien decidió cometer esa conducta sumamente perjudicial para el orden de convivencia.

Vale precisar, también, que la obligación jurídica debida al otro y contemplada por el legislador es una necesidad de fin<sup>140</sup>, en tanto se instituye el medio particularmente más apto para realizar el bien común. Ergo, su vulneración exige la coacción jurídica indispensable para concretar su cumplimiento, por cuanto el orden jurídico no puede tolerar su quebrantamiento; pues, de lo contrario, su existencia en tanto orden a fin resultaría comprometida<sup>141</sup>.

En consecuencia, dada la necesidad de fin del orden jurídico, ante el incumplimiento deliberado de la ley penal y de lo justo, la amenaza de la pena debe concretarse –en tanto la respuesta penal no perjudique gravemente el bien común<sup>142</sup>– para restablecer el orden de justicia alterado por el ofensor; evitar la vindicta privada; y salvaguardar la vigencia real de las prescripciones imperadas tanto para no dañar al otro, como respetar la vida tranquila, imperativos de justicia general orientados a resguardar el bien común político. Esto explica la necesidad de la persecución penal y la coacción jurídica, que “(...) introduce la fuerza en la noción de Derecho”<sup>143</sup>, hace a su eficacia; e induce a la virtud, sin cuya concreción se volvería inconquistable el culmen de abrazar el bien común, por cuanto los ciudadanos (o las partes) no se encontrarían proporcionados al *bonum commune* de la ciudad (o el todo).

Se comprende por lo recién expresado que, si la comunidad política no consiguió prevenir el delito, nace el deber de restaurar el

140. Una necesidad de fin se da cuando no es posible alcanzar un determinado fin sin un medio (Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, I, q. 82, a.1, 4ª ed., Madrid, BAC, 2001).

141. Cfr. Repetto, Alfredo, “La importancia del Derecho y del Derecho Penal”, en *Diario de Política Criminal*, n° 11.780, cit., n° 3.3.4; y Lamas, Félix A., *La Experiencia Jurídica*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 1991, pp. 349-350.

142. Así pues, se admite la posibilidad de que en algún caso prudencial pueda justificarse la no retribución de un hecho penal si esto perjudicara gravemente el bien común, como por ejemplo acontece en el supuesto de la amnistía o el indulto.

143. Carnelutti, Francesco, ob. cit., p. 25.

orden jurídico conculcado mediante una justa retribución, junto a la necesidad de igualar de algún modo esa desigualdad provocada por el hecho penal. De ahí que la imperatividad de la persecución penal en los delitos de acción pública finca en la manda de “afianzar la justicia” que hace al orden político<sup>144</sup> y se encuentra consagrada en el Preámbulo de la Constitución Nacional de la República Argentina.

Se trata de un propósito de “afianzar la justicia” que comprende la necesidad de concretar la “primera garantía de la justicia penal”<sup>145</sup> (dar a quien delinque su pena, mas no al inocente) en defensa del

144. Cfr. lo expresado en Sampay, Arturo E., *La Filosofía Jurídica del Artículo 19 de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975, p. 38, donde se sigue el magisterio del Filósofo.

145. Es preciso no incurrir en una mirada reduccionista como la ofrecida por el garanto-abolicionismo, que al obviar la bondad de “lo justo penal” y el bien ético jurídico implícito en el Derecho Penal, construye las garantías tanto en contra de la comunidad política, como en favor de quien delinque. Por ello es fundamental no recortar el verdadero significado de la palabra garantía, término que refiere a aquella “cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad”; y la “seguridad o certeza que se tiene sobre algo” (cfr. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Edición del Tricentenario, 23ª ed. electrónica, disponible en: <http://lema.rae.es/drae2001/srv/search?id=ningOSAUIDXX2pK1oGwO>, fecha de consulta: 23/03/2020). Esto es esencial destacarlo, pues una actitud realista no puede menospreciar una garantía de la ciudadanía que radica precisamente en la concreción de la justicia penal, dado que los integrantes de la comunidad deben gozar de ese Derecho Subjetivo y garantía real a la seguridad. Es decir, una seguridad gnoseológica y redituable en la tranquilidad psicológica de que dado el delito no prevalecerá la impunidad sobre el *ius puniendi* estatal. Por tanto, debe actualizarse la certeza de que el sistema penal, dada su función pública orientada al bien común político, actuará en procura de la materialización de los disímiles fines de las penas.

Cabe añadir la relevancia de superar falaces antinomias, pues el Derecho Penal y las garantías no ofician de contrapunto, tal cual se demuestra en Romero Berdullas, Carlos M., “#Proceso Acusatorio: ¿Hashtag Constitucional?”, ob cit., donde se refuta cualquier “contradicción entre las garantías individuales de un imputado y el principio de dar a quien delinque su pena, ya que justamente este principio prescribe la absolución del inocente. Sin más ni más, sería un craso error creer que las garantías individuales del imputado son sólo vallas en orden a la materialización del Derecho Penal, por cuanto de hecho constituyen un imperativo indeclinable para que se realice una justa retribución insuflada por el bien común. Pues un debido proceso informado por la justicia es una *condictio sine qua non* para aplicar la pena a quien corresponde y no sancionar penalmente a un inocente” (ob. cit., pp. 72-73).

bien común, en beneficio de la víctima comunidad política y en miras de restablecer la paz social.

Un deber de “afianzar la justicia ante un delito” correspondiente con un Derecho Subjetivo Natural de ejercicio imperativo receptado en la Constitución Nacional de la República Argentina (e incluso sobreentendido, en tanto se trata de una prescripción iusnatural evidente<sup>146</sup>), al establecer que el Congreso Nacional debe dictar el Código Penal (art. 75, inc. 12, CN) en representación de la víctima comunidad política, para poder vivir bien.

146. De hecho, esta premisa es tan evidente que, partiendo de otros presupuestos ideológicos, Isensee arriba a la misma conclusión. Pues el citado plantea: “(...) La pretensión de que la justicia garantice los derechos es un derecho fundamental del *status positivus libertatis*. A diferencia de lo que sucede con el derecho fundamental a la tutela jurídica frente a la coacción estatal, el derecho fundamental a la tutela jurídica frente a particulares no está expresamente reconocido en el texto de la Constitución. Pero tampoco es necesario, puesto que la garantía de justicia es algo que se sobreentiende. Es la compensación del Estado de Derecho a cambio de la renuncia a la venganza privada que exige a sus ciudadanos. Forma parte de los pilares de la paz estatal” (Isensee, Josef, *El Derecho Constitucional a la seguridad: sobre los deberes de protección del Estado Constitucional liberal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 67).

Todavía más, cuando la CADH estipula una obligación del Estado orientada a respetar los derechos, garantías y libertades del hombre ante la conducta estatal; y otra precisada por exigencias concernientes a asegurar el libre y pleno goce de los Derechos Humanos (Corte IDH en el Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, parágrafos nros. 166 y 167), permite inferir el deber del Estado de contener, refrenar y sancionar el delito con la mayor eficacia posible, a fin de garantizar la seguridad de los ciudadanos. Tanto es así que la Corte Suprema de Justicia de la Nación recogió el art. 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde se establece: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por **la seguridad de todos** y por las justas exigencias del bien común (...)” (la negrita me pertenece); además de poner de relieve: “[I]a Constitución es una estructura coherente y, por lo tanto, ha de cuidarse en la inteligencia de sus cláusulas, de no alterar el delicado equilibrio entre la libertad y **la seguridad**” (la negrita me pertenece). Cfr. CSJN, *Alonso, Jorge E. y otros s/ contrabando de estupefacientes y otros delitos - causa n° 3161*, sentencia del 26/12/1995, Fallos: 318:2611 y *Portillo, Alfredo s/ infr. art. 44 Ley N° 17.531. P. 391. XX*, sentencia del 18/04/1989, Fallos: 312:496, respectivamente.

En efecto, este deber de “afianzar la justicia ante la comisión de un hecho penal”<sup>147</sup> que se proyecta en la obligación del Ministerio Público Fiscal de ejercer de oficio la acción penal ante la noticia de la consumación de un delito de acción pública, y la prohibición de suspender, interrumpir o desistir de la persecución penal, salvo en las excepciones expresamente determinadas por la ley, además se conjugan armónicamente con la previsión de la amnistía<sup>148</sup> e indulto<sup>149</sup>. Es que al contemplar el constituyente estos supuestos de excepción, pareciera haber rubricado como regla general la de regular la necesidad de persecución penal ante la perpetración de aquel grave mal denominado delito<sup>150</sup>. Por consiguiente, podría inferirse que en las mismas bases de nuestra Constitución Política se encuentra receptado el principio de legalidad procesal; pues caso contrario, los fiscales

147. Directriz evidente, que se encuentra prevista en el art. 18 de la Constitución Nacional, pues al sentar la imposibilidad de aplicar pena alguna sin juicio previo, se presupone el principio del Derecho Penal de dar a quien delinque su pena y no al inocente. Por ello, tal cual lo explica Hernández, es tan evidente esta prescripción iusnatural, que el Derecho de la Nación da por sobreentendida la integración de este derecho de dar a quien delinque su pena (lo justo penal), en el cual se proyecta el principio de dar a cada uno lo suyo (Hernández, Héctor H., *El garantismo abolicionista*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2013, pp. 167-168).

148. Cfr. art. 75, inc. 20 de la Constitución Nacional.

149. Cfr. art. 99, inc. 5° de la Constitución Nacional.

150. Es importante no equiparar incorrectamente como dos males el mal procedente del delito y el mal originado por la pena, pues mientras el delito es un mal empírico y moral, la pena es un bien ético-jurídico, ya que al imponerse se hace justicia. De ahí que si bien la pena es un mal desde una perspectiva óptica (al privar al hombre de un bien particular), desde el punto de vista axiológico constituye un “bien”, al compensar en justicia ese primer mal llamado “delito” y equilibrar el desorden provocado por el hecho penal [cfr. Tale, Camilo, “Los legítimos fines de la pena jurídica”, en AA. VV., *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2010, pp. 136, 140-141, 289-290].

Si se desea profundizar sobre el bien del Derecho Penal, se sugiere leer Romero Berdullas, Carlos M., *Derecho Penal Líquido...*, ob. cit.; y del mismo autor, “Delitos de acción pública, privada e instancia privada. Una indagación acerca de su razonabilidad”, en *Prudentia Iuris*, N. 90, Buenos Aires, Educa, 2020, pp. 159-188; “Inepcias de la conciliación anti-penal”, Buenos Aires, *elDial.com* - DC2646, 20/11/2018; y Repetto, Alfredo, “El Derecho Penal realista y una aproximación al bien común”, en *Diario de Política Criminal*, n° 235-1246, Buenos Aires, *El Derecho*, acápite 9.9, 2009.

podrían ser ungidos con una suerte de poder dispositivo de perdón o indulto<sup>151</sup>, en desmedro claro de la expresión constitucional.

Lo expuesto permite inferir que, “ante el conocimiento de un hecho aparentemente delictivo caracterizado como de acción pública, dada la especial gravedad y nocividad del presunto acontecimiento penal para el todo social, nace en cabeza de la víctima (que es tanto la comunidad política como el particular afectado) un derecho subjetivo natural o derecho humano a investigar si se cometió un delito”<sup>152</sup>. Se hace referencia a “un derecho que es ejercido mediante el Ministerio Público Fiscal, organismo que en representación de la comunidad política debe promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad (art. 120, CN)”<sup>153</sup>.

Aquí se puede advertir, como bien enseña Vélez Mariconde, que la acción penal ejercida por el Ministerio Público, más que un derecho, constituye un deber. *Stricto sensu*, se trata de un poder de ejercicio imperativo, en tanto la pretensión jurídica que se procura hacer valer posee su basamento en el Derecho Público; y, por lo tanto, no puede disponerse de ésta, tal cual acontece en el Derecho Privado<sup>154</sup>. No es en vano resaltar esto pues, tal cual lo explica Frister, “el Derecho Penal no regula una relación jurídica entre personas privadas, sino una injerencia de la autoridad del Estado en los derechos del individuo, que sucede en interés público”<sup>155</sup>.

Es que tal como lo manifiesta el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, abrevando en el magisterio de Welzel, la “«misión general del Derecho Penal» es «proteger los valores elementales de la

151. La posibilidad de propender hacia la unción de los fiscales con un poder de perdón o indulto ya fue otrora criticada con fundamentos sólidos en Vélez Mariconde, Alfredo A., ob. cit., T. II, p. 180.

152. Cfr. solución a artículo disputado 1 en Romero Berdullas, Carlos M., “De la inconstitucional regulación de la acción penal. Inconsecuencias de reformas contradictorias”, Buenos Aires, *Dial.com* - DC2735, 23/04/2019.

153. *Ídem*.

154. Vélez Mariconde, Alfredo A., ob. cit., T. II, p. 260.

155. Cf. Frister, Helmut, *Derecho Penal, Parte General*, 1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2011, p. 38.

vida comunitaria»; y «(...) la meta suprema de la pena» es preservar a la sociedad de los comportamientos que le son nocivos y proteger los valores elementales de la convivencia”<sup>156</sup>.

Lo desarrollado nos conduce a afirmar la correspondencia entre ese deber o poder de ejercicio obligatorio –al cual aludía Vélez Mariconde– y el Derecho Subjetivo de la comunidad política a que se investigue, para luego de sustanciado el debido proceso, sancionar o absolver a quien fuera acusado.

A partir de lo vertido, entonces:

“[P]odemos considerar que el ejercicio de la acción es un derecho subjetivo público de toda la comunidad política y sus partes. Un derecho subjetivo natural que es ejercido a través de los fiscales para obtener de los órganos competentes el esclarecimiento de los hechos aparentemente delictivos y las responsabilidades correspondientes, mediante la investigación y un debido juzgamiento (premisas ínsitas en los arts. 16, 18 y 33 de la Constitución Nacional, y a su vez repectadas en los arts. 8° y 25 del Pacto de San José de Costa Rica y el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos tratados con jerarquía constitucional). De modo que puede inferirse, sin dificultad, la relación de este Derecho Subjetivo Natural con el acceso concreto y efectivo a la justicia”<sup>157</sup>.

No obstante, tal como se anticipó, “no se trata de un derecho subjetivo de ejercicio facultativo, pues es un derecho - deber fundado en nuestra Constitución Política y la razonabilidad del Derecho Natural que se concreta a través de la acción. En pocas palabras, *la acción es un derecho, deber y poder de ejercicio imperativo*, precisamente basado en el carácter público e indisponible del Derecho Penal, que es una necesidad de fin para preservar la comunidad política, en miras del bien común de todos”<sup>158</sup>. Naturalmente, “sin ejercicio de la acción penal, no existe investigación, ni esclarecimiento de los presuntos hechos penales, como

156. Kaufmann, Armin, “La Misión del Derecho Penal”, en *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*, en Colección Grandes Maestros del Derecho Penal, n° 40, Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2018, pp. 29-30.

157. Cfr. solución a artículo disputado 1 en Romero Berdullas, Carlos M., “De la inconstitucional...”, ob. cit.

158. *Ídem*.

así tampoco debido proceso y juicio”<sup>159</sup>, lo que no solo torna “a la ley penal en un conjunto de mandas incumplidas e inermes”<sup>160</sup>, sino también demuestra la relevancia de la misión conferida por la Constitución Política al MPF en materia penal. Pues su actuación se convierte en una necesidad de fin, en tanto sin el ejercicio de la persecución penal no puede sustanciarse un debido proceso tendente a promover la actuación de la justicia y preservar la concordia en pos del bien común ante el acto de iniciativa “delito”. A tal punto, que si los representantes del MPF se desentendieran de su verdadera misión<sup>161</sup> o la desnaturalizaran, ineluctablemente se horadaría la piedra angular de aquello “que en la ciudad se llama concordia, vínculo de bienestar seguro y óptimo para toda república, pues ésta no puede subsistir sin la justicia”<sup>162</sup>.

Ahora bien, sin pretender ingresar aquí en una posible disputa –en tanto excedería el objeto formal de este trabajo–, únicamente cabe acotar que esta necesidad de afianzar esa justicia configuradora del orden político, también se encuentra abierta hacia otros fines valiosos (léase preventivos o resocializadores<sup>163</sup>), también fincados en el bien

159. Cfr. solución a artículo disputado 2 en Romero Berdullas, Carlos M., “De la inconstitucional...”, ob. cit.

160. *Ídem*.

161. Claro que la misión de los fiscales de custodiar la legalidad y la Constitución Política de la Nación se encuentra engarzada al propósito de procurar una justicia acorde a la realidad. De ahí la importancia del principio de objetividad, que remite a la necesidad de indagar la verdad si uno se propone ser justo con la víctima comunidad política, las víctimas particulares (de haberlas) y los imputados. Así pues, el desempeño del fiscal debe hallarse guiado por “la medida de lo real” y el respeto irrestricto de las garantías individuales reconocidas constitucionalmente en un juicio justo.

162. Cicerón, Marco T., *Sobre la República*, L. II, 42, 69, p. 93.

163. Si bien parte de la doctrina efectúa una lectura crítica del sentido retribucionista de la pena, en base al art. 18 de la Constitución Nacional, no puede soslayarse la perspectiva de Cabral, quien plantea que la idea de castigo no es ajena a los antecedentes constitucionales (cfr. Disposiciones Generales sobre Seguridad Individual del 23 de noviembre de 1811), ni al actual art. 60, donde se alude a la sujeción a la acusación, juicio y castigo ante los tribunales ordinarios de quienes fueran condenados por el Senado en juicio político. En efecto, Cabral explica que el artículo citado refiere a las cárceles de retención (o sea, a las destinadas a la guarda de los procesados); y añade: “(...) que la declaración de que «las cárceles son para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas» nunca podrían suponer una concepción general váli-



común político, los cuales no necesariamente se oponen a un sentido retributivo de la pena<sup>164</sup> llamado a integrarse con la pauta de resocialización del delincuente acuñada en el artículo 5º, inc. 6º, del Pacto de San José de Costa Rica, en tanto allí se establece cómo debe llevarse a término la privación de libertad al tiempo de ejecutarla, mas no especifica cuál es la justificación del castigo, respuesta susceptible de alcanzarse en un estadio anterior<sup>165</sup>, es decir, en lo justo debido<sup>166</sup>.

---

da para todas las especies de pena legítimamente posibles; a nadie se le ha ocurrido pensar –que sepamos– que las penas de multa e inhabilitación previstas en el art. 5º del Código Penal tengan por objeto el aseguramiento y no el castigo de la persona del condenado” (cfr. Cabral, Luis M., *Compendio de Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, en cap. XII, titulado “La Constitución y las cárceles de la Nación”, pp. 293-298).

164. Tal cual se explica en Tale, Camilo, “Los legítimos fines de la pena jurídica”, en AA. VV., *Fines de la Pena. Abolicionismo, impunidad* (dirigido por Hernández, Héctor H.), Buenos Aires, Cathedra jurídica, 2010, pp. 138-139.

165. Así pues, como explica Sancinetti, “[e]n la conminación penal sigue prevaleciendo la prevención general; en la imposición de la pena, la idea de que sólo la pena justa puede brindar un parámetro; en la ejecución de la pena tienen que prevalecer los fines de prevención especial. Por ello, cuando el art. 5º, párr. 6º, de la CADH dice que las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados, sólo dice eso, es decir, que una vez impuesta la pena, debe perseguirse ese fin, pero por sí solo, ese precepto no aporta la justificación del castigo, que se halla en un paso previo” (cf. Sancinetti, Marcelo, ob. cit., p. 10).

166. No puede obviarse, como explica Yacobucci, que la “(...) aplicación de las leyes penales debe seguir criterios naturalmente proporcionales, en cierta medida retributivos, ya que, sin estos, la medida de la intervención y de la sanción carece de una referencia más o menos racional, esto es, justa” (Yacobucci, Guillermo, *El sentido de los principios penales: su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, 1ª ed., Buenos Aires, Ábaco, 2002, pp. 200-201). Más aún, el citado alude a una “tendencia contemporánea, que (...) busca negar el carácter retributivo del Derecho Penal –ocultándolo inútilmente en la noción de proporcionalidad (...)”; tendencia objetada en tanto “(...) lleva el germen de una racionalidad instrumental que construye la respuesta penal de cara al mero utilitarismo o la técnica” (ídem).

Por consiguiente, dentro de este contexto no puede soslayarse lo afirmado por un finalista de la talla de Armin Kaufmann, quien tras explicar la imposibilidad de prescindir de la idea de la retribución justa de la compensación del injusto y de la culpabilidad, añade que “(...) desde hace cien años –y especialmente ahora– con la palabra retribución no se pretende tanto designar una posición como estigmatizarla a ella y a quien la defiende” (Kaufmann, Armin, “La misión del Derecho Penal”, en

#### 4. ANÁLISIS DE LOS DEBERES POSICIONALES DEL FISCAL, A PARTIR DE LAS RECIENTES REFORMAS

Expuesta la misión del fiscal desde una perspectiva realista, ahora nos hallamos en condiciones de analizar cómo inciden las recientes modificaciones legislativas en su actuación, pues en la medida en que los representantes del MPF sean fieles a sus deberes posicionales reafirmarán su identidad<sup>167</sup>. De lo contrario, de no cumplimentar con ciertas obligaciones incondicionales que hacen a su integridad, su identidad ingresará nuevamente en crisis; y aquella mayoría de edad tan procurada se evanecerá una vez más.

##### *4.a. La insignificancia procesal u oportunidad libre*

Si bien actualmente se advierte una tendencia legislativa y doctrinal a receptar ciertas manifestaciones del principio de oportunidad, no es menos cierto que ya reconocidas voces del ámbito académico han atendido posibles objeciones al estudiar su medida de razonabilidad, tales como, por ejemplo, Hassemer, Albrecht y Armenta Deu<sup>168</sup>, entre otros. Por lo tanto, se advierte la relevancia de analizar cómo

---

*Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*, en Colección Grandes Maestros del Derecho Penal, n° 40, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2018, pp. 30-31).

167. Cfr. Romero Berdullas, Carlos M., "Proceso Penal en clave republicana: Salvaguarda constitucional contra los analogados del cesarismo", *Prudentia Iuris*, N. 82, Buenos Aires, Educa, 2016, p. 91.

168. Cfr. *in extenso* Hassemer, Winfried, "La persecución penal: legalidad y oportunidad", *Lecciones y Ensayos*, n° 50, Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho, 1988, pp. 13-21 Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/50/la-persecucion-penal-legalidad-y-oportunidad.pdf> (fecha de consulta: 29/04/2016); Albrecht, Peter-Alexis, "Coordenadas de una legalidad penal en el Estado de Derecho: Principio de la proporcionalidad, principio de la legalidad, principio de oficialidad", en AA. VV., *Revista de Derecho Procesal Penal* (Dir. Donna, Edgardo A.), *La Investigación penal preparatoria: Función de las policías*, T. II, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2013; y Armenta Deu, Teresa, *Estudios sobre el Proceso Penal*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008.

pueden incidir en el desempeño de los fiscales determinadas proyecciones de una oportunidad ajena a nuestra rica tradición histórica.

Veamos ahora cómo gravita la denominada insignificancia procesal receptada en diversos códigos procesales<sup>169</sup> y el Código Procesal Penal Federal<sup>170</sup> en el ámbito de actuación del MPF, como así también si esa facultad otorgada al fiscal de disponer de la acción penal pública cuando, a su entender, se tratase de “hechos que por su insignificancia no afectasen gravemente el interés público”, reafirma o no la identidad de este actor.

Una primera aclaración propedéutica que debemos dejar sentada es que la insignificancia procesal constituye un concepto relativo fundado en razones político-criminales de relocalización o eficiencia<sup>171</sup> destinadas a concentrar la capacidad operativa del MPF; de modo tal de dar prevalencia a la persecución de hechos socialmente más cuantificables, respecto a otros de menor relevancia<sup>172</sup>. Por consiguiente, debe distinguirse la insignificancia procesal de la insignificancia material, pues ésta deriva del adagio “el tribunal no trata con pequeñeces”<sup>173</sup>, y se basa en categorías dogmáticas, a través de las cuales se ponderan como atípicas determinadas afectaciones de bienes jurídicos dada su nimiedad.

Y otra nota aclaratoria que no debemos soslayar es que la insignificancia procesal es un modo de disponibilidad de la acción penal, mediante el cual se solapa la introducción de un principio de oportu-

169. Cfr. Ciudad Autónoma Buenos Aires (art. 199, inc. e, CPPCABA), provincia de Buenos Aires (art. 56 bis, CPP), la Pampa (art. 15, inc. 1º, CPP), la Rioja (art. 204 bis, inc. 1º, CPP), Río Negro (art. 180 ter, inc. 1º, CPP), Santa Fe (art. 19, CPP), Mendoza (art. 26, CPP), Chubut (art. 44, CPP), el Chaco (art. 6º bis, inc. 1º, CPP), Entre Ríos (art. 5º, CPP), Jujuy (art. 101, inc. 1º, CPP), Neuquén (art. 106, inc. 1º, CPP), Misiones (art. 60, inc. b, CPP) y Santiago del Estero (art. 2º, CPP).

170. Cfr. arts. 30 y 31 del Código Procesal Penal Federal.

171. Cfr. Binder, Alberto M., *Derecho Procesal Penal*, T. II, Buenos Aires, Ad Hoc, 2014, pp. 436-437.

172. Cfr. Binder, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2ª ed. act. y amp., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, p. 221; y Solimine, Marcelo A., *Bases del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Ley N° 27.063*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015, p. 127.

173. Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, T. I, Madrid, Civitas, 1997, pp. 292-296.

tunidad libre<sup>174</sup> con el rótulo de un supuesto principio de oportunidad reglado<sup>175</sup>, pues la facultad conferida al fiscal busca sustento en fórmulas vagas, abstractas e indeterminadas (léase “hechos de menor significación” o que “no afectaren gravemente el interés público”), mediante las cuales el representante del MPF puede prescindir arbitrariamente de la persecución por razones de política criminal, relocalización, eficiencia o pragmatismo.

Al tiempo de evaluar el influjo de esta herramienta en la labor de los fiscales, no podemos obviar que las genéricas condiciones de aplicabilidad de la insignificancia procesal no solo dificultan la posibilidad de objetivar estos conceptos, sino también, paradójicamente, abren “un resquicio para que los fiscales decidan, arbitraria y veladamente, si se impulsa o no la acción penal, degenerando en un activismo judicial ilimitado de los custodios de la legalidad”<sup>176</sup>. Al punto tal que el mero voluntarismo del fiscal se vuelve en el criterio delimitador en estos supuestos<sup>177</sup>. Por tanto, esta imprecisión de cánones

174. La oportunidad libre responde al Derecho anglosajón o el imperante en Estados Unidos, donde el fiscal goza de una vasta libertad para disponer de la acción penal; mientras en el esquema signado por la oportunidad reglada, la selectividad de los fiscales en orden de ejercer la acción penal se hallaría condicionada expresamente por la ley, tal como acontece, por ejemplo, en Alemania. No obstante, vale dejar sentado que solo tiene sentido hablar de oportunidad cuando aludimos a “oportunidad libre”, pues como explica Pastor, la variable reglada no es más la posibilidad de determinación (en abstracto) propia y normal del parlamento representativo, mas no de decisión (en concreto) de no perseguir penalmente, dispuesta por un fiscal de modo autónomo (cfr. Pastor, Daniel R., *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, p. 47).

175. Para mayor ilustración, léase *in extenso* Romero Berdullas, Carlos M., *Criterios de oportunidad en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2020; Romero Berdullas, Carlos M., *Derecho Penal Líquido...*, ob. cit. y Romero Berdullas, Carlos M., “Alcance del principio de oportunidad”, en AA. VV., *Comentarios al Proyecto de Código Penal*, Buenos Aires, Thomson Reuters - La Ley, junio 2019.

176. Romero Berdullas, Carlos M., “Alcance del principio...”, ob. cit., pp. 283-284.

177. Otra manifestación de insignificancia procesal, que origina análogas críticas, es la intervención de menor relevancia, exigua contribución con el hecho o escasa culpabilidad receptada en algunos códigos procesales, donde el criterio de selección es la orfandad de interés en la persecución en base a principios de economía procesal, prioridades político-criminales y la capacidad persecutoria del Estado, pero en este

objetivos, inexorablemente, conduce al anonadamiento de la primera garantía de justicia (dar a quien delinque su pena) y a otras garantías individuales (léase, la legalidad material, la igualdad, etc.)<sup>178</sup>, en la medida en que, so pretexto de razones pragmáticas o político-criminales, el fiscal puede veleidosamente determinar si impulsa o no la acción penal, sin controles republicanos y resortes constitucionales aptos, e incluso señeramente en estadios iniciales de los procesos, caracterizados por una nimia visibilidad.

En definitiva, mediante la aplicación de conceptos subjetivos e indeterminados, los fiscales podrían resolver de modo diferente a hechos circunstanciados por iguales condiciones, lesionando el principio de igualdad ante la ley<sup>179</sup>, a través de una persecución penal selectiva<sup>180</sup> y arbitraria. De este modo, una persecución penal signada por estas características obvia que, como explica Albrecht:

---

caso relacionados a la participación, culpabilidad y/o responsabilidad. Así pues, surgen inexorablemente dificultades para discernir a partir de parámetros objetivos qué debe considerarse como intervención de menor relevancia, exigua contribución con el hecho o escasa culpabilidad-responsabilidad (cfr. *in extenso* Romero Berdullas, Carlos M., "Manifestaciones del principio de oportunidad", *Prudentia Iuris*, N. 83, Buenos Aires, Educa, junio 2017).

178. Para mayor ilustración puede verse *in extenso* Romero Berdullas, Carlos M., *Derecho Penal Líquido...*, ob. cit.

179. No puede soslayarse que la garantía de la igualdad se da respecto de otra persona. En el caso concreto aquí analizado, ante quienes en las mismas circunstancias no podrán acceder a tales mecanismos de resolución, debido a la aplicación arbitraria de la ley penal por parte de los fiscales.

180. Sobre las contradicciones axiológicas en las cuales incurren quienes intentan fundar la aplicación del principio de oportunidad en la selectividad, se sugiere leer Romero Berdullas, Carlos M., *Derecho Penal Líquido*, ob. cit., pp. 268-271. Por lo pronto, aquí solo basta con afirmar que una actuación fiscal regida por este principio no se ajusta a la identidad del acusador público y contradice sus deberes posicionales, en tanto: "La oficialidad del Derecho Penal exige que, siendo delito la no represión de un delito, ello no justifique otro delito de incumplimiento" (Hernández, Héctor, H., *El garantismo abolicionista*, ob. cit., pp. 116), pues "(...) el hecho de que en el sistema haya desigualdades cometidas por otros no autoriza a ningún juez ni policía ni operador en general a cometer las suyas y aumentar, por así decir, el patrimonio de la injusticia fundándose en aquéllas (...) el hecho (...) no autoriza (...) a incurrir en la misma conducta objetada so pretexto de incurrir en la misma crítica que sirve de base al razonamiento de la selectividad: no hay que castigar porque los demás no castigan" (ob. cit., p. 115).

“[A]nte la ley penal todos los ciudadanos deben ser iguales, la aplicación de la ley penal debe ser previsible y proteger al ciudadano ante la arbitrariedad estatal. El principio de la legalidad sigue dichos principios. Respetar el principio del trato igualitario, a los fines de garantizar que las mismas infracciones de la ley sean tratadas de la misma manera. Excluye la arbitrariedad estatal y garantiza la seguridad jurídica. Si se respeta el principio, se cumple con el requisito de la aplicación controlada y previsible del poder estatal”<sup>181</sup>.

A esto se suman no pocas dificultades a la hora de intentar conjugar una actuación fiscal regida por el principio de oportunidad con el principio de legalidad material, pues, como explican autores de la talla de Wolfgang Naucke, la legalidad procesal es uno de los principios más importantes, por cuanto por intermedio suyo la legalidad material obtiene sustento en el proceso penal<sup>182</sup>. Es que, ciertamente, la ciudadanía mece aspiraciones y deposita esperanzas en la aplicación de la ley penal. Y una persecución penal irradiada por el principio de oportunidad no puede garantizar ni la seguridad jurídica ni la previsibilidad, ya sea tanto a las víctimas, como a los imputados de los delitos. De ahí que también un desempeño fiscal guiado por el principio de oportunidad, inexorablemente, coloca en crisis el fin de prevención, profilaxis e intimidación del Derecho Penal, en tanto ese propósito únicamente puede asegurarse mediante una justicia penal articulada con una legalidad procesal antagónica a decisiones arbitrarias<sup>183</sup>.

Es que como explican De la Fuente y Salduna: “(...) [L]a discrecionalidad atribuida a los fiscales, acordándoles, por ejemplo, la po-

181. Albrecht, Peter - Alexis, “Coordenadas de una legalidad penal en el Estado de Derecho: Principio de la proporcionalidad, principio de la legalidad, principio de oficialidad”, en *Revista de Derecho Procesal Penal* (dirigida por Donna, Edgardo A.), AA. VV., *La investigación penal preparatoria: Función de las policías*, T. II, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2013, p. 17.

182. Cfr. Naucke, Wolfgang, “La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado”, en Casabona, Romeo, *La insostenible situación del Derecho Penal. Estudios de Derecho Penal*, pp. 534-535, según cita de Donna, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte General*, T. I, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2006, pp. 340-341.

183. Cfr. Naucke, Wolfgang, *Derecho Penal, una introducción*, traducción de la 10ª ed. alemana, Buenos Aires, Astrea, 2006, pp. 213-214.

sibilidad de no llevar adelante la persecución penal respecto de determinados hechos, impediría al ciudadano prever las consecuencias jurídicas de su conducta contra la seguridad jurídica y contra el fin preventivo-general de la pena”<sup>184</sup>.

Añádase a esto que, al adoptar el fiscal un temperamento no persecutorio en estos casos, apelando a términos abstractos tales como la “no afectación del interés público, menor significación e insignificancia (procesal) de la conducta”, evidentemente se contradice la decisión adoptada por el legislador al tipificar ese hecho como delito de acción pública. En efecto, de no revestir especial gravedad o afectar el interés público, esos hechos penales sometidos a la subjetiva valoración del acusador público no habrían sido introducidos por el legislador al Código Penal mediante la ley, que se sabe, es regla y medida de los actos humanos ordenada por la razón al bien común<sup>185</sup>.

De modo que, a partir de esa actuación fiscal fundada dogmáticamente en fórmulas genéricas, se opondría abiertamente a la regla de prudencia determinada por la razón, a través de la cual el legislador definió lo justo a realizar en la conducta exterior en aras del bien común político<sup>186</sup>.

184. Cfr. De la Fuente, Javier E.; Salduna, Mariana, “Principio de oportunidad y sistemas alternativos de solución del conflicto penal. La inconstitucionalidad de su regulación provincial”, en AA. VV., *La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal, Revista de Derecho Procesal Penal*, 1ª ed., T. III, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009, pp. 93-94.

185. Cfr. Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, I-II, q. 90, a.1 y a.2.

186. Vale resaltar que en la actuación político-criminal del legislador abrevia la indelegabilidad de la facultad legislativa de precisar la ley penal, dentro de un sistema regido por la división de poderes y el paradigma de no autocontrol. Por tanto, la “oportunidad libre no puede salvarse mediante una ley susceptible de destruir o pervertir todo el ordenamiento penal de fondo. Pues el legislador no debe sujetar a juicio del fiscal la apreciación política de la defensa de los intereses de la sociedad. En efecto, no puede entronizarlo con la facultad de evaluar la conveniencia o mérito respecto de qué hechos deben ser perseguidos y resultan merecedores de reproche penal; en tanto esta es una facultad legislativa conferida constitucionalmente al legislador, quien no puede delegarla en el fiscal sin conculcar la división de poderes y el sistema representativo de la República” (Romero Berdullas, Carlos M., *Criterios de oportunidad en el...*, ob. cit., p. 127). De hecho, de acontecer esta irregularidad, vale interrogarse cómo armonizaría con el art. 29 de la Constitución Nacional y el art. 227 del Código

De esta manera, “el fiscal, con solo invocar el principio de oportunidad, podría dispensar la persecución penal y conculcar los valores democráticos e igualitarios de la ley penal a fuer de ponderar la conveniencia, oportunidad o los intereses generales de la sociedad afectados por determinadas conductas”<sup>187</sup>.

Todavía más, “pareciera también que estos conceptos indeterminados implícitos a la insignificancia procesal, pueden convertir esta herramienta en instrumental a la denominada «cifra dorada» de los delitos, pues dentro de este contexto el fiscal contará con un mayor margen para sumir los casos en la orfandad investigativa y privilegiar en numerosos casos con un trato diferenciado a determinados imputados por motivos de venalidad en la función, tráfico de influencias y dádivas o prebendas económicas, afectándose, así, en mayor grado, al interés comunitario y a los justos reclamos ciudadanos”<sup>188</sup>.

A la par, al no perseguir los fiscales estos hechos penales mediante la aplicación de esta herramienta, se obsta, así, tanto a su juicio, como su sanción. De este modo, se pierde la finalidad pedagógica del Derecho Penal, pues es probable que al no perseguirse ciertos delitos por aparentes razones de practicidad o racionalización de recursos se produzca una relajación del juicio ético social sobre actos exteriores, nocivos y opuestos a la virtud de justicia.

Probablemente, esto degenera en un eclipse del juicio social y una carestía de resortes contra la comisión de hechos tipificados como delitos por su especial afectación a terceros, por cuanto la sociedad podría anidar la convicción de que si el MPF no persigue determinados delitos es porque esa conducta en definitiva no es tan grave y no amerita desaprobación alguna.

Así las cosas, el juicio de indiferencia emitido por el MPF sobre determinados delitos como no tan ilícitos o graves, gradualmente puede decantar en un oscurecimiento en la razón de los ciudadanos,

---

Penal (aspecto estudiado en Romero Berdullas, Carlos M., *Derecho Penal Líquido...*, ob. cit., pp. 249 y 396).

187. Exposición de Carlos M. Romero Berdullas ante la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del Honorable Senado de la Nación del 8 de octubre de 2019. Cfr. Versión taquigráfica, pp. 22-27.

188. *Ídem*.



contrariando así la intención del legislador de hacer buenos a los hombres e inducirlos al ejercicio de la virtud para lograr una vida pacífica entre los integrantes de la sociedad<sup>189</sup>. Esto, en suma, traduce un desempeño que no se ajusta a la función del MPF; conspira contra actos definitorios de la identidad del legislador; y atenta contra la idea de ajustar las partes al todo en procura del bien común.

Más aún, una actuación fiscal de ese tenor impediría igualar esa desigualdad generada por aquel grave mal llamado delito (acto injusto), mediante la cual su autor obtuvo una ventaja, en tanto ese dar a quien delinquirió lo suyo o lo que le es debido<sup>190</sup> no se cumpliría, al no concretarse la persecución, investigación y acusación de los hechos delictivos ponderados por los fiscales como de menor significación. De ahí que, ante la inactividad fiscal, no podría materializarse esa función derivada del principio del bien común político, entre cuyos elementos principales destacan la justicia, el orden y la seguridad, pues el juez (es decir, la autoridad pública encargada de dar a cada uno lo suyo) no podría aplicar la sanción penal frente a la consumación de un delito para alcanzar la paz o tranquilidad de la ciudad<sup>191</sup>.

Es que tal, cual enseña el Aquinate, “el juez no debe condenar sin que haya acusador (...)”<sup>192</sup>. En consecuencia, como el juez no puede juzgar ni sentenciar sin acusador ni promoción de la acción penal, se observa cómo de esta manera el fiscal neutralizaría la posibilidad de que el órgano decisor pudiera cumplir con su deber posicional.

Esto permite inferir que una actuación fiscal regida por el principio de oportunidad se torna antagónica al imperativo de acusar en busca del castigo del crimen de los delincuentes para alcanzar el bien de la comunidad política<sup>193</sup>, obviando, así, que “(...) si el crimen fuese tal que redundara en detrimento del Estado, el hombre está obligado a la acusación (...)”<sup>194</sup>, pues sólo de este modo se hace efectivo el

189. Cfr. Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, L. I, C. 1; y Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, I-II, q. 92, a.1 y 95, a.1.

190. Conforme el título del otro y una cierta igualdad de proporción.

191. Romero Berdullas, Carlos M., *Derecho Penal Líquido...*, ob. cit., pp. 364-366.

192. Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, II-II (a), q. 67, a.3.

193. Cfr. Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, II-II (a), q. 68, a.1.

194. Ídem.

cumplimiento eficaz del derecho frente al acto injusto, se restablece bajo criterios de justicia la armónica convivencia afectada por el hecho penal y se evita la administración de la incorrectamente llamada justicia por mano propia<sup>195</sup>.

Por ello, un desempeño del MPF marcado con ese cariz no se ajusta a la misión de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, ni traduce verdaderas respuestas de calidad, en tanto al vaciar de contenido lo “justo debido” no proyecta una administración eficaz del servicio de justicia.

De hecho, la posibilidad de que los representantes del MPF puedan renunciar a perseguir determinados delitos –o hechos sumamente lesivos del todo social y por ello tipificados penalmente–, para investigar otras conductas delictivas a entender de los fiscales de turno más graves, desnuda una constante de ineficacia y una manera de intentar legitimar o excusar de un modo “legal” el incumplimiento de las funciones asumidas.

Vale agregar que, además, esta proyección del principio de oportunidad conduce a un avasallamiento del fiscal sobre la misión confiada a los jueces y su identidad, potenciado todavía más al horadarse el proceso acusatorio. Es que si, como explica la Corte Suprema de la Nación en *Llerena*<sup>196</sup> y *Quiroga*<sup>197</sup>, “las características definitorias del proceso acusatorio son la división de funciones persecutorias y decisorias en órganos diversos, e imparcialidad del juez, y el principio de oportunidad concede al fiscal la posibilidad de disponer el archivo de los casos, con independencia de la acreditación de los hechos punibles, conduciendo así a la ineludible confusión de estas funciones en un mismo órgano, luego, parece que el denominado principio

195. Un distingo de la venganza puede verse a partir de la lectura de Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, II-II (a), q. 108, a.1; e *in extenso* Repetto, Alfredo, “El Derecho Penal y Santo Tomás de Aquino”, *El Derecho*, Buenos Aires, t. 180-1239, 1999.

196. CSJN, *Llerena*, Horacio Luis s/abuso de armas y lesiones - arts. 104 y 89 del Código Penal -causa N° 3221. Sentencia de 17/05/2005. Fallos: 328:1491.

197. CSJN, *Quiroga*, Edgardo Oscar s/ causa N° 4302. Sentencia del 23/12/2014. Fallos: 327:5863.

de oportunidad riñe con el sistema procesal de cariz acusatorio”<sup>198</sup>, arquetipo definido por la literatura reformista como el *hashtag* más representativo de los valores preseleccionados como deseables en las constituciones modernas<sup>199</sup>. De modo tal que así se otorgaría al fiscal un poder no acorde a su rol e identidad.

A su vez, por lo afirmado en *Quiroga*, el fiscal no puede ser “imperado a desarrollar la persecución penal o acusación por el Poder Ejecutivo, Legislativo o Judicial, en orden a preservar la independencia de poderes, autonomía del Ministerio Público Fiscal, e imparcialidad del órgano juzgador, y solo se prevé la ocasional posibilidad de que las decisiones desestimatorias sean revisables por un fiscal del mismo organismo, cuya organización vertical y monocrática es conducida por autoridades caracterizadas con la peculiar nota de no emanar del sufragio de la soberanía popular”<sup>200</sup> –calificada por Bidart Campos como un mito o ficción–<sup>201</sup>. Luego, cabe inferir, que al reemplazarse “el firme control intrínseco a un principio de legalidad procesal –que impera al fiscal a perseguir todos los hechos penales– por un autocontrol de una misma sección de poder, inexorablemente se lesionan el paradigma de no-autocontrol y el sistema de frenos-contrapesos, ambos presentes en las constituciones modernas”<sup>202</sup>.

Si bien las posibles falencias de este contralor endogámico<sup>203</sup> intentan superarse con la viabilidad de convertir la acción pública en

198. Romero Berdullas, Carlos M., “Alcance del principio...”, ob. cit. p. 284.

199. Ídem.

200. Romero Berdullas, Carlos M., “Alcance del principio...”, ob. cit., p. 284.

201. Cfr. Bidart Campos, Germán J., *Lecciones Elementales de...*, ob. cit., 2005, pp. 236-237; Castaño, Sergio R., *La realidad del poder constituyente, entre el mito liberal y el cuestionamiento contrarrevolucionario*, España, Instituto Filosófico de Balmesiana, 2014, pp. 141-169.

202. Romero Berdullas, Carlos M., “Alcance del principio...”, ob. cit., p. 284.

203. No es en vano realizar dos observaciones. Una de ellas es que se incurriría en un error si trazáramos una comparación entre ese control endogámico y el realizado a través de los recursos por el tribunal *ad quem* respecto a lo decidido por el tribunal *a quo*. Por cierto, no sería afortunada tal comparación, por cuanto el esquema organizativo interno del MPF diverge de las reglas que gobiernan por principio a los jueces, su ideal de distribución de competencia legal y la independencia con la cual ejercen sus funciones en una organización horizontal. No podemos soslayar que el

privada y la creación del cargo de defensor público de la víctima en la jurisdicción federal y nacional en la órbita de la Defensoría General de la Nación<sup>204</sup>, el designio propuesto se ve truncado, en tanto ese control exógeno circunscribe su actuación al patrocinio de las víctimas en razón de su especial vulnerabilidad, precariedad económica y/o gravedad de los hechos. Por consiguiente, la actuación del defensor público de las víctimas no abarca un contralor externo del gravamen causado a toda la sociedad por la perpetración de un delito de acción pública<sup>205</sup>.

Como la afectación a la seguridad y el interés público es el móvil que determina al legislador a introducir ciertos hechos en el Código Penal; luego, cabe concluir la imposibilidad de la víctima particular

---

MPF se rige por los principios de unidad e indivisibilidad de oficio, dentro de una organización jerárquica y monocrática, donde el Fiscal General puede dictar instrucciones generales o particulares, que deben ser observadas por los fiscales; e incluso, puede reemplazar a un funcionario inferior por otro (cfr. Romero Berdullas, Carlos M., *Derecho Penal Líquido...*, ob. cit., pp. 253-254).

La otra consideración por efectuar es que si bien es otro sujeto quien en determinados casos puede ejercer el control (léase un fiscal jerárquicamente superior) si la víctima solicitó una revisión, ciertamente nos hallamos ante un contralor endogámico dentro de una misma sección de poder monocrática y jerárquica. Por tanto, necesariamente debemos evaluar esta circunstancia desde una perspectiva realista, donde se considere la defectuosidad del hombre, su factible corrupción y las posibilidades de que los abusos se incrementen cuando los sujetos de un mismo organismo son quienes deciden si impulsan o no la acción, además de ejercer el contralor de estas decisiones. En consecuencia, naturalmente vale preguntarse cómo funcionarían los controles internos ante una hipotética venalidad en la función, un potencial tráfico de influencias, un posible cohecho, o una potencial complicidad entre fiscales de una misma zona con sus superiores jerárquicos para no ejercer la acción penal en determinados supuestos (cf. Romero Berdullas, Carlos M., *Derecho Penal Líquido...*, ob. cit., pp. 253-254).

204. Cfr. Ley N° 27.372 (BO 13/7/2017, cfr. arts. 5°; inc. m; 21; 15; 17; capítulos V y VI).

205. Súmese a esto la viabilidad de que, frente a la vulneración de bienes jurídicos difusos, probablemente se configure una dispersión o pasividad del todo social para solicitar la conversión de la acción o revisión de archivos en estos casos. Si bien esta arista neurálgica podría subsanarse con revisiones automáticas dentro del MPF, nuevamente nos topamos con el escollo del antirrepublicano control ejercido endogámicamente por una misma sección de poder.

de disponer de algo que no le pertenece (léase gravamen público originado por el delito y seguridad de la comunidad), ni gobernar entonces todo el proceso; pues “el contralor exógeno implementado exclusivamente a su favor no resulta suficiente para impedir potenciales abusos o arbitrariedades, por cuanto ningún otro organismo efectiviza un control similar y externo respecto al interés público de la comunidad política en la persecución de los delitos, como sí lo haría naturalmente el principio de legalidad procesal”<sup>206</sup>.

En rigor de verdad, la creación del cargo de defensor de la víctima particular es producto de esa desvirtuación del papel confiado por la Constitución Nacional al fiscal, quien al aplicar el principio de oportunidad libre se desentiende de su misión y genera la necesidad de convocar a otro actor llamado a suplir esa orfandad de un promotor de la acción penal que impulse la persecución penal.

Claro que la instauración de este nuevo sujeto procesal parte del gran error inicial de la desnaturalización del rol constitucional del fiscal; y, por ende, no conduce a una respuesta superadora, pues no solo no existe un contralor externo del daño causado a toda la sociedad por el delito de acción pública (en tanto su actuación es limitada a ciertos hechos); sino que resulta un contrasentido su implementación en la órbita del Ministerio Público de la Defensa<sup>207</sup>.

Esta última inepticia se hace todavía más evidente, en tanto el MPD tendría a su cargo la defensa de: a) las personas imputadas en causas penales<sup>208</sup> y b) las víctimas de “delitos en procesos penales, en atención a la especial gravedad de los hechos investigados y siempre que la limitación de recursos económicos o situación de vulnerabilidad hicieran necesaria la intervención”<sup>209</sup>. Es decir, dentro de un mismo organismo convergerían funciones antagónicas y regidas por un marcado conflicto de intereses.

206. Romero Berdullas, Carlos M., *Derecho Penal Líquido...*, ob. cit., p. 389.

207. MPD.

208. Cfr. art. 42 de la Ley N° 27.149.

209. Cfr. art. 37 ter de la Ley N° 27.372.

#### *4.b. Conversión de la acción pública en privada*

La posibilidad de convertir la acción pública en privada, supuesto de disponibilidad de la acción regulado recientemente en el Código Procesal Penal Federal (arts. 30, inc. b, 33 y 252)<sup>210</sup> y otros códigos procesales provinciales<sup>211</sup>, en clave con la reforma de los Artículos 59 y 73 del Código Penal, que fuera propiciada mediante la Ley N° 27.147, también interpela a preguntarse cómo se conjuga este novedoso instituto con la identidad del fiscal.

Fundamentalmente, plantea interrogantes cuando allana el camino para que el fiscal, a requerimiento de la víctima particular, pueda convertir la acción pública en privada ante ciertos delitos, en tanto no exista un interés público gravemente comprometido<sup>212</sup>.

Tal como ya se explicó en *Criterios de oportunidad en el proceso penal*<sup>213</sup>, las condiciones delimitantes de esta alternativa varían según cada caso<sup>214</sup>, pues dependen de decisiones político-criminales orientadas a alcanzar mayor eficacia o eficiencia en uno o en un grupo de causas<sup>215</sup> y a racionalizar los recursos del MPF<sup>216</sup>.

Lo cierto es que en este supuesto se torna arduo hallar una medida de razonabilidad a esta alternativa, pues “si el legislador tipifica

210. Aprobado por Ley N° 27.063, el 7 de febrero de 2019.

211. Por ejemplo, los arts. 45, CPP de Chubut y 180, ter., inc. 1°, CPP de Río Negro, también contemplan la extinción de la acción penal ante la aplicación de criterios de oportunidad, salvo que proceda la conversión de la acción penal pública en privada.

212. Es decir, se alude a la variable de la conversión de la acción penal ligada al principio de oportunidad y no a la vinculada al querellante autónomo, supuesto donde ante el sobreseimiento solicitado por el fiscal o el archivo dispuesto por aplicación de un criterio de oportunidad (art. 33, incs. a y b del Código Procesal Penal Federal), la víctima solicita la transformación en cuestión.

213. Romero Berdullas, Carlos M., *Criterios de oportunidad en el proceso penal*, ob. cit., p. 123.

214. A modo de ejemplo, el Código Procesal Penal Federal de la Nación prevé la conversión con el consentimiento del fiscal, cuando es un delito que requiera instancia de parte, o se trata de lesiones culposas y no existiera un interés público gravemente comprometido (cfr. art. 33, inc. c del código citado).

215. Cfr. Binder, Alberto M., *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., T. II, pp. 440-441.

216. Cfr. Solimine, Marcelo A., *Bases del Nuevo...*, ob. cit., p. 131.

como delitos de acción pública los actos más gravosos para el todo social y anuncia la imposición de la pena en orden a retraer a quienes se encuentren dispuestos a cometer esas clase de hechos ostensiblemente conspiratorios contra el bien común político, resulta sumamente contradictorio dotar al fiscal de un margen de discrecionalidad en pos de evaluar si se halla gravemente comprometido el interés público”<sup>217</sup>.

Justamente, “si la significación, especial trascendencia y afectación del interés público de las conductas en cuestión es lo que movió al legislador a introducirlas en el Código Penal con el carácter de delitos de acción pública para preservar las relaciones sociales y conservar la paz social; luego, cabe concluir que la conversión de esas figuras delictivas en delitos de persecución privada denota una contradicción axiológica”<sup>218</sup>.

Es necesario preguntarse cómo se compagina la chance de que discrecionalmente el fiscal pueda convertir la acción pública en privada con aquella identidad demarcada por la misión de “promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República (...)” (art. 120 de la CN), la división de poderes y la competencia atribuida por la Constitución Política al legislador.

Es que el encargado de precisar qué conductas son merecedoras de reproche penal por su especial gravedad no es el fiscal, sino el legislador, quien en representación de la ciudadanía determina, a partir de un juicio prudencial, cuáles son los hechos meritorios de una respuesta penal, sin cuya prohibición y sanción la sociedad no podría preservarse.

Por tanto, no es ocioso interrogarse si de este modo el fiscal no troca en legislador; y en definitiva no deroga la voluntad legislativa e invade la esfera de competencia de quien debe legiferar. Pues, al dotar de esta carta blanca al fiscal pareciera que el acusador absorbe o sustituye la indelegable facultad de determinar la ley penal, función confiada en nuestra Constitución en el legislador, a quien compete definir los intereses por amparar mediante la amenaza penal, en

217. Romero Berdullas, C. M., *Criterios de oportunidad...*, ob. cit., pp. 123-124.

218. Romero Berdullas, C. M., “Delitos de acción pública...”, ob. cit., p. 181.

aras del bien común<sup>219</sup>. Es que en base a conceptos indeterminados (tal como lo es la llamada inexistencia de interés público gravemente comprometido), el fiscal podría escoger a su arbitrio, conveniencia u oportunidad el alcance de la protección penal; paradójicamente, sobre conductas primigeniamente tipificadas como delitos de acción pública por el legislador, quien introdujo en el Código Penal esas conductas de esa forma por su afectación al interés público y particular gravedad.

De este modo, al desligarse el fiscal de la persecución penal de ciertos hechos que, vale reiterar, fueron tipificados como delitos de acción pública en tanto tendrían entidad suficiente para ultrajar la tranquila convivencia y despiertan la necesidad de perfeccionar el Derecho Penal en defensa de los intereses generales de la sociedad; luego, cabe inferir cómo la conversión de la acción conduce a un desentendimiento de la idea guía de promover la actuación de la justicia, eje definitorio de la identidad de los representantes del MPF.

Así, al convertir la acción penal<sup>220</sup> y librar su promoción en cabeza de las víctimas particulares, el fiscal no solo se aparta de su misión constitucional, sino que además obvia la doble razón de demérito y gravamen del delito de acción pública. Es que, tal cual enseña Santo Tomás de Aquino, el delito no sólo hiere en ciertas circunstancias a la persona singular (o parte ordenada al todo) en su bien, sino también de modo prevalente lesiona a toda la comunidad política, pues:

“El mérito y demérito se dicen por orden a la retribución que se hace según justicia. Pero se le hace a uno retribución según justicia porque obra en provecho o en perjuicio de otro. Ahora bien, hay que tener en cuenta que cualquiera que viva en una sociedad es en cierta medida parte y miembro de toda la sociedad. Luego quienquiera que hace algo para bien o para mal de alguien que vive en sociedad, esto

219. Cfr. Romero Berdullas, Carlos M., *Derecho Penal Líquido...*, ob. cit., pp. 240-249.

220. También Pastor reprueba la conversión de la acción pública en privada, pues según su parecer, si el Estado demuestra desinterés respecto de esas conductas, en realidad no debería tipificarlas como delitos de acción pública. Todavía más, a su entender correspondería su derogación (cfr. Pastor, Daniel R., *Recodificación penal...*, ob. cit., pp. 222-224).



redunda a toda la sociedad; como quien hiere una mano, consiguiendo hiere al hombre. Luego, cuando uno obra para bien o para mal de otra persona singular, le corresponde de dos modos razón de mérito o de demérito. Uno, porque le debe retribuir la persona singular a la que ayuda u ofende. Otro, porque le debe retribución todo el colectivo. Además, cuando uno ordena su acto directamente para bien o para mal de todo el colectivo, le debe retribución primero y principalmente todo el colectivo, en efecto, pero secundariamente todas las partes del colectivo”<sup>221</sup>.

No resulta sobreabundante enfatizar esto, en tanto ante el cumplimiento de la ley penal el principal interesado es el Estado, por cuanto el fin del Derecho Penal es en lo inmediato el bien de una víctima particular (o sea, restablecer la igualdad de justicia particular quebrantada), pero también su finalidad inmediata o mediata (según cuál sea el delito cometido<sup>222</sup>) será siempre el bien común político, por cuanto en todo delito de acción pública existe una afectación prevalente de la víctima comunidad política.

Es importante resaltar, entonces, que esta víctima comunidad política no es una mera abstracción. De hecho, desde otra atalaya, Jiménez de Asúa también señalaba que el Estado es siempre titular del interés ofendido por el delito, aunque puede resultar sujeto pasivo inmediato o mediato. Ciertamente, ante la consumación de un delito el Estado es víctima. Víctima o sujeto pasivo inmediato ante conductas como la traición, la rebelión, la sedición u otros actos disvaliosos que comprometen la paz; o víctima o sujeto pasivo mediato, cuando el delito lesiona un interés propio particular como, por ejemplo, acontece en el caso del homicidio, el aborto, el robo, etcétera<sup>223</sup>.

Por esta razón, con buen tino Vélez Mariconde resaltaba el carácter público de la acción penal como principio general y concebía a ésta

221. Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, I-II, q. 21, a.3.

222. Si es un delito contra la seguridad pública se advierte claramente que la comunidad política es víctima inmediata del hecho penal. En cambio, si se comete el delito de homicidio prenatal o aborto, la víctima inmediata es el niño por nacer al cual se le dio muerte, pero el Estado o comunidad política son víctimas mediatas.

223. Cfr. Jiménez de Asúa, L., *Tratado de Derecho Penal. El delito*, 3ª ed. actualizada, T. III, Buenos Aires, Losada, 1965, pp. 92-93.

como pública, dado su objeto y el propósito perseguido, por cuanto el Estado ha reivindicado el derecho de acusar en miras de concretar sus fines, conservar su propia vida y preservar el orden jurídico social. Pues “[l]a acción penal, en tanto instrumento para aplicar las sanciones penales necesarias a la defensa, el mantenimiento del orden social y la pacífica convivencia de los ciudadanos, incumbe al Estado, por cuanto el delito que lesiona estos intereses exige la actividad estatal”<sup>224</sup>.

#### *4.c. El fiscal como gestor de la paz y promotor de la resolución de conflictos*

Un fenómeno actual con notable proyección en la normativa<sup>225</sup> y práctica tribunalicia<sup>226</sup> es la sustitución de la palabra “delito” por “conflicto” en el dialecto jurídico penal, lo que supone privatizar el Derecho Penal, por intermedio de la instrumentación de respuestas no penales (ej., la extinción de la acción penal e inaplicabilidad de la pena ante la reparación del daño u otras vías consensuales como la mediación “antipenal”<sup>227</sup>).

224. Cfr. Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., T. I, pp. 278 y 282-283 y T. II, p. 180.

225. Cfr. la normativa procesal penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (cfr. arts. 91, 204, inc. 2°, 199, inc. h; 206), la provincia de Buenos Aires (art. 2°, CPP), La Pampa (art. 15, inc. 4°, CPP), La Rioja (art. 204 bis, inc. 2°, CPP), Río Negro (art. 180, CPP), Santa Fe (art. 19, CPP), Mendoza (art. 26, inc. 2°, CPP), Chubut (art. 44, inc. 5°, CPP), Chaco (art. 6° bis, inc. 3°, CPP), Santiago del Estero (art. 103, CPP), Jujuy (arts. 101, inc. 5°, 104 y 105, CPP), Neuquén (art. 106, inc. 5°, CPP), Misiones (art. 60, incs. e y f, CPP) y Entre Ríos (art. 5°, CPP). Cfr. también los arts. 12, 22, 48, del Código Procesal Penal Federal y los arts. 9°, inc. e) y 21 de la Ley N° 27.148.

226. Cfr. el voto del Juez Adrián Martín en causa n° 4889, *D. J. A. s/ robo agravado en grado de tentativa*, Tribunal Oral en lo Criminal n° 26 de la Capital Federal, sentencia del 11/10/2016, disponible en [https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/ADJ%20\(causa%20N%C2%BA%2026772\).pdf](https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/ADJ%20(causa%20N%C2%BA%2026772).pdf) (fecha de consulta: 12/03/2021). En similar sentido, véase lo resuelto por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 26 de la Capital Federal en la causa n° 4902/2016, 13/10/2016. Allí se podrá observar que el citado plantea la necesidad de sustituir el término delito por conflicto y avanzar hacia una justicia restaurativa tendente a componer los conflictos, a través de su pacificación.

227. Redefinir el “conflicto” –según Rusconi, quien sigue a Zaffaroni– redundaría en una alternativa al modelo punitivo, por cuanto que minimizaría la violencia y

Tal como ya se ha demostrado en “De los delitos y los conflictos” (trabajo al cual me remito para no exceder los confines de esta publicación), la redefinición del conflicto es propuesta por un movimiento garanto-abolicionista que no comprende el bien ético jurídico del Derecho Penal; y ha ejercido una influencia prevalente en la República Argentina<sup>228</sup>.

Esta corriente parte de la inexistencia óptica del delito, pues entiende que sólo existen conflictos seleccionados arbitrariamente para edificar un programa de criminalización orientado a ejercer la violencia sobre los sectores más depauperados; y pivotea sobre la idea de un Estado expropiador de un conflicto perteneciente a las víctimas particulares<sup>229</sup>.

Así, al “(...) estudiar estrategias para la abolición de la justicia penal”; y en miras de “(...) contribuir al desarrollo de otro lenguaje que permita discutir las cuestiones de la justicia penal (...)”<sup>230</sup>, Hulsman exhorta “a renovar completamente el discurso global sobre lo que se llama el fenómeno criminal y sobre la reacción que suscita”<sup>231</sup>,

---

el ejercicio de un poder selectivo e irracional. Por ello, resultaría más apropiado no llamar a la mediación penal, sino que anti-penal (cfr. Rusconi, M., *Nuevo proceso penal, garantías constitucionales y mínima intervención*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, p. 27, donde cita textualmente a Zaffaroni, E. R., “Prólogo”, en Obarrio, M. C. y Quintana, M., *Mediación penal: Una resolución alternativa*, Buenos Aires, Quórum, 2004, p. XII).

228. Cfr. *in extenso* Romero Berdullas, Carlos M., “De los delitos y los conflictos”. De hecho, Anitua también advierte esta influencia en muchos pensadores que participaron de proyectos de justicia restaurativa en nuestro país (cfr. Anitua, Gabriel I., “Fundamentos para la construcción de una teoría de la no pena”, pp. 13-14, en AA. VV., *El abolicionismo penal en América Latina. Imaginación no punitiva y militancia*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2012).

229. Cf. Zaffaroni, Eugenio. R., *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 2005, pp. 30-31, 253; Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2005, pp. 7, 9, 18-20, 44-46; Hulsman, Louk, “La criminología crítica y el concepto de delito”, en AA. VV., *Abolicionismo penal*, Buenos Aires, Ediar, 1989, p. 97; y Hulsman, Louk; Bernat de Celis, Jackelin, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 52 y 90. Una refutación a estos presupuestos se puede ver *in extenso* en Romero Berdullas, Carlos M., “De los delitos y...”, *ob. cit.*

230. Hulsman, L., “La criminología crítica...”, *ob. cit.*, pp. 106-107.

231. Hulsman, L.; Bernat de Celis, J., *Sistema penal...*, *ob. cit.*, p. 84.

por cuanto “[n]o se podría superar la lógica del sistema penal si no se rechaza el vocabulario que sirve de base a esta lógica. Las palabras crimen, criminal, criminalidad, política criminal, etc., pertenecen al dialecto penal. Ellas reflejan los *a priori* del sistema punitivo estatal (...)”<sup>232</sup>.

Por tanto, la propuesta ofrecida por el abolicionismo consiste en “(...) habituarse a un lenguaje nuevo, apto para expresar una visión no estigmatizadora sobre las personas y sobre las situaciones vividas. Así, hablar de «actos lamentables», de «comportamientos no deseables», de «personas implicadas», de «situaciones-problemas», fomenta ya una mentalidad nueva”<sup>233</sup>.

Sencillamente, como se cree que “[e]l sistema penal roba el conflicto a las personas directamente implicadas en él”<sup>234</sup>; se concluye la necesidad de “(...) abolir el sistema penal (...) [pues] Tal sistema es un mal social, y los problemas que está llamado a resolver (...) deben ser abordados de otra manera”<sup>235</sup>. Por esta razón es que se pugna por “(...) devolver a las personas implicadas el manejo de los conflictos (...)”<sup>236</sup> y no dejar siquiera un lugar al concepto de infracción<sup>237</sup>, en tanto “(...) el enfoque civil es siempre capaz (...) de ser una clave adecuada, cualquiera sea el conflicto”<sup>238</sup>.

De ahí que se procura deslegitimar el Derecho Penal; e introducir un nuevo esquema discursivo en traza de demoler por implosión el sistema punitivo, por intermedio de la redefinición de sus categorías

232. *Ibidem*, pp. 84-85.

233. *Ibidem*, p. 85.

234. *Ibidem*, p. 71.

235. *Ibidem*, pp. 80-81.

236. *Ibidem*, p. 91.

237. *Ibidem*, p. 127.

238. *Ibidem*, p. 121. En sentido análogo a la propuesta de Hulsman se encuentra la de Baratta. Cfr. Baratta, Alessandro, *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*, Buenos Aires, B de F, 2004; Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, Buenos Aires, Siglo XXI editores Argentina, 2004; y Christie, Nils, “Conflicts as Property”, en *The British Journal of Criminology*, vol. 17, n° 1, Sheffield, Foundation Lecture of the Centre for Criminological Studies, University of Sheffield, 1977, pp. 1-15.

dogmáticas<sup>239</sup>, marco en el cual adquiere singular relevancia el reemplazo de la palabra “delito” por “conflicto” en vías de propender a sustituir gradualmente el Derecho Penal por un sistema transaccional y desandar así el camino hacia un progresivo abolicionismo.

En esa línea de pensamiento, parecen transitar autores como Binder, quien manifiesta que el hecho de subsumir con el nombre de delito a un hecho, “no quita que se trate de un conflicto”<sup>240</sup>, pues, en “última instancia, el robo no es más que un conflicto entre dos personas que quieren usar las mismas cosas al mismo tiempo, y así podríamos definir el delito si, independientemente de la legitimidad, comprendemos que cada uno de estos hechos está marcando un conflicto social”<sup>241</sup>.

Dentro de ese contexto explicativo, añade entonces el citado que “[e]l concepto de acción pública es un concepto totalmente artificial. El único concepto de acción real y conforme a la teoría procesal, es el concepto de acción privada. El concepto de acción pública es solamente el modo de manifestar con una apropiación terminológica que ha hecho mucho daño (...)”<sup>242</sup>; y, por lo tanto, se interpela a reformularlo<sup>243</sup> sobre la convicción de que únicamente constituye acción lo denominado en el Derecho Penal como “acción privada”<sup>244</sup>.

De esta manera, esta redefinición de la acción penal provoca un inexorable *décalage*, que resignifica el rol de un MPF, cuyos representantes son llamados a convertirse en “gestores de la paz”, a fin de aportar a la construcción de una sociedad menos violenta y evitar el castigo siempre que sea posible, en clave con el principio de *ultima ratio* de un “Estado de Derecho” de una sociedad democrática<sup>245</sup>.

239. Cfr. Zaffaroni, Eugenio R., *En busca de...*, ob. cit., pp. 107, 166-169 y 177-182; y Folter, Rolf S. de, “Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault”, en AA. VV., *Abolicionismo penal*, Buenos Aires, Ediar, 1989, p. 77.

240. Cfr. Binder, Alberto M., *Ideas y materiales para la Reforma de la Justicia Penal*, 1ª ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 2000, p. 116.

241. Ídem.

242. Cfr. Binder, Alberto M., *Ideas y...*, ob. cit., p. 254.

243. Binder, Alberto M., *Derecho Procesal...*, ob. cit., T. II, p. 373.

244. Cfr. Binder, Alberto M., *Introducción al...*, ob. cit., pp. 213-218; y Binder, Alberto M., *Derecho Procesal...*, ob. cit., T. II, pp. 345-349.

245. Cfr. Binder, A. M., *Ideas y...*, ob. cit., pp. 115-116.

Tal como ya se explicó oportunamente<sup>246</sup>, es incorrecto intercambiar las palabras delito por conflicto, pues no sólo no existe sinonimia alguna entre ambos términos<sup>247</sup>, sino que así se soslaya el desdoro ético jurídico siempre existente en el hecho penal<sup>248</sup>; se coloca en una situación de paridad a la víctima e imputado como si tuvieran una culpa concurrente en lo acontecido; y además se obvia la posible existencia de conflictos sin delitos<sup>249</sup>.

246. Cfr. Romero Berdullas, Carlos M., *Derecho Penal Líquido...*, ob. cit., pp. 294-295.

247. El término delito procede del lat. *delictum* (d. propiamente participio de *delinquere* "faltar", "cometer una falta", deriv. de *linquere* "dejar". Deriv. Delictivo. Delictuoso, Delinquir, 1423, de dicho *delinquere*, delincuente, 1449, del participio activo del mismo verbo; delincuencia. *Deliqui* "desmayo, desfallecimiento", 1616, tom. del lat. *deliquium* "falta, ausencia", deriv. de *delinquere* (el significado se ha alterado recientemente por influjo de delicia) (cfr. Corominas, Joan, *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*, en Biblioteca Románica Hispánica, 3ª ed. revisada y mejorada, Madrid, Gredos, 1973, reimp. de 1987, p. 204. Análoga definición se observa en Corominas, Joan, *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, en Biblioteca Románica Hispánica, Madrid, Gredos, 1980, reimp. de 1984, tomo CE – F, pp. 440-442).

Por su parte, el Diccionario de la Real Academia Española brinda las siguientes acepciones del término *delito*: culpa, quebrantamiento de la ley; acción o cosa reprochable; y (der) acción u omisión voluntaria e imprudente penada por la ley [Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Edición del Tricentenario, 23ª ed. electrónica, recuperado de: <http://www.rae.es/> (fecha de consulta: 05/09/2017)].

A su vez, si estudiamos la palabra *conflicto*, observaremos que proviene de *affligere*, 1403, tom. del lat. *affligere* "golpear contra algo", "abatir", deriv. de *fligere* "golpear". Deriv. de afligente, aflictivo; aflicción, 1ª mitad s. XIII. De otros deriv. de *fligere*: Conflicto, 1438, del lat. *conflictus*, üs. Íd., deriv. de *confligere* "chocar" (Corominas, J., *Breve Diccionario...*, ob. cit., p. 30); mientras el Diccionario de la Real Academia Española sitúa su prosapia en el lat. *conflictus*; e incluso, suministra las siguientes acepciones: combate, lucha, pelea; enfrentamiento armado; apuro, situación desgraciada y de difícil salida; problema, cuestión materia de discusión; conflicto de competencia, de jurisdicción; coexistencia de tendencias contradictorias en el individuo, capaces de generar angustia y trastornos neuróticos; y momento en el cual la batalla es más dura y violenta (cfr. Real Academia Española, *Diccionario de...*, ob. cit.).

248. Tale, Camilo, "Los legítimos fines de la pena jurídica", ob. cit., p. 188.

249. Cfr. Hernández, Héctor H., *El garantismo abolicionista*, ob. cit., pp. 428-429; y Hernández, Héctor H., *Inseguridad y garantismo abolicionista: Bases para la reconstrucción de la justicia penal*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2017, p. 91.

Se puede comprobar, entonces, invocando la voz del Dr. Sancinetti, que al reemplazarse la palabra delito por conflicto, “(...) terminología «sociologizante», que está de moda, (...) se pierde de vista aquello de lo que se trata jurídicamente: de la comisión de un delito, esto es: del quebrantamiento de una norma fundamental para la convivencia social (si no fuera fundamental, su infracción no debería constituir delito, sino ser rebajada a contravención o pasar a integrar lisa y llanamente la «libertad de obrar»)”<sup>250</sup>.

En efecto, de este modo se tiende a olvidar que el Derecho Penal es “una rama del Derecho Público que, en líneas generales, procura el bien de la comunidad y sólo secundariamente el bien individual. Lo ilícito penal comprende un número restringido de acciones que atentan contra la sociedad haciendo peligrar su digna subsistencia (...)”<sup>251</sup>; mientras que los “actos ilícitos civiles son innumerables, pues ellos pueden resultar de cualquier contravención al ordenamiento legal; los delitos criminales están taxativamente determinados en el Código Penal (...) Los actos ilícitos civiles requieren indispensablemente la producción de un daño a un particular, los delitos criminales, no (...). Los actos ilícitos civiles dan lugar a sanciones resarcitorias que restablecen el precedente equilibrio de intereses; los delitos criminales originan sanciones represivas más variadas e intensas (...) La terminología de delitos y cuasidelitos es propia del Derecho Civil. Para el Derecho Penal no hay nada más que delitos, que son las acciones (dolosas o culposas) incriminadas por el Código Penal”<sup>252</sup>.

Esto es fundamental retenerlo, pues como enseña Llambías: “(...) siendo los actos ilícitos civiles o los delitos penales categorías conceptuales diferentes, pueden corresponder a un mismo acto del hombre, y así ocurre con relativa frecuencia. Ejemplo: A dispara un arma de fuego contra B, y lo hiere. El mismo acto configura un delito civil (si A tenía intención de herir) y un delito penal; dará, por tanto, lugar a una sanción resarcitoria, que se regula por las disposiciones del Código Ci-

250. Sancinetti, Marcelo, *Avenimiento y mediación...*, ob. cit., p. 17.

251. Cfr. Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil Parte General*, 17<sup>a</sup> ed. actualizada, T. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, pp. 277-278.

252. Ídem.

vil, y a una sanción represiva, que se rige por el Código Penal. Pero aún cuando, por razones de economía procesal, pueda ser el mismo magistrado quien imponga ambas sanciones (cfr. art. 29, CP), no por ello sufrirá confusión la independencia de ambos órdenes jurídicos, el civil y el penal, con su respectiva teoría de la responsabilidad”<sup>253</sup>.

En consecuencia, de ajustar su actuación los representantes del MPF hacia la concreción de presuntas “pseudoreparaciones penales” orientadas a actualizar la indemnización civil ya contemplada en el artículo 29 del Código Penal junto a la pena<sup>254</sup>, a través de lo que la literatura garanto-abolicionista denomina “resolución pacífica de los conflictos”, la fuerza reveladora del interés público siempre presente en la palabra delito se disipará en desmedro del derecho de la víctima comunidad política a recibir lo suyo o lo que le corresponde, en aras del bien común.

Efectivamente, este proceder obviaría que “(...) en el comienzo de la justicia penal está el delito (...)”, o sea, la “causa meritoria de la pena” y que “[d]ado el delito debe darse en justicia, la pena al delincuente”<sup>255</sup>; por cuanto “[s]i se reacciona contra el delito cometido porque es un mal social grave, se está aplicando el principio moral primero (...) que es «hacer el bien y evitar el mal»”<sup>256</sup>, cuya concreción en el campo jurídico se expresa en ese “dar a cada uno lo suyo”, comprensivo de lo suyo de las víctimas, lo suyo de la comunidad política y lo suyo de quien delinquirió.

Por tanto, difícilmente pueda sostenerse la idea de un fiscal “gestor de la paz”, pero que no promueve la persecución penal, pues, como ya explicamos, el ejercicio de la acción penal es un presupuesto de la justa imposición de la pena, sin cuya concreción la sociedad y la

253. Ídem.

254. El art. 29 del CP establece: “La sentencia condenatoria podrá ordenar: 1. La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias. 2. La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba. 3. El pago de las costas” (art. sustituido por el art. 27 de la Ley N° 25.188, BO 01/11/1999).

255. Cfr. Hernández, H. H., *Inseguridad...*, ob. cit., pp. 252, 271, 278 y cap. 33.

256. *Ibidem*, p. 278.



concordia no pueden preservarse ante la comisión de aquel grave mal llamado delito<sup>257</sup>.

Así, pues, de infiltrarse en los encargados de promover la acción penal pública ese discurso jurídico anti-penal barnizado con visos de Derecho Penal por el garanto-abolicionismo, el desempeño de los acusadores públicos contrariará la doble razón de demérito existente ante la comisión de todo delito y los intereses generales de la sociedad<sup>258</sup>; tanto al no efectivizar la reciprocidad de los cambios (que se sabe es una exigencia ético-jurídica de justicia), como al frustrar el posible cumplimiento de otros fines legítimos de la pena.

A modo de ejemplo, este proceder en vez de disuadir la consumación de hechos penales o propender a internalizar valores positivos en pos del buen vivir, probablemente motivará la perpetración de otros delitos. Es que quienes delinquen ya sabrán de antemano que los llamados “gestores de la paz” pondrán todos los medios para “pacificar” y resolver el conflicto mediante un método alternativo (léase conciliación, entrega de una suma dineraria o disculpas del ofendido), lo que en definitiva traducirá cierta seguridad sobre una impunidad anticipada.

Por otra parte, cabe preguntarse cómo se amalgamará el desempeño de los fiscales con su misión de custodios de la legalidad, cuando de esta forma se mueve a promover una intervención francamente contraventora de la imposibilidad de realizar transacciones o negocios jurídicos sobre la acción penal (antes receptada en el art. 842

257. Si abrevamos en las enseñanzas de Repetto (quien sigue el magisterio del Aquinate), podemos entrever que, ante la realización de un delito, la imposición de la pena: “(...) tiene razón de bien, cuando el que castiga lo hace por justicia” (Q.D. de malo, q. 1, a.4., 9 obj.); en tanto “aquello que es necesario para la conservación del bien no puede ser de suyo malo. Y para la conservación de la concordia entre los hombres es necesario (...)” aplicar penas a quienes delinquen (cfr. Repetto, A., “El Derecho Penal realista...”, ob. cit., acápite 9.9).

258. Al ponerse el foco exclusivamente en la afectación de la víctima particular se soslaya que nadie puede disponer de aquello que no le pertenece. Por tanto, la víctima particular no puede disponer del interés y el gravamen público de la víctima comunidad política, como así tampoco de la lesión generada a la convivencia social por el delito.

del Código Civil de Vélez Sarsfield y actualmente prevista en los arts. 279, 958, 1004 y 1644 del Código Civil y Comercial de la Nación<sup>259</sup>).

En fin, si la acción penal es un “instrumento para aplicar las sanciones penales necesarias a la defensa, el mantenimiento del orden social y la pacífica convivencia de los ciudadanos”<sup>260</sup>, luego cabe preguntarse cuál es la medida de razonabilidad para denominar como “gestores de la paz” a quienes en lugar de poner todos los medios para promover la persecución penal de los delitos de acción pública, que se sabe es una necesidad de fin para afianzar la justicia y pacificar la sociedad, obrarían guiados por el designio de reemplazar la pena por reparaciones pecuniarias, en detrimento del derecho de la víctima comunidad política a recibir lo justo debido.

## 5. CONCLUSIONES

A partir del camino transitado pudimos comprobar que esa necesidad de fin resumida en la pragmática de perseguir aquellas conductas revestidas de tal dañosidad social, sin cuya prohibición, persecución y sanción penal la comunidad política no podría conservarse, es una regla de oro replicada desde tiempos primigenios en Egipto, Israel, Grecia, Roma, la Edad Media, Inglaterra y Estados Unidos.

Más aún, el *iter* desandado también demostró que desde otrora se ha expuesto sin solución de continuidad la importancia de instituir una autoridad convocada a cumplimentar esa elevada misión en procura del bien común, patrón con proyección en nuestra rica tradición histórica, tal como se enseñó al revisar el influjo de Las Partidas, el Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica para las Provincias Unidas del Río de la Plata en la América del Sur de 1813 (art. 180), los Códigos Procesales Nacionales (Obarrio y Levene) y el Código Penal de 1921, donde se peralta el principio de legalidad procesal junto al de oficialidad, a fin de sortear la venganza privada y evitar la pasividad de las víctimas particulares ante ese grave mal denominado “de-

259. Aprobado por Ley N° 26.994 (BO 8/10/2014).

260. Cfr. Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., T. I, pp. 278 y 282-283 y T. II, p. 180.

lito”; para alcanzar, así, las supremas exigencias de la conservación social.

Esto reafirma, entonces, que “(...) la perpetración de ciertos atentados que conmueven a la sociedad, que ponen en peligro sus más caras instituciones, no son ni pueden ser sino de su resorte”<sup>261</sup>, de ahí la trascendencia de la actuación de los fiscales ante la comisión de los delitos de acción pública, pues ellos son los funcionarios en quienes nuestra Constitución Nacional confía la misión de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad.

Al mismo tiempo, a través de un gradual ascenso a los primeros principios se logró precisar que la potestad pública de los órganos de persecución penal (léase la de los fiscales) es de Derecho Natural, indispensable e inderogable, en la medida en que sin el cumplimiento de su función no podría afianzarse la justicia, preservarse la sociedad, ni cumplirse con las justas exigencias del bien común político, pues sin el ejercicio de la acción penal, no existiría investigación, ni esclarecimiento de los presuntos delitos, como así tampoco debido proceso, juicio y sanción –de corresponder– de aquellos actos gravemente nocivos.

Ahora bien, al repasar los diversos vaivenes atravesados por el fiscal para superar esa adolescencia retratada por Don Julio Maier, se advirtió que, si bien este sujeto procesal halló en el proceso acusatorio una redefinición de su rol más acorde a su identidad, ciertamente a este modelo procesal se plegaron una serie de reformas legislativas discordantes con los deberes posicionales del MPF y ese poder de ejercicio imperativo definitorio de su *ethos*. Pues la insignificancia procesal u oportunidad libre, la conversión de la acción pública en privada y otras alternativas fincadas en la privatización del Derecho Penal, propulsadas con estas modificaciones, no sólo habilitaron a los acusadores públicos a desentenderse de su misión constitucional, sino también a incumplir ciertas obligaciones incondicionales y definitivas de lo que en esencia es un fiscal. Al punto tal que, ante este propender hacia una

261. Proyecto de Código de Procedimiento Penal uruguayo de los Dres. Acevedo, De María, etc., Montevideo, 1895, según cita de Jofré, Tomás, *El Código...*, ob. cit., p. 149.

actuación contraria a la manda de “afianzar la justicia penal”, el ideal institucional de alcanzar esa mayoría de edad tan postergada se ha vuelto una vez más en una desiderata incumplida.

Ante el panorama descrito, se torna arduo hallar una medida de razonabilidad para definir a un fiscal como guardián de la legalidad, si su actuación es regida por un principio de oportunidad libre que mengua “las garantías constitucionales de legalidad (en sus dos formulaciones), la soberanía popular, el proceso de cuño acusatorio, la razonabilidad republicana contenida en la división de poderes y la premisa de no autocontrol, junto a la manda de justicia de «dar a cada uno lo suyo», riñendo también así con el *bonum commune*, al obstaculizar que la coacción jurídica se efectivice para preservar la existencia de la ley penal en tanto orden a fin”<sup>262</sup>.

En definitiva, resulta dificultoso aferrar un criterio de racionalidad republicana frente a un fiscal que al absorber con su accionar funciones inherentes a la identidad de los representantes de otros poderes, se emparenta más bien a un analogado de cesarismo con aspiraciones de todo poderoso.

Sinceramente, no es fácil escudriñar una razón justificante si un voluntarismo huero de medida racional se convierte en vector de conducta del acusador público y vuelve a la acción penal en un juguete de la fortuna en manos de un fiscal empoderado con una carta blanca o comodín particularmente apto para sumir a la concreción de la justicia penal en una precariedad latente.

En este marco, si la *forma mentis* de los encargados de promover la acción frente a la comisión de los delitos de acción pública respondiera al agnosticismo penal profesado por el garanto-abolicionismo<sup>263</sup> y su *leitmotiv* estribara en limitar, contradecir y reducir a su mínima expre-

262. Romero Berdullas, Carlos M., *Derecho Penal Líquido...*, ob. cit., p. 409.

263. Nótese que una de las tácticas abolicionistas consiste en introducir un esquema discursivo diferente en las usinas donde se gesta la ideología del sistema penal (léase universidades y centros de nivel terciario), a fin de construir un nuevo discurso jurídico-penal destinado a pautar las decisiones de las agencias judiciales para reducir la violencia (cfr. Zaffaroni, Eugenio R., *En busca de...*, ob. cit., pp. 166-169, 177-182 y 245; Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, *Derecho Penal...*, ob. cit., pp. 5-6 y 51-52).

sión al poder punitivo, no es difícil divisar el posible alcance de estas reformas, que claramente antagonizan con la identidad del fiscal.

De hecho, sin incurrir en un análisis tremendista, podemos advertir cómo una postura agnóstica ya ha logrado inculturar con éxito un nuevo dialecto jurídico anti-penal con visos de Derecho Penal en derredor a la pacificación de los llamados “conflictos”<sup>264</sup>; y a la par ha instaurado un principio de oportunidad, que posibilitaría la intervención mínima como táctica, en ese transitar progresivo hacia el abolicionismo<sup>265</sup>, pues, según Zaffaroni, es: “(...) obvio que la disminución de la intervención penal por la vía de (...) el principio de oportunidad procesal es uno de los caminos que posibilitan la disminución de la violencia del sistema penal (...)”<sup>266</sup>.

En fin, lo aquí desarrollado es suficiente para comprender que el MPF no ha alcanzado aún esa madurez anhelada. Por el contrario, pareciera que actualmente se encuentra inmerso en una crisis de identidad nada exigua, en tanto de primar esta nueva lógica, el fiscal no será fiscal; y la víctima comunidad política se hallará inerme frente a ese gravísimo mal denominado delito. So riesgo de simplificar, podemos concluir que estos vientos de cambio entrañan el peligro de convertir al fiscal en un anti-fiscal; o, en otras palabras, y vaya paradoja, en un fiscal garanto-abolicionista.

Por consiguiente, en esta hora perentoria, el mayor desafío del MPF consiste en resignificar aquello que hace al fiscal y lo distingue del resto de los actores. Así pues, este magistrado recobrará su identidad, si desarrolla una actuación ajustada a aquello a lo que el acusador público se halla llamado a ser por nuestra Constitución Nacional. De lo contrario, el abolicionismo habrá logrado dar un paso más en ese desandar hacia lo inacabado, pues indudablemente, un recurso táctico inmejorable sería alcanzar la conversión de los fiscales al agnosticismo penal. Dependerá del obrar de cada cual cómo se dirima esta delicada cuestión, pues la concreción del bien común corre por

264. Tal como se pudo comprobar en la normativa y jurisprudencia citada oportunamente.

265. Cfr. Zaffaroni, Eugenio R., *En busca de...*, ob. cit., pp. 110-111 y 182-183.

266. *Ibíd.*, pp. 182-183.

cuerda de la necesidad de que los fiscales sean fieles a su profunda vocación y a ese designio constitucional amalgamado a la valiosa prenda de afianzar la justicia.

## BIBLIOGRAFÍA

- Albrecht, Peter - Alexis, "Coordenadas de una legalidad penal en el Estado de Derecho: Principio de la proporcionalidad, principio de la legalidad, principio de oficialidad", en *Revista de Derecho Procesal Penal* (dirigida por Donna, Edgardo A.), AA. VV., *La Investigación penal preparatoria: Función de las policías*, T. II, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2013, pp. 11-28.
- Alfonso el Sabio, *Las Siete Partidas del sabio rey don Alfonso el nono*, nuevamente glosadas por el licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de su Majestad, Salamanca, 1555, edición de Gregorio López en reproducción anastática del Boletín Oficial de Estado, 1974.
- Anitua, Gabriel I., "Fundamentos para la construcción de una teoría de la no pena", en AA. VV., *El abolicionismo penal en América Latina. Imaginación no punitiva y militancia*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2012, pp. 1-17.
- Anitua, Gabriel I.; Borinsky, Mariano H., "Principio de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales europeos", en AA. VV., *Sistemas Procesales Penales Comparados*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pp. 447-484.
- Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, Buenos Aires, Colihue, 2015.
- Aristóteles, *Política*, Buenos Aires, Alianza, 2014.
- Armenta Deu, Teresa, *Estudios sobre el Proceso Penal*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008.
- Avellaneda Huergo, Alfredo, *El Ministerio Público Fiscal*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1924.
- Ayarragaray, Carlos A., *El Ministerio Público*, Buenos Aires, J. Lajouane & Cía. Editores, 1928.
- Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, Argentina, 2004.
- Baratta, Alessandro, *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*, Buenos Aires, B de F, 2004.
- Bidart Campos, Germán J., *Compendio de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2004.
- Bidart Campos, Germán J., *Lecciones Elementales de Política*, Buenos Aires, Ediar, 2005.

- Binder, Alberto M., *Derecho Procesal Penal*, T. II, Buenos Aires, Ad Hoc, 2014.
- Binder, Alberto M., *Ideas y materiales para la Reforma de la Justicia Penal*, 1ª ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 2000.
- Binder, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2ª ed. act. y amp., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009.
- Bovino, Alberto, "La persecución penal pública en el Derecho anglosajón", en *Lecciones y Ensayos*, N° 49, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires*, 1988 disponible en [http://www.icjsinaloa.gob.mx/medios/publicaciones/persecucion\\_penal.pdf](http://www.icjsinaloa.gob.mx/medios/publicaciones/persecucion_penal.pdf) (fecha de consulta: 27/04/2016).
- Cabral, Luis M., *Compendio de Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997.
- Carnelutti, Francesco, *Cómo nace el Derecho*, Buenos Aires, Librería El Foro Rodamillans, 2006.
- Castaño, Sergio R., *El Poder Constituyente entre mito y realidad*, San Luis, Instituto de Filosofía del Derecho y Ciencias Afines, Universidad Católica de Cuyo, 2012.
- Castaño, Sergio R., *La realidad del poder constituyente, entre el mito liberal y el cuestionamiento contrarrevolucionario*, España, Instituto Filosófico de Balmesiana, 2014.
- Castaño, Sergio R., *Lecturas críticas sobre el Poder Político*, México, Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- Christie, Nils, "Conflicts as Property", en *The British Journal of Criminology*, vol. 17, n° 1, Sheffield, Foundation Lecture of the Centre for Criminological Studies, University of Sheffield, 1977.
- Cicerón, Marco T., "Sobre la República", en *Obras Políticas*, Madrid, Gredos, 1982.
- Cicerón, Marco T., "Verrinas", en *Discursos I*, Madrid, Gredos, traducción de José Ma. Requejo Prieto, 2009.
- Corominas, Joan, *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*, en *Biblioteca Románica Hispánica*, 3ª ed. revisada y mejorada, Gredos, Madrid, 1973, reimp. de 1987.
- Corominas, Joan, *Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico*, en *Biblioteca Románica Hispánica*, Madrid, Gredos, 1980, reimp. de 1984, tomo CE – F.
- De la Fuente, Javier E.; Salduna, Mariana, "Principio de oportunidad y sistemas alternativos de solución del conflicto penal. La inconstitucionalidad de su regulación provincial", en AA. VV., *La actividad procesal del*

- Ministerio Público Fiscal*, T. III, *Revista de Derecho Procesal Penal*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009, pp. 69-122.
- Díaz López, Laurentino, *El Derecho en América en el Período Hispánico*, Panamá, Editorial de la Universidad Santa María La Antigua, Panamá, 1989.
- Donna, Edgardo A., *Derecho Penal, Parte General*, T. I, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2006.
- Du Bois, Albert, *Historia del Derecho Criminal, de los pueblos antiguos hasta el establecimiento del Cristianismo*, Madrid, C. Bailly – Bailliere, 1850.
- Folter, Rolf S. de, "Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault", en AA. VV., *Abolicionismo Penal*, Buenos Aires, Ediar, 1989, pp. 57-86.
- Frister, Helmut, *Derecho Penal, Parte General*, 1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2011.
- Gacto Fernández, Enrique, "Observaciones Jurídicas sobre el proceso inquisitorial", en AA. VV., *La Inquisición en Hispanoamérica*, Buenos Aires, coedición Ciudad Argentina y Universidad del Museo Social Argentino, 1997, pp. 13-41.
- Gamboa, Agustín C.; Romero Berdullas, Carlos M., *Proceso Constitucional Acusatorio*, Buenos Aires, Ah- Hoc, 2014.
- Garavano, Germán C; Romero Berdullas, Carlos. M., "El rol del Ministerio Público Fiscal de la CABA", en AA. VV., *Derecho de la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, El Derecho, 2014.
- Gutiérrez Fernández, Benito, *Examen histórico del Derecho Penal*, Madrid, Analecta, 1866.
- Hassemer, Winfried, "La persecución penal: legalidad y oportunidad", *Lecciones y Ensayos*, no. 50, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, 1988, pp. 13-21. Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/50/la-persecucion-penal-legalidad-y-oportunidad.pdf> (fecha de consulta: 29/4/2016).
- Hernández, Héctor H., *El garantismo abolicionista*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2013.
- Hernández, Héctor H., *Inseguridad y garantismo abolicionista. Bases para la reconstrucción de la justicia penal*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2017.
- Hulsman, Louk, "La Criminología Crítica y el concepto de delito", en AA. VV., *Abolicionismo Penal*, Buenos Aires, Ediar, 1989, pp. 87-108.
- Hulsman, Louk; Bernat de Celis, Jackelin, *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una alternativa*, Barcelona, Ariel, 1984.
- Iturralde, Cristián R., *1492, Fin de la Barbarie, comienzo de la Civilización en América*, Buenos Aires, Buen Combate, 2014.



- Iturralde, Cristián R., *La Inquisición*, Buenos Aires, Vórtice, 2011.
- Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, T. I, 3ª ed. act., Buenos Aires, Losada, 1964.
- Jiménez de Asúa, L., *Tratado de Derecho Penal, El delito*, T. III, 3ª ed. actualizada, Buenos Aires, Losada, 1965.
- Jofré, Tomás, *El Código Penal de 1922*, Buenos Aires, Valerio Abeledo – Librería jurídica, 1922.
- Jofré, Tomás, *Manual de Procedimiento*, T. I y T. II, 5ª ed., Buenos Aires, La Ley, 1941. - Kaufmann, Armin, *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*, en Colección Grandes Maestros del Derecho Penal, N° 40, Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2018.
- Kaufmann, Armin, “La misión del Derecho Penal”, en *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*, en Colección Grandes Maestros del Derecho Penal, n° 40, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2018.
- Lamas, Félix A., *El hombre y su conducta*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino”, 2013.
- Lamas, Félix A., *La Experiencia Jurídica*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 1991.
- Lamas, Félix A., “Percepción e inteligencias jurídicas. Los principios y los límites de la dialéctica”, en AA. VV., *Los principios y el Derecho Natural en la metodología de las ciencias prácticas*, Buenos Aires, EDUCA, 2002, pp. 11-56.
- Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil Parte General*, T. II, 17ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997. - Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, 2ª ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.
- Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, II. Parte General, Sujetos Procesales*, 1ª ed., 2ª reimp., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.
- Maier, Julio B. J., “El Ministerio Público: ¿un adolescente?”, en AA. VV., *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003, pp. 17-36.
- Marchisio, Adrián, *Principio de oportunidad, Ministerio Público y política criminal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008.
- Mommsen, Theodor, *Derecho Penal romano*, Santiago de Chile, Olejnik, 2019.
- Naucke, Wolfgang, *Derecho Penal. Una introducción*, traducción de la 10ª ed. alemana, Buenos Aires, Astrea, 2006.
- Pastor, Daniel R., *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.
- Piñero, Norberto; Rivarola, Rodolfo; Matienzo, José Nicolás, *Proyecto de Código Penal para la República Argentina*, 2ª ed., Buenos Aires, Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, 1898.

- Repetto, Alfredo, "El Derecho Penal y Santo Tomás de Aquino", *El Derecho*, Buenos Aires, T. 180-1239, 1999.
- Repetto, Alfredo, "El Derecho Penal realista y una aproximación al bien común", en *Diario de Política Criminal, El Derecho*, N° 235-1246.
- Repetto, Alfredo, "La importancia del Derecho y del Derecho Penal", en *Diario de Política Criminal, El Derecho*, N° 11.780, 2007.
- Repetto, Alfredo, "Otras precisiones sobre el Derecho Penal Realista (hecho, valor y norma)", en *Diario de Política Criminal, El Derecho*, N° 11.910, Buenos Aires, 21 de diciembre de 2007.
- Romero Berdullas, Carlos M., "Alcance del principio de oportunidad", en AA. VV., *Comentarios al Proyecto de Código Penal*, Buenos Aires, Thomson Reuters - La Ley, 2019, pp. 277-294.
- Romero Berdullas, Carlos M., *Criterios de oportunidad en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2020.
- Romero Berdullas, Carlos M., "De la inconstitucional regulación de la acción penal. Inconsecuencias de reformas contradictorias", Buenos Aires, *Dial.com* - DC2735, 23/04/2019.
- Romero Berdullas, Carlos M., "Delitos de acción pública, privada e instancia privada. Una indagación acerca de su razonabilidad", en *Prudentia Iuris*, N. 90, 2020, pp. 159-188.
- Romero Berdullas, Carlos M., "De los delitos y los conflictos", *Prudentia Iuris*, N. 88, 2019, pp. 203-232.
- Romero Berdullas, Carlos M., *Derecho Penal Líquido. Inconstitucionalidad del principio de oportunidad*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2020.
- Romero Berdullas, Carlos M., "Inepcias de la conciliación anti-penal", *elDial.com* - DC2646, 20/11/2018.
- Romero Berdullas, Carlos M., "Manifestaciones del principio de oportunidad", en *Prudentia Iuris*, N. 83, 2017, pp. 219-248.
- Romero Berdullas, Carlos M., "Mitos y realidades del proceso acusatorio", *Prudentia Iuris* N. 86, 2018, pp. 133-167.
- Romero Berdullas, Carlos M., "#Proceso Acusatorio: ¿Hashtag Constitucional?", *Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional* N. 3. 2015, pp. 57-107.
- Romero Berdullas, Carlos M., "Proceso Penal en clave republicana: Salvaguarda constitucional contra los analogados del cesarismo", en *Prudentia Iuris* N. 82, 2016, pp. 79-106.
- Roxin, Claus, *Derecho Penal -Parte General-*, T. I, Madrid, Civitas, 1997.
- Roxin, Claus, *Derecho Procesal Penal*, 1ª ed. en castellano de la 25ª ed. alemana, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.

## LA CRISIS DE IDENTIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

---

- Roxin, Claus, "Posición Jurídica y tareas futuras del Ministerio Público", en AA. VV., *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003, pp. 37-60.
- Rusconi, M., *Nuevo proceso penal, garantías constitucionales y mínima intervención*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008.
- Rusconi, Maximiliano A., "Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del ministerio público", en AA. VV., *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003, pp. 61-81.
- Sacheri, Carlos A., *El orden natural*, 6ª ed., Buenos Aires, Vórtice, 2007.
- Sampay, Artuto E., *Las Constituciones de la Argentina (1810-1972)*, Buenos Aires, Eudeba, 1975.
- Sampay, Arturo E., *La Filosofía Jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975.
- Sancinetti, M., "Avenimiento y mediación: ¿la pena como objeto de negocios jurídicos?", Buenos Aires, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina38164.pdf> (fecha de consulta: 10/05/2019).
- Santo Tomás de Aquino, *El Gobernante Cristiano (De regimene principum ad regem Cypri)*, Córdoba, Athanasius.
- Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, I, 4ª ed., Madrid, BAC, 2001.
- Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, II-II, 3ª ed., Madrid, BAC, 1998.
- Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T. I, 2ª ed., Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina (TEA), 1951.- Solimine, Marcelo A., *Bases del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Ley N° 27.063*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015.
- Struensee, E.; Maier, Julio B. J., "Introducción", en AA. VV., *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, pp. 17-32.
- Tale, Camilo, "Los legítimos fines de la pena jurídica", en AA. VV., *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2010, pp. 5-425.
- Tejedor, Carlos, *Curso de Derecho Criminal*, Primera Parte, 2ª ed., Buenos Aires, Librería de CL. M. Joly.
- Tinoco Pastrana, Ángel, *El sistema judicial penal en el Common Law y el principio de oportunidad*, tesis doctoral del Departamento de Derecho Penal y Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, Sevilla, mayo de 1999, disponible en <https://idus.us.es/handle/11441/24008> (fecha de consulta: 14-01-2021).
- Trillo Navarro, Jesús P., "El Fiscal: Acusar o Instruir en la CE de Roma a la Reforma de la LECrim.", en *Saberes, Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, Madrid, Universidad de Alfonso X el Sabio, Facultad de

- Estudios Sociales Villanueva de la Cañada, v. III, 2005, disponible en <https://revistas.uax.es/index.php/saberes/article/view/755/711> (fecha de consulta: 14/01/2021).
- Trillo Navarro, Jesús P., "Ministerio Fiscal: Diacronía de una vinculación política" en *Saberes, Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, Madrid, Universidad de Alfonso X el Sabio, Facultad de Estudios Sociales Villanueva de la Cañada, v. VI, 2008, disponible en <https://revistas.uax.es/index.php/saberes/article/view/790/746> (fecha de consulta: 14/01/2021).
- Vázquez Rossi, Jorge E., *Tratado de Derecho Procesal Penal (la realización penal)*, T. I, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1995.
- Vélez Mariconde, A., *Derecho Procesal Penal*, T. I, 2ª ed., Buenos Aires, Lerner, 1969.
- Von Hentig, Hans, *La pena, formas primitivas y conexiones histórico culturales*, Madrid, Editorial Espasa Calpe S.A., vol. 1, 1967.
- Yacobucci, Guillermo, *El sentido de los principios penales: su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, 1ª ed., Buenos Aires, Ábaco, 2002.
- Zaffaroni, Eugenio R., *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 2005.
- Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2005.

### *Jurisprudencia citada*

#### *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

- Alonso, Jorge F. y otros s/ contrabando de estupefacientes y otros delitos, causa n° 3161*, sentencia del 26/12/1995, *Fallos*: 318:2611.
- Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones - arts. 104 y 89 del Código Penal, causa N° 3221*, sentencia del 17/05/2005, *Fallos*: 328:1491.
- Portillo, Alfredo s/ infr. art. 44 Ley N° 17.531. P. 391. XX*, sentencia del 18/04/1989, *Fallos*: 312:496.
- Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N° 4302*, sentencia del 23/12/2014, *Fallos*: 327:5863.

#### *Tribunal Oral en lo Criminal N° 26 de la Capital Federal*

- D. J. A. s/ robo agravado en grado de tentativa (causa n° 4889)*. Sentencia del 11/10/2016, disponible en: <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Juris->

prudencia/ADJ%20(causa%20N%C2%BA%2026772).pdf (fecha de consulta:12/03/2021).

*J. D. G. s/ robo* (causa n° 4902). Sentencia del 13/10/2016, disponible en: [https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/GJD%20\(causa%20N%C2%BA%2019190\).pdf](https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/GJD%20(causa%20N%C2%BA%2019190).pdf) (fecha de consulta: 24/05/2021).

### *Normativa citada*

Ley N° 2.372 (04/10/1888, publicada en RN N° 1.887/88, p. 772).

Código Penal, aprobado por Ley N° 11.179 (BO 03/11/1921; T.O. 1984 actualizado).

Código Procesal Penal, aprobado por Ley N° 23.984 (BO 09/09/1991), abrogado la Ley N° 27.063 BO 10/12/2014, art. 2°.

Código Procesal Penal Federal (T.O. 2019, según Decreto PEN N° 118/2019, BO 08/02/2019).

Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley N° 26.994 (BO 08/10/2014).

Ley N° 24.946 (BO 23/03/1998).

Ley N° 25.188 (BO 01/11/1999).

Ley N° 27.063 (BO 10/12/2014).

Ley N° 27.147, (BO 18/06/ 2015).

Ley N° 27.148, (BO 18/06/2015).

Ley N° 27.149 (BO 18/06/2015).

Ley N° 27.372 (BO 13/07/2017).

Decreto PEN N° 257/2015 (BO 29/12/2015).

