



**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DE CORDOBA
Instituto de Ciencias Penales**

***Nuevos paradigmas en la
persecución penal. Criterios
de oportunidad***

El Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, en decisión concertada por su Director y los Directores Adjuntos de Derecho Penal y de Derecho Procesal, dispuso, para su desarrollo en el año 2011, la formulación de un proyecto colectivo de investigación e intercambio de opiniones sobre política criminal, que apuntara a una cuestión esencial de todo sistema jurídico: los poderes de persecución penal.

Como primera cuestión teórica, se plantea la de cuál es el órgano del Estado¹ al que se le debe atribuir la facultad de promover en justicia la persecución de los supuestos autores de delitos. Los orígenes inquisitivos del proceso penal europeo continental, asignaron tal función al propio tribunal, aunque con el surgimiento del ministerio público pasó a éste la facultad de promover la acción².

En cuanto a la investigación de los delitos, la tradición europea la mantuvo en manos del juez (el juez de instrucción del modelo napoleónico). Modernamente se sostiene que ese órgano investigador no debe ser un juez (como el juez de instrucción), pues afectaría su imparcialidad³. Aun cuando el juez investigador no dictara sentencia, el sentido de investigación y persecución, el dictado de resoluciones imputativas (procesamiento), la resolución sobre la libertad, etc., lo colocarían en una situación de parte implícitamente opuesta al imputado. Por eso, y la reforma de 1994 abrió el camino, el órgano debe ser un órgano del estado, pero independiente de la jurisdicción, el ministerio público. Desde que la investigación se asiente en cabeza de un órgano no jurisdiccional, se debe reconocer que el proceso tiende a asumir un carácter adversarial (acusatorio) ante un órgano jurisdiccional, con o sin intervención de un jurado popular.

Distinto de la cuestión anterior, aunque a menudo se confunde con ella, es la forma en que ese órgano acusador ejerce ese poder. La tradición europea de la codificación desarrolló, en sus orígenes, el principio de legalidad, esto es, que ante todo posible delito debía promoverse la acción, y ejercerse hasta la conclusión del proceso. Si bien aparentemente garantiza la igualdad, entre otros defectos la realidad demuestra que, incluso en los países más avanzados, sólo llega a sentencia un porcentaje ínfimo de los delitos cometidos, pues ninguna sociedad está en condiciones de someter a un proceso completo a todos los autores o partícipes de los posibles delitos llegando a concluirse los procesos en una proporción de apenas un dígito.

La tendencia actual es a reconocer esa situación, y como de hecho ocurre que el mayor porcentaje de delitos queda fuera del sistema penal, se advierte que hay un proceso de selección. En un sistema de legalidad juegan factores no legales de distinta naturaleza para que las causas no lleguen a proceso o lo concluyan (cifra negra, ineficiencia policial, desconocimiento de autores, paralización de causas policial o judicial, selección de causas con preso, etc.), de modo tal que en un sistema así se juzga un escaso dígito del universo delictivo (con condena o absolucón); el remanente,

¹ Afortunadamente el derecho penal liberal, pese a críticas posmodernistas, expropió el poder de castigar, el que ejerce monopólicamente, con algunos intersticios para la víctima o el damnificado.

² V. DE LA RÚA, *Derecho y democracia*, Córdoba, 2008, 1988... *Hacia la autonomía del ministerio público*, pág. 69. De allí la regla "ne procedati iudex ex officio" (v. MAIER, *La Ordenanza Procesal Alemana* Doctrina Penal, Depalma, Buenos Aires, 1979, año 2, nro. 6, pág. 336), con referencias a la evolución de los sistemas nacionales en la cuestión.

³ Es la jurisprudencia de la Corte Suprema, en la causa M. 528. XXXV. Mostaccio, Julio Gabriel s/ homicidio culposo. Debe recordarse que esta Corte a partir de la causa "Tarifeño", resuelta el 28 de diciembre de 1989 (Fallos: 325:2019), entre otros, declaró la nulidad de la sentencia condenatoria cuando el representante del Ministerio Público había solicitado al concluir la audiencia la absolucón del imputado. Aquella jurisprudencia se mantuvo hasta la causa "Marcilese", oportunidad en que el Tribunal (modificando su criterio) confirmó la sentencia condenatoria no obstante el pedido de absolucón del agente fiscal (Fallos: 325:2005).

desaparece en los meandros de los archivos y las prescripciones. Esto se atempera hoy con instituciones como la probation, que suspenden el proceso, pero opera de modo muy restringido.

Naturalmente, ante ello, se considera que resulta preferible fijar en el sistema legal normas que permitan al órgano acusador seleccionar entre las causas, procurando que en la mayor parte se asiente en reglas objetivas, establecidas de modo genérico o específico en la ley. Por todas estas razones, modernamente⁴ se propugna un sistema de valoración de oportunidad por el órgano acusador, que es en general el ministerio público⁵. Ese órgano pondera qué causas pueden llevarse a juicio para mantener las cifras razonables compatibles con la eficiencia o con las necesidades de justicia o seguridad.

En el sistema anglosajón ese criterio de oportunidad existió desde antiguo, atento los amplios poderes que se le asignan al fiscal, y que llevan a un proceso adversarial. Por eso el sistema más antiguo es el anglosajón, de plena disponibilidad, en el cual el fiscal decide a su voluntad plena si acusa o no acusa, si acusa por menos o por otra cosa, si acuerda sobre la imputación o la pena con el imputado, etc., y generalmente la valoración es de eficiencia: llevar a juicio causas con alto porcentaje de éxito. Frente a la plena disponibilidad, surge el sistema de oportunidad reglada, como el alemán, en el cual la ley enumera las causales en virtud de las cuales el fiscal puede optar por la disponibilidad (bagatelas, algunos delitos cuando es imputación múltiple, secretos, daño al propio autor, etc.).

La cuestión no es tan simple como pretende la esquematización precedente, aunque es habitual hacerla de ese modo. Es necesario, sin embargo, un sobrevuelo sobre los sistemas occidentales modernos, para advertir que los más no se compadecen con esa dicotomía.

En Inglaterra, hasta 1985 la investigación preliminar estaba a cargo de la policía. Ese año se dicta la *Crown Prosecution Act*, o *Prosecution of offences Act*, que en rigor no otorga a los procuradores de la Corona la investigación preliminar, sino tan sólo evacuar consultas de la policía⁶ aunque excepcionalmente pueden detener la causa cuando es evidente que no hay interés público⁷. El procurador recibe la investigación de la policía, y debe decidir continuarla o no en base a una doble ponderación: probatoria (“*evidential sufficiency*”), que genera la famosa regla práctica del 51 %, esto es que la prueba de cargo debe llegar al 51 % de la prueba total y el interés público (“*public interest*”)⁸ que se da cuando hay armas, premeditación, grupo, niños,

⁴ La recomendación del Comité de Ministros de la CEE de 17/9/1987 sobre simplificación de la Justicia penal, invita a los Estados miembros a introducir dicho principio en el proceso penal. Esta recomendación sostiene que el citado principio “deberá ser aplicado partiendo de bases generales como el interés público”, obligando a la autoridad competente a inspirarse en el principio de igualdad de todos ante la ley y en el de individualización de la justicia penal y teniendo en cuenta: la gravedad, naturaleza, circunstancias y consecuencias de la infracción, personalidad del denunciado, condena a imponer y sus efectos sobre el mismo y la situación de la víctima. En este punto el Consejo Fiscal indicó la conveniencia de su aplicación pero sólo de forma reglada y respecto de los denominados delitos *bagatela*.

⁵ Aunque las legislaciones locales lo condicionan a que sea aceptado por el tribunal. Ello sucede con el régimen vigente en Mendoza, en los que el Superior Tribunal de dicha provincia se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de las normas procesales que regulan formas de disponibilidad, en autos “Fiscal v. Sosa Morán, Juan F. y otros”. Tribunal: Sup. Corte Just. Mendoza, sala 2ª Fecha: 19/09/2005 Publicado: SJA 29/11/2006. JA 2006IV-654, con lo que el sistema vuelve a la esquizofrenia apuntada.

⁶ La limitación sólo a consultas de los procuradores obedece a evitar que, involucrándose, caiga en el “*hunters syndrom*” –síndrome del cazador- y pierda objetividad. Code of Crown Prosecutor, 3,2,

⁷ Code of Crown Prosecutor, 4,1.

vulnerabilidad de la víctima, etc.⁹ Siempre tiene la alternativa, a su vez, del “*Home Office cautioning guide lines*”. También los procuradores de la corona pueden intervenir ante los tribunales, generalmente pequeñas cortes. Pero en general el Estado se vale de “*barrister*” contratados¹⁰. El jurado complementa el sistema, que es adversarial.

El sistema no se presenta como ideal, y las principales críticas apuntan a la preponderancia de la policía pues el procurador sólo revisa formalmente, restricciones a la defensa (como el secreto sumarial) y en delitos graves siempre acusa.

En Estados Unidos se distingue claramente entre el sistema federal y el local o estatal. El primero está a cargo de fiscales de los EE.UU, solo para delitos federales, pero reportan al secretario de justicia. Existen divisiones especiales (crimen organizado, crímenes de guerra, etc.) pero relacionados generalmente con un fiscal federal. La secretaría de Justicia le presta asesoramiento y gabinetes técnicos.

En general el grueso está en manos de los estados locales. No los fiscales generales de los estados, con escasa competencia (rutas, zonas rurales fuera de ejidos, etc.), sino los fiscales de distrito, o fiscales del condado, que llevan la mayor parte de las investigaciones.

Tanto los fiscales federales como los locales tienen amplísima disponibilidad, que la usan cuando hay dudas sobre si el hecho es delito, la prueba es muy poco posible, fue un delito insignificante, o puede responder a un programa de tratamiento o de otro tipo. En el 90 % de los casos se llega a juicio con un sistema de descuentos en base a la admisión de la culpabilidad (por eso algunos dicen que no es convenio). En lo federal se llama convenio de cargo.

Si bien el jurado aparece como esencial en el sistema, ya vimos que el 90 por ciento de los fallos se resuelve por el sistema de descuentos. El jurado es renunciable por el imputado, y es fuerte la tendencia a optar por un juez unipersonal. Son fuertes las críticas al sistema de jurados, más allá de su esencia democrática: “Fiscales agobiados y excedidos de trabajo, defensores de oficio (gratuitos) y jueces conciertan a menudo una ”solución negociada”¹¹. Estas negociaciones “a menudo perjudican a los acusados de delitos relativamente menores, al tiempo que permiten que los acusados de delitos graves reciban condenas mínimas”¹²

A más de la policía, en Francia pueden investigar los fiscales y los jueces de instrucción, pertenecientes ambos al poder judicial. El juez puede delegar al fiscal, y entiende, en general en hechos graves (“crimes”). Ambos pueden dar instrucciones. Fuera de los casos de delitos graves, terminada la investigación es el fiscal el que ejerce

⁸ ..cuando hay pruebas suficientes para justificar la persecución... los fiscales deben entonces formularse la pregunta si un proceso es necesario para el interés público, Cód., 4, 11^o

⁹ El Code of Crown Prosecutors fija numerosas reglas para que los procuradores cumplan su tarea. Así, el código de test que deben hacer comprende el test de la prueba, y el test del interés público. Es importante el test del interés público, pues el código fija reglas de interés para perseguir (grupo, presencia de niños, víctima vulnerable, etc.) y las que inducen a lo contrario: si basta una pena simbólica, si puede ser tratado por servicios especiales. También pueden seleccionar hechos, 6, 1 o aceptar confesiones parciales o de hechos menores, consultando a víctimas y gravedad del hecho, Code, 10

¹⁰ SECCHI, Paola, *Organización y funcionamiento del Crown Prosecution Service*, en Justicia y sociedad Universidad Nacional

Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas 1994.

¹¹ Lo dice el propio Departamento de Estado de EE. UU., en su publicación web de información internacional, USINFO.STATE.GOV, *Los derechos del pueblo*, cap. 5, el juicio por jurado.

¹² USINFO.STATE.GOV, *Los derechos del pueblo*, cap. 5, cit.

el principio de oportunidad en delitos menores según lo consagra el art. 40 CPP¹³ y puede disponer de un mediador¹⁴, o una composición penal¹⁵. Es característico del sistema que no fija pautas de disponibilidad, lo que es objeto de propuestas de reforma por la Comisión de reflexión sobre la justicia, creada por Chirac en 1997, que sugiere que sean establecidas. En la actualidad el presidente Sarkozy propugna la solución del informe Leger, septiembre 2009, de eliminar la justicia de instrucción. Es importante el debate, pues a la paranoia del juez de instrucción (persigue y juzga) el socialismo sostiene que se pretende dejarlo en manos de algo mas paranoico (fiscal dependiente del gobierno).

En Italia la propia constitución establece del principio de legalidad. De allí que la critica fundamental es que ante la imposibilidad de juzgar todos los delitos, la selección de los mismos es totalmente discrecional. Como forma de oxigenar el sistema, se instauró en 1988 el *patteggiamento* (actual art. 444 CPP). Consiste en que el imputado puede solicitar una pena sustitutiva¹⁶, que debe contar con el acuerdo del MP. Esto es, contempla un aspecto de disponibilidad (acuerdo sobre la pena) sin mengua de la legalidad.

En España rige firmemente el principio de legalidad, con lamentos de los reformadores¹⁷.

En Alemania, por fin, la Ordenanza Procesal fija las causas en los cuales el ministerio público debe ponderar si acusa a o no: bagatelas, secretos de estado, casos de extorsión, pena innecesaria, pena natural, pluralidad de hechos cuando con algunos basta para lograr la pena¹⁸.

La primera conclusión importante de este examen panorámico de los sistemas es evidente: superando el facilismo de pretender soluciones mágicas: ningún país cuenta con un sistema perfecto de persecución, y todo cambio al respecto será un elemento coadyuvante en la mejora del sistema, pero no una solución radical.

¹³ Código de Procedimientos, **art. 40.1** Cuando estime que los hechos que han sido puestos en su conocimiento en aplicación de las disposiciones del artículo 40 constituyen una infracción cometida por una persona cuya identidad y domicilio son conocidos y con respecto a la que no existe ninguna disposición legal que impida el ejercicio de la acción pública, el fiscal territorialmente competente decidirá si es oportuno:

1º. Bien promover diligencias;

2º. Bien iniciar un procedimiento alternativo a las diligencias en aplicación de las disposiciones de los artículos 41-1 o 41-2;

3º. O bien archivar el procedimiento cuando circunstancias particulares unidas a la comisión de los hechos justifiquen.

Artículo 40-2: El fiscal advertirá a los denunciante y a las víctimas si estuvieran identificados así como a las personas o autoridades mencionadas en el segundo párrafo del artículo 40, de las diligencias o de las medidas alternativas que han sido decididas como consecuencia de la denuncia o de su indicación.

Cuando decida archivar el procedimiento, les advertirá igualmente de su decisión indicando las razones jurídicas de oportunidad que la justifican.

Artículo 40-3: Cualquier persona que hubiera denunciado los hechos ante el fiscal podrá interponer recurso ante el fiscal jefe contra la decisión de archivo adoptada como consecuencia de dicha denuncia. El fiscal jefe podrá, en las condiciones previstas en el artículo 36, ordenar al fiscal competente la promoción de las diligencias. Si estimara que el recurso es infundado, se lo hará saber así al interesado.

¹⁴ 41,1.

¹⁵ 41,2.

¹⁶ Sustituir la de privación de libertad por libertad controlada o semidetención, penas pecuniarias; y penas privativas de libertad disminuidas siempre que la disminución (1/3), lleve el monto a dos años o menos.

¹⁷ En general los autores españoles desenvuelven, cuando tratan este tema, una serie de modificaciones a la pena que en rigor no se vinculan con el principio de oportunidad en sentido estricto.

¹⁸ V. DE LA RÚA, *Disponibilidad de la acción*, Derecho y Democracia, Córdoba, 2008, pág. 101.

En nuestro sistema constitucional es posible un sistema de oportunidad, en tanto no afecte la igualdad ante la ley. Empero, si bien es prevaleciente doctrinariamente la concepción de que corresponde al Congreso de la Nación la regulación del ejercicio y extinción de las acciones penales, hoy la oportunidad se filtra por dos vías.

En primer lugar, porque la impaciencia del legislador provincial, ante la morosidad del Congreso a adoptar un sistema que flexibilice el rígido legalismo, lo ha llevado a legislar, considerando materias procesales, formas de ejercicio, suspensión y, larvadamente, de extinción de la acción penal, al margen de la legislación penal sustantiva. La jurisprudencia local convalida esa legislación¹⁹. El trabajo de la sección de derecho procesal muestra cómo esta posición se ha difundido, con mengua de la igualdad, y rige en relación a la mayoría de la población argentina.

Otra vía, siguiendo los mismos objetivos, es la de sostener que esas facultades son provinciales, al considerar que la competencia nacional es solo un artificio ordenador creado por Rivarola²⁰, negar la diferencia entre derecho sustantivo y procesal, y atribuir la competencia legislativa a las provincias por la vía de las facultades de organizar la administración de justicia (C.N.).

A su vez, otro capítulo lo constituye el intento de procurar soluciones por la vía del derecho penal sustantivo vigente, desde el punto de vista de la teoría del delito. El trabajo de la sección de Derecho Penal muestra muy interesantes desarrollos al respecto, particularmente en orden a la pena natural, y a la insignificancia.

Por fin, y hoy como parte del debate, el estudio constitucional de las facultades para legislar en la materia es analizado exhaustivamente por la profesora de derecho constitucional Magdalena Álvarez, a quien la Dirección le solicito su participación.

Si bien no resulta admisible, en un sistema de interpretación constitucional, acudir a las razones de hecho, mucho me temo que la imprudencia provincial lleve a la Corte a convalidar la facultad provincial, pues a ese entonces la cantidad de causas en las que se aplicó la legislación local será elevadísima. En tal caso resultará prudente promover una ley convenio entre las provincias con fines de administración de justicia, pues la igualdad ante la ley reclama como urgente una solución unificadora. De seguir, en cambio, la correcta doctrina constitucional, corresponderá promover una ley de reforma del Código penal²¹ que introduzca la oportunidad. En tal caso, sin embargo, no está claro si las leyes locales otorgarán esa facultad al ministerio público, de baja confiabilidad tanto en el orden nacional como provincial.

Dr. Jorge de la Rúa
Director del Instituto

¹⁹ CortesupremadeMendoza(v. nota5).

²⁰ Así sostiene Binder Alberto M, en *El régimen de la acción penal*, en *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad, 27 Ed. Actualizada y ampliada, junio 1999. En rigor, Rivarola sustentaba la tesis de que las acciones sustantivas están ínsitas en el derecho, esto es, que el derecho de fondo fija las reglas de acción para la vigencia de esos derechos, *Derecho penal argentino, parte general*, Madrid, 1910

²¹ En 2004 el Senado sancionó una ley sobre el tema, con un sistema de oportunidad reglada.

LA ANTIJURIDICIDAD ESPECÍFICAMENTE PENAL Y LA DISPONIBILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA PROMOVIBLE DE OFICIO

Carlos Julio Lascano

1. Introducción

Partiendo de nuestra adscripción a un sistema funcional y bipartito de la teoría del delito, en el cual éste puede ser explicado en dos planos valorativos fundamentales, como son el injusto y la culpabilidad²², nos proponemos analizar cuáles son los rendimientos prácticos esperables mediante la aplicación de la antijuridicidad específicamente penal postulada por el Profesor HANS-LUDWIG GÜNTHER, respecto del objetivo de lograr una más racional contención de la coerción penal estatal.

La admisión de una antijuridicidad específicamente penal dentro del sistema bímembre de imputación penal, intenta evitar los resultados insatisfactorios que pueden producirse acudiendo a los criterios procesales de oportunidad, dentro de la denominada disponibilidad de la acción penal pública promovible de oficio, en lugar de atacar el problema de raíz dentro del tipo de injusto.

2. Antijuridicidad genérica y antijuridicidad específicamente penal

La distinción entre el injusto específicamente penal y otras clases de injusto fue precisada por GÜNTHER, al explicar que no toda conducta contraria a Derecho es penada, sino que la ley, mediante el tipo penal, selecciona de entre el amplio círculo de acciones antijurídicas que infringen normas del ordenamiento jurídico y son jurídicamente desaprobadas, “aquellas acciones que incorporan un injusto digno de pena, jurídicopenalmente relevante y que desencadena la consecuencia jurídica ‘pena criminal’”.

· Texto elaborado en base a la exposición efectuada en la conferencia “Nuevos paradigmas en la persecución penal: criterios de oportunidad”, organizada por la Secretaría Académica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, que tuvo lugar el día 27 de octubre de 2011.

²² Dicha opción sistémica en modo alguno impide que nuestro enfoque pueda tener cabida en una concepción tripartita, sólo que las valoraciones referidas a la relevancia de la afectación del bien jurídico, a la intensidad de la conducta, deben efectuarse en el tipo. Vale decir, que ante una conducta insignificante, el hecho ya no puede considerarse típico.

El catedrático de la Universidad de Tübingen, expresa: “Por ello hablo de ‘injusto penal’ para delimitarlo del concepto más amplio del injusto, que se forma a través de todas las parcelas jurídicas de un ordenamiento jurídico unitario. Todo injusto penal es simultáneamente injusto a efectos de todo el ordenamiento jurídico, pero no todo injusto a efectos de la totalidad del ordenamiento jurídico es ya un injusto penal, un injusto penalmente relevante. El injusto penal es una forma cualificada de injusto. La razón de la cualificación es el especial merecimiento de pena, que se deriva fundamentalmente del grado de aumento del injusto, o sea, del peso del bien jurídico afectado (desvalor del resultado) y de la reprobabilidad de las modalidades de la acción (desvalor de la acción). Y debido al principio *nullum crimen sine lege* es el legislador quien en primera línea decide al respecto mediante la redacción del tipo penal legal”.

Tal caracterización, según GÜNTHER, “tiene sus raíces en consideraciones constitucionales y políticocriminales. Dado que castigar una infracción del orden jurídico por medio de la pena criminal supone la *forma más intensa de desaprobación de una conducta* que conoce el ordenamiento jurídico, también ha de existir una razón especialmente sólida y fuerte para dicha reacción estatal (principio de proporcionalidad de los medios estatales, prohibición de exceso, subsidiariedad del Derecho penal)”.

En orden a la admisión de la influencia de las premisas político-criminales de la Constitución en la configuración de la tesis de Günther resultan relevantes las reflexiones de AMELUNG: “En los últimos tiempos, la función político-criminal del tipo penal se define cada vez más con ayuda de consideraciones jurídico-constitucionales. Así pues, son determinantes de su contenido la proporcionalidad, la necesidad y la idoneidad de una reacción jurídico-penal, que se estima la forma más grave de reacción de nuestro ordenamiento jurídico. Con ello, el objeto de la decisión político-criminal ya no aparece constituido por una cuestión de si una acción debe estar, en general, prohibida, sino por la relativa a si debe estar prohibida bajo pena. De este modo, la delimitación del injusto punible como *injusto agravado* se convierte en la función esencial del tipo penal”.

Combinando los arts. 18 y 19 de la Constitución argentina, y teniendo en cuenta la limitación emergente de los principios de lesividad y proporcionalidad, a través del principio de *última ratio* del Derecho Penal estimamos que no sólo se trata de saber cuándo puede legitimarse desde el punto de vista constitucional que un determinado comportamiento pueda estar, en general, prohibido o mandado (*antijuridicidad general*), sino cuándo podría estar prohibido o mandado bajo amenaza de pena (*antijuridicidad específicamente penal*).

Por ello, la *antijuridicidad general* satisface los principios de legalidad, reserva penal y lesividad; la *antijuridicidad específicamente penal*, los de proporcionalidad, intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho Penal.

El principio de legalidad determina que sólo a la ley penal “anterior al hecho del proceso” (art. 18 C.N.) le corresponde con exclusividad seleccionar –de entre los múltiples comportamientos contrarios al ordenamiento jurídico general- el catálogo de conductas penalmente antijurídicas taxativamente descriptas en los tipos delictivos de la Parte Especial del Código Penal (principio de reserva penal, art. 19, segundo párrafo C.N.). Conforme al principio de lesividad consagrado en el primer párrafo de dicha cláusula constitucional, el legislador sólo puede prohibir o mandar una conducta humana exteriorizada, cuando ella lesione o ponga en peligro un bien jurídico, y dicha afectación no esté justificada por la necesidad de salvar otro bien jurídico preponderante.

Sin embargo, el legislador no está legitimado para prohibir bajo amenaza de pena cualquier comportamiento ilícito en general. Un Derecho Penal de mínima intervención cuya función primordial es la protección subsidiaria de bienes jurídico-penales, sólo puede tipificar como delitos los comportamientos humanos exteriorizados que signifiquen las modalidades de ataque más peligrosas e intolerables para aquéllos.

3. Aplicación de la categoría de Günther a la disponibilidad de la persecución penal

La concepción de GÜNTHER ofrece mayor coherencia sistemática para resolver adecuadamente dentro del “tipo de injusto” –la primera categoría de la estructura bipartita del delito- la problemática de algunos criterios procesales de oportunidad, aplicables en la disponibilidad de la persecución penal.

Así lo advierte el propio catedrático de la Universidad de Tübingen: “Quien exija para la justificación en Derecho penal una aprobación y autorización jurídica para realizar el tipo penal, consecuentemente tendría que rechazar como injusto criminal incluso los más mínimos excesos respecto de tales autorizaciones, y una concepción así vulnera el mandato de adecuación y moderación en la incriminación de conductas. En cuanto a la mención que a veces se hace de las posibilidades de suspensión o sobreseimiento en tales casos conforme al Derecho procesal, en mi opinión es una declaración de quiebra o bancarrota de la dogmática del Derecho penal: pues ni el más

convencido partidario de las reglas unitarias de justificación osará afirmar seriamente que las decisiones por razones de oportunidad dejadas al arbitrio del correspondiente Fiscal o Tribunal van a suponer una mayor ganancia en cuanto a seguridad jurídica que las limitaciones de la dogmática penal a la punibilidad dentro del marco de los requisitos del delito”.

La posibilidad procesal otorgada al Ministerio Público de excluir la persecución penal pública mediante los denominados “criterios de oportunidad” reglados, plantea en nuestro país –cuya Constitución Nacional reserva a los Estados provinciales la regulación de los Códigos Procesales- una difícil disyuntiva: a) admitir la regulación de tales pautas de disponibilidad de la acción penal pública en cada Código local –en desmedro de la seguridad jurídica y el principio constitucional de igualdad ante la ley- lo cual implicaría ubicarnos sistemáticamente en las normas secundarias (normas de sanción) que se dirigen a los jueces, a quienes les ordenan la imposición de penas cuando se den ciertos presupuestos unidos a la infracción de las normas primarias; o, b) introducir los criterios de oportunidad reglada en una reforma al Código Penal, cuyas normas primarias –que tienen como destinatarios a los ciudadanos- se caracterizan por contener la prohibición jurídica de determinados hechos de especial gravedad, mediante la amenaza –también especialmente grave- de la pena.

Sin embargo, para quienes construimos el sistema bipartito de imputación penal en base a la teoría de las normas jurídico-penales y la admisión dentro del tipo de injusto de una antijuridicidad específicamente penal, la vía más apropiada para el cumplimiento de las funciones preventivas y garantísticas que se encomiendan en nuestros días a un Derecho Penal considerado como extrema ratio, sería agregar a las eximentes del art. 34 del Código Penal, el supuesto en el cual la conducta haya producido en el caso concreto una afectación insignificante del bien jurídico protegido.

3.1. JOSÉ I. CAFFERATA NORES -quien junto a Julio Maier, Jorge de la Rúa y otros destacados juristas, lideró en nuestro país la tendencia doctrinaria favorable a restringir la intervención punitiva estatal, en base a criterios de racionalidad y eficacia- sostiene que, ante la supuesta realización de un comportamiento penalmente tipificado, hay “dos alternativas posibles. O la reacción del Estado, buscando acreditar el hecho para castigarlo, tiene que darse en *todos los casos* en que exista la hipótesis de la comisión de un delito, sin excepción y con la misma energía; o bien, se puede *elegir* a través de los órganos estatales, en qué casos se va a provocar esta actividad, y en qué casos no, según diversas razones. La primera se denomina *legalidad*; la segunda *disponibilidad* o

también *oportunidad* (aunque, en realidad, los criterios de oportunidad son las razones de la disponibilidad)”.

CAFFERATA NORES sostiene que el principio de **legalidad procesal (o de oficialidad)** consagrado por el art. 71 del C. Penal, influye en la acción penal en dos momentos:

- I) En el inicial, donde se traduce en la “*inevitabilidad de la promoción de la persecución represiva*” que **necesariamente** debe comenzar ante la hipótesis de que se ha incurrido en una conducta delictiva.
- II) En un momento posterior, a través de la “*irretractabilidad del ejercicio de la acción penal ya iniciada*”, prohibiéndose generalmente su suspensión, interrupción o cese, y exigiéndose su prosecución hasta el dictado de la sentencia y el agotamiento de la pena.

Dentro del marco emergente de la reforma de 1994, a partir de la incorporación del art. 120 de la Constitución Nacional, debemos analizar el sistema del art. 71 C.P., que utiliza una fórmula imperativa (“*Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales...*”); dicha norma se correlaciona con el art. 274 C.P. que reprime la conducta de los funcionarios públicos a quienes compete perseguir el delito, que omitan cumplir con su deber.

En consecuencia, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales para perseguir y castigar los delitos, sin que ello pueda evitarse o relativizarse, so pena de incurrir en otro comportamiento penalmente ilícito.

Este principio de oficialidad –con las excepciones de las llamadas acciones dependientes de instancia privada y acciones privadas- significa que los órganos estatales encargados de la investigación y castigo de las acciones que la ley de fondo ha descrito como punibles, ante la existencia de un hecho con la apariencia de ser un delito –tengan conocimiento directo de él por las suyas o les sea anoticiado formalmente por una denuncia- deben actuar inexorablemente, sin supeditar su actividad persecutoria a consideraciones de conveniencia o utilidad, contra todas las personas que aparezcan involucradas en la perpetración de ese comportamiento típicamente antijurídico, a las que deberán someter al debido proceso para que el órgano jurisdiccional competente determine su responsabilidad penal o su inocencia.

GUILLERMO J. FIERRO, afirma que el criterio adoptado por el Código de 1921 – producto del proceso histórico que delegó en el Estado el monopolio del persecución punitiva- es el que expresa mejor el principio *quot delicta, tot poena*, pero a esta altura de los acontecimientos debemos preguntarnos si el mantenimiento de este purismo teórico no importa una lamentable hipocresía, frente al colapso del sistema judicial, que

impide atender con un mínimo de seriedad la investigación y el juzgamiento de tan siquiera el diez por ciento del volumen de las causas sometidas a consideración, sin considerar la denominada “*cifra negra*” de la criminalidad. Por ello, con una visión realista y práctica, se postulan diversos mecanismos para descomprimir el aparato judicial punitivo.

Tal vez la principal solución que se ha postulado es la aplicación del denominado principio de oportunidad, que en numerosos casos ya existe de facto, dado que los operadores del sistema judicial, deliberadamente o por la fuerza de los hechos, escogen algunas causas (“*con presos*”, o como en nuestro fuero correccional de Córdoba, “*sin presos y parte civil*”), aunque, generalmente se seleccionan informalmente las más graves, cuya repercusión social no toleraría que se paralizaran.

La aplicación de los criterios de oportunidad, por su naturaleza discrecional, requiere de controles exhaustivos y permanentes, tanto internos como externos, y constituye un desafío para la Política Criminal de cada país.

Las opciones seguidas en el Derecho comparado son varias, pero dos son las predominantes: a) La total discrecionalidad en manos del fiscal, propia del *plea bargaining* norteamericano; b) El sistema de *oportunidad reglada*, característico del derecho continental europeo (tal vez su mejor ejemplo sea la Ordenanza Procesal Penal alemana), donde a partir de la vigencia del principio de legalidad procesal, se admiten excepciones por razones de oportunidad –bastante heterogéneas– que se encuentran previstas en la legislación penal o procesal penal, cuya aplicación en el caso concreto se realiza bajo la responsabilidad de funcionarios judiciales predeterminados, generalmente con el consentimiento del imputado –a veces también de la víctima– y requiere control del órgano jurisdiccional, para establecer si el caso es de los que la ley autoriza en abstracto a tratar con criterio de oportunidad, y si amerita concretamente dicho tratamiento.

Reconociendo la sustantividad de la acción penal, los supuestos de disponibilidad de la persecución penal pública deben ser establecidos por el Código Penal pues ello representa una modificación normativa material. Por ende, creemos preferible la introducción de los criterios de oportunidad en la disponibilidad de la acción penal pública, mediante la reforma del Código Penal.

3.2. En una posición distinta se ubican quienes, desde la moderna doctrina procesal, exigían revisar críticamente la concepción del principio de legalidad como “fundamento” del proceso penal y a la vez preparaban el terreno para la revalorización del principio de oportunidad procesal no sólo en su status científico en general, sino

también en sus posibilidades de ser consagrado en los distintos ordenamientos procesales como verdadera excepción al principio de legalidad.

Entre nuestros procesalistas, un decidido impulsor de esta corriente de opinión es ALBERTO M. BINDER, quien –pese a admitir que no existen razones definitivas para argumentar que el régimen de la acción penal deba ser regulado en el Código Penal o en el Código Procesal- afirma que –dada la enorme trascendencia práctica y el impacto que tiene el régimen de la acción sobre todos los aspectos dinámicos del sistema judicial- es preferible regularla en el Código Procesal Penal.

Siguiendo tales lineamientos, algunos códigos procesal-penales²³ y anteproyectos o proyectos²⁴ de diversos Estados provinciales, receptan la posibilidad de que –luego de iniciada la acción penal- ella pueda extinguirse por motivos diferentes a los contemplados en los arts. 59, 64, 76 bis y ss., y 132 del Código Penal.

En este momento no es factible detenernos a analizar los argumentos expuestos - a favor y en contra- de la posible afectación constitucional que tal forma de legislar trae aparejada.

Sólo procuraremos aproximarnos al esclarecimiento de la naturaleza jurídica de algunos de los principales criterios de oportunidad procesal contemplados tanto en los proyectos y anteproyectos de reforma del Código Penal cuanto en los códigos y proyectos o anteproyectos en materia procesal penal.

En todos ellos, la hipótesis que se presenta como denominador común, es la que se basa en el denominado “*principio de insignificancia*”, que puede operar para el tratamiento de la “*criminalidad de bagatela*”, cuando dentro de un comportamiento típico –que en principio es suficientemente grave- pueden encajar también supuestos concretos cuyo desvalor de acción o de resultado sea insignificante, lo que puede suceder cuando sólo se produce una mínima afectación del bien jurídico, cuya lesión o puesta en peligro prohíbe la norma jurídico-penal.

A tal situación se le han asignado distintas ubicaciones sistemáticas dentro de la teoría del delito, tanto en el ámbito de la tipicidad, de la antijuridicidad, de la culpabilidad o de la punibilidad.

Por nuestra parte, basándonos en las pautas político-criminales de los arts. 18 y 19 de nuestra Constitución –en especial, los principios de lesividad, proporcionalidad, subsidiariedad y fragmentariedad- sostenemos que la aplicación del principio de insignificancia derivado de la concepción del Derecho penal como *ultima ratio*,

²³ Mendoza, arts. 26 y 27; Chubut, arts. 44 a 48; Río Negro, arts. 180 ter, 180 quater y 180 quinto; Buenos Aires, arts. 56 y 56 bis.

²⁴ Neuquén, arts. 36 a 39; Corrientes, arts. 36 y 37; La Rioja, arts. 36 a 41).

configura una causa de exclusión de la antijuricidad específicamente penal, que elimina el “tipo de injusto”.

En consecuencia, un determinado comportamiento es atípico en el caso concreto cuando –pese a coincidir formalmente con la descripción abstracta del tipo objetivo– produce una lesión ínfima o poco significativa al bien jurídico cuya afectación se exige. Ello puede ocurrir cuando alguien se apodera de una cerilla del interior de una caja de fósforos de un supermercado; cuando una persona le corta un cabello a una persona sin su consentimiento; cuando el chofer de un colectivo urbano no frena en una parada y traslada a un pasajero unas cuadras más adelante, en contra de su voluntad de descender. En todos estos casos, las lesiones a la propiedad, a la integridad corporal y a la libertad son tan insignificantes que las conductas son objetivamente atípicas.

Por ello en un Estado Social y Democrático de Derecho no debería ser deseable ni aceptable que el poder punitivo considere penalmente ilícitas y, por ende, persiga y castigue determinadas conductas intrascendentes o de escasa dañosidad social en el caso concreto, para lo cual lo recomendable sería –para no dejar duda sobre su ubicación sistemática como supuesto de atipicidad por exclusión de la antijuricidad específicamente penal– agregar un inciso al artículo 34 del Código Penal que contemple el principio de insignificancia.

Una cosa muy diferente sería afirmar que –dada la limitación de recursos del Estado para perseguir todos los delitos– el sistema penal debería contemplar tal principio como uno de los criterios de oportunidad reglada, a introducir como excepción al art. 71 del Código Penal, que permitan al Ministerio Público –con control judicial– seleccionar y captar sólo aquellos comportamientos delictivos más gravemente lesivos del bien jurídico protegido.

En nuestra opinión la primera alternativa resultaría más conveniente para posibilitar una solución que equilibre la necesidad de resolver la situación procesal del imputado sin tener que esperar una sentencia al final de un debate oral y luego de una prolongada etapa instructoria, con la menor afectación del principio de igualdad jurídica. La segunda opción implica consagrar una herramienta procesal encaminada a restringir el ejercicio de la acción penal, que estará siempre sujeta al arbitrio del órgano acusador, para apartar de la persecución hechos considerados delictivos.

Para ilustrar la situación nos valdremos de un caso jurisprudencial resuelto por la Sala VI de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de Buenos Aires²⁵. La

²⁵ Sentencia del 1/3/2007, “Rosich, Eric Adrián s/procesamiento”, publicada en “Actualidad Jurídica de Córdoba – Derecho Penal”, segunda quincena de mayo de 2007, año IV, Vol. 90, Córdoba, con nota a fallo de José A. Buteler, “¿Insignificancia o vulneración de exigencia constitucional de lesión al bien jurídico?”, pp. 5590 a 6001.

defensa había interpuesto recurso de apelación en contra del auto que dispuso el procesamiento del imputado por considerarlo *prima facie* autor penalmente responsable del delito de robo simple en grado de tentativa, en tanto había intentado apoderarse de las monedas que se encontraban en el interior de un teléfono público, colocando un alambre por la ranura en las que se introducen las monedas para abonar el llamado telefónico, logrando así hacer caer por el orificio destinado a la devolución de aquéllas, una pequeña cantidad de dinero que guardó en el bolsillo izquierdo trasero de su pantalón, siendo inmediatamente detenido por personal policial que observó el hecho. El tribunal resolvió por mayoría confirmar el procesamiento del imputado, modificando la calificación legal por la de hurto simple en grado de tentativa.

Lo destacable de este fallo es el voto disidente del juez de cámara Dr. Luis María Bunge Campos²⁶:

«...no toda lesión al bien jurídico “propiedad” configura la afectación típica requerida. En este sentido, debemos recordar que el patrimonio no es un elemento abstracto, sino un atributo de la personalidad, como tal no debe juzgarse en forma aislada, sino en relación con su titular. Lo que para uno es una afectación nimia e insignificante, para otro puede ser una afectación trascendente. Por ello el análisis de la afectación al bien jurídico no puede hacerse en forma abstracta o meramente formal. Desde el punto de vista de la teoría del delito, la afectación del bien jurídico cumple una función limitante de la tipicidad, no integrándola, de modo tal que una lesión insignificante, resultaría, por ende atípica al no revestir entidad suficiente para demandar la intervención del Estado. En este punto debemos necesariamente recordar el carácter de *ultima ratio* del derecho penal. El recordado Profesor Dr. Enrique García Vitor enseñaba que: “el principio de insignificancia representa un criterio de índole interpretativa, restrictivo de la tipicidad de la conducta, partiendo de la consideración del bien jurídico –conceptualizado sobre la base del principio de lesividad social y fragmentariedad-, y en la medida de su lesión o puesta en peligro concreto” (Enrique Ulises García Vitor, *La insignificancia en el Derecho Penal*, Hammurabi, Bs. As., 2000, p. 40). No podemos descuidar aquí el aspecto político-criminal que representa la aplicación de una pena a una afectación insignificante del bien jurídico; Zaffaroni, Alagia y Slokar ponen precisamente énfasis en este punto al decir que se trata de “casos en los que la afectación es mínima y el poder punitivo revelaría una irracionalidad tan manifiesta como indignante” (Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Bs. As., 2003, p. 494). Explicado ello, entiendo que la insignificancia de la suma de dinero que el imputado habría intentado sustraer excluye la tipicidad de la conducta, por lo que corresponde revocar el procesamiento decretado por la Juez de Instrucción y disponer el sobreseimiento del imputado (arts. 334 y concordantes del C.P.P.N.)».

Si bien en mayor o en menor medida, el hecho de considerar a la insignificancia un supuesto de atipicidad se ha visto reflejado en algunos pronunciamientos judiciales²⁷, tal como lo ha hecho la disidencia antes comentada, lo cierto es que la aplicación del

²⁶ Concordante con su voto en la sentencia dictada en la causa “Gómez, Justo Ceferino s/proces. y monto del emb.”, 15/3/2006, publicada en la misma revista, pp. 6993 a 6999. Resulta curioso que esta causa, en la que se investigaba el delito de estafa reiterada (dos hechos), el principio de insignificancia admitido por Bunge Campos contó con la adhesión del juez de cámara Julio Marcelo Lucini, quien en la causa “Rosich” no compartió dicho criterio y conformó la mayoría junto a su colega Mario Filosof.

principio siempre depende del hecho concreto y de la interpretación que se le asigne al tipo penal correspondiente²⁸.

El problema radica en que no existen parámetros uniformes para medir la lesividad de un determinado comportamiento, pero ello no impide analizar objetivamente cada situación, para determinar la existencia de una ofensa significativa al bien jurídico. Así como una burda falsificación de un documento público no es apta para lesionar la fe pública, no cualquier apoderamiento ilegítimo es capaz de lesionar la propiedad, máxime cuando se trata de un bien jurídico que admite grados de afectación²⁹. En definitiva, se trata de situaciones fácticas que deben ponderarse en cada caso, de modo similar a las que deben evaluarse para determinar si están o no reunidos los requisitos de la legítima defensa.

En definitiva, si la finalidad del Derecho Penal consiste en contener el poder punitivo y, al mismo tiempo, evitar conductas socialmente lesivas mediante la inculcación de motivaciones ajustadas a Derecho, el concepto de delito debe construirse en sintonía con ese fin. Se explica así que la función del injusto penal consista en determinar cuándo una acción, por ser especial e intensamente lesiva desde el punto de vista social, resulta jurídico-penalmente relevante. Y una acción adquiere tal carácter no sólo cuando está prohibida, por afectar un bien jurídico, sino fundamentalmente cuando ese bien jurídico ha sufrido un menoscabo significativo y la protección penal contra el ataque se muestre adecuada, necesaria y proporcionada³⁰.

²⁷ El más reciente ha sido un fallo de la Sala “A” de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, resuelto por mayoría (nuestro voto al que adhirió el vocal doctor José Vicente Muscará), dictado el 23/12/11 en autos “Peralta, José Alberto p.s.a infr. art. 282 (Expte. 299/2011)”: “...la presunta comisión de un ilícito contra la fe pública, cuyas circunstancias particulares de tiempo, lugar y modo en que el imputado habría puesto en circulación la moneda falsa (un billete de diez pesos (\$10) apócrifo, al pagar el viaje en taxi) importa una ínfima ofensa al bien jurídico protegido por la norma, de modo que la eventual aplicación de una sanción en el caso concreto –cuyo mínimo está conminado legalmente en tres años de reclusión o prisión- atentaría contra los citados principios de lesividad, proporcionalidad, intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho Penal. Por ello, la aplicación del principio de insignificancia derivado de la concepción de Derecho Penal como *ultima ratio*, configura una causal de exclusión de la antijuricidad específicamente penal, que elimina la tipicidad”.

²⁸ VALERIA A. LANCMAN, *El principio de insignificancia*, nota a fallo publicada en “Suplemento La Ley. Penal y Procesal Penal”, Director Miguel A. Almeyra, Buenos Aires, jueves 16 de junio de 2011, p. 37.

²⁹ Ob. cit., pp. 37 y 38.

³⁰ CARLOS GONELLA y FACUNDO TROTTA, *Sobre algunos criterios de oportunidad: la oportunidad de la teoría del delito. Introducción y aspectos generales*, exposición realizada en el Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2011, inédita.

SOBRE ALGUNOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD: LA OPORTUNIDAD DE LA TEORÍA DEL DELITO.

por Carlos Gonella y Facundo Trotta³¹

Introducción

Con la finalidad de alcanzar “efectividad” en el sistema de justicia penal, encaminando los recursos disponibles a los “casos relevantes”, se establecen normativamente límites a la facultad de los órganos del estado de perseguir penalmente los hechos delictivos que lleguen a su conocimiento. Para lograr ese cometido se recurre a lo que en doctrina se denomina principio de oportunidad o, con mayor propiedad, criterios de oportunidad, que vendrían a constituir una suerte de barrera de contención al paso desenfrenado de la persecución penal.

Estos criterios se han presentado, en general, como herramientas de contenido procesal, a través de distintos supuestos en los que se faculta al órgano encargado de la investigación a no promover la acción penal o bien a suspender o desistir de la ya promovida³².

El Código Penal argentino prevé algunos institutos que la doctrina ha considerado como una manifestación del principio de oportunidad, v.gr.: la suspensión del juicio a prueba (art. 76 *bis*), el avenimiento en los delitos sexuales (art. 132), entre otros.

En la legislación procesal penal de los estados provinciales, con matices, se distinguen los siguientes casos³³: **a)** *insignificante* afectación del bien jurídico (supuestos bagatela), o *mínima* intervención del imputado en el hecho; **b)** *pena natural*, que incluye hipótesis en que el imputado *ya* ha sufrido un grave daño a consecuencia del hecho, de modo que la pena que podría caberle resultaría desproporcionada o superflua; **c)** *arrepentimiento activo* del acusado, quien brinda datos útiles a la pesquisa

³¹ Miembros del Instituto en Ciencias Penales.

³² En tal sentido, véase MAIER, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, 3ª reimp., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, t. 1, pp. 385 y 834; BINDER, “Legalidad y oportunidad”, en *Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 206; con referencias al contexto europeo: ANITÚA/BORINSKY, “Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos”, en HENDLER (dir.), *Sistemas procesales penales comparados*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

³³ Exhaustivos y críticos de los nuevos sistemas provinciales: DE LA FUENTE/SALDUNA, “Principio de oportunidad y sistemas alternativos de solución del conflicto penal. La inconstitucionalidad de su regulación provincial”, en *Revista de Derecho Procesal Penal. 2008-2. La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal - III*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008, pp. 69 y ss.

para el esclarecimiento de los hechos y/o descubrimiento de otros partícipes con aportes más relevantes; **d)** expectativa punitiva *irrelevante* con relación a la pena ya impuesta o esperada en otros procesos por hechos de mayor gravedad; y **d)** *reparación económica, conciliación, o manifiesto* desinterés de la víctima en la persecución penal³⁴.

El reconocimiento de estos criterios y su regulación como un capítulo dentro del régimen del ejercicio de la acción penal, alentado por la opinión de la doctrina mayoritaria que considera que ante estos casos se justificaría que el Estado renuncie a la potestad de castigar penalmente hechos que en sí mismos se consideran punibles -los criterios de oportunidad se presentan así como una excepción al principio de legalidad-, ha impedido discernir acerca del verdadero alcance de cada uno de esos supuestos.

Es que tan pronto se analizan en profundidad, resulta inadecuado considerar los casos de insignificancia y de *poena naturalis*, como herramientas de contenido procesal que expresan una excepción al principio de legalidad.

En lo que sigue ensayamos un enfoque distinto de ambos supuestos, a partir del cual intentamos demostrar cómo esos criterios poseen un contenido sustancial cuya apreciación debe efectuarse en las categorías que componen la teoría del delito. Además, esta visión permite advertir que tales criterios funcionan limitando al principio de legalidad y no como excepciones al mismo.

El contenido sustancial de la insignificancia se reconoce incluso desde una perspectiva procesalista³⁵, para aquellos supuestos en que la conducta por su mínima dañosidad social resulta atípica. Al mismo tiempo, se postula una insignificancia “procesal” para aquellas acciones que, a pesar de superar el umbral de lo delictivo, valoradas comparativamente, resultan irrelevantes frente a otros casos que provocan mayor costo social. En definitiva, según este punto de vista, la insignificancia procesal es un peldaño más que la insignificancia material, que debe tomar los conceptos del primero, pero que refiere a la capacidad operativa y los objetivos propuestos por la cabeza del Ministerio Público en base a consideraciones de política criminal y procesal.

³⁴ Similares criterios recepta el Anteproyecto de Código Penal elaborado por una comisión de notables juristas por encargo del Ministerio de Justicia de la Nación en el año 2006.

³⁵ AGUAD/BAZÁN/BIANCOTTI/GORGAS/OLMEDO, *La regulación provincial del principio de oportunidad Sistematización comparativa de las legislaciones provinciales que receptan institutos de oportunidad procesal*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba- Instituto de Ciencias Penales, (<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-regulacion-provincial-de-principio-de/?searchterm=oportunidad> pp. 5/6. Fecha de consulta: 26/08/2011). En similares términos, BINDER, expresa que “el derecho penal es el primero que, con un esfuerzo teórico complejo y con mucho rigor en su argumentación, trata de darle un espacio a la insignificancia en el problema de la selección de casos y advierte que uno de los correctivos del carácter abstracto de los tipos penales se relaciona con el hecho de que hay ciertas afectaciones al bien jurídico en las que no se justifica –por razones de política criminal– que ingresen a los tipos penales”. Pero también, a su vez, existiría una insignificancia “procesal”, que es la que “postulan las normas sobre ‘oportunidad’” y que se fundan tanto en razones político-criminales como en razones prácticas. Por ello considera conveniente “tomar todo lo que se ha ya realizado en el derecho penal, pero sin quedar atrapado en un conceptualismo que le quite plasticidad a las normas y así poder fundar políticas dinámicas y circunscriptas a realidades locales”; ob. cit., p. 216.

Si bien resulta novedoso e interesante este enfoque, no aparecen del todo claros los límites de la insignificancia procesal, pues las referencias a la capacidad operativa y los objetivos propuestos por el Ministerio Público, aún en base a criterios político-criminales, aparecen imprecisas y discrecionales, por lo que pueden dar lugar a arbitrariedades. Por otra parte, consideramos que no resulta ilustrativo mantener el término “insignificancia” (aunque sea procesal) para abarcar supuestos de conductas que superan el umbral necesario para ser consideradas delito.

Legalidad y Oportunidad.

La discusión en torno a la necesidad de regular criterios de oportunidad para lograr mayor eficacia en el sistema de justicia penal y, al mismo tiempo, evitar la necesaria selección informal a la que se ven obligados los órganos encargados de la persecución penal ante la imposibilidad práctica de perseguir todos los hechos punibles que llegan a su conocimiento, siempre se ha planteado desde la óptica del derecho procesal como si se tratara de una excepción al principio de legalidad en la persecución.

Se ha dicho que este principio, entendido como la facultad del Estado de promover la persecución, investigar y castigar los hechos delictivos que tome conocimiento³⁶, constituye una de las características del sistema actual de administración de justicia penal. Frente a ello, el Ministerio Público tiene el deber de promover la persecución penal ante la noticia de un hecho punible, la que una vez iniciada, no se puede suspender, interrumpir o hacer cesar (irretractabilidad).

Afirma Maier que desde el punto de vista negativo, ello significa que ningún criterio de *oportunidad* (principio contrario) -político utilitario por conveniencia práctica, económica, temporal, etc.- autoriza, en principio, a prescindir de la persecución penal frente a la noticia de la comisión de un hecho punible. Por mínima que sea la infracción o por inconveniente que aparezca (...) la persecución y el procedimiento penal, ellos son necesarios y obligatorios³⁷.

Por su parte, con la expresión “criterios de oportunidad” se hace referencia a la facultad del Estado de renunciar a la persecución (o desistir de la ya iniciada) de ciertos hechos tipificados como delitos, por razones de política criminal. En general se los presenta como un problema propio de la dogmática procesal, y primordialmente como una excepción al principio de legalidad. Desde este punto de vista, los criterios de oportunidad aparecen como un conjunto de problemas referidos a la discrecionalidad en

³⁶ Quedan exceptuados los delitos de acción privada cuya promoción y persecución queda en manos de la iniciativa de particulares. En el caso de los delitos dependientes de instancia privada, sólo la promoción constituye una potestad de las personas individuales, no así el monopolio de la potestad persecutoria que se encuentra bajo la órbita del ministerio público.

³⁷ MAIER, ob. cit. 828

el ejercicio de la acción penal, vale decir, como si se tratara de uno o dos dispositivos relativos al régimen de la acción penal³⁸.

Este modo de pensar los criterios de oportunidad no es sólo propiedad de la doctrina, sino que también se evidencia en los códigos de procedimientos locales, y en el Anteproyecto de Código Penal de 2006³⁹. En los fundamentos del mismo se destaca:

“La reforma propuesta recepta criterios formales de oportunidad y apunta a ganar en efectividad procurando que el sistema de justicia se ocupe de los casos relevantes y de su respuesta. Según esos criterios, cuando se toma conocimiento de la comisión de un hecho ilícito, la persecución penal puede no iniciarse o suspenderse por diversas razones, procurándose racionalizar el sistema de selección y ganar en eficacia. De este modo la legalidad es la regla, y **el principio de oportunidad queda como excepción**” (el resaltado nos pertenece).

Esta visión de los criterios de oportunidad, a nuestro juicio, no constituye una buena aproximación a un conjunto de problemas que no pueden ser vistos como meras cuestiones procesales⁴⁰, sino como herramientas conceptuales que integran la teoría del delito y que operan como límite inmanente al principio de legalidad en la persecución. Al menos, en lo referido a la insignificancia y a la denominada pena natural.

Los principios del derecho penal. Perspectiva genealógica.

En todo estado de derecho, la creación, aplicación e interpretación de los textos legales debe ser compatible con los principios superiores, vale decir, constitucionales.

³⁸ Cfr. BINDER, “Legalidad y oportunidad”... cit., p. 205, quien parte de la idea de que se puede reflexionar acerca “del principio de selección de casos (oportunidad) sin ninguna referencia al principio de legalidad (política que excluye la selección). A partir de allí entiende que esa selección de casos se da en dos dimensiones: una política criminal (constituida por el principio de *últimaratio*), y otra relacionada con la justicia penal (como organización con recursos limitados).

³⁹ Título VIII “Del ejercicio de las acciones”, **Art. 49.- Ejercicio de la acción pública** Las acciones penales son públicas o privadas. El Ministerio Público Fiscal tendrá la obligación de ejercer, de oficio, la acción penal pública, salvo en los casos donde sea condicionante la instancia de parte interesada. También podrá hacerlo la víctima del hecho en las condiciones establecidas por las leyes procesales, mediante el ejercicio del derecho de querrela. No obstante, el Ministerio Público Fiscal podrá fundamentar no promover la acción o desistir de la promovida ante el juez o tribunal hasta antes de la fijación de fecha para el debate oral, en los siguientes casos: a) Cuando se trate de hechos que por su insignificancia, no afecten gravemente el interés público, salvo que fuesen cometidos por un funcionario público en el ejercicio o en razón de su cargo; b) Cuando las consecuencias del hecho sufridas por el imputado sean de tal gravedad que tomen innecesaria o desproporcionada la aplicación de una pena, salvo que mediaren razones de seguridad o interés público; c) Cuando la pena en expectativa carezca de importancia con relación a la pena ya impuesta; d) Cuando exista conciliación entre las partes y el imputado haya reparado los daños y perjuicios causados en los hechos delictivos con contenido patrimonial cometidos sin violencia física o intimidación sobre las personas, o en los delitos culposos, salvo que existan razones de seguridad o interés público..”

⁴⁰ Cfr. BINDER, *ibid.*, quien considera que se trata de una discusión que conforma “...un haz de reflexiones sobre aspectos estructurales de la justicia penal en su totalidad, directamente vinculados con la conformación histórica de los actuales sistemas procesales y su funcionalidad política general dentro de algo más amplio como es el sistema penal”. Por ello, a su entender, la solución sólo vendría de la mano de una reforma de la justicia penal que implique diseñar una “política compleja de selección de casos”.

Se afirma así que existe una continuidad entre el orden normativo constitucional y el legal que se manifiesta en dos direcciones distintas. Por un lado existe un efecto irradiante de los derechos fundamentales y de los valores superiores del orden jurídico, que determina un contenido de las normas legales condicionado por tales derechos y valores. Asimismo, la interpretación de los textos legales se debe realizar de acuerdo con la Constitución, es decir, dando preferencia entre los significados posibles de los mismos a aquellos que resultan compatibles con la norma superior⁴¹.

Por otra parte, a fin de desentrañar el cabal significado y rendimiento de los principios penales, es imposible soslayar la perspectiva genealógica. En tal sentido, vale recordar que el nacimiento mismo del Derecho penal liberal está marcado fuertemente por una impronta limitadora del poder absoluto (del monarca).

Pertenece entonces a la esencia del Derecho penal esa vocación funcional reductora que en la era decimonónica era extraída de los preceptos legales, y a partir del siglo pasado, además, de los contenidos político-criminales que Roxin visionó genialmente en los años 70'.

En todo caso, como pensamos, siempre que el Derecho penal se interprete en términos relacionales respecto al poder, sus categorías serán funcionales, sea que no lo cuestionen (*statu quo*), sea que, fiel a su esencia, intenten contenerlo o reducirlo. Retomaremos este punto más adelante.

De esta idea-función se desprende la sinergia reductora del poder punitivo que contiene cada uno de los principios penales fundamentales: *última* (o *extrema*) *ratio*, subsidiariedad, racionalidad, etc., y cuyo rendimiento se proyecta en las categorías analíticas del delito, para fundar la postura que ensayamos en el presente a fin de explicar por qué ciertos criterios de oportunidad tienen un fuerte anclaje dogmático en el injusto y en la culpabilidad.

El (necesario) sistema de derecho penal⁴²

Si por sistema científico se entiende una ordenación lógica de los conocimientos alcanzados en la ciencia de que se trate, la renuncia a toda construcción sistemática sería acientífica. De modo que poniendo en relación lógica tales conocimientos mediante un orden sistemático puede llegarse a saber si ellos son lógicamente compatibles o se contradicen.

De lo dicho se deduce lo siguiente: ordenación y regulación del saber, averiguación de las contradicciones y disponibilidad permanente de dicho saber en

⁴¹ BACIGALUPO, *Principios constitucionales de Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p.156.

⁴² Seguimos en este punto el modelo epistemológico de Bend SCHÜNEMANN en "Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal", en *Obras*. Colección autores de derecho penal, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, t. I, pp. 259 y ss.

forma orientada a un problema, prueban el valor y necesidad de una construcción sistemática, carácter ineludible en cualquier ciencia desarrollada. Un razonamiento asistemático y caótico, no es posible en la ciencia jurídica porque su objeto –las relaciones sociales- sólo puede ser aprehendido y descrito mediante el lenguaje ordinario, el que ejerce su enorme fuerza ordenadora y sistematizadora tan pronto como se desarrolla el primer razonamiento jurídico.

Pero la fuerza del lenguaje ordinario no basta para el nivel de sistematización que requiere la ciencia jurídica. A lo sumo ello significaría dotarla de la ordenación propia del mundo conforme al lenguaje ordinario. Una renuncia a la construcción jurídica sistemática conllevaría que la solución de los problemas sociales permanecería en el ámbito del obrar cotidiano y en el marco sistemático del lenguaje ordinario que lo expresa y conforma, mediante una pluralidad de opiniones y puntos de vista, con la indeseable inseguridad jurídica que ello traería aparejado. Piénsese por ejemplo en el art. 10 CP, que en su redacción anterior a la actual, preveía la detención domiciliaria para mujeres “honestas”.

En cambio, una discusión jurídico-dogmática del mismo problema se caracteriza por la mayor precisión del esquema clasificatorio empleado, por la más estricta comprobación de la admisibilidad de argumentos y, en consecuencia, por una reducción, o en su caso, ampliación del número de soluciones defendibles.

Modelos de sistemas dogmáticos

Del mismo modo que no puede dudarse del valor y necesidad de una construcción sistemática jurídica, debe advertirse que no hay un único modo o modelo de sistematización, por lo menos no lo hay en la historia de la ciencia jurídico-penal.

Así, por ejemplo, durante mucho tiempo se utilizó el modelo propio de las matemáticas, es decir, un sistema axiomático o cerrado. Según este enfoque, que ha sido considerado como el ideal de todo sistema, la totalidad del conocimiento científico se retrotrae a un número limitado de fórmulas fundamentales denominadas axiomas, de las que pueden derivarse todos los restantes enunciados mediante deducciones lógicas, en cumplimiento de tres exigencias básicas: **1-** ausencia de contradicción (ningún axioma puede contradecir a otro), **2-** independencia (ningún axioma puede derivarse de otro) y **3-** plenitud (todo el saber necesario para la derivación de los enunciados particulares debe hallarse contenido en los axiomas).

En general se reconoce que estas condiciones no fueron cumplidas por la ciencia jurídica, y además ello tampoco sería deseable. No obstante, hubo sistemas dogmático-penales que se acercaron bastante, como el causalismo y el finalismo.

Una crítica a esta perspectiva, por cierto bastante difícil de superar, radica en que el objeto sería inabarcable por la complejidad y variación de la vida social y de los puntos de vista valorativos que sirven para su ordenación. Todo el conocimiento de una ciencia sólo puede aparecer comprendido en un número relativamente corto de axiomas en el caso de que el objeto de dicha ciencia muestre una reducida complejidad y no se halle sometido a variaciones históricas, como sucede con la geometría, que solo consta de líneas, puntos, círculos, etc. No pasa lo mismo con las ciencias derivadas de las relaciones sociales (como el derecho) debido a su complejidad, de lo que resulta prácticamente imposible su axiomatización. Además, tampoco alcanzaría una perspectiva aceptable de éxito. Piénsese solamente en los efectos sociales que produce la poderosa industria informática, que multiplica su desarrollo a razón de 18 veces al año.

Mucho más reciente en la ciencia del derecho, es el sistema abierto o teleológico, incipiente en el neokantismo y en pleno desarrollo en los funcionalismos. Se dice que este sistema no obstaculiza el proceso social y jurídico, sino que lo favorece, o al menos se adapta a él. No prejuzga las cuestiones jurídicas todavía no resueltas, sino que las canaliza para que se planteen en términos correctos a fin de garantizar orden y ausencia de contradicciones en el conjunto de problemas jurídicos que ya están resueltos, con la finalidad de que esas soluciones duren más tiempo. Para poder construir un sistema elástico se necesita material elástico, de manera que pueda adaptarse a la evolución social y jurídica sin vaciarse de contenido ni convertirse en inservible.

La ciencia jurídico penal puede llevar a cabo esta tarea en parte mediante un sistema conceptual cuyos materiales vengan del lenguaje ordinario pero precisadas de manera exacta por términos jurídicos, y en parte por predicados valorativos completamente indeterminados en cuanto al contenido. La indeterminación del lenguaje ordinario, de lo cual resulta su porosidad, es decir su idoneidad para asimilar futuras evoluciones -lo que era visto como un inconveniente- puede ahora aprovecharse a fin de garantizar la necesaria apertura del sistema. Como ejemplo de ello piénsese en la dogmática de la legítima defensa o del estado de necesidad, que son causas de justificación establecidas en parte por el legislador (*de lege lata*) y en parte elaboradas por la doctrina (*de lege ferenda*).

Se defiende la opción de un sistema abierto del Derecho penal, por permitir que el conocimiento existente se disponga en un orden removible en cualquier momento y porque los casos y problemas todavía no advertidos no se juzgarán sin objeciones con la misma vara, sino que siempre habrá ocasión para que cada nuevo problema se discuta

en base al conocimiento del sistema disponible y se resuelva de un modo que pueda integrarse en dicho sistema o se fuerce a su modificación.

En síntesis: **1-** el razonamiento sistemático y la elaboración de un sistema son irrenunciables para una cultura jurídica desarrollada y racional, **2-** soluciones contrarias al sistema que no pueden integrarse a éste, ni siquiera mediante su reforma, ponen de manifiesto deficiencias materiales del ordenamiento jurídico, **3-** jamás debe sobrevalorarse el nivel de sistema obtenido, de modo que la aparición de nuevos problemas debe provocar el sometimiento a prueba de su alcance, **4-** el ideal de elaboración sistemática en Derecho penal es un sistema abierto que ordene y conserve los conocimientos alcanzados de modo seguro tras el debate científico, pero que no esté inmunizado frente a su modificación, provocada por la aparición de nuevas soluciones a los problemas o de nuevos conocimientos materiales.

Funcionalidad de las categorías jurídicas

Para Zaffaroni, a quien seguimos en este punto, cualquier concepto que se construya en función de objetivos político-criminales debe aspirar a que éstos se realicen en la realidad social, pues representa una incoherencia metodológica pretender esa construcción negando datos de esa misma realidad. Por otra parte, dado que los conceptos jurídicos siempre son funcionales, en la medida en que todos cumplen alguna función que afecta el ejercicio del poder punitivo, el método empleado debe orientar esa funcionalidad conforme a una intencionalidad, es decir, a una teleología⁴³.

La funcionalidad entendida como la relación entre conceptos jurídicos y sus efectos sobre el poder punitivo, o mejor, como efecto político de los conceptos jurídico-penales, es un dato óntico que existe aunque se lo ignore. Reconocer ese dato y dotar de intencionalidad a la sistemática que se elabore no implica crear la funcionalidad sino sólo descubrirla y orientarla.

Dado que cualquier disciplina o saber se ocupa de un ámbito de la realidad y lo hace desde cierta perspectiva y con cierta intencionalidad, no puede dejar de ser selectiva en cuanto a los datos que recoge para la elaboración de los conceptos. No solo nada impide que el derecho penal proceda de tal modo, sino que no podría hacerlo de otro distinto (so pretexto de quedar librado a su suerte) porque caería en alucinación.

⁴³ ZAFFARONI, *Derecho penal. Parte general*², Ediar, Buenos Aires, 2003, pp. 87 y ss.

Al reconocer que los conceptos jurídico-penales tienen funcionalidad política⁴⁴ (dato óntico) y al encarar la tarea para dotarla de intencionalidad (construcción teleológica), el derecho penal no debe caer en la alucinación de crear el mundo. Aun cuando no proceda teleológicamente, no puede desconocer que los conceptos cumplen una función política y por ende no le queda otra que orientarlos políticamente, so pena de incurrir en conceptos perversos.

Coincidimos con Zaffaroni en que la función política del derecho penal es la de contener la presión del estado de policía⁴⁵, y, en esa medida, la construcción conceptual del delito debe llevarse a cabo como un sistema orientado por la idea de una intencionalidad reductora del poder punitivo. En consecuencia, cada estrato de la teoría del delito (injusto y culpabilidad) debe ser funcional a la idea reductora que rige la totalidad de la construcción.

Y si la insignificancia y la pena natural, como veremos, constituyen elementos de análisis dentro de estas dos grandes categorías, la interpretación de su incidencia dogmática, también debe estar orientada por ese ideal funcional reductor.

Enfoque metodológico

El tratamiento de la insignificancia y la pena natural como herramienta conceptual de la teoría del delito constituye, a nuestro entender, una de las tantas consecuencias de la unidad sistemática entre Derecho penal y política criminal, tal como fuera planteado en los años 70' por Claus Roxin. Así pues, si las categorías del delito deben contemplarse, desarrollarse y sistematizarse desde el inicio a través de su función político criminal, los supuestos de insignificancia y pena natural -en tanto instrumentos de corte político criminal- deben integrar también el contenido de esas categorías.

Nuestra propuesta se enmarca dentro del pensamiento jurídico-penal funcional o teleológico, en la medida en que no establece de un modo axiomático un concreto canon de hipótesis materiales y sistemáticas, sino que expresa más bien un determinado método de construcción del sistema, así como de obtención de conocimientos materiales⁴⁶.

⁴⁴ ZAFFARONI, *Estructura básica del Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2009, p. 19.

⁴⁵ Política de dique de contención colocada por el estado de derecho para contener la presión de las aguas del estado de policía. A partir de un valor negativo que le asigna al poder punitivo en general y a la pena en particular en base a una posición agnóstica

⁴⁶ SCHÜNEMANN, ob. cit., p. 316.

De allí, lo que corresponde es establecer los criterios valorativos determinantes del sistema, para lo cual resulta necesario discernir acerca de cuáles son los cánones valorativos que subyacen a nuestro Derecho penal vigente. En este sentido, coincidimos con Schünemann en que una adecuada construcción del derecho vigente podría partir de dos planos valorativos independientes: **a-** una *desvalorización objetiva especialmente intensa* (específicamente penal) del hecho; y **b-** la *responsabilidad individual* del autor por el hecho.

Cada una de estas dos valoraciones básicas puede desdoblarse, a su vez, en dos subvaloraciones complementarias: sólo es posible hablar de una desvalorización específicamente jurídico-penal (injusto penal) cuando, en primer lugar, el hecho *está prohibido* y, en segundo lugar, resulta indeseable en medida *cualificada* (es decir, cuando un bien jurídico que merece protección ha sufrido un menoscabo relevante y la protección penal contra el concreto ataque se muestre adecuada, necesaria y proporcionada).

Por su parte, la responsabilidad subjetiva requiere, en primer lugar, que el hecho fuera realmente evitable para el autor *individual* (reprochable) y, en segundo lugar, que la motivación del hecho esté desvalorada de forma cualificada (necesidad de pena)⁴⁷.

Ya veremos cómo y en qué medida en ambos predicados de valor deben necesariamente plasmarse los principios constitucionales y, con ello, entonces, la insignificancia y la pena natural –catalogadas hasta ahora como criterios de oportunidad- dejan de ser considerados meras cuestiones procesales para convertirse en elementos esenciales de las categorías injusto y responsabilidad, con la función de limitar el principio de legalidad procesal.

Ello, teniendo en cuenta que resulta indispensable conciliar los conceptos dogmáticos con los valores y derechos fundamentales, pues una construcción de conceptos dogmáticos que conduzca a resultados incompatibles con estos valores y derechos carecerá de toda legitimación metodológica⁴⁸.

La insignificancia y la pena natural en la teoría del delito

La teoría del delito, en tanto teoría de aplicación de la ley penal, es un instrumento conceptual que tiene la finalidad de permitir una aplicación racional de la ley a un caso. Para ello, establece una estructura ordenada para resolver los problemas que genera la aplicación de la ley, valiéndose de un método analítico, vale decir, separando distintos problemas en diversos niveles o categorías⁴⁹.

⁴⁷ SCHÜNEMANN, ob. cit., p. 317.

⁴⁸ BACIGALUPO, ob. cit., p. 180.

⁴⁹ BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito*³, Hammurabi, Buenos Aires, 1994, p. 25.

Como se habrá advertido, adscribimos a un sistema funcional y bipartito⁵⁰ de la teoría del delito, pues entendemos que en nuestro derecho penal vigente el concepto de delito puede ser explicado en dos planos valorativos fundamentales: el injusto y la responsabilidad.

Si la funcionalidad de las categorías del Derecho penal radica en contener el poder punitivo y, al mismo tiempo, evitar conductas socialmente lesivas mediante la inculcación de motivaciones ajustadas a derecho, el concepto de delito debe construirse en consonancia con ese fin. Se explica así que la función del injusto penal consista en determinar cuándo una acción, por ser especial e intensamente lesiva desde el punto de vista social, resulta jurídico-penalmente relevante. Y una acción adquiere tal carácter – como hemos dicho- no sólo cuando está prohibida por afectar un bien jurídico, sino fundamentalmente cuando ese bien jurídico ha sufrido un menoscabo relevante y la protección penal contra el ataque se muestre adecuada, necesaria y proporcionada.

Por ello, el legislador al establecer los tipos penales ha tenido en cuenta la dañosidad social que fundamente el injusto específicamente jurídico-penal y, en esa medida, efectúa una desnormativización profunda. No obstante, para colmar los espacios libres que queden en el significado de los términos, debe recurrirse de nuevo, naturalmente, a las valoraciones rectoras. Estas, a tal fin, se especifican en el merecimiento y la necesidad de pena⁵¹, para lo cual, ha de tenerse en cuenta los principios de fragmentariedad, *ultima ratio* y lesividad a efectos de lograr una ulterior desnormativización.

En esta medida, la insignificancia encuentra ubicación sistemática en el injusto penal, pues una ínfima afectación del bien jurídico, aun cuando se adecue a la conducta descrita en la norma, jamás puede considerarse una acción jurídico-penalmente relevante.

Por su parte, como se verá *infra*, en base a similares argumentaciones dogmáticas, la pena natural encuentra su lugar en el plano valorativo de la responsabilidad.

Esta visión, que podríamos denominar “sustantiva”, de la insignificancia y la pena natural, tiene la ventaja superadora de compatibilizar la interpretación de las normas previstas en el Código penal con los derechos fundamentales, y, en esa medida, de acuerdo a su cometido funcional, limitan el poder punitivo del Estado. Pero además,

⁵⁰ Dicha opción sistémica en modo alguno impide que nuestro enfoque pueda tener cabida en una concepción tripartita, sólo que las valoraciones referidas a la relevancia de la afectación del bien jurídico, a la intensidad de la conducta, deben efectuarse en el tipo penal. Vale decir, que ante una conducta insignificante, el hecho ya no puede considerarse típico. En lo que respecta a la pena natural, no existirían diferencias entre una concepción bipartita o tripartita, pues la culpabilidad mantiene la misma ubicación sistemática.

⁵¹ SCHUNEMANN, ob. cit. p. 321

y como consecuencia de ello, esa caracterización permite entender que ambos supuestos no constituyen excepciones al principio de legalidad sino más bien unos límites intrínsecos a dicho principio.

En contraposición, advertimos que la consideración de la insignificancia y la pena natural como criterios de oportunidad procesal, termina por afectar el alcance de los principios que le dan base. Ello se aprecia en el tratamiento que se efectúa de dichos criterios, v.gr. cuando se presentan como un eficaz auxilio para la desincriminación de hechos punibles. De este modo, se afirma que los casos de “ínfima importancia”, que “representan realizaciones mínimas de tipos penales”, “merecen (...) ser derivados a otras formas de control social existentes, para evitar el riesgo de etiquetar criminalmente al autor y procurar espacio para que los órganos de persecución penal se ocupen de los hechos punibles más graves”. De igual manera, los supuestos de “‘mínima culpabilidad’ o la ‘retribución natural’ que él sufre como resultado de su propia obra delictiva, son criterios que operan de manera similar, para prescindir de la persecución penal”⁵².

Como se advierte, la insignificancia y la pena natural, como criterios de oportunidad procesal, cumplirían la función de descontar la persecución penal de hechos *en sí* punibles, lo cual –según dijimos- termina por afectar el alcance de los principios que les dan base a ambos.

Es que, el principio de lesividad -basamento de la insignificancia- impide calificar como injusto un comportamiento de afectación ínfima al bien jurídico. Por tal motivo, este tipo de hecho jamás podrá considerarse punible, al ni siquiera alcanzar (menos sobrepasar) el estándar de injusto penal.

Si consideramos que la insignificancia constituye una herramienta conceptual que integra la teoría del delito, y que forma parte de la valoración que debe efectuarse al momento de determinarse el carácter injusto de un comportamiento, habremos de concluir que una acción de mínima lesividad al bien jurídico jamás puede considerarse un injusto penal.

Lo mismo cabe decir respecto de la pena natural, supuesto en el cual tampoco puede estimarse punible el hecho, ya que, como se verá, el principio de culpabilidad, que demanda respeto por la dignidad de la persona humana, impide la atribución de responsabilidad penal.

Este análisis permite también entender que la insignificancia y la pena natural, en tanto herramientas que tornan operativos los principios constitucionales en la interpretación del concepto de delito, cumplen la función de limitar al principio de

⁵² Cfr. portodos, MAIER, ob. cit., pp. 387/388.

legalidad procesal, pues no se trata de que el estado renuncie a la persecución penal de un hecho delictivo, sino que los órganos encargados de ella se ven impedidos de iniciarla ante la inexistencia de delito por ausencia de alguno de sus principales niveles valorativos: injusto-culpabilidad.

En definitiva, la proyección de los principios de culpabilidad y de lesividad en la construcción dogmática marcan los límites dentro de los que pueden desarrollarse la teoría del delito y la determinación de la pena; ello, en la medida en que ambos principios son ordenadores “de una política constitucional de reducción y contención del poder punitivo”⁵³.

Por último, deseamos expresar que más allá de las buenas intenciones del legislador, resulta necesario abandonar la idea que subyace el intento de codificar el principio de oportunidad procesal en los supuestos analizados, al presentarlo como el instrumento adecuado para no sancionar hechos penalmente “típicos” insignificantes y de pena natural, pues ello pertenece más bien al Derecho penal material.

Por ello, y utilizando palabras de Hassemer, entendemos que sería “una burla del sistema, en lo teórico, y políticamente una defraudación de la colectividad”, calificar como hechos delictivos acciones insignificantes y de pena natural para luego “excluir las clandestinamente a través del proceso penal”.

Así, CUANDO MÁS SE ORIENTE EL DERECHO PENAL MATERIAL HACIA LOS PRINCIPIOS DE *ULTIMA RATIO*, PROPORCIONALIDAD, FRAGMENTARIEDAD, LESIVIDAD Y CULPABILIDAD, MENOS OPORTUNIDAD QUEDARÁ PARA UN PROCESO PENAL OPORTUNISTA⁵⁴.

⁵³ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, 2003, pp. 140/142.

⁵⁴ HASSEMER, “La persecución penal: legalidad y oportunidad”, ponencia presentada en el *Symposium internacional sobre la transformación de la administración de justicia penal*, Buenos Aires, 1988. En línea: dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=2530062&orden=0. (Consulta: 25/09/2011).

SUMARIO: 1. Concepto de insignificancia. 2. Antecedentes vernáculos del principio de insignificancia: a. Sobre algunos proyectos legislativos y normas dispersas que contemplan el principio de insignificancia; b. La jurisprudencia. 3. El principio de insignificancia y su ubicación sistemática en la dogmática penal: a. Introducción; b. La doctrina; c. El estado actual de la cuestión; d. La insignificancia como causa de exclusión de la antijuridicidad específicamente penal; d. Situaciones que problematizan el principio de insignificancia y sus posibles soluciones.

I) Concepto de insignificancia

Según el diccionario de la Real Academia Española *insignificancia* significa pequeñez, insuficiencia o inutilidad y algo es *insignificante* cuando es baladí, pequeño o despreciable. En el lenguaje jurídico-penal, podemos definirlo, en líneas generales, como aquel principio limitativo del poder punitivo estatal, según el cual, determinado hecho, pese a encuadrar formalmente en una figura delictiva, su escasa afectación del bien jurídico *penal* respectivo o disvalor del resultado, o bien de un ínfimo disvalor de acción, obsta que el Estado considere la conducta en cuestión como penalmente reprochable.

Pese al contenido sustancial del concepto de bagatela, éste ha sido receptado en nuestro país en las legislaciones procesales como un supuesto de disponibilidad de la acción penal, es decir, dentro de la órbita del principio de oportunidad.

Ahora bien, desde nuestra visión, sostenemos que si de lo que se trata es de establecer el límite de lo prohibido, lo mandado o lo autorizado, en suma, de lo ilícito penalmente, ello es tarea de la que debe ocuparse en forma protagónica el derecho penal sustancial y no constituye una función propia del derecho realizador, tal como viene pregonándose por prestigiosa doctrina.

Otro sector de la doctrina, más conciliador con la dicotomía entre sustancialistas y procesalistas, distingue entre la insignificancia *del hecho* de la insignificancia *del delito*, o lo que podríamos denominar, por qué no, insignificancia *propia* o *material* e

⁵⁵ Miembro del Instituto en Ciencias Penales.

insignificancia *impropia* o *procesal*, respectivamente, siendo la primera aquella conducta que aún cuando formalmente encuadre en el tipo legal no importa una lesión o puesta en peligro del bien jurídico, en tanto que la segunda, se refiere a aquellos hechos que “si bien superan el standard de ofensividad requerido por una tipicidad penal constitucionalmente orientada, aún así continúan reportando un disvalor pequeño (pero superador de la insignificancia) y por ello pueden conducir a la perforación de los mínimos establecidos en las escalas penales”⁵⁶.

La tesis que admite la distinción entre una insignificancia *propia* e *impropia*, trae aparejada, a la vez, ciertas consecuencias sustanciales y procesales. En este sentido, Finkelstein Nappi⁵⁷ sostiene que el hecho insignificante debe resolverse en el plano de la tipicidad penal objetiva, en tanto que cuando se trata de un delito insignificante cabría aplicar el mínimo de la escala penal, o bien perforar el mínimo adecuando la pena al grado de disvalor de injusto como atenuante de la culpabilidad, o bien declarar la inconstitucionalidad de la escala penal para el caso en concreto.

Argumenta el citado autor que los hechos insignificantes no deberían superar el inicio del proceso penal, debiendo dictarse el archivo, dada la inexistencia del delito, en cambio, en los delitos insignificantes debería llegarse a la etapa de juicio, momento en que tiene lugar la cuantificación en concreto de la pena⁵⁸. Finalmente, entiende que los hechos insignificantes cancelan el proceso penal aún con la vigencia del principio de legalidad, en tanto que los delitos insignificantes pueden no ser perseguidos en aquellos ordenamientos que prevean la oportunidad.⁵⁹

Esta distinción, con consecuencias tanto teóricas como prácticas, permitiría, en todo caso, acordar un punto de contacto entre las perspectivas sustancialistas y procesalistas, hoy innegables protagonistas de la discusión de este principio, en punto a “que la insignificancia opera como criterio de oportunidad cuando conforme al

⁵⁶

Finkelstein Nappi, Juan Lucas, “La atipicidad por insignificancia en la Cámara del Crimen de la Capital Federal”, *La Ley*, 2006-D, p. 113, nota 16.

⁵⁷

Finkelstein Nappi, Juan Lucas, “Apuntes sobre lesividad e insignificancia a propósito del fallo ‘Sepúlveda’”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lexis Nexis, n° 13, Buenos Aires, 2005, pp. 1400/1409

⁵⁸

Finkelstein Nappi, Juan Lucas, ob. cit., p. 1408.

⁵⁹

Finkelstein Nappi, ob. cit., p. 1409.

principio de proporcionalidad no se llega al grado necesario para afirmar la atipicidad de la conducta.”⁶⁰

En este orden de ideas, resultan valorables los esfuerzos de la doctrina procesalista para legitimar un concepto de insignificancia procesal, pero creemos que todo se reduce y debe reducirse a una cuestión de análisis sustancial previo.

Pero, advertimos, que se observan inconvenientes en discernir en la práctica un límite general entre aquella conducta que no alcanza siquiera a ofender o lesionar un bien jurídico, de aquella otra que supere mínimamente la prueba de lesividad, pues podría igualmente afectarse el principio de igualdad ante la ley, ya que en los hechos la situación variaría considerablemente si la insignificancia procesal fuera receptada o no por cada legislación procesal de cada provincia y en qué medida.

Por nuestra parte, nos permitimos discrepar con la distinción entre la insignificancia sustancial y la procesal. Dudamos de que sea válido hablar de una insignificancia procesal, porque si se permite al titular de la acción penal, iniciarla o desistir de ella, cuando el hecho no reviste gravedad, ello debería ocurrir no porque ese sector del derecho lo postule entre sus normas (aún por atendibles necesidades de economía y eficacia), sino porque *sustancialmente* un determinado hecho no afecta significativamente un bien jurídico.

Cualquiera sea la denominación que se emplee para definir una insignificancia procesal, en nuestra opinión, no estaríamos hablando de insignificancia sino de una cosa distinta.

Cabe agregar, que la insignificancia es una condición que enerva lo ilícito penalmente y, consecuentemente con ello, su aplicación conlleva la descriminalización de ciertas conductas formalmente subsumibles en el tipo legal y, necesariamente también, conduce, en gran medida, a cumplir con los objetivos de eficacia en la persecución que legítimamente postula el derecho procesal.

En suma, un derecho penal sustantivo respetuoso de los principios de *última ratio*, proporcionalidad, lesividad, fragmentariedad y subsidiariedad, no puede renunciar a establecer en su seno los límites al poder punitivo del Estado, que de lo contrario, lo llevaría a cometer excesos indeseables, amén de las lógicas consecuencias económicas y perjudiciales para el sistema procesal, derivado de la escasez de recursos

60

Aguad, Dolores – Bazán, Natalia – Biancotti, Daniela – Gorgas, Milagros – Olmedo, Berenice, “La regulación provincial del principio de oportunidad”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba – Instituto de Ciencias Penales, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-regulacion-provincial-de-principio-de/?searchterm=oportunidad>, p. 5. Fecha de consulta: 26/08/2011.

para su investigación que, incluso, se verifican aún cuando tiene que investigar los delitos más graves.

En otros términos, en un Estado Social y Democrático de Derecho, el encargado de promover la acción penal no debería preguntarse si en hechos de escasa gravedad tiene que renunciar o desistir de la acción penal en miras de una mayor eficacia en la persecución, sino que debería interrogarse, en primer término, si conceptualmente es deseable o aceptable que el poder punitivo los considere penalmente ilícitos.

II) Antecedentes vernáculos del principio de insignificancia

I. Sobre algunos proyectos legislativos y normas dispersas que contemplan el principio de insignificancia

Como sabemos, el principio de insignificancia no tuvo acogida en nuestro Código Penal ni tampoco en los proyectos legislativos que le precedieron, ni en los que le sucedieron. Recién lo contempló el anteproyecto de reforma del año 2006, sobre el que nos explayaremos luego.

Sin embargo, los proyectistas posiblemente intuían que, en determinados delitos, la pena fijada en abstracto podía considerarse excesiva o desproporcionada frente a un disvalor de resultado exiguo, para lo cual, proponían disminuir sensiblemente la pena, consagrando un sistema de atenuaciones genéricas y específicas.

Así lo hacían, en líneas generales, el Proyecto Villegas Ugarriza y García de 1881⁶¹, el Código Penal de 1877⁶² sancionado para la provincia de Buenos Aires que

61

Zaffaroni, Eugenio Raúl – Arnedo, Miguel Alfredo, *Digesto de Codificación Penal Argentina*, Tomo II, AZ Editora, Buenos Aires, 1996, p. 149, cuyo art. 319 disponía que “Si el valor de lo hurtado no excediere de quinientos pesos fuertes la pena será de un grado inferior á la que correspondiere al hecho, no mediando esta circunstancia”. Y el art. 320 rezaba que “El valor de lo hurtado, usurpado ó hurtado será considerado como circunstancia atenuante o agravante para la aplicación de la pena y con relación al tiempo que esta comprenda.”

62

Zaffaroni, Eugenio Raúl – Arnedo, Miguel Alfredo, ob. cit., Tomo I, pp. 265, 267 y 270, donde el art. 318 disponía que “En los casos del artículo anterior la pena será de tres años de prisión, si el valor del robo no excediese de quinientos pesos fuertes”, el art. 320 que “En los casos del anterior la pena será de dos años de prisión cuando el valor del robo no esceda de quinientos pesos fuertes” y el art. 322 preveía que “Cuando el valor de la cosa hurtada no esceda de cien pesos fuertes, la pena será arresto de uno a tres meses”.

tomaba el Proyecto Tejedor, el Código Penal de 1886⁶³, el Proyecto Soler de 1960⁶⁴ y el Proyecto de 1979.

Pese a que el Código Penal de 1921 y sus numerosas reformas no receptaron el principio de bagatela, hallamos fuera de él algunas expresas, aunque dispersas disposiciones legislativas que lo acogieron.

En primer término, nos referimos al art. 49 in fine de la ley 11.683 (t.o. 1978 y sus modif.), el cual dispone que: *“En los supuestos de los artículos 38, agregado a su continuación, 39, agregado a su continuación, 40 y agregado a su continuación, el Juez administrativo podrá eximir de sanción al responsable cuando a su juicio la infracción no revistiera gravedad.”*⁶⁵

En segundo término, el Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley 1472, 25/10/2004), no sólo consagró en su art. 1 el principio de lesividad⁶⁶, claro fundamento de la bagatela, sino que en el Título V sobre los juegos de apuesta, art. 119, dispuso expresamente el principio de insignificancia por un lado y el de adecuación social⁶⁷ por el otro, al disponer que *“No son punibles las prácticas incluidas en el presente capítulo que por su insignificancia o por hallarse incorporadas*

63

Zaffaroni, Eugenio Raúl – Arnedo, Miguel Alfredo, ob. cit., Tomo II, p. 60, cuyo art. 191 disponía que “La pena señalada en el artículo anterior será de prisión de uno a tres años, cuando el valor de lo robado no esceda de quinientos pesos”.

64

Zaffaroni, Eugenio Raúl – Arnedo, Miguel Alfredo, ob. cit., Tomo VI, p. 103, cuyo art. 209 inc. 2, contenía una pena reducida de hasta un año o multa hasta sesenta días, “si el hecho consistiere en el apoderamiento de alimentos u objetos de escaso valor para proveer a una necesidad propia o de un familiar”.

65

Cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, 316:1237, 8/06/93, “Godoy, Roberto Carlos”, en los votos de dos de sus miembros, Levene y Nazareno, se interpretó que esta norma (antes art. 52 in fine, de la ley 11.683, según texto introducido a su vez por ley 23.314) constituía un supuesto de aplicación del principio de oportunidad y no de insignificancia, al sostener que “el recurrente confunde el principio de insignificancia o bagatela que atiende a las características de la conducta examinada a fin de su desincriminación –y que efectivamente carece de consagración legal-, con una facultad conferida por la ley al juez administrativo, que atiende a su subjetivo criterio de oportunidad”. Según García Vitor, Enrique Ulises, *La insignificancia en el Derecho Penal. Los delitos de bagatela*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 71, nota 77, a mi juicio en lo correcto, argumenta que los ponentes no advierten que la citada norma se sustenta, precisamente, “en la nimiedad de la conducta del contribuyente con relación al objeto de protección de la norma.”

66

“El Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sanciona las conductas que por acción u omisión dolosa o culposa implican daño o peligro cierto para los bienes jurídicos individuales o colectivos protegidos”.

67

Sobre las relaciones entre la teoría de la adecuación social y el principio de insignificancia, ver infra punto 3 a.

por la costumbre o la tradición no importan peligro para la convivencia ni para el patrimonio de las personas.”

Finalmente, merece ser destacado el Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral de Código Penal de 2006, que por un lado enunció explícitamente en su art. 1 inc. b el principio de lesividad⁶⁸ y, por el otro, receptó en su art. 9 el principio de insignificancia al disponer que *“El juez podrá determinar la pena por debajo de los mínimos previstos e inclusive eximir de pena, cuando el peligro o daño causados sea de escasa significación.”*

Ahora bien, al mismo tiempo, el art. 49, 4to. párrafo inc. b, regulado dentro del Título que contempla el ejercicio de las acciones, prevé que el Fiscal pueda fundadamente no promover la acción o desistir de la promovida ante el Juez o Tribunal hasta antes de la fecha del debate oral y público, *“cuando se trate de hechos que por su insignificancia, no afecten gravemente el interés público, salvo que fuesen cometidos por un funcionario público en el ejercicio o en razón de su cargo”*.

De lo expuesto se podría colegir que existirían dos sujetos legitimados para decidir la irrelevancia penal de un hecho sometido a su conocimiento. En un primer momento, esa facultad sería conferida al fiscal de la causa, en las condiciones que exige el art. 49 y, en un segunda oportunidad, al juez que debe dictar sentencia, en el momento de la individualización judicial de la pena, al decidir si le impone al imputado una pena por debajo del mínimo o lo exime de ella cuando considere que el hecho reviste escasa significación.

Podría pensarse rápidamente que se trataría de una contradicción entre los arts. 9 y 49 ya citados, pero a poco que se reflexione más detenidamente la cuestión puede inferirse que en realidad se trata de dos filtros que permitirían dejar fuera de persecución penal hechos de nimia gravedad.

Por nuestra parte, somos de opinión que quizás este valioso Proyecto no fue lo suficientemente audaz en cuanto a la ubicación dogmática de la bagatela, tal como gran

68

Critica la falta de rigurosidad en la enunciación de ese principio, Ferrajoli, Luigi, presentación del libro *Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación*, Ediar-Asociación de Profesores de Derecho Penal, Buenos Aires, 2007, p. 16, disponible en http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/capitulos/INTRODUCCION%20Y%20FUNDAMENTOS.pdf (fecha de consulta: 10/09/2011), al decir que *“En lo que respecta al principio de ofensividad, hubiese sido oportuna, tal vez, una formulación más explícita y rigurosa: a través de la previsión como elemento constitutivo del delito del daño o del peligro concreto por aquél ocasionado a un bien jurídico constitucionalmente relevante.”* (El destacado es nuestro).

parte de la jurisprudencia⁶⁹ y doctrina⁷⁰ lo venían concibiendo: como una causa de atipicidad de la conducta.

En el caso del art. 9 sería más una cuestión de atenuación o eximición de la pena que una causa de exclusión del delito. En el supuesto del art. 49 significaría, de otro costado, concebir una regla de oportunidad⁷¹, basado en criterios de eficacia y economía en la persecución.

II. *La jurisprudencia*

Nuestros tribunales han desandado el camino sobre el tópico que tratamos de forma contradictoria. En ocasiones, han rechazado la posibilidad de aplicar el criterio de la bagatela, pero también, en otros casos, lo han admitido, aunque los fundamentos para esto último han sido variados, siendo considerado desde una causa de atipicidad del delito, pasando por un supuesto de atenuación de la pena, hasta llegar a declarar inconstitucional un delito por lo desproporcionado de la sanción.

Resulta paradójico, en este sentido, que desde la jurisprudencia, por regla general, para solucionar estos casos, se ha echado mano a la teoría del delito o de la pena, pero llamativamente quienes más lo han postulado han sido importantes sectores de la doctrina procesalista que, como resultado de ello, lo han receptado las distintas provincias en los respectivos códigos procesales penales como un supuesto del principio de oportunidad reglada. Y resulta otra vez paradójico que el legislador nacional ha guardado silencio al respecto.

El primer antecedente que registran nuestros tribunales sobre el principio de insignificancia data del año 1981, en la causa “Lucero”⁷², donde nada más y nada menos

⁶⁹

Ver infra punto 2 b.

⁷⁰

Ver infra punto 3.

⁷¹

En ese sentido, Erbetta, Daniel, *Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación*, Ediar-Asociación de Profesores de Derecho Penal, Buenos Aires, 2007, p. 24, quien sostuvo que “a fin de permitir una mejor distribución de los recursos (humanos y materiales) destinados a la persecución y ofrecer una mayor eficacia a la respuesta punitiva del estado, se han introducido criterios de oportunidad, resultando una excepción reglada al de legalidad formal. En particular, se ha incorporado la conciliación entre partes y la reparación de daños en la medida de lo posible por parte del imputado, el **principio de insignificancia** salvo que el delito fuese cometido por un funcionario público en ejercicio o en función de su cargo, y el principio de poena naturalis.” (el destacado es nuestro)

⁷²

C.C. y C. de la Cap., Sala II, causa 25.868, “Lucero, Ángel Carlos s/ privación ilegítima de la libertad”, *Doctrina Penal*, n° 5, 1982, p. 278, con comentario de Malamud Goti, Jaime, “Transporte público y libertad ambulatoria”, pp. 275/278.

que Zaffaroni resolvió absolver a un colectivero, acusado de privación ilegítima de la libertad, al no haber detenido el ómnibus en la parada solicitada previamente por los damnificados, haciéndolo recién varias cuadras después.⁷³⁷⁴

A partir de allí, podemos decir, que paulatinamente la jurisprudencia comenzaría a debatir, a través de sus pronunciamientos judiciales, la posibilidad de admitir el principio de insignificancia en nuestro derecho argentino, aunque los fallos en este sentido han sido más bien excepcionales⁷⁵.

El principio de insignificancia ha sido admitido en una estafa reiterada donde el empleado de un estacionamiento asentaba en el recibo duplicado perteneciente al empleador una suma menor a la que constaba en el original entregado antes al cliente, quedándose con la diferencia⁷⁶; en el delito de daño en el que el autor arrojó al suelo dos grandes macetas en el fragor de una discusión entre vecinos⁷⁷; en el delito de impedimento de contacto de menores con padres no convivientes por no llevar a los hijos a trece visitas prefijadas en el lapso de dos años⁷⁸; en el delito de circulación de

73

Al comenzar con la fundamentación del fallo, Zaffaroni se asombraba de que este caso de la vida cotidiana corresponda a uno de los ejemplos de “gabinete” que Welzel ilustraba al desarrollar su teoría de la adecuación social, aunque el magistrado no la siga. (Sobre los casos de conductas adecuadas socialmente, Cfr. Cancio Meliá, Manuel, *Los orígenes de la teoría de la adecuación social*, Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 22.)

74

Crítica los argumentos de ese fallo, Spinka, Roberto E., *El principio de la insignificancia o de bagatela (¿Una solución de base legal o de justicia abstracta?)*, en “Opúsculos de derecho penal y criminología”, n° 15, Marcos Lerner, Córdoba, 1986.

75

Así lo entiende García Vitor, Enrique Ulises, *La insignificancia en el derecho penal. Los delitos de bagatela*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 16 y manifiesta su preocupación porque los jueces han recurrido a métodos para-procesales para excluir estos casos del sistema. En igual sentido se expresa Medina Fernández, Federico, *El principio de insignificancia*, p. 6, disponible en www.bcra.gov.ar (fecha de consulta: 10/09/2011). Opinaba contrario a ello y entendía que la aplicación de este principio se volvería mayoritaria, Spinka, Roberto E., ob. cit., pp. 8/9.

76

CNCrim. y Correc., sala VI, 2006/03/15, “Gómez, Justo Ceferino”, *La Ley*, 2006-D, pp. 115/116, con notas de Finkelstein Nappi, Juan Lucas, “La atipicidad por insignificancia en la Cámara del Crimen de la Capital Federal”, pp. 109/113 y Báez, Julio C. y Guido J. Aguirre, *La Ley*, 2006-F, “La insignificancia penal”, pp. 370/373. En este fallo el ponente Bunge Campos logra hacer unánime su posición con una distinta integración de la Cámara, en la que él había sido antes minoría en el caso “Bargas”.

77

Juzg. Corr. Morón n° 2, 29/9/2000, “Sepúlveda, María del C.”, *Revista de derecho Penal y Procesal Penal*, n° 13, Buenos Aires, 2005, p. 1397, con comentario de Finkelstein Nappi, Juan Lucas, “Apuntes sobre lesividad e insignificancia a propósito del fallo ‘Sepúlveda’”, pp. 1400/1409.

78

Cámara de Acusación de Córdoba, AI n° 426, 20/12/2007, “Loutayf, Hilda Cristina Antonia”, *Actualidad Jurídica. Penal*, n° 97, pp. 6478/6488.

moneda falsa a quien compró golosinas por tres pesos en un kiosco con un billete apócrifo de cincuenta⁷⁹ o quien pagó con diez pesos falsos un viaje en taxi por valor de cinco pesos⁸⁰; en el delito de cohecho activo quien en un control preventivo en la vía pública por personal policial y luego de advertir que pesaba sobre él un pedido de captura, para evitar su detención, intentó sobornarlos con diez pesos⁸¹; en el delito de omisión de deberes de un funcionario público, quien se rehusó a realizar actos de oficio al no haber admitido a la víctima como querellante particular dentro del plazo legal⁸²; en el delito de peculado de una escasa e indeterminada cantidad de combustible⁸³; en el delito de hurto de una batería en desuso⁸⁴ o de medio sándwich de jamón y queso perteneciente a un funcionario judicial que un imputado se comió mientras prestaba declaración indagatoria⁸⁵; y también en el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal⁸⁶.

En estos casos, la solución desincriminante viene dada, por regla general, por la atipicidad de la conducta en razón de que –pese a la existencia de una tipicidad formal-

79

Cám. Federal Córdoba, Sala B, 17/05/2011, “Murúa, Laura p.s.a. Circulación de moneda falsa”, *Actualidad Jurídica. Penal*, n° 164, pp. 2198/2205.

80

Cámara Federal de Córdoba, sala A, 23/12/2012, “Peralta, José Alberto p.s.a. infr. art. 282 (Expte. 299/2011)”.

81

Juzg. Control Penal Económico de Cba., AI n° 47, 04/11/2010, “Domínguez, Melinton Eduardo p.s.a. Cohecho activo”, con nota –bastante crítica– de Ignacio Ríos, Carlos, *Una coima de bagatela –A propósito del fallo del Juzgado en lo Penal Económico “Domínguez, Melinton”*, en “Actualidad Jurídica. Penal”, n° 161, pp. 1943/1944.

82

Juzg. Control Penal Económico de Cba., AI n° 12, 17/03/2008, “Denuncia formulada por Pioli, Raúl Francisco c/ Chiapero, Víctor Hugo”, *Actualidad Jurídica. Penal*, n° 135, pp. 8996/9004.

83

Caso citado por García Vitor, Enrique Ulises, ob. cit., p. 83.

84

TCasación Penal de Buenos Aires, 2011/04/26, “O., N. M.”, Sala III, *Suplemento La Ley Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, 20/07/2011, pp. 38/41, con nota a fallo de Crosetti, Andrés Alejandro, *La persecución penal ante la afectación mínima del bien jurídico*.

85

Caso citado por Maier, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, 2ª ed., Ediciones Del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 829, nota 30, publicado en “No Hay Derecho”, 1994, n° 11, p. 35.

86

Sobre la cambiante jurisprudencia a este respecto, Cfr. García Vitor, Enrique Ulises, ob. cit., pp. 79/87. Agregamos por nuestra parte que la jurisprudencia de la CSJN en este tema lejos de ser pacífica ha sido zigzagueante. Así en “Colavini” (Fallos 300:254) sostuvo su criminalización; en “Bazterrica” (Fallos 308:1392) se apartó de esa doctrina, pero retornó a la primera en “Montalvo” (Fallos 313:1333) y, finalmente, en “Arriola, Sebastián y otros s/ causa 9080, A. 891. XLIV”, volvió al precedente “Bazterrica”.

la ausencia de lesividad penalmente relevante del bien jurídico protegido, su falta de dañosidad social, obsta su configuración.

Excepcionalmente, se ha admitido por otra vía distinta, cual es la declaración de inconstitucionalidad de la pena fijada en abstracto por entenderse desproporcionada a la conducta enrostrada.⁸⁷

De otro costado, se ha rechazado el principio de insignificancia, por ejemplo, en los casos de tentativa de hurto de cuatro pesos extraídos de una cabina telefónica⁸⁸ o en el intento de realizar idéntica acción con un pedazo de alambre⁸⁹; en la sustracción de tres farolitos plásticos de dos automóviles estacionados en la vía pública⁹⁰; en el desapoderamiento de un prolongador eléctrico⁹¹; en el corte total de una ruta en el marco de una protesta social⁹²; y también en la tenencia de estupefacientes para consumo personal⁹³.

El argumento que se ha esgrimido para arribar a una solución inculminatoria ha sido, en general, que nuestra legislación no prevé grados ni límites respecto de cuál es la magnitud mínima de lesión requerida por el orden jurídico para que se considere afectado el bien jurídico involucrado. Por lo tanto, cualquier menoscabo del interés tutelado, por nimio que sea, es suficiente para configurar el ilícito penal.

Esta es la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el famoso caso “Adami”, sobre el hurto de los farolitos, donde sostuvo que “la figura protege el derecho de propiedad en sentido amplísimo... ‘los farolitos’ en cuestión satisfacen el

⁸⁷

Así, en el caso “Sepúlveda” ya citado.

⁸⁸

CNCrim. y Correc., sala VI, 2004/11/05, “Bargas, Matías E.”, *La Ley*, 2005-B, pp. 145/148, con nota de Báez, Julio C. “El hurto tentado de cuatro pesos y la insignificancia penal”. También, otro caso similar de tentativa de hurto, CNCrim. y Correc., Sala VII, 31/03/1987, “Manes, Pascual R.”, *La Ley*, 1987-E, pp. 438/439.

⁸⁹

CNCrim. y Correc., Sala VI, 01/03/2007, “Rosich, Eric Adrián”, *Actualidad Jurídica. Penal*, n°

90.

⁹⁰

Fallos, 308:1797 in re “Adami, Leonardo Esteban; Vázquez Fendrik, Horacio Daniel s/ hurto”.

⁹¹

CNCrim. y Correc., Sala I, 2000/04/05, “Cabrera, Norma G.”, *La Ley*, 2000-E, pp. 815/817.

⁹²

Cám. Fed. de Ap. de Salta, 12/05/2010, “Argañarás, Rubén y otros”, *Actualidad Jurídica. Penal*, n° 158, pp. 1599/1602.

⁹³

Sobre la cambiante jurisprudencia a este respecto, Cfr. García Vitor, Enrique Ulises, ob. cit., pp. 79/87.

concepto de cosa empleado en el tipo... en consecuencia, de la manera como se encuentra legislado el hurto, cualquiera que sea la magnitud de la afectación del bien tutelado que resulte como consecuencia del apoderamiento ilegítimo, en tanto no se prevén grados ni límites, hace que la conducta quede comprendida en el referido art. 162.”⁹⁴

Concluye el máximo tribunal que el mayor o menor valor de la cosa es un aspecto determinante sólo a los fines de graduar la pena⁹⁵.

En el fallo “Godoy” dictado con posterioridad a “Adami” se argumentó, en un caso donde se discutía la sanción a aplicar como consecuencia de incumplimientos formales en la confección de una factura fiscal, que el principio de insignificancia no ha sido receptado por nuestro derecho argentino.⁹⁶

III) El principio de insignificancia y su ubicación sistemática en la dogmática penal

- *Introducción*

Según Bacigalupo, en 1919, Von Liszt fue el primero en formular un programa de una política criminal de despenalización, afirmando que “nuestra legislación actual hace un uso exagerado de la pena como medio de lucha” y que “cabría reflexionar sobre si el antiguo principio *minima non curat praetor* [hoy más conocido como insignificancia] no merecía reincorporarse a nuestro Derecho penal, sea como principio procesal (quebrando el principio de legalidad), sea como regla del Derecho material (no punibilidad de las pequeñas lesiones).”⁹⁷

94

Fallos, 307:1798, consid. 3, agregando que la insignificancia “sólo puede jugar cuando es tal que lleva a despojar a la cosa de ese carácter”. Dicha afirmación, es acertadamente criticada por Medina Fernández, Federico, ob. cit., p. 8 al decir que “no se entiende, en mi opinión, cómo podría existir insignificancia si la cosa perdiera su carácter, pues en tal caso, parece que no existiría delito por no tratarse de una cosa y, por lo tanto, no adecuarse al tipo penal, y no por su insignificancia.”

95

Así lo había entendido, *mutatis mutandi*, el Tribunal que revocó la sentencia absolutoria dictada por el entonces juez Zaffaroni en el caso “Lucero”. En idéntico sentido, en los casos “Bargas”, “Manes” y “Cabrera”, ya citados.

96

Fallos, 316:1237, 8/06/93, “Godoy, Roberto Carlos”.

97

Bacigalupo, Enrique, *Hacia el nuevo Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 489.

Sin embargo, el punto de partida del desarrollo del principio de insignificancia tuvo origen en la teoría de la adecuación social acuñada por Welzel⁹⁸. Su idea central, expresada por primera vez en el año 1939⁹⁹, es que aquellas acciones que se desarrollan dentro de lo que históricamente ha llegado a ser el orden ético-social de la vida en comunidad, y que por tanto son socialmente adecuadas, no pueden encajar nunca en un tipo, aunque según su tenor literal se las pudiera subsumir en éste. Ejemplificaba como tales a las restricciones a la libertad en el tránsito, las lesiones y homicidios ocasionados en la explotación reglamentaria de ferrocarriles, canteras, minas, etc., las lesiones en la práctica de deportes, la muerte producida en intervenciones quirúrgicas siguiendo las reglas del arte¹⁰⁰, la entrega al cartero del pequeño regalo usual en Navidad, o el sobrino que, para heredar a su tío rico, persuade a que de un paseo en la lluvia con la esperanza de que al hacerlo sea alcanzado por un rayo, entre otros ejemplos.

Más allá del lugar que Welzel le dio a los comportamientos adecuados socialmente dentro de la teoría del delito, sea primero como causa de atipicidad, luego como justificación, volviendo a retomar la primera y finalmente defenderlo como un principio interpretativo general¹⁰¹, cuestión que no analizaremos pues excede el objetivo de este trabajo, encontramos razón a Roxin quien sostuvo que los ejemplos que brindaba Welzel son de tal amplitud que aquel autor los dividió en dos grupos de casos. Aquellos que implican la creación de un riesgo permitido, irrelevante o no desaprobado y que deben resolverse por la teoría de la imputación objetiva y, aquellos otros, cuya conducta intrascendente o socialmente tolerada no importa una lesión al bien jurídico protegido y, por tanto no infringe la norma de prohibición.

Ambos conceptos –adecuación social e insignificancia– según otros autores, deben distinguirse entre sí, porque el primero supone la aprobación social de la

98

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2005, §32, p. 494; Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1981, p. 553; Buteler, José A., *¿Insignificancia o vulneración de exigencia constitucional de lesión al bien jurídico?*, “Revista de derecho penal”, n°..., p. ...; Balcarce, Fabián, *La antijuridicidad*, en Lascano, Carlos J. (h) (dir.), “Derecho Penal. Parte General. Libro de estudio”, Advocatus, Córdoba, 2002, p. 404.

99

Roxin, Claus, ob. cit., §10/33 y ss., pp. 292 y ss.

100

Welzel, Hans, *Derecho Penal. Parte General*, trad. Carlos Fontán Balestra, Depalma, Buenos Aires, 1956, pp. 64/65.

101

Sobre su evolución en la propia concepción de Welzel y sobre los distintos autores que la admitieron en diversos estratos de la teoría del delito o como principio interpretativo general y hasta los que lo rechazaron, Cfr. Roxin, Claus, ob. cit., p. 293 y García Vitor, ob. cit., pp. 27 y ss.

conducta, en tanto que el segundo implica una relativa tolerancia de esta por su escasa gravedad¹⁰², aunque supere el riesgo permitido.

En la actualidad, si bien se considera que la teoría de la adecuación social, persigue el objetivo, en sí mismo correcto, de eliminar el tipo, carece de una especial importancia dogmática pues se puede reemplazar por criterios más precisos.¹⁰³

Estrictamente y en lo que aquí interesa, el principio de insignificancia, fue enunciado por primera vez por Roxin en 1964 al referirse al delito de coacción, argumentando que “el viejo principio *minima non curat praetor* vale en la coacción en especial medida”; [...] “las influencias coercitivas sin duración, y las consecuencias que no son dignas de mención, no son socialmente dañosas en sentido material.”¹⁰⁴ Posteriormente, Tiedemann, perfeccionó dicho concepto y se refirió a él como “principio de bagatela”, fundándolo “en el principio de proporcionalidad que debe regir entre el delito y la gravedad de la intervención estatal por el delito”¹⁰⁵.

- *La doctrina*

Los tratadistas más destacados de nuestro país, no repararon en el principio de insignificancia como supuesto eliminante del delito o de la pena. Deducimos esa afirmación, a poco que se analice la posición de la doctrina respecto de los delitos contra la propiedad en donde se planteaba cómo debían resolverse aquellos casos en que la cosa tuviera un escaso valor, pronunciándose, la mayoría, por admitir pese a ello la tipicidad de la conducta.

Así, Nuñez sostenía que “el valor *ínfimo* de la cosa no funciona para excluir tal calidad del objeto, sino para deducir, en ciertas circunstancias, el consentimiento o abandono del tenedor de ella”¹⁰⁶. Asimismo, si la cosa, por su entidad, no era apreciable

102

Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª edición, Tecfoto, Barcelona, 1998, §49, p. 532. En el mismo sentido, García Vitor, Enrique Ulises, ob. cit., pp. 34/36 y Balcarce, Fabián, ob. cit., p. 404.

103

Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, trad. Diego Manuel Luzón-Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, §§ 40/42, pp. 296/297.

104

Roxin, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Trad. e introducción de Francisco Muñoz Conde, Hammurabi, 2ª ed. 1ª reimp., 2002, Buenos Aires, p. 73, nota 53; Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, tomo III, Ediar, Buenos Aires, p. 554, corresponde a cita de Roxin.

105

Zaffaroni, ob. cit., p. 554, con cita de Tiedemann.

106

o susceptible de valor, debía evaluarse si lo era para su poseedor, según el caso concreto, concluyendo el citado autor, luego de varios ejemplos, que “la ausencia de un valor objetivo, con arreglo a las circunstancias en que se encontraba el objeto, podrá ser invocado como excusa justificadora del error sobre el carácter de cosa dotada de valor o de su condición de abandonada por su dueño”¹⁰⁷. Por donde se ve, para el maestro cordobés, la exclusión de la tipicidad venía dada, no por la nimiedad de la lesión, sino por verificar en cada caso, si la cosa revestía o no ese carácter o si ella formaba parte o no del derecho de propiedad de la víctima.

Soler, en idéntico lineamiento, entendía que bastaba que una cosa tenga el carácter de tal, y que esté en el patrimonio de alguien, para que pueda ser objeto de hurto, aun cuando ella carezca de valor para los demás, inclusive para el ladrón.¹⁰⁸ Basándose en el texto de nuestra ley, interpretaba que el derecho de propiedad debe tutelarse aún en casos de hurtos insignificantes, agregando que “solamente cuando la insignificancia del valor de la cosa pueda racionalmente hacer presumir el consentimiento del propietario; cuando sus características autoricen a considerar a la cosa como *res nullius*, aún hallándose bajo la esfera de custodia de alguien, deberá decirse que no hay hurto.”¹⁰⁹ Esta interpretación, al igual que la de Nuñez, en nuestra opinión, admitía excepcionalmente la atipicidad legal, pero no fundado en el principio de insignificancia, sino al negarle el carácter de cosa al objeto del hurto.

Laje Anaya y Gavier, sostenían, sin más, que carece de interés si el valor de la cosa es “poco o mucho”¹¹⁰ y de la misma opinión es Creus, para quien “el nulo o ínfimo valor de la cosa en ese sentido no le quita el carácter de objeto del delito.”¹¹¹

Nuñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino*, tomo V, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1967, pp. 174/175.

¹⁰⁷

Nuñez, Ricardo C., *Delitos contra la propiedad*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1951, pp. 60 y ss., en especial, nota 58. Incluso, idem, p. 63, en mi opinión, con un argumento *a fortiori* quizás no admitiría el principio de insignificancia si razonaba que “la lesión patrimonial que supone el hurto consiste en el desapoderamiento de la cosa susceptible de valor, aunque, en el caso concreto, la acción del ladrón lo haya beneficiado económicamente al tenedor”.

¹⁰⁸

Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, tomo IV, TEA, 1970, Buenos Aires, p. 193.

¹⁰⁹

Soler, Sebastián, ob. cit., p. 194, donde parece que de allí la CSJN, en el caso “Adami”, extrajo los argumentos para fundar su sentencia rechazando la insignificancia.

¹¹⁰

Laje Anaya, Justo, Gavier, Enrique Alberto, *Notas al Código Penal Argentino*, tomo II, Lerner, Córdoba, 1995, p. 293. En el mismo sentido, Spinka, Roberto E., ob. cit., p. 51.

¹¹¹

Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1983, p. 396. También Buompadre, Jorge Eduardo, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, tomo 2, 3ª edición,

Sin embargo, el propio Nuñez, en el estudio de los delitos contra la libertad individual, donde el bien jurídico sería más relevante que la propiedad, admitía que ella debía tener cierta duración^{112 113} para configurar el tipo. Soler discrepaba en este punto, entendiendo que “la duración larga o breve es indiferente”¹¹⁴.

Merece destacarse la posición de Spinka quien se alzó expresa y decididamente en contra de la aplicación del principio de insignificancia. Según su visión, que no compartimos, la bagatela no sólo carece de sustento legal, sino que además advierte “sobre las peligrosas consecuencias que devendrían de su aceptación”¹¹⁵, aunque sí reconoce que “responde esencialmente a la idea de dar una respuesta satisfactoria a ciertos casos en que la aplicación del mínimo de una escala importaría, por lo excesivo de la pena, una situación de notoria injusticia”¹¹⁶, proponiendo resolver el problema mediante la readecuación de las escalas penales o bien consagrando un sistema de agravantes y atenuantes genéricas o específicas.¹¹⁷

- *El estado actual de la cuestión*

Es un hecho que en la actualidad el principio bagatelar gana cada vez más adeptos. Sin embargo, como ya hemos dicho, las posiciones se hallan sumamente divididas en cuanto a qué sector del derecho penal debe captarlo. Están aquellos que lo invocan como un supuesto de disponibilidad de la acción penal dentro del ámbito del derecho procesal, están aquellos que lo sustentan dentro del derecho penal sustancial en

Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 27.

112

Nuñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino*, tomo V, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1967, p. 36, al decir que “No basta, por consiguiente, que la privación de la libertad se haya producido, sino que ella debe ser significativa.”

113

Llamativamente en este punto, de alguna manera, parecieran coincidir Nuñez y Roxin (ver supra punto 3 a.).

114

Soler, Sebastián, ob. cit., p. 37.

115

Spinka, Roberto E., ob. cit., p. 53. En p. 54 este autor concluye también que Zaffaroni en el precedente “Lucero” omite considerar lo relativo a la culpabilidad del autor, lo que no parece lógico desde el sistema adoptado por el magistrado porque, precisamente, si está excluida la tipicidad, no habría razón alguna para analizar la culpabilidad del autor.

116

Ibidem.

117

Ibidem, p. 57.

lo relativo al ejercicio de la acción y, por último, los que lo emplean como fundamento para excluir el delito.

Pero aún dentro de esta última postura, que denominamos sustancialista, se debate si el principio de insignificancia excluye la tipicidad, o la antijuridicidad, o si se trata de un principio interpretativo, advirtiéndose predominante este último criterio.

En lo que a nosotros concierne, nos centraremos en el análisis de la visión sustancialista pretendiendo descubrir qué elemento de la teoría del delito es el que se ve comprometido por la aplicación del principio de insignificancia, para lo cual, creemos oportuno primero pasar revista de las principales posturas esgrimidas al respecto.

Roxin sostiene que la insignificancia es un “principio de validez general para la determinación del injusto”.¹¹⁸

En idéntico lineamiento, Schünemann, para quien se trataría de un principio que restringe la aplicación de los tipos pues deben excluirse desde el comienzo las injerencias mínimas en el bien jurídico protegido por determinados tipos penales.¹¹⁹ Esta es la posición seguida en nuestro país por García Vitor, para quien el principio de insignificancia “representa un criterio de índole interpretativo, restrictivo de la tipicidad de la conducta, partiendo de la consideración del bien jurídico –conceptualizado sobre la base de los principios de lesividad social y fragmentariedad–, y en la medida de su lesión o puesta en peligro.”¹²⁰

Mir Puig sostiene que en los casos de insignificancia falta la tipicidad penal, pues desde una interpretación restrictiva, cabe excluir la conducta que no afecte suficientemente el bien jurídico, pese a encajar en la literalidad típica.¹²¹

Pero Jakobs, entiende que el hecho insignificante no importa siquiera una perturbación social, aunque no impide la configuración del tipo.¹²²

118

Roxin, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Trad. e introducción de Francisco Muñoz Conde, Hammurabi, 2ª ed. 1ª reimp., 2002, Buenos Aires, p. 73, nota 53

119

García Vitor, ob. cit., p. 37

120

Ibidem, p. 40.

121

Mir Puig, Sanitago, ob. cit., §6/33, p. 132.

122

Jakobs, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 422/423, nota 10ª.

Para Zaffaroni “la insignificancia de la afectación excluye la tipicidad, pero la misma sólo se puede establecer a través de la consideración conglobada de la norma”¹²³ y derivado del principio de *ultima ratio* y proporcionalidad “como demanda de cierta relación entre la lesión al bien jurídico y la punición.”¹²⁴

- *La insignificancia como causa de exclusión de la antijuridicidad específicamente penal*¹²⁵

Desde nuestro punto de vista, el principio de insignificancia o de bagatela, según lo pretendemos demostrar en este trabajo, importa una causa de exclusión del injusto penal. Ello presupone descartar dos cosas: primero, como ya ha sido puesto de relieve, excluir los casos de bagatela del ámbito del derecho procesal y, por tanto, concebirlos como pertenecientes al derecho penal material; segundo, dentro de éste, desplazarlo del eje del ejercicio de la acción penal sustantiva prevista actualmente en el Título XI del CP, hacia el Título V donde, en términos generales, se regulan las causas que excluyen el delito, proponiendo, en definitiva, receptor el principio de insignificancia dentro del art. 34 del CP.

Para arribar a esa conclusión, debemos hacer unas breves consideraciones previas en torno a las distintas posturas dentro de la sistemática del delito que deberemos de asumir para una mayor claridad y coherencia, aún reconociendo las falencias que ello podría traer aparejado.

Partimos de la base de un concepto bipartito de la teoría del delito, es decir, aquél que distingue entre injusto penal (acción típicamente antijurídica) y culpabilidad, lo que necesariamente nos debería llevar a una tipicidad como *ratio essendi* de la

123

Zaffaroni, *Tratado...*, p. 555, aunque reconoce que “las consecuencias del principio de insignificancia o de bagatela fueron alcanzadas por vías intuitivas y aún no pueden ser totalmente admitidas cuando se pretende sostener puntos de vista científicos parcializados y sectarios. La experiencia judicial nos enseña que cualquier juez medianamente razonable al que se le denuncie un hurto de una cerilla o la privación de libertad cometida mediante el transporte de los pasajeros una parada más adelante, pensará con método ‘tópico’, es decir, partiendo de la premisa que eso no puede ser penado como delito, tratará de hallar la forma de instrumentar la solución.”

124

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho Penal...*, p. 495.

125

Para la solución de los casos de insignificancia dentro de la teoría del delito, seguiremos la posición de nuestro Maestro, Lascano, Carlos J. (h), *La antijuridicidad específicamente penal, las excusas absolutorias y los criterios de oportunidad reglada para la disponibilidad de la acción penal pública promovible de oficio*, en Lascano, Carlos (h), Gonella, Carlos y Tapia José E., “Temas actuales del Derecho penal parte general”, Mediterránea, Córdoba, pp. 209/226, quien se inspira en la teoría de Günther, Hans-Ludwig, *La clasificación de las causas de justificación en Derecho Penal*, trad. Diego Manuel Luzón Peña, en “Causas de justificación y de antijuridicidad en Derecho penal”, Luzón Peña, Diego-Manuel y Mir Puig, Santiago (coords.), Aranzadi, 1995, p. 45/66. Es también la posición de Balcarce, Fabián, ob. cit. pp. 375/378 y pp. 404/405.

antijuridicidad¹²⁶ y cuyas causas de exclusión del injusto, al menos desde nuestro punto de vista, deberían darse dentro del marco de la teoría de los elementos negativos del tipo¹²⁷. No desarrollaremos las implicancias sistemáticas que la adopción de dichas premisas importan, ni tampoco sus críticas, ventajas o desventajas, pues ello excede ampliamente el modesto cometido de este trabajo.

Efectuadas estas aclaraciones, cabe advertir, siguiendo a Günther, que “todo injusto penal es simultáneamente injusto a efectos de todo el ordenamiento jurídico, pero no todo injusto a efectos de la totalidad del ordenamiento jurídico es ya un injusto penal, un injusto penal jurídicopenalmente relevante.”¹²⁸ Sostiene el autor, que el injusto penal “es una forma cualificada de injusto”¹²⁹ y la razón de ello reside en el “especial merecimiento de pena, que se deriva fundamentalmente del grado de aumento del injusto, o sea, del peso del bien jurídico afectado (desvalor del resultado) y de la reprochabilidad de las modalidades de la acción (desvalor de la acción).”¹³⁰

Agrega Günther, que en virtud del principio de legalidad, el merecimiento de pena es consagrado por el legislador a través de la redacción del tipo penal, pero añade que, en el marco de la interpretación teleológica también le corresponde a quien aplica la ley “la misión de excluir lesiones-bagatela de bienes jurídicos, que formalmente se ajustan al tenor legal”¹³¹. Esto último encuentra fundamento para el citado autor en consideraciones constitucionales y políticocriminales, ya que si “castigar una infracción del orden jurídico por medio de la pena criminal supone la *forma más intensa de desaprobación de una conducta* que conoce el ordenamiento jurídico, también ha de existir una razón especialmente sólida y fuerte para dicha reacción estatal (principio de proporcionalidad de los medios estatales, prohibición de exceso, subsidiariedad del Derecho penal).”¹³²

126

Al respecto, Balcarce Fabián, ob. cit., pp. 385 a 389.

127

Por todos, Mir Puig, Santiago, ob. cit., §6/18 a 34, pp. 128 a 133 y nota 23; §16/5 y 6, pp. 416/417.

128

Günther, Hans-Ludwig, ob. cit., p. 47.

129

Ibidem.

130

Ibidem.

131

Ibidem.

132

De allí entonces, decimos nosotros, que una afectación nimia del bien jurídico protegido (v.gr., propiedad, libertad, etc.), implicará siempre una vulneración del orden jurídico (antijuridicidad general), lo que autorizará a perseguir su reparación o restablecimiento por las otras ramas del ordenamiento que resulten más idóneas (Derecho civil, administrativo, etc.), pero excluirá su merecimiento de pena, dada su escasa gravedad, y, con ello, no habrá injusto o acción típicamente antijurídica porque faltará la antijuridicidad específicamente penal.

Dicho en otros términos, como juiciosamente lo afirma Balcarce, “la antijuridicidad *general* es receptada como condición necesaria, pero no suficiente para que exista entuerto penal. Es indispensable que se corrobore la *antijuridicidad específica* (penal).”¹³³

En consecuencia, de acuerdo con la teoría de Günther, una insignificante lesión al bien jurídico no amerita una reacción especialmente intensa del orden jurídico (penal), porque no respondería al mandato constitucional de un Derecho penal como *extrema ratio*.

Por eso, entendemos que la insignificancia opera como una causa de exclusión de la antijuridicidad específicamente penal, al no verificarse un menoscabo importante o relevante del bien jurídico, lo que conduciría sin más, a excluir el tipo de injusto penal, sin perjuicio de que subsistan otras formas de sanción más acordes (civil, administrativa, etc.).¹³⁴

El principio de insignificancia, “no es más que su recepción dogmática a nivel de teoría del delito en el estrato analítico de la *antijuridicidad específica*.”¹³⁵

Lo hasta aquí expuesto, permitiría neutralizar aquella crítica formulada por Spinka al principio de insignificancia en el sentido de que hechos de esa naturaleza “no traen aparejada ninguna consecuencia, serán conductas permitidas.”¹³⁶Ello olvida, a

Ibidem.

133

Balcarce, Fabián, ob. cit., p. 378.

134

La tesis que propugnamos ya ha tenido acogida en la jurisprudencia argentina, cuando precisamente el Prof. Dr. Carlos Julio Lascano, quien aporta la solución para estos casos y en quien nosotros nos inspiramos, así lo resolvió en oportunidad de dictar sentencia en el caso “Peralta”, ya citado. A nuestro modo de ver, nuestro Maestro enriquece significativamente la senda iniciada por Zaffaroni en el precedente “Lucero” y continuada, entre muchos otros casos, por el caso “Murúa”.

135

Balcarce, Fabián, ob. cit., p. 406.

136

Spinka, ob. cit., pp. 38/39.

nuestro modo de ver, que justamente el hecho de que una conducta sea considerada insignificante penalmente, no puede –o no debería– dejar al ciudadano sin resguardo o desamparo u obligarlo a soportar dicha conducta, toda vez que ella seguirá siendo antijurídica en general.

Por otra parte, entendemos –aún cuando el tema se presenta como ciertamente opinable– que la forma más adecuada de resolver estos casos es a través de la teoría del delito, como causa de exclusión del injusto, y que las soluciones procesales que se esbozan conllevan una afectación seria del principio de seguridad jurídica y del principio constitucional de igualdad ante la ley¹³⁷, máxime teniendo en cuenta nuestro particular sistema federal, donde cada provincia se reserva el derecho de legislar su régimen procedimental.

Tampoco somos partícipes de que los casos de insignificancia deban resolverse sustancialmente como una facultad a renunciar a la acción penal (art. 71, CP), por cuanto la bagatela no presupone la existencia de un *delito perseguible*, sino, antes bien, como ha quedado dicho, como no se llega a cumplir con los requisitos para la configuración del injusto penal no hay delito y, si no hay delito, no hay nada que perseguir.

Abogamos porque, acorde con el principio de determinación, el principio de bagatela deba ser incorporado al Código Penal en un nuevo inciso dentro del art. 34, lo que reportaría ciertas ventajas innegables: *i)* que sea aplicable obligatoriamente¹³⁸ para todo el país, sin que tenga que depender de cada legislación procesal local; y *ii)* que el Tribunal, a instancias del Fiscal o del imputado, deba archivar la causa o disponer el sobreseimiento, no importando una mera facultad de disponer de la acción penal.

137

Lascano, Carlos J. (h), *La antijuridicidad específicamente penal...*, p. 213.

138

Esa sería una de las implicancias de solucionarlo por la vía sustancial según Roxin, ob. cit., §23/58 p. 991, en especial, nota 75.

La solución que propugnamos, por ejemplo, ya ha sido pensada y legislada en los códigos penales austríaco¹³⁹, polaco¹⁴⁰ e indio¹⁴¹.

Concluimos, compartiendo las certeras palabras de Günther, quien expresa que “en cuanto a la mención que a veces se hace de las posibilidades de suspensión o sobreseimiento en tales casos conforme al Derecho procesal, en mi opinión es una declaración de quiebra o bancarrota de la dogmática del Derecho penal: pues ni el más convencido partidario de las reglas unitarias de justificación osará afirmar seriamente que las decisiones por razones de oportunidad dejadas al arbitrio del correspondiente Fiscal o Tribunal [nosotros, por nuestra parte agregamos, por la correspondientes provincias que lo regulen] van a suponer una mayor ganancia en cuanto a seguridad jurídica que las limitaciones de la dogmática penal a la punibilidad dentro del marco de los requisitos del delito.”¹⁴²

Es hora de que los límites del poder punitivo, consagrados en los principios de *ultima ratio*, lesividad, fragmentariedad, intervención mínima y proporcionalidad, dejen de ser sólo parte de las más loables intenciones de los académicos liberales y respetuosos de los Derechos Humanos, que reiteradamente se enaltecen en conferencias, aulas de enseñanza y en vastas publicaciones, y pasen a tener una expresa concreción legislativa, precisamente para evitar muchas veces su vulneración en la práctica, tal como ocurriría en los casos de insignificancia.

Figura 1. Antijuridicidad general y específicamente penal

139

§42.1. Si el hecho es perseguible de oficio y sólo está amenazado con pena de multa, pena privativa de libertad no superior a un año o pena privativa de libertad de esta magnitud y multa, no será punible si concurren las siguientes condiciones: ...2) El hecho no ha tenido consecuencias o éstas sólo son insignificantes. 2. La decisión sobre la concurrencia de los presupuestos establecidos en el párr. 1º está reservada al Tribunal; si éstos se cumplen el proceso debe sobreseerse independientemente de la situación en la que se encuentre. (Citado por García Vitor, Enrique Ulises, ob. cit., p. 94 y Bacigalupo, Enrique, ob. cit., p. 501.) En el mismo sentido, Roxin, ob. cit., §23/58, p. 991, nota 75.

140

Así lo refiere Bacigalupo, ob. cit., p. 501, cuyo §26.1 del código penal, establece que “un hecho cuya peligrosidad social es pequeña no constituye un hecho punible.”

141

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho Penal...*, p. 494, nota 57 refiriéndose al §95 del código penal que lo recepta con el nombre de “triviality”.

142

Günther, Hans-Ludwig, *ibidem*, p. 51.

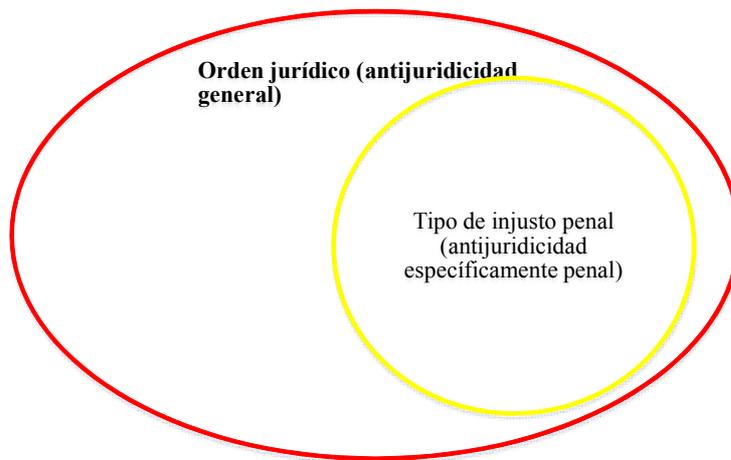
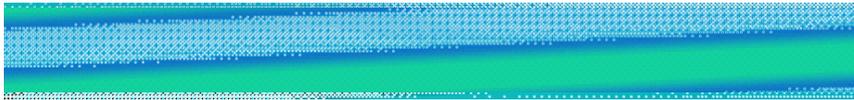
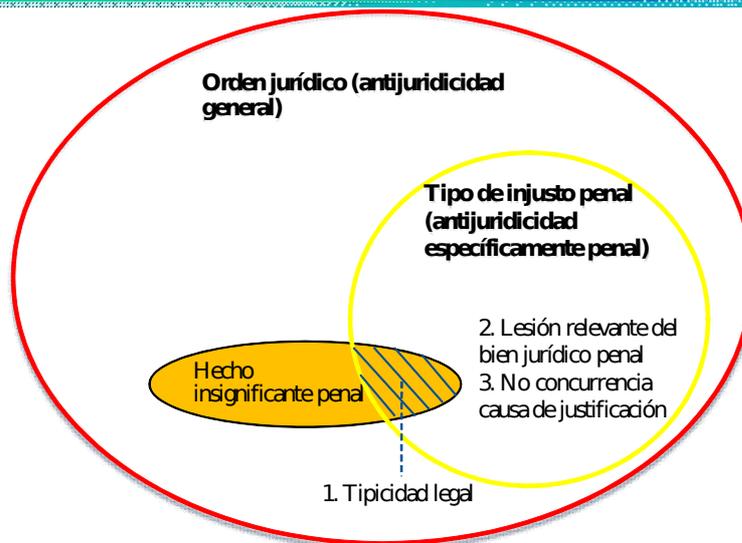
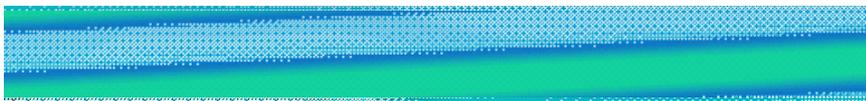


Figura 2. El principio de insignificancia como causa de exclusión del injusto penal



- *Situaciones que problematizan el principio de insignificancia y sus posibles soluciones*

Si bien conceptualmente el principio de insignificancia encontraría una eficaz solución acudiendo a las herramientas que nos brinda la teoría del delito, en el momento de aplicarlo en el caso concreto, el intérprete podría encontrarse quizás con una serie de obstáculos que lo tornarían problemático, aún cuando estuviera expresamente consagrado en el Código Penal.

El primero de ellos, y tal vez el más importante, finca en la dificultad de trazar el límite entre lo significativo y lo insignificante penal. ¿Cuánta sería la mínima lesión que debe ocasionarse al bien jurídico para que se configure el injusto penal, para que pueda considerarse antijurídica penalmente? No hay una respuesta única. Pero coincidimos con quienes sostienen que para tal distinción no caben teorizaciones generales o universales, sino que, ineludiblemente, se debe analizar cada caso en particular.¹⁴³ No debe olvidarse que las normas jurídico-penales y, en definitiva, cualquier norma jurídica, exigen siempre esfuerzos de interpretación y racionalidad.¹⁴⁴

Sin embargo, la doctrina ha ensayado varios criterios a tener en cuenta.

Hirsch sostiene que para determinar la insignificancia de un comportamiento, el pequeño disvalor de resultado deberá necesariamente corresponderse con un pequeño disvalor de acción, de tal manera que la reacción sancionatoria sea proporcionada.¹⁴⁵ Este criterio, aunque sea de modo implícito, pareciera ser acogido por alguna jurisprudencia de nuestro país.¹⁴⁶

143

Finkelstein Nappi, Juan Lucas, "Apuntes sobre lesividad e insignificancia a propósito del fallo 'Sepúlveda'", *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lexis Nexis, n° 13, Buenos Aires, 2005, p. 1407.

144

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 495, sostiene que "No es válida la objeción de que es difuso el límite entre la insignificancia y la significación de la lesión; las zonas grises nunca son pretexto que legitime la extensión del poder punitivo a todos los casos. Bastaría a cualquier ideólogo del derecho penal autoritaro radicalizar las dudas sobre cualquier límite para llegar a los mismos resultados del derecho penal totalitario: se penaría todos los actos preparatorios, toda participación sería autoría, toda omisión sería punible, toda culpa consciente sería dolo, etcétera."

145

García Vitor, Enrique Ulises, ob. cit., pp. 64/65.

146

Cám. Crim. de Buenos Aires, Sala VI, Causa N° 42.795, "Aguilera Moreno, Cristian Andrés s/ procesamiento", 24/11/2011, publicado en http://www.diariojudicial.com/contenidos/2011/12/19/noticia_0006.html, *¿El Robo de 10 pesos amerita un juicio oral?*, donde se resolvió confirmar el procesamiento del imputado acusado de apoderarse de 10 pesos, mediante el empleo de violencia en las personas, quien luego de escapar fue atrapado por la policía. Vale aclarar, que el fallo en cuestión no hizo referencia alguna al principio de insignificancia, quizás, porque la defensa no lo había planteado como agravio, el que sólo consistió en la valoración de la prueba respecto de la existencia misma de la violencia. Si el Tribunal consideró

García Vitor, se plantea si el principio de insignificancia se aplica a cualquier clase de bien jurídico o si sólo sería admisible en aquellos que salvaguardan derechos disponibles¹⁴⁷, respondiendo –correctamente, a nuestro juicio– que si bien en general los casos de insignificancia se refieren a bienes jurídicos de esa naturaleza (propiedad, libertad, integridad física, etc.), también debería aceptarse cuando están en juego bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, ya que “la tendencia es que sirva como tamiz general de la tipicidad en relación con cualquier bien.”¹⁴⁸

Tampoco puede dejar de valorarse, en el caso concreto, la situación particular del titular del bien jurídico afectado. Es aquí donde quizás cobre mayor evidencia la cierta relatividad del concepto de insignificancia, pero no por ello se debe renunciar a él. Un mismo nimio ataque al bien jurídico de dos personas distintas (v.gr. la propiedad) puede ser irrelevante para una y no serlo para la otra¹⁴⁹. Piénsese, por ejemplo, en el hurto de una escasa suma de dinero perteneciente a una persona rica y, por el contrario, idéntica suma sustraída a una persona de escasísimos recursos. ¿Podría decirse que en el primer caso resultó afectado penalmente el bien jurídico, implicaría ello una dañosidad social de tal envergadura, irrenunciable para el Derecho penal? La respuesta debería ser negativa. Y, en el segundo caso, ¿podría considerarse que la propiedad ha sido vulnerada en forma relevante, cuando quizás la víctima necesitaba de ese dinero para darle de comer a su familia por varios días? La respuesta debería ser afirmativa.

De allí que no coincidimos con la propuesta superadora que ofrece Spinka para resolver la insignificancia, es decir, consagrar un sistema de atenuaciones genéricas y específicas, toda vez, que aún con dicha graduación no se solucionarían por completo los casos como el ejemplificado, subsistiendo, quizás, los problemas que precisamente se quieren evitar con el principio de marras.¹⁵⁰

suficientemente acreditada la violencia en el robo, independientemente de la insignificante suma de \$10 sustraída, y con ello, tuvo por configurado el delito de robo simple en grado de tentativa, claramente se deduce que pese al escaso disvalor de resultado verificado, existiría un elevado disvalor de acción que lo torna merecedor de reproche.

147

Ibíd., p. 67.

148

Ibíd., p. 68.

149

“un vaso de gaseosa en el desierto no es lo mismo que en un café de París” (Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho Penal...*, p. 495).

150

En este sentido, concordamos con García Vitor, Enrique Ulises, ob. cit., p. 69, quien afirma que los criterios de insignificancia “llevan en ciernes un contenido netamente valorativo, pautado sobre los concretos alcances del acto en su posición relativa respecto del bien jurídico particular -que deberá establecer el juez-, sin que para escudriñar su regencia quepa necesariamente remitir a parámetros cuantitativos”.

El segundo problema que puede presentarse, de aceptarse el principio de insignificancia, sobre todo si lo concebimos como una causa de exclusión de la antijuridicidad específicamente penal, radica más bien en una cuestión de índole sistemática: ¿Puede alguien legítimamente defenderse de una agresión insignificante? La respuesta a tal interrogante, creemos, encuentra respuesta afirmativa no sólo en la postura que propiciamos sino también en nuestro propio derecho argentino.

Ello es así, toda vez que si, como lo dijimos, aún cuando el hecho insignificante no sea antijurídico penalmente, seguirá siendo ilícito para el resto del orden jurídico. Y si en nuestro sistema (art. 34 inc. 6° CP), se exige que la acción deba ser “ilegítima” ello significa “sin derecho”, o sea antijurídica para el resto del ordenamiento y, por lo tanto, aún cuando no sea antijurídica penalmente, sería válido defenderse de una agresión ilegítima insignificante.¹⁵¹

Pessoa, luego de admitir la posibilidad de legítima defensa frente a una agresión nimia, agrega “que el medio empleado debe ser racional en relación con la conducta ofensiva del bien jurídico”.¹⁵² Dicho en otros términos, lo que no puede impedírsele al agredido es la defensa misma, pero sí debe exigírsele racionalidad en el medio empleado.

151

Según Lascano, Carlos J. (h), ob. cit., p. 211, esa sería una de las consecuencias sistemáticas que se desprenden de adoptar la propuesta de Günther.

152

Pessoa, Nelson, *Legítima defensa*, Mave, Corrientes, 2001, p. 95 y ss, con claros ejemplos de cuándo la defensa es irracional frente al pequeño ataque.

**COMPETENCIA PARA LEGISLAR SOBRE EL PRINCIPIO DE
OPORTUNIDAD Y LA DISPONIBILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL¹⁵³**

Por Magdalena Inés Álvarez¹⁵⁴

I. Introducción. 1. Planteamiento del problema. 2. La “disección” de la acción penal: ¿sustancia vs. forma? II. La Constitución Argentina y el reparto de competencias. 1. Forma de estado federal. 2. ¿A quién compete, en Argentina, legislar sobre materia de fondo? 3. ¿Por qué se delegó en Argentina la atribución de dictar los códigos de fondo en el Estado federal? 4. ¿Cómo discernir si una determinada materia queda comprendida en la legislación de “fondo” o, por el contrario, cae en el ámbito de la legislación “procesal”? 5. La obligación de los estados partes de “*asegurar su administración de justicia*” ¿justifica la reserva provincial de legislar sobre la disponibilidad de la acción penal? III. La disponibilidad de la acción penal en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores Locales. IV. ¿Existen lineamientos en la jurisprudencia de la Corte que permitan predecir la postura que adoptaría el tribunal de arribar esta cuestión a su conocimiento? V. Diversidad de criterios de oportunidad incorporados en la legislación provincial. Bibliografía consultada.

I. INTRODUCCIÓN

1) Planteamiento del problema:

¹⁵³ El presente trabajo ha sido previamente publicado en la Revista Actualidad Jurídica, (Penal), Año VII, Vol. n° 169, Edit. Nuevo Enfoque, Córdoba, 2011. p. 2703 y ss.

¹⁵⁴ Abogada (U.N.C.); Magister en Derecho y Argumentación (U.N.C., 2010); Premio Universidad, Mención de Honor, (U.N.C. 1985); Premio Abanderados de Derecho de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (1985); Profesora Adjunta por concurso de Derecho Procesal Constitucional (U.N.C); Profesora Adjunta de Derecho Constitucional (U.N.C)

El artículo 71 del Código Penal Argentino¹⁵⁵ establece que las acciones penales deben iniciarse de oficio¹⁵⁶. Se trata, como señala Jorge de la Rúa, de un sistema de legalidad estricta, en el que se parte del supuesto que todo delito debe ser juzgado y castigado con la pena que la ley ha establecido. Agrega el autor:

*“Se supone, en tal sistema, que persiguiendo y castigando a todos los autores de todos los delitos, se cumple con los fines de prevención general. Un sistema tal no consulta la situación que la prevención especial se satisfaga sin el juicio y castigo, incluso sin ejercitar la acción penal.”*¹⁵⁷

Pero este sistema ha sido fuertemente cuestionado toda vez que presenta serias falencias¹⁵⁸, las cuales -se estima- podrían superarse con la incorporación del principio de oportunidad.

Para Cafferata Nores, dicho principio:

“(…) puede expresarse como la atribución excepcional que se acuerde a los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal, de no iniciar la acción pública, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente

¹⁵⁵ Los antecedentes legislativos de esta disposición han sido leídos por la doctrina y la jurisprudencia de diferente forma. Así, para un sector siempre han existido en el Código Penal disposiciones concernientes al régimen de la acción. En tal sentido, se cita por ejemplo, el Código de Tejedor que reguló en los artículos 192 a 196 el régimen de prescripción y en su parte especial disposiciones relativas al régimen de las acciones, verbigracia el art. 243 de las lesiones entre cónyuges, art. 249/51 adulterio, violación, estupro y rapto en los arts. 264/6 y calumnias e injurias en el art. 314. En el Código Penal de 1886, si bien no existió un título destinado al ejercicio de las acciones, sí refería a las mismas cuando aludía a los delitos especiales o cuando quería señalar excepciones al principio general relativo al carácter público de las acciones penales. Más tarde, el Proyecto Piñero, Rivarola y Matienzo de 1891, estableció en el título VIII todas las disposiciones concernientes al ejercicio de la acción penal, mencionándose en sus fundamentos que la idea fue resumir en un solo título las disposiciones dispersas en el Código de 1886. La regulación de la acción en lo que respecta a las condiciones y requisitos para su ejercicio como los supuestos de extinción se mantuvo igualmente en el proyecto Segovia de 1895 (Sección segunda, títulos II y III) aconteciendo lo mismo en el Código Penal de 1903 y en el proyecto de 1917, llegando así al Código de 1921, que en el título XI estableció las disposiciones sobre el ejercicio de las acciones, agregándosele por Ley 24.316 el Título XII sobre la suspensión del juicio a prueba. Cfr. Sentencia de fecha 29 de mayo de 2009, Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en Causa N° 45966-02-CC/09 Incidente de nulidad en autos “González Pedro s/infr. art. 183 -Daños -CP”. Cfr. <http://www.magistradoscaba.org.ar/ART204INC2.pdf>, página consultada 25 de agosto de 2011.

Otro sector, por el contrario, lee estos antecedentes en forma diferente y sostiene que la “La imposición de perseguir todos los delitos que se cometen, incluida en el código actual sancionado en 1921, carece de antecedentes en los códigos penales nacionales anteriores, para los cuales las modalidades y oportunidad de ejercicio de la acción penal constituían materia propia de los ordenamientos procesales, tal como es la regla en los ordenamientos de Europa continental de los que abrevó nuestra legislación” Cfr. Mendaña, Ricardo. “Ejercicio de la acción penal y principio de oportunidad”. Ejercicio de la acción penal y principio de oportunidad”. www.pensamientopenal.com.ar/44mendana.doc, página visitada 9 de abril de 2010. Para este sector, dicha incorporación fue consecuencia de la ideología unitaria de Rodolfo Rivarola quien incidió en la redacción de los proyectos de 1891 y 1906, antecedentes del Código Penal finalmente sancionado en 1921. Cfr. Zvilling, Fernando. “Acción penal y principio de oportunidad. A propósito del fallo “Fiscal v. Sosa Morán, Juan R. y otros” de la Sup. Corte Just. Mendoza. Usurpación del Congreso de la Nación de un poder no delegado por las provincias” JA 2006-IV-661

¹⁵⁶ Exceptuando los casos de delito de instancia privada y acción privada.

¹⁵⁷ De la Rúa, Jorge. “Disponibilidad de la acción” Cuadernos del Colegio de Abogados de Córdoba, enero 1996. <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/disponibilidad-de-la-accion-penal>, página visitada 9 de abril de 2010.

¹⁵⁸ Una descripción detallada de las falencias en De la Rúa, Jorge. “Disponibilidad de la acción”, cit.

antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para “perseguir y castigar”¹⁵⁹.

Ahora bien: en Argentina parece existir un cierto acuerdo respecto a la necesidad de incorporar el principio de oportunidad en el ordenamiento jurídico, pero dicho acuerdo se diluye cuando se intenta precisar el nivel estatal competente para legislar al respecto.

En efecto: ¿es el Estado federal competente para introducir dicho principio mediante la modificación del artículo 71 del Código Penal o son las Provincias las autorizadas a hacerlo a través de la reforma de sus Códigos de Procedimientos Penales?

En los hechos, si bien existen proyectos a estudio del Congreso de la Nación que propician modificar el artículo 71 del Código Penal a fin de incorporar el principio de oportunidad, ellos no han prosperado hasta la fecha¹⁶⁰. En cambio, las provincias y la ciudad autónoma de Buenos Aires se muestran activas al reformar su legislación procesal penal a fin de incorporar distintas figuras que instrumentan la disponibilidad de la acción penal¹⁶¹.

Pero ¿en qué medida estas leyes locales son constitucionales? ¿Atentan ellas contra el orden jerárquico del sistema de fuentes establecido por el artículo 31 de la Constitución Nacional? ¿O es, acaso, el Congreso de la Nación el que, desde hace casi novena años, se ha extralimitado en el ejercicio de sus atribuciones delegadas al dictar una ley que escapa a su competencia? Finalmente ¿es posible compatibilizar la legalidad reglada en el Código Penal con la oportunidad prevista por las leyes provinciales?

2. La “disección” de la acción penal: ¿sustancia vs. forma?

La doctrina no muestra una postura uniforme sobre el tema. En tal sentido, un sector de la academia defiende la competencia del Congreso para legislar sobre el principio de oportunidad y la disponibilidad de la acción penal y fundamenta- generalmente¹⁶²- esta postura en la naturaleza sustancial de la acción. Por el contrario, quienes afirman la competencia provincial para legislar hacen especial hincapié en la naturaleza procesal de la acción.

Así, entre los primeros, sostiene Soler:

*"Dada nuestra forma de organización política, según la cual la facultad de dictar el Código Penal corresponde al Congreso, sólo éste tiene autoridad para fijar la extensión, duración y alcance de las penas, de manera que el Código Penal debe contener, necesariamente, disposiciones que, en apariencia, presentan naturaleza procesal; pero que, en realidad, son de derecho sustantivo"*¹⁶³

¹⁵⁹ Cafferata Nores, José “Ley del Congreso Nacional que establezca las exigencias constitucionales mínimas para los procesos penales en el territorio de la República”. XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal. . Derecho Procesal Penal. Tema 3. Ponencia general. Disponible en internet <http://www.procesal2009bsas.com.ar/pdfs/ponenciasyrelatos/PROCESALPENAL-LEY-PONENCIAGRAL-JOSECAFERATTANORES.pdf>, página consultada 9 de abril de 2010.

¹⁶⁰ Si prosperó, en cambio, la incorporación por ley 24.316 del año 1994 de la figura de “suspensión del juicio a prueba” (Libro I, Título XII, artículo 76 bis, ter y quater del Código Penal).

¹⁶¹ Aguad, Dolores; Bazán, Natalia; Bianciotti, Daniela; Gorgas, Milagros; Olmedo, Berenice (2011) “La regulación provincial del principio de oportunidad. Sistematización comparativa de las legislaciones provinciales que receptan institutos de oportunidad procesal. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Instituto de Ciencias Penales. www.acaderc.org.ar/doctrina, página visitada 24 de agosto de 2011. De la Rúa, María Antonia. “Panorama actual de la disponibilidad de la acción penal y soluciones no punitivas” Semanario Jurídico N° 1821, 25/08/2011.

¹⁶² Aunque existen excepciones. Ver, por ejemplo Zaffaroni, Eugenio, "Tratado de Derecho Penal", 2000, Ed. Ediar, quien no obstante admitir la naturaleza procesal de la acción considera necesario la sanción de una legislación de base común.

¹⁶³ Soler, S., "Derecho penal argentino", Tomo II, 1956, Ed. Tea, p. 498.

Núñez, por su parte, entiende:

"La acción penal representa, de tal manera, según los conceptos del Código Penal, no un derecho puramente formal de solicitar justicia ante los tribunales, requiriendo la actuación de la ley penal, sino la potestad de castigar en sí misma como derecho sustancial constitutivo de uno de los presupuestos de la imputación penal.

*Esa es la concepción **material** de la acción penal. Por pertenecer a la punibilidad del delito, tratándose del Derecho penal común, su regulación corresponde al Congreso (art. 67 inc. 11 CN.)¹⁶⁴,*

De la Rúa agrega:

"Estamos en el plano de la acción penal en sentido sustantivo, esto es, el poder del Estado para poner en movimiento los mecanismos tendientes a obtener una sentencia judicial en relación a un sujeto que aparece como autor de un hecho punible.

No se trata de la regulación procesal de la acción y, consecuentemente, es materia del derecho de fondo. Esto se ha discutido por algunos autores, pero consideramos evidente la naturaleza sustantiva del tema que tratamos, pues resulta un condicionante sustancial de la aplicación de la ley penal, al margen de los puros procedimientos"¹⁶⁵

Cafferata Nores reitera:

"Es necesario recalcar la necesidad de que el Congreso Nacional, en uso de la facultad reconocida pacíficamente de regular el régimen de acciones (Código Penal, art. 71 y subsiguientes) así como las causales de extinción de la acción penal (Código Penal, art. 59 y subsiguientes) -normas tradicionalmente consideradas por nuestra doctrina y jurisprudencia como sustanciales o de fondo (y, por lo tanto, de la competencia del Congreso de la Nación)-, legisle como excepciones al principio de legalidad que impone el art 71 del Código Penal, criterios de oportunidad de uniforme aplicación en todo el país"¹⁶⁶

En la vereda contraria se alinean quienes defienden la competencia de los Estados locales, entre los cuales cabe mencionar, por ejemplo, Binder¹⁶⁷, Zvilling¹⁶⁸, Mendaña¹⁶⁹ y Nicora¹⁷⁰.

En particular, sostiene Binder:

¹⁶⁴ Núñez, R., "Derecho penal argentino. Parte general", Tomo II, 1978 Ed. Lerner, p. 127 y 128

¹⁶⁵ De la Rúa, Jorge. "Disponibilidad de la acción", cit

¹⁶⁶ Cafferata Nores, José "Ley del Congreso Nacional que establezca las exigencias constitucionales mínimas para los procesos penales en el territorio de la República". XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal. Derecho Procesal Penal. Tema 3. Ponencia general, cit.

¹⁶⁷ Binder, "Los dilemas de la unificación del proceso penal" XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal. Relatoría General. Derecho Procesal Penal. Tema 3. Relatoría General. Disponible en Internet, <http://www.procesal2009bsas.com.ar/pdfs/ponenciasyrelatos/PROCESALPENAL-LEY-RELATOGRAL-ALBERTOBINDER.pdf>, página visitada 9 de abril de 2010

¹⁶⁸ Zvilling, Fernando. "Acción penal y principio de oportunidad. A propósito del fallo "Fiscal v. Sosa Morán, Juan R. y otros" de la Sup. Corte Just. Mendoza. Usurpación del Congreso de la Nación de un poder no delegado por las provincias" JA 2006-IV-661

¹⁶⁹ Mendaña, Ricardo. "Ejercicio de la acción penal y principio de oportunidad", cit.

¹⁷⁰ Nicora, Guillermo, en "Las provincias pueden (y deben) legislar sobre oportunidad en el ejercicio de la acción penal" JA 2004-I-913 - SJA 4/2/2004.

“ (...) Algunos han sostenido que esa unificación viene dada por la inclusión de las normas básicas de la acción en el Código Penal. Esa, como hemos señalado, es la solución que Rodolfo Rivarola pergeñó para este problema, pero en ningún modo significa que sea el régimen previsto en nuestra constitución ”

El autor agrega:

“(…) Si no utilizamos el criterio de la existencia de normas en el código penal (que como hemos visto no se puede utilizar porque implica obviar el problema) el debate debería girar acerca de si es conveniente o no, unificar esas normas ”

Zvilling, por su parte, concluye:

“La regulación del ejercicio de las acciones en el Código Penal no fue consecuencia de su supuesta naturaleza sustancial, como lo sostiene la tesis tradicional. Tampoco porque la Constitución Nacional haya otorgado facultades procesales limitadas al Congreso de la Nación, según la interpretación de Zaffaroni, (...). Mucho menos aún puede sostenerse que se trate de un error legislativo. Ha sido el resultado directo de una concepción ideológica unitaria contraria al espíritu y estructura federal de la Constitución Nacional, que derivó en una mayoritaria y errónea interpretación del art. 71 Código Penal. Es decir que se trata de un error histórico que lleva el nombre de "verdad jurídica"¹⁷¹

De allí que el autor citado considere que es el Estado federal el que ha invadido competencias conservadas por las provincias, al incorporar en el Código Penal regulaciones como la prescripta por el artículo 71. Las provincias, en consecuencia, son víctimas –desde el año 1921- del desapoderamiento de una atribución que le es propia.

II. LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA Y EL REPARTO DE COMPETENCIAS

1. Forma de Estado Federal

Abordar la problemática planteada a partir de la Constitución Nacional requiere –en primer lugar- considerar que:

“Artículo 1: *La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución”.*

El artículo 5, por su parte, precisa:

“Artículo 5: *Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”.*

En este esquema, la unidad del Estado federal con la pluralidad de Estados miembros se hace posible sobre la base de la distribución de competencia entre los distintos sujetos de la relación federal. De allí que la Constitución adopte, como regla básica de distribución de competencia, la siguiente:

¹⁷¹ Zvilling, Fernando. “Acción penal y principio de oportunidad. A propósito del fallo "Fiscal v. Sosa Morán, Juan R. y otros" de la Sup. Corte Just. Mendoza. Usurpación del Congreso de la Nación de un poder no delegado por las provincias”, cit.

“Artículo 121. *Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación*¹⁷²”

La regla, en consecuencia, es la competencia de las provincias y la incompetencia del Estado federal. La excepción, entonces, es la competencia del Estado federal, la cual sólo procede si una atribución le ha sido delegada por la Constitución.

De allí que, para determinar a quién corresponde ejercer una atribución, deba indagarse previamente si dicha atribución está o no delegada por la Constitución en el Estado federal¹⁷³.

En efecto: Si la facultad respecto de la cual se indaga está atribuida en forma expresa por el texto constitucional a uno de los poderes del Estado federal, entonces no cabe duda que se trata de una atribución “delegada”¹⁷⁴. Pero si, además, el ejercicio de dicha atribución le está prohibida por el texto constitucional a las provincias, entonces resulta indiscutible que se trata de lo que la doctrina y la jurisprudencia refieren como “atribución exclusiva” del Estado federal¹⁷⁵.

2. ¿A quién compete, en Argentina, legislar sobre materia de “fondo”?

La Constitución Nacional atribuye al Congreso de la Nación la facultad de dictar los códigos civil, comercial, penal, de minería, trabajo y seguridad social (artículo 75 inc. 12) y prohíbe a las provincias hacerlo cuando dicha atribución ha sido ejercida por el Congreso (art. 126).

Esta atribución, conferida al Congreso por el texto constitucional sancionado en 1853, no fue alterada en las sucesivas reformas que sufrió el texto constitucional, a pesar de las modificaciones introducidas a las disposiciones normativas que la regulan por las reformas de 1860, 1949, 1957 y 1994 (Cfr. Cuadro I y II).

CUADRO I

COMPETENCIA DEL CONGRESO PARA DICTAR LOS CÓDIGOS DE FONDO

Ref.	Artículo	Inc.	Texto
1853	64	11	Dictar los códigos civil, comercial, penal y de minería, (...)
1860	67	11	Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; (...)

¹⁷² De acuerdo con el texto del artículo transcrito, es la Constitución (y no las provincias) la que hace el reparto de competencias. En tal sentido, señala Sagües, “*Fue el poder constituyente de la Nación (no el de las provincias) el que dictó la Constitución, y sólo él puede alterarla, por más que las provincias, en su momento, hayan ejercido el poder de convocatoria de tal poder constituyente nacional*” Sagües, Néstor. “Elementos de Derecho Constitucional” Tomo 2, segunda edición, Astrea, p. 33.

¹⁷³ Dado que el reparto de competencias es practicado por la Constitución (y no por las provincias) dicho reparto sólo puede ser alterado si se modifica el texto constitucional. De allí que las provincias no puedan por sí transferir las atribuciones “conservadas” al Estado federal; ni las autoridades federales puedan devolver facultades “delegadas” a las provincias si no media una reforma constitucional. Así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia. Cfr. CSJN Fallos 239:343 y Fallos 268:306.

¹⁷⁴ Sobre este aspecto, señala Sagües, quedan comprendidos en este grupo no sólo las atribuciones expresamente cedidas por la Constitución, sino también los poderes “consecuentes” o “implícitamente” delegados, esto es “aquellos cuyo ejercicio por los poderes provinciales obstarían o harían ineficaz el ejercicio de los que corresponden a los poderes nacionales” (CSJN, Fallos 183:190) Cfr. Sagües, “Elementos de Derecho Constitucional” Tomo 2 cit. pág. 34.

¹⁷⁵ Cfr. Sagües, “Elementos de Derecho Constitucional” Tomo 2. cit. pág. 36.

1949	68	11	Dictar los códigos Civil, de Comercio, Penal, de Minería, Aeronáutico, Sanitario y de Derecho Social , sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones (...)
1957	67	11	Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social , sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; (...)
1994	75	12	Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados , sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones (...)

Cuadro II

PROHIBICIÓN A LAS PROVINCIAS DE DICTAR CÓDIGOS DE FONDO

Ref.	Artículo	Inc.	Texto
1853	105	---	Las provincias no ejercen el poder delegado a la Confederación . No pueden (...) ni dictar los códigos civil, comercial, penal y de minería después que el Congreso los haya sancionado (...)
1860	108	---	Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación . No pueden (...) ni dictar los Códigos civil, comercial, penal y de minería después que el Congreso los haya sancionado, (...)
1949	101	---	Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden (...); ni dictar los códigos a que se refiere el artículo 68, inciso 11 , después que el Congreso los haya sancionado; (...)
1957		---	
1994	126	--	Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden (...) ni dictar los códigos civil, comercial, penal y de minería, después de que el Congreso los haya sancionado; (...)

Para la Corte Suprema de Justicia, los códigos mencionados en el artículo 75 inc. 12 conforman la llamada “legislación común”¹⁷⁶. Tales códigos, agrega Sagües, legislan de manera general y estable respecto de todo el territorio de la república y tienen por objeto:

“lograr la uniformidad de las instituciones sustantivas o de fondo, salvaguardando la diversidad de jurisdicciones propias de una forma federal de gobierno”¹⁷⁷.

3. ¿Por qué se delegó en Argentina la atribución de dictar los códigos de fondo en el Estado federal?

La unificación de la legislación encuentra fundamento en el pensamiento de Juan Bautista Alberdi quien define en las “Bases” la unidad de legislación civil, comercial y penal como antecedente unitario del gobierno argentino, proveniente del período colonial¹⁷⁸, que debía mantenerse aun cuando se adoptara la forma federal de estado.

¹⁷⁶ Cabe incluir también dentro del derecho común a las leyes que se declaren incorporadas a esos códigos y las que, aun sin una declaración expresa, los integran, modifican o amplían. CSJN Fallos 294:430. Cfr. Sagües, “Elementos de Derecho Constitucional” Tomo 2cit. pág. 101.

¹⁷⁷ CSJN Fallos, 278:62. Cfr. Sagües, “Elementos de Derecho Constitucional” Tomo 2 cit. pág. 101.

¹⁷⁸ Alberdi, Juan Bautista (1998) “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”. Editorial Plus Ultra, Décima edición. Buenos Aires. Capítulo XVII.

En tal sentido sostiene en su obra, Alberdi:

“La legislación civil y comercial argentina debe ser uniforme como ha sido hasta aquí. No sería racional que tuviésemos tantos códigos de comercio, tantas legislaciones civiles, tantos sistemas hipotecarios, como provincias. La uniformidad de la legislación, en esos ramos, no daña en lo mínimo a las atribuciones de soberanía local, y favorece altamente el desarrollo de nuestra nacionalidad argentina”¹⁷⁹.

Por el contrario, para el autor citado, la dispersión del derecho de fondo produce como efecto el desorden y afecta la paz interior. En tal sentido, analizando la situación de Buenos Aires por entonces separada de la Confederación, escribe:

“He aquí el motivo por qué esa Constitución arrastra fatalmente a Buenos Aires en el camino del desorden y de la guerra civil. Una provincia cuya Constitución local invade y atropella los dominios de la Constitución nacional, ¿podrá establecer y fundar el principio de orden dentro de su territorio? (...) Una provincia que habla de códigos locales, de hipotecas de provincia, de monedas de provincia, ¿podrá representar otra época ni otro orden de cosas que aquellos en que estaba la Francia feudal antes de 1789?”¹⁸⁰

Finalmente concluye:

“Sabido es que Napoleón I sancionó sus códigos civiles con la alta mira de establecer la unidad o nacionalidad de Francia, dividida antes de la revolución en tantas legislaciones civiles como provincias. ¡Pero los parodistas bonaerenses de Napoleón I destruyen la antigua unidad de legislación civil, que hacía de todos los pueblos argentinos un solo pueblo, a pesar del desquicio, y dan códigos civiles de provincia para llevar a cabo la organización del país!”¹⁸¹

El criterio propuesto por Alberdi fue el que, en definitiva, prosperó en el seno de la Convención constituyente de 1853 (aún cuando se escucharon opiniones discordantes¹⁸²). Dicho criterio no fue alterado por las sucesivas reformas constitucionales, sin perjuicio de la aclaración introducida por la reforma de 1860 en orden a la aplicación del derecho común por los tribunales locales cuando las cosas o las personas cayeran bajo su jurisdicción.

Sobre este punto, argumenta Barrera Buteler, la unificación del derecho de fondo constituye un instrumento destinado a realizar el llamado “principio de solidaridad federal”, particularmente, en su aspecto de “unión” entre los sujetos de la relación federal¹⁸³. Este principio, sostiene el autor, implica el “sentirse parte de un todo” con otras comunidades,

¹⁷⁹ Cfr. Alberdi, “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”, cit. Capítulo XVI, p. 110.

¹⁸⁰ Cfr. Alberdi, “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”, cit. Capítulo XXXV, p. 271.

¹⁸¹ Cfr. Alberdi, “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”, cit. Capítulo XXXV, p. 273.

¹⁸² En efecto la cláusula fue objetada por el convencional Zavalía quien sostuvo que, al igual que en la constitución norteamericana, la facultad de dictar los Códigos de fondo debía corresponder a las provincias ya que a ellas corresponde darse las leyes adecuadas a su organización, costumbre y peculiaridades.

¹⁸³ Barrera Buteler, “Provincia y Nación”, cit, p. 266. El autor menciona también como instrumentos dirigidos a lograr este objetivo a) la supremacía del derecho federal; b) la jurisdicción dirimente del gobierno federal en materia de conflictos entre provincias; c) la intervención federal.

“de modo tal que lo que a cualquiera de ellas le acontezca no le será indiferente a las otras”¹⁸⁴”

La delegación al Congreso Nacional de la facultad de dictar los códigos de fondo es uno de los puntos más trascendentes en los que se diferencia la Constitución argentina de su par norteamericana, toda vez que en la última cada Estado dicta su propia legislación de fondo¹⁸⁵.

Para Barrera Buteler la diferencia entre una y otra federación está justificada porque, contrariamente a lo que ocurría en los Estados Unidos de América, en Argentina las diversas comunidades que concurren a formar el Estado federal estaban ya habituadas a regirse por un sistema jurídico común por lo que, estando asimilada la unidad legislativa en cuestiones fundamentales, hubiera sido absurdo retroceder¹⁸⁶.

Así lo ha reconocido, por otra parte, la Corte Suprema de Justicia quien sostiene:

“Que si bien la Constitución Nacional adopta el principio federal, lo hace según lo establece la presente Constitución, es decir, conforme a las modificaciones que la misma introduce respecto de su modelo, que era el norteamericano.

Puesto que el federalismo argentino no tiene el mismo origen histórico que el norteamericano, pues procede de un régimen de descentralización administrativa que regía en la colonia, la distribución de competencia legislativa no es idéntica y las provincias delegan en el Estado Federal materias que se reservan en la Constitución de los Estados Unidos (...)”¹⁸⁷.

Asimismo, reafirmando la competencia del Estado federal para dictar los códigos de fondo, sostuvo el Alto Tribunal:

“La facultad conferida por el artículo 67, inciso 11, de la Constitución al Congreso de la Nación para dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, reviste los caracteres de un poder exclusivo, dejando a los tribunales provinciales sólo la aplicación de dichos códigos cuando los casos o personas cayeren bajo su jurisdicción, sin que la cláusula constitucional contenga disposición alguna, que atribuya a los gobiernos provinciales poder para destruir, anulándolas, las leyes sancionadas por el Congreso de la Nación con el objeto de proveer a las ventajas de una legislación uniforme para todo el país. (Art. 108).”¹⁸⁸

Agregó también:

“Que, desde luego, el art. 67, inc. 11 de la Constitución nacional impone que los códigos que autoriza a dictar el Congreso de la Nación sean leyes con imperio en toda la República. El propósito de los convencionales del año 53 y del 60 — y de Alberdi, de cuyas "Bases" fue tomado, p. 101— de obtener por ese medio "la uniformidad de la legislación" en las materias comprendidas en aquéllos, está fuera de razonable duda, y ha sido, por lo demás, reconocido por esta Corte (Montes de Oca, "Derecho constitucional", t. 2, ps. 241 y sigs.: Estrada, "Derecho constitucional", t.

¹⁸⁴ Barrera Buteler, “Provincia y Nación”, cit. p.49 y 50.

¹⁸⁵ Barrera Buteler, “Provincia y Nación”, cit. p. 269.

¹⁸⁶ Barrera Buteler, “Provincia y Nación”, cit. p. 271 y 272. En tal sentido, señala “*El derecho indiano fue sin dudas, un común denominador jurídico entre las múltiples comunidades y continuó rigiendo aún después de la independencia, junto con algunas leyes emanadas de las autoridades centrales patrias, según surge, por ejemplo, del artículo 124 del estatuto entrerriano de 1822 (...)”*.

¹⁸⁷ CSJN, 2005, Fallos 328:1146, considerando 56.

¹⁸⁸ CSJN, 1929, Fallos 156:20.

3, p. 237; Fallos, t. 68, p. 238; t. 141, p. 254; t. 156, p. 20; t. 176, p. 339, entre otros)¹⁸⁹”.

4. ¿Cómo discernir si una determinada materia queda comprendida en la legislación de “fondo” o, por el contrario, cae en el ámbito de la legislación “procesal”?

El criterio de distribución de competencias entre el Estado federal y las provincias en orden a la legislación de fondo es claro por lo que, en principio, no debería generar inconvenientes. Esto es así toda vez que la delegación de la facultad legislativa en el Estado federal no sólo es expresa (art. 75 inc. 12) sino también exclusiva, estando su ejercicio prohibido a las provincias una vez que el Congreso haya dictado el Código respectivo (art. 126)

Por otra parte, la modificación introducida por la reforma de 1860 al inciso 11 del artículo 67 (actual 75 inc. 12), se basa también en una nítida distinción entre centralización de la atribución de legislar y descentralización de la aplicación de la ley de fondo, por lo que tampoco resultaría problemática.

Pero el problema comienza a perfilarse cuando se advierte que, a partir de la obligación impuesta a las provincias de asegurar la “administración de justicia” (art. 5) y la reserva introducida al artículo 67 inc. 11 (actual 75 inc. 12) por la reforma constitucional de 1860, se interpreta que las Provincias “conservan” la atribución de dictar los códigos de procedimiento.

En tal sentido, sostiene Gelli:

“(…) el art. 75 inc. 12 diferencia la atribución para dictar normas de derecho común y de derecho federal –a cargo del Poder Legislativo- de la atribución jurisdiccional para resolver conflictos sobre la primera de esas materias, a cargo, en principio, de los estados locales. Dicho de otro modo y en concordancia con lo dispuesto por los artículos 5, 116 y 122 de la Constitución Nacional, las provincias se reservan la aplicación de la ley común por sus respectivos tribunales locales, y por interpretación extensiva, la sanción de sus códigos de forma, a fin de regular el pertinente procedimiento judicial”¹⁹⁰

Ahora bien ¿cómo discernir si una determinada materia, cuestión o instituto corresponde al ámbito de la legislación de fondo o, por el contrario, queda comprendida en el espacio de la legislación procesal?

Estas preguntas no encuentran una respuesta contundente en la doctrina constitucional argentina. Sobre este aspecto, por ejemplo, sostiene Barrera Buteler que el derecho común:

“Está formado por la legislación que sanciona el Congreso, en base al ya citado artículo 67 inc. 11 (hoy art. 75 inc. 12 Const. Nacional), en materia civil, comercial, penal, de minería y – a partir de la reforma de 1949 y luego la de 1957- de trabajo y de la seguridad social.”¹⁹¹

En igual sentido, señala Sagües:

“Puede describirse, en términos generales, como el compuesto por los Códigos que debe sancionar el Congreso nacional en virtud de lo dispuesto por el art. 67 inc. 11, parte 1 de la Constitución Nacional, con más las

¹⁸⁹ CSJN, 1941, Fallos 191:120.

¹⁹⁰ Gelli, María Angélica. “Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada”. La Ley, Buenos Aires, 2001, pp. 488 y 489.

¹⁹¹ Barrera Buteler, “Provincia y Nación”, cit. p 269.

*normas incorporadas explícitamente a ellos, así como las que los integran, modifican o amplían, aunque expresamente no lo indiquen así: basta que esas normas legislen sobre materias que por su naturaleza corresponden al marco de los citados Códigos”*¹⁹²

Pero esto no echa demasiada luz para dilucidar el concepto, toda vez que la definición recurre justamente a aquello que, en definitiva, se quiere definir¹⁹³.

Así:

- Se señala que el artículo 75 inc. 12 confiere al Congreso la atribución de dictar los códigos de fondo.
- Se define a los códigos de fondo remitiendo nuevamente a lo dispuesto por el artículo 75 inc. 12.

Sagües, no obstante, parece proponer una salida a esta cuestión cuando agrega:

*“Habitualmente, trata de normas de derecho “de fondo” o “sustantivo” y por eso se llama derecho “básico” o “elemental” de la comunidad; pero también regula aspectos procesales en determinadas situaciones, sobre todo cuando esas normas rituales son indispensables para asegurar al derecho sustantivo”*¹⁹⁴

Desde esta perspectiva, entonces, el derecho “de fondo” se identifica con lo “sustantivo”; “básico”, “elemental”. Pero ahora el problema se desplaza a la determinación del significado de estas expresiones, con lo que tampoco se avanza en demasía.

Ahora bien: ¿se llegaría a una respuesta diferente si, en lugar de abordar la cuestión bajo análisis en forma general –como lo hace la doctrina constitucional- se intenta buscar una respuesta en relación a cada una de las ramas del derecho en particular?

Binder, por ejemplo, centrándose en la problemática del Código Penal y su diferenciación con el Derecho Procesal Penal, cuestiona el razonamiento que utiliza la siguiente estructura argumentativa:

1. *Nuestra Constitución le asigna al Congreso Federal la sanción del Código Penal, como legislación común (no federal);*
2. *El Código Penal regula, por ejemplo, el régimen de la acción;*
3. *Por lo tanto, ese régimen de la acción es legislación común y los estados provinciales deben aceptarlo”.*

Para fundamentar su postura sostiene:

“Este razonamiento está viciado de conceptualismo y de un desconocimiento de la evolución de nuestra propia legislación penal. Si todo lo que pusieran o sacaran los legisladores federales en el Código Penal se convirtiera automáticamente en legislación común, entonces la cláusula constitucional contiene una delegación totalmente abierta, lo que es impropio del nuestro sistema federal. Los legisladores federales, sólo pueden sancionar un Código Penal con un contenido constitucionalmente admisible –no sólo en garantías se entiende- ya que no pueden incluir en ese Código Penal lo que la Constitución no admite que se incluya porque es de esfera no delegada”.

¹⁹² Sagües, “Recurso Extraordinario”, Tomo II, Astrea, Buenos Aires 1992, pp. 17 y 18.

¹⁹³ Desde esta perspectiva, la definición utilizada por la doctrina resulta tautológica.

¹⁹⁴ Sagües, “Recurso Extraordinario”, Tomo II, cit. pp. 17 y 18.

Señala asimismo:

“Dicho así, es evidente que existe un problema de interpretación constitucional acerca de lo que significa “Código Penal” en el marco de todo el sistema de la Ley Fundamental. Eso se debe discutir, sin duda, y para ello se recurrirá a todo el arsenal de una hermenéutica constitucional, pero en todo caso, no se puede razonar a la inversa. Que debe estar en el Código Penal y que debe quedar afuera es algo problemático según nuestra Constitución Nacional (...)”.

Finalmente, en orden a la distinción entre derecho penal y derecho procesal penal sostiene:

“Algo similar ocurre con el intento de solucionar el problema acudiendo a una división conceptual entre lo que contiene el “derecho penal” y el “derecho procesal penal”. Así lo que forma parte del derecho penal (definido por la costumbre de la academia, supuestamente) es de competencia federal y lo que forma parte del “derecho procesal penal” (también según la comunidad de profesores, supuestamente) es competencia de los Estado provinciales. No sólo se traslada el problema a una clasificación académica, lo que de por sí ya es impropio, sino que esa misma clasificación es oscura, confusa, variable y dudosamente útil para el desarrollo de nuestros sistemas procesales penales.(...) Clasificaciones se pueden hacer muchas, y luego convertirlas en criterios de realidad, pero ese es el peor camino para encarar una sana y profunda interpretación de nuestro sistema constitucional¹⁹⁵.

De todo lo expuesto, cabe concluir que, si bien es cierto que la Constitución Nacional distribuye competencias legislativas entre el Estado federal y las provincias, asignando al primero la atribución de dictar los llamados “códigos de fondo” y a las segundas la de sancionar su propia legislación procesal, no lo es menos que dicho texto constitucional sólo concreta la atribución federal mediante la enumeración de “materias” (civil, comercial, penal, minería, trabajo, seguridad social) materias cuya definición –sin embargo- no practica el texto constitucional. De allí que tal delegación no resulte precisa y pueda dar lugar a debates conceptuales como, por ejemplo, los puestos en evidencia por Alberto Binder.

5. La obligación de los estados partes de “asegurar su administración de justicia” ¿justifica la reserva provincial de legislar sobre la disponibilidad de la acción penal?

Una justificación distinta a las hasta aquí presentadas es la practicada por Gustavo Adrián Herbel quien vincula la facultad local para determinar el régimen de la acción penal con la obligación impuesta a los estados partes de asegurar “*su administración de justicia*” como requisito para que el gobierno federal garantice el goce de las instituciones locales (artículo 5 Constitución Nacional)¹⁹⁶. En tal sentido sostiene:

“(...) nuestra Carta Magna impone a los estados locales crear una institución judicial capaz de administrar los conflictos de modo de afianzar la justicia en sus territorios; y si bien unifica la legislación de fondo colocándola en manos del legislativo federal (Código Penal), reserva a los

¹⁹⁵ Cfr. Binder, “Los dilemas de la unificación del proceso penal” XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal. Relatoría General. Derecho Procesal Penal. Tema 3. Relatoría General, cit.

¹⁹⁶ Herbel, Gustavo Adrián, “Constitución, acción penal y criterios de oportunidad (la facultad provincial de fijar criterios de oportunidad en materia penal). Disponible en Internet bajo el título “[El régimen de la acción y las facultades provinciales. Gustavo A. Herbel \(publicado en NDP -2004\)](http://www.profprocesalpenal.com.ar/contenido_sub.php?idsec=26&idmad=7)” http://www.profprocesalpenal.com.ar/contenido_sub.php?idsec=26&idmad=7. Página consultada 26 de agosto de 2011.

estados partes el diseño de las instituciones que permitan cumplir con aquella obligación (Código Procesal Penal y leyes organización judicial).

El argumento que construye el autor vincula la necesidad de introducir criterios de oportunidad en la legislación local con la obligación asumida por las provincias de **“asegurar la administración de justicia”** en materia penal¹⁹⁷. Sostiene Herbel:

“Lo que aquí se trata, es de establecer si los Estados locales tienen o no la facultad de organizar sus administraciones de justicia, de modo que, si así lo consideran necesario para “asegurarla”, puedan articular en sus normas procesales los mentados criterios de oportunidad.

Planteado de este modo, la respuesta se simplifica: No puede el gobierno federal imponer un programa cuyo cumplimiento resulta imposible (perseguir y acusar todos los delitos establecidos en el Código Penal mediante la instauración del principio de legalidad), bajo amenaza de intervenir al estado local, para el caso de no asegurar una administración de justicia que cumpla con ese inasible objetivo; a menos que, paralelamente, otorgue los medios necesarios para su logro. En este sentido, la opción parece clara: o el estado federal financia una estructura capaz de enjuiciar todos los casos (hipótesis irrealizada aún en países centrales), o se admite la existencia de autonomía provincial para organizar un sistema procesal penal, de modo tal que permita establecer estrategias eficaces de persecución penal en el plano local, incluyendo, claro está, la posibilidad de legislar criterios de oportunidad”.

El autor citado sostiene que la titularidad provincial del *“ius persecuendi”* está justificada no sólo como competencia no delegada en el Estado federal (art. 121 de la Constitución Nacional) sino expresamente reservada en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, que asigna la aplicación de los Códigos de fondo a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeran bajo sus respectivas jurisdicciones¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Pero, dado el énfasis puesto en la obligación asumida por las provincias de *“asegurar su administración de justicia”* (artículo 5 de la Constitución Nacional), el argumento no alcanza a justificar la incorporación del principio de oportunidad en la legislación procesal penal de Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En efecto: este nuevo sujeto de la relación federal se rige especialmente por el artículo 129 de la Constitución Nacional, leyes federales dictadas en su consecuencia (ley 24.588 y 24.620) y convenios suscriptos entre el gobierno de la ciudad y el Estado federal. Tal es lo que ocurre con los Convenios de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, suscriptos el primero de ellos el 7 de diciembre de 2000 y aprobado por ley nacional 25.752; y el segundo con fecha 1 de junio de 2004, aprobado por ley nacional 26.357 y ley 2.257 de la CABA. Finalmente, por ley 26.702, sancionada por el Congreso de la Nación el 7 de septiembre y promulgada de hecho el 5 de octubre de 2011, se amplía nuevamente la transferencia, a las figuras delictivas enumeradas en el anexo. Sobre el status jurídico de la CABA, ver CSJN, 1997, Fallos, 320: 875. CSJN, 2006, Fallos 329: 1385.

Recientemente, sin embargo, se ha procurado establecer la igualdad de competencias de la CABA respecto de las provinciales en base al argumento de que *“pueblo”* es tanto el que reside en las provincias como en la Ciudad de Buenos Aires y *“(n)egar facultades propias de los estados locales a esta Ciudad importa negar la igualdad entre pares; esa igualdad que exige reconocer iguales gobiernos para personas iguales y con idénticos derechos a los de sus vecinos”* (Del voto del Juez Luis Francisco Lozano, miembro del Tribunal Superior de Justicia de la CABA, al resolver los recursos de inconstitucionalidad planteados en la causa *“Del Tronco, Nicolás s/ infr. art. 184 inc. 5 —CP—”,* considerando 15).

¹⁹⁸ El carácter *“expreso”* de la reserva resulta, al menos, discutible. En efecto: en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 inc. 12 las provincias se reservan en forma expresa la aplicación de la ley común por sus respectivos tribunales locales; por lo que la competencia para dictar los códigos de forma sólo puede deducirse indirectamente de esta disposición con lo que la reserva deja de ser *“expresa”*. Para Gelli se trataría de una *“interpretación extensiva”* Cfr Gelli, *“Constitución de la Nación Argentina*

Pero el mismo autor aclara más adelante que la atribución legislativa provincial lejos está de ser exclusiva, toda vez que:

“(…) del mismo modo que en otros casos no cabe predicar la facultad exclusiva de las Provincias en la generación de normativa procesal (v.gr. firma de tratados internacionales con pautas procesales –art. 75 inc. 22-, legislar para el establecimiento de juicio por jurados –arts. 24, 75 inc. 12 y 118- y diversos institutos procesales –art. 43-); la Nación puede fijar leyes rituales marco para todas las jurisdicciones, asumiendo, por ejemplo, parte del diseño del régimen de las acciones, con la finalidad de viabilizar institutos sustantivos de raigambre constitucional (protección de bienes jurídico-penalmente tutelados por el Código Penal)”.

III. LA DISPONIBILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES LOCALES.

La constitucionalidad de las leyes dictadas por las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que receptan el principio de oportunidad ha sido planteada y resuelta en causas concretas sometidas a consideración de los tribunales locales.

Así lo hizo, por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en autos "*Fiscal contra Sosa Moran y otros por daño agravado s/casación*", en sentencia de fecha 19 de septiembre de 2005 en la que, por mayoría, consideró constitucional el artículo 26 incs. 1 y 2 de la ley 6730¹⁹⁹.

Para así resolver, el voto del Dr Salvini (al que adhiere el juez Llorente) sostiene:

* Para hacer efectiva la aplicación del Derecho Penal en forma que no resulte violatoria del principio de igualdad ante la ley, las provincias han tenido que delegar al Congreso Nacional algunas limitadas facultades procesales, que garanticen una igualitaria persecución penal de las conductas penadas. El límite de esta delegación es bien claro: se ha delegado lo necesario para que todos los delitos sean igualmente perseguibles y se han reservado lo que hace a las modalidades de esa persecución.

* A fin de que todos los delitos sean igualmente perseguibles, el Código Penal, regula todo lo atinente al inicio y extinción de la acción penal, más lo relativo al modo de realización o aplicación del derecho de fondo, encuentra sustento, válido y legal, en las normas adjetivas.

* En la medida en que no se nieguen ni modifiquen, derechos sustanciales, el Ministerio Público, titular de la acción penal y puede disponer de márgenes de decisión propia sobre cuándo, cómo y en qué supuestos lleva adelante el ejercicio de la acción penal.

* Sobre esta base, el código procesal penal, ha implementado válidamente mecanismos que imprimen movimiento a la acción penal y así resulta válida y legalmente sustentable, la posibilidad de que la persecución penal "se suspenda total o parcialmente, que se la limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho" (Art. 26 C.P.P.)

También lo ha hecho el Tribunal Superior de Justicia de la CABA el cual, con fecha 27 de septiembre de 2010, se pronunció por la constitucionalidad del artículo 204 inc. 2 del Código Procesal Penal de la Ciudad que regula la mediación penal²⁰⁰.

Comentada y Concordada”, cit. pp. 488 y 489.

¹⁹⁹ Fuente: <http://www.pensamientopenal.com.ar/47bailone.pdf>, página visitada 31 de agosto de 2011.

²⁰⁰ Expte. n° 6784/09 Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Del Tronco, Nicolás s/ infr. art. 184 inc. 5 —CP—’ y expte. n° 6785/09 “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Del Tronco, Nicolás s/ infr. art. 184 inc. 5 —CP—’ Fuente:

La decisión está conformada por cuatro votos concurrentes (Ruiz, Lozano, Casás y Conde) de los cuales dos abordan el problema de la distribución de competencias entre el Estado federal y los Estados miembros:

En particular, el voto del juez Lozano justifica la constitucionalidad de la normativa provincial en base a tres líneas argumentativas:

1) Atribución reservada por las provincias y la CABA. El art. 75. inc.12 encuentra sustento en la delegación de los estados locales que atribuyeron la sanción de los códigos de fondo al Congreso Nacional. En tanto esa normativa no incluye los tópicos propios del derecho público local, la materia procesal, no puede presumirse incluida, por regla, en ese ámbito. En todo caso, los supuestos de excepción requieren compromiso del interés que justifica las responsabilidades atribuidas por la cláusula citada al Congreso Nacional. Ese interés no es otro que encomendar la legislación acerca de los derechos de los habitantes de manera de igualarlos en lo básico en todo el territorio de la Nación.

2) Atribución delegada al Estado federal que no ha sido ejercida por aquél (art. 126, CN) En los supuestos de competencias delegadas al Congreso Nacional pero no ejercidas, los estados locales tiene facultad para regularlas (art. 126 CN). Si, por hipótesis se asumiera que, acorde con el artículo 75, inc. 12, de la Constitución Nacional, el Código Penal pudo tratar unificadamente el tópico que nos ocupa (mediación durante la investigación penal preparatoria), aún así el art. 126 de la Constitución Nacional abriría la puerta a la regulación por las provincias de esa cuestión que, aunque parte del derecho común en la hipótesis bajo análisis en este punto, no recibió atención aún del Congreso.

3) Resultado de la interpretación del Código Penal. El esquema de distribución del poder en la organización federal, por vía de la reserva del art. 75, inc. 12, de la CN dispone que la interpretación de las normas del Código Penal es privativa de los tribunales provinciales, lo que muestra que la aplicación efectiva de los códigos en general y del penal en particular es de interés local no federal.

La Jueza Conde, por su parte, justifica la constitucionalidad de la mediación en base a los siguientes argumentos: 1) La competencia para dictar los ordenamientos procesales y las leyes de administración de justicia no ha sido delegada al Estado federal. 2) Imposibilidad real de las provincias y la CABA de cumplir con el compromiso de asegurar “su administración de justicia”

IV. ¿EXISTEN LINEAMIENTOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE QUE PERMITAN PREDECIR LA POSTURA QUE ADOPTARÍA EL TRIBUNAL DE ARRIBAR ESTA CUESTIÓN A SU CONOCIMIENTO?

Ahora bien: frente a la situación descripta cabe preguntarse si sería posible dar una respuesta a la problemática planteada tomando en cuenta las líneas jurisprudenciales fijadas por Corte Suprema de Justicia Argentina.

En tal sentido, si bien hasta el presente, dicho tribunal no se ha pronunciado específicamente respecto de la competencia para legislar en orden al principio de oportunidad y la disponibilidad de la acción penal, ha sentado algunos lineamientos que pueden servir para predecir la actitud que podría adoptar si, en un caso concreto, se le plantea la cuestión.

En efecto, el Alto Tribunal afrontó, en un antiguo precedente que data del año 1937, el planteo de inconstitucionalidad de una ley de la provincia de Entre Ríos que preveía que ninguna causa criminal podía durar más de dos años si el imputado había sido detenido o preso y que vencido ese término el juez debía fallar condenando o absolviendo. La Corte sostuvo que el Código Penal establecía en su título X las causas de extinción de

las acciones y de las penas; en su artículo 62, fijaba el tiempo en que se opera la prescripción de la acción penal que debe ser igual en todo el territorio de la Nación atento el carácter nacional del Código Penal, artículos 31 y 67, inc. 11. El Alto Tribunal declaró entonces que el artículo 936 del Código de Procedimientos Penales de la Provincia de Entre Ríos era inconstitucional, por establecer una causa de extinción de la acción que no estaba prevista en el Código Penal.²⁰¹

Unos años más tarde, la Corte sostuvo al analizar la compatibilidad de una ley de la provincia de Córdoba con la Constitución Nacional de 1949:

“La materia legislativa asignada al Congreso de la Nación por el inc. 11 del art. 68 de la Constitución, es perfectamente propia, separable e inconfundible de la que el mismo precepto atribuye a las Provincias. La delimitación de una y otra es, pues, esencial cuando se trata de establecer si una ley de provincia ha invadido lo que es de incumbencia exclusiva del Poder Legislativo Nacional; y para ello ha de considerarse además que, la facultad de las provincias de legislar sobre procedimientos judiciales, lo es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que sancione el Congreso. Se circunscribe así la facultad de las provincias en materia procesal a lo que positivamente debe comprenderse en ella, vale decir que, si pueden señalar las reglas de acuerdo con las cuales los procesos vinculados con los códigos que al Congreso incumbe dictar, han de sustanciarse y terminarse, tal atribución no autoriza a destruir ni anular los preceptos de las leyes fundamentales que al mismo poder corresponde sancionar”.

*“Las leyes procesales cuando emplazan o conminan para la realización de cierto acto dentro de determinado tiempo, sólo puede sancionar el incumplimiento o la omisión por la vía de la caducidad del derecho a cuyo ejercicio se insta; y aún avanzar cancelando definitivamente la secuela, pero no decidir la pérdida de acciones propias de una materia distinta de la que conforma la sustanciación solemne y prolija de los juicios”.*²⁰²

Finalmente, ya bajo la vigencia de la Constitución reformada en el año 1994, el Alto Tribunal vuelve a insistir en la incompetencia provincial para legislar la prescripción de la acción en los siguientes términos:

“Que en ese marco, debe tenerse presente que del texto expreso del citado art. 75, inc. 12, de la Constitución deriva la implícita pero inequívoca limitación provincial de regular la prescripción y los demás aspectos que se vinculan con la extinción de las acciones destinadas a hacer efectivos los derechos generados por las obligaciones de cualquier naturaleza. Y ello pues, aun cuando los poderes de las provincias son originarios e indefinidos y los delegados a la Nación definidos y expresos (Fallos: 320:619, entre otros), es claro que la facultad del Congreso Nacional de dictar los códigos de fondo, comprende la de establecer las formalidades

²⁰¹ CSJN, 1937, Fallos 178:31 (CPP, Entre Ríos). De acuerdo con los sumarios de jurisprudencia publicados por el Alto Tribunal, “El art. 936 del Código de Procedimientos Penales de la Prov. de Entre Ríos es inconstitucional, por establecer una causa de extinción de la acción que no está prevista en el Código Penal”. A fin de clarificar este texto, en el cuerpo principal de este trabajo se toma la descripción practicada por Heredia, José Raúl “A propósito de un fallo sobre la extinción de la acción penal privada por inactividad. Proyecciones actuales de un debate antiguo” Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/derecho-procesal-penal>, página visitada 26 de agosto de 2011

²⁰² CSJN; 1951, Fallos: 219:400 (CPP, Córdoba). Restablecida la vigencia de la Constitución de 1853, con las modificaciones introducidas en 1860, 1866 y 1898, la Corte tuvo oportunidad de reafirmar este precedente en CSJN 1967, Fallos 267: 468 (CPP, La Rioja); CSJN, 1970, Fallos 276:376 (CPP; Tucumán); CSJN 1986, Fallos 308:2140 (CPP, Chaco)

que sean necesarias para concretar los derechos que reglamenta, y, entre ellas, la de legislar de manera uniforme sobre los aludidos modos de extinción (Fallos: 320:1344) ”²⁰³.

Pero, aun cuando se admitiera que la incorporación del principio de oportunidad y la disponibilidad de la acción penal constituyen cuestiones predominantemente procesales, a tenor de la jurisprudencia de la Corte Suprema, ello tampoco excluiría necesariamente la competencia del Congreso para legislar²⁰⁴.

Para el Alto Tribunal:

“Si bien las provincias tienen la facultad constitucional de darse sus propias instituciones locales y, por ende, para legislar sobre procedimientos, ello es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que dicte el Congreso, cuando considere del caso, prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos establecidos en los códigos fundamentales que le incumbe dictar ”²⁰⁵

Expresa también:

“(…) Se ha declarado que el artículo 67 inc. 11 de la Constitución Nacional no constituye impedimento para la adopción de medidas de forma, razonablemente estimadas necesarias para el mejor ejercicio de los derechos que las leyes de la Nación acuerdan, incluso las comunes (Fallos 254:282 y sus citas). De allí que el sólo hecho de invocar la naturaleza procesal de la acción no excluya necesariamente la competencia del Congreso para legisla ”²⁰⁶.

Finalmente, para la Corte Suprema de Justicia, el principio de igualdad ante la ley justifica un cierto grado de unificación de la legislación aun en materia procesal. Así lo ha sostenido el Alto Tribunal, por ejemplo, en relación a la prisión preventiva:

“Que respecto de la prisión preventiva, cualquiera sea la tesis que se adopte acerca de su naturaleza, lo cierto es que importa en la realidad un contenido penoso irreparable, lo que lleva a asimilar las controversias a su respecto a casos de sentencia definitiva, según inveterada jurisprudencia de esta Corte. Cualquiera sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa en la materia, lo cierto es que si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía.

²⁰³ CSJN, 2003, Fallos 326:3899; CSJN, 2004, Fallos 327:3187; CSJN, 2009, Fallos 332: 2108; CSJN, 2009, Fallos 332:2250. En todos estos casos, el Alto Tribunal se pronuncia sobre la inconstitucionalidad de leyes provinciales y ordenanzas municipales que prevén plazos de prescripción liberatoria diferentes a los establecidos por el Código Civil. Cabe aclarar, no obstante, que en la causa “Filcrosa”(CSJN, 2003, Fallos 326:3899) los ministros Petracchi y Maqueda votan en disidencia.

²⁰⁴ En tal sentido, los ejemplos no son pocos. En materia civil, por ejemplo, cabe mencionar los artículos 236 (disposiciones procesales aplicables al divorcio por presentación conjunta), 375 (proceso sumario en la acción de alimentos), 505 (limitación del monto de las costas), 622 (sanciones por conducta procesal maliciosa), 2482 y 2484 (acciones que corresponde seguir en causas posesorias), entre otros, del Código Civil. En materia penal, podría también ser éste el argumento que avale la incorporación de los artículo 76 bis, ter y quater (suspensión del juicio a prueba)

²⁰⁵ CSJN, 1923, Fallos: 138:157; 1924 Fallos 141:254; 1931, Fallos 162:376; 1960, Fallos 247:524;1966 Fallos 265:30; 1977, Fallos 299: 45

²⁰⁶ CSJN, 1968, Fallos 271:36

Una asimetría total en cuanto a la legislación procesal penal destruiría la necesaria unidad en materia penal que se mantiene en todo el territorio en virtud de un único Código Penal. Partiendo de la conocida afirmación de Ernst von Beling, de que el derecho penal no toca un solo pelo al delincuente, es sabido que incumbe al derecho procesal penal tocarle toda la cabellera y, por ello, se debe entender que, sin pretensión de cancelar las asimetrías, para la prisión preventiva -que es donde más incidencia represiva tiene el derecho procesal penal- las provincias se hallan sometidas a un piso mínimo determinado por los estándares internacionales a los que se ajusta la legislación nacional. No es lo mismo que, habiendo dos imputados en igualdad de condiciones y por el mismo delito, uno llegue al juicio libre y otro lo haga después de muchos meses o años de prisión, sin que el Estado Federal se asegure de que en el último caso, al menos, se respeta un piso mínimo común para todo el territorio”²⁰⁷.

V. DIVERSIDAD DE CRITERIOS DE OPORTUNIDAD INCORPORADOS EN LA LEGISLACIÓN PROVINCIAL.

La investigación llevada a cabo, en el ámbito del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba por las abogadas Aguad, Bazán, Bianciotti, Gorgas y Olmedo²⁰⁸, ha permitido hacer visible las diferencias que se van estructurando entre los Estados miembros de la federación, según incorporen o no en su legislación el principio de oportunidad y la forma en la que cada una de ellas lo hace.

La misma imagen se desprende de la investigación practicada por María Antonia de la Rúa²⁰⁹ en cuanto precisa que las provincias han adoptado una multiplicidad de criterios con diversos fundamentos (insignificancia del hecho, causas correccionales, conflictos familiares, razones prácticas vinculadas a la imposibilidad o inconveniencia de investigar el hecho, pena innecesaria, pena natural) de manera condicionada (a la reparación del daño) o incondicionada, que provocan distintos efectos en el proceso penal (desde la paralización de la causa hasta la extinción de la acción penal).

En la actualidad –agrega de la Rúa- se han introducido modos no punitivos para la solución del conflicto penal en las provincias de Mendoza, Código Procesal Ley 6730; Chaco, por Ley 4989; Buenos Aires, Ley 13.433, Río Negro, Ley 3.847 (Decreto N° 938 31-08-06); Código Procesal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ley 2303 reformado por Ley 2679; el Código Procesal de Chubut, Ley 5478; Santa Fe, Código Procesal Ley 12.734; La Pampa, Código Procesal Ley 2287; Entre Ríos, Código Procesal Ley 9754; Santiago del Estero, Código Procesal Ley 6.941 y Jujuy, Código Procesal Ley 5623. A ello se suma Neuquén en materia de menores, Ley 2302 y recientemente La Rioja.

Ambas investigaciones, en consecuencia, muestran cómo la unidad de la legislación penal (que singulariza el federalismo argentino y lo distingue del norteamericano) se ve retaceada si el ejercicio de la acción penal se deja librado exclusivamente al criterio del ámbito jurisdiccional en el que el delito es juzgado.

Pero la unidad de la legislación de fondo no sólo merece ser defendida como corolario de un sistema particular de distribución de competencias adoptado con fundamento en

²⁰⁷ CSJN, 2005, Fallos 328:1146, considerando 57.

²⁰⁸ Aguad, D.; Bazán, N.; Bianciotti, D.; Gorgas, M; Olmedo, B. “La regulación provincial del principio de oportunidad. Sistematización comparativa de las legislaciones provinciales que receptan institutos de oportunidad procesal”, cit.

²⁰⁹ De la Rúa, María Antonia. “Panorama actual de la disponibilidad de la acción penal y soluciones no punitivas” Semanario Jurídico N° 1821, 25/08/2011.

la historia de un determinado Estado. Importa, también, una forma de realizar el principio de igualdad, principio de raigambre constitucional que hoy se ve ampliamente potenciado por los tratados de derechos humanos y la interpretación que de ellos hacen los organismos encargados del monitoreo²¹⁰. Desde esta perspectiva, la aplicación en el ámbito interno de un calidoscopio legislativo podría configurar no sólo una violación del principio de igualdad en relación a los supuestos autores de delitos sino también de las víctimas de aquellos.

En este último sentido, debe tenerse presente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CorteIDH) afirma que el Estado está obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. En consecuencia:

“Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención.

(...) La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad”²¹¹.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA:

AGUAD, DOLORES; BAZÁN, NATALIA; BIANCIOTTI, DANIELA; GORGAS, MILAGROS; OLMEDO, BERENICE (2011) “La regulación provincial del principio de oportunidad. Sistematización comparativa de las legislaciones provinciales que receptan institutos de oportunidad procesal”. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Instituto de Ciencias Penales. www.acaderc.org.ar/doctrina, página visitada 24 de agosto de 2011.

ALBERDI, JUAN BAUTISTA.(1998) *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Editorial Plus Ultra, Décima edición. Buenos Aires.

BAILONE, MATÍAS (2006) “La acción penal como tema del derecho de fondo argentino” *Revista Electrónica del Centro de Investigaciones Criminológicas de la USMP-PERÚ*. 2da.Edición http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_inv_criminologica/revista/revista_electronica.htm, página visitada 9 de abril de 2010.

BAILONE, MATÍAS (2006) “La regulación provincial de criterios de oportunidad persecutoria penal y el debate de su constitucionalidad”.

²¹⁰ Tal es lo que ocurre, por ejemplo, en el Sistema Universal, con las Observaciones Generales N° 18 y 28 del Comité Internacional de Derechos Humanos; y en el Sistema Regional Americano, con la Opinión Consultiva N° 18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²¹¹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 20 de enero de 1989. Caso Godínez Cruz vs. Honduras.

<http://www.pensamientopenal.com.ar/47bailone.pdf>, página consultada 24 de agosto de 2011.

BARRERA BUTELER, Guillermo (1996) *Provincia y Nación* Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires.

BIANCIOTTI, DANIELA; LUCERO, INÉS (2009) “La incorporación de principios de oportunidad en el sistema penal argentino”, en *Actualidad Jurídica de Córdoba*, n°131, año VI.

BINDER, ALBERTO (2009) “Los dilemas de la unificación del proceso penal” XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal. Relatoría General. Derecho Procesal Penal. Tema 3. Relatoría General.

<http://www.procesal2009bsas.com.ar/pdfs/ponenciasyrelatos/PROCESALPENAL-LEY-RELATOGRAL-ALBERTOBINDER.pdf>, Página visitada 9 de abril de 2010.

BONETTO, JORGE (2009) “Necesidad de una ley nacional con contenidos constitucionales mínimos para todo proceso penal” Ponencia presentada al XXV Congreso de Derecho Procesal. Derecho Procesal Penal. Tema 3. <http://www.procesal2009bsas.com.ar/pdfs/ponencias/penal-leydelcongreso/Bonetto.pdf>, página visitada 9 de abril de 2010

CAFFERATA NORES, JOSÉ (2009) “Ley del Congreso Nacional que establezca las exigencias constitucionales mínimas para los procesos penales en el territorio de la República”. XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal. Derecho Procesal Penal. Tema 3. Ponencia general. <http://www.procesal2009bsas.com.ar/pdfs/ponenciasyrelatos/PROCESALPENAL-LEY-PONENCIAGRAL-JOSECAFERATTANORES.pdf> página visitada 9 de abril de 2010

DE LA RÚA, JORGE. (1996) “Disponibilidad de la acción” Cuadernos del Colegio de Abogados de Córdoba, enero 1996.

<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/disponibilidad-de-la-accion-penal>, página visitada 9 de abril de 2010.

DE LA RÚA, María Antonia. “Panorama actual de la disponibilidad de la acción penal y soluciones no punitivas” *Semanario Jurídico* N° 1821, 25/08/2011.

FALCONE, ROBERTO A. (2003) “La disponibilidad de la acción penal pública: cuestión procesal o sustancial”, *JA* 2003-II-1020 - Lexis N° 0003/009719

GELLI, MARÍA ANGÉLICA (2001) *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*. La Ley, Buenos Aire.

HERBEL, GUSTAVO “Constitución, acción penal y criterios de oportunidad (la facultad provincial de fijar criterios de oportunidad en materia penal). Disponible en Internet bajo el título “[El régimen de la acción y las facultades provinciales. Gustavo A. Herbel \(publicado en NDP -2004\)](#)”

http://www.profprocesalpenal.com.ar/contenido_sub.php?idsec=26&idmad=7.

Página consultada 26 de agosto de 2011

HEREDIA, JOSÉ Y HEREDIA, VERÓNICA (2009) “Ley del Congreso Nacional que establezca las exigencias constitucionales mínimas para los procesos penales en el territorio de la República” Ponencia presentada al XXV Congreso de Derecho Procesal. Derecho Procesal Penal. Tema 3. <http://www.procesal2009bsas.com.ar/pdfs/ponencias/penal-leydelcongreso/HerediayHeredia.pdf>. Página visitada 9 de abril de 2010.

HEREDIA, JOSÉ RAÚL “A propósito de un fallo sobre la extinción de la acción penal privada por inactividad. Proyecciones actuales de un debate antiguo” *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/derecho-procesal-penal>, página visitada 26 de agosto de 2011,

LÓPEZ OLACIREGUI, MARTÍN (1994) “Algunas pautas doctrinarias sobre diversos aspectos del reparto constitucional de competencias” *DJ* 1994-2, 865

MARINO AGUIRRE, SANTIAGO (2005) “Mediación penal (para que la ultima ratio sea en verdad la última)” *JA* 2005-III-879 - SJA 13/7/2005- Lexis N° 0003/011376

- MENDAÑA, RICARDO. “Ejercicio de la acción penal y principio de oportunidad”. www.pensamientopenal.com.ar/44mendana.doc, página visitada 9 de abril de 2010.
- MILL, RITA A. (2009) “Conveniencia de una ley del Congreso Nacional que establezca las exigencias constitucionales mínimas para los procesos penales de los Estados nacional y provinciales”. Ponencia presentada al XXV Congreso de Derecho Procesal. Derecho Procesal Penal. Tema 3. <http://www.procesal2009bsas.com.ar/pdfs/ponencias/penal-leydelcongreso/Mill.pdf>. Página visitada 9 de abril de 2010.
- NICORA, GUILLERMO (2004) “Las provincias pueden (y deben) legislar sobre oportunidad en el ejercicio de la acción penal” *JA* 2004-I-913 - SJA 4/2/2004.
- NÚÑEZ, RICARDO (1978), *Derecho penal argentino. Parte general*, Tomo II, Ed. Lerner. Córdoba.
- SAGÜES, NÉSTOR (1992) *Recurso Extraordinario*, Tomo II, Astrea, Buenos Aires.
- SAGÜES, NÉSTOR (1997) *Elementos de Derecho Constitucional*, segunda edición, Astrea. Buenos Aires
- SANABRIA, PABLO D. (2010) “La atribución exclusiva del Congreso de la Nación para dictar los códigos de fondo y la introducción de la mediación en el sistema penal”, *La Ley* 08/03/2010, 5 – La Ley 16/03/2010, 8
- SOLER, SEBASTIÁN (1956) *Derecho penal argentino*, Tomo II, Ed. Tea, p. 498.
- SPOTA, ALBERTO (H) (2008) “Aproximación a la autonomía provincial a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 5 de noviembre de 2008.* <http://ancmyp.org.ar/user/files/Spota.pdf>. Página visitada 9 de abril de 2010.
- ZVILLING, FERNANDO (2006). “ACCIÓN PENAL Y PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. A PROPÓSITO DEL FALLO "FISCAL V. SOSA MORÁN, JUAN R. Y OTROS" DE LA SUP. CORTE JUST. MENDOZA. USURPACIÓN DEL CONGRESO DE LA NACIÓN DE UN PODER NO DELEGADO POR LAS PROVINCIAS” *JA* 2006-IV-661

Introducción

*Dios siempre perdona;
los hombres, a veces;
la naturaleza, jamás.*

El tema bajo estudio es de aquellos respecto de los cuales, entre los autores que lo tratan, parece haber consenso en algunos de sus aspectos y discrepancia en otros. O con otras palabras, de aquellos que presentan un costado simple y otro complejo. La sola denominación “pena natural” se nos presenta, *prima facie*, como un concepto de simple abordaje intelectual y parece reflejar una institución jurídica –*de lege ferenda*²¹³– derivada del sentido común y de la naturaleza de las cosas. Aun así, presenta muchos costados espinosos, pues –por empezar– no deja de ser controvertible para la gente común que una persona sea eximida de pena por haber sufrido un daño *a causa de su propio hecho delictivo* (la sociedad actual –o gran parte de ella– considera indispensable castigar todos los delitos de manera rigurosa e incluso crear nuevas figuras delictivas como solución al problema de la delincuencia²¹⁴).

No obstante, la lectura de los digestos jurisprudenciales nos permite advertir que los tribunales comienzan a aplicar poco a poco ese instituto, principalmente respecto de los delitos *culposos*, invocando principios fijados por tratados internacionales de jerarquía constitucional (humanidad de las penas, proporcionalidad, mínima intervención del derecho penal, etcétera)²¹⁵. Más discutida es, en cambio, la cuestión en

²¹² Abogado (UCC). Integrante de la Relatoría Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba. Miembro agregado del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba (Director: Jorge De La Rúa; Coordinador de Derecho Penal: Carlos J. Lascano; Coordinador de Derecho Procesal Penal: José I. Cafferata Nores).

²¹³ Nos referimos a su eventual futura regulación por el Código Penal de la Nación, sin que obste a que ya se encuentre regulada como instituto procesal en varios códigos provinciales, y prevista en el anteproyecto de reforma del CP del año 2006.

²¹⁴ Sobre la expansión desmesurada –y meramente simbólica– de la legislación penal y el alejamiento de principios rectores del derecho penal liberal puede verse, entre muchos otros: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2001.

²¹⁵ Puede verse el siguiente fallo sobre un accidente de tránsito con resultado de lesiones graves en la esposa del conductor imputado y lesiones leves en el hijo de ambos, ilustrativo por contener interesantes citas de doctrina y jurisprudencia: Causa N°19.007 - 'B., J. S. s/recurso de casación' – Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires - Sala II - 16/08/2007.

los delitos *dolosos*, aunque existen autores²¹⁶ y jurisprudencia²¹⁷ que extienden la figura hacia tales delitos.

Cuestión problemática es la relativa a la ubicación de la *poena naturalis* en la dogmática penal, ya que no sólo puede plantearse como un principio de oportunidad bajo la órbita de la disponibilidad de la acción y, por ende, objeto de regulación por el derecho procesal (o aun por el código de fondo, pero manteniéndose en el ámbito del ejercicio de la acción penal²¹⁸), sino que también puede plausiblemente ser considerado *en el marco de la teoría del delito* con relación a la categoría de la culpabilidad (compensación de una culpabilidad cuantificable), o como una pauta de mensuración en el marco de la teoría de la pena, o como una excusa absolutoria (punibilidad).

En nuestro país se postula comúnmente la regulación de la “pena natural” como *criterio de oportunidad* para el ejercicio de la acción penal pública, y se la ubica, por ende, en el marco del derecho penal adjetivo; es lo que sucede actualmente con su reciente legislación en algunas provincias argentinas²¹⁹. No obstante, su conceptualización también puede realizarse –y esta será nuestra propuesta– en el ámbito de la *teoría del delito* y, en consecuencia, su regulación legal en el derecho penal sustantivo (Código Penal de la Nación) como materia ajena al ejercicio de la acción penal. Esto traerá aparejado –lo que consideramos de fundamental importancia– la uniformidad legislativa en nuestro país sobre las consecuencias de la pena natural, y la aplicación del instituto de manera ajena a la mera discrecionalidad del órgano persecutor.

Entre nosotros, el profesor cordobés Carlos Lascano²²⁰ adscribe a la existencia de una *antijuridicidad específicamente penal*, aplicable a los supuestos incluidos en los llamados *criterios de oportunidad* procesal en la disponibilidad de la acción penal²²¹. Su propuesta es enmarcarlos en la teoría del delito y ubicarlos sistemáticamente no en el

²¹⁶ Como Bacigalupo y Zaffaroni, de acuerdo a los ejemplos que brindan al tratar el tema.

²¹⁷ “Un juez penal de Rosario aplicó la pena natural a un acusado de robo que sufrió parapleja al tirotearse con la policía. El magistrado sostuvo el criterio de oportunidad según el cual ésta tiene lugar por las ‘consecuencias del hecho sufridas que sean de tal gravedad que tornen innecesaria o desproporcionada la aplicación de la pena, salvo que medien razones de seguridad o interés público’. También señaló el principio de humanidad y la propia víctima consintió la medida”. Noticia publicada en internet, en sitio web www.diariojudicial.com, edición de fecha 31 de Agosto de 2011, donde se puede consultar el fallo completo.

²¹⁸ Tal es lo que sucede con el Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal del año 2006.

²¹⁹ Puede verse al respecto un reciente trabajo sobre el estado de la legislación en nuestro país de los llamados criterios de oportunidad: AGUAD, Dolores, BAZÁN, Natalia, BIANCIOTTI, Daniela, GORGAS, Milagros, OLMEDO, Berenice, “La regulación provincial del principio de oportunidad. Sistematización comparativa de las legislaciones provinciales que receptan institutos de oportunidad procesal”, Instituto de Ciencias Penales, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2011 (puede consultarse en la página web oficial de la Academia).

²²⁰ Coordinador de Derecho Penal del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, bajo cuya dirección se efectuó el presente trabajo, junto a otros relativos a la cuestión general acerca de los principios de oportunidad y, específicamente, sobre el llamado principio de insignificancia (los que ya fueron expuestos oralmente en la sede del mencionado Instituto en el mes de septiembre de 2011 por los abogados Juan Ignacio MARTÍNEZ CASAS, Carlos GONELLA y Facundo TROTTA, miembros agregados del Instituto).

marco de la punibilidad como excusas absolutorias, sino dentro del *tipo de injusto*. Así sucede con el *principio de insignificancia* (aplicable a los “delitos de bagatela”), al que se ha ubicado sistemáticamente en el ámbito de la tipicidad, de la antijuridicidad, de la culpabilidad o de la punibilidad, y que para el citado autor constituye una *causa de exclusión de la antijuridicidad específicamente penal* que como tal elimina el tipo de injusto (concepción del derecho penal como *ultima ratio*: principios de lesividad, proporcionalidad, subsidiariedad y fragmentariedad). En cuanto a la *penal natural*, propone su ubicación sistemática en el ámbito de la *categoría de la imputación personal*, como un *supuesto concreto de exclusión de la necesidad preventiva general*, que implica la recepción del principio de *racionalidad* de la pena.

Empero, reiteramos que no existe unanimidad entre los autores en orden a la ubicación precisa de la pena natural en el ámbito de las categorías del delito, ni respecto de su aplicación a los delitos dolosos. El objeto del presente trabajo será fijar posición al respecto.

1. Breve cuestión preliminar: la culpabilidad como garantía y como categoría del delito.

Pero antes de ingresar específicamente al análisis del tema que nos ocupa, es necesario efectuar a manera de introducción –lo que de alguna manera adelanta nuestra postura– algunas consideraciones previas sobre el concepto de culpabilidad.

El vocablo culpabilidad admite, desde lo jurídico-penal, dos significados²²²:

1) *Garantía individual*. Opera como límite de la potestad punitiva. Se traduce en un conjunto de condiciones necesarias tanto para la atribución de responsabilidad penal cuanto para la imposición de pena.

2) *Categoría o elemento del delito*.

Ambos conceptos, empero, están íntimamente ligados.

El principio de culpabilidad, según Jescheck-Weigend, es el *presupuesto subjetivo decisivo de la responsabilidad penal*, pues la pena criminal sólo puede ser fundamentada sobre la comprobación de que al autor se le puede reprochar la formación de la voluntad que le condujo a la resolución delictiva y, además, aquélla nunca puede ser más grave que lo que el autor se merece según su culpabilidad²²³.

²²¹ LASCANO, Carlos J. (h), “La antijuridicidad específicamente penal, las excusas absolutorias y los criterios de oportunidad reglada para la disponibilidad de la acción penal pública promovible de oficio”, trabajo inédito.

²²² AGOSTINELLI, Marcelo Javier, “La culpabilidad”, en *Derecho Penal Parte General*, Carlos J. LASCANO (director), Advocatus, Córdoba, 2005, p. 475/6.

²²³ JESCHECK, Hans Heinrich – WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, traducción de Miguel Olmedo Cardenote, 5ª ed., Comares, Granada, 2002., p. 437

En similar sentido, Kaufmann lo considera *la verdadera y más profunda justificación del derecho penal*²²⁴. Y Roxin lo reputa como el *criterio central de toda imputación*, la columna vertebral de la imputación objetiva y subjetiva, a tal punto que llega a afirmar que “la imputación de un acontecimiento externo a un sujeto determinado... constituye el único contenido de la dogmática penal”²²⁵.

El principio de culpabilidad, a decir de Jescheck y Weigend, tiene como presupuesto lógico la *libertad de decisión* de la persona, pues sólo cuando esencialmente existe la capacidad de determinación conforme a las normas jurídicas puede ser hecho responsable el autor por haber cometido el hecho antijurídico en lugar de dominar sus instintos criminales²²⁶. Al respecto, Roxin sostiene que existe una conciencia de libertad que puede fundamentar una convención social, una regla de juego social, una imposición normativa, pero que no es un hecho científicamente demostrable; la base real de la determinación de la culpabilidad es la *capacidad de reaccionar ante la norma*, no la libertad humana de acción²²⁷.

Aquí vamos a tomar partido –conforme se ampliará *infra*– por la concepción de culpabilidad de Roxin, la que junto a las finalidades preventivas integra la categoría de *responsabilidad*. Pondremos especial atención en la relación entre la culpabilidad, la pena y los fines preventivos, que será determinante en la posición que asumamos respecto de la pena natural.

Pero pasemos previamente a examinar las distintas posturas.

2. La pena natural en el marco de la teoría de la compensación de la culpabilidad, y de la derivada ausencia de necesidad preventiva (Bacigalupo).

Bacigalupo, en un breve trabajo sobre el principio de culpabilidad y la pena natural²²⁸, y en el marco de una concepción de *culpabilidad cuantificable* que tiene su origen principalmente en Kant, trata acerca de lo que denomina “la cuestión de la compensación de la culpabilidad”, afirmando que ella se refiere a las *modificaciones que puede sufrir la culpabilidad en el tiempo posterior a la comisión del hecho*, y que se trata de una cuestión vinculada con la extinción de la culpabilidad o con su reducción parcial. Es una problemática tradicional –continúa– de la *teoría de la culpabilidad y*

²²⁴ KAUFMANN, Arthur, citado por JESCHECK-WEIGEND, cit., p. 437, nota 2.

²²⁵ ROXIN, "Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el derecho penal", en *Nueva Doctrina Penal*, 1996/b, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 479/497.

²²⁶ JESCHECK-WEIGEND, *Tratado...*, p. 437.

²²⁷ ROXIN, “Culpabilidad...”, p. 485/488.

²²⁸ BACIGALUPO, Enrique, “Principio de culpabilidad, carácter del autor y *poena naturalis* en el derecho penal actual”, en *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología*, Nueva Serie, N°2, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, ed. Lerner, 1998, p. 73/101.

está implícita en su carácter cuantificable. Y precisamente por ser cuantificable – agrega– la culpabilidad puede ser compensada por hechos posteriores que reducen su significación originaria.

Afirma que la compensación de la culpabilidad puede tener lugar en dos sentidos diversos: una *compensación socialmente constructiva* de la culpabilidad, que tiene lugar cuando el autor del delito mediante un *actus contrarius* reconoce la vigencia de la norma vulnerada (arrepentimiento y reparación); y una *compensación socialmente destructiva*, que tiene lugar cuando el autor recibe, como consecuencia del delito, un mal que compensa total o parcialmente su culpabilidad, y cuyo prototipo es la *pena*, la que cumplida extingue la culpabilidad por compensación total.

La compensación destructiva de la culpabilidad –para Bacigalupo– tiene lugar cuando el autor recibe como consecuencia de la comisión del delito un mal grave que se debe abonar en el cumplimiento de la pena, mal que puede ser jurídico o natural, y este último da lugar a la tradicional figura de la *poena naturalis* (ejemplifica con el ladrón que al huir cae del tejado y queda tetraplégico o el conductor ebrio que produce un accidente en el que muere su hijo). Sostiene –citando a Jeschek y Weigend– que en estos casos se prescinde de pena, por un lado, porque la culpabilidad del autor ha sido compensada por las graves consecuencias del hecho, que para él tienen efectos similares a una pena (*poena naturalis*) y porque, por otro lado, por dicha razón no se reconoce ninguna necesidad preventiva.

Como se verá más adelante, creemos que la referencia de Bacigalupo a la inexistencia de necesidades preventivas (con cita de Jescheck y Weigend) no hace sino acercar su postura a la de Roxin, en cuanto a la existencia de una íntima conexión entre culpabilidad, prevención y pena. De esta manera, el concepto de pena natural como “culpabilidad compensada”, que parece *prima facie* reflejar una mera *retribución* (teoría absoluta de la pena), se completa con la existencia de *finalidades preventivas* que necesariamente deben ser consideradas (teoría unitaria de la pena)²²⁹.

Cabe traer a colación que Bacigalupo crea una categoría nueva del delito, situada entre la ilicitud y la culpabilidad: la categoría de *responsabilidad por el hecho* (atribuibilidad, desaprobación jurídico-penal). Es por él considerada como una categoría

²²⁹ Sintéticamente, recordamos aquí que las teorías *absolutas* de la pena “centran el motivo jurídico y el sentido de la pena sólo en la retribución, en cuya virtud debe hacerse justicia con el culpable por la comisión de su hecho... el único sentido de la pena es la retribución de la culpabilidad”; las teorías *relativas*, en cambio, consideran que la pena “sirve exclusivamente para la protección de la sociedad... no es un fin en sí mismo, sino que es tan sólo un medio cuya finalidad es evitar acciones punibles futuras”; las teorías *unitarias* “aúnan la prevención general y la retribución en la experiencia de que sólo una pena justa adecuada a la culpabilidad disuade y educa en un sentido social-pedagógico... La teoría unitaria está caracterizada, según ello, por un concepto de pena pluridimensional que se orienta al pensamiento de la retribución aunque sin ceñirse sólo a ella” (JESCHECK - WEIGEND, *Tratado...*, p. 75 y ss.). En esta concepción unitaria se ubica Roxin, como se verá más adelante.

autónoma de exclusión de la punibilidad, intermedia entre la *ilicitud* (desaprobación del orden jurídico en su totalidad) y la *culpabilidad* (capacidad de obrar de otra manera, o de motivarse por el derecho). En tal categoría ubica casos de renuncia del legislador a la aplicación de una sanción en hechos típicos y antijurídicos, que incluso pueden ser culpables; comportamientos típicos no atribuibles, contrarios al orden jurídico pero no merecedores de pena, aun si hubiese podido comportarse de otra manera. Afirma que la explicación dogmática de esa categoría no es la reducción de la gravedad de la culpabilidad como tal, sino la disminución de la ilicitud. Incluye las tradicionalmente llamadas causas de inculpabilidad o de exclusión de la culpabilidad (estado de necesidad disculpante, coacción o amenazas, exceso en el ejercicio de una causa de justificación), y las llamadas excusas absolutorias o causas personales de exclusión de la punibilidad²³⁰.

Evidentemente, la pena natural no puede ser ubicada en esa nueva categoría, por la simple razón de que no disminuye la ilicitud del hecho sino la culpabilidad. Queda, pues, la ubicación que le da este autor en el marco de la *culpabilidad cuantificable* que es compensada por ese hecho padecido por el autor a causa de su delito (concepción de Kant²³¹). Pareciera reflejar, así, una concepción *puramente retributiva* de la culpabilidad (y una teoría absoluta de la pena), aunque –reiteramos– la cita que realiza de los autores alemanes (Jescheck y Weigend) parece acercar su posición a la de Roxin, al especificar que compensada la culpabilidad por la pena natural, no existe necesidad preventiva. Lo que Roxin –más prolijamente a nuestro entender– explica de otro modo: sólo la necesidad preventiva, con la existencia previa de culpabilidad (y sin exceder su medida), ambas cobijadas bajo la categoría de responsabilidad, es lo que permite imputar un hecho a un sujeto determinado. No incorpora Roxin expresamente la pena natural en esa categoría, aunque pensamos que ello sí puede realizarse satisfactoriamente.

3. La pena natural en el marco de la racionalidad de la pena en el caso concreto, del principio de proporcionalidad entre delito y pena y del principio de humanidad (Zaffaroni).

²³⁰ BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito*, 3ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1994, p. 121 y ss.

²³¹ “Para Kant la ley penal es un imperativo categórico, esto es, un mandato de la justicia libre de toda consideración final... El único sentido de la pena es la retribución de la culpabilidad” (JESCHECK – WEIGEND, *Tratado...*, p. 75).

Zaffaroni, en su *Derecho Penal Parte General*²³², analiza el tema de la *pena natural*, en primer lugar, al tratar acerca de los “principios limitativos que excluyen violaciones o disfuncionalidades groseras con los derechos humanos”²³³, y específicamente al considerar el *principio de humanidad*. Sostiene que una pena puede no ser cruel en abstracto, es decir, en consideración a lo que sucede en la generalidad de los casos, pero sí resultar *cruel en concreto*, referida a la persona y a sus particulares circunstancias. Afirma que uno de estos claros supuestos es aquel en que la persona ha sufrido un *grave castigo natural*, es decir, cuando ha padecido en sí misma las consecuencias del hecho. Y agrega más adelante que el temor de nuestra doctrina a tocar los mínimos de las escalas penales la lleva a no relevar estos casos, cuando, en rigor, los mínimos no pueden tener otro alcance que el meramente indicativo, porque el principio republicano obliga a los jueces a apartarse de ellos cuantas veces sea necesario para salvar principios constitucionales o internacionales, como sucede cuando las circunstancias concretas del caso demuestran que las penas conforme al mínimo de la escala penal lesionan el principio de humanidad²³⁴.

Vuelve el autor a considerar el tema al tratar sobre la cuantificación y la individualización de la pena. En ese contexto, sostiene que los *límites mínimos* fijados por las escalas legislativas penales tienen el valor de regla general, pero que no rigen cuando fuentes de superior jerarquía del mismo derecho argentino señalen que el mínimo es *irracional en el caso concreto*. Lo correcto –sostiene– es asignarles *valor indicativo*, que opera cuando el mínimo de la escala legal no se topa en el caso concreto con los *otros parámetros legales de mayor jerarquía*, en cuyo supuesto corresponde reducirlos hasta compatibilizar la pena con éstos. En ese sentido, señala como *casos bien claros de inconstitucionalidad de los mínimos* en supuestos concretos aquellos en los que se hubiesen operado las llamadas *penas naturales*, y en los que se hubiesen ejecutado sobre la persona *penas ilícitas*²³⁵.

El citado autor explicita –en lo que aquí nos interesa– que se llama *poena naturalis* al mal grave que el agente sufre en la comisión del injusto o con motivo de éste, pues de componerse la pena estatal sin referencia a esa pérdida –dice– la respuesta punitiva alcanzaría un *quantum* que excedería la medida señalada por el principio de *proporcionalidad* entre delito y pena, sin contar con que lesionaría seriamente el *principio de humanidad*, y que también extremaría la *irracionalidad del poder punitivo*, pues llevaría hasta el máximo la evidencia de su inutilidad. No puede descartarse

²³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALIAGA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002.

²³³ ZAFFARONI..., p. 126.

²³⁴ ZAFFARONI..., p. 132/133.

²³⁵ ZAFFARONI..., p. 995/996.

-agrega- que en hipótesis extremas, la *poena naturalis* cancele toda posibilidad de otra pena estatal (ejemplifica el citado autor con el caso del conductor imprudente que causa la muerte de toda su familia, que queda parapléjico, ciego, etc.)²³⁶.

Agrega que la idea de *compensación* viene impuesta por la necesidad liberal de una medida y equilibrio para todas las cosas –incluso para la reacción punitiva– lo que lleva a considerar los casos de *poena naturalis* como supuestos especiales de *renuncia estatal de la pena* en base a que su imposición resultaría notoriamente errónea²³⁷.

Expresa que la pena natural se la autoinflinge el autor a raíz de la comisión del delito, sea porque directamente se causa a sí mismo la pérdida o porque lo hacen terceros con motivo de su autopuesta en peligro. Y que no hay razón para limitar la pérdida del autor a las de naturaleza física o corporal, sino que también puede ser económica o de cualquier otro carácter, con tal que lo sea con motivo de su delito, y sin que obste que haya sido previsible o prevista, siempre que lesione los principios constitucionales señalados (irracionalidad mínima y humanidad)²³⁸.

Considera el ministro de la Corte que la pena natural está comprendida en el art. 41 del código penal, que impone al juez la obligación de tomar conocimiento de las demás circunstancias de hecho en la medida requerida para cada caso"²³⁹. No quedan dudas, pues, de que el citado autor ubica la cuestión en el marco de la *teoría de la pena*.

Finalmente, Zaffaroni trabaja la pena natural tanto en los delitos dolosos como en los culposos. Así, sostiene a modo de ejemplo que no puede ser indiferente al juez que el autor de un robo haya perdido la mano por la explosión del arma o haya sido gravemente herido durante un hecho policial de prevención directa, como tampoco si el autor de un homicidio culposo sufre la pérdida de un hijo o de toda su familia²⁴⁰.

En conclusión, la teoría de Zaffaroni hace hincapié en la proporcionalidad entre delito y pena, en la racionalidad del poder punitivo y en el principio de humanidad de la pena (pena natural + pena legal = desproporción entre delito y pena + irracionalidad + inhumanidad). Ahora bien, creemos que la exclusión de la pena en casos como el presente (*poena naturalis*) debe trasladarse del ámbito de la individualización de la pena al de la culpabilidad, y surgir de la ausencia de necesidades preventivas. El principio de proporcionalidad –afirma Roxin– es aplicable sólo en casos de sanciones impuestas de manera preventiva (medidas de seguridad), pero no de las penas cuyo

²³⁶ ZAFFARONI..., p. 996.

²³⁷ ZAFFARONI..., p. 997.

²³⁸ ZAFFARONI..., p. 997.

²³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALIAGA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 744. Y la ubicación del tema en el "Manual..." es coherente con ello (Tercera parte: Teoría de la responsabilidad punitiva - Capítulo 29: El marco legal de la respuesta punitiva); como también lo es la ubicación en su "Derecho Penal..." ("sobre la cuantificación y la individualización de la pena").

²⁴⁰ *Manual...*, p. 743.

límite máximo estará dado por la medida de la culpabilidad y su mínimo (hasta su exclusión) por la necesidad preventiva²⁴¹. Es lo que expondremos más adelante.

4. La fundamentación de la pena natural en los principios de culpabilidad y de proporcionalidad, y su eventual regulación como atenuante general: dificultades (Patricia Ziffer).

También entre nosotros, Patricia Ziffer afirma que la *poena naturalis* puede hallar diversos fundamentos constitucionales, al menos en el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad²⁴².

En cuanto al primero (*principio de culpabilidad*), sostiene que si el autor sufre un daño con motivo u ocasión del hecho punible, ya ha visto *retribuida* al menos una parte de su "reprochabilidad" y *compensado* en igual medida el provecho eventualmente obtenido). Fácil es advertir que se trata de una postura similar a la de Bacigalupo, pues parece reflejar el concepto de culpabilidad como mera retribución, sin relación con elementos preventivos.

Pero agrega la autora que en caso de daños sufridos por azar y, en ese sentido, no imputables, el fundamento a invocar sería más bien el *principio de proporcionalidad*, porque desde una teoría de la imputación bien refinada ese daño no es imputable a la culpabilidad del autor. En este aspecto, es similar a la interpretación de, por ejemplo, Zaffaroni.

Objeta Ziffer que la mayor dificultad reside en cómo medir la gravedad de la pérdida para el autor, cómo medir el sufrimiento. Afirma que la valoración sólo sería posible desde un punto de vista objetivo, lo que conduciría a una *atenuante general*. Pero que ello se puede cuestionar, por ejemplo, en casos de homicidios causados imprudentemente a parientes cercanos: con frecuencia será posible afirmar un deber de cuidado mayor, por lo que una atenuación general no necesariamente representa una

²⁴¹ ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, traducción de la 2ª edición alemana, Civitas, Madrid, 1997, p. 102/105: "En ocasiones se ha intentado renunciar por completo al principio de culpabilidad, afectado por su anterior vinculación con la teoría retributiva y por las controversias filosóficas, y poner en manos del principio de proporcionalidad la necesaria limitación de la pena. Pero éste no es el camino idóneo para la solución del problema" [p. 102]. "El principio de proporcionalidad significa solamente una prohibición del exceso en el marco de la duración de una sanción determinada sólo preventivamente (cfr. nm. 58) y ofrece mucho menos para la limitación de la intervención coercitiva del Estado; por eso no puede reemplazar al principio de culpabilidad" [p. 103]. "La medida de seguridad no está ligada en su gravedad y duración a la medida de la culpabilidad, sino sólo al principio de proporcionalidad, que admite injerencias más amplias que las permitidas por la pena" [p. 105]. "La teoría penal aquí defendida se puede resumir, pues, como sigue: la pena sirve a los fines de prevención especial y general. Se limita en su magnitud por la medida de la culpabilidad, pero se puede quedar por debajo de este límite en tanto lo hagan necesario exigencias preventivos especiales y a ello no se opongan las exigencias mínimas preventivos generales" [p. 103].

²⁴² ZIFFER, Patricia S., *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 141 a 143.

solución más justa para todos los supuestos (la imprudencia respecto de la vida de un pariente, que debería motivar una agravación de la pena, termina tratando al autor en forma más benigna que respecto de la imprudencia respecto de terceros). Concluye afirmando que si bien el principio de la *poena naturalis* puede partir de buenos fundamentos, resulta sumamente difícil incorporarlo dentro de un sistema del hecho punible sin incurrir en contradicciones²⁴³.

5. Roxin y su categoría de “responsabilidad” como culpabilidad más finalidades preventivas (nuestra propuesta de ubicación sistemática en esa categoría).

Como ya se adelantó, proponemos la ubicación dogmática de la pena natural en la categoría de "responsabilidad" pergeñada por Roxin como amalgama de culpabilidad y prevención. No obstante, intentaremos brindar cuidadosamente los fundamentos de esta postura, pues se trata de una interpretación propia con base en la nueva categoría del delito propuesta por el citado autor.

En su breve trabajo titulado "Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el derecho penal", considera Roxin –como referimos antes– que el *principio de culpabilidad* es el criterio central de toda imputación, la columna vertebral de la imputación objetiva y subjetiva, a tal punto que llega a afirmar que “la imputación de un acontecimiento externo a un sujeto determinado... constituye el único contenido de la dogmática penal”. En este sentido, expresa que la dogmática penal sólo trata de establecer bajo qué condiciones y en qué medida alguien puede ser hecho *responsable* por un acto social dañoso, y agrega que en la determinación de la responsabilidad, el principio de culpabilidad juega un papel preponderante, si bien *no exclusivo*²⁴⁴.

²⁴³ Pensamos nosotros que la dificultad en medir el sufrimiento del autor no es superior, por ejemplo, a la de evaluar el estado de conmoción violenta del ánimo propio del homicidio (o de las lesiones o del abuso de armas) en estado de emoción violenta. Ambas –el sufrimiento, el estado de conmoción– son situaciones subjetivas que sólo podrán derivarse de la consideración de circunstancias externas (objetivas). Sin embargo, a pesar de tales dificultades, el legislador consideró razonable fijar una figura atenuada del homicidio, de las lesiones y del abuso de armas, esto es, estimó correcto que dicha circunstancia subjetiva de dificultosa captación por el juzgador sea aplicable como atenuante a todos los casos en que se cometieren los delitos mencionados. Más aún, consideramos que es menos dificultosa la captación de la subjetividad en la pena natural que en el ejemplo de la emoción violenta, pues los hechos externos de que aquí se trata (muerte de un pariente cercano, amputación de un miembro, etc.) demuestran claramente un perjuicio gravísimo en la persona del autor y su consecuente sufrimiento. Por lo demás, la agravación de la pena para los delitos imprudentes cuando la víctima sea un pariente, de aceptarse, no obsta a que el grave daño que recibe naturalmente el autor –piénsese en la muerte de un hijo– compense sobremanera su imprudencia. Necesariamente todo caso de pena natural implica un tratamiento más benigno por parte de la ley, en el sentido de que el castigo que ésta impone –con fines retributivos y preventivos– ya se dio naturalmente y se torna innecesario –atento a tales fines– agregar más castigo aún.

²⁴⁴ ROXIN, "Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el derecho penal", en Nueva Doctrina Penal, 1996/b, Editores del Puerto, Buenos Aires, p. 479.

En ese marco, la *culpabilidad* es definida por Roxin como “la realización del injusto a pesar de la capacidad de reacción normativa y de la facultad de conducirse de allí derivada”²⁴⁵, o con otras palabras, como “un actuar antijurídico en el caso de capacidad de reacción ante la norma”²⁴⁶. Afirma que la base real de la determinación de la culpabilidad es la capacidad de reaccionar ante la norma (accesible a constataciones empíricas y, en principio, demostrable) y no la libertad humana de acción (regla de juego social, imposición normativa, pero no un hecho demostrable)²⁴⁷. Descarta otras concepciones de culpabilidad: la culpabilidad como actitud anímica reprochable (Jeschek, entre otros), la culpabilidad como responsabilidad por el propio carácter (Schopenhauer), y la culpabilidad como imputación por necesidades de prevención general (Jakobs)²⁴⁸. Expresa que aquel a quien, a pesar de la capacidad de reaccionar ante la norma, actúa en forma contraria, a él se le imputa su actuar como culpabilidad²⁴⁹.

Ahora bien, a renglón seguido afirma que el problema *no se agota* con definir la culpabilidad de esa forma, pues existen causas de exculpación (v.gr., estado de necesidad disculpante y exceso en la legítima defensa) en las que la capacidad de reaccionar ante la norma, por regla general, no está excluida. A ello agrega que tampoco el concepto de culpabilidad como capacidad de reaccionar ante la norma explica una disposición como la de la edad de imputabilidad: dice que sería absurdo suponer que con la llegada a la edad de imputabilidad (14 años), una persona ingresa repentinamente a una capacidad de culpabilidad (de reaccionar ante la norma) de la que antes carecía completamente. Tales tres casos, a su entender, no implican una causa de exclusión de la culpabilidad, sino una *causa de atenuación* de ella: *se desiste de un castigo porque el legislador no lo considera necesario o lo considera dañoso, por razones de prevención especial o general*²⁵⁰.

Concluye de lo dicho que lo que se llama *exclusión de la culpabilidad*, si bien se basa en parte en la falta o en la disminución de la *culpabilidad*, en parte también lo hace en consideraciones de *prevención especial y general* sobre la posibilidad de prescindencia de la pena. Para la imputación subjetiva de un actuar ilícito deben concurrir *culpabilidad* del autor y una *necesidad preventiva* de castigo. Propone llamar a la categoría del delito que sigue al injusto no culpabilidad, sino *responsabilidad*²⁵¹.

De esta manera, afirma que en la teoría de la imputación subjetiva deben ser integrados junto a la culpabilidad también aspectos preventivos, de modo que la

²⁴⁵ Ibidem, p. 481/2.

²⁴⁶ Ibidem, p. 485.

²⁴⁷ Ibidem, p. 486.

²⁴⁸ Ibidem, p. 482/5.

²⁴⁹ Ibidem, p. 488.

²⁵⁰ Ibidem, p. 488/491.

²⁵¹ Ibidem, p. 491 y ss.

culpabilidad sólo constituye un aspecto parcial, si bien esencial, de lo que denomina *responsabilidad*. Reconoce que todo esto tiene importantes efectos en la fundamentación dogmática del derecho penal, pero también en el alcance práctico de las posibilidades de eximición de la pena”²⁵².

Lo explica en los siguientes términos:

“...Para la determinación de la pena, esto significa que cada pena presupone culpabilidad y no debe superar la medida de la culpabilidad, y que la pena debe ser también siempre preventivamente imprescindible. La pena puede quedarse atrás de la medida de la culpabilidad, si las necesidades preventivas hacen innecesario un agotamiento de la medida de la culpabilidad e incluso lo hacen parecer desaconsejable (...) Así, se adopta una posición liberal, acorde al Estado de Derecho, que coloca al poder estatal límites tan estrechos, como sea socialmente justificable. No se puede penar ni aun en caso de una gran necesidad de prevención especial o general, cuando el autor actúa sin culpabilidad. (Pero) incluso cuando exista una culpabilidad – disminuida–, se debe desistir de la pena si lo permiten las necesidades preventivas, naturalmente no según el criterio personal del juez, sino según disposiciones legislativas o decisiones valorativas de la ley”²⁵³.

Al final del citado trabajo, sintetiza Roxin su postura afirmando que "aquello que tradicionalmente llamamos ‘actuar sin culpabilidad’ (es decir, exclusión de la culpabilidad o disculpa) no es sólo la falta de capacidad de reaccionar ante la norma sino, a menudo, también una exclusión de la responsabilidad basada en la falta de necesidad preventiva de sanción, en vinculación con una culpabilidad atenuada”²⁵⁴.

Por otro lado, en su *Derecho Penal Parte General* no encontramos desarrollada la cuestión de la pena natural, sino tan sólo una breve referencia a la norma del C.P. alemán que la recepta, sin emitir el citado autor opinión alguna respecto de su ubicación. Según la citada disposición, en las penas de prisión de hasta un año el tribunal dispensará de la pena "si las consecuencias del hecho que hayan afectado al autor son tan graves que sería evidentemente equivocado imponer una pena" (§ 60). Afirma el autor alemán que dicha norma prevé el supuesto de que el sujeto ya haya sido "suficientemente castigado" por las repercusiones de su delito (ejemplifica con el automovilista que ha provocado culposamente un accidente, y sufre él mismo en el accidente graves lesiones con peligro para su vida). Opina que el precepto legal es

²⁵² *Ibidem*, p. 491.

²⁵³ *Ibidem*, p. 491/493.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 497.

digno de alabanza por su *orientación hacia las finalidades preventivas del Derecho penal*²⁵⁵.

Esta referencia a las finalidades preventivas nos habilita a ubicar la *poena naturalis* en la categoría de “responsabilidad” del profesor alemán. Así, nos permite sostener que en la *pena natural*, si bien la culpabilidad permanece, no existe en cambio responsabilidad por el hecho debido a que *no existen razones de prevención general o especial que tornen necesario un castigo*.

Pero en la citada obra Roxin efectúa otras consideraciones que –según creemos– confirman nuestra interpretación. Así, sobre el *principio de oportunidad* dice:

“Si los supuestos del principio de oportunidad pertenecen al Derecho procesal es sólo porque en tales constelaciones el legislador no ha querido recurrir al procedimiento de la subsunción para fijar la decisión sobre la imposición de una pena, sino que se la ha encomendado al arbitrio —que queda al margen del hecho— del Ministerio Fiscal y del tribunal. Por tanto, ha querido dejar mayor libertad a las autoridades encargadas de la persecución criminal mediante disposiciones meramente facultativas. Si por el contrario hubiera una formulación acorde con el principio de determinación o precisión y una exclusión obligatoria de la pena, habría que calificar las actuales ‘situaciones de oportunidad’ en parte como causas de exclusión de la responsabilidad y en parte como causas de exclusión de la punibilidad”²⁵⁶.

¿En cuál de esas causales ubicaría Roxin a la pena natural? Para responder, sigamos interpretando su texto. Distingue el autor estas dos causas diciendo que en la segunda (exclusión de la punibilidad) existen, a diferencia de la primera (exclusión de la responsabilidad), finalidades extra-penales que *"tienen prioridad frente a la necesidad de pena"*²⁵⁷. Y más adelante, en el mismo sentido, sostiene que si en las *causas de exclusión de la responsabilidad* hay merecimiento de pena (culpabilidad) pero no hay necesidad de pena (prevención), en las *causas de exclusión de la punibilidad* existe tanto merecimiento como necesidad, pero sólo finalidades extrapenales hacen que se exima de pena²⁵⁸.

²⁵⁵ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General*, traducción de la 2ª edición alemana, Civitas, Madrid, 1997, p. 130. Agrega que en el año 1991 se dispensó de pena en 684 casos.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 991.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 977.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 983/984. He aquí el texto: "Pues bien, se puede discutir si es necesaria o no la distinción conceptual entre merecimiento y necesidad de pena; pero en cualquier caso, tal como la efectúan los citados autores, remite a la diferenciación que aquí se ha hecho dentro de la categoría de la responsabilidad. Conforme a la misma, se dará el "merecimiento de pena" cuando una conducta sea típica, antijurídica y culpable (aunque de un modo más sobrio y más exacto debería hablarse de la concurrencia de una "posibilidad de punición"); pero una conducta "merecedora de pena" sólo estará "necesitada de pena" si se añade una necesidad preventiva de punición. Ahora bien, esto pone de manifiesto que el concepto de necesidad de pena tampoco afecta a las condiciones objetivas de punibilidad y a las causas de exclusión de la punibilidad, sino que abarca sólo aquellos casos en los que una conducta culpable queda impune porque no es necesaria una sanción a efectos de prevención especial

En ese marco, interpretamos nosotros que la pena natural es una *causa de exclusión de la responsabilidad* porque permanece la culpabilidad, pero desaparece la necesidad de prevención ante el perjuicio sufrido por el autor. La pena natural *no es*, en cambio, causa de exclusión de la punibilidad, porque en ésta no desaparece la responsabilidad (esto es, ni la culpabilidad ni la necesidad de prevención), sino que se excluye la pena en razón de finalidades extra-penales.

Creemos que esta postura es la más adecuada, por cuanto recepta tanto las finalidades retributivas como las preventivas del derecho penal²⁵⁹.

Ahora bien, la propuesta de Roxin –con base en la cual, a su vez, fundamos la nuestra– no está exenta de críticas en su propio país. Hirsch, en un breve artículo sobre la justificación y la exculpación en la teoría del delito, dice que la opinión dominante en la bibliografía alemana rechaza una amalgama de culpabilidad y prevención, porque confunde causa y consecuencia: los criterios de prevención no son la causa de la exculpación, sin la consecuencia de que no concurre culpabilidad jurídicamente relevante (cita a Jescheck, Lenckner y otros autores)²⁶⁰.

En el trabajo citado en primer término (“Culpabilidad...”), Roxin responde las críticas que le formula Hirsch: “Él opina que faltaría en mi concepción una fundamentación independiente de la culpabilidad, pues ella se fundaría a través del ‘recurso a la ... prevención sólo reconocida como legitimación de la pena’. Pero que con ello, el concepto de culpabilidad no puede realizar tampoco una función limitadora e independiente, especialmente frente a necesidades preventivas, dado que él mismo está predeterminado por la prevención’. Por supuesto, esto es una maliciosa interpretación de mi doctrina. Pues yo determino la culpabilidad absolutamente libre de conceptos preventivos, como ‘obrar antijurídico a pesar de la capacidad de reaccionar ante la norma’, y limito a través de ella la pena de la misma manera a como lo hace cualquier luchador consecuente por el principio de culpabilidad. Con la proposición de que la culpabilidad sólo sirve como límite de la injerencia no se discute que ella es un presupuesto constitutivo de la pena. Se discute sólo *que ella legitime una retribución*, y

ni general. Y aunque dichas constelaciones, como el yacimiento entre parientes realizado por menores (§ 173 III) o el encubrimiento a favor de parientes (§ 258 VI), se incluyen a veces equivocadamente en la cuarta categoría del delito, no obstante pertenecen a la teoría de la responsabilidad (cfr. § 22, nm. 132 s., 135). En cambio, en los casos de prioridad de finalidades extrapenales, que, como hemos visto, suponen la característica común a las condiciones de punibilidad y a las causas de exclusión de la punibilidad, hay que afirmar no sólo el merecimiento de pena, sino también la necesidad de pena. Si pese a haber necesidad de pena no se castiga, es porque la necesidad de pena ha de (retro)ceder ante otras finalidades del Estado”.

²⁵⁹ Y, en cierta manera, es similar a la de Bacigalupo, en virtud de que si bien este autor parece postular un mero retribucionismo al hablar de “compensación” de la culpabilidad, aclara que en razón de esa compensación no hay necesidad preventiva de pena. Lo que Roxin, como vimos, engloba bajo la categoría de “responsabilidad”.

²⁶⁰ HIRSCH, “La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana”, en Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, Año 2, Nro. 3, Ad Hoc, Buenos Aires, p. 34.

se discute también que la culpabilidad funde por sí sola la pena: *ella es condición necesaria, pero no suficiente de la pena*²⁶¹.

Como puede advertirse, la crítica de Hirsch es incisiva, al considerar que la postura de Roxin reduce el fundamento de la pena a necesidades de prevención general y despoja a la culpabilidad de su función limitadora de la pena frente a aquéllas: *la culpabilidad estaría predeterminada por la prevención*. Sin embargo, consideramos nosotros que la disquisición de Roxin es clara y permite refutar la crítica efectuada por aquél: *la culpabilidad fundamenta la pena y marca su límite máximo, el que no puede ser superado por necesidades preventivas*. En consecuencia, sólo si no existe necesidad preventiva de punición se podrá excluir la pena a pesar de la culpabilidad (esto es, a pesar de la capacidad de reaccionar ante la norma). Pero nunca las necesidades preventivas podrán fundamentar una pena más allá de la medida de la culpabilidad²⁶².

6. La cuestión en los delitos dolosos.

Patricia Ziffer menciona que el ejemplo frecuente de casos de pena natural es el de los delitos *imprudentes*, en los que se produce una pérdida familiar o patrimonial importante para el propio autor. Y que el concepto de *poena naturalis* es utilizado por Jakobs para fundamentar el *tratamiento más benigno de los hechos imprudentes respecto de los dolosos*: la imprudencia es menos grave que el dolo porque aquélla tiene su origen en la incompetencia del autor para administrar también sus propios asuntos. En cita textual de Jakobs: "En caso de imprudencia, el autor soporta un riesgo natural, que no es propio del dolo, justamente el riesgo de que también él mismo pueda resultar dañado o, si no, otra persona cuyo daño el autor sufrirá como propio (...) la imprudencia (...) está cargada con el peligro de una *poena naturalis*, y este riesgo de autolesión atenúa el carácter determinante del autor imprudente, frente al autor doloso"²⁶³.

²⁶¹ ROXIN, "Culpabilidad...", p. 493, nota a pie de página N° 42.

²⁶² ROXIN, *Derecho...*: "el defecto que les es propio a todas las teorías preventivas, cual es que su enfoque no entraña en sí las barreras del poder sancionador, necesarias en el Estado de Derecho, se remedia óptimamente mediante una prohibición de rebasamiento de la culpabilidad" [p. 99]. "Ciertamente, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad, pero puede no alcanzarla siempre que eso lo permita su fin preventivo. En ello radica una diferencia decisiva frente a la teoría de la retribución, que, ciertamente, también limita la pena por la medida de la culpabilidad, pero que reclama en todo caso dicha pena correspondiente a la misma con independencia de toda necesidad preventiva" [p. 101]. "El principio de culpabilidad sólo sirve como instrumento para la restricción de la prevención" [p. 101]. "Mediante la vinculación de la pena al principio de culpabilidad también se eliminan las objeciones que parten del hecho de que mediante la persecución de fines preventivos se trata al particular como "medio para el fin" y se le perjudica así en su dignidad como persona" [p. 102]. "La teoría penal aquí defendida se puede resumir, pues, como sigue: la pena sirve a los fines de prevención especial y general. Se limita en su magnitud por la medida de la culpabilidad, pero se puede quedar por debajo de este límite en tanto lo hagan necesario exigencias preventivo especiales y a ello no se opongan las exigencias mínimas preventivo generales" [p. 103].

²⁶³ ZIFFER, op. cit., p. 141/2.

Bacigalupo, según se expuso *supra*, ejemplifica con un delito doloso: el ladrón que al huir cae del tejado y queda tetrapléjico. Y Zaffaroni, por su parte, prevé la pena natural también en los delitos dolosos. Así, sostiene a modo de ejemplo que no puede ser indiferente al juez que el autor de un robo haya perdido la mano por la explosión del arma o haya sido gravemente herido durante un hecho policial de prevención directa, como tampoco si el autor de un homicidio culposo sufre la pérdida de un hijo o de toda su familia²⁶⁴.

El derecho alemán, al aceptar la pena natural, no discrimina entre delitos dolosos e imprudentes, pero sí limita la aplicación de la norma –como ya referimos– a los casos en los que la pena privativa de la libertad que corresponda al autor *no sea superior a un año* (parágrafo 60 del CP germano). En consecuencia, sólo los delitos leves darán lugar a la dispensa de pena allí establecida.

De acuerdo a la interpretación que aquí defendemos, la pena natural podrá aplicarse tanto a los delitos culposos como a los dolosos, pues en ambos casos el castigo podrá tornarse innecesario a los fines preventivos. Aunque debemos reconocer que al ser los primeros generalmente de menor gravedad que los segundos, será en aquéllos más factible la aplicación del instituto. Es que a mayor gravedad del delito, menor posibilidad de exclusión de responsabilidad en caso de pena natural: ésta debería erigirse en extremadamente grave para que se considere preventivamente innecesario el castigo de, por ejemplo, unas lesiones gravísimas, un robo calificado por el uso de arma, un abuso sexual con acceso carnal, etcétera. No sucederá así, en cambio, en casos de delitos dolosos de poca entidad: lesiones leves, daño, amenazas, abuso de arma, hurto, violación de domicilio, etcétera²⁶⁵.

Conclusiones.

Hasta aquí hemos visto que la pena natural puede ser considerada: a) como un *criterio de oportunidad* bajo la órbita de la disponibilidad de la acción; b) en el marco de la *teoría del delito* con relación a la categoría de la *culpabilidad* (compensación de una culpabilidad cuantificable), o con relación a la categoría más amplia de *responsabilidad* entendida como culpabilidad más necesidades preventivas; c) como

²⁶⁴ ZAFFARONI, *Manual...*, p. 743.

²⁶⁵ Piénsese en el ingreso de una persona a una vivienda sin permiso de su propietario –violación de domicilio– que deriva en lesiones de importancia ocasionadas por el ataque de un perro guardián (amputación de un miembro); o en alguien que destruye intencionalmente la pared de una vivienda ajena –daño– y ocasiona sin quererlo la caída de ella sobre su cuerpo, quedando cuadripléjico. ¿Alguien con un mínimo de sentido de justicia, de sentido común, juzgará imprescindible, en esos casos, a los fines de prevención especial y general, imponer una pena al autor del hecho, ya suficientemente castigado por la naturaleza?

una *pauta de mensuración* en el marco de la teoría de la pena, con base a principios superiores –humanidad, proporcionalidad, estricta necesidad, racionalidad- que podrían dar lugar al traspaso del mínimo de la escala penal hasta excluir totalmente al autor de pena; d) como una *excusa absolutoria* (punibilidad).

Nuestra propuesta final –adelantada ya en la introducción– es ubicar y tratar la pena natural en el marco de la *teoría del delito*. Ello puede ser realizado en la categoría de la *culpabilidad*, entendida a la manera de Bacigalupo como culpabilidad cuantificable y que por ende puede ser compensada por el daño sufrido por el autor, desapareciendo así la necesidad preventiva de la pena. Pero también –lo que consideramos más adecuado– en la categoría de *responsabilidad* de Roxin integrada por la culpabilidad más necesidades preventivas.

En concreto, proponemos que la pena natural sea considerada como una *causal de exclusión de responsabilidad: por razones de prevención especial y general, el castigo se torna innecesario, a pesar de la capacidad del autor de reaccionar ante la norma (culpabilidad)*²⁶⁶.

Tales necesidades preventivas se pueden predicar, a nuestro entender, *tanto respecto de los delitos dolosos como de los culposos*; en ambos supuestos, la existencia de una pena natural (de un perjuicio grave en la persona del autor) determinará la exclusión de la responsabilidad por el injusto típico cometido.

²⁶⁶ Aquí discrepamos en algún aspecto con la postura asumida en el fallo que citáramos ejemplificativamente al principio del presente trabajo (v. nota a pie n°3), pues en él parece receptarse la posición de Bacigalupo y especialmente la de Zaffaroni: “se presenta aquí un caso que demuestra claramente que la verdadera esencia del Derecho Penal no se encuentra en la vulneración de la respectiva norma punitiva, sino en la pena que deberá ser aplicada. Es por ello que aún en aquellos supuestos donde se ha cometido responsablemente un delito, no puede sancionarse a su autor con la respectiva pena, cuando ello aparezca por algún motivo como *manifiestamente desproporcionado*” (voto del Dr. Mahiques). Sin embargo, tras citar *el principio de culpabilidad y la necesidad de proporcionalidad de la pena la gravedad del delito cometido* (con citas de Bacigalupo y Zaffaroni), mencionar el tratamiento de la cuestión *al momento de individualizar la pena* de acuerdo a las pautas de los arts. 40 y 41 del CP (agregando a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor, el merecimiento de pena), e invocar los *principios de humanidad, estricta necesidad y racionalidad* (con cita de Zaffaroni), hace referencia a los *fines preventivos*. Y si bien tal referencia se realiza con el fin de excluir su valor para fundamentar un castigo que –aun tratándose del mínimo de la escala penal– aparece como desproporcionado a la conducta cometida por el agente, se aclara finalmente que el castigo en el caso examinado en el fallo también *es innecesario(inútil) desde el punto de vista de la prevención especial*: “XII) Por lo tanto, la única justificación racional para imponer a J. S. B. aquella sanción que se corresponde con el mínimo previsto en abstracto por el legislador, se hallaría en su necesidad preventivo general -sea positiva o negativa-, pero según lo antes referido este criterio no puede fundar por sí mismo la punición de una conducta, soslayando tanto las exigencias derivadas del principio de culpabilidad como su demostrada inutilidad preventivo especial”. De lo que se deriva, en última instancia, que además de todos los principios aludidos (culpabilidad, proporcionalidad, humanidad, racionalidad, etc.), entran en juego finalmente las razones de prevención especial y general, aunque al revés de lo indicado en el fallo: no para aumentar un castigo sino para eximirlo por innecesario –atento a la pena sufrida naturalmente- a pesar del actuar culpable. Es lo que nosotros –como se explicó en el presente trabajo- ubicamos en la categoría delictiva propuesta por Roxin de la responsabilidad, cuya ausencia por innecesidad preventiva de castigo excluye directamente la existencia del delito, sin que sea necesario avanzar a la fase de individualización de la pena. Los efectos prácticos son, sin embargo, similares: la absolución del imputado.

Por lo demás, si bien es razonable que la pena natural pueda ser regulada accesoriamente por el derecho adjetivo como un criterio de oportunidad, atribuyéndose al actor penal el arbitrio para la aplicación del instituto y la consecuente disposición de la acción penal, opinamos –con Roxin– que *la regulación por el derecho penal de fondo es más acorde a un derecho penal liberal propio de un Estado de Derecho, por respetar el principio de determinación o precisión de la ley (lex certa)*, integrante del principio de legalidad, lo que implicará una *exclusión obligatoria* de la pena.

De esta manera, ante un caso de pena natural, ya no será potestad del órgano persecutor disponer de la acción sino que será *obligación* del órgano judicial resolver el cierre de la causa (sobreseimiento en la etapa investigativa o en los actos preliminares del juicio y absolución en la etapa plenaria) en razón de la presencia de una causal de *exclusión de la responsabilidad* que, a nuestro entender, en nuestra legislación debería preverse como un supuesto más del art. 34 del CP, *analogable a una causal de inculpabilidad* en virtud de una interpretación *in bonam partem* de la ley (culpabilidad en sentido amplio o responsabilidad).

No estimamos correcto, en cambio, conceptuarla ni legislarla como una excusa absoluta (aunque ésta dé también lugar al cierre del proceso), por tratarse la pena natural de un caso de innecesiedad de pena y no de eximición por razones de política criminal.

Por último, pensamos que si el autor sufrió un perjuicio de escasa entidad, esto es, de valor insuficiente para excluir la responsabilidad penal de acuerdo a la gravedad del delito de que se trate, podrá tal circunstancia ser tenida en cuenta por el juzgador como *pauta de mensuración de la pena*, con invocación de los principios de humanidad y de proporcionalidad y en aras de la racionalidad del poder punitivo. En todo caso, será la relación entre la gravedad del delito de que se trate y la entidad del daño sufrido en el caso concreto la que permita definir la exclusión de la responsabilidad: obviamente los delitos graves –piénsese en lesiones gravísimas o en un homicidio– harán dificultosa o imposible tal exclusión. Cuestión discutible es la posibilidad, al individualizar la pena, de *atravesar los mínimos de las escalas penales* y eximir totalmente de castigo al autor (como propone Zaffaroni). Para nosotros, queda claro que la eximición total de la pena será producto de la inexistencia de delito de acuerdo a los criterios por nosotros propuestos con base en la concepción de Roxin (ausencia de responsabilidad como categoría del delito), por lo que en principio excluimos la posibilidad de *atravesar la barrera de los mínimos de las escalas penales* en abstracto en la fase de individualización de la pena.

En definitiva, hasta aquí hemos intentado demostrar que la llamada pena natural, cuya legislación se procura desde el ámbito de la disponibilidad de la acción, puede ser tratada dogmática *en la teoría del delito* y legislativamente *en el ámbito del derecho penal sustantivo*, si bien no como causa de exclusión de la antijuridicidad específicamente penal (como sucede en el caso de la insignificancia), sí en el ámbito de la culpabilidad cuantificable o -mejor- en de la responsabilidad que integra la culpabilidad con las finalidades preventivas. Y, eventualmente, en el marco de la individualización de la pena (teoría de la pena), receptando principios constitucionales de jerarquía superior (humanidad, proporcionalidad y racionalidad de las penas).

Para finalizar, sin perjuicio de dejar la tarea en manos de especialistas en técnica legislativa –que corregirán nuestros posibles errores– nos animamos a proponer una reforma del código penal que recepte la posición expuesta en el presente trabajo:

a) Agregar un nuevo inciso al art. 34 del CP que rece: "*No son punibles... El que como consecuencia del hecho haya sufrido un perjuicio de tal magnitud que torne preventivamente innecesaria la pena de acuerdo a la gravedad del delito de que se trate*".

b) Aditar al art. 41 del CP la siguiente circunstancia atenuante de mensuración de la pena: "*... Los perjuicios que hubiese recibido el autor por su propio hecho delictivo, siempre que su entidad no sea tal que determine la innecesiedad de la pena de acuerdo a lo previsto por el art.34...*".

BIBLIOGRAFÍA

- I) BACIGALUPO, Enrique, “Principio de culpabilidad, carácter del autor y *poena naturalis* en el derecho penal actual”, en Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Nueva Serie, N°2, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, ed. Lerner, 1998, p. 73/101.
- II) BACIGALUPO, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, 3ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1994.
- III) IRRIBARREN, Pablo, “Otro fallo sobre la “pena natural” (nota a fallo), Suplemento La Ley Penal y Procesal Penal, publicado el 16/3/10, p. 31 y ss.
- IV) JESCHECK, Hans Heinrich – WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, traducción de Miguel Olmedo Cardenote, 5ª ed., Comares, Granada, 2002.
- V) LASCANO, Carlos J., “La antijuridicidad específicamente penal, las excusas absolutorias y los criterios de oportunidad reglada para la disponibilidad de la acción penal pública promovible de oficio”, artículo inédito.
- VI) ROXIN, Claus, “Culpabilidad y exclusión de culpabilidad en el derecho penal”, en *Nueva Doctrina Penal*, 1996/B, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.
- VII) ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General*, traducción de la 2ª edición alemana, Civitas, Madrid, 1997.
- VIII) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALIAGA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires.
- IX) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALIAGA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2007.
- X) ZIFFER, Patricia S., *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 141 a 143.
- XI) TOLEDO Alejandro y HEIM Andrés; *El principio de insignificancia y la pena natural como causales de eximición o reducción del castigo penal*, en

AAVV, *Crisis y futuro de la legislación penal*, Ediar, Buenos Aires, 2008,
p. 405.

LA REGULACIÓN PROVINCIAL DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

*Sistematización comparativa de las legislaciones provinciales que receptan
institutos de oportunidad procesal.*

Dolores Agud

Natalia Bazán

Daniela Bianciotti

Milagros Gorgas

Berenice Olmedo

INDICE

Primera parte

- XII) INTRODUCCIÓN. Finalidad descriptiva.
- XIII) CRITERIOS DE OPORTUNIDAD PROCESALMENTE LEGISLADOS. Conceptos, casos de procedencia y regulación procesal provincial que lo acepta.
- Insignificancia
 - Arrepentido Colaborador
 - Mediación. Conciliación y Reparación a la víctima
 - Pena Natural
 - Selección de los hechos innecesarios.
 - Exigua contribución en el hecho.
 - Expreso pedido de la víctima para que el fiscal se abstenga de ejercer la acción penal
 - Enfermedad incurable en estado terminal. Avanzada edad.
- XIV) AUTORIDAD QUE RESUELVE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. Oficina –administrativa o judicial– que interviene.
- XV) PROCEDIMIENTO DE APLICACIÓN DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD. Trámite, oportunidad procesal, forma de la resolución y vías de impugnación.
- XVI) EFECTOS DE LA APLICACIÓN DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD. Valor definitivo o provisorio de la resolución que lo acepta.

Segunda parte

- III. POSTURAS DOCTRINARIAS SOBRE LA ATRIBUCIÓN DE LAS PROVINCIAS PARA FIJAR CRITERIOS DE OPORTUNIDAD.
- IV. CURIOSIDADES.
- V. CONCLUSIONES.

Primera parte

III) INTRODUCCIÓN

La ley penal describe en abstracto una conducta como punible y amenaza con una sanción a quien incurre en ella. Frente a la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo, no basta con que la conducta esté reprimida, sino que es necesario un procedimiento para que el Estado a través de sus órganos persecutorios impulse la investigación y verifique la existencia del hecho, la participación del imputado y, si corresponde, aplique la sanción al responsable.

Conforme surge de nuestro sistema penal, todo hecho delictivo que acaece en la realidad debe ser necesaria e inevitablemente perseguido, juzgado y en su caso, penado. Ello, por cuanto el art. 71 CP establece que “deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las dependientes de instancia privada y las acciones privadas”, completándose con la prevista en el art. 274 del mismo cuerpo legal, que reprime la conducta de los funcionarios públicos encargados de la persecución y represión de delitos que omitieren hacerlo. Entonces, la reacción estatal frente a la posible comisión de un ilícito debe darse en todos los casos, sin excepciones y con la misma intensidad.

Esta regla consagra la vigencia en nuestro país del principio de legalidad (o indisponibilidad), entendido como *“la automática e inevitable reacción del Estado a través de sus órganos predisuestos, para que frente a la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo comiencen a investigarlo, reclamen luego el juzgamiento y si corresponde el castigo”* (AA.VV., Manual de Derecho Procesal Penal, Ed. Ciencia, Derecho y Sociedad, Córdoba 2003, p. 78).

La influencia de este principio se advierte tanto al momento inicial de la investigación, ya que es inevitable su comienzo frente a la posible comisión de un delito, como también durante todo el curso del proceso, ya que la misma es irretractable.

Sin embargo, la realidad demuestra que ningún sistema judicial puede dar tratamiento a todos los hechos delictivos que se cometen en la realidad, quedando una gran cantidad de delitos sin ser investigados. Frente a esta imposibilidad material del aparato judicial, aparecen diversos criterios de política criminal o procesal que tratan de priorizar el tratamiento de algunos hechos delictivos frente a otros (por su mayor

gravedad, por la función pública de sus partícipes, entre otros), como así también de proporcionar distintas soluciones en lugar de la imposición de una pena (reparación de la víctima, armonización del conflicto). Estos criterios, generalmente se aplican a delitos de poca entidad, cuando los imputados son autores primarios o bien, cuando los bienes jurídicos lesionados son disponibles.

Es lo que se conoce como principio de oportunidad (o disponibilidad), al que podemos caracterizar, en contraposición al de legalidad, *“como la posibilidad que la ley acuerda a los órganos encargados de la investigación penal, por razones de política criminal o procesal, de no iniciar la investigación o suspender provisoriamente la ya iniciada, limitarla objetiva o subjetivamente, hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aplicar penas inferiores a la escala penal fijada legalmente para el delito, o eximir a los responsables de ella”* (cfr. ob. cit., p. 84).

En la legislación de fondo ya se encuentran legislados algunos institutos; tales como la suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis CP); el avenimiento en los delitos sexuales (art. 132 CP), el arrepentido (art. 29 ter, ley 23.737), entre otros.

Sin embargo, la realidad demuestra que algunas provincias, frente a la crisis del principio de legalidad, la ausencia de una legislación uniforme con vigencia en todo el país que establezca criterios de oportunidad y la imperiosa necesidad de dar respuesta a los delitos, han comenzado a legislar sobre esta materia incluyendo en sus códigos procesales distintos criterios de este tipo. Paralelamente, existe una amplia discusión doctrinaria en torno a la facultad que tienen las provincias en legislar en materia de oportunidad.

Entonces, en el escenario argentino encontramos que si bien rige el principio de legalidad en virtud del art. 71 CP, hay provincias que aplican sus propios criterios de oportunidad frente a la comisión de un hecho delictivo, mientras que otras, como la de Córdoba, mantienen su vigencia (al menos en teoría), admitiendo sólo las excepciones previstas por la ley de fondo.

Por ello, en el presente trabajo procuramos identificar los criterios de oportunidad receptados en las distintas provincias y detallar la regulación normativa que se les ha dado a cada uno de ellos, la autoridad competente y el procedimiento establecido para su aplicación como así también los efectos que acarrearán, siguiendo un método puramente descriptivo.

Además, se plantean las discusiones doctrinarias que existen respecto a las atribuciones de las provincias para fijar criterios de oportunidad y, finalmente, se efectúa un análisis crítico en el que exponemos nuestras conclusiones.

IV) CRITERIOS DE OPORTUNIDAD PROCESALMENTE LEGISLADOS

- **Insignificancia**

Frente a la limitación de recursos (materiales y humanos), el principio de oportunidad se fundamenta en la necesidad de establecer un diseño político criminal coherente y racional cuyas bases se asienten en la proporcionalidad de la pretensión punitiva, surgiendo como imperativo la necesidad de establecer pautas asentadas en criterios de economía procesal que instituyan prioridades. De esta manera, ante la imposibilidad de investigar todos los hechos que se cometen, se debe empezar por los hechos más graves²⁶⁷ y relegar la investigación de aquellos insignificantes en tanto se presenten como carentes de interés para el desenvolvimiento del Estado.

Sostiene Marchisio²⁶⁸ que la insignificancia del hecho combinada con la falta de interés estatal en la persecución penal y la mínima culpabilidad son las hipótesis más utilizadas de los diversos criterios de oportunidad en el derecho comparado.

Ahora bien, ¿cómo definimos insignificancia?, ¿cuál es su alcance? La temática es infinitamente más rica, pero la discusión excede este espacio en el que nos limitaremos a mencionar un concepto sencillo. Abarcan situaciones insignificantes las acciones con escaso contenido antisocial, es decir aquellas infracciones de carácter mínimo como las de bagatela, por el ínfimo disvalor de la acción objeto de reproche. En este punto, la flexibilización del “resorte estatal” como reacción inevitable frente al delito, no sólo favorece el descongestionamiento y la mayor eficacia en la administración de la justicia penal: también pretende evitar en delitos escasa entidad el efecto desocializante que suele ir unido al cumplimiento de una pena.

No se ignora ni se pretende soslayar la estrecha relación que existe entre el concepto de insignificancia como causal de “atipicidad” tanto como criterio de oportunidad, y la consabida discusión que ello genera entre “procesalistas” y “penalistas”²⁶⁹. Por lo que aquí interesa, más allá de compartir o acercarnos a una u otra posición, entendemos que la insignificancia opera como criterio de oportunidad cuando conforme al principio de proporcionalidad no se llega al grado necesario para afirmar la atipicidad de la conducta²⁷⁰.

²⁶⁷ Y de esta manera priorizar la investigación y persecución criminal de los hechos punibles de mayor relevancia, que afectan a bienes jurídicos importantes para la sociedad, tales como la vida, la integridad física, la libertad, la salud pública y privada, etc.

²⁶⁸ ADRIAN MARCHISIO “Principio de Oportunidad, Ministerio Público y Política Criminal” AdHoc, Buenos Aires, 2010, pág. 283, quien a modo de ejemplo menciona que en *“Alemania estos supuestos representan el 90 % de los motivos por los que se aplica la oportunidad”*.

²⁶⁹ Prueba de ello, las distintas posiciones que se escucharon en la primera reunión de trabajo en comisión del Instituto de Ciencias Penales de la Academia de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, noviembre de 2010.

²⁷⁰ Por ello es evidente que para precisar el contenido del principio de oportunidad por insignificancia es necesario recurrir a los principios del derecho sustantivo, de modo tal que el derecho penal y el derecho

Hay quienes sostienen que el principio de oportunidad se justifica en puras razones de capacidad operativas del aparato de persecución criminal, afirmando que la decisión por su aplicación va a depender puramente en lo que resulte “económicamente conveniente para el órgano a cargo de la persecución penal²⁷¹. Los hechos que implican un gran costo social deben preferirse frente a la persecución de los delitos menos importantes. De esta manera, la discusión ya no pasa por la entidad o significación del hecho como delito, sino en el menor interés que suscita. Esto es, con la oportunidad procesal sólo se pretende el mejor uso de los recursos estatales. En cambio, la insignificancia sustancial toma en cuenta la (mínima) dañosidad social como requisito para que la conducta sea considerada típica, sin depender de un análisis utilitario de los recursos del estado.

De este modo, a los fines de precisar y delimitar el alcance de la insignificancia como oportunidad, se estima que existe una diferencia entre ambos institutos (penal y procesal) porque esta última versa sobre conductas con reproche (pues superan el umbral necesario para ser consideradas delito), que, valoradas comparativamente, resultan irrelevantes frente a otros casos que provocan mayor costo social²⁷².

Avanzando sobre estos conceptos, y a falta de regulación nacional uniforme, son varias las provincias que han adoptado este criterio en las últimas reformas procesales. Es más, se encuentra receptado genéricamente en todas aquellas que admiten criterios de oportunidad, pero su regulación concreta no resulta homogénea, principalmente porque su alcance es indeterminado y librado a la interpretación de los operadores jurídicos: por lo tanto, puede resultar más o menos abarcativo según el lugar donde pretenda aplicarse, pudiendo distinguirse (sólo con fines ilustrativos) la “insignificancia del hecho atribuido” y la “insignificancia de la participación del autor”.

Así, la legislación procesal de la **Ciudad de Bs. As.** le reconoce efecto sobre el proceso penal “cuando la naturaleza e importancia del hecho no justifiquen la persecución”²⁷³; mientras que la prevista para la **provincia de Bs. As.** “cuando la afectación del bien jurídico o el aporte del imputado en el hecho fuera insignificante”²⁷⁴.

procesal tiene en la insignificancia su punto de contacto.

²⁷¹ Véase MAXIMILIANO RUSCONI en cita de ADRIÁN MARCHISIO, ob. cit., pág. 291.

²⁷² Este razonamiento permite sostener que la insignificancia procesal es un peldaño más que la insignificancia material, que debe tomar los conceptos del primero, pero que refiere a la capacidad operativa y los objetivos propuestos por la cabeza del Ministerio Público en base a consideraciones de política criminal y procesal.

²⁷³ Art. 199. Archivo de la denuncia y de las actuaciones de prevención. Revisión.- “El archivo de las denuncias y de las actuaciones de prevención procederá cuando: ... **e) La naturaleza e importancia del hecho no justifiquen la persecución, cuando la decisión no contraríe un criterio general de actuación...**”.

²⁷⁴ Art. 56^o bis.- (Texto según Ley 13943) Criterios especiales de archivo. “El Ministerio Público Fiscal podrá archivar las actuaciones respecto de uno o varios de los hechos imputados, o de uno o más de los partícipes, en los siguientes supuestos: ... **Cuando la afectación del bien jurídico o el aporte del imputado en el hecho fuera insignificante y siempre que la pena máxima del delito imputado no**

Repárese en ambas legislaciones la recepción de la insignificancia a través de conceptos generales e imprecisos.

En **Río Negro**, se encuentra previsto para aquellos supuestos de hechos “que por su insignificancia no afecte gravemente el interés público Cuando la intervención del imputado se estime de menor relevancia, excepto que la acción que se le atribuye tenga prevista una sanción que exceda los seis (6) años de pena privativa de la libertad”²⁷⁵. Aquí se establece al menos un coto temporal que sirve como pauta de interpretación para circunscribir su aplicación.

En **Santa Fe**, su recepción²⁷⁶ está enunciada en el art. 19, que en el inciso segundo refiere a los hechos que por su insignificancia no afecten gravemente el interés público (o que no exista un interés público en su persecución). A continuación, establece otras condiciones necesarias para su procedencia (respecto de cualquier delito contemplado en el Código Penal), tales como la reparación de los daños y perjuicios por el imputado en la medida de lo posible, o que haya celebrado un acuerdo en tal sentido con la víctima o afianzado la reparación. Además, está excluido el supuesto de delito cometido por un funcionario público, siempre que su comisión haya tenido lugar en ejercicio de su cargo o por razón de él. Es decir que más allá de la escala penal conminada en abstracto para el delito, se tendrá en cuenta la vinculación que éste pueda tener con la función pública.

En **Mendoza**, se puede solicitar la suspensión total o parcial de la persecución penal, o bien que la misma se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron cuando se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o participe o exigua contribución de éste. No procede cuando se afecte el interés público o cuando lo haya cometido un funcionario público en ejercicio de un cargo o con ocasión de él²⁷⁷.

superelos(6)seisañosdeprisión...”.

²⁷⁵ Art. 180ter, inc. 1, incorporado al Código de Procedimiento Penal en el año 2003, mediante Ley 3794 (publicada en el Boletín Oficial el 22/12/2003) “ El agente fiscal podrá prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho, de oficio o a petición de parte, siempre previa audiencia de la víctima, en los casos siguientes: 1. **Cuando se trate de un hecho que por su insignificancia no afecte gravemente el interés público...**”.

²⁷⁶ Ley Provincial nº 12.734 (publicada en el B.O. el 31/8/2007), implementada recién a partir del 15/2/2009 (según Decreto/Ley nº 125/09, que fijó fecha de vigencia al art. 4 de la Ley de implementación progresiva nº 12.912 del año 2009). ARTÍCULO 19.- Criterios de oportunidad.- El Ministerio Público podrá no promover o prescindir total o parcialmente, de la acción penal, en los siguientes casos: ...2) **cuando se trate de hechos que por su insignificancia no afecten gravemente el interés público, salvo que fuesen cometidos por un funcionario público en el ejercicio o en razón de su cargo..”.**

²⁷⁷ Ley 6730 modificada por ley 7007 (BO 16/07/2002), de aplicación progresiva por circunscripciones. Artículo 26- Principio de oportunidad. El ministerio público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la Ley. No obstante, previa autorización del superior jerárquico, el representante del ministerio público podrá solicitar que se suspenda, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las

En **Chubut**, se recepta siempre que no medie condena anterior, cuando se trate de un hecho que por su insignificancia, por lo exiguo de la contribución del partícipe o por su mínima culpabilidad, no afecte mayormente el interés público, salvo que haya sido cometido por un funcionario público con abuso de su cargo o que la pena privativa de libertad mínima prevista para la acción atribuida exceda los tres años. Como puede observarse, aquí coexisten varios criterios para interpretar cuándo un hecho o la contribución a él **no** puede considerarse “insignificante”: los tradicionales de afectación del interés público (que también es en sí mismo indeterminado), la vinculación del hecho con la función pública del autor (que podría entenderse relacionado al criterio anterior, más amplio), el monto del mínimo de pena que en abstracto corresponda al ilícito, pero innova agregando la existencia de condena anterior²⁷⁸.

En **Chaco**, la insignificancia no está prevista como criterio de oportunidad en el Código Procesal Penal, pero la ley que establece el procedimiento de mediación lo hace aplicable a los delitos conminados con una escala penal máxima de seis años de prisión²⁷⁹.

En **Entre Ríos**, está receptada en el nuevo Código Procesal Penal (Ley 9754, B.O. 09/01/07), cuya implementación se está realizando de manera progresiva y actualmente se encuentra vigente en la jurisdicción de Concordia, comprensiva de los departamentos de Federación y Federal. Si bien expresamente prevé que como regla rigen los principios de oficialidad y legalidad procesal en la promoción de la acción penal pública (art. 5)²⁸⁰, agrega que en los casos expresamente previstos por la ley pueden fijarse pautas objetivas para la priorización de la investigación de determinados delitos, de acuerdo a las necesidades de cada circunscripción judicial, teniendo en

personas que participaron en el hecho cuando: 1) **La lesión al bien jurídico protegido fuera insignificante...**”.

²⁷⁸ Ley 5478, artículo 44. Criterios de oportunidad. No obstante el deber impuesto por el Artículo 37, el fiscal podrá plantear al tribunal el cese del ejercicio de la acción penal, total o parcialmente, o su limitación a alguna o varias infracciones, o a algunas de las personas que participaron en el hecho, de acuerdo a los siguientes criterios de oportunidad: 1) siempre que no medie condena anterior, cuando se trate de un hecho que por su insignificancia, por lo exiguo de la contribución del partícipe o por su mínima culpabilidad, no afecte mayormente el interés público, salvo que haya sido cometido por un funcionario público con abuso de su cargo o que la pena privativa de libertad mínima prevista para la acción atribuida exceda los tres años...”.

²⁷⁹ Ley Nro. 4989, art. 4.

²⁸⁰ Art. 5.- Acción pública. La acción penal pública se ejercerá por el Ministerio Público Fiscal, el que deberá iniciarla de oficio, siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá interrumpirse, hacerse cesar ni suspenderse salvo los casos expresamente previstos por la ley. **El procurador fiscal general podrá establecer pautas objetivas para la priorización de la investigación de determinados delitos, de acuerdo a las necesidades de cada circunscripción judicial, así como también teniendo especialmente en cuenta la insignificancia de los hechos**, la conciliación entre las partes, el expreso pedido de la víctima para que el Fiscal se abstenga de ejercer la acción penal y la reparación del perjuicio causado por parte del imputado. En ningún caso, estas pautas afectarán las investigaciones de los delitos cometidos contra la Administración Pública en las que los acusados fueran funcionarios o empleados públicos.

cuenta la insignificancia de los hechos (entre otras). Quedan excluidas de estas pautas las investigaciones de delitos cometidos contra la Administración Pública en la que los acusados fueran funcionarios o empleados públicos.

En **Santiago del Estero**, el nuevo Código Procesal Penal (Ley 6941, BO 11/05/09, cuya entrada en vigencia ha sido prevista a partir de febrero de 2011 en forma progresiva y por circunscripciones judiciales²⁸¹) recepta en su art. 61 distintos criterios de oportunidad.

En primer lugar, refiere a aquellos casos en que la afectación del bien jurídico o el aporte del imputado en el hecho fuera insignificante, siempre que la pena máxima del delito imputado no supere los seis años de prisión (tope temporal). Además, para aplicar este criterio a un imputado se considerará especialmente la composición con la víctima.

- **Arrepentido Colaborador**

Existen otros supuestos de oportunidad que no se hallan fundados en principios de economía procesal, sino especialmente en la formulación de estrategias de investigación que permitan aumentar los niveles de eficiencia en la investigación de casos complejos.

Se trata del arrepentido, delator, informante, institución que apunta a obtener la colaboración voluntaria y eficaz prestada a la autoridad competente por imputados, que sea útil para la persecución penal de los responsables de delitos cometidos por organizaciones delictivas y violentas, a cambio de obtener un beneficio o premio en orden a la pena respecto del delito de que se trate.

Sólo dos reformas procesales han adoptado la figura²⁸². El Código Procesal de la **Ciudad de Buenos Aires**, habla de un arrepentido colaborador como causal de archivo fiscal que procede respecto de algún imputado que hubiera dado datos o indicaciones

²⁸¹ Dispuesta por ley 6986, sancionada el 30/06/2010 y publicada en el B.O. el 02/08/2010. En su art. 2º establece que "A los fines de la presente Ley se denominará período de transición el lapso de tiempo que va desde la fecha señalada en el artículo precedente hasta transcurrido un año de la plena entrada en vigencia. Denominase plena entrada en vigencia a la aplicación integral en todas las circunscripciones jurisdiccionales de la Provincia, la cual deberá tener lugar dentro del plazo de hasta cinco (5) años calendarios a contar desde el 01 de Febrero de 2011, plazo que podrá ser prorrogado por el Poder Legislativo, a solicitud del Superior Tribunal de Justicia". Consultada el 11/05/11 en <http://www.jussantiago.gov.ar/jusnueva/Normativa/Ley6986.php>

²⁸² Fuertemente cuestionada por la doctrina. Así, CAFFERATA NORES ha expresado "*Han surgido, así, nuevos protagonistas del proceso penal, como el "agente encubierto", el "informante", el "arrepentido", el "denunciante anónimo" o el "testigo de identidad protegida", la mayoría de los cuales son inaceptables para nuestro sistema constitucional, y los pocos restantes podrían tener una mínima y transitoria aceptación excepcional sólo cuando su auxilio fuere indispensable para superar dificultades insalvables con los medios probatorios ordinarios en la investigación de gravísimos delitos, y siempre que su actuación y el valor de su información se enmarcasen en una rígida legalidad, respetuosa de los derechos fundamentales de los ciudadanos (condición cuyo logro presupone jueces, fiscales y empleados judiciales y policiales cuyas cualidades personales y funcionales estén verdaderamente acordes con su investidura)*" en La Prueba en el Proceso Penal, Ed. Lexis Nexis, 2008.

conducentes al esclarecimiento del hecho, siempre que exista conformidad del Fiscal de Cámara y ello fuera indispensable respecto de algún imputado coautor y/o partícipe necesario que se considere más relevante. El imputado beneficiado quedará obligado a prestar declaración como testigo en caso de ser convocado y deberá ser informado fehacientemente de esta obligación antes de disponerse el archivo²⁸³.

En la Provincia de **Mendoza** hallamos la figura del informante, estableciéndose que el Fiscal puede solicitar la suspensión de la persecución penal cuando una persona que se encuentre imputada o estime que pueda serlo, durante el proceso o antes de su iniciación: a) revelare la identidad de coautores, partícipes o encubridores de los hechos investigados o de otros conexos, proporcionando datos suficientes que permitan el enjuiciamiento de los sindicados o un significativo progreso de la investigación; b) aportare información que permita secuestrar los instrumentos o los efectos del delito, valores, bienes, dinero o cualquier otro activo de importancia, provenientes del mismo²⁸⁴.

- **Mediación. Conciliación y Reparación a la víctima**

En cuanto a la reparación de la víctima como criterio de oportunidad, en algunas legislaciones se encuentra prevista de forma autónoma y en otras está integrada como requisito del procedimiento de mediación.

En la **Ciudad de Bs. As.**, la mediación se encuentra prevista en el código de procedimiento (Ley 2303, sancionada el 27/03/07 y promulgada el 30/04/07; B.O.C.B.A.: 08/05/07), como instrumento para posibilitar el acuerdo entre imputado y ofendido para la solución del conflicto (sería una conciliación). Es una instancia oficial que se da en el marco de un proceso ya iniciado y de aceptación voluntaria, procede respecto de delitos de acción pública dependientes de instancia privada y aquellos

²⁸³ Art. 199. Archivo de la denuncia y de las actuaciones de prevención. Revisión.- El archivo de las denuncias y de las actuaciones de prevención procederá cuando:...f) Con la conformidad del/la Fiscal de Cámara, cuando fuera indispensable respecto de algún imputado para asegurar el esclarecimiento del hecho y/o el éxito de la pesquisa respecto de otros autores, coautores y/o partícipes necesarios que se consideren más relevantes y aquél hubiera dado datos o indicaciones conducentes al efecto. El imputado beneficiado quedará obligado a prestar declaración como testigo en caso de ser convocado y deberá ser informado fehacientemente de esta obligación antes de disponerse el archivo...”.

²⁸⁴ No procede cuando se afecte el interés público o cuando lo haya cometido un funcionario público en ejercicio de un cargo o con ocasión de él. A los fines de la suspensión o prosecución de la persecución penal se valorará especialmente la información que permita desbaratar una organización delictiva, o evitar el daño, o la reparación del mismo. Bajo tales supuestos el tribunal podrá suspender provisionalmente el dictado de su prisión preventiva. La solicitud de todo lo aquí dispuesto deberá formularse por escrito ante el tribunal, el que resolverá lo correspondiente, según el trámite establecido para la conclusión del procedimiento preparatorio de la investigación (Concs. art. 22 CPP - Costa Rica; Ley 23737). Referencias Normativas: Ley 11.179 – Texto ordenado por decreto 3992/84 Art.40 al 41.

perseguidos de oficio en los que pueda arribarse a una mejor solución para las partes (art. 204 inc. 2).

Están excluidas de este procedimiento las causas tramitadas por los delitos dolosos previstos en el Libro II del Código Penal, Título I, Capítulo I (delitos contra la vida) y Título III (delitos contra la Integridad Sexual), así como también por los casos del art. 91 del Código Penal (lesiones gravísimas), cuando se efectuaren dentro de un grupo familiar conviviente, aún el constituido por uniones de hecho.

Mientras tanto, en la **Provincia de Buenos Aires**, se ha previsto mediante ley 13433 (modificada por ley 13943) el régimen de resolución alternativa de conflictos penales, comprensivo de la mediación y la conciliación, con el propósito declarado de “pacificar el conflicto, procurar la reconciliación entre las partes, posibilitar la reparación voluntaria del daño causado, evitar la revictimización, promover la autocomposición en un marco jurisdiccional y con pleno respeto de las garantías constitucionales, neutralizando a su vez, los prejuicios derivados del proceso penal” (art. 2).

Esos procedimientos resultan aplicables (art. 6) solamente a causas de competencia correccional, estando especialmente dirigidos a los conflictos originados en cuestiones de familia, convivencia o vecindad, o bien aquellos de contenido patrimonial.

En el caso de concurso de delitos, podrán aplicarse esos procedimientos siempre que la pena máxima no exceda de seis años.

Están excluidas del trámite de la mediación penal las causas en que:

a) La víctima es menor de edad, con excepción de las motivadas en las Leyes 13.944 (incumplimiento de los deberes de asistencia familiar) y 24.270 (impedimento de contacto de menores con sus padres no convivientes).

b) El imputado es funcionario público, siempre que haya cometido el hecho denunciado en ejercicio o en ocasión de la función pública.

c) Se trate de delitos dolosos previstos en el Libro Segundo del Código Penal, Título 1, Capítulo 1 (delitos contra la vida); Título 3 (delitos contra la integridad sexual); Título 6, Capítulo 2 (robo).

d) Se trate de delitos previstos en el Libro Segundo del Código Penal, Título 10 (delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional).

No se admitirá una nueva medición penal respecto de quien hubiese incumplido un acuerdo en un trámite anterior, o no haya transcurrido un mínimo de cinco años de la firma de un acuerdo de resolución alternativa de conflictos penal en otra investigación.

En **Río Negro**, el art. 180 ter del Código de Procedimiento Penal prevé como criterio de oportunidad el acuerdo al que se arribe como resultado de ciertos métodos de resolución alternativa de conflictos.

Así, la disposición normativa mencionada delinea los siguientes requisitos de procedencia:

Inc. 5 : Cuando exista conciliación entre las partes y el imputado haya reparado en la medida de lo posible el perjuicio causado, en los delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia física o intimidación sobre las personas, o en los delitos culposos.

Inc. 6º: En los delitos dependientes de instancias privadas cuya pena máxima sea de prisión de hasta quince (15) años, con una única víctima o víctimas múltiples del mismo hecho siempre que haya existido un proceso de mediación exitoso concluido con el avenimiento de las partes, en el cual la o las víctimas o sus derechohabientes consientan de modo expreso la extinción de la acción penal.

Inc. 7: En los delitos de acción pública cuya pena máxima sea de hasta quince (15) años de prisión o reclusión, con una única víctima o víctimas múltiples del mismo hecho, siempre que haya existido un proceso de mediación exitoso concluido con el avenimiento de las partes, en el cual la o las víctimas o sus derechohabientes consientan de modo expreso la extinción de la acción penal.

Como puede advertirse, en función del elevado monto de la pena que se utiliza de tope para determinar la aplicación de criterios de oportunidad, quedan abarcados un amplio catálogo de delitos previstos en la legislación de fondo.

Sin embargo, recién con la Ley n° 3987 (complementaria del CPP, promulgada el 15/9/2005 y publicada en el B.O., el 22/9/2005) se instituye el procedimiento de mediación voluntaria para los casos previstos en los incs. 6 y 7 del art. 180 ter, también aplicable a la justicia contravencional. Como dato relevante, esta ley en su art. 1º excluye de su ámbito de aplicación a los delitos de acción pública dependientes de instancia privada cuyas víctimas sean menores de dieciséis años de edad, mientras que en el art. 4 lo hace con aquellas causas en que el denunciado ya se hubiera beneficiado con un acuerdo mediatorio, relacionado con idéntica índole de conflicto y contra el/los mismo/s damnificado/s.

Tampoco podrán someterse a mediación aquellas causas cuyos hechos denunciados hubieran sido cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones.

En **Santa Fe**, su recepción se produce en el nuevo Código Procesal Penal (Ley Provincial 12.734, B.O. 31/08/2007), implementado recién a partir del 14/2/2009²⁸⁵.

Su artículo 19 establece como criterio de oportunidad: Inc. 5): cuando exista conciliación entre los interesados, y el imputado haya reparado los daños y perjuicios causados en los hechos delictivos con contenido patrimonial cometidos sin violencia física o intimidación sobre las personas, salvo que existan razones de seguridad, interés público o se encuentre comprometido el interés de un menor de edad. Inc. 6): cuando exista conciliación entre los interesados y el imputado, en los delitos culposos, lesiones leves, amenazas y/o violación de domicilio, salvo que existan razones de seguridad, interés público o se encuentre comprometido el interés de un menor de edad.

Además, en los casos previstos en los incs. 3 (pena natural) y 6, se exige que el imputado haya reparado los daños y perjuicios en la medida de lo posible, o que haya celebrado un acuerdo en dicho sentido con la víctima o afianzado la reparación.

Repárese que para los casos donde requiere conciliación (incs. 5 y 6) se prevé el procedimiento de mediación, que asegure la dignidad de la víctima, del imputado y la igualdad de trato entre ambos (art. 20).

En **Mendoza**, se prevé en el art. 26 inc. 2 la “solución del conflicto” como criterio para solicitar la suspensión de la persecución penal. En casos de delitos originados en conflictos familiares deben intervenir mediadores tanto para arribar a la solución como para el control de ella (es decir, para el control del cumplimiento del acuerdo al que lleguen las partes).

En **Chaco**, como se especificó párrafos arriba, los criterios de oportunidad han sido introducidos por la ley 4989, que prevé la mediación judicial y prejudicial aplicable a los delitos conminados con una escala penal máxima de seis años de prisión, pero que no procede en los casos de autores que ya hayan celebrado más de dos acuerdos de mediación en hechos anteriores (esta limitación no rige para los delitos culposos). Es posible aplicar el trámite a las contravenciones y delitos reprimidos con pena de multa o inhabilitación.

Cuando la reparación y compensación de las consecuencias del hecho delictivo mediante una prestación voluntaria del autor a favor del lesionado, víctima u ofendido no sea posible, no prometa ningún resultado o no sea suficiente, se considerará la reparación frente a la comunidad (art. 2).

²⁸⁵La ley de implementación 12.912 (año 2009), en artículo 4 establece cuáles son los artículos del nuevo Código de Procedimiento que serán aplicables a partir del 14 de febrero de 2009. A su vez, con fecha 02/9/2009 se dictó el Decreto-Ley Nº 125/09, que dispuso que el artículo 4 de la ley de implementación regirá a partir del 14 de febrero del 2009 independientemente de la fecha de comisión del hecho, aunque se aclara que siempre se aplicarán para las causas en trámite las normas que resulten más favorables al imputado.

La mediación también resulta aplicable en los casos de delitos conminados con una pena superior a la mencionada en el art. 4, pero después de atribuidas las responsabilidades mediante decisión jurisdiccional o sentencia condenatoria. El acuerdo al que se arribe solo podrá ser aceptado una vez que el autor haya reparado el hecho, y en tal caso el tribunal podrá reducir la condena en la forma prevista para la tentativa o el mínimo de la escala penal aplicable, cuando se estime indispensable su aplicación para influir sobre el autor o la comunidad (art. 21).

En **Chubut**, el acuerdo con la víctima o su voluntad unilateral como criterio de oportunidad está previsto en el art. 44 inc. 5, comprensivo de los casos de lesiones leves cuando exista conciliación o ésta exprese desinterés en la persecución penal, salvo que se encuentre comprometido el interés de un menor de edad.

En cuanto a los casos previstos en los incs. 1 (insignificancia) y 2 (pena natural en delitos culposos) del artículo mencionado será necesario que el imputado haya reparado el daño ocasionado, o firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido, o afianzado suficientemente esa reparación.

Por otro lado, las partes pueden arribar a conciliación en los delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia física o intimidación sobre las personas, en los delitos de lesiones leves o en los delitos culposos, pero esto no procederá en los casos de delitos que exijan para su realización la calidad de funcionario público como sujeto activo (art. 47). En los mismos casos en los que procede la conciliación, la reparación integral y suficiente ofrecida por el imputado podrá ser aceptada por el juez, cuando la víctima no tenga un motivo razonable para oponerse y el fiscal no invoque razones justificadas de interés público prevalente en la persecución (48).

En **Entre Ríos** la conciliación y la reparación del perjuicio causado por el imputado están genéricamente previstas en el art. 5 de la Ley 9754, junto al expreso pedido de la víctima para que el Fiscal se abstenga de ejercer la acción penal.

El reciente Decreto Reglamentario N° 4384 (B.O.P. 05/03/10) estableció el procedimiento de mediación en la Provincia y fijó el siguiente ámbito de aplicación:

- casos previstos por el Código Procesal Penal (texto Ley N° 9754).
- leyes especiales.
- supuestos que se fijen por acordada del Superior Tribunal de Justicia.

Este trámite ha sido encarado como criterio de prioridad en las investigaciones y se refiere a los criterios previstos en el artículo 5° de la Ley 9754, precisándolos. Así, son especialmente susceptibles de sometimiento al mismo:

- causas vinculadas con hechos suscitados por motivos de familia, convivencia o vecindad.

- causas cuyo conflicto es de contenido patrimonial.

- hechos de escasa trascendencia o impacto social.

- aquellas causas en que el denunciado ya se hubiera beneficiado con un acuerdo, relacionado con idéntica índole de conflicto y contra el/los mismo/s damnificado/s, podrá ser mediado según los criterios de conveniencia que el fiscal expresamente consigne para el caso concreto.

Están excluidos los siguientes supuestos:

- Delitos graves y víctima/s menores de edad, con excepción de las causas seguidas en orden a las Leyes 13.944 (incumplimiento de los deberes de asistencia familiar) y 24.270 (impedimento de contacto de hijos menores con sus padres).

- Imputados que sean funcionarios públicos, siempre que los hechos denunciados hayan sido cometidos en ejercicio o en ocasión de la función pública.

- Causas dolosas relativas a delitos previstos en el libro segundo del Código Penal, título 1 (capítulos 1 y 3 -delitos contra la vida, homicidio y lesiones en riña-); título 3 (delitos contra la integridad sexual); título 5 (capítulo 1 -delitos contra la libertad individual-, con excepción de los Arts. 149 bis y ter -amenazas y coacción, simples o agravadas-) y título 6 (capítulo 2 -robo-, con excepción del Art. 164 -robo simple-, el que podrá ser sometido a mediación, según las circunstancias que rodeen el caso, capítulo 3 -extorsión-).

- Título 10 del Código Penal (delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional).

- Aquellos casos en que la parte hubiese incumplido un acuerdo en un trámite anterior.

En **Santiago del Estero**, la nueva regulación procesal brinda a la composición con la víctima una importancia fundamental, ya que se tiene en cuenta para la procedencia de todos los criterios de oportunidad admitidos. Así, el imputado que pretende beneficiarse con cualquiera de ellos debe acreditar haber reparado el daño ocasionado o expresar la posibilidad de hacerlo.

Además, el art. 103 expresamente prevé en cuanto a la situación de la víctima y la reparación voluntaria del daño, que el arrepentimiento activo de quién aparezca como autor, la solución o morigeración del conflicto originario o la conciliación entre sus protagonistas, será tenido en cuenta en oportunidad de ser ejercida la acción penal, seleccionar la coerción personal, individualizar la pena en la sentencia, modificar, en su medida o en su forma de cumplimiento, la pena en la etapa de ejecución.

- **Pena natural**

Refiere a situaciones en las que el sujeto activo del delito sufre daños o sufrimientos corporales o morales de importancia como consecuencia del mismo hecho, como sucede en el conocido ejemplo del conductor de un vehículo que por una maniobra imprudente choca y ocasiona la muerte de su hijo que iba como acompañante.

Tiene como objetivo compensar los daños sufridos por el imputado, con relación a la pena que le correspondería cumplir si hubiere resultado ileso. Es decir que se privilegia la *retribución natural* que el sujeto activo recibe como consecuencia de su propia conducta desviada, y cuyos efectos son mucho más trascendentales que los de la aplicación misma de la pena fijada para aquel, en razón de una condena (*retribución material*).

Las provincias que avanzaron sobre la regulación del principio de oportunidad, han incluido esta hipótesis de la siguiente manera:

En la **Ciudad de Buenos Aires**, se recepta respecto de los delitos culposos “cuando el imputado hubiera sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave que torne innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena”²⁸⁶, con la conformidad del Fiscal de Cámara.

En la **Provincia de Buenos Aires**, está previsto cuando el daño sufrido por el imputado a consecuencia del hecho torne desproporcionada, superflua o inapropiada la aplicación de una pena²⁸⁷.

En la **Provincia de Río Negro** se establece que el agente Fiscal podrá prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho, de oficio o a petición de parte, siempre previa audiencia de la víctima, en los casos de delitos culposos, cuando el imputado haya sufrido a

²⁸⁶ Art 199. Archivo de la denuncia y de las actuaciones de prevención. Revisión.- “El archivo de las denuncias y de las actuaciones de prevención procederá cuando: ...i) Con la conformidad del/la Fiscal de Cámara en los delitos culposos, cuando el imputado hubiera sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave que torne innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena”.

²⁸⁷ Art. 56° bis.- (Texto según Ley 13943) Criterios especiales de archivo. El Ministerio Público Fiscal podrá archivar las actuaciones respecto de uno o varios de los hechos imputados, o de uno o más de los partícipes, en los siguientes supuestos: ... 2) Cuando, el daño sufrido por el imputado a consecuencia del hecho torne desproporcionada, superflua o inapropiada la aplicación de una pena, excepto que mediaren razones de seguridad o interés público...”.

consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave que torne innecesaria y desproporcionada o superflua la aplicación de una pena²⁸⁸.

Por su parte, la legislación adjetiva de la Provincia de **Santa Fe** en términos generales coincide con el concepto de sus pares, señalando que se podrá no promover o prescindir total o parcialmente de la acción penal, en los siguientes casos: “cuando las consecuencias del hecho sufridas por el imputado sean de tal gravedad que tornen innecesaria o desproporcionada la aplicación de una pena, salvo que mediaren razones de seguridad o interés público²⁸⁹”.

En **Chubut** se recepta en términos coincidentes también para los delitos culposos, cuando el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave, que torne desproporcionada la aplicación de la pena. En estas circunstancias el fiscal podrá plantear al tribunal el cese del ejercicio de la acción penal, total o parcialmente, o su limitación a alguna o varias infracciones, o a algunas de las personas que participaron en el hecho²⁹⁰.

También el nuevo código de rito de **Santiago del Estero** prevé como criterio de oportunidad a la pena natural, sin limitar su procedencia a los delitos culposos, ya que sólo exige que el daño sufrido por el imputado a consecuencia del hecho torne desproporcionada, superflua o inapropiada la aplicación de una pena, salvo razones de seguridad o interés público. En este caso, como en todos los supuestos que admite, se considerará especialmente la composición con la víctima.

Como se observa, los ordenamientos locales han receptado el criterio de pena natural, que “trata de hacer vigente en el caso concreto el principio de proporcionalidad que debe guiar la respuesta punitiva del Estado, de modo tal de excluir del marco sancionatorio aquellos supuestos donde tal pretensión resulta desproporcionada²⁹¹”.

²⁸⁸ Art. 180 ter- El agente fiscal podrá prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho, de oficio o a petición de parte, siempre previa audiencia de la víctima, en los casos siguientes: ... 3. En los delitos culposos, cuando el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave que torne innecesaria y desproporcionada o superflua la aplicación de una pena...”.

²⁸⁹ Concepto enunciado en el artículo 19. “Criterios de oportunidad- El Ministerio Público podrá no promover o prescindir total o parcialmente, de la acción penal, en los siguientes casos: ...3) cuando las consecuencias del hecho sufridas por el imputado sean de tal gravedad que tornen innecesaria o desproporcionada la aplicación de una pena, salvo que mediaren razones de seguridad o interés público; ...”.

²⁹⁰ Art. 44, ley 4538. “Criterios de oportunidad. No obstante el deber impuesto por el Artículo 37, el fiscal podrá plantear al tribunal el cese del ejercicio de la acción penal, total o parcialmente, o su limitación a alguna o varias infracciones, o a algunas de las personas que participaron en el hecho, de acuerdo a los siguientes criterios de oportunidad: ...2) en los delitos culposos, cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave, que torne desproporcionada la aplicación de la pena ...”.

²⁹¹ Véase MARCHISIO, ob. cit, pág. 297.

- **Selección de los hechos innecesarios**

Estamos aquí ante otra posibilidad de suspender la persecución de algunos hechos, para dedicar todo el esfuerzo a la del hecho punible más grave, o al mejor probado. Son casos donde la falta de interés estatal en la persecución penal obedece a que se están sustanciando en forma simultánea varios procesos, o bien en el mismo proceso se imputan varios hechos de distinta gravedad, por lo que a efectos de optimizar los recursos judiciales se prioriza la persecución del más grave “en perjuicio” del menos trascendente.

Ello se explica por el convencimiento de que se logrará la condena en el hecho más grave y por consiguiente, resultará irrelevante perseguir también el otro hecho, teniendo en cuenta que de lograr una condena en este último no tendrá incidencia en la pena aplicada por el primero. Es decir, se justifica en el propósito de no sobrecargar a los tribunales con delitos que acarreen consecuencias menores de las que ya les han sido impuestas a sus autores.

Las distintas legislaciones provinciales han receptado esta hipótesis en términos mayormente coincidentes:

El Código Procesal Penal de la **Ciudad de Buenos Aires** regula como causal de archivo fiscal, respecto algunos de los hechos investigados, cuando contra una o varias personas se investiguen varios hechos y por el concurso real de delitos se hubiera arribado con sólo algunos de ellos a la máxima escala de pena posible y/o resulte innecesaria la persecución por todos para arribar al resultado condenatorio adecuado²⁹².

A su vez, en la **Provincia de Buenos Aires** el código de forma recientemente promulgado regula el archivo fiscal que procede cuando la pena en expectativa carezca de relevancia en consideración a las de los otros delitos imputados²⁹³.

Por su parte, **Rio Negro** recepta la posibilidad de que el Agente Fiscal pueda prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho (con otros requisitos como la anuencia de la víctima), cuando “la pena que pueda imponerse por el hecho de cuya persecución se

²⁹² Art. 199. Archivo de la denuncia y de las actuaciones de prevención. Revisión.- “El archivo de las denuncias y de las actuaciones de prevención procederá cuando: ...g) Con la conformidad del/la Fiscal de Cámara, respecto algunos de los hechos investigados, cuando contra una o varias personas se investiguen varios hechos y por el concurso real de delitos se hubiera arribado con sólo algunos de ellos a la máxima escala de pena posible y/o resulte innecesaria la persecución por todos para arribar al resultado condenatorio adecuado...”.

²⁹³ Art. 56° bis.- (Texto según Ley 13943) Criterios especiales de archivo. “El Ministerio Público Fiscal podrá archivar las actuaciones respecto de uno o varios de los hechos imputados, o de uno o más de los partícipes, en los siguientes supuestos: ...3) Cuando la pena en expectativa carezca de relevancia en consideración a las de los otros delitos imputados”.

prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena ya impuesta o a la que puede esperarse por los restantes hechos”²⁹⁴.

La legislación de **Santa Fe** prevé los casos en que “la pena en expectativa carezca de importancia en consideración a la pena ya impuesta o a la que puede esperarse por los restantes hechos”²⁹⁵.

De igual modo en **Chubut** está contemplada la procedencia de este criterio, cuando pena que probablemente podría imponerse por el hecho que se trata, carezca de importancia en consideración a la pena ya impuesta o a la que se debe esperar por otros hechos²⁹⁶.

Finalmente, también el nuevo código de rito de **Santiago del Estero** contempla como criterio de oportunidad que la pena en expectativa carezca de relevancia en consideración a las de los otros delitos imputados. También aquí se considerará especialmente la composición con la víctima.

- **Exigua contribución en el hecho**

Este criterio generalmente está incluido junto con la escasa culpabilidad y la falta de interés en la persecución, por lo que se describe junto con éstas.

Se observa esta hipótesis en el CPP de **Rio Negro** que específicamente indica aplicable el principio de oportunidad “cuando la intervención del imputado se estime de menor relevancia, excepto que la acción que se le atribuye tenga prevista una sanción que exceda los seis (6) años de pena privativa de la libertad”²⁹⁷;o el caso de **Provincia de Buenos Aires** que en su art 56 bis refiere al supuesto de aporte insignificante del imputado en el hecho. En **Chubut** la normativa señala como causal para prescindir de la investigación junto a la falta de significancia del hecho, cuando “lo exiguo de la contribución del partícipe o su mínima culpabilidad, no afecte mayormente el interés

²⁹⁴ Art. 180 ter.- “El agente fiscal podrá prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho, de oficio o a petición de parte, siempre previa audiencia de la víctima, en los casos siguientes: ...4. Cuando la pena que pueda imponerse por el hecho de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena ya impuesta o a la que puede esperarse por los restantes hechos...”.

²⁹⁵ Art. 19.- Criterios de oportunidad.- “El Ministerio Público podrá no promover o prescindir total o parcialmente, de la acción penal, en los siguientes casos: ...4) **cuando la pena en expectativa carezca de importancia con relación a la pena ya impuesta por otros hechos ...**”.

²⁹⁶ Art. 44 inc 3). Artículo 44. Criterios de oportunidad. “No obstante el deber impuesto por el Artículo 37, el fiscal podrá plantear al tribunal el cese del ejercicio de la acción penal, total o parcialmente, o su limitación a alguna o varias infracciones, o a algunas de las personas que participaron en el hecho, de acuerdo a los siguientes criterios de oportunidad: ...3) **cuando la pena que probablemente podría imponerse por el hecho que se trata, carezca de importancia en consideración a la pena ya impuesta o a la que se debe esperar por otros hechos**”.

²⁹⁷ Art. 180 ter.- “El agente fiscal podrá prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho, de oficio o a petición de parte, siempre previa audiencia de la víctima, en los casos siguientes: ... Cuando la intervención del imputado se estime de menor relevancia, excepto que la acción que se le atribuye tenga prevista una sanción que exceda los seis (6) años de pena privativa de la libertad...”.

público, salvo que haya sido cometido por un funcionario público con abuso de su cargo o que la pena privativa de libertad mínima prevista para la acción atribuida exceda los tres años²⁹⁸.

Sin embargo, más allá de que la contribución sea mínima, se excluye a los delitos cometidos por funcionarios públicos con motivo o en ocasión de su función, estando presente razones que inhabilitan la aplicación de la oportunidad²⁹⁹.

A este criterio también recurre la nueva legislación procesal de **Santiago del Estero** en su art. 61 inc. 1, como se señaló al tratar la insignificancia.

- **Expreso pedido de la víctima para que el fiscal se abstenga de ejercer la acción penal**

Las legislaciones provinciales también han otorgado relevancia a la voluntad de la víctima dentro del proceso, cuando ésta manifieste expresamente su intención de no iniciar, paralizar o suspender la acción penal, situación que la jerarquiza al punto tal que se acepta que no sólo sea escuchada sino respetada en su decisión.

Tanto la legislación procesal de **Chubut** como la de **Entre Ríos**, regulan expresamente esta posibilidad de la víctima de suspender o hacer cesar el ejercicio de la acción penal. La primera de éstas establece “el fiscal podrá plantear al tribunal el cese del ejercicio de la acción penal, total o parcialmente, o su limitación a alguna o varias infracciones, o a algunas de las personas que participaron en el hecho, de acuerdo a los siguientes criterios de oportunidad: (...) 5) en los casos de lesiones leves, cuando haya existido conciliación o la víctima exprese desinterés en la persecución penal, salvo cuando esté comprometido el interés de un menor de edad³⁰⁰”. La segunda, de manera más genérica, resuelve “El procurador fiscal general podrá establecer pautas objetivas para la priorización de la investigación de determinados delitos, de acuerdo a las necesidades de cada circunscripción judicial, así como también teniendo especialmente en cuenta (...) el expreso pedido de la víctima para que el fiscal se abstenga de ejercer la acción penal y la reparación del perjuicio causado por parte del imputado. En ningún caso, estas pautas afectarán las investigaciones de los delitos cometidos contra la

²⁹⁸ Art 56° bis.- (Texto según Ley 13943) Criterios especiales de archivo. “El Ministerio Público Fiscal podrá archivar las actuaciones respecto de uno o varios de los hechos imputados, o de uno o más de los partícipes, en los siguientes supuestos: 1) Cuando el aporte del imputado en el hecho fuera insignificante y siempre que la pena máxima del delito imputado no supere los (6) seis años de prisión...”

²⁹⁹ Artículo 44. Criterios de oportunidad. No obstante el deber impuesto por el Artículo 37, el fiscal podrá plantear al tribunal el cese del ejercicio de la acción penal, total o parcialmente, o su limitación a alguna o varias infracciones, o a algunas de las personas que participaron en el hecho, de acuerdo a los siguientes criterios de oportunidad: 1) siempre que no medie condena anterior, cuando se trate de un hecho que por ...lo exigió de la contribución del partícipe o por su mínima culpabilidad, no afecte mayormente el interés público, salvo que haya sido cometido por un funcionario público con abuso de su cargo o que la pena privativa de libertad mínima prevista para la acción atribuida exceda los tres años...”

³⁰⁰ Art. 44 inc 5). Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires.

Administración Pública en las que los acusados fueran funcionarios o empleados públicos”³⁰¹.

- **Enfermedad incurable en estado terminal. Avanzada edad.**

Al ser el proceso penal derecho constitucional aplicado, el principio de proporcionalidad debe regir su aplicación. En lo concreto, ello impediría llevar adelante el juicio penal contra quien padece una enfermedad incurable en estado terminal, puesto que el proceso ya no podría alcanzar su finalidad de realizar la legítima pretensión estatal de esclarecer los hechos imputados al acusado y de que, si hubiera mérito para ello, se lo condene y castigue. Incluso se ha sostenido que “la impresión que dejaría un proceso que no tenga en consideración los elementos antedichos podría ir en último término en desmedro de uno de los fines del derecho procesal penal, cual es el aseguramiento de la paz social, ya que de cara a procesos de estas características podría surgir un debate polarizado acerca de si corresponde darle prioridad a consideraciones de humanidad o a la retribución”³⁰².

Sin embargo no todas las reformas procesales de las provincias han receptado esta opción erigiéndola como barrera, en tanto es el propio Estado el que debe garantizar y procurar la calidad de vida del enfermo terminal, así como el acompañamiento efectivo durante el proceso de muerte para que sufra física y materialmente lo mínimo posible y lo enfrente con dignidad.

El Código Procesal Penal de **Santa Fe**, especialmente regula la situación admitiendo que si el imputado se encuentra afectado por una enfermedad incurable en estado terminal según dictamen pericial, o tenga más de setenta años, y no exista mayor compromiso para el interés público, se faculta al Ministerio Público a no promover o prescindir total o parcialmente de la acción penal³⁰³. Es idéntica la regulación de **Chubut** en cuanto al ámbito de aplicación de este criterio³⁰⁴.

³⁰¹ Art. 5. Código Procesal Penal de la Ciudad de Entre Ríos.

³⁰² HERZOG, FÉLIX. ¿No a la persecución penal de dictadores ancianos? Acerca de la función de la persecución penal de la criminalidad estatal. Polít. Crim., N° 5, 2008, D1-5, pp. 1-9. [http://www.politicacriminal.cl/n_05/d_1_5.pdf].

³⁰³ Art. 19 inc 7). Artículo 19.- Criterios de oportunidad.- “El Ministerio Público podrá no promover o prescindir total o parcialmente, de la acción penal, en los siguientes casos: ...7) cuando el imputado se encuentre afectado por una enfermedad incurable en estado terminal, según dictamen pericial o tenga más de setenta años, y no exista mayor compromiso para el interés público...”.

³⁰⁴ Art. 44. Criterios de oportunidad. No obstante el deber impuesto por el Artículo 37, el fiscal podrá plantear al tribunal el cese del ejercicio de la acción penal, total o parcialmente, o su limitación a alguna o varias infracciones, o a algunas de las personas que participaron en el hecho, de acuerdo a los siguientes criterios de oportunidad: ...4) cuando el imputado se encuentre afectado por una enfermedad incurable, en estado terminal, según dictamen pericial, o tenga más de setenta años, y no exista mayor compromiso para el interés público.

AUTORIDAD QUE RESUELVE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. Oficina –administrativa o judicial- que interviene.

Provincias en las que el Ministerio Público Fiscal resuelve la aplicación de un criterio de oportunidad:

Así disponen los códigos de rito de la **Ciudad de Buenos Aires**, donde la aplicación del criterio se mantiene siempre en la órbita del MPF, pues en algunos casos basta con la decisión del Fiscal a cargo de la investigación y en otros éste debe contar con la conformidad del Fiscal de Cámara (art. 199 CPP); de la **Provincia de Buenos Aires**, en la que interviene la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos Departamentales (ORAC) dependiente del Ministerio Público, cuando los Agentes Fiscales derivan una investigación penal preparatoria (art. 56 bis, ley 13943); así como también de **Entre Ríos** (arts. 5, 205, 211 ley 9754 y decreto reglamentario de mediación n° 4384).

Provincias en las que un órgano jurisdiccional resuelve la aplicación de un criterio de oportunidad:

En la **Provincia de Mendoza**, el Tribunal resuelve la aplicación de un criterio de oportunidad (arts. 26 y 28 CPP), lo mismo que en la **Provincia de Chaco**, donde resuelve la petición el Juez de Instrucción (arts. 12 a 21, ley de mediación penal n° 4989). Del mismo modo, en la **Provincia de Santa Fe** el MPF podrá solicitar de forma fundada la aplicación de un criterio de oportunidad al Tribunal, de oficio o a pedido (también fundado) del imputado (arts. 21, 22 y 23 ley 12.734).

Provincias con una autoridad de aplicación “mixta”:

En la **Provincia de Río Negro**, el Fiscal debe solicitar su aplicación al Juez de Instrucción proponiendo de oficio o a pedido de parte el cese de la investigación penal, pero si éste no está de acuerdo con el pedido puede consultar al Fiscal de Cámara, cuya decisión es obligatoria para el Juez (art. 180 ter, inc. 1, ley 3794).

En la **Provincia de Santiago del Estero**, el Ministerio Público Fiscal podrá archivar las actuaciones respecto de uno o varios de los hechos imputados, o de uno o más de los partícipes. Este archivo deberá ser motivado y podrá estar sujeto a condiciones. Incluso procederá luego de la requisitoria de citación a juicio, cuando

existiesen hechos o pruebas nuevas que hagan subsumible el caso en algunos de los supuestos autorizados, exista anuencia previa y expresa del Fiscal General y haya un intervalo de al menos treinta días de la fecha fijada para el inicio el debate (art. 61 CPP).

Ahora bien, para que la resolución adquiriera carácter definitivo el Juez de Control debe disponer el sobreseimiento.

En la **Provincia de Chubut**, el Tribunal a petición del Fiscal y del imputado resuelve la aplicación de un criterio de oportunidad. Es el Fiscal quien podrá plantear al Tribunal el cese del ejercicio de la acción penal, total o parcialmente, o su limitación a alguna o varias infracciones, o a algunas de las personas que participaron en el hecho (arts. 44, 46 a 48 CPP). En caso de discrepancia entre el Fiscal y el Tribunal, puede requerirse la opinión del Fiscal superior al interviniente, que será vinculante.

IV) PROCEDIMIENTO DE APLICACIÓN DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD. Trámite, oportunidad procesal, forma de la resolución y vías de impugnación.

El CPP de la **Ciudad de Buenos Aires**, en su art. 199, indica que el Fiscal de “primera instancia” necesita la conformidad del Fiscal de Cámara para aplicar los criterios de pena natural en delitos culposos, selección de los hechos innecesarios y arrepentido colaborador. Ahora bien, cuando se trata de “procesos injustificados” (es decir, motivados por hechos insignificantes) o se haya arribado a un acuerdo por aplicación de vías alternativas de solución del conflicto, basta con la decisión del Fiscal inferior (en este último caso si hay pluralidad de víctimas se requiere el consentimiento de todas ellas).

Sólo en los casos de “proceso injustificado” la víctima tendrá derecho a plantear la revisión ante el Fiscal de Cámara, quien puede confirmar la decisión del inferior, o considerar que los elementos reunidos son suficientes para promover la investigación preparatoria, supuesto en el que designará al Fiscal que quedará a cargo (art. 200 CPP).

El trámite en la **Provincia de Buenos Aires** prevé una audiencia previa con el imputado, quien deberá ser asistido por su Defensor y acreditar haber reparado el daño ocasionado o expresar la posibilidad de hacerlo. El archivo deberá ser motivado y podrá estar sujeto a condiciones. Se notificará, bajo sanción de nulidad, al particular damnificado, la víctima y al Fiscal General. Los dos primeros podrán instar su revisión por ante el Fiscal de Cámara Departamental. A su vez el Fiscal General, estará

facultado a revisar su razonabilidad y legalidad de oficio, para lo cual resulta obligatoria su comunicación (art. 56 bis, ley 13943).

El nuevo Código Procesal Penal de **Entre Ríos** remite al trámite de desestimación y archivo. La resolución debe ser notificada a la víctima, que puede solicitar su revisión por parte del Fiscal General, quien a su vez (en caso de desacuerdo) podrá ordenar la reapertura de la causa y designar otro Fiscal para su prosecución (arts. 5, 205 y 211 CPP).

En la **Provincia de Río Negro**, su código de rito prevé en todos los casos una audiencia previa con la víctima, quién deberá manifestar en esa oportunidad si presta (o no) su consentimiento para que se aplique un criterio de oportunidad. Puede recurrir al Fiscal de Cámara y la decisión de éste es obligatoria e irrecurrible (art. 180 ter inc. 1, ley 3794).

En la **Provincia de Mendoza**, la ley procesal prescribe que el Ministerio Público debe solicitar al Tribunal la suspensión de la persecución penal (durante la investigación hasta la citación a juicio prevista en el art. 364 CPP) y éste debe resolver si la admite o no. En caso de que se admita, se suspende la persecución y el imputado puede oponerse solicitando que continúe la causa. El tribunal fijará el plazo de prueba conforme a las disposiciones del C.P. y establecerá las reglas a las que deberá someterse. Sólo a proposición del imputado podrá imponer otras reglas de conducta que estime razonables (arts. 26 a 28 CPP).

En **Chubut**, los criterios de oportunidad pueden aplicarse durante el procedimiento hasta la culminación de la etapa preparatoria.

El trámite indica que se deberán cumplir ciertas condiciones para su concesión; en los casos previstos en los incisos 1 y 2 del art. 44 (insignificancia y pena natural en delitos culposos), será necesario que el imputado haya reparado el daño ocasionado, o firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido, o afianzado suficientemente esa reparación.

Si el tribunal considerase conveniente la aplicación de alguno de los criterios, deberá solicitar la opinión del fiscal.

La solicitud de aplicación de un criterio de oportunidad debe serle comunicada por el juez a la víctima, por cualquier medio que garantice su recepción y adecuada oportunidad de ser oída (arts. 44, 46 a 48 CPP).

En la **Provincia de Chaco**, el trámite de mediación prevé la vía prejudicial (arts. 12 a 14, ley 4989) y la judicial (arts. 15 a 21 de la misma ley).

Mediación prejudicial: establece que si la prevención policial toma conocimiento de un delito comprendido en su ámbito de aplicación, sea en forma directa o con la recepción de la denuncia, se debe informar al denunciante, víctima u ofendido, la posibilidad de someter el conflicto a mediación. Se deberá dejar constancia en el acta respectiva del artículo que se le informa a la víctima u ofendido y de su aceptación o no, siempre que cuente con capacidad civil para realizarlo. En todos los casos (acepte o no la derivación a mediación) la autoridad policial debe realizar toda la recolección y conservación de pruebas, asegurando las definitivas e irreproducible. En caso de que el denunciante, víctima o ofendido opte por la mediación penal, se remitirán las actuaciones preventivas directamente al mediador elegido, centro de mediación del poder judicial, juzgado de paz, centro comunitario o ente de otro tipo autorizado en aquellos lugares donde no existan los enunciados.

Previo a su remisión deberá comunicarse al agente fiscal en turno, al solo efecto de establecer si "*prima facie*" se está ante la posible comisión de un delito encuadrable en la escala penal prevista el art. 4 (seis años), observando que no se vulneren las garantías constitucionales. Siendo viable su procedencia, se iniciaran las sesiones reparatorias.

Mediación judicial: Una vez radicadas las actuaciones ante el Juez de Instrucción y estimando que existe delito a investigar, en cualquier etapa del proceso y siempre que lo solicite el Ministerio Público Fiscal, la víctima o el ofendido, el imputado o su defensor, podrán someterse al proceso de mediación. Una vez notificadas las partes, teniendo por aceptado el silencio del fiscal o querellante particular, o en caso de común acuerdo, podrá ser remitido el conflicto al centro de mediación del poder judicial, o las partes podrán proponer un mediador particular.

El plazo es de sesenta días hábiles. En caso de no hacerlo en este término las actuaciones deberán remitirse al tribunal, dando por fracasado el proceso de mediación, salvo que a solicitud del mediador con el consenso de las partes, el juez considere útil conceder una nueva oportunidad para la celebración del acuerdo por igual cantidad de días. Cuando la gravedad del hecho, la cantidad de víctimas o la complejidad del conflicto lo requiera, el juez determinara un plazo mayor.

El acuerdo alcanzado deberá ser aceptado por auto fundado del juez, quien determinara si el daño ha sido reparado en la mejor forma posible, referido exclusivamente a la no violación de preceptos constitucionales en cuyo caso podrá enviarlo a una nueva mediación para subsanar los mínimos legales. Interpretando esta disposición en su contexto, parece señalar que el examen efectuado por el juez sobre el acuerdo tiene como objetivo asegurar un estándar mínimo de razonabilidad y

compatibilidad con el marco constitucional, de lo contrario puede “devolverlo” para que, previo una nueva mediación, se subsanen los defectos señalados.

En la **Provincia de Santa Fe**, la aplicación de un principio de oportunidad será requerida en forma total o parcial por el Ministerio Público Fiscal al Tribunal, exigiendo en la mayoría de los supuestos de aplicación del principio, la previa conciliación con la víctima y la reparación del daño. Así se establecen diferencias en el trámite: para los casos de conciliación, un procedimiento de mediación y en los restantes casos, el Fiscal deberá solicitarlo al Tribunal hasta la audiencia preliminar del juicio. A su vez, el Tribunal deberá comunicar a la víctima la solicitud fiscal (aunque no esté constituida en querellante), quien será oída y podrá deducir oposición (arts. 21, 22 y 23 ley 12734).

En la **Provincia de Santiago del Estero**, para la aplicación del criterio de oportunidad el nuevo código establece una audiencia en la que el imputado deberá ser asistido por su defensor (art. 61). Todos los acuerdos dirigidos al más rápido resarcimiento del perjuicio invocado por la víctima o damnificado, deberán ser puestos en conocimiento de los órganos intervinientes a los fines que corresponda (art. 104).

En cuanto a la posibilidad de impugnación, el archivo dispuesto por el Fiscal se notificará bajo sanción de nulidad al querellante particular, la víctima y al Fiscal General. Los dos primeros podrán instar su revisión por ante el Fiscal General, quien además estará facultado a revisar su razonabilidad de oficio (art. 61).

XVII) EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE UN PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

Valor definitivo o provisorio de la resolución que lo acepta.

Resolución Provisoria: el CPP de la **ciudad de Buenos Aires** prevé el carácter provisorio de la resolución, con lo cual puede reabrirse el proceso salvo el caso del arrepentido colaborador y de pena natural (art. 203). En tanto el nuevo código procesal de **Entre Ríos** dispone el archivo o desestimación de las actuaciones (art. 210).

Resolución definitiva: para el CPP de la **Provincia de Buenos Aires** (art. 56 bis), el archivo con imputado se podrá transformar (a pedido de parte) en sobreseimiento definitivo cuando:

a) Hubiera transcurrido desde la fecha de la resolución que lo dispuso, un plazo superior a los tres (3) años si se tratara de causa criminal y superior a un (1) año cuando

lo sea respecto de causa correccional.

b) En los casos de archivo sujeto a condiciones, una vez cumplidas las mismas, el Juez de Garantías, a pedido del Fiscal, podrá transformar el archivo en sobreseimiento. Si el pedido lo efectuare el imputado se deberá correr vista del mismo al Fiscal, y si éste sostuviere ese pedido se procederá conforme lo indicado precedentemente.

En el supuesto de selección de hechos innecesarios, se podrá disponer el archivo sólo después de la requisitoria de elevación a juicio bajo determinados requisitos.

En **Mendoza**, el CPP (art. 27) nada dispone acerca de cuáles son los efectos que deben producirse una vez operado el vencimiento del plazo.

La jurisprudencia local ha entendido en ciertos casos (cuando se aplicó el art. 30 CPP) que una vez operado el vencimiento del plazo de suspensión, el Fiscal deberá esperar el transcurso del plazo previsto para que prescriba la acción penal conforme al delito atribuido y recién en esa instancia solicitar al juez el sobreseimiento.

Resolución con la posibilidad de conversión en acción privada:

Es la solución prevista en los códigos procesales de **Río Negro** (180 ter inc. 1) y de **Chubut** (art. 45 CPP).

La decisión que prescinda de la persecución penal por aplicación de criterios de oportunidad impedirá una nueva persecución por el Ministerio Público. Si la decisión se funda en la insignificancia del hecho, sus efectos se extienden a todos los intervinientes. No impedirá la persecución del hecho por la víctima, salvo que ella haya dado su consentimiento para la aplicación del criterio de oportunidad.

En este caso corresponderá dictar el sobreseimiento y el compromiso de reparación.

En caso de que la víctima decidiera continuar la persecución penal, ella deberá concretar esa decisión, bajo las reglas de la querrela privada, dentro de los tres meses siguientes, computándose días inhábiles, bajo apercibimiento de dictarse el sobreseimiento del imputado. Vencido el plazo, el sobreseimiento procede de pleno derecho.

Igual solución adopta la ley procesal de **Santa Fe** ya que salvo la conciliación, en todos los demás supuestos de principio de oportunidad una vez finalizado el plazo que tiene la víctima para provocar la querrela (60 días desde la notificación de la resolución), la acción se extingue a través de un sobreseimiento (art. 22, ley 12.734).

En la **Provincia de Chaco**, su ley de mediación distingue dos situaciones (arts. 18 y 19, ley 4989):

Si hubo mediación prejudicial:

El acuerdo a que se arribe tendrá carácter de título ejecutivo suficiente para la interposición de la acción civil ante el fuero respectivo, en caso de incumplimiento de los acuerdos patrimoniales.

En cuanto a qué incidencia tiene el fracaso de la mediación prejudicial sobre la acción penal, el art. 13 permite inferir que ésta sigue vigente. Así, la norma citada dispone que en caso de no llegarse a un acuerdo satisfactorio para el penalmente ofendido o si fracasase por cualquier motivo la comparecencia de las partes, se remitirán las actuaciones al juez competente para la tramitación del proceso penal correspondiente.

Si hubo mediación judicial:

Aceptado el acuerdo se procederá al archivo provisorio de las actuaciones hasta tanto se dé efectivo cumplimiento al acuerdo arribado, quedando a cargo del mediador y de las partes el control del cumplimiento del mismo.

El control puede ser delegado en algún otro organismo oficial o privado, el cual podrá ser propuesto por el mediador o las partes. El juez dará por cumplido el acuerdo cuando determine que el daño causado ha sido reparado en la mejor forma posible. Cumplido el acuerdo, el juez de primera instancia resolverá la insubsistencia de la pretensión punitiva del estado, disponiendo la extinción de la acción (que es una causal de sobreseimiento).

Aún después del juicio, en caso de delitos penados con penas mayores a las previstas en el art. 4, una vez atribuidas responsabilidades por decisión jurisdiccional o una vez dictada la sentencia condenatoria, las partes podrán solicitar al tribunal o juez de ejecución la aplicación de este procedimiento; aceptado por el fiscal, la víctima u ofendido por el delito y por el querellante particular en su caso, el juez remitirá el conflicto a mediación penal de acuerdo con las formas previstas por la presente ley.

El acuerdo al cual se arribe solo podrá ser aceptado una vez que el autor hubiere reparado previamente su hecho, y en dicho caso el tribunal podrá aplicar una reducción o disminución de la condena en la forma prevista para la tentativa o el mínimo de la escala penal aplicable, cuando se estime indispensable la aplicación de ella para influir sobre el autor o la comunidad, no obstante la reparación realizada.

En la **Provincia de Santiago del Estero**, en los casos de archivo sujeto a condiciones que han sido cumplidas, el Juez de Control a pedido del Fiscal podrá transformarlo en sobreseimiento. Si el pedido lo efectuare el imputado se deberá correr

vista del mismo al Fiscal, y si éste sostuviere ese pedido se procederá del mismo modo. En ambos casos si el juez discrepa con la petición formulada por el Fiscal, decide el Fiscal de la Cámara. Si éste coincidiera con lo solicitado por el inferior, el Juez deberá dictarlo; de lo contrario, el Fiscal de Instrucción que se designe formulará el requerimiento de elevación a juicio (art. 352 CPP).

En todos los casos de archivo con imputado determinado, también a pedido de parte, podrá procederse de igual modo cuando hubiera transcurrido desde la fecha de la resolución que lo dispuso un plazo superior a los tres (3) años si se tratara de causa criminal y superior a un (1) año cuando lo sea respecto de causa correccional (art. 349 CPP).

Sin embargo, es necesario resaltar que su nuevo código de rito prevé que cuando el archivo se ordene luego de la requisitoria de citación a juicio y hubiere querellante particular, se le deberá correr vista por quince días para que manifieste si continúa o no con el ejercicio de la acción penal a su costa. Pareciera que esta disposición hace referencia a la conversión de la acción pública en privada, porque recuérdese que la forma de desvincular definitivamente al imputado del proceso es a través del sobreseimiento dictado por el Juez de Control.

Segunda Parte

DISCUSIONES DOCTRINARIAS SOBRE LA ATRIBUCIÓN DE LAS PROVINCIAS DE FIJAR CRITERIOS DE OPORTUNIDAD.

Como se ha visto precedentemente, en Argentina es un hecho la introducción de criterios de oportunidad por las legislaturas provinciales: sin embargo desde la doctrina se esbozan diferentes argumentos, tanto a favor como en contra, sobre la facultad de las provincias de legislar en materia de oportunidad. En orden a ello, se sostiene que el debate gira en torno a dos grandes ejes: a) la naturaleza procesal o sustancial de la acción penal, y b) la potestad reservada por las provincias o delegada a la Nación para legislar sobre materia procesal³⁰⁵.

A continuación expondremos una síntesis que intenta reflejar los diferentes fundamentos teóricos que se utilizan para apoyar una u otra postura doctrinaria.

³⁰⁵ BAILONE, MATÍAS, "La regulación provincial de criterios de oportunidad persecutoria penal y el debate de su constitucionalidad", Publicado en La Ley, Gran Cuyo, Marzo de 2006.

Argumentos a favor la facultad de las provincias de legislar en materia de oportunidad:

El artículo 71 del CP es inconstitucional:

a-En esta tesitura se ubica Guillermo Nicora³⁰⁶, quien afirma "... el art. 71 del Código Penal es inconstitucional, aún cuando no sea necesaria su declaración como tal para admitir la adopción de principios de oportunidad siempre que las leyes (procesales) de las provincias lo permitan". El llamado principio de legalidad procesal³⁰⁷ no puede ser, epistemológicamente, otra cosa que una cuestión (valga la redundancia) procesal...". Para este autor el art. 71 "...sólo está estableciendo el carácter público de la acción penal como regla (lo que suele llamarse *principio de oficialidad*)...si se acepta restringir el artículo 71 a la clasificación de las acciones penales por su titularidad, no hay obstáculo para que se entienda respetada la voluntad constituyente de librar el principio rector del ejercicio de la acción penal pública a la decisión de cada provincia". Por otra parte, se refiere a la disposición que contiene el artículo 274 del CP (en la que muchos se apoyan para sostener que el Código Penal instituye el principio de legalidad); explicando que no constituye un obstáculo para la incorporación por las provincias de criterios de oportunidad; se trata, en palabras del autor, de un "aparente escollo", que soluciona del siguiente modo: "...nadie duda que cuando un fiscal solicita un sobreseimiento o absolución porque a su juicio se verifican los recaudos legales para dicha resolución, no está cometiendo este delito; tampoco cuando decide no apelar una sentencia absolutoria, o no mantiene el recurso de un fiscal de instancia anterior. Ello es claro e indudable porque no está dentro de la *obligación a su cargo* el mantener la persecución *siempre e indefectiblemente*...".

El artículo 71 del CP consagra el principio de oficiosidad:

³⁰⁶ NICORA, GUILLERMO, "Las provincias pueden (y deben) legislar sobre oportunidad en el ejercicio de la acción penal", *Jurisprudencia Argentina*, 2004I, fascículo nº5.

³⁰⁷ El autor admite que la denominación, por sí sola, no lo convierte en un instituto de derecho procesal, y antes de exponer sus fundamentos sobre por qué considera que la atribución legislativa sobre criterios de oportunidad la tienen las provincias, propone cambiarle el nombre por alguno de los muchos que la doctrina utiliza: "principio de oficialidad, principio de indisponibilidad, principio de inexcusabilidad", pues sostiene que el concepto que enuncia pertenece a la órbita del Derecho procesal penal. De igual modo, asume que en la Argentina el régimen de la acción penal está regulado en el Código Penal, y luego de afirmar que la mayoría de los juristas nacionales consideran que la acción penal es un tema de derecho penal sólo por su ubicación, concluye que ello se debe a que en nuestro país se produjo un particular fenómeno histórico que fue la victoria de los Federales y la imposición, en los hechos, del proyecto de los Unitarios (es indicativo el título que asigna a esta parte de su trabajo: "La perspectiva histórica: el legislador desfederalizante" -el destacado nos pertenece-). Afirma que fue precisamente eso lo que ocurrió al dictarse el Código Penal, una invasión de poderes que las provincias en la Constitución Nacional se reservaron -art. 75-. No obstante, aclara que a pesar de la regulación que se efectuó en el CP, lo relativo al ejercicio de la acción penal es una cuestión procesal cuya inclusión en dicho cuerpo legal es el resultado de la configuración histórica de los procesos codificadores nacionales.

b- Línea de pensamiento que sigue Fabián Balcarce³⁰⁸, quien niega que el artículo 71 del CP consagre el principio de legalidad, sino que sólo expresa a quién le corresponde iniciar la acción, ya que el Estado es el único que puede actuar de oficio (principio de oficiosidad). En tal sentido, manifiesta que poner en cabeza (oficio) de un órgano público la persecución penal sin necesidad de excitación extraña, no significa, al mismo tiempo, imponerlo como obligación en todos los casos. A este argumento, agrega "... existen leyes metalógicas que impedirían a dicha norma tener ese alcance... la *ley de Hume*, compatible con el apotegma Kantiano 'debe [deóntico] implica puede [fáctico]', afirma que no se pueden derivar lógicamente conclusiones prescriptivas o morales de premisas descriptivas o fácticas; ni a la inversa. Sin embargo, si bien es imposible derivar de argumentos asertivos tanto el rechazo como la aceptación de proposiciones prescriptivas, hay un solo caso en el que resultan pertinentes: cuando argumentan no sólo la no realización, sino la irrealizabilidad empírica del fin indicado como justificador. Es por todos conocidos que la denominada "cifra negra" ha dado por tierra con todo intento de justificar en la práctica la realizabilidad del principio de legalidad procesal. Luego, entonces, para evitar presumir la inconsecuencia en el discurso legislativo y a fin de mantener como principio inconcuso que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre adoptando como verdadero el sentido que las concilie y las deje a todas con valor³⁰⁹, no puede darse a la regla el alcance hasta la fecha dado..."³¹⁰. Adiciona un tercer argumento: el principio de mínima intervención, que indica que el derecho penal debe ser la *ultima ratio*, el último recurso al que hay que acudir a falta de otros menos lesivos, impide otorgarle la pretendida extensión de receptor del principio de legalidad al artículo 71 del CP. Lo explica, diciendo que aquellas provincias que legislan en materia de oportunidad han receptado un principio de raigambre constitucional, conocido como *principio de mínima intervención* (que es consecuencia del principio de *proporcionalidad*, que en nuestro país se puede derivar del Estado de Derecho consagrado constitucionalmente), que supone una *prohibición de exceso* y el deber de recurrir al derecho penal cuando no haya otras medidas de política social que permitan, con igual o mejor eficacia, proteger un bien jurídico. El principio enunciado tiene que aplicarse no solo a la hora de legislar sino también al momento de interpretar las leyes, "evitando aplicar sanciones penales en aquellos casos en donde el ilícito, arrastrado por la figura legislativa en razón de su alto grado de generalización y textura abierta, se mantiene en los límites de la tolerabilidad social o la

³⁰⁸ Balcarce, Fabian I., "Relaciones potestativas entre Nación y provincias, interpretación del art. 71 del CP, las nuevas propuestas respecto a la disponibilidad de la acción penal y el cuento de la buena pipa", publicado en: www.eldial.com.ar elDial - DC2E4.

³⁰⁹ C.S.J.N., 19-9-864, Fallos, I, p. 297.

³¹⁰ Ob. Cit., ps. 17/18.

víctima ha visto satisfecha sus expectativas ante el conflicto sin remanente que afecte a la sociedad. De ser así, los casos de insignificancia jurídica o solución pacífica del conflicto entre víctima y victimario no podrían ser pasible de juzgamiento represivo. Si el derecho pretende a través de la pena reducir la violencia que surgiría de la venganza de la víctima o de la sociedad por el entuerto, contradictorio sería imponer la violencia estatal a un conflicto en que ninguno de estos protagonistas ha sido defraudado en sus expectativas...”. Las provincias que legislan criterios de oportunidad por esas razones (insignificancia y solución pacífica del conflicto) lo que han hecho es receptor un principio de raigambre constitucional por muchas décadas ignorado. Propone que el art. 274 del CP debe interpretarse del siguiente modo: “el funcionario público falta a la obligación de su cargo, dejando de promover la persecución y represión de los delincuentes, cuando el entuerto es significativo penalmente o la búsqueda de la solución del conflicto víctima victimario ha resultado infructuosa...”.

La atribución provincial de aplicar criterios de oportunidad es consecuencia del mandato constitucional que impone a las provincias el deber asegurar la administración justicia:

c-Gustavo Adrián Herbel³¹¹ sostiene que es imposible para las provincias cumplir el mandato constitucional de asegurar la administración de justicia (CN, art. 5) sin aplicar criterios de oportunidad³¹², por lo tanto concluye que si esto es así estamos frente a una colisión entre las normas que regulan tal prohibición y la constitución que impone a las provincias eficacia en la administración de justicia, frente a lo cual, explica, “nos veríamos en la obligación de postular una interpretación superadora o elegir la norma prevalente”³¹³. Enseña que si se realiza ese planteo se está partiendo de una premisa errónea porque no existe ninguna norma constitucional que prohíba a las provincias legislar sobre criterios de oportunidad. Entiende que el código penal regula el régimen de la acción penal por decisión legislativa y no por mandato constitucional,

³¹¹ HERBEL, GUSTAVO ADRIÁN, “Constitución, acción penal y criterios de oportunidad (la facultad provincial de fijar criterios de oportunidad en materia penal)”, *Nueva Doctrina penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires volumen: 2003/A. (publicación del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), dirigida por Julio B. J. Maier).

³¹² Esta afirmación en su obra va acompañada de la siguiente aclaración: “Lo afirmado amerita una aclaración: si bien la ausencia de legislación provincial específica sobre criterios de oportunidad históricamente no impidió que se administre justicia... lo cierto es que, formal o informalmente, se han utilizado criterios de oportunidad no explicados como tales; esto es, aplicando el instituto del sobreseimiento provisorio o el archivo de las actuaciones, según el régimen procesal... La postura desarrollada en el trabajo, induce a dejar la hipocresía legislativa (no legislar sobre los criterios usados de facto) para encarar la realidad que impone la inevitable selección de casos en material penal, pero bajo pautas normadas y con responsabilidad funcional en su aplicación. En otras palabras, asumir la regularización normativa de los institutos necesarios para optimizar la administración de justicia y articularlos mediante la planificación de una política de persecución penal eficaz.” (notanº 54).

³¹³ HERBEL, ob. cit. p. 64.

en función de ello asevera que, habiéndose reservado las provincias de forma expresa en la constitución todo el poder no delegado a la Nación, les corresponde la facultad de legislar sobre las acciones penales (CN, art. 121). No obstante, admite que habiéndose delegado en el estado nacional el *ius puniendi* éste posea algunas prerrogativas que hacen al régimen de las acciones, las que para él se limitan a dos: a) definir los delitos de acción pública; y b) establecer que un ente estatal inicie de oficio su persecución, ya que de ese modo se evita que las provincias puedan desincriminar discrecionalmente conductas proscriptas por el código penal. Pero determinar qué organismo debe perseguir los delitos (juez o fiscal de instrucción) y de qué manera (política de persecución penal más eficaz), corresponde a las provincias por ser las responsables de asegurar la administración de justicia (CN, art. 5)³¹⁴. El carácter público de las acciones establecido para la generalidad de los delitos por el Código Penal, importa vedar decisiones arbitrarias sobre qué delitos se persigue o no, pero una vez cumplida la obligación de iniciar de oficio las acciones penales públicas, “es posible fijar criterios de oportunidad reglados, en cuyos supuestos, los titulares de la acción pública deberán encuadrar fundadamente las decisiones sobre suspender o hacer cesar la persecución penal”³¹⁵. Luego, refiriéndose al artículo 274 del CP, explica que cuando el funcionario público aplique un criterio de oportunidad no estará faltando a la obligación a su cargo, porque dentro de sus obligaciones está la actuación eficaz del sistema penal mediante la aplicación de criterios de oportunidad legislados en la normativa que juró aplicar.

La facultad de las provincias de fijar criterios de oportunidad forma parte de los denominados poderes reservados:

d-Este argumento lo expone Oscar Pandolfi, quien parte de afirmar que la realidad de nuestro país, en el que rige un sistema de carácter punitivo y carcelario, debe ser modificada. Sostiene que un modelo diferente debe lograrse mediante la incorporación de un “nuevo proceso compositivo” que permita transitar todas las posibilidades antes de llegar a la violencia punitiva. Por ello, considera necesario “convertir en realidad el derecho penal mínimo subsidiario”³¹⁶, mediante el único camino posible que, a su criterio, es avanzando en soluciones alternativas de conflictos. El autor que venimos comentando cree que dicha potestad pertenece a las Provincias, por ser parte de los denominados “poderes reservados”. En efecto, luego de efectuar un

³¹⁴ Consideramos que ello está delineado en el artículo 121 de la CN, motivo por el cual también entendemos que es errónea la conclusión que en base a la interpretación del art. 5 realiza, como lo es que las provincias pueden decidir qué órgano debe tener a su cargo la persecución penal; la simple lectura del citado art. 121 de la CN permite conocer que debe ser el Ministerio Público Fiscal.

³¹⁵ Ob. cit. p. 74.

³¹⁶ El subrayado nos pertenece.

análisis exegético–histórico de la cuestión, concluye: “La regulación del ejercicio de las acciones en el Código Penal no fue consecuencia de su supuesta naturaleza sustancial. Tampoco que la Constitución Nacional haya otorgado facultades procesales en estos temas al Congreso de la Nación, según la primigenia interpretación de Zaffaroni. Mucho menos aún puede sostenerse que se trate de un error legislativo. Ha sido el resultado directo de una concepción ideológica unitaria contraria al espíritu y estructura federal de la Constitución Nacional, que derivó en una mayoritaria y errónea interpretación del art. 71 C.P. cuyo texto fue introducido subrepticamente (en cuanto a su debate doctrinario público previo)”. Acto seguido, afirma que el artículo 71 del C.P. “...avanza sobre las facultades reservadas por las provincias en la CN (arts. 75 inc. 12, 121 y 126 contrario sensu)...”³¹⁷.

El principio constitucional de mínima intervención autoriza a las provincias a aplicar criterios de oportunidad:

e-José Cesano³¹⁸ se ubica entre quienes fundamentan la potestad provincial en esta materia, en los principios de mínima intervención y racionalidad de la pena. Este autor considera correcta la postura de quienes entienden, como Soler, que en la regulación de la acción procesal penal participa tanto el derecho penal material como el derecho penal procesal³¹⁹. Por otra parte, afirma que “...de un texto constitucional se pueden extraer innumerables normas... que resultan idóneas para regular casi cualquier aspecto de la vida social y política...”. De esta afirmación deriva la siguiente premisa: en nuestro ordenamiento jurídico existen otras disposiciones, además del art. 75 inc. 12 de la C.N., que determinan el reparto de competencias legislativas, y “...que justificarían, directamente, la vigencia de ciertos criterios de oportunidad receptados en las legislaciones locales...”; mencionando los casos de “criminalidad de bagatelas”, “conciliación”, y “pena natural”. Finalmente, concluye: “...nos parece que pierde relevancia el debate constitucional respecto de la competencia legislativa (Nación v. Provincias). Con esto no queremos significar que la pretensión penal (en cuanto a su nacimiento y extinción) deje de tener naturaleza sustancial. Por el contrario, creemos que lo científicamente correcto es proclamar a su respecto el carácter material. Sin

³¹⁷ Citado por BIANCIOTTI, DANIELA – LUCERO, INES, “La incorporación de principios de oportunidad en el sistemapenal argentino”, *Actualidad Jurídica de Córdoba*, nº131, año VI, Córdoba, febrero de 2009, p. 8741

³¹⁸ CESANO, JOSÉ D., “De nuevo sobre las competencias constitucionales en torno a las facultades legislativas sobre la disponibilidad de la acción procesal penal”, en RDP, 2006, nº5.

³¹⁹ En la obra citada, en la nota 8, Cesano explica que “Hay autores que sostienen una naturaleza sustancial de la pretensión punitiva estatal, otros que afirman su naturaleza procesal y, por fin también se ha expresado que en la regulación de la acción procesal penal participan ambas disciplinas (esto es, el derecho penal material y el derecho penal procesal)”.

embargo, la constitucionalidad del art. 71 C.Pen. y su incidencia negativa sobre la posibilidad de que las provincias legislen en materia de oportunidad, no parece ser un argumento bastante para vedar la instrumentación de ciertos casos de disponibilidad (...) Es que tanto el principio de mínima intervención como el de racionalidad de la pena conforman derivados constitucionales que cuando el Estado Federal no los ha reconocido explícitamente las provincias pueden ejercer hasta tanto aquél resuelva hacerlo, plasmándolos en normas infra-constitucionales locales...”.

El principio de oportunidad como excepción al principio de legalidad contribuye a la aplicación del principio constitucional de igualdad ante la ley:

f-Diego Jorge Lavado y Dante Marcelo Vega³²⁰ descartan que la acción penal comparta una naturaleza sustancial y otra procesal. Sostienen que su inclusión en el Código Penal responde sólo a un proceso histórico, resultado de la influencia de los países europeos organizados unitariamente. Ahora bien, estos autores admiten el principio de legalidad como punto de partida en la persecución penal y que existen mecanismos, como el principio de oportunidad, que operan a modo de excepción. Paradójicamente, frente a quienes se oponen a que sean las provincias quienes legislen en materia de oportunidad invocando el principio de igualdad ante la ley, estos autores lo exhortan precisamente para justificar la potestad de las provincias en el tema que hoy tratamos, y a su lado, recurren a otro principio constitucional, proveniente de la normativa supranacional, cual es el principio pro homine. En lo que respecta al principio de igualdad, sostienen que es posible admitir excepciones al régimen del Código Penal, siempre que se garantice el mencionado principio ante la ley en la persecución penal, y se parta del sistema del C.P. en materia de acciones penales. Afirman: “...las legislaturas provinciales pueden introducir excepciones al principio de oficialidad y legalidad no previstas en dicho código. Concretamente, están facultadas para introducir en su procedimiento penal el principio de oportunidad siempre y cuando este funcione excepcionalmente respecto del de legalidad...”; luego, recurren al principio pro homine, como “herramienta teórica de apoyo”. Según estos autores, la incorporación por las provincias de principios de oportunidad que complementan los principios de oficialidad y legalidad, a la par que respetan la garantía de igualdad ante la ley implementada por el Código Penal, mejoran la situación del imputado y de la víctima, permitiendo al Ministerio Público tener “discrecionalidad política” en la promoción o ejercicio de la acción penal. Finalmente concluyen: “De manera tal que,

³²⁰ BIANCIOTTI, DANIELA – LUCERO INES, “La incorporación de principios de oportunidad en el sistema penal argentino”, publicado en *Actualidad Jurídica de Córdoba*, nº131, año VI, Córdoba, febrero de 2009, p. 8741.

pro homine y el art. 26 del CPP³²¹ guardan correspondencia con los arts. 16, 28, 31, 75 inc. 12 y 121 de la Constitución Nacional y con el régimen de los arts. 71 a 76 del C.P., los que en conjunto regulan una persecución penal, que al escapar de la ficción de pretender aplicar sin excepciones del principio de legalidad se torna en definitiva, desde todo punto de vista, más racional...”.

Es “preferible” que sean las provincias las que legislen en materia de oportunidad para contemplar las realidades locales:

g-Alberto Binder, expresa que es “preferible” que sean las provincias quienes regulen sobre criterios de oportunidad, atento al “impacto que tiene el régimen de la acción sobre todos los aspectos dinámicos del sistema judicial”. Sostiene que es necesario reformar el régimen de la acción penal que, a su modo de ver, es el que “más claramente refleja los grandes postulados de una política criminal democrática”. Este autor postula³²²: 1) “Como el régimen de la acción penal debe ser coherente, es preferible que sea regulado unitariamente. En este sentido, no existen razones definitivas para decir que deba ser regulado en el Código Procesal o en el Código Penal”; y 2) “No obstante, dada la enorme trascendencia práctica y el impacto que tiene el régimen de la acción sobre todos los aspectos dinámicos del sistema judicial, es preferible regularla en el Código Procesal Penal”. Para arribar a dicha conclusión efectúa el siguiente razonamiento: “En la medida que las provincias van adoptando sistemas acusatorios que le dan al Ministerio Público un papel preponderante en la organización de la investigación y en la persecución penal, se va haciendo más notorio que carece de sentido que sea el Congreso federal quien establezca, por ejemplo, las prioridades (principio de oportunidad) de esa persecución penal cuando esas prioridades están íntimamente vinculadas a las realidades locales y a las propias características y organización del derecho de los órganos requirentes y judiciales de cada provincia y sus posibilidades de actuación...”³²³.

Argumentos en contra de la facultad de las provincias de legislar en materia de oportunidad:

³²¹ Los autores se refieren al Código Procesal de Mendoza, que en el art. 26 articula la oportunidad procesal, afirmando que el mismo beneficia al imputado, tiene en cuenta los derechos de la víctima y también el interés estatal en la persecución penal de los delitos.

³²² BINDER, ALBERTO M., “Política Criminal: de la formulación a la Praxis”, Pág. 146. Citado por: LAVADO, DIEGO JORGE – VEGA, DANTE MARCELO: *Estudios sobre el nuevo Código Procesal Penal de Mendoza (Ley N° 6730)*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000, ps. 85 y ss.

³²³ BINDER, ALBERTO M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ed. AD-HOC, 2ª edición actualizada, Bs. As., 1999, p. 216.

Todo lo atinente al ejercicio y extinción de la acción penal debería estar regulado en el Código Penal (art. 71 del CP):

a-La doctrina tradicional sostenía que sólo el congreso nacional, mediante una reforma del código penal, puede incorporar criterios de oportunidad. Dicha postura se sustentaba en que, al mismo tiempo y en forma categórica, entendía que todo lo atinente al ejercicio y extinción de la acción penal debía estar regulado en el Código Penal (art. 71 del CP). En dicha línea de pensamiento se ubica Ricardo Núñez, quien sostenía: “... La acción penal representa...la potestad de castigar en sí misma, como derecho sustancial constitutivo de uno de los presupuestos de la imputación penal. Esa es la concepción *material* de la acción penal. Por pertenecer a la punibilidad del delito, tratándose del derecho penal común, su regulación corresponde al Congreso...”. De igual modo, sobre el punto Soler expresaba que “siendo la acción penal un poder absolutamente limitado en su contenido por las figuras jurídicas delictivas, se hace necesario distinguir algunas condiciones y formas bajo las cuales la potestad punitiva es entregada a los órganos que la han de hacer efectiva. Esas condiciones y límites, naturalmente, no forman parte del procedimiento, no son normas procesales, sino penales”³²⁴.

La introducción de criterios de oportunidad por las provincias genera una desigualdad de trato incompatible con el principio constitucional de igualdad (CN, art. 16):

b-José I. Cafferata Nores afirma que “... Es imprescindible avanzar con excepciones al principio de legalidad procesal que permitan una selección o priorización por su importancia, de los casos penales a investigar, autorizando cuando sea posible medidas alternativas de solución del conflicto delictivo...³²⁵”, pero considera que la introducción de criterios de oportunidad por las provincias genera una desigualdad de trato incompatible con el principio constitucional (CN, art. 16)³²⁶. En función de ello, sostiene que los criterios de oportunidad deben estar legislados a modo de “excepciones” al principio de legalidad –y como tales por una norma dictada por el Congreso Nacional, único facultado para reformar el Código Penal (oportunidad reglada)–. Comenta que algunas provincias van asumiendo como propia esta responsabilidad –cita como ejemplo Mendoza, Chaco y Río Negro–, y

³²⁴ SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho penal argentino*, Ed. Tea, Buenos Aires, 1992, T. II, p. 527.

³²⁵ CAFFERATA NORES, JOSÉ I., “Crisis de Eficacia de la Investigación penal, causas, peligros, soluciones”, en *Ejercicio concreto del poder penal*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2006, p. 32.

³²⁶ HERBEL explica que el art. 16 de la CN no impide establecer políticas de persecución a nivel provincial, y explica que al escindirse la legislación procesal de la sustantiva es la propia Constitución la que consintió las asimetrías en la aplicación del derecho penal, a fin de que cada provincia pueda asegurar la administración de justicia (art. 5)

explica que dicho fenómeno se da al amparo de nuevos desarrollos teóricos muy bien argumentados. No obstante, el autor explica: “no hemos logrado incorporarnos a ellos, pues nos cuesta habituarnos a la idea de una suerte de aplicación ‘calidoscópica’ del derecho penal, según la provincia de que se trate”. Sostiene que la única manera de evitar que las provincias continúen legislando sobre oportunidad, es mediante el dictado por el Congreso Nacional de una ley nacional, de aplicación uniforme en todo el país, que legisle los criterios de oportunidad como excepciones al principio de legalidad. Recientemente³²⁷ ratificó esta idea e insistió en que es el único modo de lograr “cierta uniformidad” en su funcionamiento en todo el país, como modo de asegurar la igualdad de sus habitantes ante una única ley penal con vigencia en todo el territorio nacional con prescindencia de la jurisdicción judicial a que deban someterse.

La regulación de criterios de oportunidad por las provincias viola el artículo 16 de la CN:

c-Eugenio Zaffaroni –quien no acepta la inclusión de la punibilidad en la definición del delito- si bien admite que los artículos 71 a 76 del CP tienen naturaleza procesal y están incluidas en un código sustancial, justifica la potestad nacional afirmando que la finalidad que tuvo el legislador fue la de no lesionar el principio de igualdad ante la ley contenido en el art. 16 de la C.N. Con claridad expresa “...de la diversidad procesal que la Constitución autoriza no se puede derivar una desigual aplicación de los ‘códigos de fondo’, que resulte violatoria del art. 16 de la misma Constitución...”³²⁸.

Es una institución de derecho penal porque condiciona el funcionamiento de la actividad represiva:

d-Jorge De la Rúa afirma: “...Desde el punto de vista constitucional la incorporación de criterios de oportunidad es una cuestión de derecho de fondo, una materia regulable por el Congreso de la Nación en el ejercicio de sus facultades de dictar la legislación penal, porque es una institución que condiciona el funcionamiento de la actividad represiva enervándolo, a diferencia de la regla procesal que simplemente es el camino para que funcione el ejercicio de esa potestad represiva...”³²⁹.

³²⁷ Ponencia General presentada en el XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, sobre “Ley del Congreso Nacional que establezca las exigencias constitucionales mínimas para los procesos penales en el territorio de la República”, Buenos Aires 13 de noviembre de 2009.

³²⁸ ZAFFARONI, EUGENIO R., *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, 1995, ps.197y ss.

³²⁹ DE LA RÚA, JORGE, “Disponibilidad de la acción penal”, en *Tribuno*, N° 9, p. 224.

Las provincias delegaron en la nación la organización judicial:

e-Julio Maier explica que “...las provincias delegaron en la Nación no sólo el poder de organizar el jurado, sino también el de reglamentar el juicio penal. De allí se deriva que la competencia legislativa provincial, en materia penal, es más que escasa. Al menos se debe coincidir en que, según este postulado la ley marco del procedimiento y de la organización judicial, en materia penal, corresponde al Congreso de la Nación, con lo cual las determinaciones principales acerca del Derecho Procesal Penal quedan en sus manos...”³³⁰. El jurista se ubica dentro de una línea de pensamiento que directamente niega la facultad de las provincias de dictar los códigos procesales. Lo afirmado supone que el Congreso de la Nación, sin alterar las jurisdicciones locales, “debe dictar una ley marco en materia procesal penal, que contiene tanto reglas de procedimiento como de organización judicial, y que es aplicable por todos los tribunales del país, cualquiera que fuere la organización estatal a la que pertenece. Se advierte, entonces, que frente a esta afirmación ya no se puede seguir sosteniendo que el Derecho Procesal Penal es, íntegramente, derecho local”³³¹.

II. CURIOSIDADES

En este apartado se incluye una breve referencia a situaciones que “llaman la atención” sobre la implementación de criterios de oportunidad en las provincias argentinas (estén o no plasmados en sus legislaciones procesales), con un criterio meramente enunciativo.

Como ejemplo, es posible citar la recepción del principio de insignificancia en una provincia cuya legislación procesal no lo contempla expresamente: en Tierra del Fuego, el Juez de Instrucción del distrito judicial Norte cerró el proceso seguido por el delito de daño cometido en perjuicio de una guardería estatal, archivando las actuaciones en razón de la falta de tipicidad. Esta decisión fue impugnada y luego revocada por la Cámara de Apelaciones de la Provincia, lo cual motivó la intervención del Superior Tribunal de Justicia local, que se apartó de lo resuelto por esta última y ordenó el dictado de un nuevo pronunciamiento conforme a la doctrina del principio de insignificancia (sentencia del 14/12/95). A partir de este precedente, es corriente en la práctica de los juzgados y fiscalías de la provincia el archivo de las denuncias por aplicación de este principio.

³³⁰ MAIER, JULIO B. J., *Derecho Procesal Penal Argentino-Fundamentos*, Ed. Hammurabi, 1989, T.1-b, págs.526/7.

³³¹ CAFFERATA NORES sostiene que esta posición permitiría “trabajar desde el Congreso Nacional en la posibilidad de proyectar bases legislativas uniformes para toda la Nación en materia de un proceso penal que admita el juicio por jurado...”. (CAFFERATA NORES, JOSÉ I., “Reflexiones sobre el juicio por jurados, en *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 240.

Otro caso singular fue resuelto por el Juzgado de Instrucción Criminal y Correccional n° 2 de la ciudad de San Carlos de Bariloche (de fecha 09/09/05), que sobreseyó por aplicación de la doctrina de la pena natural a la imputada acusada del homicidio culposo de sus hijos menores en ocasión del incendio de su vivienda. Allí, el tribunal decidió la aplicación directa de este criterio al caso concreto para disponer el cese de la acción penal, antes de su implementación según la regulación legal.

También podemos señalar que en la Provincia de Córdoba, donde los criterios de oportunidad no están regulados por su legislación de rito, el Tribunal Superior de Justicia ha ido flexibilizando jurisprudencialmente la aplicación del instituto de la suspensión de juicio a prueba regulado por el art. 76 bis del CP.

Así, el texto legal señala que el instituto será de aplicación a todos aquellos delitos con pena de prisión o reclusión cuyo máximo no supere los tres años de prisión, requisito que a partir del precedente “Balboa” (T.S.J., Sala Penal, Sent. n° 10, del 19/3/2004) se entiende referido a la hipotética pena en concreto, no mayor a tres años de prisión, tal como lo establece la ley penal respecto de la condena condicional (art. 26 C.P.), sin importar si el máximo de la escala penal conminada en abstracto supera dicho límite (tesis amplia).

Además, si bien la letra de la ley prohíbe expresamente otorgar la suspensión del juicio a prueba en aquellos delitos que se encuentran reprimidos con pena de inhabilitación (art. 76 bis. último parr. CP), desde el precedente “Boudoux” (TSJ, Sala Penal, S.36, 2001) se permite la aplicación del instituto a esos supuestos, siempre y cuando exista una regla de conducta idónea para neutralizar el peligro que importa la continuidad de la actividad. Ello, pues el máximo tribunal ha entendido que las razones dadas por los legisladores para esa exclusión tiene como núcleo común la preponderancia del interés general en neutralizar el riesgo de la continuidad de la actividad.

En cuanto al consentimiento del fiscal requerido legalmente para la aplicación de este instituto, desde el precedente “Oliva” (T.S.J., Sala Penal, Sent. n° 23, 18/4/02) se ha dicho que para que el dictamen fiscal negativo sea vinculante es necesario que el mismo se encuentre debidamente fundado, de lo contrario el fallo denegatorio que asiente en él deviene en insanablemente nulo. Por último, podemos resaltar que en “Coria” (T.S.J., Sala Penal, Sent. n° 115, 29/09/2006) y luego en “Campos” (TSJ, Sala Penal, Sent. N° 214, 21/08/09) se permitió la aplicación de la suspensión del juicio a prueba en delitos cometidos por menores de edad.

Desde otro punto de vista, no en todas las provincias que han receptado expresamente estos criterios resulta pacífica su aplicación a los casos concretos, pues

existen controversias relacionadas a la constitucionalidad de su regulación por las legislaturas locales.

Por un lado, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Mendoza se ha pronunciado afirmando la constitucionalidad de los mecanismos de oportunidad receptados en su código procesal, en autos *“Fiscal contra Sosa Moran, Juan Rafael y otros por daño agravado s/casación”* con fecha 19.09.05, con los siguientes argumentos:

“A fin de que todos los delitos sean igualmente perseguibles, el Código Penal, regula todo lo atinente al inicio y extinción de la acción penal, más lo relativo al modo de realización o aplicación del derecho de fondo, encuentra sustento, válido y legal, en las normas adjetivas ... es el propio código de formas el que sistematiza los modos de aplicación o de realización del derecho de fondo, cuando regula los supuestos, en los que el principio general -de la oficialidad en el ejercicio de las acciones penales-, queda excepcionado a través de las previsiones contenidas en art. 26 del CPP ... que no se opone a la legislación de fondo, por cuanto, el Código Penal indica que las acciones deben iniciarse de oficio, salvo excepciones por él contempladas, y en el caso de los artículos de nuestro Código Procesal que regula el principio de oportunidad, taxativamente se indica que el Ministerio Público deberá ejercer la acción en todos los casos, lo que supone que cuando solicite el beneficio, ya se encuentra iniciada de oficio la misma... En la medida en que no se nieguen ni modifiquen, derechos sustanciales, el Ministerio Público, titular de la acción penal y en relación a este aspecto dinámico ya aludido, puede disponer de márgenes de decisión propia sobre cuándo, cómo y en qué supuestos lleva adelante el ejercicio de la acción penal. ...Sobre esta base, el Código Procesal Penal, ha implementado válidamente mecanismos que imprimen movimiento a la acción penal y así resulta válida y legalmente sustentable, la posibilidad de que la persecución penal se suspenda total o parcialmente, que se la limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho”.

Por otra parte, la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -Sala I en la causa n° 45966-02-CC/09 -*“Incidente de nulidad en autos GONZÁLEZ, Pedro s/infr. art. 183 -Daños- CP”* de fecha -29/05/2009, se pronunció por la inconstitucionalidad de la mediación regulada en el código local, con argumentos tales como:

“Para hacer efectiva la aplicación del derecho penal sin alterar las jurisdicciones provinciales, en forma que no resulte violatoria del principio de igualdad ante la ley, no puede menos que reconocerse que las provincias han tenido que delegar al Congreso Nacional algunas limitadas facultades procesales, que garanticen una igualitaria

persecución de las conductas penales. El límite de esa delegación finca en lo necesario para que todos los delitos sean igualmente perseguibles -lo que acontece con las disposiciones que hacen al ejercicio y extinción de las acciones penales- y se han reservado lo que hace a las modalidades de esa persecución ...sea que se afirme la naturaleza penal de las normas incluidas en el Código Penal que regulan la acción, sea que se sostenga su carácter procesal, debe preservarse en esta cuestión la unidad de ordenamiento jurídico ...que el art. 204 inc. 2º CPPCABA, como señaláramos supra, supone la asunción de facultades legislativas exclusivas del Congreso Nacional, en tanto y en cuanto el art. 75 inc. 12 CN dispone que es atribución de aquél el dictado de los Códigos de fondo, en virtud del principio de unidad de legislación para todo el país, por lo que no puede la Legislatura de la ciudad de Buenos Aires invadir ese ámbito en el ejercicio del propio en materia procesal. La introducción de la mediación al sistema penal requiere, pues, una necesaria reforma al Código Penal”.

Llevando la discusión más allá todavía, en Entre Ríos el procedimiento de mediación para las cuestiones penales se estableció en el ámbito de la provincia a través de un decreto del Poder Ejecutivo, ad referendum de la Legislatura. Este decreto supuestamente fue dictado debido a la necesidad de iniciar inmediatamente la implementación progresiva de la Ley nº 9754, poniéndola en marcha en la Jurisdicción Judicial de Concordia, a fines de ordenar las modificaciones estrictamente necesarias y de carácter urgente en el sistema existente hasta ese momento. Sin embargo, luego de crear nuevos cargos y fijar el destino de las causas pendientes, en su art. 19º prevé el marco regulatorio del trámite de mediación establecido en el artículo 5º de la Ley 9754 (el que en realidad nada dice al respecto), delineando su ámbito de aplicación, el trámite que deben llevar a cabo las partes junto a los órganos oficiales y sobre todo, los efectos que sobre el proceso tendrá el acuerdo al que arriben las partes en esa instancia (art. 19 inc. “s” del decreto). Es decir, en esta provincia la facultad de legislar sobre la acción penal no ha quedado exclusivamente en manos del órgano diseñado constitucionalmente para ello, sino también del Poder Ejecutivo en asuntos que exceden su potestad reglamentaria, lo cual parece al menos violatorio de la división de poderes.

Otra cuestión que interesa destacar de la regulación local de estos criterios, es que en la Provincia de Mendoza se omitió regular qué sucede una vez operado el vencimiento del plazo de suspensión del procedimiento por aplicación de uno de ellos.

Cabe destacar que esto no parece haber sido un simple olvido del legislador. En este sentido, en diversos precedentes jurisprudenciales³³² se ha señalado que “*se reconoce la facultad de la legislatura provincial para regular el principio de*

³³² Cámara del Crimen de Mendoza, en autos; “F. c/ Villarruel Vallejo Cristian...” (Expte. P 58.988/07-557)

oportunidad, en la medida que no avance sobre aspectos del derecho de fondo, como es el inicio o extinción de la acción penal”.

Ante ello, la solución que la jurisprudencia ha estimado más adecuada es que una vez fenecido el plazo de la suspensión, si el imputado cumplió con las condiciones que le fueron impuestas, debe esperar a que opere la prescripción de la acción penal, oportunidad en que el fiscal le deberá solicitar al juez que dicte el sobreseimiento.

III. CONCLUSIÓN

Es posible afirmar que actualmente el principio de legalidad se encuentra en crisis, puesto que es imposible dar respuesta a todos los hechos ilícitos que ocurren en la realidad. Ante esta situación y la necesidad imperiosa de solucionar los conflictos de índole penal, algunas provincias comenzaron a aplicar sus propios criterios de oportunidad, consagrándolos en leyes que regulan sus procedimientos locales.

Luego de haber realizado el estudio de esos códigos procesales, advertimos que no sólo difieren los criterios de oportunidad que se aceptan, el procedimiento para aplicarlos, la autoridad encargada de ello y los efectos que conlleva su aplicación, sino incluso los requisitos para admitir la procedencia de cada uno. A título ilustrativo, puede señalarse que:

-El criterio de insignificancia se encuentra receptado en todas las provincias que admiten criterios de oportunidad, pero su regulación concreta no resulta homogénea, su alcance es indeterminado y librado a la interpretación de los operadores jurídicos. Si bien como regla se exige que el hecho no afecte el interés público, en algunos lugares se coloca un coto temporal de 6 años (Río Negro, Chaco, Santiago del Estero), en otros de 3 años (Chubut), o bien se suman exigencias como no tener condena anterior (Chaco) o haber reparado el daño causado a la víctima (Santa Fe). También algunas provincias excluyen los delitos cometidos por funcionarios públicos abusando de su cargo (Mendoza, Chubut, Santa Fe) o igual supuesto pero limitándolo a los delitos contra la Administración Pública (Entre Ríos).

-La delación sólo mejora la situación procesal de los imputados en la Ciudad de Bs As (arrepentido) y en Mendoza (informante).

-El ámbito de aplicación del procedimiento de mediación varía según la provincia. Así, mientras que en la de Bs. As. se aplica sólo a los delitos de competencia correccional, en la ciudad homónima procede respecto de cualquier delito en el que pueda arribarse a una mejor solución para las partes. En Río Negro se admite respecto a delitos de cualquier índole conminados con una pena máxima de 15 años de prisión.

Cabe resaltar que en esta última provincia se utiliza como pauta de exclusión del trámite la misma situación que garantiza su procedencia en la de Entre Ríos (haberse beneficiado con un acuerdo mediatorio, relacionado con idéntica índole de conflicto y contra el/los mismo/s damnificado/s).

-En cuanto a la pena natural, algunas provincias admiten su procedencia solamente en relación a delitos culposos (Ciudad de Bs. As., Río Negro, Chubut), mientras que otras no tienen limitaciones en cuanto al tipo de delito (Pcia. de Bs. As., Santa Fe, Santiago del Estero).

-Respecto a la relevancia acordada a la voluntad de la víctima, algunas provincias le otorgan el máximo reconocimiento, bastando que ésta exprese desinterés en la persecución penal o bien que expresamente solicite al Fiscal que se abstenga de ejercer la acción (Chubut en los casos de lesiones leves, salvo que comprometa el interés de un menor de edad; Entre Ríos de forma amplia). En otras, resulta necesaria la composición con la víctima para la procedencia de algunos o todos los criterios (Santa Fe, Santiago del Estero), mientras que el resto la contempla en el marco del procedimiento de mediación (Pcia. y Ciudad de Bs. As., Río Negro, Chaco, Mendoza).

Por otro lado, mientras en algunos lugares la decisión que aplica un criterio de oportunidad tiene valor provisorio, pues se archivan las actuaciones (ciudad de Bs. As. y Entre Ríos), en otros se dicta el sobreseimiento que cierra la causa definitivamente (aunque variando los requisitos para su procedencia: por ej., luego de que transcurra un plazo fijado arbitrariamente, como sucede en las Pcias. de Bs. As. y Santiago del Estero; en Mendoza se espera a que prescriba la acción). Finalmente, en algunas Provincias la acción pública se convierte en privada y pasado un cierto tiempo sin que la víctima ejerza la querrela, también esta acción se extingue (Santa Fe, Río Negro, Chubut, Santiago del Estero si el archivo es posterior al requerimiento de citación a juicio).

Este panorama contradice claramente el principio de igualdad ante la ley, al permitirse que cada provincia (y la ciudad autónoma) modifique los criterios que determinan el inicio o extinción de la acción penal. Consideramos que aceptar esta situación implica, al mismo tiempo, consentir que ni el Código Penal de la Nación ni los derechos y garantías procesales se apliquen en forma uniforme en todo el territorio nacional.

Es que la igualdad ante la ley, como principio orientador del proceso, es de aplicación inderogable, obligando no solo a quien decide, a quien acusa y a quien se defiende, sino también al legislador. Éste, si bien es soberano, no puede crear normas que contraríen los principios básicos del sistema, por cuanto “si el derecho penal es

aplicado en el proceso en forma desigual, entonces es de esperar que todo el sistema de derecho criminal sufra en su totalidad perjuicios³³³.

A su vez, la discusión doctrinaria que rodea la potestad provincial para dictar normas que regulan principios dispositivos de la acción penal podría afectar la seguridad jurídica, que supone la previsibilidad de las conductas propias y ajenas y sus efectos, ante las respuestas enfrentadas e idas y vueltas de las máximas instancias judiciales locales ante planteos referidos a la constitucionalidad de estas normas³³⁴.

Por estas razones, entendemos que la propia realidad demuestra lo imperioso de avanzar en la aplicación del principio de oportunidad procesal, pero ello debe lograrse mediante la regulación de institutos y criterios uniformes en todo el país.

La propuesta implica una ley marco dictada por el Congreso de la Nación, en la cual se establezcan los criterios de oportunidad que deben regir en todo el territorio argentino, como así también sus efectos, pudiendo quedar bajo la órbita de cada legislación procesal local el trámite para su aplicación y la autoridad encargada de ello.

De este modo, sería posible superar las diferencias que ya existen entre las regulaciones procesales penales de los Estados provinciales, al tiempo que encauzar la actuación de aquellas en las que se aplican informalmente porque su legislación no los contempla, lo que actualmente perjudica la igualdad de trato de los justiciables de un mismo país así como también la seguridad jurídica, sólo por razones “político-geográficas”.

Además, la fijación de pautas uniformes permitiría a las provincias que ya han avanzado en la regulación de soluciones alternativas, adaptar su legislación sin necesidad de retroceder, derogar o descartar los institutos locales, en la medida que no contradigan la legislación nacional.

En definitiva, consideramos que los criterios de oportunidad y los efectos que su aplicación supone deben ser los mismos en todo el territorio de la nación, para evitar

³³³ HASSEMER, La persecución penal. Legalidad y oportunidad, Lecciones y ensayos, n° 50, 1988, Bs. As, Facultad de Derecho, 53566, p. 14.

³³⁴ Así sostienen que los criterios de oportunidad deberían regularse en el Código Penal y no en los ritos procesales provinciales porque se viola el principio de supremacía, la pirámide constitucional del art. 31 de la CN, la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires "Incidente de nulidad en autos "González, Pedro s/infr. art. 183 - Daños, CP", 29/05/2009, Cámara de Apelaciones Contravencional y de Faltas; Causa Nro.: 11917-00-CC-2009. Autos: Domínguez, Luis Emilio s/ infr. art. 184, inc. 5°, CP - Apelación.. Sala II. 26-06-2009.; Sala III, c. 45966-02-CC/09, Incidente de nulidad en autos “Batista, Ramón Andrés Pedro s/ infr. art. 149 bis CP”, rta.: 10/06/2009, entre otros. En sentido contrario, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza ha consagrado la constitucionalidad de las normas de oportunidad reglada en los códigos rituales provinciales en defecto de norma idéntica del Código Penal al darle primacía al carácter procesal de las normas en cuanto al modo de ejercicio de la acción penal pública, in re "Fiscal v. Sosa Moran, Juan Rafael y otros" del 19 de septiembre de 2005.

una clara violación al principio de igualdad y a los fines de generar seguridad jurídica, tanto desde la óptica de los acusados cuanto de las víctimas.

CUADRO COMPARATIVO

PROVINCIAS QUE LEGISLAN CRITERIOS DE OPORTUNIDAD



CRITERIOS DE OPORTUNIDAD LEGISLADOS

Insignificancia

Sustancial: la conducta no alcanza la mínima dañosidad social que requiere el tipo penal.

Procesal: por razones utilitarias, los hechos carentes de interés para el estado son relegados para priorizar los de gran costo social.

Su alcance es indeterminado. Algunas pautas receptadas son:

Monto máximo o mínimo de la sanción prevista en abstracto.

Ausencia de condena anterior.

Reparación a la víctima.

Calidad del sujeto activo (que no sea funcionario público obrando en abuso del cargo).



Reparación a la víctima:

Se prevé en forma autónoma o bien como requisito del procedimiento de mediación.

Mediación: Instrumento para posibilitar el acuerdo entre víctima e imputado y la solución del conflicto, de aceptación voluntaria.

Puede ser :

Prejudicial: Procedencia:

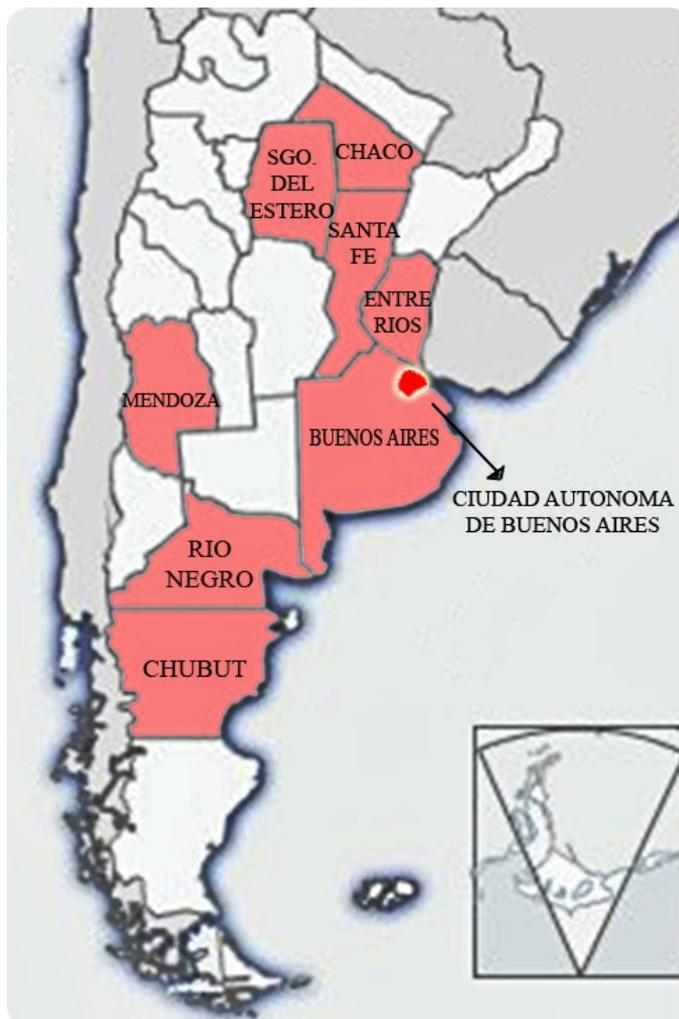
De acuerdo al monto máximo de pena, los casos son derivados por la autoridad policial que previene, luego de consultar con el Fiscal que intervendría en el hecho (Chaco).

Judicial: Procedencia:

En causas de competencia correccional (Pcia. de Bs. As.).

En toda clase de delitos en que pueda arribarse a la mejor solución entre partes (CABA).

En causas de contenido patrimonial (Entre Ríos).



Mediación Judicial

En delitos de acción pública perseguibles de oficio o dependientes de instancia privada conminados con un máximo de hasta 15 años de prisión (Río Negro).

Cuando exista un acuerdo anterior entre las mismas partes y por un conflicto de la misma índole (Entre Ríos).
Se excluye en los casos de:

Delitos contra la vida, integridad sexual, lesiones gravísimas entre parientes convivientes (CABA).

Víctima menor de edad (Pcia. de Bs. As.).

Acuerdo anterior incumplido (Pcia. de Bs. As., Entre Ríos).

Delitos cometidos por funcionarios públicos con abuso del cargo (Pcia. de Bs. As.).

Acuerdo anterior entre las mismas partes y por un conflicto de la misma índole (Río Negro).

Razones de seguridad o interés público (Sta. Fe).

Más de 2 acuerdos, salvo si se tratan de delitos culposos (Chaco).



Arrepentido Colaborador:

Supuesto de oportunidad como estrategia de investigación que permita aumentar la eficiencia en la investigación de casos complejos.

Es el imputado delator o informante, que presta colaboración voluntaria y eficaz a la autoridad competente, útil para la persecución penal de los responsables de delitos cometidos por organizaciones delictivas y violentas, a cambio de obtener un beneficio sobre la pena que le corresponda.



Pena natural:

El sujeto activo del delito sufre daños o sufrimientos corporales o morales de importancia como consecuencia del mismo hecho.

Ejemplo 1: conductor de un vehículo que por imprudencia choca y ocasiona la muerte de su hijo que iba como acompañante.

Ejemplo 2: ladrón que resulta herido en un tiroteo con la policía y queda cuadripléjico.

Requisitos de procedencia:

Delitos culposos únicamente (CABA, Río Negro, Chubut).

Reparación a la víctima (Sta. Fe, Santiago del Estero)

PRIVILEGIA LA “RETRIBUCION NATURAL” POR SOBRE LA “RETRIBUCION MATERIAL”



Selección de los hechos innecesarios:

Implica suspender la persecución de algunos hechos, para dedicar todo el esfuerzo a la del hecho punible más grave o al mejor probado cuando se tramitan varios procesos de forma simultánea.

Puede requerirse además la reparación a la víctima (Santiago del Estero).



Exigua contribución en el hecho:

Generalmente está incluido junto con la escasa culpabilidad, la falta de interés en la persecución y la insignificancia del hecho, por eso suelen tratarse en forma conjunta.



Expreso pedido de la víctima para que el fiscal se abstenga de ejercer la acción penal:

Se ha otorgado relevancia a la voluntad de la víctima dentro del proceso, situación que la jerarquiza al punto tal que se acepta que no sólo sea escuchada sino respetada en su decisión.

Admite excepciones :

Cuando está comprometido el interés de un menor de edad (Chubut).

Cuando la oferta es razonable y el fiscal no señala objeciones fundadas en el interés público, pero la víctima no la acepta de forma injustificada, el juez puede hacerlo (Chubut).



Enfermedad incurable en estado terminal. Avanzada edad:

Impide llevar adelante el juicio penal contra quien padece una enfermedad incurable en estado terminal, puesto que el proceso ya no podrá

alcanzar su finalidad de realizar la legítima pretensión estatal de esclarecer los hechos imputados al acusado y de que, si hubiera mérito para ello, se lo condene y castigue.

Debate:

¿Consideraciones de humanidad o retribución?

Requisitos de procedencia :

Imputado mayor de 70 años de edad.

Imputado con enfermedad incurable en estado terminal según dictamen pericial.

Que el interés público no se halle comprometido.

