



**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE
CÓRDOBA**
INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL
SECRETARÍA PENAL

**REFORMA DEL ART. 59 DEL CÓDIGO
PENAL: LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD
COMO CAUSAL EXTINTIVA DE LA ACCIÓN
PENAL**

AA.VV

Marzo de 2018

INDICE

I. Reforma del art. 59 del Código Penal: Los Criterios de Oportunidad como causal extintiva de la acción penal.

Autores: José I. Cafferata Nores (Director); Valeria Paula Rissi; Natalia Bazán; Patricia Soria; Berenice Olmedo; Esteban Díaz Reyna; Daniela Bianciotti; Carlos Ferrer; Ramiro Rogelio Fernández; Agustín Ferrer.

I. Introducción:

Como primera medida, y atento la reciente reforma del CPP de Córdoba, aprobada durante el curso de la semana pasada por la Legislatura de nuestra Provincia, impone un tratamiento y discusión de un aspecto que se encontraba pendiente en nuestra legislación, conforme el trabajo que desarrollamos durante el año pasado con relación a los criterios de oportunidad que, de acuerdo a la reforma del art. 59 del Código Penal, se erigen como casual extintiva de la acción penal.

Si bien la nueva legislación incorpora los criterios de oportunidad que regirán en nuestra provincia, su procedimiento y las excepciones a su aplicación, también establece como facultad del Fiscal General la de interpretar dichos criterios a través de Instrucciones Generales. En función de ello, y de algunas previsiones de la propia legislación, deviene necesaria la discusión en torno a ello como así también la puesta en común del aporte individual que cada uno efectuó oportunamente con relación a este tema, para así procurar establecer conclusiones que puedan resultar útiles a los fines de la interpretación y aplicación de la nueva legislación, con el objetivo de plasmarlas en un documento que permita su posterior difusión.

En segundo término, se propone la puesta en común y discusión de ideas con relación a la ley del arrepentido, conforme los puntos señalados oportunamente respecto de lo que se entendió como los principales interrogantes que se plantean al respecto y de acuerdo al aporte que, por escrito, cada uno ya adelantó. Aquí también el objetivo es poder sentar por escrito las ideas más relevantes, los diferentes criterios, y demás aportes que puede efectuar el Instituto con relación a esta materia que si bien no es tan novedosa, tiene plena aplicación en la actualidad, sumado a las particularidades que presentan algunos aspectos de esta ley que antes no se encontraban presentes en las legislaciones que preveían el instituto.

Finalmente, se contempla como tema a debatir para reuniones posteriores el relativo a las herramientas y facultades establecidas mediante Ley Nacional 27319 para la Investigación, Prevención y lucha de los delitos complejos, a cuyo fin podrán efectuar los aportes que estimen convenientes con relación a la modalidad de trabajo a implementar.

APORTES Y REFLEXIONES CON MOTIVO DE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

***José I. Cafferata Nores* (Co - Director del Instituto y responsable de la secretaría Procesal penal)**

Aporto un recurso de casación que elaboré contra un auto que negó la aplicación del art 59 inc 6 del C Penal. En él desarrollo críticas e ideas que considero pueden ser útiles para la reflexión sobre el tema propuesto (amen de algunas reflexiones sobre la realidad práctica del sistema de recursos vigente).

Veamos:

“Agravio”

Planteo este recurso al amparo del art inc 1.del art 468 CPP

El fallo impugnado ha inobservado lo dispuesto por el art.59 inc. 6° del CP, según reforma de la Ley 27147, tal como lo demuestro a continuación.

Pretendo que se aplique correctamente dicha norma y se dicte el sobreseimiento de mi cliente a su amparo (art 479 CPP).

Desarrollo del agravio

El fallo bajo recurso, a pesar de no haber controvertido que mi cliente haya reparado integralmente los daños sufridos por el delito que se le imputa, considera que existen impedimentos para otorgarle a esa reparación el efecto extintivo de la acción penal que la disposición inobservada establece.

Para así resolverlo invoca criterios restrictivos de una ley procesal que no está vigente; que no es aplicable para nada en esta Provincia; que no contempla el supuesto de reparación integral como causal extintiva; que prescinde en lo absoluto de las disposiciones procesales vigentes sobre la materia en nuestro código de rito; y que omite una interpretación sistemática de los incs 6 y 7 del art 59 y el art art 76 del CP, todos con arreglo a su nueva redacción por la ley 27147.

Para fundamentar estos asertos reproduzco, primero, cada párrafo del auto recurrido que contiene cada uno de los argumentos que sustentan lo que decide, y luego paso a refutarlos.

Critica razonada

Dice el fallo:

El nuevo Código de Procedimiento Penal de la Nación incorpora los principios de celeridad, oralidad, publicidad y desformalización de las decisiones. Se regula un procedimiento ágil, rápido y moderno que asegure una administración de Justicia que contemple la reparación a las víctimas. Entre sus reglas establece en cuanto a la solución de los conflictos: “...los jueces y representantes del Ministerio Público procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a **la paz social** (art. 22). Establece así mismo que la acción pública es ejercida por el Ministerio Público Fiscal, sin perjuicio de las facultades que este Código le confiere a la víctima. El Ministerio Público Fiscal debe iniciarla de oficio, siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley (art. 25). En cuanto a la disponibilidad de la acción, se expresa. “El representante del Ministerio Público Fiscal puede disponer de la acción penal pública en los siguientes casos: **a. criterios de oportunidad; b. conversión de la acción; c. conciliación; d. suspensión del proceso a prueba. No puede prescindir ni total ni parcialmente del ejercicio de la acción penal si el imputado fuera funcionario público y se le atribuyera un delito cometido en el ejercicio o en razón de su cargo, o cuando apareciere como un episodio dentro de un contexto de violencia doméstica o motivada en razones discriminatorias. Tampoco podrá en los supuestos que resulten incompatibles con previsiones de instrumentos internacionales, leyes o instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal fundadas en criterios de política criminal” (art. 30). Respecto del criterio de **oportunidad** dispone: “...Los representantes del Ministerio Público Fiscal **podrán prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho en los casos siguientes: a) si se tratara de un hecho que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público....”** (art. 31).**

En cuanto a la **conciliación**, se establece: “...Sin perjuicio de las facultades conferidas a los jueces y representantes del Ministerio Público Fiscal en el artículo 22, el imputado y la víctima pueden realizar acuerdos conciliatorios en los

casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte. El acuerdo se presentará ante el juez para su homologación, si correspondiere, en audiencia con la presencia de todas las partes. La acreditación del cumplimiento del acuerdo extingue la acción penal; hasta tanto no se acredite dicho cumplimiento, el legajo debe ser reservado. Ante el incumplimiento de lo acordado, la víctima o el representante del Ministerio Público Fiscal podrán solicitar la reapertura de la investigación” (art. 34).

Agrega: “No pretendo con estas citas, una aplicación analógica de esa normativa (el nuevo CPP de la Nación) , sino desentrañar el alcance de la norma sustantiva invocada, esto es el del art. 59 inc. 6° del CP, según reforma de la Ley 27147, en tanto fue el mismo legislador nacional el que produjo ambas leyes

Es por ello que tomando como **pauta de interpretación las normas procesales invocadas**, surge evidente el propósito de la reforma introducida al C. Penal y los **límites de ella.**

Esto es que la conciliación y reparación como tercera vía, en cuanto al modo de solucionar el conflicto penal **resulta limitado** en supuestos como el que nos ocupa, esto es cuando el delito culposo tenga como resultado lesiones gravísimas o la muerte o que por su significación, afectaren gravemente el interés público”.

a. Este fundamento tiene **gravísimos errores**, como adelanté.

(i).Adopta como pauta de interpretación de una ley nacional, una ley procesal cuya aplicación no es general para todo el país, como sí lo es el C.Penal; (ii). Que esa ley no se encuentra vigente,y (iii). Que esa ley no contempla el supuesto de extinción de la acción penal por reparación integral de la víctima, que fue el motivo de la excepción de falta de acción.

Esta suma de graves errores sino incurren, bordean peligrosamente el prevaricato, como le señalaré.

.1.Adoptar como pauta de interpretación de una ley de vigencia nacional una ley procesal de vigencia restringida a una jurisdicción.

El fallo extiende a todo el país federal la intención del legislador de facilitar la implementación del nuevo Código Procesal Penal de la Nación, olvidando que este artículo, por tener aplicación propia y autónoma en todo el país (art 59 inc. 6° del CP,

según reforma de la Ley 27147) no puede verse condicionado en su aplicación por una cuestión circunstancial, como es la de ser parte del proceso de implementación de aquel. Mas aún cuando la propia fundamentación del Proyecto – que el fallo reconoce como al pasar-le da un ámbito general a su aplicación (“en definitiva, se intenta con estas modificaciones al Código de Penal, con el grado de **generalidad y flexibilidad suficientes**, dar lugar a que **cada jurisdicción ejerza plenamente sus competencias legislativas en materia procesal** (arts. 121 y 75 inc. 12 CN))”.

Y el decisorio lo hace, no con el propósito de ampliar, en beneficio del imputado, los alcances de una disposición favorable a este, como es el art. 59 inc. 6° del CP, según reforma de la Ley 27147, sino para restringir sus alcances, con total desprecio de disposiciones propias del C. Penal vigente antes de la reforma de la ley 27147 y en el texto mismo de esta.

Profundizo.

¿Cual es el motivo por el que se admite como pauta interpretativa de una disposición de derecho penal de fondo (el art.59 inc. 6° del CP, según reforma de la Ley 27147), que es de aplicación obligatoria en todo el país, cualquiera sea la jurisdicción política en donde deba aplicársela, normas de un Código Procesal Penal dictado para una solo de esas jurisdicciones (y para colmo, no vigente), como es el sancionado como ley 27.063?.

La respuesta es clara: Solo para imponerle a la disposición del Código Penal las limitaciones a su aplicación que surgirían de ese Código Procesal Penal, que el Código Penal no contempla, con el **ideologizado propósito** de reducir al máximo sus alcances. Prueba de ello es que con un inútil intento de generalizar los criterios de esa ley para la justicia federal, invoca sesgadamente otros Códigos Procesales Penales, de modo genérico y descontextualizado, a la vez que omite citar los Códigos Procesales Penales que no contemplan, para nada, las limitaciones a la aplicación del art.59 inc. 6° del CP, según reforma de la Ley 27147, de cuyas disposiciones podría haberse valido con el mismo propósito “interpretativo”.

Ahora bien, a esta finalidad redactora el fallo recurrido lo encubre bajo dos argumentos:

(i)Que tanto la ley 27063 como la ley 27147 fueron dictadas por el Congreso Nacional.

(ii)Que la segunda “tiene como objetivo armonizar, en materia de ejercicio de las acciones penales y su extinción, la ley de fondo con las reformas introducidas por el Código Procesal Penal de la Nación aprobado por ley 27.063”.

Refutando por erróneo el argumento señalado como (i) señalo que no puede acordársele a la ley 27063 el efecto de ser aplicable a todo el país, por el mero hecho que haya sido sancionada por el Congreso Nacional. Ello porque este la ha dictado **solo** como “legislatura local” para el fuero nacional de la Capital Federal y su aplicación a todo el país **se reduce** al fuero federal.

De modo que esta “comunidad de origen”, por el doble rol que cumple el Congreso de la Nación, no es un argumento jurídicamente sustentable para el apoyo de las conclusiones que el fallo recurrido realiza.

En realidad el punto sobre el rol “local” del Congreso en el tema lo despejan los fundamentos del proyecto que dice: las “*reformas incorporadas por la Ley N° 27.063 versan sobre **aspectos de naturaleza procesal**, a tenor de lo dispuesto en los artículos 121 y 75, inciso 12, de la*” C.N.

La misma refutación merece el argumento señalado como (ii) ya que del mensaje que se invoca **no** surge únicamente que la Ley 27147 tiene como *objetivo armonizar, en materia de ejercicio de las acciones penales y su extinción, la ley de fondo con las reformas introducidas por el Código Procesal Penal de la Nación aprobado por ley 27.063*”. Contrariamente y con toda claridad señala que aquella ley (la 27147), además de la armonización referida, contiene normas “con el grado de generalidad y flexibilidad suficientes para dar lugar a que cada jurisdicción **ejerza plenamente sus competencias legislativas en esta materia**”.

A mayor abundamiento se recalca que el propósito del proyecto finalmente convertido en ley 27147 “en tanto estas reformas incorporadas por la Ley N° 27.063 versan sobre aspectos de naturaleza procesal, a tenor de lo dispuesto en los artículos 121 y 75, inciso 12, de la Constitución Nacional **corresponde a las jurisdicciones respectivas su tratamiento legislativo, dado que no han delegado competencias para el dictado de un cuerpo normativo único o separado a nivel nacional en esta materia**”.

Queda así claro que corresponde a las provincias y no el Congreso Nacional, dictar las leyes procesales necesarias a los fines del art.59 inc. 6° del CP, según reforma de la Ley 27147. Cada jurisdicción debe dictarlas.

Y si la Provincia no lo hizo especialmente?

Se debe acudir, primero, a su derecho procesal positivo vigente, a su CPP, que como se señala en este recurso se ocupa de las posibilidades de la víctima de reclamar protección penal y civil del daño sufrido por el delito.

a. La magnitud del error del fallo recurrido se evidencia si se advierte que si se aplica su tesis sobre las **causas de exclusión** de la reparación integral de la víctima a la que se refiere el art . 59 inc. 6° del CP, según reforma de la Ley 27147 como causa extintiva de la acción penal, caería toda la jurisprudencia del Tribunal Superior sobre **la suspensión del juicio a prueba**.

Explico.

(i). El C Penal no condiciona el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba a que el delito del que se trata no *afectare gravemente el interés público*. Solo exige pronóstico de condena condicional y una propuesta razonable de reparación a la víctima. Es que esta circunstancia (*el interés público*), cuando el C. Penal la utiliza para agravar delitos o las condiciones de su persecución, lo hace de **modo expreso**, vgr, el art 72 inc 2 CP (origen, precisamente, del comentario de Nuñez sobre el punto que ilustra el fallo).

De tal modo, si al art 59 inc. 6° del CP, según reforma de la Ley 27147 se le aplica la tesis del fallo recurrido, se introduciría a la aplicación del art 76 bis C.P. una restricción que este artículo no contiene, en perjuicio del imputado.

(ii) Además este instituto se aplica actualmente a los **homicidios culposos** (art 84 CP) aun eludiendo la prohibición legal de hacerlo, por estar reprimido con pena de inhabilitación. Si se aplica le tesis del fallo recurrido, **no se podrían** dar mas suspensiones del juicio a prueba en los homicidios culposos. Así de claro.

(iii)Estos dos razonamientos son suficientes para demostrar la sin razón de la tesis inspiradora del fallo recurrido.

Porque ambas vías, la del art 76 bis CP y la del nuevo art. 59 inc. 6° del CP, según reforma de la Ley 27147, **conducen a la extinción de la acción penal pública**.

Y para una de ellas (el art 59 inc 6) el fallo impugnado pone condicionamientos que hoy no se exigen para la otra (el art 76 bis CP).

¿Puede sostenerse sin rubor que la sanción del art 59 inc 6 CP nuevo, que acuerda a la reparación integral de la victima eficacia extintiva de la acción penal, tendrá la **paradójica consecuencia** de reducir el ámbito de actuación de la probación del art 76 CP?

¿Nunca más probation para homicidios culposos, aunque no haya afectación al interés publico?

¿Nunca más probation para homicidios culposos, por existir afectación al interés publico, cuando esta afectacion no es una causal impeditiva expresa del beneficio?

¿Donde quedan la ultima ratio del derecho penal, el cambio de paradigma, y la solución del conflicto?. **Sepultadas** bajo la ideología.

(iv). Por último, el fallo no precisa en que consiste *la paz social* del art 22 del vigente nuevo CPPNacional, a la que ese ordenamiento condiciona la solución del caso, y que aquel decisorio, mediante un simple resaltado en negrita, parece utilizar como elocuente argumento determinante de rechazo a la excepción de falta de acción planteada.

Y no puede precisar el contenido de esa alocución porque si procura hacerlo, topará con el problema de que no hay delito que no altere la paz social. Y un hecho como el que aquí se trata no la afecta especialmente (basta pensar en el máximo de la escala penal con que el art 84 CP lo reprime y que solo se aumenta el mínimo para supuestos de multiplicidad de victimas como este caso). Tampoco puede considerarse especialmente alteradora de la paz social el modo de ocurrencia del hecho, por más que revista connotaciones poco frecuentes.

(v). Tampoco explica que sean conceptos contradictorios “la armonía entre sus protagonistas” (del delito) y la “paz social “ (art. 22 CPPN nuevo). Esto dicho porque el fallo recurrido en ningún momento ha cuestionado que la reparación integral de las victimas invocada por la excepción que rechaza, en realidad haya existido, lo que sin duda ha restablecido la armonía entre sus protagonistas.

Y este aspecto tiene especial importancia, porque de haber cuestionado este extremo, base de la excepción, no hubiera necesitado incurrir en los errores gravísimos de interpretación que aqui le estamos imputando.

Y al no ser un punto discutido, **debemos darlo por existente** a los fines de este recurso.

El excepcionar expresamente dije que *“lo de integral de la reparación en el caso de sus asistidos luce evidente, al haber reparado todos los perjuicios sufridos por quienes aparecen en este proceso penal como querellantes particulares o han formulado el reclamo indemnizatorio en sede civil”*. Y el fallo impugnado no refuta esta circunstancia, lo que importa, como ya se dijo, su aceptación.

b. El fallo recurrido también desprecia una interpretación sistemática de las disposiciones de la reforma de la Ley 27147, que le fue expresamente propuesta, y que fueron inaplicadas al caso, y que ahora se propone como la interpretación que se propicia como resultado de este recurso.

Al fundar la excepción argumentamos –y lo introduzco ahora como un agravio impugnativo porque ni fue mencionado en el decisorio que se impugna- del siguiente modo: *“Y frente a la hipótesis de que alguien pretendiera que esta norma no es aplicable ante la ausencia de regulación procesal sobre de los efectos extintivos de la acción penal de la reparación del perjuicio, afirmamos que la nueva ley – el art 59 inc 6 CP- que declara la extinción de la acción por reparación, es aplicable a este caso directamente.. Tal es lo que se dispone en la misma ley para la suspensión del juicio a prueba. Artículo 76: La suspensión del juicio a prueba se regirá de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes. “Ante la falta de regulación total o parcial, se aplicarán las disposiciones de este título”*.

*Una interpretación sistemática de ambas disposiciones – argumentamos allí- propicia esta solución equiparadora. Es que si la ley procesal no regula la probation, que **culmina** en la extinción de la acción penal, rige el Código Penal (art 76 in fine)..sistemáticamente debe interpretarse, ..., que en tanto la ley procesal no regule la extinción de la acción penal por reparación de la víctima, también debe regir el Código Penal que así lo autoriza.*

Y enfatizé que, aun sin Código Procesal Penal que admita la extinción directa (reparación integral) o indirecta (via probation) de la acción penal, deben regir en la Provincia las disposiciones del Código Penal en su nueva redacción (ley 27147)”.

Nada respondió el fallo recurrido a esta argumentación. En cambio buscó criterios de interpretación en una ley procesal para extraña jurisdicción, no vigente y que no contempla el supuesto de reparación integral.

Queda así claro que tan rebuscada invocación, ha sido solo para encubrir una ideologizada solución contraria a la categórica disposición del art 59 inc. 6° del CP, según reforma de la Ley 27147, y una forma encubierta de mostrar desprecio por cualquier solución no punitiva al delito, a la que se invoca adhesión. Lo dije antes, ante otros protagonistas y lo repito ahora: resoluciones como la impugnada son un ejemplo de como es posible **“escribir con la izquierda y resolver con la derecha”**

La víctima – a pesar de ser invocada- nada importa. Su conflicto se re-expropia para dar una imagen severa del poder judicial; para evitar la critica amarilla de algunos medios de comunicación.

2. Adoptar como pauta de interpretación de una ley nacional una ley procesal que no se encuentra vigente, y que nunca regiría casos ocurridos en la fecha del de autos.

a. Demostrar la razón de este agravio solo requiere dos argumentos: una ley que no rige tiene el mismo nulo valor jurídico que una no dictada o una ley derogada. Y así ocurre del juego de los artículos 3 y 4 del nuevo CPN –ley 27.063-..

Segun el art 3 esta ley regirá en la oportunidad que establezca la ley de implementación correspondiente. Dicha ley, la n° 27150 en su art 2 dispone una aplicación limitadísima de esa ley, a partir del **1 de marzo de 2016**: y solo para a la justicia nacional de la capital federal.

Y para que se despeje cualquier duda, el art 4 de la ley 27.063 dispone que el nuevo CPPN **regirá solo** para los delitos que se cometan **a partir de su entrada en vigencia**. Y el art 5 íbid establece que las causas en trámite proseguirán tramitándose de conformidad con el anterior CPPN.

Pregunto ¿que significa aplicar criterios de una ley procesal penal no vigente, y que el día que entre en vigencia se aplicara solo a los delitos que se cometan en el ámbito de la justicia nacional de la Capital Federal, luego de su entrada en vigencia, para abortar los efectos de una disposición vigente del Código Penal -como es el art 59 inc. 6° del CP, según reforma de la Ley 2714 sobre hechos ocurridos con anterioridad, respecto de los cuales nunca se aplicará?.

Si esto no bordea el prevaricato, ¿que otra explicación puede darse? Y que no se argumente ignorancia del derecho, pues el tribunal sentenciante fue advertido de estas circunstancias. Es una abierta desobediencia a la ley.

¿Cómo pueden buscarse criterios de interpretación reductores de los alcances del art 59 inc 6 CP (ley 27147) en una ley procesal que **nunca jamás** será aplicable a este caso?

Es realmente alarmante la aplicación -via el artilugio de criterio de interpretación- retroactiva de una reducción de un beneficio acordado al imputado en el C. Penal, de una ley procesal no vigente y que jamás lo estará para este caso.

b. En nada mejora el falaz argumento que se critica, invocar disposiciones innominadas de los CPP de las “Provincias de Chubut, Santa Fe, Mendoza” que “ en coincidencia con el Código Procesal Penal de la Nación, excluyen su aplicación cuando existen razones de seguridad e interés público”.

Esto porque hay varios otros CPP que no introducen tal restricción, como los de *Jujuy* (Las partes podrán solicitar la mediación penal luego de promovida la acción penal y hasta el requerimiento de elevación de la causa a juicio, en causas en que se imputen delitos cuya sanción sea de hasta seis (6) años de prisión, y/o multa. Y Especialmente en: a) Causas vinculadas con hechos suscitados por motivos de familia, convivencia o vecindad; b) Causas cuyo conflicto sea de contenido patrimonial, y c) Causas por delitos culposos. No se aplicará la mediación penal a delitos provenientes de actos de violencia familiar, a delitos dependientes de instancia privada en que las víctimas sean menores de dieciocho (18) años de edad, con las excepciones que prevé la norma de fondo; o cuando los imputados sean funcionarios públicos y los hechos denunciados hayan sido cometidos en ejercicio o en ocasión de la función pública; y a los delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional (Título X del Código Penal). Los delitos reprimidos con pena de inhabilitación no podrán ser objeto de mediación sin la conformidad del Ministerio Público Fiscal), *Santiago del Estero*, (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), *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. 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), *Chaco*, (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, limitación que no rige para los delitos culposos), *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. 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) *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 ... procede respecto de delitos de acción pública dependientes de instancia privada y aquellos perseguibles 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)".

Como puede apreciarse, la legislación procesal penal provincial esta lejos de permitir una interpretación unívoca como la que sostiene el fallo recurrido, toda vez que contiene una infinita variedad de hipótesis.

Elegir la que mas condiciona, en perjuicio del imputado, la aplicación del 59 inc. 6° del CP, según reforma de la Ley 27147, solo expresa el perjuicio contrario a lo que dispone, la rebeldía frente a la ley que no se comparte ideológicamente. En definitiva, la actitud de sustituir la voluntad de la ley por la del juzgador que debe expresarla.

3. Que el CPP Nacional nuevo, que se usa de criterio inspirador, no contempla el supuesto de extinción de la acción penal por reparación integral de la víctima, por lo que no es de aplicación al caso ese "criterio".

Lo primero que debo destacar es que el fallo que impugno ignora que el art 59 inc. 6° del CP, según reforma de la Ley 27147, contempla dos hipótesis diferentes., al establecer: "*Artículo 59: La acción penal se extinguirá: ... inc. 6) Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes.*

La conjunción disyuntiva “o” es suficiente argumento gramatical (si bien hay argumentos doctrinarios que aquí se desarrollan luego) para no dejar en zona de discusión, que se trata de dos supuestos diferentes.

Y para restringir los alcances del segundo supuesto, invoca el espíritu de las disposiciones del nuevo CPPN, que **sólo se refieren al primero**, es decir, a la conciliación (arts 30 inc c y 34) .

a. Para salvar este obstáculo esgrime el deliberadamente erróneo paraguas argumental de que *“la conciliación y reparación como tercera vía, en cuanto al modo de solucionar el conflicto penal resulta limitado en supuestos como el que nos ocupa”* .

Esta amañada confusión, pretende justificar un recurso hermenéutico injustificable.

Conciliación y reparación integral son instituciones diferentes.

Que en algunos CPP se las equipare en cuanto a su procedencia o limitaciones, no significa que sean lo mismo: el similar tratamiento en esos cuerpos legales formales **tiene una base legal**: se las menciona a ambas expresamente.

Pero esto no ocurre en el CPPN que **solo** se ocupa de la conciliación.

b. La doctrina mas ilustrada explica con detalles esta distinción de naturaleza con iguales efectos extintivos.

Alberto M. Binder. (Derecho *Procesal Penal, Dimensión político-criminal del proceso penal. Eficacia del poder punitivo. Teoría de la acción Penal y de la pretensión punitiva*, Tomo II, Editorial Ad-Hoc, pag. 422) distingue: “En general, podemos clasificar esas normas de flexibilización del régimen de la acción en las siguientes categorías (. E) Reglas de extinción de la acción **ya sea** por la *conciliación* de los intereses de las partes **o** mediante la *reparación suficiente del daño*.

Agrega el jurista que “una característica central de las nuevas legislaciones de tipo acusatorio tiene que ver con el papel central que se le otorga a la reparación y a las distintas modalidades de conciliación entre víctima e imputado. La búsqueda de soluciones al conflicto se encuentra, además, entre los principios generales que informan a toda la legislación procesal nueva... Ya sea la **reparación directa y suficiente del imputado**, generalmente aceptada por la víctima o, simplemente, evaluada como razonable, independiente de su aceptación, generan casos de extinción o suspensión de la acción pública” (ob cit pag. 446).

Como se ve, este último párrafo impide confundir *reparación* con *conciliación*, pues esta, por esencia, requiere “aceptación” de la víctima, condición de la que aquella puede prescindir.

La justificación teórica de esta separación de hipótesis la proporciona Julio Maier cuando señala que “que la reparación del daño por voluntad del autor permite alcanzar, con más eficiencia, los fines de la pena... ello favorece el fin de prevención general positiva, por la satisfacción que genera en la conciencia jurídica colectiva ver que el conflicto se ha superado, y por el efecto docente que tiene el reconocimiento, por el propio autor del hecho punible, del bien jurídico tutelado por la norma que lo castiga, pues reconoce el interés de la víctima y lo satisface llevando a cabo una acción, quizá la más significativa si es sincero, para su reinserción en la comunidad jurídica (prevención especial positiva) (*El ingreso de la reparación como tercera vía del derecho penal argentino*). Nada que ver con la conciliación.

c. La aplicación **analógica** de criterios de interpretación de lo dispuesto por el art 59 inc. 6° del CP, según reforma de la Ley 2714, para restringir su alcance en orden al *segundo supuesto* extintivo que establece, de normas del CPPN no vigentes que se refieren al *primer* supuesto que contempla, lleva a la omisión de su aplicación, que es lo que aquí se denuncia, y cuya corrección se impetra.

d. El fallo bajo recurso debería haber examinado la situación planteada bajo los siguientes parámetros de derecho procesal penal positivo y vigente en el ámbito de la Provincia de Córdoba.

Podemos distinguir, si se quiere, que cuando la ley refiere al perjuicio puede referirse al perjuicio propio del derecho penal (bien jurídico lesionado) y al perjuicio patrimonial como consecuencia de la lesión al bien jurídico. En ambos puntos de vista, este caso aparece como integralmente reparado, como consta en autos.

Con este doble enfoque (protección judicial penal y civil del bien jurídico lesionado), cabe plantearse que quiere significar la ley penal cuando expresa que esa reparación integral tiene conformarse a la normativa procesal vigente.

No puede ella (el art 59 inc. 6° del CP, según reforma de la Ley 2714) sino referirse a lo que establece nuestro actual Código de Procedimiento en materia penal para la provincia de Córdoba. En este sentido, los arts.91 a 96 del CPP regulan lo referente a las posibilidades que tiene la víctima (el perjudicado) para hacer valer su reclamo de

castigo en el proceso penal. Y su reclamo de reparación civil lo amparan los arts 97 a 108 CPP.

Así tenemos que, por un lado, el perjudicado puede intentar lograr su reparación penal constituyéndose en querellante particular (arts 7 y 91 CPP) y convertirse en un acusador privado para que junto al acusador público procurar y conseguir la condena del supuesto autor del hecho delictivo. Y adviértase que tal como esa constitución es voluntaria, también lo es la de retirarse renunciando a esa calidad de querellante (art 95 CPP), por entender, por los motivos que sea, que **su** especial perjuicio bajo la óptica penal se ha reparado y desistir de su querrela, tal como ha ocurrido respecto de nuestro cliente.

En lo que respecta a lo civil, a lo monetario, la cuestión es mucho más clara, toda vez que si alguien, como autoriza el CPP, reclama una indemnización pecuniaria, puede constituirse como actor civil (arts 24 y 27 CPP) en el proceso penal (o como demandante civil en juicio civil). Y si se le abona lo que reclama (o se acuerda sobre ello) no hay mas nada que discutir y puede desistir (art 108 CPP).

Y esto es lo que ha ocurrido respecto de mi cliente. Ha reparado integralmente todos los daños que el delito habría causado, en sus dos aspectos, lo que así han aceptado los querellantes y actores civiles en esta causa.

Pregunto entonces: estando este punto (el del art 59 inc. 6° - in fine- del CP, según reforma de la Ley 2714) regulado expresamente en el Código Procesal Penal de Córdoba ¿porque ir a buscar criterios de interpretación a otro, cuya total inaplicabilidad he demostrado precedentemente?

Conclusión

Todo lo dicho precedentemente demuestra que es inaplicable al caso el argumento de que lo resuelto es “acorde con lo expresado en el art. XXVIII de la Declaración Americana de los Derechos Humanos incorporado a nuestra carta Magna (arts. 75 inc. 22 CN y 18 C. Provincial) referida al Alcance de los derechos. En efecto este reza “...que los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general”.

Consideraciones finales

Con **todo respeto** quiero expresar, luego de la fundamentación de mis agravios, lo siguiente:

Intento este recurso con poca fe en su resultado. Aunque confieso que me cuesta, cada vez me convenzo mas que es cierto lo que se rumorea insistentemente, sobre que resoluciones como la que ahora impugno, cuentan con una suerte de “aval predispuesto” de algunas instancias superiores que deberían solo ser de control y de garantía, cuya veracidad, aunque sea solo presunta (y ni asi la creo), me pone en cuestión la tarea defensiva, haciéndola sentir como una formal e inútil actividad, rodeada por la imprevisibilidad, que lleva al abogado a dudar si no es un mero adorno justificador formal de arbitrariedades judiciales, pero sin ninguna posibilidad de incidir realmente en las decisiones que ya estarían preadoptadas y preconformadas por la complacencia de quienes deberían ser los órganos jerárquicos protectores de los derechos individuales en juego: la “consulta” previa estaría sustituyendo el control posterior de las decisiones jurisdiccionales.

Considero, también, que el decisorio bajo recurso –es un buen “*intento de hacer pasar como derecho algo que positivamente se sabe que no lo es*” como define Soler al prevaricato (Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, T.V, La Ley, Buenos Aires, 1946, pag. 22).

Pero no dudo que en los tribunales nadie lo va a calificar asi.

Y mi seguridad radica en que la *falta de vigencia del delito de prevaricato obedece “al fuerte, oscuro y perjudicial sentimiento corporativo del Poder Judicial. La repetida sensación de que “la familia judicial” asegura un entorno amigable para sus fieles integrantes, todo ello justificado con argumentos altisonantes y afirmados en “clave garantista” como la independencia judicial que, con “dolo”, siempre ha sido entendida en el sentido de independencia institucional o externa (del Poder Judicial frente a otros poderes) y ha dejado de reparar el efecto del concepto frente a la cabeza del juez individual que debe resolver”* (Maximiliano Rusconi, *El delito de prevaricato judicial* en el Libro “Delitos contra la Administración de Justicia”, pag 11).

Señalo por último que no sin pesar me he ido convenciendo de la razón que asiste a quienes trajinan en los pasillos de los tribunales (que es por donde circula la realidad del servicio de justicia, no por despachos ni gabinetes) cuando advierten sobre que los platos rotos de una mala relación del abogado con los funcionarios judiciales suelen terminarlos pagando los clientes de aquél.

Es por eso que, por las dudas, luego de presentar este recurso, pondré mi renuncia al cargo de defensor a disposición de mi cliente.”

Eso hice.

Y me fue aceptada y el recurso fue desistido

REFORMA DEL CÓDIGO PENAL. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Valeria Rissi (Miembro de Instituto)

Mediante Ley 27147 (B.O. 18 de junio de 2015) se reformó el art. 59 del Código Penal, en los siguientes términos:

ARTICULO 59: La acción penal se extinguirá:

5°.- Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;

6°.- Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes.

7°.- Por el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba, de conformidad con lo previsto en este Código y las leyes procesales correspondientes”.

1) ¿Es constitucional? Si. No. Por qué?

Estimo que la actual norma del art. 59 del C.P., en cuanto incorpora nuevas causales de extinción de la acción penal pero delega en las provincias su específica regulación, no resulta inconstitucional. En este sentido, considero que, si bien hubiese sido recomendable que la regulación hubiere estado en el Código Penal, para que cada supuesto sea aplicado uniformemente en todas las Provincias, ello no resulta suficiente para sostener la inconstitucionalidad, que, como es sabido, es la última herramienta a la que debe acudir. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido en diversos pronunciamientos¹ que “La declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico; por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados”.

¹ CSJN, “Gianola, Raúl Alberto y otros c/Estado Nacional y otros”, del 15/05/2007.

Además, estimo que la inconstitucionalidad no puede aplicarse en función de un agravio potencial, porque podría suceder que todas las provincias regulen la materia de manera uniforme y, en este caso, no podría invocarse una afectación al principio de igualdad. Por ello, a mi criterio, la norma del Código de Fondo no resulta inconstitucional.

Eventualmente podrá plantearse la inconstitucionalidad de alguna norma de carácter provincial, si es que ello afecta el mentado derecho constitucional. Y, no obstante, habría que ser cuidadoso al respecto.

En este sentido, me parece oportuno citar como ejemplo lo que sucede con el Instituto de la Prisión Preventiva, cuya regulación legal ha quedado reservada a cada Provincia, pese a que su objeto atañe al derecho constitucional de Libertad, que debería ser también regulado uniformemente en todo el país. Y no sólo que ello no sucede, sino que además ha sido aplicado de manera diversa a imputados en similares condiciones y dentro de la misma provincia, ya sea por vincularse a procesos de distinta jurisdicción (Federal y Provincial) o inclusive respecto de tribunales con idéntica competencia, afectando ostensiblemente el derecho constitucional de igualdad.

Al respecto, y con relación a la materia que nos ocupa, estimo oportuno recordar lo puntualizado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus”². Allí el Máximo Tribunal sostuvo que 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*. Y, en este sentido, concluyó que ***“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... 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***

² CSJN, “Verbitsky”, del 03/05/2005 (Fallos: 328:1146).

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”.

Estas consideraciones, a mi juicio, deben hacerse extensibles a la materia que aquí nos ocupa.

Lo señalado precedentemente cobra relevancia si se tiene en cuenta que dicho tribunal, como máxima instancia revisora en nuestro país, cumple una función nomofiláctica, a través de la cual se coordina la interpretación de la ley, pues si bien el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es obligatorio en el caso concretamente fallado, tiene un valor *orientador* en casos análogos para los tribunales inferiores, aunque más no sea por razones de economía procesal, salvo que se agreguen nuevos argumentos que puedan variar el precedente. Más enérgicamente la propia CSJN remarcó que *carecen de fundamento* las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia³.

De allí que se diga que por intermedio de esta función uniformadora se brinda seguridad jurídica a los ciudadanos en la aplicación de la ley, pues torna *previsible* la interpretación judicial en casos semejantes.

Finalmente, y en alusión a la causal de extinción de la acción por reparación integral del perjuicio, respecto de la cual se expidió por su inconstitucionalidad el voto de la mayoría la Exma. Cámara Décima del Crimen, considero que si se entiende que la reparación integral del perjuicio sólo puede extinguir la acción penal derivada de la comisión de delitos de contenido patrimonial (tal como se indica en el último punto del presente) los autores de estos hechos se encontrarían en igualdad de condiciones: el ladrón debería devolver la cosa que robó, el estafador reintegrar el monto objeto de la disposición patrimonial perjudicial con la que se enriqueció a causa de su ardid, etc. No se trata del pago de una suma de dinero que puede resultar inaccesible para algunas personas. Todos los imputados de estos delitos deben reparar –devolver– idéntico monto

³ CSJN, Cerámica San Lorenzo, del 4 de julio de 1985..

al ingresado ilícitamente en su patrimonio, y, en ese sentido, se encuentran en condiciones de igualdad.

2) En las provincias en que no está regulado, caso particular de Córdoba, es operativa? Si. No. Por qué?.

Desde mi punto de vista, hasta tanto la Provincia de Córdoba no regule las causales de extinción de la acción penal previstas por el art. 59 del Código de Fondo, éstas no resultan operativas.

En este sentido, considero que cada una de las nuevas causales deberían estar reguladas claramente por el código procesal local, fijando de manera autónoma los parámetros aplicables en cada caso. De lo contrario, cada uno lo aplica o resuelve de acuerdo a su criterio, generándose una desigualdad como lo que se ha verificado hasta ahora en los fallos analizados (al menos cuatro interpretaciones diferentes en escaso tiempo). Además, en el caso de suspensión de juicio a prueba, el código establece que se regulará de acuerdo a lo establecido por las leyes procesales correspondientes o por este código, pero nada dijo respecto de las restantes nuevas causales de extinción de la acción.

3) Si es operativa: ¿Resultan aplicables a todos los delitos por igual?. ¿En qué casos se aplica cada uno?. ¿Cuáles deberían ser los parámetros a tener en cuenta?.

Remisión a pregunta anterior.

4) Si no es operativa: ¿cómo debería ser su regulación? ¿Qué criterios o razones de oportunidad deberían regularse? ¿En qué supuestos aplicarse? ¿Cuáles deben ser los parámetros a tener en cuenta?

Previo a señalar cuáles serían, a mi criterio, los supuestos a los que corresponde aplicar cada uno de las nuevas causales de extinción de la acción penal, corresponde indicar, al igual que lo sostenido por el Sr. Fiscal de Cámara en lo Criminal de Novena Nominación Dr. Carlos Ferrer, en el fallo “Caminada Rosetti”, que cada una de ellas guarda una relación de coherencia entre sí, condición que debe ser tenida en cuenta a la hora de su interpretación, ya que no se trata de causales iguales: no se confunden, comprenden o anulan, dado que tienen una naturaleza diferente y obedecen a causales y

fundamentos de política criminal que deberían atender a distintas situaciones. Por lo que, cualquiera sea la regulación que se le dé en cada jurisdicción, no es dable suponer que los criterios de procedencia de alguno de ellos autorice, en los hechos, a que otro quede explícita o virtualmente derogado.

En el mismo sentido, y tal como se remarca en la mayoría de los fallos analizados, el tratamiento en el Congreso de la Nación de la ley 27.147 (por la que se introdujo la modificación del art. 59) formó parte de un paquete de seis leyes, tendientes preponderantemente todas ellas a la inminente instrumentación y puesta en vigencia del nuevo Código Procesal Penal de la Nación, en cuya regulación se subordinó la procedencia de criterios extintivos de la acción penal a *la falta de violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte* (arts. 22, 25, 30, 31 y 34 entre otros).

Por otro lado, estimo que existen otras pautas a tener en cuenta, a partir de distintos pronunciamientos judiciales tanto del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba como de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de los cuales podría inferirse la inaplicabilidad de alguna de las nuevas causales a determinados supuestos. Como ejemplo de ello pueden mencionarse: CSJN, “Pessoa”, respecto de la inaplicabilidad a los casos de violencia de género; TSJ, “Batistón”, para excluir de la conciliación a los delitos de contenido sexual (además de que se eliminó el avenimiento) o cometidos en perjuicio de menores de edad, tal como se indicará más adelante.

A ello debe valorarse que las condiciones de procedencia de la *probation* ya contemplados en la ley sustantiva (art. 76 bis), señalan un estándar de ineludible consideración, respecto del cual, la extinción por conciliación o reparación (que aquella también contempla), debería estar por debajo; es decir, ser aplicable a casos más leves.

Y ello también debe ser valorado en el marco de las consideraciones formuladas reiteradamente por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba⁴ con relación a la suspensión del juicio a prueba, en el sentido de que “la admisión del instituto de la *probation* se asienta principalmente en la necesidad de recurrir a alternativas sustitutivas de las reacciones más gravosas en los casos de delitos de menor gravedad (**resocialización sin condena ni declaración de culpabilidad**), por lo que la

⁴ Cf., por todos, TSJCba., “Gobetto”, S. n° 37 del 6/8/1997 y “Oviedo”, S. n° 36, del 9/5/2003.

suspensión del juicio a prueba abarcaría los hechos delictivos que debido a su levedad no tenían respuesta estatal o bien culminaban en una condena de ejecución condicional”.

Finalmente, estimo que si el titular de la acción penal es el Ministerio Público, y la ley le otorga la potestad de disponer de ella –dejándola sin efecto, suspendiendo su ejercicio, etc.–, debe tener un marco legal dentro del cual adoptar su decisión. Es decir, no podrían ser causales taxativas, porque de lo contrario debería aplicarlas inexorablemente o no podría denegarlas, bajo riesgo de arbitrariedad.

Efectuadas dichas consideraciones, considero que los supuestos a los que corresponde aplicar cada una de las nuevas causales serían los siguientes:

A. Criterios de oportunidad. No obstante el deber impuesto por los artículos 5 y 71, el Fiscal de Instrucción podrá prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho o algunos de los hechos, en los casos siguientes:

1) Cuando se trate de un hecho insignificante, que no comprometa el interés público.

2) Si la intervención del imputado se estimara de menor relevancia y pudiera corresponder, en el caso concreto, una pena de multa, inhabilitación o de ejecución condicional.

3) Cuando el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que torne innecesaria y/o desproporcionada la aplicación de una pena.

4) Cuando la pena que pueda imponerse por el hecho de cuya persecución se prescinde carezca de importancia en consideración a otra pena ya impuesta.

5) Cuando el imputado se encuentre afectado, según dictamen pericial, por una enfermedad terminal.

No corresponderá la aplicación de un criterio de oportunidad cuando:

1) el autor del delito fuera funcionario público y lo hubiese cometido en el ejercicio de su cargo.

2) el delito atribuido aparezca como una expresión de criminalidad organizada de cualquier índole.

3) el bien jurídico afectado sea la integridad sexual o la vida, salvo que, en este último caso, se trate de un delito culposos.

4) el delito atribuido haya sido cometido en un contexto de violencia doméstica.

B) Conciliación. La acción penal se extinguirá por conciliación entre imputado y ofendido penal, siempre que las partes se encuentren en un plano de igualdad. Sólo podrá aplicarse esta causal cuando se trate de delitos que afecten bienes jurídicos individuales, cuyos titulares tengan capacidad para brindar consentimiento al acuerdo. Si como parte de la conciliación las partes hubieran arribado a un acuerdo resarcitorio, el Fiscal de Instrucción sólo podrá prescindir de la acción cuando la víctima haya percibido la totalidad de lo convenido.

En consecuencia, no puede invocarse este instituto cuando se trata de delitos cometidos:

1) en perjuicio de menores de edad;

2) en un contexto de violencia familiar, si media desigualdad entre las partes, salvo cuando se trate de un episodio aislado;

3) en perjuicio de bienes cuya protección excede un interés particular (ej. Seguridad Pública, Administración Pública, Salud Pública, etc.).

C) Reparación integral del perjuicio. Sólo podrá extinguirse la acción penal por reparación integral del perjuicio cuando se trate de delitos en perjuicio de la propiedad, siempre que en su comisión no se hubiesen empleado armas o haya mediado grave violencia contra alguna persona.

Debería existir alguna limitación en cuanto a la reiteración en la aplicación del instituto (no puede delinquir, pagar y extinguir indefinidamente).

Qué pasa en los delitos de contenido patrimonial tentados?? Porque en los consumados el monto de reparación estará dado por el valor de lo robado, o la devolución del monto defraudado, por ejemplo, pero cuando el delito solo es tentado, cuál es el perjuicio patrimonial? Qué es lo que debe repararse??

D) Suspensión del juicio a prueba.

Artículo 76: La suspensión del juicio a prueba se regirá de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes. Ante la falta de regulación total o parcial, se aplicarán las disposiciones de este Título.

La acción penal se extinguirá por el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba, de conformidad con lo previsto en el Código Penal y en las leyes procesales correspondientes.

Considero que este instituto debería ser procedente cuando:

- 1) el delito prevea una pena no privativa de la libertad.
- 2) de acuerdo a las circunstancias del hecho se estimara *prima facie* procedente una condena de ejecución condicional.

No procederá la suspensión del proceso a prueba cuando:

1) un funcionario público, en ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el hecho.

2) el delito hubiese sido cometido en un contexto de violencia de género, salvo cuando se trate de un episodio aislado.

3) las características del hecho determinen un especial interés del Estado en esclarecer la responsabilidad del imputado (o el hecho afecte un interés público o al interés general)

A CONTINUACION INCLUYO UNA SINTESIS DE FALLOS QUE DELIMITAN PARAMETROS:

(i) Parámetros a tener en cuenta para excluir conciliación y probation en los delitos de violencia familiar o de género:

Existen numerosos precedentes tanto de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ("Guzman", Sent. n° 239 del 31/08/2011, "Romero" Sent. n° 377 del 16/12/2011, "Merneguzzi" Sent. n° 86 del 06/04/2015), como también de la C.S.J.N (CSJN, G. 61. XLVIII., Recurso de Hecho, "Góngora, Gabriel Arnaldo s/causa n° 14.092", 23/04/2013) en los que surge que en todos aquellos supuestos en que se encuentran vinculadas cuestiones de violencia de género o violencia familiar, deben necesariamente ser esclarecidos y por lo tanto sometidos a debate, resultando improcedente alternativas diferentes para su conclusión. Entonces más allá de las particularidades del caso (esto es si se trata de hechos que sucedieron sólo en un determinado periodo de tiempo, si existe o no peligrosidad futura, revictimización, etc.), lo cierto es que todos estos hechos que se encuentran comprendidos dentro de la problemática denominada violencia de género o violencia familiar, obligan a ir a juicio.

Nuestro país a través de la Ley N° 24.632 aprobó la "Convención de Belém Do Pará", que busca prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Este instrumento internacional enuncia una serie de derechos que asiste a la mujer. En particular, define que toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos, entre los cuales encontramos el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral (art. 2). Por otra parte, el art. 7, establece deberes para los Estados Partes. En lo que aquí interesa, dispone que los Estados "condenan todas las formas de violencia contra la mujer" y se obligan a: (...) b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer. (...) f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos. Asimismo, se reparó en que, en el orden interno se sancionó la Ley N° 26.485 de Protección Integral a las Mujeres para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, que reglamentó y concretizó los postulados de la aludida Convención de Belém do Pará. Pero además, se destacaron las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

expresadas en el documento sobre Acceso a la Justicia Para las Mujeres Víctimas de Violencia en las América (Doc. 68, 20/I/2007). Es sabido que la probation supone una forma socialmente constructiva que implica también una cierta conciliación o mediación entre víctima y ofensor. En relación a ello, la CIDH señaló: "su preocupación ante el hecho de que una diversidad de órganos judiciales promueven principalmente el uso de la conciliación durante el proceso de investigación como método para resolver delitos de violencia contra las mujeres, sobre todo la intrafamiliar", cuando es de "reconocimiento internacional que la conciliación en casos de violencia intrafamiliar no es recomendable como método para resolver estos delitos", ya que las partes no se encuentran en igualdad de condiciones, en varios países "ha quedado claro que los acuerdos realizados en el marco de mediación aumentan el riesgo físico y emocional de las mujeres por la desigualdad" y más aún "generalmente no son cumplidos por el agresor y éstos no abordan las causas y consecuencias de la violencia en sí" (CIDH, Doc. Cit., numeral 161). Por ello, entre las recomendaciones generales del organismo supranacional, se incluyó el fortalecer "la capacidad institucional para combatir el patrón de impunidad frente a casos de violencia contra las mujeres a través de investigaciones criminales efectivas, que tengan un seguimiento judicial consistente, garantizando así una adecuada sanción y reparación". Asimismo, entre las recomendaciones específicas, se indicó el fortalecer "la capacidad institucional de instancias judiciales, como el Ministerio Público, la policía, las cortes y tribunales, y los servicios de medicina forense, en términos de recursos financieros y humanos". Siguiendo estos lineamientos la Ley 26.485 en su art. 8 crea el Consejo Nacional de la Mujer, organismo encargado del diseño de las políticas públicas para efectivizar las disposiciones de la presente ley tendientes a la protección integral de las mujeres. Para asegurar el logro de dicho objetivo en su art. 9, inc. "e", establece que deberá "Garantizar modelos de abordaje tendientes a empoderar a las mujeres que padecen violencia que respeten la naturaleza social, política y cultural de la problemática, no admitiendo modelos que contemplen formas de mediación o negociación".

A su vez, la CSJN en el mencionado fallo Góngora sostuvo que, esta Corte entiende que, siguiendo una interpretación que vincula a los objetivos mencionados [art. 7, primer párrafo, de la "Convención de Belén do Pará] con la necesidad de establecer un "procedimiento legal justo y eficaz para la mujer", que incluya "un juicio oportuno" (cfr.

el inciso "f", del artículo [7 de la "Convención de Belén do Pará] citado), la norma en cuestión impone considerar que en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado al referido instrumento internacional, tal el caso de nuestro país, **la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral es improcedente.** Este impedimento surge, en primer lugar, de considerar que el sentido del término juicio expresado en la cláusula en examen resulta congruente con el significado que en los ordenamientos procesales se otorga a la etapa final del procedimiento criminal (así, cí. Libro Tercero, Título 1 del Código Procesal Penal de la Nación), en tanto únicamente de allí puede derivar el pronunciamiento definitivo sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, es decir, verificarse la posibilidad de sancionar esta clase de hechos exigida por la Convención. (...) En segundo término, **no debe tampoco obviarse que el desarrollo del debate es de trascendencia capital a efectos de posibilitar que la víctima asuma la facultad de comparecer para efectivizar el "acceso efectivo" al proceso** (cfr. también el inciso "f" del artículo 7 de la Convención) de la manera más amplia posible, en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria. Cuestión esta última que no integra, en ninguna forma, el marco legal sustantivo y procesal que regula la suspensión del proceso a prueba. De lo hasta aquí expuesto resulta que prescindir en el sub lite de la sustanciación del debate implicaría contrariar una de las obligaciones que asumió el Estado al aprobar la "Convención de Belem do Pará" para cumplir con los deberes de prevenir, investigar y sancionar sucesos como los aquí considerados.

En base a todo lo expuesto y en lo que a la causa respecta, la concesión de la probation del aquí imputado frustraría la realización del juicio y con ello la posibilidad de dilucidar en aquél estadio procesal la existencia de los hechos que prima facie han sido calificados como de violencia familiar, junto con la determinación de responsabilidad que podría haber y de la sanción que, en su caso, podría corresponder. En efecto, tanto el Fiscal de Cámara como el sentenciante dieron argumentos ligados a razones de política criminal para dictaminar la improcedencia de la probation, los cuales se relacionaron con la necesidad de que los hechos que se investigan sean sometidos a debate por tratarse de conductas violentas desplegadas por el aquí traído a proceso en contra de su pareja (novia), los cuales deben, necesariamente, ser esclarecidos por la naturaleza y el contexto en que sucedieron (ámbito familiar). 3. Tal como ha sido

explicitado, la interpretación de la suspensión del juicio a prueba conforme a la Convención de Belem do Pará y la legislación nacional y provincial, ha generado una interpretación coincidente acerca de que están excluidos los delitos vinculados con la violencia familiar tanto en la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Superior cuanto en la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Cuando al nivel del más Alto Tribunal de la República se consolida una jurisprudencia que considera que la probation es contraria a la Convención, para el futuro los tribunales no deberían sustanciar estas peticiones por ser sustancialmente improcedentes con el marco convencional, constitucional y legal. Ninguna chance de viabilidad tendría esa solicitud y, por el contrario, la sustanciación inútil podría aparejar consecuencias negativas para el Estado Nacional que se ha comprometido a la realización de "un juicio oportuno".

(ii). Improcedencia en caso de delitos contra menores de edad. consideraciones vinculadas a los delitos contra la integridad sexual. Tsj, “Battiston”, s. n°93, 2008.

Analizaremos si le asiste o no razón al Tribunal en los motivos esgrimidos para no hacer lugar al pedido de suspensión del juicio a prueba formulado por el imputado Miguel Ángel Battistón. Para ello, recordaremos lo manifestado por esta Sala en el precedente “Bonko”, S. n° 158, del 5/7/2007, citado en el auto en crisis.

1. En aquella ocasión se sostuvo que el instituto de la probation tiene como finalidad buscar un modo mas equitativo de armonizar el conflicto, orientando su solución hacia un sistema no punitivo, con el mejor resguardo del interés de la víctima y buscando el eximente de pena para el acusado. Este propósito deja traslucir el cambio de paradigma de la justicia penal, que busca una opción a la tradicional respuesta consistente en que la acción penal se agota en una sentencia, que en caso de condena, impone una pena.

No deben perderse de vista los principios que lo guían: el de mínima suficiencia: entendiéndolo por tal “...la aceptación de un cierto nivel de conflicto sin una consecuente reacción de las instituciones de control jurídico penal, pese a no haber dudas sobre la lesividad del comportamiento... asumido a cambio de los beneficios en libertad individual obtenidos...” (Lascano Carlos, “Derecho Penal, Parte General” Advocatus, Córdoba 2002 Pag. 114-115) y el de proporcionalidad mínima conforme al cual “el

costo de derechos de la suspensión del conflicto debe guardar un mínimo de proporcionalidad con el grado de la lesión que haya provocado” (Zaffaroni, Eugenio, “Derecho Penal, parte General”; Edgar, Bs As. 200°, pags. 123-1249); todo como parte de una línea de pensamiento orientada hacia las exigencias de un derecho penal de mínima intervención.

2. En la especial clase de delitos contra la integridad sexual debe recordarse que prevalece el interés privado por sobre el público en la persecución penal, debido al particular bien jurídico protegido (art. 72 C.P.); es la víctima o su representante legal quien elige impulsar la investigación, derribando el obstáculo legal de la instancia.

El telos normativo del art. 72 del C.P. otorga la facultad de instar al agraviado, a menos que éste sea menor de edad no emancipado, en cuyo caso la ejercen en orden excluyente sus representantes legales, tutor o guardador. Nuestra ley no quiere que el menor resuelva sobre la conveniencia de provocar un proceso que podría perjudicar tanto a él como a su familia. Esa decisión supone una difícil y ponderada valoración de las circunstancias del caso y de los males que la publicidad del proceso pueda causarle a la víctima (Vélez Mariconde, ob. cit., pág. 270).

Es decir que el ofendido tiene un derecho pre procesal y la facultad de provocar la promoción (Lascano Carlos, “Derecho Penal, Parte General, Tomo II, pag. 326).

La exclusión de la acción de oficio atiende al interés en que el *strepitus fori* no agrave, al margen de la voluntad del ofendido o de su representante legal, la lesión a la integridad sexual de aquél, causada por el delito.

Es que en el caso de delitos sexuales, al maltrato propio de la agresión se agrega otro que puede ser mucho más grave para la víctima: la revictimización que para ella significa la exposición al procedimiento penal. Por ello, es que se procura evitar un procedimiento que pueda tener efectos traumáticos y que no significa otra cosa que la exposición pública de un suceso que plantea efectos muy nocivos para aquella.

3. En relación a los delitos sexuales, la ley 25.087 (de fecha 14/05/99), reemplaza la rúbrica del Título III del Libro Segundo del Código Penal que rezaba, "Delitos contra la honestidad" por la de "Delitos contra la integridad sexual" y redefine el bien jurídicamente protegido: se trata ahora de la integridad sexual de la persona y no de un concepto público de honestidad o de la honra de los varones allegados a la víctima. Percibir este cambio es necesario para una mejor comprensión de la sustitución

de la anterior eximente de pena, el matrimonio por el **avenimiento, como vía excepcional** para la exclusión de la punibilidad de algunos de estos ilícitos, tanto de modo inmediato, como a través de la suspensión del juicio a prueba.

Esta ley 25087, en el art. 132 del C.P., establece un régimen especial de suspensión del juicio a prueba, que habilita el beneficio para particulares supuestos, **propiciando un nuevo modelo de reacción legal.**

En este sentido, el espíritu de la ley coincide con la finalidad –ya señalada- de la probation, en cuanto indica un cambio de paradigma de la justicia penal, buscando una respuesta alternativa a la habitual, en la solución de conflictos.

La sustitución del matrimonio por el avenimiento judicialmente controlado y aprobado, que puede dar lugar a la extinción de la acción penal, en forma inmediata, o luego de un período de prueba, mantienen la anterior posibilidad de un final no punitivo (la del sustituido art. 132), sólo que con otra base.

A los fines del avenimiento, el tribunal deberá tener particularmente en cuenta la comprobada relación afectiva preexistente entre víctima y victimario y que la propuesta libremente efectuada por la víctima mayor de dieciséis años, se presente como el modo mas equitativo de armonizar el conflicto en resguardo de su interés, en cuyo caso –según establece la propia ley-, quedará extinguida la acción o también podrá disponerse la suspensión del juicio a prueba (Laje Anaya-Gavier, “Notas al Código Penal Argentino, Actualización a la primera edición. Ed. Marcos Lerner, pags. 403/404).

Por cierto, que estas vías alternativas de resolución se presentan como una excepción, y su habilitación está sometida a esas **fuertes condiciones que deberán ser objeto de un estricto control judicial**, que neutralizará el peligro de manipulación sobre las víctimas. Es que al considerar como condición necesaria que el avenimiento haya sido realizado en condiciones de plena igualdad y libremente expresado, se soslaya la potencial desigualdad entre víctima e imputado, se neutraliza cualquier exageración de sus pretensiones, se resta posibilidad a la privatización del derecho penal y se atiende el interés en la armonización del conflicto humano subyacente en el delito, descartando cualquier posible actuación abusiva del imputado (autor y obra citados).

4. En definitiva, a través de estos institutos alternativos, se intenta plasmar las nuevas corrientes en materia de victimología que pretenden una mayor protección de la

persona ofendida, sujeto generalmente ausente del proceso penal, situación que se potencia en el caso de estos delitos (sexuales) por la naturaleza traumática que los mismos implican para la víctima al atentar contra su intimidad personal (Arocena, Gustavo; “Delitos contra la integridad sexual”; Ed. Advocatus, pags. 182/186).

Es que, si bien debe procurarse satisfacer la pretensión punitiva del Estado, no debe olvidarse el reclamo de la víctima de que se atiendan sus intereses, recurriendo a una alternativa legítima cual es la de participar en la definición de su conflicto, procurando la reparación del daño sufrido.

Se buscan soluciones posibles para desplazar a la coacción penal o para suavizarla aún en delitos que a pesar de su gravedad generan costos adicionales para el damnificado; costos que sólo la víctima puede decidir, dado el carácter predominantemente privado e íntimo del interés protegido.

Como corolario de todo lo expuesto, en esta especial clase de delitos sexuales, recién una vez comprobada la existencia de todos los requisitos necesarios según el art. 132 del C.P. para el avenimiento, podrá analizarse la concesión del beneficio de la probation al acusado; la inexistencia de los primeros, entonces, funciona como un obstáculo insalvable para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba. La norma especial del art. 132 C.P. fija así las exigencias a que debe ajustarse la concesión de la probation en este tipo de delito.

B. Ingresando al estudio del caso bajo examen se observa que el hecho que se atribuía al acusado calificado legalmente como abuso sexual agravado por el vínculo es un delito de acción pública dependiente de instancia privada, supuesto comprendido dentro del alcance del artículo 76 bis del C.P., a los fines de la concesión de la probation.

El defensor advierte que limitándonos al artículo 76 bis del C.P. no es correcto distinguir entre las distintas clases de delitos de acción pública, pero soslaya que el suceso de autos tiene la particularidad de atentar contra el bien jurídico integridad sexual, dato no menor, conforme lo sostenido en el precedente analizado, hipótesis en la cual la norma postulada debe analizarse de manera conjunta con las modificaciones introducidas por la ley 25087 al art. 132 del C.P..

Dicha ley, en el art. 132 del C.P. establece un régimen especial de suspensión del juicio a prueba, que habilita el beneficio para particulares supuestos, propiciando un

nuevo modelo de reacción legal. En efecto, del universo de delitos de acción pública, se distinguen aquellos atentatorios contra la integridad sexual de las personas en atención al particular bien jurídico protegido.

Las agresiones sexuales atacan la integridad y dignidad como personas de las víctimas, además de afectar su libertad y a menudo equivalen a una privación de la misma; las víctimas viven esas situaciones como atentados a su propia integridad, privacidad e identidad, más allá que tales acciones repercutan también sobre los sentimientos de sus familiares o el interés general de la sociedad. Corresponde, por lo tanto, concebirlas como delitos contra las personas (Cafferata Nores, José I.; “El avenimiento en los delitos contra la integridad sexual”; publicado en La Ley 2000-C, 250).

Por el especial bien jurídico protegido es que se trata de delitos de acción pública dependientes de instancia privada (art. 72 C.P.) donde la persecución depende del interés del ofendido; es la víctima o su representante legal quien elige impulsar la investigación, derribando el obstáculo legal de la instancia.

El precedente de la Sala cuya aplicación rechaza el quejoso exige a los fines de soluciones alternativas, el análisis conjunto –y no fragmentado como aquél intenta- de los arts. 76 bis y 132 del C.P., pues en estos delitos se requiere una mayor protección de las víctimas y la comprobación de fuertes condiciones que deberán ser objeto de un estricto control judicial, atendiendo que estas vías alternativas de resolución se presentan como una excepción.

Justamente de este juego de normas lo que se ha buscado es reducir, en los casos de delitos lesivos del bien jurídico integridad sexual, los supuestos en los cuales es posible conceder al imputado el beneficio de la suspensión del juicio a prueba, pues la solución alternativa del conflicto siempre **importa el consentimiento de la víctima**, sujeto habitualmente ausente del proceso, situación que se potencia en estos supuestos por la naturaleza traumática que implica atentar contra su intimidad personal.

La conciliación o reparación es una solución posible en delitos que generan costos adicionales para el ofendido, los que no están en relación con el daño social estimado y sobre los cuales solo la víctima puede decidir por el carácter privado o íntimo del interés protegido (Arocena, Gustavo; “Delitos contra la integridad sexual”; Ed. Advocatus, pags. 184/185).

Si la víctima o su representante legal opta por la persecución y reacción penal, debe respetárselo pues ello supone la previa ponderación de una posible revictimización aceptada.

* El quejoso destaca que tampoco resulta procedente la aplicación del art. 132 del C.P. pues en el caso no es posible exigir un avenimiento entre acusado y víctima por el vínculo existente entre ambos (paterno-filial), que no constituye una relación afectiva-sexual.

Tal crítica implica desconocer los alcances del nuevo modelo propuesto por la ley al suplantarse el matrimonio por el instituto del avenimiento.

Es que “avenir” quiere decir ponerse de acuerdo, componerse o entenderse con alguien o aún concordar, conciliar (Arocena, Gustavo; ob. cit. pag. 186); es un trabajo de mediación o recomposición entre agresor y damnificado.

El avenimiento es la primera admisión legislativa de conciliación en materia penal (Reinaldi, Víctor F., “Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino. Ley 25087”, pag. 127). Según el Diccionario de la lengua Española, “conciliar” deriva del latín “conciliare”, y significa componer o ajustar los ánimos de los que están opuestos entre sí, o como expresa la segunda acepción, conformar dos o más promociones o doctrinas al parecer contrarias (Clemente José Luis, “Abusos Sexuales”, Ed. Marcos Lerner, pag. 154).

No debe limitarse entonces –como pareciera entender la defensa-, el contenido del avenimiento a una propuesta matrimonial que parte de la mujer víctima, aún cuando ésta no queda excluida.

Sostiene Arocena, que la eliminación de la eximente por matrimonio con la víctima para sustituirla por este instituto persigue la composición entre autor y víctima del drama penal, permitiendo la mejor satisfacción de los intereses de la última a través de cualquier medio –no sólo el matrimonio- eficaz a tal fin (ob. cit., pag. 189)

Además, al exigir la ley una relación preexistente entre víctima y acusado, necesita que estén vinculados o ligados por sentimientos que traducen una determinada unión espiritual permanente, la que resulta quebrantada por el conflicto creado por el imputado.

Sin embargo, si su crítica fuese acertada nos encontraríamos frente a la ausencia de una de las exigencias necesarias según el art. 132 del C.P., y con ello, un obstáculo

insalvable para ingresar al análisis de los requisitos del art. 76 bis del C.P.

En estos particulares delitos, la propuesta de solución alternativa debe reconocer en su fuente a una iniciativa de la persona ofendida, entendiendo que si ella tiene su origen en el imputado carece de valor como tal, lo que sucede en el caso, donde la propuesta de probation proviene del acusado, quien ha ofrecido reparar el daño causado pero ello ha sido rechazado rotundamente por la representante de la menor víctima, su madre.

En estos delitos –ya se dijo-, prevalece el interés privado sobre el público y si existe un rechazo de la representante legal de la menor, ello no puede resultar intrascendente, máxime cuando no obstante todos los costos que implica la persecución penal, pues al maltrato propio de la agresión se agrega otro que puede ser mucho más grave para la víctima: la revictimización que para ella significa la exposición al procedimiento penal, la madre optó por efectuar la denuncia, sin evidenciarse intención alguna de evitar ex post la punición.

* La crítica vinculada con la vulneración del principio de igualdad ante la ley (art. 16 C.N.) tampoco es acertada, porque como ya se ha sostenido, dentro del universo de delitos de acción pública, existen diferencias según el bien jurídico lesionado, necesitando un trato diferenciado los delitos sexuales que atentan contra la intimidad de las personas, por lo que resulta razonable que en esos supuestos se exijan mayores requisitos para intentar una solución alternativa del conflicto.

Tratamiento diferenciado que no implica afirmar rotundamente que en los delitos contra la integridad sexual se prohíba la posibilidad de acceder al beneficio de la probation.

iii) improcedencia por delitos cometidos por patotas. Tsj, “Bracamonte”, s. n° 217, del 18/06/2015.

De la lectura del libelo se advierte que el núcleo del agravio se dirige postular la arbitrariedad del dictamen desfavorable del Ministerio Público Fiscal. 1. En función de ello, debemos recordar la doctrina de esta Sala en la materia bajo estudio, para luego analizar el caso de autos a la luz de la misma. a. En reiteradas oportunidades este Tribunal Superior de Justicia ha sostenido que el consentimiento del Fiscal resulta

insoslayable para habilitar la suspensión del juicio a prueba del art. 76 bis, 4to. párrafo C.P. (T.S.J., Sala Penal, "Oliva", S. n° 23, 18/4/2002; "Gómez", S. n° 160, 7/11/2006; "Smit", S. n° 35, del 14/3/2008). Ello es así, pues el enunciado normativo que proclama el referido requisito, contiene una regla semánticamente autosuficiente, exenta de vaguedades o ambigüedades que lleven a confusión. De consiguiente, la gramaticalidad de la norma perjudica insanablemente una interpretación distinta y se erige en vallado insalvable que impide la apelación a todo otro canon de interpretación en procura de arribar a una tésis diferente. Tal tesitura, es consecuencia de la vinculación de este instituto con el principio procesal de oportunidad. Evidentemente, puesto que rigen aquí los criterios de política criminal que hacen a la oportunidad de mantener la persecución penal, "deben quedar en manos exclusivas del órgano promotor de la acción y no de quien ejerce la jurisdicción, y el tribunal no está habilitado para examinar la razonabilidad del pedido o de la oposición" (cfr. García, Luis M., "La suspensión del juicio a prueba según la doctrina y la jurisprudencia", Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año II, nros. 1 y 2, Ad Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 365; en igual sentido, De Olazábal, Julio, Suspensión del proceso a prueba, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 75).

b. Lo dicho no empece que, en caso en que el dictamen fiscal, debido a su palmaria irrazonabilidad o su total falta de fundamentación, consolida el ejercicio arbitrario de una función que le es propia al acusador -la requirente-, el tribunal pueda prescindir, en forma excepcional, de la verificación del requisito legal y conceder la probation aun cuando el representante del Ministerio Público se haya expedido en sentido contrario. Es que, la ley procesal penal de la provincia -n° 8123-, en su artículo 154, se ocupa de la forma de actuación de los representantes del Ministerio Público, estableciendo, en lo que aquí interesa, que los mismos formularán motivadamente sus conclusiones, bajo pena de nulidad.

c. En ese contexto, se ha dicho que el referido dictamen del Ministerio Público Fiscal puede versar sobre si se trata de un caso excluido del beneficio -v.gr., por el monto y clase de pena, o porque en el delito hubiese participado un funcionario público-, o si por las condiciones del imputado y del hecho acusado, no sería procedente la condena condicional. Además, la vinculación de la suspensión del juicio a prueba con el principio procesal de oportunidad justifica que el representante del órgano público de la acusación dictamine sobre la procedencia de la probation solicitada en casos particulares, haciendo hincapié en razones no estipuladas

de conveniencia y oportunidad político criminales (Bovino, Alberto, La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino, Del Puerto, Bs. As., 2001, p. 165). Pero este último extremo no permite que el dictamen pueda estar fundado de cualquier modo, y tampoco impide que su decisión pueda ser sometida a control judicial sobre su legalidad y razonabilidad. Repárese que, para un ejercicio adecuado de la mentada función, las razones político criminales que el Ministerio Público puede alegar deben versar sobre la conveniencia de la persecución respecto al caso particular que se analiza y deben ser razones que, según el ordenamiento jurídico, puedan ser tomadas en cuenta para una decisión de ese carácter (Bovino, Alberto, La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino, cit., p. 161). No resulta ocioso recordar aquí que, las razones que puede alegar el Fiscal al pronunciarse sobre la procedencia de la probation no deben apartarse de la doctrina sentada por el Tribunal de Casación, sin desarrollar argumentos que, por su carácter novedoso, no hayan sido considerados aún por este último Cuerpo y revistan potencial idoneidad para modificar la concepción sostenida por tal Tribunal Superior (T.S.J., Sala Penal, "Etienne", S. n° 103, 17/10/2003; "Rodríguez", S. n° 46, 31/05/2004; "Brunelli", S. n° 143, 16/12/2005; "Melchior", S. n° 2, 10/2/2006, "Pérez" supra cit., entre otros). 2. Ahora bien, del análisis de los fundamentos del dictamen fiscal, conforme se ha señalado en la primera cuestión, apartado III, punto 2, inciso c, puede apreciarse que nos encontramos ante un dictamen debidamente fundado, cuyos argumentos resultan plausibles y ello le permite superar el control judicial de legalidad y razonabilidad, motivo por el cual dicho dictamen era vinculante para el tribunal de mérito. Es que, el dictamen fiscal brindó argumentos vinculados a criterios de oportunidad y política criminal en virtud de los cuales consideró necesaria la realización del juicio. Así, construyó las razones de conveniencia teniendo en cuenta: a) la necesidad de presencia conjunta de ambos imputados en el juicio a los fines de garantizar el derecho de defensa y el interés superior del niño en descubrir la verdad de lo ocurrido a la joven víctima, de tan sólo 14 años de edad (argumentos que no compartió el a quo pero que no los considera irrazonables -fs. 31 vta.), b) en las repercusiones públicas y mediáticas del hecho investigado, y c) por encuadrar el hecho en un caso de violencia urbana. En este nivel de análisis corresponde señalar que el juicio de conveniencia y oportunidad señalados en el punto b) y c), no han sido objeto de reproche por parte del defensor del acusado. Este

último extremo resultaba decisivo, pues, como ya se expusiera (en el apartado II de la presente cuestión, punto 1 inc. c), los referidos argumentos resultan aptos para fundar - per se- un dictamen negativo acerca de la procedencia del beneficio aludido. Pero además, es de destacar que estas razones resultan concordantes con el "Compromiso por la Seguridad Pública en las Américas" (Aprobado en la séptima sesión plenaria celebrada el 8 de octubre de 2008, y revisado por la Comisión de Estilo el 28 de octubre de 2008), suscripto por nuestro país en el marco de la "Primera Reunión de Ministros en Materia de Seguridad Pública De Las Américas", realizada los días 7 y 8 de octubre de 2008 en la ciudad de México D.F. Allí, los Estados participantes reconocieron la preocupación por el fenómeno delictivo de las "pandillas" - entre otros-, nombre con que generalmente se designa a la violencia urbana alegada por el Fiscal de Cámara (fs. 25 vta.). Por otra parte, en "Informe sobre Seguridad Ciudadana en Las Américas", Estadísticas oficiales de Seguridad Ciudadana producidas por los Estados miembros de la OEA, se ha señalado que "la región además, no sólo sufre la extrema violencia debida a los homicidios, provocados en su gran mayoría por actividades criminales como el tráfico de drogas, sino también muchos otros hechos delictivos cotidianos y comunes, tales como los robos con violencia, los secuestros, los abusos sexuales, las Maras o Pandillas juveniles y la violencia en el hogar. Destacan además entre otros orígenes, el fácil acceso a las armas de fuego, especialmente cortas y ligeras, el uso de sistemas modernos de comunicación y facilidades bancarias novedosas, la presencia de fronteras porosas, las debilidades institucionales, la corrupción y un poder judicial que, según encuestas de opinión, es considerado por la mayoría, como ineficiente y lento en muchos de nuestros países. Es esencial comprender que el problema de la inseguridad no puede interpretarse únicamente como la suma de los hechos delictivos que sufren nuestras sociedades sino que se trata de un fenómeno de mayor alcance y profundidad, que se origina en esos hechos pero que los trasciende hasta crear un verdadero clima social de carácter epidémico". Por otra parte, es menester resaltar que, el Fiscal de Cámara luego de señalar el contexto en que se habría producido la lesión, advierte que existe un interés público en la realización del debate. Este sería el mismo interés que está regulado en el art. 72 CP, cuando mencionada que en el tipo penal de lesiones leves, a pesar de ser un delito de acción pública dependiente de instancia privada, se procederá de oficio cuando mediaren razones de seguridad o interés público. La

doctrina asimila el interés público al interés jurídico del Estado, "dirigido a la defensa de las instituciones creadas por la Constitución y las leyes; en tanto esas lesiones haya de algún modo vulnerado los bienes antedichos, trascendiendo el interés individual y poniendo en riesgo concreto o comprometido en un bien útil o necesario para la comunidad, corresponde actuar oficiosamente" (Fierro, Guillermo. Comentario a los arts. 71/76, en BAIGÚN, David - ZAFFARONI, Eugenio (directores), Código Penal, vol. 2B: Parte general, Hammurabi, 2º Edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2007, P. 394). Así, explica Ricardo C. Nuñez que "concurren razones de interés público para ejercer de oficio la acción por lesiones leves, cuando su conocimiento y juzgamiento resulta útil, conveniente o necesario para el orden o bienestar de la comunidad" (en Manual de Derecho Penal. Parte General. Ed. Marcos Lerner, 4º edición actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González, Córdoba, 1999, P. 203), y ejemplifica señalando el caso de la lesión que es la obra de una patota. De esta manera se advierte que las razones expuestas por el Sr. Fiscal de Cámara hacen a su función específica como titular de la acción penal (LOPMP, art. 9 inc. 3º). En modo alguno entonces, se verifican las condiciones que tornarían arbitrario y, consiguientemente, no vinculante el dictamen fiscal para el tribunal al tiempo de decidir sobre la concesión de la probation. Por ello, al no observarse arbitrariedad, ni una palmaria irrazonabilidad en el dictamen emitido por el Ministerio Público Fiscal, la pretensión de la defensa no puede ser acogida, habida cuenta que el Tribunal de mérito, al resolver como lo hizo, actuó conforme a Derecho. Incumplido uno de los requisitos de procedencia de la suspensión del juicio a prueba, no tenía el Tribunal a quo alternativa distinta a la que adoptara, por lo que dispuso adecuadamente negar el beneficio.

ENCUESTA PARA EL INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL, SECCIÓN PENAL, DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

Natalia Bazán (Miembro de Instituto)

(En el marco del cronograma anual de trabajo del Instituto con motivo de la reforma del Código Penal)

Encuesta con relación a la norma previamente enunciada:

Art. 59 inc. 6 CP.

1.-¿Es constitucional? Si. No. Por qué?

En las provincias en que no está regulado, caso particular de Córdoba, es operativa? Si. No. Por qué?.

Respuesta: es constitucional. Las disposiciones referidas a la acción penal y cómo ésta se ejerce deben estar reguladas en la legislación nacional, si ello no ocurriera y se dejara librado a las provincias se vería comprometido el régimen federal que establece nuestra CN. (art. 1 CN) con afectación al Principio de Igualdad (art. 16 CN).

En Córdoba la reforma es operativa aunque no esté contemplada en la legislación procesal local su regulación. Si bien hay fallos de los tribunales provinciales que se pronuncian en sentido contrario (por ejemplo, el precedente “Caminada Rossetti, Ignacio” sentencia del 23/10/15, Cámara 9na del Crimen de la Provincia de Córdoba) su operatividad deviene de que está regulada directamente como causal de extinción en el Código Penal con aplicación en todo el país no tiene supeditada su vigencia. No puede interpretarse que la letra del Código Penal cuando dispone la aplicación del instituto “...de conformidad con lo previsto en las leyes procesales vigentes...” signifique lisa y llanamente que no se puede aplicar en las provincias donde no está regulada ya que no hay disposición expresa en la ley de fondo que supedite o suspenda la aplicación de esa ley penal hasta el dictado de estas leyes. Esto no surge del texto de la reforma sustancial y en este sentido por tratarse de la interpretación de la ley penal hay que estar a los Principios de interpretación de la ley penal más benigna y el Principio Pro homine.

Estimo que también es operativa porque una interpretación contraria implicaría la vigencia de un Estado no Federal donde las disposiciones de la legislación de fondo se apliquen de manera desigual según la provincia donde se cometa el delito.

También implicaría la violación al Principio de Legalidad Penal (art.18 CN), ya que se estaría privando al ciudadano de algo que la ley no prohíbe: el CP no prohibió a las provincias la conciliación y reparación como método de extinción de la acción penal sino que remitió a las leyes procesales vigentes, muchas de las cuales incluyen estos mecanismos de este tipo como formas del Principio de Oportunidad (véase publicado en Revista Lexis Nexis sobre principio de oportunidad)

A su vez esta garantía de legalidad penal no puede ser alterada por leyes que reglamentan su ejercicio según establece el art. 28 CN.

Por otra parte, el art. 31 de la CN establece que “...esta constitución, las leyes de la nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso ... son ley suprema de la Nación, y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales...”

De esto se desprende que la legislación cordobesa no podrá negarse a su instrumentación definitiva porque esta causal de extinción está ya legislada y por ende no está prohibida, es decir está permitida. En el mismo sentido los Tribunales y Cortes de justicia no podrían rechazar una petición de esta naturaleza con el argumento de falta de reglamentación.

A favor de su operatividad, vale recordar, existen precedentes en los Tribunales Orales de la CABA. Puede verse las resoluciones de TOF Nro. 1 y Nro. 7 en autos “González, Carlos” causa nro. 41258 del 30/11/15 y “Fernández, Juan Pablo” causa nro. 635/2014 del 26/11/15.

2.- Si es operativa: ¿Resultan aplicables a todos los delitos por igual?. ¿En qué casos se aplica cada uno?. ¿Cuáles deberían ser los parámetros a tener en cuenta?.

Parece en principio razonable el criterio incluido en el suspendido C.P.P.N que se aplique el instituto a hechos imprudentes leves y delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia contras las personas, aunque es cierto que hay provincias que lo incluyeron a un catálogo de delitos más amplio. Por ejemplo la legislación procesal de la provincia de Santa Fe habilita su procedencia para los “delitos culposos,

lesiones leves, amenazas y/o violación de domicilio, salvo que existan razones de seguridad o interés público” (art. 19 inc. 3 CPP de Santa Fe) y para delitos con contenido patrimonial, exigiendo la reparación del daño (art. 19 inc.5).

En tanto el Código Procesal de Neuquén acepta este criterio de oportunidad en todo caso que “exista conciliación entre las partes”(art. 106 inc.5)

3.- Si no es operativa: ¿cómo debería ser su regulación? ¿Qué criterios o razones de oportunidad deberían regularse? ¿En qué supuestos aplicarse? ¿Cuáles deben ser los parámetros a tener en cuenta?

Si no es operativa debería interpretarse que el art. 59 inc. 6to CP es una norma marco, que en principio debería aplicarse a delitos leves, delitos de contenido patrimonial y los cometidos sin grave violencia a las personas.

Uno de los parámetros a tener en cuenta debería ser la opinión de la víctima respecto al ofrecimiento que realice el imputado ya que justamente la solución busca armonizar el conflicto con una respuesta concreta a la víctima del delito.

ENCUESTA PARA EL INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL, SECCIÓN PENAL, DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

Patricia Soria (Miembro del Instituto)

Introducción:

REFORMA DEL CÓDIGO PENAL.

EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL:

ARTICULO 59: La acción penal se extinguirá:

5°.- Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;

6°.- Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes.

7°. Por el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba, de conformidad con lo previsto en este Código y las leyes procesales correspondientes”.

Encuesta con relación a la norma previamente enunciada:

1.-¿Es constitucional? Si. No. Por qué? *Estimo que SI es constitucional, ya que la indisponibilidad de la acción estaba regulada en el Código Penal, art. 71, por un lado, por el otro, considero que la CN diseña un sistema de enjuiciamiento penal que es el Acusatorio. Asimismo, a través de los pactos internacionales se exige que sean oídos tanto el imputado como la víctima, otorgándole tutela efectiva a la misma, lo que nos plantea la necesidad de diversificar las respuestas según el conflicto que haya que gestionar.*

En las provincias en que no está regulado, caso particular de Córdoba, es operativa? Si. No. Por qué?. *Considero que al regularse en el CP que rige en todo el País y es ley de fondo, es operativa su aplicación, caso contrario podríamos quedar atrapados en un supuesto de violación a la “igualdad ante la ley”. A los fines de unificar criterios una opción legal y constitucional desde la provincia, sería que desde la Fiscalía General se*

den las instrucciones y los criterios de aplicación de este nuevo catálogo de respuestas no punitivas que se le puede dar al conflicto.

2.- Si es operativa: *¿Resultan aplicables a todos los delitos por igual?. ¿En qué casos se aplica cada uno?. ¿Cuáles deberían ser los parámetros a tener en cuenta?. Este es un tema muy discutible, no tengo una opinión totalmente formada. Pero en principio entiendo que debería impedirse las restricciones taxativas y estarse al caso concreto, escuchando siempre a los dueños del conflicto. Me parece razonable su aplicación en todos los delitos de contenido patrimonial y en aquéllos donde no está involucrado el interés público.*

Es importante analizar que nos encontramos ante un derecho penal compositivo que pretende brindar una respuesta integral al conflicto, diversificando las respuestas para que no siempre sea la imposición de una pena de prisión, la única respuesta posible.

Este nuevo catálogo de respuestas o soluciones al conflicto requiere, a mi criterio, un nuevo enfoque de las funciones del proceso penal, involucrando a otras disciplinas y herramientas para poder hacer realidad la resolución pacífica del conflicto. En este sentido es importante tener en cuenta el aporte de la mediación penal y que los operadores tengamos como principal objetivo resolver el conflicto, no infringiendo más dolor con punición o quedando atrapados en procesos penales interminables que profundizan el daño a la víctima dejando abiertas las heridas que le han producido el hecho delictivo, impactando negativamente en la sociedad en general.

3.- Si no es operativa: *¿cómo debería ser su regulación? ¿Qué criterios o razones de oportunidad deberían regularse? ¿En qué supuestos aplicarse? ¿Cuáles deben ser los parámetros a tener en cuenta?*

**APORTE PARA EL INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL, SECCIÓN
PENAL, DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE CÓRDOBA**

Berenice Olmedo (Miembro del Instituto)

Introducción:

REFORMA DEL CÓDIGO PENAL.

EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL:

ARTICULO 59: La acción penal se extinguirá:

5°.- Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;

6°.- Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes.

7°. Por el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba, de conformidad con lo previsto en este Código y las leyes procesales correspondientes”.

Encuesta con relación a la norma previamente enunciada:

1.-¿Es constitucional? Si. No. Por qué?

Es constitucional desde el punto de vista de su ubicación en el CP, porque más allá del debate sobre el carácter sustancial o procesal del régimen de la acción, se impone su regulación por parte del Congreso Nacional en virtud de nuestro régimen federal de gobierno. Si tenemos un único CP que regula los delitos y las penas, es necesaria una única regulación para los modos de inicio y extinción de las acciones, por una cuestión básica de igualdad ante la ley, ya que de lo contrario las personas quedarían expuestas a un diferente ejercicio del poder punitivo sólo por razones geográficas.

En Córdoba, a diferencia de muchas provincias, se aplican sólo los casos de disponibilidad previstos en la ley de fondo, sin que el Poder Legislativo haya regulado otros supuestos.

Sí creo que la norma del art. 59 CP se quedó “corta”, al no haber no individualizado los criterios de oportunidad mencionados en el inc. 1, ni en qué delitos procede, lo que podría dar lugar a planteos de inconstitucionalidad por omisión. Pero esto último a fines de ampliar su campo de aplicación, no para restringirlo.

En este sentido, coincido con las apreciaciones formuladas en el fallo del Tribunal Oral en lo Criminal n° 7 de la Capital Federal en autos “Fernández” (expte. 635/2014), del 26/11/15, sobre que:

- para compatibilizar la regulación en normas de fondo y forma de las cuestiones que hacen al ejercicio de la acción penal, debe interpretarse que el CP fija en esta materia pautas mínimas de garantía que rigen en todo el territorio, que pueden ser desarrolladas por las legislaturas locales.

- la frase *“de conformidad con las leyes procesales correspondientes”* se explica por ese mismo motivo, *“...con la idea de concebir al Código Penal como una gran ley marco que a lo sumo puede ser mejorada por el orden local pero no ignorada y menos aún contrariada...”*.

En las provincias en que no está regulado, caso particular de Córdoba, es operativa? Si. No. Por qué?

Es operativa, sobre todo en lo referido a la conciliación y la reparación integral, que han sido individualizadas (a diferencia de los llamados “criterios de oportunidad”). Debe entenderse como un marco mínimo hasta tanto la legislatura regule. No se puede negar al imputado la aplicación de una norma del CP que es más beneficiosa para su situación con el argumento de la inactividad del legislador.

Además, la tarea interpretativa no puede tornar vacua o inoperante una norma que amplía derechos, sería contrario al principio constitucional “pro homine”.

En contra de su operatividad se ha dicho que se tendría que aplicar analógicamente el nuevo CPPN, regulación procesal ajena y que además no está en vigencia. Sin embargo ese código sólo ha regulado de manera específica la conciliación, pues si bien menciona la reparación en dos normas (arts. 236 inc. “g” y 246 inc. “d”) no la sujeta a condiciones particulares ni establece en qué casos procede.

Si se trata de interpretar, es preferible hacer una interpretación extensiva (por ej., considerarlo un marco mínimo hasta tanto haya regulación), y no en cambio negar su

aplicación. La ley no dice que será operativo siempre y cuando haya legislación provincial.

En un fallo del Tribunal Oral en lo Criminal n° 1 de la Capital Federal (“González”, actuaciones n° 4551, del 30/11/15) se consideró que la remisión a las leyes procesales se refiere a su implementación en el marco del proceso, como norma dirigida al juez (por ej., que debe oír a las partes y especialmente a la víctima, verificar la prueba que haya sido recabada, etc.).

2.- Si es operativa: ¿Resultan aplicables a todos los delitos por igual? ¿En qué casos se aplica cada uno? ¿Cuáles deberían ser los parámetros a tener en cuenta?

Considero que es indiscutible su aplicación a los delitos de contenido patrimonial y/o de afectación leve a otros bienes jurídicos, sobre todo si la víctima presta conformidad. También en los delitos culposos leves. Ello, porque allí no estaría presente la discusión de si los bienes jurídicos afectados son o no cuantificables en dinero y se facilita advertir cuándo la reparación ha sido integral (porque las cosas volvieron al estado anterior o se dio un equivalente en dinero).

Los parámetros a tener en cuenta deben provenir del ordenamiento jurídico (por ej., tratados internacionales, leyes nacionales o locales, etc.), no de otro tipo de criterios como sería su falta de regulación provincial.

3.- Si no es operativa: ¿cómo debería ser su regulación? ¿Qué criterios o razones de oportunidad deberían regularse? ¿En qué supuestos aplicarse? ¿Cuáles deben ser los parámetros a tener en cuenta?

Más allá de que considero que la reforma es operativa, por razones de seguridad jurídica lo deseable sería que exista una regulación local, sobre todo para ampliar las pautas marco dadas en el CP.

Debería reformarse el CPP e incorporarse expresamente no sólo la reparación integral del daño causado, la conciliación (podría establecerse la mediación como procedimiento para alcanzarla), sino también los casos de innecesariedad de la pena (por ej., en atención a las penas ya impuestas), de bagatela, de pena natural si el acusado es el único afectado, entre otras.

Debería contemplarse asimismo la conversión de la acción pública en privada, como forma de evitar la pluralidad de acusadores en el proceso penal y canalizar los casos en que la pretensión de la víctima no coincida con la del fiscal.

Y si se incorpora la noción de “interés público” como límite para la procedencia de esos supuestos, que se la defina lo más precisamente posible.

Deben aplicarse en sintonía con los compromisos internacionales asumidos por el Estado, tratando de armonizar los intereses en juego.

APORTE PARA EL INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL, SECCIÓN PENAL, DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

Esteban Díaz Reyna (Miembro del Instituto)

Introducción:

REFORMA DEL CÓDIGO PENAL.

EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL:

ARTICULO 59: La acción penal se extinguirá:

5°.- Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;

6°.- Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes.

7°. Por el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba, de conformidad con lo previsto en este Código y las leyes procesales correspondientes”.

Encuesta con relación a la norma previamente enunciada:

1.-¿Es constitucional? Si. No. Por qué?

Entendemos que sí lo es.

Lo primero que se debe tener en cuenta es el concepto de causa de extinción de la acción penal. Ricardo Núñez se limita a señalar su efecto, expresando que ellas excluyen “*la posibilidad de perseguir el delito para castigar a su autor y partícipes...*”, las clasifica en objetivas, personales y mixtas, y agrega que “*su efecto procesal es el cierre del proceso por sobreseimiento...*” (*Tratado de Derecho Penal*, Lerner, Córdoba, 1988, Tomo II, pg. 149, y *Manual de Derecho Penal – Parte General*, Lerner, Córdoba, 1999, pg. 205). Sebastián Soler tampoco da esa conceptualización (*Derecho Penal Argentino*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1983, pg. 448).

Lo más cercano a lo que pretendemos se ha explicitado diciendo que “*para caracterizar una causal como extintiva de la acción penal o de la pena es necesario que produzca la caducidad de ellas con la concurrencia de los siguientes requisitos: que no se trate de una novación legislativa, es decir un cambio favorable al reo de la ley vigente en el momento de consumación del hecho delictivo; que constituya un suceso posterior a dicho momento; y que sea un modo anormal de producir tal cancelación...*” (LASCANO, Carlos J. y otros, *Derecho Penal - Parte General*, Advocatus, Córdoba, 2002, pg. 601, citando a PORTO, Jesús, *Delimitación de las causas de extinción de la acción penal y de la pena*, LL. 79-888).

El primero de esos requisitos busca dejar de lado los supuestos en que la extinción de la acción penal opera como consecuencia de que una nueva ley elimine la punibilidad de la conducta (como fueron los casos de las derogaciones de las figuras del desacato o del adulterio). A nuestro modo de ver, es claro que no se está refiriendo a la ampliación legislativa de las causas de extinción de la acción penal, que es lo que aquí nos interesa.

Luego, se advierte que la conciliación y la reparación integral se ajustan a esa caracterización. Son sucesos de la vida de las personas que habitan en sociedad que (así como ocurre con la muerte) el legislador nacional ha elegido como causales de extinción de la acción penal. A partir de allí ya no interesa si tienen naturaleza procesal o sustancial.

Sentado ello, sostener que este inciso es inconstitucional porque deja la regulación de ambos supuestos a las leyes procesales locales parece más bien propio de un purismo dogmático que no advierte que ello ocurre a la inversa y, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia sostienen su constitucionalidad, tal como ocurre en aquellos casos en los que el propio legislador nacional dictó normas procesales para asegurar la aplicación uniforme en todo el país de normas sustanciales (ej., Ley de Concursos y Quiebras, la suspensión del juicio a prueba, etc.).

El análisis del inc. 5 no es igual de sencillo. Se trata de una fórmula abierta, dejada al arbitrio de las legislaturas provinciales. Se asemeja a una ley penal en blanco, ya no para legislar una conducta punible y su pena sino, por el contrario, para que en cada jurisdicción local se establezcan los casos en los que no se impondrá esta última. Esto mismo es lo que aleja las chances de cuestionar su constitucionalidad porque no

amplía el ámbito de lo punible sino que lo restringe. Es un beneficio que otorgarán los estados locales (o el nacional en lo que le compete) a quien resulte imputado de un delito, a raíz de diferentes supuestos que determinarán a través de sus leyes procesales, los que serán previstos en función de las realidades sociales propias de cada uno de ellos (y que el legislador nacional se confiesa, a través de esta reforma, impotente de prever en una norma de alcance general).

Asimismo, la crítica referida a que afecta el derecho a la igualdad pierde de vista que lo que es delito seguirá siéndolo en todo el ámbito de la República y que aquel beneficio legal lo tendrán todos aquellos que lo cometan en un ámbito específico (ya sea territorial o material), es decir, será un claro ejemplo de igualdad entre los iguales.

Entendemos que el supuesto contemplado en el inc. 5 del art. 350 del CPP (del que siempre sostuvimos que era inconstitucional porque se trataba de una causa de extinción de la acción penal introducida a través de una norma provincial, ver Revista Jurídica Semanario Jurídico, n° 1420, publicada el 07/08/2003) es un caso abarcado por este inciso 5° del art. 59 del CP (y, por ende, ahora no es inconstitucional).

En las provincias en que no está regulado, caso particular de Córdoba, es operativa? Si. No. Por qué?

Entendemos que no lo es.

La redacción de los nuevos incs. 5 y 6 del art. 59 del CP remite claramente a “las leyes procesales correspondientes”, que no son otras que las que cada Estado dicte, a través de su respectivo poder legislativo, teniendo en consideración las realidades que se viven en ella misma y que son diferentes a las de las otras. Esto es, precisamente, lo que ha provocado la modificación de este artículo en el sentido en que se efectuó en estos dos incisos y en el siguiente, referido a la suspensión del juicio a prueba, lo que se desprende (también claramente) del debate parlamentario.

Por ese mismo motivo es que no es constitucionalmente admisible la aplicación analógica de ninguna otra ley. Sea el CPP de la Nación o el de cualquiera de las otras provincias, solo pueden ser tomados para su estudio como Derecho Comparado por ser normas de otros Estados. Quienes propician que se tenga en cuenta lo normado por el CPCC local (por caso, para la conciliación) no advierten que podría ser así (si se admitiera) solo en lo referido al trámite procesal, pero restaría aún precisar los casos

penales a los que cada una de las causales abarcadas por los incisos 5 y 6 del art. 59 sería aplicable, así como el concepto de la *reparación integral* prevista en el último de ellos, por lo que la indefinición legal se mantiene aun en ese caso.

Tampoco puede aceptarse que, hasta tanto la Legislatura se pronuncie, sean los jueces o el Ministerio Público Fiscal quienes regulen las condiciones de aplicación de esos supuestos porque ni unos ni otros pueden dictar “leyes” procesales, que es lo que exige el CP.

Asimismo, la solución (propiciada por algunos) que postula que el procedimiento establecido por el CP para la *probation* sea utilizado para las causales del inciso 6, no es potable. Por un lado, porque el legislador nacional pudo haber previsto la aplicación supletoria de tales disposiciones en los incs. 5 y 6 del mismo modo en que lo hizo en el inc. 7, pero no lo hizo, de lo que se sigue que su voluntad fue que no se proceda así en esos primeros supuestos. Por otro lado, se mantendría la misma indefinición legal señalada anteriormente para el caso que se pretendiera aplicar el CPCC.

2.- Si es operativa: ¿Resultan aplicables a todos los delitos por igual?. ¿En qué casos se aplica cada uno?. ¿Cuáles deberían ser los parámetros a tener en cuenta?.

No se responde como consecuencia de la respuesta a la pregunta anterior

3.- Si no es operativa: ¿cómo debería ser su regulación? ¿Qué criterios o razones de oportunidad deberían regularse? ¿En qué supuestos aplicarse? ¿Cuáles deben ser los parámetros a tener en cuenta?

El primer parámetro a tener en cuenta es el criterio de oportunidad que ya se encuentra legislado: la *probation*. Resulta claro que esta y aquellos deben conformar un sistema gradual para que ninguno de ellos implique la inaplicabilidad de otro.

En ese sentido, se entiende que tanto la conciliación como la reparación integral, al ser requisitos únicos para el logro de la extinción de la acción penal, deberían aplicarse a aquellos casos menos graves que los estipulados para la suspensión del juicio a prueba. Así, una pauta objetiva podría estar constituida por la pena máxima prevista para cada tipo delictivo, de modo tal que aquellos delitos cuya pena máxima no supere en abstracto los tres años de prisión caigan bajo la aplicación de los supuestos

contemplados en el inc. 6 (ej., lesiones leves, hurto, daño, etc.), en tanto la *probation* se reserve para los que tengan un mínimo que no supere ese monto pero que sí lo haga su máximo (ej., lesiones graves, hurto calificado, robo, robo agravado, daño calificado, etc.), y también para los anteriores cuando no se haya logrado una conciliación o hubiera habido una oferta de reparación integral razonable que no haya sido aceptada por la víctima.

La propuesta expuesta en el párrafo anterior toma en consideración y soluciona la divergencia entre las llamadas *tesis restringida* y *tesis amplia* que se suscitó años atrás en cuanto a la aplicabilidad de la suspensión del juicio a prueba.

Asimismo, en cuanto a las notas diferenciales entre la conciliación y la reparación integral, la primera debería quedar reservada para aquellos delitos de escasa o nula significación económica, cuya solución consista en un avenimiento entre las partes que no incluya ninguna clase de resarcimiento en dinero o bienes materiales (sí inmateriales, como servicios personales a la víctima, entidades de bien público u organizaciones no gubernamentales) o un sencillo pedido de perdón del imputado que sea aceptado por la víctima (ej., violación de domicilio, amenazas, etc.); en tanto la segunda quedaría abierta a hechos delictivos que tengan una mayor significación económica.

Por otra parte, se comparte el criterio de que ambos supuestos son soluciones a la problemática social derivada del delito cuya solución privilegia la satisfacción de la víctima, por lo que su aceptación voluntaria para con cualquiera de ellos deviene imprescindible. Es por ello que el imputado podrá optar por solicitar la *probation* si esta no acepta, ya que de lo contrario se daría la paradoja de que quien está imputado de un delito grave pueda obtener el cierre anticipado del proceso pese a que el damnificado esté en desacuerdo con ello (a través del inc. 7) y no lo pueda conseguir quien está imputado de haber llevado a cabo una conducta ilícita leve por presentársele el mismo obstáculo.

Con relación a lo anterior, convendría dotar de celeridad al sistema previendo que la conciliación deba ser planteada en función de un acuerdo preexistente. En lo referido a la reparación integral, podría ser regulada del mismo modo o previendo la suspensión del proceso hasta que se cumpla con reparación integral acordada entre las partes (cuyo plazo, en cada caso concreto, debería ser inferior al que provocaría la

prescripción de la acción penal, ya que el legislador provincial no podrá consagrar una causa de suspensión del curso de la prescripción del modo en que está contemplada en el art. 76 ter, 2º párrafo, del CP).

Además, aunque parezca innecesario remarcarlo, se debería dejar previsto que el órgano judicial pertinente esté facultado para no aceptar el pedido si no se adecua al resto de las condiciones formales o sustanciales de procedencia (ej., que el delito tenga una pena mayor a tres años de prisión, que la voluntad del damnificado esté viciada, que la reparación no sea integral, etc.), ello a fin de evitar el planteo de incidentes si se produjera tal rechazo.

Por último –en lo concerniente al inc. 6–, creemos que ambos supuestos deben ser regulados inexorablemente en una ley porque son casos concretos de principios de oportunidad cuya específica mención demuestra la voluntad del legislador nacional de que no sean excluidos por ninguna razón y rijan en todo el ámbito de la República, al igual que ocurre con cualquiera de las otras causales contenidas en los incs. 1, 2, 3, 4 y 7 del art. 59. En otras palabras, si la voluntad del legislador nacional hubiera sido que los estados locales puedan o no aplicarlos, no habría sido necesario separarlos en una norma especial, ya que estarían dentro de abanico de supuestos de extinción que pueden legislar o no al amparo del inc. 5.

Ingresando concretamente a los criterios de oportunidad previstos en el inc. 5, se entiende que algunos pueden no guardar esa misma clase de relación gradual con los supuestos contemplados en los incs. 6 y 7 porque tienen en consideración circunstancias totalmente diferentes al monto de pena máxima previsto para el delito y, por ende, pueden tener también puntos de conexión con ellos (por ejemplo, un caso de hurto podría quedar afectado por un supuesto que tenga en cuenta la insignificante afectación al bien jurídico protegido –inc. 5– y serle aplicable también el instituto de la conciliación –inc. 6–).

Deberían regularse, al menos, los siguientes criterios de oportunidad:

- a- Cuando se haya afectado en forma insignificante el bien jurídico protegido, teniendo en especial consideración la situación de la víctima, y quedando excluidos los delitos contra la administración pública, la seguridad pública y la salud pública.

- b- Cuando el imputado haya sufrido una pena natural a raíz del mismo hecho que se le atribuye.
- c- Cuando el imputado padezca una enfermedad mortal incurable y que esta se encuentre en su fase terminal según la opinión coincidente de dos peritos del Poder Judicial.

A su vez, dichas reglas no deberían aplicarse:

- 1- en casos en los que se prevea que la pena a imponer será de prisión efectiva.
- 2- a favor del imputado que haya sido beneficiado por cualquiera de ellas en un plazo anterior de 10 años.
- 3- en casos de delincuencia organizada.
- 4- cuando pudiera aplicarse la pena de inhabilitación, salvo que el imputado haya sufrido una pena natural a raíz del mismo hecho que se le atribuye.
- 5- cuando el hecho fuera cometido por un funcionario público en ocasión de sus funciones.

ENCUESTA PARA EL INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL, SECCIÓN PENAL, DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

Daniela Bianciotti (Miembro del Instituto)

Introducción:

REFORMA DEL CÓDIGO PENAL.

EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL:

ARTICULO 59: La acción penal se extinguirá:

5°.- Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;

6°.- Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes.

7°.- Por el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba, de conformidad con lo previsto en este Código y las leyes procesales correspondientes”.

Encuesta con relación a la norma previamente enunciada:

1.-¿Es constitucional? Si.

b. Por qué? En este punto debo separar dos aspectos.

1) La incorporación al sistema penal argentino de los criterios de oportunidad es, sin duda, *constitucional*, toda vez que el principio de legalidad procesal no lo prevé la constitución, como es sabido lo instituyó el Código Penal (art. 71).

2) El segundo aspecto tiene que ver la actual regulación en el artículo 71 del CP el denominado principio de oportunidad reglada, ya que la norma prevé que las excepciones al principio de legalidad son “... las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal...”.

De este modo, mantiene el sistema ya vigente en nuestro país, desde que las provincias comenzaron a regular los criterios de oportunidad en sus legislaciones

procesales locales. Del tema nos hemos ocupado al tratar “La regulación provincial del principio de oportunidad” (sistematización comparativa de las legislaciones provinciales que receptan institutos de oportunidad procesal) –trabajo realizado en el marco del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, el que puede consultarse en la página web de la institución).

En tal sentido, hemos mencionado que frente a aquellas posturas que pregonan la facultad de las provincias de legislar en materia de oportunidad basándose en argumentos constitucionales, como el principio federal y los poderes reservados por las provincias –entre ellos dictar sus códigos procesales, según la interpretación que se realiza del art. 75, inc. 12 de la C.N.–, se indicaba que es también la Constitución Nacional la que establece límites a las autonomías provinciales (art. 5). Así, dentro de ese marco constitucional aún admitiendo que deberían ser los códigos procesales los que regulen el régimen de la acción, no podrían consagrarse, sin violación a la constitución (arts. 5, 16, 31, y conc.s.), enunciados que por vía de la introducción de criterios de oportunidad signifiquen, en definitiva, un diferente tratamiento frente a la comisión de hechos tipificados en el Código Penal como merecedores de una determinada sanción.

En consonancia con ello, luego de estudiar los códigos procesales locales que prevén en sus legislaciones los criterios de oportunidad, advertimos que difieren los criterios que se aceptan, la autoridad de aplicación, los efectos, e incluso los requisitos para admitir su procedencia.

En ese orden, con la regulación actual del Código Penal se mantiene la aludida falta de uniformidad respecto de las soluciones alternativas, motivo por el cual mantengo la postura expuesta en el citado trabajo sobre la afectación al principio de igualdad (art. 16 CN) que ello provoca. La solución es que sea el Código Penal de la Nación el que los regule en forma uniforme para todo el territorio nacional, respetándose el principio de igualdad ante la ley, como orientador del proceso.

Comparto la propuesta de Cafferata Nores, expresada en el trabajo al que vengo refiriéndome, que una ley marco dictada por el Congreso de la Nación establezca los criterios de oportunidad que deben regir en todo del territorio, quedando reservado a las provincias el trámite para su aplicación y la autoridad encargada para ello.

No obstante lo concluido previamente, no me resulta ajena la imperiosa necesidad de avanzar en su aplicación. Dicha circunstancia me lleva a concluir que, sin

renunciar a la aspiración de una regulación uniforme de los criterios en todo el país, mientras la normativa de fondo mantenga la delegación en las provincias su regulación, deberán implementarse por esta vía las soluciones alternativas a la pena.

Por otra parte, destaco un aspecto positivo de la nueva normativa, ya que soluciona algunos problemas. Por un lado, el art. 71 del CP permite superar la discusión doctrinaria relativa a la potestad provincial de regular en materia de oportunidad, aportando seguridad jurídica, desalentando posibles declaraciones de inconstitucionalidad de algún criterio por estar regulado en la legislación provincial.

Por otro lado, el nuevo artículo 59 del CP unifica los efectos de su aplicación para todo el territorio, ya que la acción penal en todos los casos se extingue.

2.- En las provincias en que no está regulado, caso particular de Córdoba, es operativa? Si. No. Por qué?.

Considero que no es aplicable un criterio de oportunidad que no esté regulado en la legislación procesal local (salvo los casos que pueden resolverse por aplicación de los principios constitucionales de proporcionalidad y mínima suficiencia, derivados del Estado Democrático de Derecho).

La regla que la normativa de fondo ha receptado coincide con la propuesta o postura doctrinaria de Binder sobre el tópico. El autor considera que es “preferible” que las provincias los regulen, ya que la adopción del sistema acusatorio da al Ministerio Público un papel preponderante en la investigación, lo que denota que carece de sentido que el Congreso Nacional establezca las prioridades de la persecución penal, cuando 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...” (BINDER, ALBERTO M., “Política Criminal: de la formulación a la praxis”, p. 146). Por lo que corresponderá regularlos a nivel local para su aplicación.

Tomar partido en este tema es, a mi ver, determinante para evitar que la desigualdad nacional, por la existencia de diferentes criterios en cada provincia, se profundice y se convierta en una aplicación diferente del Código Penal dentro de cada

territorio provincial, según el órgano judicial que interviene esté a favor o en contra de su operatividad. Esa situación ya sucede en nuestra provincia.

La duda que se planteó me inclina por su no operatividad a fin de resguardar el principio de igualdad, la previsibilidad de las decisiones judiciales y la seguridad jurídica. Corresponderá entonces adaptar la legislación local al Código Penal.

3.- Si no es operativa: ¿cómo debería ser su regulación? ¿Qué criterios o razones de oportunidad deberían regularse? ¿En qué supuestos aplicarse? ¿Cuáles deben ser los parámetros a tener en cuenta?

Su regulación deberá ser respetuosa de las limitaciones que los tratados internacionales imponen a nuestro estado, tal como lo ha previsto el CPPN.

Deberán incluirse la mayor cantidad de criterios de oportunidad posibles, dejando en manos de Ministerio Público Fiscal, de forma exclusiva, la decisión para los casos de insignificancia (sustancial y procesal), con posibilidad de escuchar a la víctima y la opción de mutación de la acción en privada. Sin descuidar que aún en esos casos, atento el efecto previsto en el art. 59 que es la extinción de la acción penal, el proceso deberá cerrarse por sobreseimiento jurisdiccional, cuando se haya imputado.

ENCUESTA PARA EL INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL, SECCIÓN PENAL, DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

Carlos Ferrer (Miembro del Instituto)

Introducción:

REFORMA DEL CÓDIGO PENAL.

EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL:

ARTICULO 59: La acción penal se extinguirá:

5°.- Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;

6°.- Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes.

7°.- Por el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba, de conformidad con lo previsto en este Código y las leyes procesales correspondientes”.

Encuesta con relación a la norma previamente enunciada:

1.-¿Es constitucional? Si. No. Por qué?

Comparto el criterio que sostiene que será inconstitucional en cuanto: “*la diversidad legislativa* ‘contradice claramente el principio de igualdad ante la ley, al permitirse que cada provincia (y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) modifique los criterios que determinan el inicio o extinción de la acción penal’, *a la vez que* ‘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 normas’ (Dolores Aguad, Natalia Bazán, Daniela Bianciotti, Milagros Gorgas y Berenice

Olmedo, en “La regulación provincial del principio de oportunidad. Sistematización comparativa de las legislaciones provinciales que receptan institutos de oportunidad procesal”, publicación del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Junio, 2011, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-regulacion-provincial-de-principio-de>”

En las provincias en que no está regulado, caso particular de Córdoba, es operativa? Si. No. Por qué?

La falta de regulación expresa a nivel local, no puede implicar que el discernimiento sobre la eventual procedencia de la causal, admita la aplicación extensiva, en contra de su espíritu, con fundamento -por caso- en la ley nacional (aun no vigente); o -mucho menos- que quede supeditada a la discrecionalidad o arbitrio del representante del Ministerio Público que le toque actuar, sin que tal conducta quede al margen de lo dispuesto por el art. 274 del C. Penal (que no ha sido derogado). Como tampoco que su criterio, como responsable de la acción penal, sea -sin marco normativo alguno- vinculante para el Tribunal que debería dictar la sentencia desincriminatoria”.

2.- Si es operativa: ¿Resultan aplicables a todos los delitos por igual?. ¿En qué casos se aplica cada uno?. ¿Cuáles deberían ser los parámetros a tener en cuenta?

3.- Si no es operativa: ¿cómo debería ser su regulación? ¿Qué criterios o razones de oportunidad deberían regularse? ¿En qué supuestos aplicarse? ¿Cuáles deben ser los parámetros a tener en cuenta?

- Debe darse un relación de coherencia intrínseca de la ley penal sustantiva (art. 59 C. Penal).

- Las causales deben atender a criterios debidamente justificados de política criminal (conveniencia de la persecución penal), a cargo del Ministerio Público.

- Respetan las mentadas coherencia y discrecionalidad reglada, las pautas que doctrinaria y legislativamente (en los casos que se lo ha previsto) se mencionan como supuestos de procedencia.

- Siempre debe tenerse en cuenta el derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva, de donde la reparación no le debería ser impuesta; es decir a acceder a la justicia y obtener una respuesta judicial a su reclamo.

- La solución del caso (sin juicio ni condena) no puede basarse exclusivamente en la capacidad económica del imputado.

Fundamentos:

Las modificaciones introducidas al art. 59 del C. Penal, armonizan tres institutos que impactan y relativizan el principio de legalidad que nos ha venido rigiendo con rigor formal (art. 71), y que determinan la extinción de la acción penal (esto es, el cierre del proceso): a) la admisibilidad de criterios de oportunidad (inc. 5°); b) la conciliación o reparación integral (inc. 6°); y c) el cumplimiento de las condiciones establecidas al momento de admitirse la suspensión del juicio a prueba (inc. 7°); esta última, preexistente.

La modificación incluyó la remisión a la regulación procesal que tenga o pueda dársele en el ámbito de cada Provincia.

Al respecto, al brindar la exposición de motivos, el Senador **Rodolfo Julio Urtubey** expresó que el propósito fue poner *“en el Código Penal esta posibilidad de extinción de la acción, para que quede claramente en el Código Penal sancionado para todo el país, como código de fondo, que esa posibilidad de disponer de la acción exista. Por supuesto que en las condiciones que cada ordenamiento procesal penal de la provincia lo disponga. Simplemente, ha quedado conciliada esta diferencia en cuanto a si tenía que estar en el código de fondo; lo hemos puesto allí”*.

El Diputado **Alfredo Carlos Dato**, con similar propósito expresó: *“Son tres hipótesis que son propias de la extinción de la acción penal, pero cuando aparecen en el código de fondo hay un adecuado reenvío a los códigos procesales, de manera que estamos en presencia de una modificación muy fuerte porque termina con el desorden y la desorientación en orden a quien podría legislar sobre la titularidad de la acción...”*

Tanto por dicha circunstancia, como por el hecho de haber sido previstas en una misma

norma, y porque su aplicación tiende a una única finalidad (extinción de la acción penal), estos supuestos (y su reglamentación) deben guardar una **relación de coherencia entre sí**, condición que debe ser tenida en cuenta a la hora de su interpretación.

Por otro lado, se ha dicho que *“la vinculación de la suspensión del juicio a prueba con el principio procesal de oportunidad, justifica que el representante del órgano público de la acusación dictamine sobre la procedencia de la probation solicitada en casos particulares, haciendo hincapié en razones no estipuladas de conveniencia y oportunidad político criminales (Bovino, Alberto, ‘La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino’, Del Puerto, Bs. As., 2001, p. 165)...”*; pero simultáneamente se ha expresado que *“para un ejercicio adecuado de la mentada función, las razones político criminales que el Ministerio Público puede alegar deben versar sobre la conveniencia de la persecución respecto al caso particular que se analiza y deben ser razones que, según el ordenamiento jurídico, puedan ser tomadas en cuenta para una decisión de ese carácter (Bovino, Alberto, ‘La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino’, cit., p. 161)”* (T.S.J., Sala Penal, en "Etienne", S. n° 103, 17/10/03; "Rodríguez", S. n° 46, 31/05/04; "Brunelli", S. n° 143, 16/12/05; "Melchior", S. n° 2, 10/02/06; entre otros; los subrayados me pertenecen).

- La vinculación de las causales de la **suspensión del juicio a prueba**- con el **principio procesal de oportunidad** en tanto no están al margen de los **criterios de política criminal** que hacen a la oportunidad de mantener la persecución penal, *“deben quedar en manos exclusivas del órgano promotor de la acción y no de quien ejerce la jurisdicción, y el tribunal no está habilitado para examinar la razonabilidad del pedido o de la oposición”* (cfr. GARCÍA, Luis M., “La suspensión del juicio a prueba según la doctrina y la jurisprudencia”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año II, nros. 1 y 2, Ad Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 365; en igual sentido, DE OLAZÁBAL, Julio, Suspensión del proceso a prueba, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 75).

- Los criterios de oportunidad receptados por las legislaciones provinciales que los han contemplado, en línea con lo anterior, permiten considerar que se aceptan -como casos

de procedencia- aquellos hechos que tienen alguna característica notable que aconseja su aplicación. Dicha característica repara, por ejemplo, en la **insignificancia del hecho**, la actitud de **arrepentimiento y colaboración** del acusado, la **pena natural**, los **hechos innecesarios**, la **exigua contribución** a la consumación del hecho, el **expreso pedido de la víctima** para que el fiscal se abstenga de ejercer la acción penal, la **enfermedad incurable** en estado terminal, **edad avanzada**, etc. (Dolores Aguad, Natalia Bazán, Daniela Bianciotti, Milagros Gorgas y Berenice Olmedo, en el trabajo ya citado intitulado “La regulación provincial del principio de oportunidad. Sistematización comparativa de las legislaciones provinciales que receptan institutos de oportunidad procesal” – publicación del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba - junio 2011 a la que se puede acceder en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-regulacion-provincial-de-principio-de>).

- La existencia de pactos internacionales con jerarquía constitucional, y los principios que ellos consagran -como expondré-, no suplen tal anomia, ni imponen ni determinan la aplicación de la causal en sentido concreto.

Es que, distinguiendo deliberadamente la aplicación del inc. 6º, de las hipótesis vinculadas a la del principio de oportunidad (inc. 5º), o la suspensión del juicio a prueba (inc. 7º), aquí se hace depender la extinción de la acción penal a la “*conciliación o reparación integral del perjuicio...*”.

Es claro que en cualquier supuesto, debe darse mientras esté subsistente la acción penal. Y en el caso particular de la *conciliación* debería mediar un acuerdo entre víctima y victimario que la patentice. Pero, dado que se ha utilizado la conjunción disyuntiva “o” entre “conciliación” y “reparación”, parece que la primera puede no ser condición de la segunda. Esto es, que la admisibilidad de la causal indemnizatoria en tal hipótesis podría ser -como dije- compulsiva y hasta se prescindiría del consentimiento, la aceptación o conformidad de la víctima respecto del monto, conceptos, plazos, y modalidad de la reparación a materializar.

La mención es válida si se tiene en cuenta que tal tesitura confrontaría con la interpretación y fundamento que doctrinariamente se da a estas excepciones al principio de legalidad en materia penal (en el marco de la teoría de la “tercera vía”), según los

cuales existe un mandato liminar sustentado en los pactos, de procurar la solución del “conflicto penal” mediante la debida atención de los intereses de la víctima, lo que se satisfaría mediante la reparación o compensación del perjuicio causado. Pero está claro que es a tales intereses que se tiende a dar respuesta favorable.

Es que, la presente exégesis no puede desconocer -tampoco- de la reforma constitucional de 1994 que ha impuesto al Estado el deber de asegurar “*la eficaz prestación de los servicios de justicia*” consagrado en el art. 114 inc. 6 de la C.N., y la incorporación de la normativa supranacional a nivel constitucional a través de su art. 75 inc. 22, mucho más cuando los ofendidos penalmente por el delito se encuentran constituidos en parte, intentando ejercer eficazmente su derecho de defensa y, lo que, aunque no esté impuesto como una regla procesal, por una adecuada interpretación sobre el alcance del derecho a la “tutela judicial efectiva” (arts. 1.1., 8.1 y 25, de la Convención Americana de Derechos Humanos), es criterio uniforme que **su opinión debe ser considerada.**

Es por ello que, no perjudica a la bilateralidad del derecho de defensa “*el hecho de que en el texto de la normativa supranacional ‘las garantías procesales del debido proceso están diseñadas claramente en beneficio del imputado’...*”, ya que “*no es menos cierto que las opiniones y decisiones de los organismos regionales encargados de velar por su aplicación y guía aceptada para su interpretación han evolucionado decididamente en ‘sentido bilateral’.* Basta señalar como ejemplo, que luego de entender que el papel del derecho penal es el de sancionar el delito (distinguiéndolo de la función del derecho humanitario que es la de proteger y reparar a la víctima), los organismos regionales han ido incluyendo **la sanción penal del culpable como un modo de protección o reparación de la víctima del delito**, a la que se le reconoce el derecho de procurar el castigo del culpable ante los tribunales penales...” (Cfr. Manual de Derecho Procesal Penal, Advocatus, Córdoba, 2012, págs. 121/122).

En tal línea de pensamiento quedó plasmado el sentir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando sostuvo que “*el deber de investigar (art. 68 de la C.A.D.H.) constituye una obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional y no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de*

ninguna índole...” (párrafo 90), y la forma de llevar protección a los derechos fundamentales se logra cuando “se evita su impunidad y se satisfaga las expectativas de las víctimas y la sociedad en su conjunto de acceder al conocimiento de la verdad de lo sucedido...””.

La obligación de investigar y continuar ejerciendo la acción penal, constituye entonces un medio para alcanzar esos fines.

APORTE PARA EL INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL, SECCIÓN PENAL, DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

Ramiro Rogelio Fernández (Miembro del Instituto)

En mi opinión, la reforma del art. 59 del Código Penal contemplando nuevas causales de extinción de la acción resulta constitucional; quedando sujeta a la regulación procesal local su concreta aplicación en cada jurisdicción. En este sentido, nuestro Código Penal ya contemplaba causales de extinción de la acción (por ejemplo, la prescripción) reguladas en el Código de fondo donde luego la norma procesal tiene incidencia concreta.

Para su operatividad, tal como quedara expresado desde el propio proyecto suscripto por los legisladores nacionales Rodolfo J. Urtubey, Pablo G. González, Marcelo J. Fuentes, Sigrid E. Kunath, Pedro G. A. Guastavino se tendrá en consideración la concreta regulación que cada provincia, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o el Código procesal federal disponga. Resulta importante señalar que es ese también el sentido que se pretendió dar a la reforma conforme surge de la discusión parlamentaria que se suscitara con motivo de la sanción de la norma bajo análisis.

En el caso particular de Córdoba, al no encontrarse regulado por nuestra norma provincial y habiendo la ley sustancial efectuado esta remisión, las nuevas causales de extinción de la acción penal no resultan operativas hasta tanto el legislador provincial le otorgue el correspondiente marco jurídico.

Si bien el debate más álgido se suele centrar en relación a la “conciliación o reparación integral del perjuicio” no debe perderse de vista otra causal, la contemplada en el inc. 5 del actual art. 59; lo que descartaría, en algún punto, la idea de aplicación directa sin norma local. Me estoy refiriendo a los “criterios de oportunidad”; los que en caso de aplicarse sin norma procesal concreta, quedaría al absoluto arbitrio del representante del Ministerio Público Fiscal o jurisdiccional la estimación concreta de estos “criterios de oportunidad”. Situación que generaría inseguridad e incertidumbre jurídica, con el

riesgo serio y cierto de desigualdad para situaciones análogas de acuerdo a quiénes sean las autoridades judiciales que intervengan.

En cuanto a su regulación concreta, estimo que los “criterios de oportunidad” deben ponderar y valorar cuestiones particulares no sólo del hecho penal atribuido (con especial consideración a la posibilidad de extinción ante la insignificancia del hecho), sino también el grado de participación del procesado ante hechos leves; cuestiones relativas a la posible pena natural (principalmente para los delitos culposos donde exista vinculación entre el imputado y las víctimas).

A la vez, en relación a esta causal, estimo que sería importante, a fin de dotar de mayor eficiencia y celeridad al proceso penal la posibilidad de aplicar criterios de oportunidad 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 (siempre que el hecho del que se prescinde sean menores o de escasa incidencia en cuanto a la pena). Los códigos de rito de la provincia de Neuquén y el último código procesal penal federal así lo disponen.

En relación al restante supuesto, relativo a la “conciliación o reparación integral del perjuicio”, tal como lo señalara el representante del Ministerio Público en autos “Caminada Rossetti”⁵, la regulación local estimo que debería tener en consideración lo que establece el Código Penal en cuanto a la suspensión del juicio de prueba como “piso mínimo” de requisitos para su procedencia, quedando sólo la “conciliación o reparación integral del perjuicio” para delitos más leves que los que se incluyen en la “probation”.

Debemos tener presente que el nuevo artículo 76 del Código Penal también remite a la norma local la regulación de la “suspensión del juicio a prueba” por lo que en caso de incluirse una posible regulación procesal local, la misma deberá contemplar ambos institutos procesales procurando dar coherencia al sistema; teniendo presente que en éste última caso se imponen al procesado reglas de conducta.

Estimo también que el “interés público” en la persecución y esclarecimiento del delito que se trate es una barrera que ninguna reparación o conciliación podrían franquear; descartando desde ya el análisis de convencionalidad y constitucionalidad para la regulación sobre la acción penal que surge de delitos vinculados a compromisos

⁵ Resueltos mediante Auto N° 65 del 23 de Octubre del 2015, autos “CAMINADA ROSSETTI, Ignacio p.s.a. homicidio” (SAC n° 1035780).

asumidos en Tratados internacionales (por ejemplo para delitos de acción pública en el marco de “violencia de género”, donde la extinción de la acción y falta de esclarecimiento de los hechos podría acarrear responsabilidad internacional del Estado; Convención de Belém do Pará⁶).

⁶ Art. 75 inc. 22 de la Constitución de la Nación Argentina. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, aprobada por ley 24.632.

APORTE PARA EL INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL, SECCIÓN PENAL, DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

Agustín Ferrer (Miembro del Instituto)

Introducción:

REFORMA DEL CÓDIGO PENAL.

EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL:

ARTICULO 59: La acción penal se extinguirá:

5°.- Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;

6°.- Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes.

7°.- Por el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba, de conformidad con lo previsto en este Código y las leyes procesales correspondientes”.

Encuesta con relación a la norma previamente enunciada:

1.-¿Es constitucional? Si. No. Por qué?

El análisis de constitucionalidad de la Ley 27.147, por medio de la cual se incorporan al Código Penal diversos criterios de oportunidad, como modalidades de extinción de la acción penal, debe efectuarse teniendo en cuenta que la declaración de inconstitucionalidad de un acto legislativo, constituye un hecho de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo a los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de presunción de legitimidad, lo que obliga a ejercer dicha atribución con excepcional precaución y prudencia. Es por ello que nuestro máximo Tribunal ha dicho que procede “*únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional es manifiesta, clara e indudable*” (Fallos: 314:424; 319:178; 266:688; 248:73; 300:241), “*de incompatibilidad inconciliable*” (Fallos 322:842 y 322:919) y “*cuando no exista posibilidad de otorgarle una interpretación que se*

compadezca con los principios y garantías de la constitución” (Cfr. C.S.J.N.: Fallos 310:500, 310:1799; 315:1958). Estas razones *“conlleven a considerarla como última ratio del orden jurídico”* (Fallos: 312:122; 312:1437; 314:407 y 316:2624), es decir, procedente *“cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado en la constitución”* (Fallos: 316:2624).

Dentro de dicho marco, considero que, por no encontrar regulación expresa en nuestra Carta Magna el principio de legalidad, la implementación de criterios de oportunidad, previstos bajo la modalidad de causales de extinción de la acción penal, no deviene por sí en inconstitucional.

Con relación a la crítica vinculada a la regulación de cuestiones de forma por parte de los códigos de fondo (cuestión reservada por las provincias –Art. 121 y 5 C.N.), nuestra Corte Suprema de la Nación ha expresado que tienen validez constitucional, las disposiciones de carácter procesal que dicte el Congreso de la Nación, como consecuencia del art. 65, inc. 11 (hoy 75, inc. 12) de la Constitución Nacional⁷, por lo que la norma en cuestión no resulta contraria a la norma fundamental en dicho aspecto, si su intención es brindar un marco uniforme en todo el territorio del país, cuya regulación particular quedará en manos de cada legislación.

Por otro lado, si bien corresponde al Congreso de la Nación definir el delito y sus penas (Art. 75 inc. 12 C.N.), la ley 27.147 regula cuestiones vinculadas a la acción penal, instituto propio del derecho de forma y no de fondo, por lo que no resulta acertada la tacha de inconstitucionalidad motivada en la presunta delegación de funciones exclusivas del Congreso de la Nación (Art. 75 inc. 12 C.N.); pues, dada la naturaleza del instituto en cuestión, se advierte que la reglamentación del mismo se encuentra dentro de aquellas materias que expresamente se han reservado las provincias (lo que se infiere al considerar los límites impuestos a los Poderes de la Nación con respecto a la posible alteración de las jurisdicciones locales Arts. 32, 41, 75 inc. 12, 99 inc. 5 C.N., entre otras).

⁷ Así lo ha expresado la CSJN en autos "Bernabé Correa" de 1923 (Fallos 138:157); "Netto" de 1924 (Fallos 141:254); "Real de Maciel" de 1928 (Fallos 151:315); "Arzobispado de Buenos Aires" de 1931 (Fallos 162:376); "Nelly Ward de Smyth" de 1949 (Fallos 214:533); "Miranda" de 1951 (Fallos 219:400); "Livi" de 1953 (Fallos 227:387); "Perelló" de 1960 (Fallos 247:524); "Santander" de 1962 (Fallos 254:282); "Vega" de 1966 (Fallos 265:30); Spinetto" de 1968 (Fallos 271:36); "Turia" de 1977 (Fallos 297:458); y "Feito García" de 1977 (Fallos 299:45).

Sin embargo, por la modalidad en que se encuentra redactada la norma, parecería implicar un mandato impuesto a los legisladores (tanto nacionales como provinciales); pues en su literalidad da por supuesta la reglamentación de las causales al enumerarlas e indicar “... *de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes*”; si otra hubiese sido la intención del legislador, la redacción debería diferir de aquella de modo que resulte expreso el ámbito de libertad otorgado a las legislaturas correspondientes, en lo relativo a la reglamentación del instituto; a modo de ejemplo la redacción debería haber expresado “*Por aplicación de un criterio de oportunidad / por conciliación o reparación integral del perjuicio, en los casos en que las leyes procesales correspondientes regulen estas causales y bajo las modalidades que estas establezcan*”.

Esta particular redacción que se le ha otorgado, puede implicar un exceso en los límites impuestos al Congreso de la Nación en el ejercicio de la facultad regulada en el Art. 75 inc. 12; sin perjuicio de lo cual, en función de la interpretación que puede realizarse de la norma, con motivo de la verdadera intención del legislador al momento de su proposición (la cual se detallará en el próximo punto) y teniendo en cuenta los parámetros enunciados en el primer párrafo, esta observación carece de entidad suficiente como para justificar una declaración de inconstitucionalidad.

Desde otro enfoque, dada la implicancia práctica que podría generar la regulación de distintas causales de extinción de la acción penal, por parte de las legislaturas provinciales, deberá analizarse si ésta hipótesis puede provocar una vulneración de la garantía de igualdad ante la ley, (Art. 16 C.N.; Art. II DADDH; Art. 7 DUDH; Art. 8.2 CADH) y la igualdad ante los Tribunales (14.1 PIDPH), las cuales gozan de jerarquía constitucional.

Para evacuar dicho interrogante debe considerarse que la mentada garantía tutela la igualdad de los iguales en iguales condiciones y es precisamente esta última circunstancia la que obstaría a la posibilidad de considerarla vulnerada cuando, frente a casos análogos, la regulación de las diversas legislaciones difieran entre sí.

Para graficar dicha inferencia basta con considerar que las causales de extinción de la acción penal constituyen institutos del derecho de forma que serán determinadas por cada provincia en base a la política criminal imperante en cada una de ellas; por lo que, al igual que las demás divergencias que poseen los distintos códigos de

procedimientos locales (a modo de ejemplo se pueden mencionar distintas previsiones en cuanto a los plazos, recursos, modalidades de enjuiciamiento –vgr jurados populares–, e incluso criterios de oportunidad que actualmente se encuentran regulados en el Art. 26 del CPP de Mendoza; Art. 19 a 25 del CPP de Santa Fe; Art. 44 del CPP de Chubut; Art. 5 del CPP de Entre Ríos; Art. 61 del CPP de Santiago del Estero; Art. 56 bis del CPP de Bs As.; Art. 172 CPP de Río Negro, entre otros), como así también, a la diversidad de criterios jurisprudenciales que existen en el territorio, con relación a la procedencia de determinados institutos. Dentro de ese marco, las causales de extinción de la acción penal, pasaran a formar parte de las particularidades de cada normativa local, que si bien podrá dar lugar a un tratamiento desigual, ello en nada modifica la situación actual ni afecta la correspondencia de la Ley con la Norma Fundamental.

Con relación a las críticas vinculadas a la falta de restablecimiento del orden jurídico alterado, o al incumplimiento de los fines de la pena, debe considerarse que el hecho de que se prevean criterios de oportunidad no necesariamente implica que el presunto autor del ilícito no responderá penalmente, sino que se considerará que ya lo ha hecho; que puede hacerlo bajo una modalidad diversa a la pena privativa de la libertad o que la alteración del orden jurídico provocada por su intervención, carece de la entidad suficiente como para justificar el avocamiento de los recursos del Estado, que podrán centrarse en la persecución y represión de ilícitos de mayor envergadura, generando de esta manera mayor eficiencia y eficacia en la administración de justicia. Por lo que se no se vería vulnerado el objetivo previsto en el preámbulo de nuestra Carta Magna, relativo al afianzamiento de la justicia.

Finalmente, las restantes críticas efectuadas, entre las cuales se pueden mencionar las consideraciones de dichos criterios como incentivo a cometer determinados ilícitos en los territorios donde se encuentren reguladas estas causales de extinción de la acción penal; o la injusticia que implicaría el contraste entre el delincuente solvente que evita la prisión, gracias a su patrimonio, cuando el humilde debe afrontarla como única alternativa; por un lado, constituyen pronósticos infundados, por desconocerse la regulación concreta que estos poseerán, lo que permite inferir que dichos cuestionamientos únicamente tienen por objeto desacreditar en el imaginario social el instituto, desalentando su pronta reglamentación y su posible aplicación práctica. Por otro lado, estas objeciones responden a cuestiones de oportunidad, mérito

y conveniencia que serán oportunamente valoradas por los legisladores provinciales o nacionales, por lo que tales análisis hipotéticos carecen de entidad suficiente como para afectar la constitucionalidad del mismo. Así lo ha entendido nuestro máximo tribunal al expresar que el grado de acierto o error, mérito o conveniencia de la solución adoptada por otros poderes, constituyen puntos sobre los cuales no cabe al Judicial pronunciarse, en la medida en que el ejercicio de las facultades propias de aquellos no se constate irrazonable, inicuo o arbitrario⁸.

En las provincias en que no está regulado, caso particular de Córdoba, es operativa? Si. No. Por qué?.

En base a la respuesta brindada en el apartado anterior, considerar que la ley 27.147 resulta operativa en el ámbito de las jurisdicciones locales, pese a que estas no hayan regulado ni reglamentado la modalidad en que regirá dicho instituto, implicaría un exceso en las atribuciones del Congreso. En este sentido del propio Art. 75 inc. 12 de la C.N. se desprende tanto la facultad del órgano para dictar los códigos de fondo como los límites que este debe respetar en su ejercicio “*sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales*”.

Se advierte con ello que la reglamentación de estas causales se encuentra dentro de aquellas materias que expresamente se han reservado las provincias (Art. 121 C.N., en concordancia con los límites impuestos a los Poderes de la Nación con respecto a la posible alteración de las jurisdicciones locales Arts. 41, 75 inc. 12, 99 inc. 5 C.N.), por lo que las injerencias nacionales en dicha prerrogativa resultarían contrarias a las previsiones de la Carta Magna.

Esta limitación responde además a criterios prácticos, pues la reglamentación de dichas causales constituye una cuestión relativa a criterios de política criminal, que deben atender a las diversas situaciones particulares que atraviesa cada provincia, por lo que una regulación conjunta podría desvirtuar la finalidad práctica que se ha tenido en miras al momento de su implementación. En este sentido se expresa Binder al mencionar “*Se va haciendo más notorio que carece de sentido que sea el Congreso federal quien establezca las prioridades (principio de oportunidad) de esa*

⁸ Así lo ha expresado la CSJN en Fallos 316:2044; 322:2346; 327:5614; 329:385 y 329:5567, entre otros

persecución penal cuando esas prioridades están íntimamente vinculadas a las realidades locales”⁹.

No escapa a las consideraciones efectuadas el hecho de que existen diversas normas sustanciales que regulan derecho de forma, el nuevo Código Civil y Comercial posee numerosos ejemplos de tal particular accionar.

Conforme se expuso anteriormente, ello no implica un ejercicio inconstitucional pues Nuestro máximo Tribunal tiene dicho que el Congreso Nacional está habilitado para dictar medidas de forma, cuando fuesen "*razonablemente estimadas necesarias para el mejor ejercicio de los derechos que las leyes de la Nación acuerdan...*"¹⁰ o para "*establecer real y efectivamente la unidad de la legislación penal en el territorio de la república, adoptando las medidas necesarias para que ella no desaparezca por razón del funcionamiento de las distintas jurisdicciones*"¹¹.

Sin embargo, en lo que hace a la Ley 27.147, se advierte de los propios fundamentos que acompañaron el proyecto de ley, que lejos de pretender imponer con carácter general y virtualidad operativa las modificaciones que se introdujeron, la intención fue la de evitar controversias entre la normativa sustancial que imponía el principio de legalidad (Art. 71 CP) y la facultad de las provincias y de la Nación de regular criterios de oportunidad en sus legislaciones procesales. Ello se desprende del fragmento de la fundamentación que expresa "*Sin perjuicio de la claridad que se deriva del marco constitucional referido, toda vez que el CÓDIGO PENAL contiene disposiciones de naturaleza procesal, con el fin de evitar cualquier tipo de controversia innecesaria entre éstas y lo regulado tanto por las provincias como por la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES y en último término también a nivel nacional y federal, es que se estima conveniente efectuar modificaciones puntuales al Código de*

⁹ BINDER Alberto, "*Introducción al Derecho Procesal Penal*", pág. 209, Ed. Ad Hoc. Citado en fallo de la Cámara en lo Criminal de 9ª nom. – Sec. 18, autos "CAMINADA ROSSETTI, Ignacio p.s.a. homicidio" (SAC n° 1035780), de fecha 23/10/2015.

¹⁰ CSJN "Spinetto, Luis Alberto c/ Vincent, Miguel. Lanfranchi de Escala, Juana y otros c/ Jaureguiberry, Luis Raúl" - 12/06/1968 - Fallos 271:36

¹¹ CSJN, "Biccoca, Carlos A. J." Fallos t. 209, p. 342

fondo, con el grado de generalidad y flexibilidad suficientes para dar lugar a que cada jurisdicción ejerza plenamente sus competencias legislativas en esta materia”¹².

En este sentido, teniendo en cuenta la fundamentación indicada; la modalidad con la que se ha redactado la norma, la cual expresa sin mayores precisiones “*Por aplicación de un criterio de oportunidad...*”, y “*Por conciliación o reparación integral del perjuicio...*”; la remisión que esta efectúa a las previsiones establecidas por las legislaciones provinciales; en función de la naturaleza procesal de estas causales de extinción de la acción penal (cuestión constitucionalmente reservada por las provincias) y finalmente teniendo en cuenta que respecto a las mismas la ley 27.147 no estableció reglas de aplicación subsidiarias como si lo hizo respecto de la suspensión del Juicio a Prueba (actual Art. 76 del C.P. modificado por el Art. 4 de la ley 27.147); se advierte que no se ha pretendido darle operatividad práctica al instituto, sino que este debe ser necesariamente reglamentado por las diversas legislaciones en sus modalidades, alcances y límites, lo cual debe encontrar una regulación normativa específica y concreta que responda a los criterios de persecución penal de cada provincia.

Dejar librada su aplicación a los criterios de los juzgadores, sin otro parámetro que la amplia fórmula utilizada por la ley 27.147, pone en riesgo la igualdad ante la justicia lo que puede desvirtuar los fines del instituto. Considerar aplicable la regulación efectuada por la ley 27.063 (Código Procesal Penal de la Nación aún no vigente), o aplicar analógicamente la regulación de otra provincia afectaría la intención del legislador y con ello la teleología de la norma, por no responder dicha regulación a las particularidades de la realidad local y sus necesidades concretas. Someterlo a decisión del Fiscal General, como máxima autoridad del Ministerio Público, y encargado de fijar las políticas criminales, de conformidad con las facultades previstas en el Art. 15 inc. 6 de la ley 7826, además de no responder a la voluntad del legislador nacional; por la modalidad con la que se podrían disponer, implementar y modificar dichas políticas, no requerirían debate, discusión ni consenso que represente la voluntad del pueblo (cuestión de suma importancia dado el trascendente efecto que poseerá en la práctica la aplicación de dichas causales), asimismo carecerían de la estabilidad necesaria, pues el cargo de Fiscal General tiene una duración de cinco años (Art. 8 ley 7826), por lo tanto

¹² Párrafo recuperado de http://www.parlamentario.com/db/000/000153_proyecto_ref_cp_sobre_regimen_de_las_acciones.pdf. Consultado el 17/07/2016.

se pone en riesgo la vigencia temporal necesaria para analizar las particularidades de su operatividad práctica; la necesidad de modificar su regulación, ya sea para incluir nuevos supuestos o suprimir otros, como así también de evitar que estas modificaciones se utilicen como mecanismos de respuestas inmediatas, frente a determinados conflictos sociales producidos por diversos delitos, tendientes a calmar los ánimos de la sociedad alterados por la comisión de un determinado ilícito de particular espectacularidad o por la constante reiteración de estos sin una respuesta Estatal.

Lo cierto es que la inclusión de estas causales constituye una herramienta de suma importancia para lograr mayor eficiencia y eficacia en la represión y sanción de los delitos, sin embargo cuando estas se regulan sin efectuar un análisis previo, serio y respetuoso de las realidades locales y los principios y reglas que informan nuestro sistema punitivo, tanto en su faz sustantiva nacional como procesal local o cuando las modificaciones que se producen en dichas causales responden más a humores sociales circunstanciales que a una evaluación seria de la experiencia práctica, se pierde virtualidad y eficacia en la persecución de los fines que se tuvieron en miras al momento de su implementación.

2.- Si es operativa: ¿Resultan aplicables a todos los delitos por igual?. ¿En qué casos se aplica cada uno?. ¿Cuáles deberían ser los parámetros a tener en cuenta?.

Conforme la respuesta brindada en el apartado anterior, considero que este aspecto debe ser determinado por la legislatura provincial.

3.- Si no es operativa: ¿cómo debería ser su regulación? ¿Qué criterios o razones de oportunidad deberían regularse? ¿En qué supuestos aplicarse? ¿Cuáles deben ser los parámetros a tener en cuenta?

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, considero que la regulación de la ley debe efectuarse por la legislatura provincial, la cual deberá fijar las causales de procedencia de los criterios de oportunidad, con la mayor precisión posible, de manera que no quepan mayores dudas respecto de los casos en que procederá la aplicación de los mismos, lo que implica evitar la utilización de parámetros generales tales como *“hechos que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público”*;

“cuando la pena que pudiera corresponderle careciera de importancia” o “cuando la pena se considerara innecesaria y desproporcionada”, cuando estos no estén acompañados por otros requisitos que permitan precisarlos o determinar su ámbito de aplicación o alcance.

Podrá a su vez delegar en el Poder Ejecutivo o en el Fiscal General, para que en cumplimiento de la atribución establecida en el Art. 15 inc. 6 de la ley 7826, disponga, la reglamentación de determinados parámetros, dentro de los cuales se efectuará la aplicación práctica del instituto y que por su particularidad requieran de revisión modificación o actualización que no justifique el dictado de una nueva norma, pero siempre dentro de los límites determinados en la ley a dictarse.

Deberá preverse además, la posibilidad de que la víctima pueda oponerse a la aplicación del criterio de oportunidad y para el caso de que la procedencia del mismo se confirme, deberá brindársele a esta el derecho de proseguir como querellante, transformando la acción pública en privada.

A modo de ejemplo se enuncia la siguiente propuesta:

Artículo XX .- Criterios de oportunidad. Los representantes del Ministerio Público Fiscal podrán prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho en los casos siguientes:

a) Si se tratara de un hecho regulado dentro del Título VI (Delitos contra la propiedad) del Código Penal, que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público. En el caso, la insignificancia se determinará por el escaso monto del objeto del delito, que no podrá representar un valor económico superior a los diez mil pesos o suma que periódicamente actualice por decreto el (Poder Ejecutivo Provincial/Fiscal General), la cual no podrá ser superior a cuatro salarios mínimos vitales y móviles, ni inferior a uno; por no haber ejercido violencia innecesaria sobre las personas; por no haber utilizado armas blancas o de fuego en su ejecución; por no poseer más de tres antecedentes de delitos contra la propiedad excepto en los casos en que haya transcurrido un lapso de tiempo superior a un año entre cada uno de ellos.

b) En el caso del Art. 89 del C.P. si las lesiones fuesen recíprocas o de escasa significancia, la cual será determinada por una no haber inutilizado a la víctima para el

trabajo por más de tres días; provocado cortes que requieran más de tres puntos de sutura o generado la fractura o fisura de algún hueso.

c) Si la intervención del imputado en el hecho fuese de escasa relevancia; se encontrara dentro de las previsiones de los Art. 46 y 47 del C.P. y en función del delito atribuido, pudiera corresponderle una pena de prisión que no exceda los tres años de prisión;

d) Si el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave, siempre que este haya sido cometido por culpa, imprudencia o negligencia.

e) Si la pena que pudiera imponerse fuese únicamente de inhabilitación o multa y esta fuese inferior a los veinte mil pesos (\$ 20.000) o suma que periódicamente actualice por decreto el Poder Ejecutivo Provincial/Fiscal General, la cual no podrá ser superior a siete salarios mínimos vitales y móviles, ni inferior a uno;

f) Cuando el imputado se encuentre afectado por una enfermedad incurable en estado terminal, según dictamen pericial o tenga más de setenta años, se trate de ilícitos por los que podría corresponderle una pena de prisión que no exceda los cuatro años de prisión y no exista mayor compromiso para el interés público.

g) Cuando tratándose de hechos en los que hayan intervenido tres o más personas, en el que el imputado o quien estime que pueda serlo, haya ocupado un rol secundario y durante la sustanciación del proceso, o con anterioridad a su iniciación:

I) Revelare la identidad de autores principales, partícipes o encubridores de los hechos investigados o de otros conexos, proporcionando datos suficientes que permitan el enjuiciamiento de los sindicados o su procesamiento;

II) Aportare información que permita secuestrar los instrumentos o los efectos del delito, valores, bienes, dinero o cualquier otro activo de importancia, provenientes del mismo;

El Ministerio Público podrá solicitar:

1. Si estuviese condenado, su incorporación al régimen de semilibertad (Art. 23 Ley 24.660); libertad asistida (Art. 54 Ley 24.660) o libertad condicional (Art. 28 Ley 24.660) según el caso.
2. Si estuviese detenido o en prisión preventiva, su prisión domiciliaria o libertad según el caso, con los recaudos del Artículo 268 de este Código, debiendo

igualmente fijarse caución de conformidad a las previsiones de los Arts. 288 y 289 de este Código.

3. También podrá disponer la suspensión de la persecución Penal, con respecto al arrepentido, para lo cual se valorara especialmente la información que permita desbaratar una organización delictiva, evitar un daño, lograr la reparación del mismo, recuperar los efectos del delito; en tales casos se extinguirá la acción penal cuando, gracias a la información proporcionada, se haya logrado el procesamiento de al menos una de las personas involucradas en el hecho y se hayan individualizado bienes que representen un 40% del producido del ilícito investigado.

En los casos previstos en los incisos a, b, c, d, e, f será necesario, para la procedencia del instituto que el imputado haya reparado los daños y perjuicios ocasionados, en la medida de sus posibilidades o se comprometa a hacerlo;

En todos los casos, quedará subsistente posibilidad de aplicar la inhabilitación especial que pudiera corresponder, la cual será determinada por la autoridad administrativa correspondiente;

No podrá prescindirse total ni parcialmente del ejercicio de la acción penal si el imputado fuera funcionario público y se le atribuyera un delito cometido en el ejercicio o en razón de su cargo.

Artículo XX.- Control de la decisión fiscal. Si el fiscal o juez de instrucción entendiera correspondiente la aplicación de un criterio de oportunidad y así lo hubiese solicitado o dispuesto. El juez a cargo deberá informar en forma clara y por medio de audiencia, a la víctima o sus herederos, si correspondiese, debidamente asistidos por un letrado particular o público si no pudiese o no quisiese afrontar uno, quienes podrán oponerse fundadamente, dentro del plazo de diez (10) días, requiriendo la revisión de la decisión por parte del Fiscal de Cámara.

El Fiscal de Cámara deberá pronunciarse en el término de tres (3) días, y si hiciese lugar a la pretensión de la víctima, dispondrá la continuidad de la investigación.

Caso contrario, la víctima podrá, dentro del término de 40 (cuarenta) días solicitar la conversión de la acción pública en privada, la cual tramitará conforme lo

previsto en el Libro Tercero, Título 2 Capítulo 4 de este código, cualquiera fuera el delito de que se tratase.

Artículo XX.- Efectos. La decisión que prescinda de la persecución penal pública por aplicación de criterios de oportunidad permitirá declarar extinguida la acción pública con relación a la persona en cuyo favor se decide, salvo que se proceda de acuerdo a lo establecido en el último párrafo del artículo anterior.