



Trabajo Final de Grado

**“Las nuevas causales de extinción de la acción penal  
y su aplicación conforme al ordenamiento jurídico  
de la Provincia de Mendoza”**

(artículo 59 incisos 5, 6 y 7 del código penal)

*Alvaro Tomás Guidolin*



Tutor: Prof. **Clarisa Castellanos**

Alumno: **Alvaro Tomás Guidolin**

Carrera: **Abogacía**

Fecha: **Mayo, 2017**



“Dedicado a mi madre”



## ÍNDICE

<b>Introducción.....</b>	<b>8</b>
<b>Capítulo I: Consideraciones Generales.</b>	
1. Antiguo artículo 59 del código penal argentino. ....	9
2. Ley nacional 27.147. ....	9
3. Modificación introducida por ley 27.147 al artículo 59 del código penal. ....	11
4. Código procesal penal de Mendoza. ....	11
5. Artículo 26 del código procesal penal de Mendoza. Principio de oportunidad. ....	13
6. Existe un problema jurídico.....	14
<b>Capítulo II: Cuestiones de Interpretación Doctrinaria.</b>	
1. Acciones penales.....	15
2. Principios de actuación del derecho procesal penal.....	16
3. Legalidad. ....	17
3.1 Antecedentes.....	17
3.2 Fundamentos. ....	19
3.3 Recepción en el código penal argentino. ....	20
3.4 Legalidad en el código procesal penal de Mendoza. ....	22
3.5 Situación actual y críticas.....	22
4. Oportunidad.....	23
4.1- Antecedentes.....	23
4.2- Concepto y visión actual.....	24
4.3- Fundamento y ventajas.....	26
4.4 – Clases de criterios de oportunidad.....	27
5. Otros casos de condicionamientos a la legalidad.....	28
<b>Capítulo III: Regulación Normativa.</b>	
1. Normativa constitucional.....	31
2. Normativa legal del código penal.....	32
3. Normativa del código procesal penal.....	32
4. Normativa del código procesal penal de Mendoza.....	34
4.1- Criterios de selección.....	34
4.2 - Requisitos de procedencia de los criterios de oportunidad.....	37

4.2.1 Hecho insignificante, mínima culpabilidad o exigua contribución del partícipe.....	37
4.2.2 Solución del conflicto.....	39
4.2.3 Suspensión del juicio a prueba.....	41
4.2.4 Juicio abreviado.....	42
4.2.5 Revelador o arrepentido.....	43
5. Otras cuestiones importantes.....	44
5.1 Consentimiento fiscal.....	44
5.2 Decisión final del juez.....	45

#### **Capítulo IV: Suspensión del Juicio a Prueba.**

1. Origen y antecedentes históricos.....	46
2. Régimen del instituto en países latinoamericanos.....	48
2.1 Tratamiento en la Republica Federativa de Brasil.....	48
2.2 Tratamiento en la Republica del Paraguay.....	50
2.3 Tratamiento en la Republica Oriental del Uruguay.....	51
3. Problemática de la procedencia.....	52
4. Oportunidad para deducir la suspensión de juicio a prueba.....	54
5. Suspensión del juicio a prueba en Mendoza.....	55
5.1 Requisitos.....	57
6. Finalidad.....	58

#### **Capítulo V: Doctrina y Jurisprudencia.**

1. Debate constitucional: código penal y código procesal penal de Mendoza.....	60
2. Efecto de los criterios de oportunidad.....	60
3. Requisitos de procedencia.....	61
4. Constitucionalidad o inconstitucionalidad del artículo 26 del código procesal penal.....	63
5. Jurisprudencia sobre su constitucionalidad.....	65
6. Resoluciones de procuración general de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.....	69

<b>Conclusiones.....</b>	<b>74</b>
--------------------------	-----------

<b>Bibliografía.....</b>	<b>77</b>
--------------------------	-----------

## **Abstract**

**Titulo:** Las nuevas causales de extinción de la acción penal y su aplicación conforme al ordenamiento jurídico de la Provincia de Mendoza.

**Title:** The new grounds for extinguishment of criminal action and its implementation under the law of the Province of Mendoza.

La norma de fondo que tipifica las causales de extinción de la acción penal fue modificada en el año 2015, agregando tres nuevos procedimientos para ejercitarla. El presente trabajo demostrará si en la provincia de Mendoza, existe norma procesal que contemple y regule las nuevas causales y, en su caso, si las mismas son adecuadas o precisan ser alteradas a fin de procurar una mayor efectividad en su utilización.

The substantive rule that defines the grounds for extinguishment of criminal action was modified in 2015, adding three new procedures to exercise it. This work demonstrated itself in the province of Mendoza, there is a procedural rule that contemplates and regulates the new grounds, and if so whether they are adequate or need to be altered to ensure greater effectiveness in its use.

## **Introducción.**

El presente trabajo se enfocará en el campo del derecho penal argentino, y más precisamente el derecho procesal penal de la provincia de Mendoza, abordando el tema de las nuevas causales de extinción de la acción penal que se encuentran contempladas en el artículo 59 del código penal argentino. Particularmente nos enfocaremos en los incisos 5, 6 y 7 los cuales fueron introducidos por la reforma de la ley n° 27.147, analizando cómo estos nuevos mecanismos de extinción son aplicados en el ámbito jurisdiccional de la provincia de Mendoza.

Con esta reforma introducida a un código de fondo, resulta preciso estudiar y verificar cómo la misma es llevada a su práctica, es decir cómo se regula y ejercita para que no se produzca una colisión de normas entre el derecho provincial y el derecho de fondo o nacional, es por ello que como problema de investigación nos preguntamos ¿Existe un marco regulatorio en el ordenamiento jurídico de la provincia de Mendoza para las nuevas causales de extinción de la acción penal consagradas en el artículo 59 incisos 5, 6 y 7 del código penal argentino?.

Una vez corroborada la existencia o no de un marco regulatorio a nivel provincial para las nuevas causales de extinción de la acción penal, en caso obtener una respuesta afirmativa analizaremos las hipótesis de trabajo planteadas: ¿existe una legislación adecuada en la provincia de Mendoza que regule dichas modificaciones?, y en su caso si ¿se debería modificar el código procesal penal de Mendoza?, así como también se analizará ¿Qué dispone el código procesal penal de la nación al respecto?, y finalmente para mayor comprensión del tema estudiado analizaremos ¿Qué ha resuelto la jurisprudencia local sobre la aplicación de estas nuevas causales?.

Para una mayor comprensión del presente trabajo, se organiza el mismo en cinco capítulos. En el primero de ellos se darán las consideraciones generales sobre los temas a desarrollar. En el capítulo segundo se cotejarán las cuestiones de interpretación doctrinaria, analizando los principios de actuación del derecho procesal penal. En el tercer capítulo se describirá y analizará el régimen normativo vigente a nivel provincial y nacional. En el capítulo cuarto analizaremos el instituto de la suspensión del juicio a prueba. Finalmente, en el capítulo quinto se cotejara la opinión vertida por la doctrina y jurisprudencia. Por último brindaremos las conclusiones del trabajo realizado, confirmando o descartando la hipótesis de trabajo investigada.

## Capítulo I. Consideraciones Generales

Complementando lo mencionado en la introducción general, mediante ley nacional N° 27.147 sancionada el 10 de junio del año 2015 y publicada en el boletín oficial del día 18 de junio del mismo año se reforman los artículos 59, 71, 73 y 76 y se deroga el artículo 75, todos del código penal. El presente trabajo se esbozará principalmente en la modificación introducida al artículo 59, esto es el estudio de los incisos que fueron incorporados por dicha reforma; incisos cinco, seis y siete, los cuales transcribiremos a continuación para una mayor comprensión y posteriormente pasaremos a su desarrollo.

### 1. Antigo artículo 59 del código penal argentino.

El texto del artículo 59 del código penal en su redacción anterior a la reforma de ley 27.147 establecía que: “La acción penal se extinguirá por:

Inciso 1. Por la muerte del imputado;

Inciso 2. Por la amnistía;

Inciso 3. Por la prescripción;

Inciso 4. Por la renuncia del agraviado respecto de los delitos de acción privada”.

Dichas causales, ya han sido ampliamente debatidas y estudiadas, no presentando mayores inconvenientes en lo que respecta a su interpretación y utilización, a lo que me remito en honor a la brevedad.

### 2. Ley nacional 27.147.

Esta ley, la cual transcribiremos para mayor comprensión, expresa:

“**Artículo 1°** — Sustitúyese el artículo 59 del código penal, por el siguiente texto:

Artículo 59: La acción penal se extinguirá:

1) Por la muerte del imputado;

2) Por la amnistía;

3) Por la prescripción;

4) Por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada;

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.

**Artículo 2°** — Sustitúyese el artículo 71 del código penal, por el siguiente texto:

Artículo 71: Sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes:

- 1) Las que dependieren de instancia privada;
- 2) Las acciones privadas.

**Artículo 3°** — Sustitúyese el artículo 73 del código penal, por el siguiente texto:

Artículo 73: Son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos:

- 1) Calumnias e injurias;
- 2) Violación de secretos, salvo en los casos de los artículos 154 y 157;
- 3) Concurrencia desleal, prevista en el artículo 159;
- 4) Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere el cónyuge.

Asimismo, son acciones privadas las que de conformidad con lo dispuesto por las leyes procesales correspondientes, surgen de la conversión de la acción pública en privada o de la prosecución de la acción penal por parte de la víctima.

La acción por calumnia e injuria, podrá ser ejercitada sólo por el ofendido y después de su muerte por el cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes.

En los demás casos, se procederá únicamente por querrela del agraviado o de sus guardadores o representantes legales.

**Artículo 4°** — Sustitúyese el artículo 76 del código penal, por el siguiente texto, que se insertará en dicho código integrando el título XII de su libro primero, ‘De 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.

**Artículo 5°** — Derógase el artículo 75 del código penal.

**Artículo 6°** — Comuníquese al poder ejecutivo nacional”.

### **3. Modificación introducida por ley 27.147 al artículo 59.**

El artículo primero de esta ley es el que introduce la reforma al artículo 59 del código penal argentino, manteniendo su redacción originaria en los incisos uno a cuatro, pero incorporando a ésta tres nuevos incisos que tipifican tres nuevas causales por las que también se extinguirá la acción penal y estas son:

”...**Inciso 5)** Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;

**Inciso 6)** Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;

**Inciso 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”.

### **4. Código procesal penal de la provincia de Mendoza.**

El código procesal penal de la provincia de Mendoza sancionado por ley provincial N° 1.908 para fecha 24 de octubre de 1.950 y publicado en boletín oficial del 23 de julio de 1951, sufrió a lo largo de sus años varias modificaciones y reformas, una de ellas y que aquí resulta relevante fue la introducida por la ley provincial N° 6.730 dictada en noviembre de 1.999 y vigente desde el 30 de diciembre de ese mismo año, la cual introduce importantes reformas al derecho procesal mendocino.

Examinando los fundamentos que dieron origen a la ley 6.730, observamos cuáles fueron los puntos de reforma más importantes que se introdujeron con esta ley al derecho local<sup>1</sup>:

- Solución de conflicto y armonía social: se estableció que los tribunales deberían resolver el conflicto de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de buscar restaurar la armonía social entre sus protagonistas. El proceso penal pasó a tener entonces una actividad que va más allá de la prisión o reparación de los daños, siendo también un instrumento idóneo para intentar la armonía social.

---

<sup>1</sup> Código procesal penal de la provincia de Mendoza, Ley n° 6.730, expediente N° 21.871, fundamentos. Comisión redactora: Dr. Ernesto Nieto; Dr. Leopoldo Orquin; Dr. Juan Carlos Aguinaga.

- El ministerio público: se coloca al agente fiscal en una actitud distinta en los procesos de citación directa a diferencia de la instrucción formal. Aparece como investigador en la primera, mientras que en la segunda su actitud es solamente acusadora. Se propone que el ministerio público tenga fundamentalmente una actitud investigativa.
- Criterio de oportunidad: en la nueva concepción de la investigación a cargo del ministerio público se propuso la adopción del criterio de oportunidad concedores que existen innumerables causas de insignificancia delictiva o menor significación del bien jurídico protegido que desbordan los tribunales en perjuicio de las reales reocupaciones que deben tener aquellas causas que conmocionan a la sociedad. De esto que se propuso la adopción de la modalidad del criterio de oportunidad para la intervención o persecución de la acción cuando se tratase de un hecho insignificante, o tengamos en delitos mayores la colaboración eficaz del imputado para evitar que continúe el delito o se perpetren otros o este ayude a esclarecerlos o el mismo en que se encuentra acusados.
- El agente encubierto: la presencia del agente encubierto queda legitimada por la necesidad de salvar los bienes jurídicos que la delincuencia destruye o lesiona, como un modo particular de combatirla, haciendo frente mediante él, a las más complejas formas de criminalidad que soportamos, y que en la mayoría de los casos sólo pueden ser desbaratados como la inserción en su estructura, de una investigación inteligente y secreta. La regulación jurídica del agente encubierto no puede ser entendida como lesionadora de intimidades ajenas a la autoridad de los magistrados, porque el empleo del agente encubierto para la averiguación de delitos, no es por sí mismo contrario a las garantías constitucionales.
- La policía judicial: se estableció que la investigación en todos los casos es atribución exclusiva del ministerio público quien deberá hacerlo en la forma establecida por la ley y practicar las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho delictivo, pero todo esto con el auxilio de la policía judicial quien debería cumplir las órdenes que les imparta el ministerio público y los jueces durante la tramitación de los procesos.

- Víctima, intervención y protección: otro de los puntos importantes de reforma fue que con criterio amplio se le confirió una serie de facultades de importancia procesal tendientes a la protección de los derechos de las víctimas.

Como se observa, entre las reformas introducidas se contemplan los criterios de oportunidad, que desde finales de 1999 cuando comienza a regir la ley 6.730 tienen su regulación provincial en Mendoza. A continuación observaremos y analizaremos en detalle los artículos relativos al estudio del presente trabajo.

### **5. Artículo 26 del código procesal penal de Mendoza. Principio de oportunidad.**

“El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley, no obstante, podrá solicitar al tribunal que se suspenda total o parcialmente, la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho cuando:

1) Se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o del partícipe o exigua contribución de éste, salvo que afecte el interés público o lo haya cometido un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él.

2) Se haya producido la solución del conflicto, lo que se acreditará sumariamente. En caso de delitos originados en conflictos familiares, intervendrán los mediadores, tanto para la solución del mismo, como para el control de ella;

3) En los casos de suspensión del juicio a prueba;

4) En el juicio abreviado;

5) En los supuestos de los párrafos siguientes:

A toda persona que se encuentre imputada, o que estime pueda serlo, si durante la substanciación del proceso, o con anterioridad a su iniciación:

a) Revelare la identidad de coautores, partícipes o encubridores de los hechos investigados o de otros conexos, proporcionando datos suficientes que permitan el enjuiciamiento de los sindicados o un significativo progreso de la investigación;

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

- 1). Su libertad, con los recaudos del artículo 280 de este código, a cuyo efecto deberá considerarse la graduación penal del artículo 44 y pautas de los artículos 40 y 41 del código penal argentino;
- 2). En caso de disponerse su prisión preventiva, se lo internará en un establecimiento especial, o se aplicará el artículo 300;
- 3). El tribunal pedirá al Poder Ejecutivo la conmutación o su indulto, conforme a las pautas del apartado uno que antecede.

A los fines de la suspensión o continuación de la persecución penal se valorará especialmente la información que permita desbaratar una organización delictiva, o evitar el daño, o la reparación del mismo. Bajo tales supuestos el tribunal podrá suspender provisionalmente el dictado de su prisión preventiva. La solicitud de todo lo aquí dispuesto deberá formularse por escrito ante el tribunal, el que resolverá lo correspondiente, según el trámite establecido para la conclusión del procedimiento preparatorio de la investigación.”

#### **6. ¿Existe un problema jurídico?**

Habiendo citado las principales reformas que se suscitaron últimamente a nivel nacional y trayendo a colación lo estipulado por el derecho local en lo pertinente al tema que se estudia, es preciso preguntarnos ¿resulta fundamental o necesario adaptar el derecho provincial a los nuevos cambios introducidos en el derecho de fondo?, motivo este que nos lleva a determinar si es preciso o no reformar o modificar las normativas que están por debajo de esta norma superior, a fin de evitar su colisión o el vacío legal que se produciría en tal supuesto si dichas modificaciones no se llevarían a cabo.

Recordando nuestro problema de investigación, cabe preguntarnos entonces ¿Existe un marco regulatorio en el ordenamiento jurídico de la provincia de Mendoza para las nuevas causales de extinción de la acción penal consagradas en el artículo 59 incisos 5, 6 y 7 del código penal? para lo cual habremos de analizar la normativa jurídica de la provincia de Mendoza tendiente a corroborarlo.

## **Capítulo II. Cuestiones de interpretación doctrinaria.**

### **1 – Acciones penales.**

Nuestro país, por ser federal conforme lo establece el artículo primero de la constitución nacional, tiene la potestad de dictar la legislación penal o de fondo que ha sido confiada al gobierno central, nacional o federal por el artículo 75 inciso 12 del mismo cuerpo legal y, en consecuencia, las provincias o estados miembros de la Argentina, han delegado y cesado esa función y mantenido tan solo la potestad de dictar la legislación procesal, que es considerada como derecho local.

Sin embargo, durante arto tiempo no ha existido acuerdo doctrinario sobre si las acciones penales es un asunto propio del derecho penal o de derecho procesal. Apoyados en esas dudas, varias provincias han dictado leyes procesales que regulan el ejercicio de las acciones penales. Sobre este punto, deben advertirse dos cuestiones:

a) Por un lado que es la corte suprema quien considera que el nacimiento, ejercicio y extinción de las acciones penales, es asunto del derecho de fondo, reservado a la nación (De Luca, 1998).

b) Por otro lado, es que si se lograra la consagración de tales disposiciones en la ley nacional o federal, ello satisfaría mucho mejor el postulado de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 16 de nuestra constitución, es decir, ante la misma ley penal, que predica el criterio de uniformidad de la legislación de fondo, ya que hoy en día, dos personas que cometen un delito reprimido por la misma ley en diferentes provincias o jurisdicciones, no pueden acceder a las mismas consecuencias sobre la extinción de las acciones penales.

Conuerdo con Maier al afirmar este que “el derecho penal y procesal penal comparten una tendencia hacia la reducción del protagonismo social del sistema penal tradicional, debido a la incapacidad del sistema para la solución de conflictos” (Maier, 1999, p. 152).

Observando las leyes de fondo, resulta que en el derecho argentino han existido desde tiempos antiguos algunas otras excepciones al progreso de las acciones penales que tienen distinta naturaleza y condiciones, lo que nos permite inferir que ya fue concebida una suerte de criterios de oportunidad o mejor dicho de mecanismos tendientes a evitar llegar hasta el final de un proceso penal y eludir la condena. Así, podemos citar al respecto y a modo ejemplificativo los siguientes casos: el pago voluntario de la multa prevista para el delito (artículo 64 del código penal), la retractación en los delitos contra el honor (artículo 117 del código penal); el avenimiento en los delitos contra la integridad sexual (artículo 132 del código penal, víctima mayor de 16 años y comprobada relación

preexistente con el imputado); o el que revelare una conspiración para cometer el delito de traición a la patria (artículo 217 del código penal); el cumplimiento de la obligación tributaria en los delitos de dicha índole (artículo 16 ley 24.769); el sometimiento a un tratamiento curativo o educativo para los tenedores de estupefacientes con fines de consumo personal (artículos 17 a 21 ley 23.737) y finalmente tenemos también la suspensión del proceso a prueba, tema que se tratará en el presente trabajo (artículo 76 del código penal reformado por ley 27.147).

## **2. Principios de actuación del derecho procesal penal.**

Continuando el desarrollo del presente trabajo haré un análisis de los principios jurídicos que entran en juego en materia de actuación penal. Así el presente capítulo tiene por objeto analizar primeramente el principio rector en la materia llamado de legalidad o inquisitivo para luego hacer un análisis sobre el principio de oportunidad como un instrumento idóneo y base para el nuevo modelo de sistema penal tendiente a resolver o aminorar los conflictos que la crisis externa de la justicia penal padece en la actualidad.

La actual crisis social y la compleja situación socioeconómica ha generado en la Argentina un aumento en la conflictividad social agravándose la situación delictiva, que sólo puede ser revertida con una política criminal integral sustentada en políticas activas de prevención, reformas de legislación y construcción de cárceles dignas donde sea posible la resocialización del autor de un hecho delictivo.

Entonces se hace necesario establecer una política criminal con mecanismos idóneos para resolver los problemas de fondo, buscando la eficiencia del sistema judicial penal a través de la selección de los hechos de mayor importancia y que generan mayor impacto social, que tienda a un descongestionamiento relevante y concreto de la colapsada justicia penal. En tal sentido, hay que empezar a pensar en forma racional y responsable frente a la selectividad de los hechos delictivos, haciendo posible la descriminalización de ciertos hechos punibles de insignificancia, cuando existan otros métodos de reacción social más eficaces o se torne innecesario un proceso penal o la aplicación de una pena.

Comenzaré el capítulo haciendo un análisis sobre la actual situación de crisis que padece el sistema judicial penal en la Argentina, el principio de legalidad sobre el que se basa nuestro ordenamiento jurídico y finalmente sus diferencias sustanciales con el principio de oportunidad.

### **3. Legalidad.**

#### **3.1 Antecedentes.**

Este principio tuvo su origen con la inquisición, estableciendo como su principal fundamento la persecución penal pública y la averiguación de la verdad histórica o real, por lo tanto no es sino un resabio del sistema inquisitivo escrito, que ha sido de aplicación y es el vigente aun en la mayoría de los países latinoamericanos. Es el mismo sistema también que se aplicó en la Europa continental durante la edad media, pero que hace más de doscientos años, como es el caso de España, que no tiene aplicación alguna, habiendo caído en desuso y reemplazado por el sistema acusatorio.

Este sistema que se viene aplicando desde hace más de cinco siglos, más que un sistema procesal para administrar justicia, ha llegado a constituir como explica Binder, un modo particular de situarse ante la realidad y considerarla, cayendo así en un sistema burocrático, despersonalizado y arbitrario, que posee en sus raíces una mentalidad excesivamente formalista y celosa de formas rituales. (Binder, 2016).

Conforme nos enseñaba Vélez Mariconde la regla de la legalidad o indiscrecionalidad opuesta a la de oportunidad deviene del principio de oficiosidad, es decir, aquel que obliga a los órganos públicos del estado a proceder de oficio por iniciativa propia, a promover la acción penal pública en las formas establecidas por la ley, sin necesidad de ninguna excitación extraña, excepto los casos de acciones dependientes de instancia privada. Según esta regla el estado tiene el deber de ejercer a través de sus órganos, la acción pública de acuerdo con la ley penal, siempre que aparezca cometido un hecho delictuoso, sin que puedan inspirarse en criterios políticos de conveniencia o de utilidad social. (Vélez Mariconde, 1981).

El principio de legalidad es de carácter absoluto toda vez que impide a los agentes del sistema penal disponer de una solución del caso diferente a lo establecido en la ley y obtener la eventual absolución o condena. Se carece de toda facultad de discrecionalidad, se es esclavo de la ley en el sentido de que tienen el deber de provocar o solicitar la actuación correcta de aquélla. Esta regla impera durante el momento de la promoción y durante el desarrollo de todo el proceso penal, donde en primer lugar existe una necesidad de la promoción, es decir que en el momento de llegar a tomar conocimiento de la existencia de un hecho presuntamente delictivo de acción pública, se tiene el deber de promover la acción en la forma y condiciones establecidas en la ley, sin posibilidad alguna de detenerla por criterio político. Por otra parte, rige conforme este principio la irrevocabilidad, vale decir que una vez promovida la acción penal su ejercicio no puede suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, salvo supuesto previsto expresamente en la ley procesal. En este sentido, el ministerio público no puede transar o negociar el proceso con el imputado, ni renunciar a la acción

penal, ni desistir de la instancia, sino que debe imperiosamente seguir a rajatabla con los pasos procesales preestablecidos en la manda legal, ejerciendo un poder puramente formal y excitando la jurisdicción.

El principio de legalidad encuentra su sustento filosófico en la filosofía especulativa de Immanuel Kant<sup>2</sup> y Georg Wilhelm Friedrich Hegel<sup>3</sup>, a través de la teoría absoluta de la pena, en cuanto en forma imperativa y categórica todo hecho en apariencia delictivo debía traducirse, necesaria y obligatoriamente, en una acusación y en un proceso penal. El fundamento de la teoría absoluta de la pena reside en la retribución del daño ocasionado, y el sentido de la retribución es el de compensar un mal como forma de reparar la lesión jurídica y extinguir la culpabilidad del autor, para reingresar en la sociedad. (Hegel, 1968).

Para Kant, la pena es una necesidad ética, un imperativo categórico emergente de la idea de justicia y el sentido de que la misma es la retribución de la culpabilidad y con la aplicación de una compensación justa se agota el contenido de ella. Esta sanción se impone al delincuente porque ha quebrantado una norma, siendo que considerar cualquier otro fin punitivo atentaría contra la dignidad de la persona y la reduciría a la condición de un objeto (Hegel, 1968).

En mi opinión, en esta concepción absoluta el sentido de la pena no tiene alguna finalidad de utilidad social, sino que su sentido radica en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal, vale decir que se agota todo el fin de la pena en la retribución misma.

El mal de la pena está justificado por el mal del delito, concebido como un mal que debe sufrir el delincuente para compensar el mal que causó con su comportamiento, pensamiento que reconoce como antecedente a la ley del talión, la que es más vulgarmente conocida como ojo por ojo, diente por diente. La pena niega o aniquila al delito restableciendo el derecho, haciendo una abstracción a si resulta necesaria o beneficiosa para la sociedad, no tiene finalidad preventiva en sí, ni intimidatoria, ni correctiva, serán pues estos efectos concomitantes favorables en su aplicación, pero que no tienen nada que ver con su naturaleza.

En síntesis la teoría absoluta de la pena radica en que el fin de la misma sería restablecer el orden alterado por el delito, para ello se exige la realización de un comportamiento contrario a la norma, o sea el delito, y la existencia de la culpabilidad en el autor del mismo. El sistema se basa en el libre albedrío siendo culpable aquél sujeto que pudiendo motivarse en el respeto de la norma optó por delinquir, al que le corresponde por su

---

<sup>2</sup> Filósofo. Nacido en Alemania. 1724 – 1804.

<sup>3</sup> Filósofo. Nacido en Alemania. 1770 – 1831.

actuación una pena como forma de restablecimiento de esa lesión jurídica, la que será proporcional a la gravedad del hecho realizado y al grado de culpabilidad del autor.

### **3.2 Fundamentos.**

El principio de legalidad que recepta el código penal argentino, ostenta múltiples y fundadas justificaciones teóricas, pero que a su vez reciben serias críticas y cuestionamientos desde lo teórico y principalmente desde su aplicación en la realidad.

Uno de los argumentos más pesados esgrime que para lograr que el orden jurídico penal vulnerado por el delito sea reintegrado, es necesario que se imponga la sanción que la ley amenaza, a lo que se contra argumenta que de esa manera se está reparando más en la desobediencia al sistema penal que en la protección del bien jurídico concretamente lesionado por el delito, que como ya dijimos es un requisito constitucional para la habilitación del ejercicio del poder punitivo y que no tiene que ver necesariamente con su tutela penal, ya que la protección o tutela del bien jurídico es anterior e independiente de la ley penal (Zaffaroni, 1997, p.139).

Se puede aseverar que la comisión de un hecho tipificado no exige necesariamente la lesión de un bien jurídico ya que este representa un concepto mucho más amplio que solo tiene aristas en común con la protección que se le pretende dar a través del sistema penal. Otro argumento a favor de la legalidad sostiene que:

Solo a través de él se puede lograr cumplir con los fines de la pena viendo está con una óptica retribucionista, o sea, un mal consistente en la pérdida de bienes como retribución por haber violado el deber de no cometer un delito (Cafferata Nores, 2004, p.106),

y en esto se centran también sus críticas, ya que se pueden alcanzar finalidades de prevención general y especial sin necesidad de imponer una sanción en todos los casos y que el derecho penal puede tener idoneidad para proporcionar alternativas diferentes a la pena.

Se ha sostenido que este principio favorece la independencia entre poderes del estado, porque si el legislador ha tipificado una conducta como delictiva, ni el órgano titular de la acción penal ni el órgano judicial, pueden evitar la aplicación de la normativa que manda a reprimir determinadas conductas sin que se esté afectando las atribuciones constitucionales del poder legislativo.

Pese a esto se ha afirmado también que los principios de oportunidad son fijados también por el poder legislativo, y que la oportunidad reglada es la forma en que se puede

tener un control legal de los principios de oportunidad que se aplican en la práctica tanto por el ministerio público como por el poder judicial. Vázquez Rossi al respecto sostiene:

La operatividad real del sistema penal tiene un marcado carácter selectivo, no sólo en lo que atañe a la clientela habitual de comisarías, tribunales y cárceles (semejante a la de un hospital público), sino también en el tipo de sucesos, por lo que mayoritariamente se ponen en marcha los mecanismos averiguativos. Y esto no sólo por la evidente razón de que en la realidad ocurre mayor número de ciertos tipo de casos, sino también porque el sistema parece operar con comodidad ajustado a la rutina de esas situaciones relativamente simples, sin complejidades investigativas, protagonizados por individuos de poca cultura y recursos y, por lo tanto, asistidos por defensores oficiales (Vázquez Rossi, 1993, p.26).

Finalmente otro argumento a favor de la legalidad es la forma de garantizar el principio de igualdad ante la ley penal, a lo que se replica que la igualdad es aplicable a quienes están en igualdad de circunstancias y por otro lado que la comprobación empírica nos demuestra que hay una gran desigualdad al pretender perseguir todos y cada uno de los delitos y que los que terminan siendo mayormente afectados son los sectores marginados de la sociedad.

### **3.3 Recepción en el código penal argentino.**

El criterio de legalidad y oficialidad del que se viene hablando, es el que se encuentra receptado en el artículo 71 del código penal argentino del año 1.921 que imperativamente establece: “deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes: 1º Las que dependieren de instancia privada; 2º Las acciones privadas”.

Por tanto, de esta norma concreta y de fondo se desprende la obligatoriedad de investigar todos los delitos de acción pública que se hubiesen cometido y de los que se tenga conocimiento y aquellos dependientes de instancia privada cuando ésta ya se ha promovido; obligación que pesa sobre el titular de la acción, o sea el ministerio público.

Por consiguiente, no cabe ninguna duda que la tradición jurídica argentina, establece como regla general a la legalidad. De esta forma nuestra legislación penal adopta el llamado principio de oficialidad o también llamado de legalidad procesal para el ejercicio de la mayoría de las acciones penales, que son las públicas. Por consiguiente, salvo para los delitos de acción privada (calumnias e injurias, violación de secretos, concurrencia desleal, incumplimiento de deberes de asistencia familiar) y para los llamados dependientes de instancia privada (violación, estupro, rapto, abuso deshonesto), las acciones penales deben ser

realizadas, iniciadas, ejercidas y desarrolladas de oficio por los órganos correspondientes (jueces o fiscales según el caso), y que no puede evitarse su promoción o hacerse cesar por algún criterio de conveniencia u oportunidad.

La idea que subyace bajo la concepción que hace imperativo su ejercicio, es que cuando se viola una prohibición o un mandato penal previsto en la ley, ello debe conducir directamente a la consecuencia jurídica allí conminada, ósea la pena prevista para tal caso, sin que la voluntad de ningún órgano o sujeto procesal condicione tal actuación de la ley.

Como afirma Maier “Históricamente se ha decidido que la persecución penal sea llevada a cabo por determinados órganos del Estado”, esto deviene como consecuencia del monopolio estatal de las potestades punitivas conforme a los artículos 18 y 75 inciso 12 de la constitución nacional. (Maier, 1999, p.171). Y en otra cita del mismo autor se afirma que:

El principio de oficialidad no es absoluto. El Código Penal establece para unos pocos delitos la persecución penal privada, y legitima al ofendido y a veces a algunos parientes, para asumir el papel que se concede al o los órganos oficiales de persecución penal en los delitos de acción pública (art. 73 y ss. CP) (Maier, 1999, p.818).

Soler también explica que “otra excepción a la regla de oficialidad en el inicio de la persecución penal, está constituida por los delitos dependientes de instancia privada, que consisten en imposibilitar la persecución penal pública hasta tanto la víctima lo autorice” (Soler, 1956, p.502).

También Maier, desde un punto de vista negativo afirma que ningún criterio de oportunidad autorizaría en principio a prescindir de la persecución penal frente a la noticia de la comisión de un hecho punible (Maier, 1998).

En cuanto a su conceptualización siguiendo a Cafferata Nores afirmamos que:

Por legalidad se ha entendido desde antaño a la automática e inevitable reacción del Estado a través de órganos predisuestos (generalmente de Policía o Ministerio Público Fiscal) que, frente a la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo (de acción Pública), se presenta ante los órganos jurisdiccionales, reclamando la investigación, el juzgamiento y, si corresponde, el castigo del delito que se hubiera logrado comprobar (Cafferata Nores, 1987, p.31).

De este concepto, dos son las notas que surgen en forma inmediata, cuales son la inevitabilidad, entendiendo tal expresión como que necesariamente se tiene que poner en marcha el mecanismo estatal de investigación, juzgamiento y eventual castigo, sin que se

pueda evitar éste de ninguna manera o por ninguna razón. La otra nota es la irretroactividad, ya que una vez promovida la acción penal pública y puesta en funcionamiento la persecución penal del estado, tal ejercicio no puede interrumpirse, suspenderse, ni hacerse cesar hasta que se agote la pena que se hubiere impuesto mediante el dictado de una sentencia.

Un ejemplo práctico donde entraría en aplicación el principio de oficiosidad sería el caso de dos sujetos que entran a robar a un negocio y matan al comerciante. Tenemos en este caso un delito de robo seguido de homicidio u homicidio preterintencional, y como éste un delito perseguible de oficio, ya que importa a la sociedad en su conjunto, el titular de la acción penal, ó sea, el ministerio público, iniciará las investigaciones para esclarecer el hecho y aplicar la justicia, sin necesidad de formulación de denuncia por quien pueda resultar afectado.

### **3.4 Legalidad en el código procesal penal.**

Otra norma que resulta importante traer a examen es el artículo 8 del código procesal penal el cual establece las reglas generales de ejercicio de las acciones penales y textualmente reza: “La acción penal pública será ejercida por el ministerio público, el que deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, salvo los supuestos previstos en este código u otra ley”.

### **3.5 Situación actual y crítica**

En la realidad, en su aplicación concreta este principio demuestra ser una declaración ideal que no se cumple y que no tiene ninguna posibilidad de ser cumplida, su funcionamiento se presenta como estructuralmente incapaz de investigar y eventualmente de sancionar todos los delitos de que toma conocimiento.

En cuanto a la selección de los casos, surge a las claras que la misma se hace de manera arbitraria en consecuencia, toda vez que de los casos que llegan a conocimiento de los órganos que lo integran sólo algunos son investigados en su plenitud, mientras que otros son abandonados, y terminan siendo irresueltos o bien prescribiendo su acción.

Tengamos en cuenta que ningún sistema penal está capacitado para responder y atender a todos los hechos delictivos que se producen en una sociedad, ni las fuerzas de seguridad, ni los órganos jurisdiccionales, ni los establecimientos carcelarios o de detención sería suficiente si todos tendrían que ser investigados, juzgados y sentenciados.

Es así que también en toda sociedad existe un margen importante de hechos delictivos a los cuales el sistema no da ninguna respuesta, no solo a los hechos que no son denunciados sino también aquellos que siendo denunciados jamás puede el sistema penal dar una respuesta favorable. Por ello no debemos desconocer que el sistema penal se aplica más enfáticamente sobre determinados grupos sociales y su persecución es más eficiente sobre los denominados delitos comunes, empero carece de eficiencia y eficacia sobre aquellos delitos no convencionales ya sean por abuso de poder económico o abuso de poder público.

Para concluir el análisis de este principio, conforme la doctrina mayoritaria en la actualidad, se puede aseverar que la legalidad es la forma más perfecta de garantizar en los hechos, la igualdad ante la ley penal. Pero el principio de legalidad, pierde fuerzas y se hace cuestionable su aplicación en la práctica de tribunales, tanto desde la teoría como desde la realidad, señalándose que sostener un sistema basado en la legalidad y oficialidad absoluta es retribucionista, o sea, sería aplicarle a alguien un mal como contraprestación por el daño que ha cometido, o dicho de otra forma sería retribuir un mal con otro mal, como se dijo más arriba al mencionar la ley del talión.

Así las cosas, personalmente estimo que el rol del derecho penal en la sociedad hoy en día no debe agotarse en la idea de la pena, sino en su idoneidad para proporcionar nuevas alternativas para la definición del conflicto social en busca de la mejor y más beneficiosa solución al caso en concreto.

## **4. Oportunidad.**

### **4.1 Antecedentes.**

El principio de oportunidad, tiene su sustento filosófico en las teorías utilitaristas de James Mill<sup>4</sup>, Jeremy Bentham<sup>5</sup> y John Stuart Mill<sup>6</sup>, basadas en la idea de que los sistemas morales y jurídicos están viciados por prejuicios irracionales, y que una moral y un derecho naturales, racionales, harán cesar las antinomias entre la convivencia y el interés, entre el placer y la moral, entre el provecho de cada uno y el bien de todos. Para esta teoría el objetivo que toda ley debe tener es llevar felicidad a toda la comunidad y eliminar lo que tienda a sustraerla. Jeremy Bentham decía:

“...La finalidad del derecho es aumentar la felicidad...; y por lo tanto, en primer lugar, excluir, tan completamente como sea posible, cualquier cosa que tienda a deteriorar esa

---

<sup>4</sup> Nacido en Escocia: 1773–1836, historiador, economista, politólogo y filósofo.

<sup>5</sup> Nacido en Londres: 1748 -1832. filósofo, economista, pensador y escritor inglés, padre del utilitarismo.

<sup>6</sup> Nacido en Londres: 1806-1873. filósofo, político y economista.

felicidad; en otras palabras, excluir lo que es pernicioso... la pena es un mal. Pero toda pena es perniciosa. Sobre la base del principio de utilidad, si ella debe ser del todo admitida, sólo debe serlo en la medida en que ella promete evitar un mal mayor...” (Bentham, 1780).

Para Bentham, la ley penal debe excluir el daño, porque “todo castigo es un daño, todo castigo es en sí mismo un mal”. Entonces siguiendo esta concepción utilitarista, el castigo es admitido en la medida que excluya otro mal mayor y la pena en consecuencia es un dolor e infligir un dolor solo es justificado cuando se demuestre que resultará más beneficioso que no infringirlo. (Bentham, 1780).

Este concepto de bien concebido en la fórmula de Bentham es la prevención o la reducción del crimen, sea por disuasión o por la reforma operada en el victimario. La pena en consecuencia no tiene un fin exclusivo de retribuir la culpabilidad del agente o recomponer el orden jurídico alterado por el hecho delictuoso, sino que tiene un fin utilitario de integración social, ya que aplicar la pena a una gran cantidad de integrantes de la sociedad provocaría decisivamente la desintegración de la misma. Para el utilitarismo el castigo está moralmente justificado si se dan ciertas condiciones, y estas son:

- a) la pena debe ser un medio eficaz para impedir que ocurran otros males sociales;
- b) la pena debe ser un medio necesario, vale decir que no exista otra forma menos perjudicial para evitar otros males sociales mayores;
- c) el perjuicio resultante para el destinatario y por ser éste un miembro de la sociedad, debe ser menor que los perjuicios que la sociedad sufriría si la pena se aplicara.

#### **4.2 Concepto y visión actual.**

Ahora bien, hecho este análisis histórico, cabe avanzar y describir que se entiende por principio de oportunidad hoy en día y en concordancia con Cafferata Nores lo definimos como:

La atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal, de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aún cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar (Cafferata Nores, 1997, p.16).

Como se puede apreciar en la definición transcrita, la esencia en cuanto a la distinción entre legalidad y oportunidad radica en la facultad reconocida al funcionario público titular de la pretensión penal de adoptar decisiones discrecionales en cuanto a su ejercicio y persecución.

El principio de oportunidad, en realidad, no siempre se compadece con el principio de la legalidad, la razón de esta discordancia como lo sostiene Maier, “es siempre el aparato estatal, en la sociedad de masas que experimentamos, quien no tiene capacidad, por los recursos humanos y materiales de que dispone, para procesar todos los casos penales que se producen en su seno” (Maier, 1999, p. 361).

Se advierte en consecuencia una realidad a la cual no podemos soslayar y es la propia existencia de una colisión de intereses tan marcada que prevalecen unos sobre otros superando a los valores jurídicos y sociales declamados. Así el principio de oportunidad determina situaciones para prescindir de la acusación penal, frente a casos que habitual y ordinariamente debía formularse acusación por constituir un presunto hecho delictivo, estableciendo una forma de selección racional, con criterios de política criminal y sobre todo con la posibilidad de ejercer un control y exigir responsabilidad por parte de quienes lo aplican.

Entre sus objetivos fundamentales podemos mencionar, en primer lugar la descriminalización de hechos punibles, cuando existan otros mecanismos de reacción social más eficaces o parezca innecesario el proceso y la pena, evitando de esta manera la aplicación del poder penal.

En segundo término, se busca la eficiencia del sistema frente a hechos más relevantes y de mayor gravedad social, descongestionando así el sistema judicial de la tan saturada justicia penal. Ambos objetivos se complementan y constituyen sin lugar a dudas un método de control social indispensable para la actuación eficaz del sistema penal.

Por principio de oportunidad se entiende la facultad que le asiste al titular de la acción penal, para disponer bajo determinadas condiciones de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado fehacientemente o no la existencia de un hecho punible contra un autor determinado, es decir que el ejercicio de la acción penal por parte de los órganos titulares de su ejecución, no resulta imperativa para todo supuesto subsumible en un tipo penal, sino que permite un margen de apreciación en cuanto a la oportunidad de persecución. Es decir que el fiscal puede suspender, interrumpir o hacer cesar el ejercicio de la acción penal en los supuestos que la ley determina.

Estas pautas se establecen desde la concepción de política criminal, presentándose como “un intento válido del derecho por conducir la necesaria selección de hechos punibles a

perseguir según criterios racionales, acordes con las metas políticas que persigue el ejercicio del poder penal por el Estado” (Maier, 1985 p.295), evitando así el dato sociológico que nos brinda la realidad judicial del gran número de causas que no encuentran respuesta judicial; es decir que la persecución penal pública no puede alcanzar la totalidad de los hechos, presuntamente delictivos, que se cometen y denuncian, generándose de otra manera modelos selectivos no regulados en la ley penal, que dependen de la voluntad del funcionario de turno, es decir que si no se regula el principio de oportunidad, éste se concreta en la práctica, por ejemplo investigando sólo las causas con detenidos, o con hechos graves.

### **4.3 Fundamentos y ventajas.**

Los criterios de oportunidad priorizan otras soluciones por sobre la pena y sobre todo en delitos de poca y hasta mediana gravedad, autores primarios, de mínima culpabilidad o participación, cuando el bien lesionado por el delito sea disponible, o cuando sea el modo más equitativo de armonizar el conflicto entre víctima y autor.

Se puede incluir en las soluciones diversas a la pena, por ejemplo: la reparación de la víctima, la resocialización del autor a través de tratamientos alternativos en los casos de suspensión de juicio a prueba; su rehabilitación en la ley de estupefacientes; pérdida del interés en castigar porque el mismo hecho implica en si un daño al autor superior al de la pena o pena natural; irrelevancia porque el autor ya cumple pena de prisión perpetua; razones utilitarias en el caso de colaboración con la investigación .

Dentro de las ventajas que generan los principios de oportunidad se señala que por un lado, permite canalizar la selectividad intrínseca que tiene de por si todo el sistema penal, bajo distintas formas que no se pueden controlar y que operan bajo diversos factores.

Uno de esos factores es la denominada cifra negra constituida por “la diferencia entre los hechos punibles efectivamente perpetrados y los que han llegado a conocimiento oficialmente” (Zipf, 1979, p.112); y también la llamada cifra dorada de la criminalidad, constituida por “aquellos delitos que si bien pueden ser conocidos por la autoridad, no entran formalmente al sistema judicial por razones de venalidad en la función, prebendas económicas, influencias políticas, etc...” (Cafferata Nores, 1997, p.176).

Otro de los factores, se da por la selección de persecución por estratos sociales, produciéndose mayor persecución en una clase social que en la otra; por la consciente o

inconsciente no disposición de medios para la investigación de cierta franja de delitos y sobre todo por la selección no reglada de casos por la imposibilidad material de resolución de todos ellos "en forma caótica, informal e irracional, en manos de operadores ignotos, y sin que resulte posible conocer el criterio utilizado para realizar la selección" (Guariglia, 1993, p.88). Todas estas formas de saneamiento no regladas generan una desigualitaria actuación del derecho penal frente a los ciudadanos por lo que es mucho más adecuado racionalizar legalmente los criterios de selección.

#### **4.4 Clases de criterios de oportunidad**

En cuanto a la aplicación del principio de oportunidad pueden distinguirse dos concepciones distintas: la tasada o reglada y la libre o discrecional. La forma absoluta, libre o discrecional se da por ejemplo en Estados Unidos, donde es el órgano acusador quien selecciona los casos a investigar según criterios que no se encuentran regulados por alguna norma y donde existe una concepción del derecho penal como un proceso contradictorio y funcional a la satisfacción de la víctima y como una forma de retribución a la lesión de un interés que se concibe como disponible.

La otra concepción es la forma reglada o tasada como se da en Alemania y también en países hispanoamericanos y en la provincia de Mendoza, donde la ley elige los criterios de oportunidad que debe aplicar el titular del ejercicio de la acción penal. En el sistema reglado la ley se articula a través de un catálogo cerrado de supuestos en los que el ministerio público está facultado para dejar de ejercitar la acción penal, en tanto que en el sistema discrecional, ello se encuentra dejado completamente al arbitrio de determinar la conveniencia o no del ejercicio de la acción penal en manos del titular de la misma. Igualmente es un presupuesto común en ambos sistemas que el principio de oportunidad debe estar establecido en la ley.

Para el pensamiento jurídico argentino, en este caso influenciado por el alemán, "la autoridad tiene el derecho de sancionar al súbdito infractor, ya que la transgresión al ordenamiento punitivo no es la causación de un daño ni una lesión particular sino una desobediencia" (Vázquez Rossi, 1993, p.71) y de ahí que se puede armonizar el principio de legalidad con los criterios de oportunidad reglada.

En el sistema germánico de aplicación en los países hispanoamericanos, la oportunidad reglada importa una forma de excepción al principio de legalidad, es decir que la

regla sigue siendo la vigencia general del principio de legalidad y la oportunidad funciona como criterio para saber cuándo se puede dejar de aplicar el principio rector.

En dicho sistema, por sus características de concederse bajo supuestos determinados, la aplicación de un criterio de oportunidad en el caso concreto debe realizarse bajo la responsabilidad de funcionarios judiciales, requiriendo el consentimiento del imputado y sometido al control del órgano jurisdiccional sobre si el caso es de los que la ley autoriza abstractamente a tratar con algún criterio de oportunidad y sobre si amerita concretamente dicho tratamiento.

## **5. Otros casos de condicionamientos a la legalidad.**

Pese a la discusión entre legalidad y oportunidad, existen algunas excepciones que impiden o demoran la aplicación de la pena a conductas delictivas, excepciones estas que son previas a la inclusión de estos principios en nuestra legislación.

Se puede mencionar a modo de ejemplo de estos casos, la inmunidad de opinión de la que gozan los legisladores, ya que estos no pueden ser acusados, interrogados judicialmente, ni molestados por las opiniones, discursos o votos que emitan en el desempeño de su mandato, es decir, no pueden ser perseguidos penalmente ni mucho menos sancionados por tales expresiones, aun cuando puedan considerarse delictivas, siempre que estas puedan considerarse vertidas dentro del ejercicio del cargo, aún después del cese del mandato. Esto está diseñado para garantizar el libre funcionamiento del órgano legislativo, favorecer su función de control, y afianzar la independencia de poderes del estado.

Pero la constitución nacional no solo protege a los legisladores, sino que con el propósito de garantizar el libre ejercicio de las funciones, se establecen algunos obstáculos transitorios para ejercer la persecución penal a miembros de los tres poderes del estado, a lo que se suman las reglamentaciones de las leyes procesales. Si bien se autoriza la promoción de acción, acusación y querrela, el sometimiento a proceso del funcionario imputado o su encarcelamiento preventivo no es posible, sin una decisión previa de un cuerpo político que fundadamente lo autorice, a pedido del tribunal competente.

Otro de los casos donde existe un impedimento para la persecución penal, es en los delitos dependientes de instancia privada, que es una manifestación de voluntad de la víctima, dejando en manos del agraviado la decisión de permitir el inicio de la persecución penal, instándola y estando prohibido revocarla posteriormente, o bien impidiéndola mediante su silencio o inactividad. El fundamento de esta institución es el de evitar la revictimización

sobre todo en los delitos contra la integridad sexual, por la publicidad que adquiere el hecho. Hoy se ha extendido el catálogo de delitos que dependen de esta instancia a otras situaciones como las relaciones de familia, en el caso del impedimento de contacto con hijos menores con los padres no convivientes, fundamentado en la protección de estas situaciones, o bien para otros delitos como las lesiones leves donde su finalidad es la descongestión judicial.

También se puede observar una causal de suspensión de ejercicio cuando existen cuestiones prejudiciales civiles o penales. Las cuestiones prejudiciales civiles, son cuando la tipicidad penal depende de cómo se resuelva un proceso a cargo de un juez que no tiene competencia penal. Se puede citar como ejemplo de estas cuestiones lo relativo a la validez o nulidad del matrimonio, que puede tener incidencia en el delito de bigamia.

En cuanto a la prejudicialidad penal, esta se da cuando la solución de un proceso penal dependa de la resolución que recaiga en otro proceso penal y ambos no puedan ser acumulados por razones de distinta jurisdicción. En estos casos la persecución penal se suspende hasta que el tribunal que debe resolverla lo haga por sentencia firme, la cual hará cosa juzgada en el primer proceso.

También tenemos la ley nacional 24.316 que incorpora al código penal la suspensión del juicio a prueba para ciertos casos de delitos leves, bajo ciertas circunstancias o condiciones, y requiriendo acuerdo entre los sujetos del proceso, permite suspender el ejercicio de la persecución penal.

En el caso de los estupeficientes se dispone que si el imputado de simple tenencia de droga para uso personal es un adicto, se le puede imponer con su acuerdo un tratamiento de rehabilitación, lo que suspenderá la persecución penal. Si hay recuperación, se extingue la acción penal y se dicta el sobreseimiento.

Dentro de los delitos contra la integridad sexual, se le otorga al fiscal un criterio de discrecionalidad de la acción penal, fundado en el interés de la víctima, cuando el artículo 18 de la precitada ley dispone que si existieren intereses gravemente contrapuestos entre los autorizados a instar en representación de una víctima menor de edad (padres, tutor, guardador) y esta última, el fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquél, lo que significa también que podrá no actuar cuando así lo aconseje el interés superior de la víctima.

Otro límite para la persecución penal es el temporal, ya que la pretensión punitiva solo puede ejercerse en un determinado tiempo, vencido el cual queda extinguida. Este límite es la prescripción. El fundamento de esta prescripción penal se puede analizar desde el punto de

vista que radica en que el paso del tiempo acalló la alarma causada por el delito y la exigencia social de su represión, a la par que demuestra la enmienda del autor sin necesidad de la pena por haberse abstenido de cometer otros delitos que hubiesen interrumpido el curso de la prescripción, o si solo se trata de una limitación temporal al poder penal del Estado, que de lo contrario podría tener procesos abiertos eternamente en contra de imputados que nunca se librarían de la persecución penal seguida en su contra.

Por último, también se lo ha señalado como una forma de estímulo a la actividad de los órganos de persecución penal para que actúen y contribuyan a la finalización del proceso en un plazo razonable y funcionar como una válvula de escape a la acumulación de casos en la justicia penal.

## **Capítulo III. Regulación Normativa.**

### **1. Normativa Constitucional.**

En nuestro país no hay normas constitucionales que impongan el principio de legalidad o el de oportunidad, sino que están contenidos en el código penal y en los códigos procesales penales. En ningún lugar se expresa que cada vez que se cometa un hecho de los que el código tipifica como delito, deba provocarse la iniciación de un juicio o se deba imponer una pena.

“La constitución argentina tolera tanto la legalidad como la oportunidad, en la medida que esta última respete el principio de igualdad ante la ley (artículo 16 de la constitución nacional) y ante los tribunales que protege al ciudadano frente a la discriminación en situaciones iguales” (Cafferata Nores, 2004, p.79).

También se debe hacer un análisis de otras normas constitucionales, donde si existen algunas limitaciones al mentado principio de legalidad ya que impide al estado argentino entrometerse en la vida de alguien si no media un conflicto, en función del principio republicano de gobierno (artículo 1 constitución nacional) y del principio de lesividad (artículo 19 constitución nacional) que son barreras infranqueables al poder del estado en general, y al poder punitivo en particular. Esta última norma constitucional no solo exige que haya una lesión, sino que, además requiere que esta sea jurídicamente imputable al agente, conforme a criterios que varían en las diferentes ramas del derecho.

Una pretendida responsabilidad objetiva, en sentido estricto, o sea por una mera causación, no existe en el derecho vigente, sino que hay diferentes criterios de imputación y por supuesto, el derecho penal tiene específicamente los suyos. El artículo 19 exige acciones que perjudiquen, lo que está demandando la definición de un criterio de imputación racional, que nunca puede ser la mera causación del perjuicio (Zaffaroni, 1997, p.129).

Se puede conferir que jurídicamente la norma constitucional se puede traducir como la exigencia de dos requisitos: primero que haya una lesión a un bien jurídico y segundo que sea imputable como obra propia de un agente para que resulte la conflictividad, respondiendo a un qué y a un quién. “La lesión se comprueba mediante la afectación del bien jurídico en forma significativa, lo que supone una limitación al poder punitivo, reduciendo su irracionalidad, siendo inaceptable penar una acción que no lesiona bienes jurídicos o lo hace en forma insignificativa” (Zaffaroni, 1997, p.130).

## **2. Normativa legal del código penal.**

Al analizar nuestro código penal, observamos que éste sí hace una opción entre las alternativas de legalidad o disponibilidad, optando por la primera como regla general. Así el artículo 71 dispone que deban iniciarse de oficio todas las acciones penales. En la misma norma se hace excepción de las acciones públicas dependientes de instancia privada y las acciones privadas. Como complemento y concordantemente con el artículo 71, el 274 del mismo cuerpo reprime la conducta de los funcionarios públicos que, debiendo perseguir y castigar a los delincuentes, omitan hacerlo. Y el funcionario público que, faltando a la obligación a su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes será reprimido con inhabilitación absoluta de seis meses a dos años a menos que pruebe que su omisión provino de un inconveniente insuperable.

La primer manifestación que se advierte como influencia del principio de legalidad es al momento de iniciación de la persecución que presenta la característica de inevitabilidad, es decir que necesariamente se tiene que poner en marcha el mecanismo estatal de investigación, juzgamiento y castigo sin que se pueda evitar de ninguna manera, ante cualquier hipótesis de comisión de un delito, salvo las ya nombradas excepciones de los delitos dependientes de instancia privada y de acción privada.

Como una segunda manifestación del principio de legalidad, la misma es irrevocable, esto significa que una vez que se tiene una persecución penal abierta, esta no puede interrumpirse, suspenderse ni hacerse cesar hasta que el juez correspondiente resuelva definitivamente sobre ella a través de una sentencia firme, sea esta de sobreseimiento, absolucón o condena.

## **3. Normativa del código procesal penal de la nación.**

En este código se establecen como excepciones al principio de legalidad, las reglas de disponibilidad de la acción penal que están contempladas en los artículos 30 y siguientes, consistentes en la posibilidad que la ley le acuerda a los órganos encargados de la persecución penal, de no iniciar la persecución penal o de suspender provisionalmente la ya iniciadas, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia aún cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar o la autorización de aplicar penas inferiores a la fijada para el delito por la ley, o eximir de ella a

quien lo cometió, todo fundado en las reglas antes citadas las que versan sobre: criterios de oportunidad, conversión de la acción; conciliación y suspensión del juicio a prueba.

El artículo 31, el cual transcribiremos para mayor comprensión establece que: “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;

**b)** Si la intervención del imputado se estimara de menor relevancia, y pudiera corresponder pena de multa, inhabilitación o condena condicional;

**c)** Si el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que tornara innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena;

**d)** Si la pena que pudiera imponerse por el hecho careciera de importancia en consideración a la sanción ya impuesta, o a la que deba esperarse por los restantes hechos investigados en el mismo u otro proceso, o a la que se impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero”.

Siguiendo el análisis de este cuerpo legal, el artículo 32 dispone que cuando se aplique un criterio de oportunidad se declarará extinguida la acción pública con relación a la persona en cuyo favor se decide. Por su parte el artículo 33 establece la posibilidad de conversión de la acción penal pública en acción privada, a pedido de la víctima en los supuestos que allí se regulan:

**a)** Si se aplicara un criterio de oportunidad;

**b)** Si el Ministerio Público Fiscal solicitara el sobreseimiento al momento de la conclusión de la investigación preparatoria;

**c)** Si se tratara de un delito que requiera instancia de parte, o de lesiones culposas, siempre que el representante del Ministerio Público Fiscal lo autorice y no exista un interés público gravemente comprometido.

Siguiendo el análisis de los criterios de oportunidad, también el artículo 218 establece que si el representante del Ministerio Público Fiscal, de oficio o a petición de parte, estimase que procede a aplicación de un criterio de oportunidad, podrá declarar que prescinde de la persecución penal pública.

Finalizando el análisis, el artículo 34 establece la facultad de la conciliación como mecanismo para extinguir la acción penal en 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.

La suspensión del juicio a prueba cuya aplicación permite al artículo 35, también extingue la acción penal, una vez transcurrido el tiempo en el que se fijan las reglas de conducta, en los siguientes casos:

a) cuando el delito prevea un máximo de pena de tres (3) años de prisión y el imputado no hubiere sido condenado a pena de prisión o hubieran transcurrido cinco (5) años desde el vencimiento de la pena;

b) cuando las circunstancias del caso permitan dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable;

c) cuando proceda la aplicación de una pena no privativa de la libertad.

#### **4. Normativa del código procesal penal de Mendoza.**

##### **4.1 Criterios de selección.**

Analizando el código procesal penal de la provincia de Mendoza creado por ley 1.908 (boletín oficial 23/07/1951) observamos que éste no concebía en su redacción originaria disposición alguna referida a criterios de oportunidad ni al procedimiento de la suspensión de juicio a prueba. Luego de numerosas reformas parciales a dicho código, el proyecto de reforma que luego se transformo en ley 6.730 publicada en el boletín oficial del día 30 de noviembre de 1.999, modifica en gran parte el articulado de este código, agregando las reformas parciales realizadas hasta la fecha e incorporando varias modificaciones, entre ellas, la que aquí nos interesa que es la incorporación del principio de oportunidad.

En la nueva concepción de la investigación a cargo del ministerio público, se establece la adopción de criterios de oportunidad dada la gran cantidad de causas de poca significancia delictiva en cuanto al bien jurídico protegido que colapsan los tribunales, siendo que estos deberían avocarse a aquellas causas que realmente conmocionan a la sociedad por su mayor dañosidad o calificación penal. Así, se concibe al principio de oportunidad en base a criterios de selección que se relacionan con criterios de política criminal, y con una visión de la justicia penal como una organización con recursos limitados. Se fundamenta en el control de la sobrecarga de trabajo que era uno de los peores problemas de funcionamiento de los tribunales y la frustración de la expectativa colectiva al no poder darles una solución rápida a todos.

En este sentido, cuando hablamos de principios de oportunidad, nos estamos refiriendo a una política compleja de selección de casos de la justicia penal. Así, en la tarea de poner límites a la persecución penal, se establecieron cinco criterios de selección en los que el fiscal puede optar por la aplicación de la oportunidad, evitando que el ejercicio de la acción penal llegue en todos los casos a sentencia, lo cual descongestiona ampliamente los juzgados y tribunales penales, pudiendo el agente fiscal dedicar todas sus energías a los casos que revelan mayor dañosidad social. Estas causales son:

- 1) Cuando la lesión es insignificante
- 2) Cuando se llega a una solución del conflicto generado por el hecho ilícito y no hay señales de futuras ocurrencias
- 3) En el juicio abreviado
- 4) En la suspensión de juicio a prueba
- 5) Arrepentido o revelador

Entrando en el desarrollo textual del código, el artículo 26 demuestra la necesidad de establecer un camino alternativo al conocido proceso penal común como medio de solución de conflictos. Por ello, el principio de oportunidad contemplado aquí se establece como alternativa al principio de legalidad que ha regido en materia de persecución penal en forma más tradicional. El problema que surgió con este modelo se origina al advertirse que es muy difícil llevarlo a la práctica dada la gran cantidad de hechos delictivos que se presentan a diario, sobre todo por aquellos de escasa calificación penal, comenzando a buscar mecanismos y caminos alternativos a la solución de ciertos conflictos como viene a ser el criterio de oportunidad, la reparación integral o la suspensión del procedimiento a prueba.

El ministerio público como órgano acusador, al plantear el principio de oportunidad puede solicitar como criterio de oportunidad lo siguiente:

- 1) la suspensión de la persecución penal total o parcialmente: ejemplo de esto sería conceder la libertad con especiales características como restricción a frecuentar ciertos lugares o el domicilio de la víctima;
- 2) puede solicitar que se limite a alguna o varias infracciones: ejemplo de esto es el caso de imputación objetiva plural; un autor que comete varios delitos y se solicita el criterio de oportunidad por uno de ellos;

- 3) o bien puede solicitar se limite a alguna de las personas que participaron en el hecho: ejemplo caso de imputación subjetiva plural: un delito atribuible a varios imputados donde se solicita el criterio de oportunidad por uno de ellos.

En cuanto a lo que se entiende por principio de oportunidad, parafraseando a Maier podemos definirlo como la facultad que tienen los órganos públicos de prescindir de la persecución penal, aun en presencia de la noticia de un hecho punible o, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, ya sea esto por motivos de utilidad social o razones político criminales (Maier, 1995).

Por su parte y en forma coincidente siguiendo a Cafferata Nores y Tarditti se lo describe como la posibilidad otorgada a los órganos encargados de la persecución penal de no iniciar la persecución o suspenderla en forma temporal o definitiva o limitarla, por motivos de política criminal o procesal y aun cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar (Cafferata Nores y Tarditti, 2005).

En un sentido estricto, el principio de oportunidad no se refiere a todas las circunstancias en las que una acción penal no puede iniciarse o a aquellos casos en que cesan o culminan de una manera distinta a la generalidad. Tampoco debe ser confundido con los casos de insignificancia en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico que determinan la atipicidad de una conducta. Este principio indica los casos en que el órgano del estado correspondiente, generalmente el ministerio publico fiscal, tiene la facultad de no promover la acción penal desde los primeros momentos, pese a tener la potestad de hacerlo porque se encuentra frente a un caso que la ley reputa como delito.

En los casos de delitos dependientes de acción privada, por ejemplo, se requiere un impulso inicial de la parte afectada por intermedio de la promoción de una denuncia, para luego sí continuar a instancias e impulso del titular de la persecución penal. Un ejemplo práctico de estos casos sería el delito de abuso sexual, que requiere una denuncia de la supuesta comisión del hecho, para luego investigar el ministerio público de oficio. Otro ejemplo de delito dependiente de instancia privada donde se requiere el interés de la víctima, sería el caso de las lesiones leves que precisan una denuncia de la parte afectada, pero también en este caso se requiere que la victima continúe con interés en la resolución del caso.

## **4.2 Requisitos de procedencia de criterios de oportunidad conforme lo establecido en el código procesal penal de Mendoza.**

Del código mencionado analizare en detalle el artículo 26, el cual fue citado en el capítulo I punto 5 del presente trabajo, el cual brinda una enumeración taxativa de las causales y requisitos para hacer procedente la aplicación del criterio de oportunidad y estos son:

### **4.2.1 Hecho insignificante:**

El inciso 1 del artículo 26 reza: "...se trate de un hecho insignificante de mínima culpabilidad del autor o del partícipe o exigua contribución de este, salvo que afecte el interés público o lo haya cometido un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él".

Por medio de este principio se trata de evitar la punición de ciertas acciones que no producen una afectación o lesión relevante para el bien jurídico protegido o bien no alteran la vigencia de la norma, según cuál sea el criterio dogmático penal que sobre el objeto de protección del derecho penal se adopte (Jakobs, 2001, pag.56).

La insignificancia se ha analizado por la doctrina desde dos ópticas distintas: la del derecho penal sustancial y la del derecho procesal penal, analicemos que nos dicen estas posturas. Desde el ámbito sustancial, se lo ha considerado tanto como una excusa absolutoria, que tiende a mantener la racionalidad de la pena atendiendo a sus fines, y como una causal de exclusión de los elementos del delito, ya sea la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad. Zaffaroni entiende que la tipicidad penal demanda siempre que la lesión generada por el delito sea de cierta entidad, es decir, de cierta gravedad en cuanto a la afectación de bienes jurídicos, no bastando con que dicha afectación sea mínima, y lo ejemplifica con la conducta de "tomar un fósforo de una caja de un escritorio vecino o la de arrancar un cabello" que serían casos que excluirían la tipicidad por su teoría de la consideración conglobada de la norma (Zaffaroni, 1997, p.474).

Por su parte Hans Welzel<sup>7</sup>, y posteriormente Claus Roxin<sup>8</sup>, retomando los estudios iniciales del primero, lo consideraron inicialmente como un caso de antijuridicidad, y luego de atipicidad, bajo la premisa que el derecho penal sólo tipifica conductas que tienen cierta relevancia social, puesto que de lo contrario, no podrían ser delitos por ende las conductas adecuadas socialmente,

---

<sup>7</sup> Nacido en Alemania. 1904 – 1977. Jurista y filósofo.

<sup>8</sup> Nacido en Alemania. 1931. Abogado y jurista.

no son típicas, sacando la cuestión del plano netamente normativo para instalarse en el plano ético material que excluye la tipicidad (Zaffaroni, 1997 pag.475).

Desde el derecho procesal penal, al principio de insignificancia se lo ha considerado como criterio de excepción al principio de legalidad, que es el criterio que ha adoptado el código procesal penal de Mendoza. Se lo vincula al ejercicio de la acción penal y como causal suspensiva de la misma y eventualmente extintiva de ella considerándola una atribución legislativa de las provincias por tratarse de una facultad no delegada a la nación.

En cuanto a sus alcances y su interpretación se ha debatido lo que debe entenderse por insignificancia y que engloba su concepto, al igual que los parámetros que deben tenerse en cuenta para determinar cuándo un hecho es insignificante, si hay que estar en miras del valor del bien jurídico que se afectó o bien de cómo esta afectación ha lesionado a la víctima, o sea, su trascendencia. A decir de Zaffaroni, “Por este instituto se trata de resolver diversos casos que demuestran que se trata de un concepto poco claro, que se pretende usar para resolver casi todo lo que no se sabía cómo resolver” (Zaffaroni, 1997, p.476).

Con respecto a los criterios para la determinación de la insignificancia, una pauta para realizar esto, es plantear que para poder determinar la insignificancia de un comportamiento, el pequeño disvalor del resultado deberá necesariamente corresponder con un pequeño disvalor de acción, de tal manera que la reacción sancionatoria sea proporcionada.

Lo que para uno es una afectación nimia e insignificante, para otro puede resultar ser una afectación trascendente. Por ello, el análisis de la afectación al bien jurídico no puede hacerse en forma abstracta o meramente formal. Desde el punto de vista de la teoría del delito, la afectación del bien jurídico cumple una función limitante de la tipicidad, no integrándola, de modo tal que una lesión insignificante, resultaría por ende atípica al no revestir entidad suficiente para demandar la intervención del estado. En este punto debemos necesariamente recordar el carácter de última ratio del derecho penal.

Un ejemplo típico de insignificancia sería el caso del conductor de un autobús que cierra la puerta e impide al pasajero bajarse en la parada deseada, pudiendo recién hacerlo unas paradas más adelante. Otro criterio para determinar la insignificancia de un hecho se relaciona con la pena prevista para el tipo penal, así en el ejemplo citado la pena sería la del artículo 141 del código penal la cual es de seis meses a tres años. Ahora quien valorará la existencia o no de un hecho insignificante será en definitiva el juez, debiendo tener en cuenta

lo anteriormente mencionado y siempre y cuando no se afecte un interés público o haya sido cometido por un funcionario público en ejercicio de su cargo o con ocasión de él.

También resulta importante al desarrollo de este inciso precisar que se entiende cuando se habla de mínima culpabilidad del autor o exigua contribución del partícipe. Respecto de la mínima culpabilidad del autor, en este caso el juicio de reproche existe, pero el mismo resulta claramente aminorado teniendo en cuenta la reprochabilidad de la conducta del agente y su actitud al momento de desarrollar la conducta investigada en el proceso. Por otro lado tenemos la exigua contribución del partícipe, entendiendo por tal a quien efectúa un aporte a la consumación del delito que ejecuta un tercero, pero aquí ese aporte no debe implicar un dominio del hecho, el que siempre estará en cabeza del autor. Si hablamos de exigua contribución no podemos referirnos a la instigación y la participación criminal primaria o necesaria, el primer caso porque quien instiga está determinando a otro a cometer un delito y el segundo caso porque quien presta una ayuda necesaria o primaria está realizando un aporte sin el cual el delito no podría cometerse. Por ende nos quedaría como único caso de exigua contribución la complicidad secundaria, que consiste en una colaboración que no es indispensable para la comisión del delito.

#### **4.2.2 Solución del conflicto:**

El inciso segundo del art. 26 CPP reza: “se haya producido la solución del conflicto, lo que se acreditará sumariamente”. Como bien es sabido, uno de los fines del proceso es la restauración de la armonía social entre los protagonistas del delito, visto esto como un conflicto autor-victima. Si entre estos se llegase a una solución alternativa, el estado debe desistir de su poder de acción para perseguir y castigar el delito y se limitará a aceptar que el hecho generador del conflicto haya dejado de tener trascendencia en virtud del acuerdo arribado por las partes.

Por esta causal también se faculta al ministerio fiscal a solicitar al tribunal la suspensión total o parcial de la persecución penal, y consiste en un arreglo consensuado por la víctima y el agresor, con la comprobación y aceptación del órgano estatal competente, de la perturbación de la norma de conducta jurídica impuesta para el logro de la convivencia social pacífica.

Para el análisis de este inciso es necesario remitirse a las diferentes concepciones del derecho penal. La concepción anglosajona, ve al derecho penal como la solución a un conflicto privado, donde el consenso se vislumbra como un camino posible para resolver el

problema, pero visto desde el punto de vista del sistema argentino, de un paradigma con historia inquisitiva, donde la persecución es pública, que busca restablecer la vigencia de la norma y el descubrimiento de la verdad real, la solución del conflicto es un instituto que resulta ajeno y hasta contrario a la concepción de derecho penal de la que se entiende constituido todo el sistema. Con respecto a esto se ha dicho “el estado no utiliza el consenso para obtener la solución de un conflicto al que es ajeno sino, por el contrario, para lograr la imposición de una sanción de contenido punitivo” (Bovino, 1997, p.63)

Pese a esto, las circunstancias fácticas e históricas actuales han hecho necesario incluir a la víctima en el conflicto penal otorgándole mayor participación, sin dejar de tener en cuenta los beneficios para el Estado en términos de economía procesal y de descongestionamiento del sistema, que significa bajar la cantidad de causas bajo el argumento discutible pero muy fundado de que con la solución del conflicto se perdería el interés en la persecución del hecho.

Este inciso segundo, va en concordancia con lo reglado por el artículo 5 del mismo cuerpo legal, que dice que los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas. Este artículo es el que introduce más claramente como finalidad del derecho penal, una función de política social, con la que se busca lograr armonía entre sus protagonistas, sumada a sus otras funciones tradicionales de descubrimiento de la verdad y efectiva administración de justicia.

Más allá de las críticas que se puedan verter desde una visión teórica del derecho penal, lo cierto y concreto es que, a través de este artículo, en oficinas y unidades fiscales, se logran desactivar un buen número de causas que se inician como respuesta a denuncias, muchas veces de vecinos, conocidos o parientes, que por peleas y enojos momentáneos y pasajeros concurren al órgano jurisdiccional para que este actúe y reprenda a quien se denuncia.

Gracias a la introducción de esta finalidad, si bien la denuncia no se puede retirar, luego de meritar la trascendencia de los hechos y que se tomen declaraciones sumarias de los protagonistas, se archivan innumerables causas por este avenimiento, descomprimiendo un poco el agobiado sistema penal. En mi opinión, tal vez sería conveniente incluir un proceso de mediación para determinadas causas de índole penal, para que los protagonistas, como los llama genéricamente la norma, pasen por un proceso de mediación o de audiencia conjunta para incentivar que no se judicialicen penalmente situaciones que pueden ser resueltas por otras vías menos invasivas, más pacíficas, idóneas y que satisfagan mejor las necesidades de

las partes en conflicto, arribando a soluciones que puedan continuar en el tiempo, fiel ejemplo de esto es la mediación que se da en casos de familia o de materia civil.

Así, si existiera algún modo de acercar los intereses de las partes fuera de las posiciones que exteriorizan, sin involucrar a posteriori el sistema penal, se evitaría mucho trabajo en vano y se estaría cumpliendo con esta finalidad que impone el mencionado artículo cinco de restauración de la armonía social entre los protagonistas.

Tal vez la coyuntura social y la crisis de otras instituciones primarias producen que las personas busquen soluciones a sus conflictos bajo la actuación del sistema penal, deja traslucir que en algún aspecto todavía hay cierta credibilidad y cierta esperanza de respuestas, y esto tal vez debería ser aprovechado por el estado en su conjunto, para tratar de buscar las soluciones que correspondan al caso sin criminalizar prima facie la situación, por ejemplo a través de la actuación de otros órganos administrativos que correspondan, o inclusive que dentro de la justicia penal haya organismos que se encarguen de determinadas y especiales situaciones que en apariencia de crimen dejan entrever otras circunstancias que no lo son, para lo cual se debería ampliar la visión y el campo de actuación del sistema.

A modo de ejemplo, los casos más comunes donde se plantea la solución de conflicto son en delitos contra el patrimonio o contra la integridad física, pero no así los delitos que atentan contra bienes indisponibles o ataques contra la integridad sexual, violencia de género o violencia intra familiar.

#### **4.2.3 Suspensión del juicio a prueba:**

Dada la importancia que tiene este instituto, el mismo será tratado en profundidad en el capítulo siguiente, no obstante, al ser parte del artículo que se analiza, aquí se hará una breve y sucinta descripción del mismo.

El origen de este instituto también se encuentra en la práctica procesal anglosajona, con la voz conocida como *probation*. En el orden nacional el antecedente emana de los artículos 76 bis, ter y quater del código de fondo por los cuales se instauró la denominada suspensión del procedimiento a prueba y en el artículo 293 del código procesal de la nación.

En la legislación procesal provincial se introdujo el instituto con el nuevo código procesal penal ley 6.730 en sus artículos 30, 31 y 32 y en el artículo 26 que aquí analizamos como uno de los casos comprendidos en el principio de oportunidad. Este instituto, a grandes rasgos, regula un procedimiento especial para ciertos tipos delictivos fundado en la escasa o mediana gravedad que revisten los mismos, evitando llegar a la etapa de debate y sentencia

mediante la aplicación de este procedimiento alternativo. Aquí por voluntad expresa del propio acusado se solicita la suspensión de la persecución penal, accediendo a someterse a determinadas obligaciones, garantizándose a cambio una paralización del proceso durante un tiempo, transcurrido el cual si no se han violado las reglas de conducta eventualmente impuestas por el juzgador y si no se ha incurrido en un nuevo delito, podrá otorgarse la extinción de la acción penal.

Es importante resaltar aquí que el instituto de la suspensión de juicio a prueba no es verdaderamente un criterio de oportunidad, aunque así se haya establecido en el derecho procesal provincial y prueba de esto es el tratamiento por separado que tiene la suspensión de la persecución penal, de lo previsto para los criterios de oportunidad en el código local.

#### **4.2.4 Juicio abreviado:**

La incorporación del juicio abreviado en el inciso 4 del artículo 26 del código procesal penal genera incertidumbre en cuanto a su concepción como criterio de oportunidad, ya que sustancialmente no lo constituye, debido a que no implica una suspensión del procedimiento, como tampoco una extinción de la acción penal, sino la abreviación del procedimiento por el cual se arriba a una sentencia particularmente condenatoria, que cierra el proceso definitivamente y hace cosa juzgada.

Aquí al igual que en el caso del inciso anterior, la doctrina mayoritaria no lo considera un criterio de oportunidad ya que la esencia de los criterios de oportunidad implican la suspensión de la persecución penal iniciada, y cuando hablamos de juicio abreviado no habría suspensión de la persecución penal toda vez que se trata de una reducción del procedimiento en donde sin realizar el debate oral, se pasa directamente al dictado de la sentencia que solamente puede ser condenatoria, y el proceso de esta forma concluye y no se suspende de ninguna forma.

La suspicacia que se advierte en cuanto a su colocación dentro de la enumeración de los criterios de oportunidad, es la demostración que la voluntad interna del legislador al incorporar estos principios, es la reducción de los costos del estado, la economía procesal y el descongestionamiento del sistema judicial por sobre las otras ventajas y fundamentos, incluso por sobre el verdadero convencimiento como medida acertada en cuanto a la política criminal ya que la mentada economía y celeridad procesal es el punto de encuentro entre los distintos institutos enumerados en el artículo, además de su origen en institutos propios del derecho anglosajón que no siempre se pueden conjugar con nuestro sistema de concepción mixta y que incluso es de dudosa constitucionalidad ya que se pueden ver violentados derechos

reconocidos como el juicio previo, el de defensa en juicio y el de igualdad, al exigir la aceptación del hecho delictivo y su participación en el mismo a cambio de una pena menor, sin tener en cuenta que lo que se busca en definitiva es descubrir la verdad real.

#### **4.2.5 Revelador o arrepentido:**

Este es otro caso donde no es un criterio de oportunidad ya que busca reducir la gravedad procesal de aquel que tiene la calidad de revelador, pero ésta mejoría en su situación procesal no implica una suspensión de la persecución penal en sí.

Se refiere precisamente a la persona coimputada o que puede llegar a serlo, que colabora con la investigación, aportando datos sobre el hecho que se trata de resolver, sus autores y partícipes y sobre instrumentos o efectos del delito y que por ello se beneficia con su libertad provisional, o la conmutación o indulto de su pena que el tribunal puede pedir al poder ejecutivo. Así el delator se ve incentivado justamente por esta intención de beneficiarse procesalmente y no ser perjudicado o serlo en menor medida, lo que no lo convierte precisamente en un arrepentido.

La figura del arrepentido es una compra de impunidad que hace una persona que por supuesto no está arrepentida de nada sino que está negociando desde una situación de inferioridad, y lo más curioso es que obtiene más ventaja cuando más inmoral es y cuando ni siquiera es capaz de introyectar la ética mafiosa. Cuanto más comprometida está con el delito, cuanto más injusta es su conducta, cuanto mayor es el contenido de su conducta, es decir más datos tiene para ofrecer, en consecuencia tiene más perspectiva de obtener impunidad (Zaffaroni, 1997, p.485).

Los casos más típicos en que se da esta figura son los de delitos de lavado de dinero, tráfico de drogas o personas u organizaciones terroristas. Cualquier persona puede ser revelador aun sin ser imputado cuando estime que puede llegar a serlo o puede ser revelador siendo ya imputado y su oportunidad para actuar cabría desde el avocamiento a la investigación hasta el día de su declaración en debate oral.

La conducta consiste en una actividad informativa beneficiosa para la investigación y que pueda derivar en el esclarecimiento de uno o varios hechos. Deben aportarse datos suficientes que permitan un enjuiciamiento o un importante avance en la investigación, no bastando revelar la identidad de ciertas personas.

Estos institutos traídos de otras latitudes al derecho argentino, trastocan el derecho de defensa en juicio en general y más en cuanto a la declaración indagatoria, en especial en el derecho a abstenerse a declarar sin que el silencio implique, no sólo con la presunción de culpabilidad, sino también con un trato desigualitario con relación a quien no declara y no revela los hechos incriminando a quienes están imputados en la misma.

## **5. Otras cuestiones importantes.**

### **5.1 Consentimiento fiscal.**

Es importante destacar y tener presente que el procurador general de la suprema corte de justicia de Mendoza emitió la directiva general N° 148/12 a fin de que el ministerio publico se abstenga de propiciar la aplicación de un criterio de oportunidad en todos los casos donde el delito investigado implique cualquier forma de violencia de género, familiar o domestica, cuyos fundamentos residen en la protección de los derechos de la mujer, persona ofendida por el presunto delito, propiciando una protección integral del estado frente a estas situaciones. Fundamentos estos en concordancia con lo establecido en la Convención americana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

En este mismo sentido se ha expedido con claridad la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un reciente fallo: "... esta Corte entiende siguiendo una interpretación que vincula a los objetivos mencionados con la necesidad de establecer un "procedimiento legal justo y eficaz para la mujer", que incluya "un juicio oportuno" (cfr. el inciso "f" art. 7 de la Convención de Belem do Para"), 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 de bate oral es improcedente" (CSJN – "Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa n° 14.092" 23/04/2013).

Dicho esto, concluyo que por más insignificancia que exista relativa a estos casos, el fiscal debe negar su consentimiento para la aplicación de criterios de oportunidad, como también en concordancia sostiene Bobino al decir:

Si el fiscal se opone a la concesión de la medida por razones legítimas de política criminal vinculadas al caso, la decisión del acusador no puede ser cuestionada por el tribunal, y, en consecuencia, impide la suspensión del procedimiento en ese caso concreto. Ello pues la discreción reconocida legalmente ha sido atribuida, inequívocamente, al titular de la acción penal estatal: el ministerio público (Bobino, 2005, p.161).

## **5.2 Decisión final del juez:**

Finalmente, resulta importante destacar que en el caso de que el ministerio público peticione la procedencia o rechazo de alguna causal de oportunidad, será el tribunal juzgador quien decidirá en definitiva sobre acceder al pedido o rechazarlo, en ambos casos debiendo resolver fundadamente la opción elegida en base a los elementos que lo determinaron a tomar una u otra decisión.

## Capítulo IV. Suspensión de Juicio a Prueba

### 1. Origen y antecedentes históricos.

La palabra *probation* proviene del latín *provare* y significa probar, que se traduce como lo probado. Este instituto reconoce su origen en el siglo XIII, en el *Common law*<sup>9</sup>, donde existía una institución de características similares, utilizada por los clérigos ordinarios para evitar las severas penas a que eran sometidos por el derecho inglés, y más adelante en el tiempo, año 1880, terminó moldeándose al sentido moderno en que lo conocemos.

En el sentido que lo conocemos actualmente, es una invención americana similar a lo que nosotros llamamos condena de ejecución condicional. Es decir, que con la finalidad de rehabilitar al delincuente y procurar su reinserción en la sociedad, mediante el procedimiento de la *probation*, el acusado a quien se le impuso una sanción penal después de un veredicto o una confesión de culpa, es dejado en libertad sin necesidad de cumplir condena de prisión, pero sujetándose al cumplimiento de condiciones que le son impuestas, pudiendo revocarse esta suspensión de la condena a prueba si el acusado comete otro delito o no da cumplimiento a las condiciones impuestas, en cuyo caso deberá continuar cumpliendo la condena.

La metodología de la suspensión del juicio a prueba en nuestro sistema penal se aproxima a la denominada metodología de diversión, es decir, no a la forma de cumplir la pena, sino más bien a la evitación de la imposición de la pena, paralizando de este modo el proceso por un determinado periodo de prueba donde transcurrido el cual, la acción penal se extingue.

Con el término diversión se designa genéricamente la práctica de seleccionar casos de carácter penal y de darles a estos una respuesta no punitiva, con miras de lograr la rehabilitación de los imputados fuera del ámbito de la justicia y al mismo tiempo para descomprimir el volumen de trabajo en los organismos judiciales.

El instituto analizado ingresa al sistema legal argentino con una fuerte influencia del derecho anglosajón, donde fue acuñado y cobró fuerza bajo la modalidad de *probation*, rótulo con el cual aún hoy es conocido en nuestro país. No obstante lo mencionado, lo cierto es que dicha denominación no se corresponde con la forma en que el instituto se encuentra previsto por la legislación autóctona, ya que mientras la *probation* consiste en una puesta a prueba de personas que han sido condenadas por cometer un delito y a quienes se les impone una serie de condiciones que deben cumplir durante un plazo determinado, transcurrido el cual se les da por comulgada la pena, en nuestra país es aplicable solamente a los procesados, lo que se

---

<sup>9</sup> Traducido al español significa “derecho común”.

asemeja en mayor medida a la diversión, que para el derecho anglosajón es una suerte de bifurcación en el proceso hacia una resolución diferente al juicio.

Resulta que esta confusión respecto del origen del instituto, consistente en aplicar las reglas propias de la *probation* a la diversión sea una de las causas más frecuentes de cuestionamientos que pueden realizarse a nuestra suspensión del proceso penal a prueba, ello en la medida que los procesados, en principio inocentes, suelen recibir cargas y tratamientos más propio del que se les asigna a los declarados culpables en juicio.

Entonces, ya sea *probation* o diversión, el instituto ha sido traducido a nuestra lengua como suspensión del juicio a prueba, y en la medida que se concibe que lo que se suspende es el juicio, en el sentido estricto del término, ello ha llevado a alguna doctrina y alguna jurisprudencia a sostener que la oportunidad para solicitar su aplicación es en ese momento específico y no durante la sustanciación de la investigación penal, reduciendo y acotando así los ámbitos de su aplicación en desmedro de los postulados que lo informan.

Gustavo Vitale, uno de los juristas de nuestro medio que mejor ha comprendido la verdadera naturaleza y alcances del instituto, es quien ha dado en la tecla a este respecto, advirtiendo que su correcta denominación debe ser suspensión del proceso penal a prueba, dando cuenta con ello a un criterio de amplitud en la oportunidad de su aplicación, en cualquier etapa del proceso, en correcto correlato con la letra de la ley. (Vitale, 2004, p. 486).

Ahora bien cabe mencionar también que ya con anterioridad a este medio de mitigación de la condena criminal se señalan otras antiquísimas instituciones de similar proceder. Una de ellas es el beneficio de clerecía, privilegio nacido en el siglo XIII, a favor de los que habían recibido órdenes religiosas de ser juzgados por tribunales eclesiásticos. Citase también como antecedente la judicial *reprieve*<sup>10</sup>, que es la suspensión temporal del pronunciamiento de la condena o de su ejecución que el juez podía acordar, en caso de infracciones no graves, cuando el veredicto no fuere satisfactorio, o la prueba sospechosa, o dudosa la culpabilidad del acusado, y aquí, en realidad, ya se encuentra uno de los elementos de la *probation*, la suspensión de la condena o de su ejecución.

El más seguro precedente, lo constituye la antigua institución inglesa denominada *recognizanse*<sup>11</sup>, cuyo régimen se halla en un estatuto de Eduardo III del año 1.361, aun en vigor, que consiste en la obligación contraída ante un tribunal o magistrado por una persona de la que se teme que perturbe la paz pública, por la que se compromete a ejecutar un acto determinado, como comparecer ante un tribunal, no alterar la paz o cumplir condiciones de

---

<sup>10</sup> Traducido al español significa "indulto".

<sup>11</sup> Traducido al español significa "reconocimiento".

análoga naturaleza. Ésta fue durante mucho tiempo una institución común al derecho civil y también al penal, actualmente desaparecida del derecho civil, se mantuvo en el derecho penal en el que fue ampliando su campo de acción. La *recognizanse* como garantía de buena conducta se injertó mas tarde en el *remand*<sup>12</sup>, que es un procedimiento de la *common law*, conforme el cual el juez, después de pronunciado el veredicto de culpabilidad, podía aplazar la condena hasta fecha posterior, lo que le permitía reintegrar al culpable a la prisión o ponerlo provisionalmente en libertad después de contraer una *recognizanse* por la que se comprometía a comparecer ante el tribunal el día fijado para dictar sentencia.

La práctica inglesa de suspensión de la condena y el uso de la *recongizanse* pasaron a América en el segundo cuarto del siglo XIX. En Estados Unidos en el año 1.878 el estado de Massachusetts promulgó la primera ley sobre *probation*, a la que siguió una nueva ley en 1.891 que obligo a los tribunales del estado a nombrar funcionarios encargados en la aplicación del sistema de prueba que pronto alcanzó rápida difusión.

En la actualidad este mecanismo se aplica en Inglaterra, Escocia, Canadá, Nueva Zelanda, África del Sur, en algunos estados de Australia, en Estados Unidos, Suecia, Alemania, Holanda, Noruega, Dinamarca, etc. que han logrado insertar en su régimen penal o de condena, la vigilancia como elemento esencial de la *probation*.

## **2. Régimen del instituto en los países latinoamericanos<sup>13</sup>.**

Haremos una breve descripción sobre como es tratado éste instituto en otros países latinoamericanos, principalmente los integrantes del MERCOSUR<sup>14</sup>, dado que al ser miembro nuestro país de este sistema, podemos tener numerosas circunstancias desde la perspectiva de lo penal que nos obliga a pensar en la armonización legal, para luego proseguir hacia una meta más ambiciosa; la internalización de normas que se van creando en el propio seno de un mercado común a través de sus órganos, como ocurre con entes de la misma naturaleza y avanzado desarrollo, tal es el caso de la Unión Europea.

### **2.1 Tratamiento de la institución en la República Federativa del Brasil.**

En la República Federativa del Brasil, el código penal brasileño, prevé la suspensión condicional de la pena (artículo 77). Allí se establece que la ejecución de la pena privativa de libertad, no superior a dos años, podrá ser suspendida por un lapso de 2 a 4 años, siempre y cuando el condenado no sea reincidente en crimen doloso; cuando la culpabilidad, los

---

<sup>12</sup> Traducido al español significa "preventivo".

<sup>13</sup> Conforme "IV Seminario internacional sobre probation". Buenos Aires, septiembre 2003.

<sup>14</sup> Siglas de Mercado Común del Sur: entidad supranacional integrada por Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y estados asociados.

antecedentes, la conducta social y la personalidad del agente, así como los motivos y las circunstancias, autoricen a la concesión del beneficio y no sea indicada o resultare aplicable la sustitución dispuesta en el artículo 44 (éste refiere a las penas restrictivas de derechos que son autónomas y sustituyen a las privativas de la libertad en los siguientes casos: cuando, aplicada esta última especie, la misma resultare inferior a un año o el delito fuera culposo; desde que el reo no revista la condición de reincidente y cuando la culpabilidad, los antecedentes, la conducta social y la personalidad del condenado, así como los motivos y las circunstancias indicaran que dicha sustitución fuere suficiente).

Es importante aclarar también que las penas restrictivas de derechos consisten en la prestación de servicios a la comunidad, la interdicción temporaria de derechos; esta última es equivalente a la pena de inhabilitación en el derecho argentino, y la limitación de fin de semana que consiste en la obligación de permanecer los días sábados y domingos, durante cinco horas diarias, en un lugar de albergue u otro establecimiento adecuado.

El artículo 77 también dispone que una condena anterior a pena de multa no impida la concesión del beneficio y que las personas mayores de setenta años gocen de un plazo mayor de suspensión de la pena a criterio del tribunal que va desde los 4 a los 6 años.

Continuando la lectura del código, el artículo 78 establece que durante el plazo de suspensión, el condenado quedará sujeto a la observación y al cumplimiento de las condiciones establecidas por el juez; y durante en el primer año del plazo impuesto el condenado tendrá que prestar servicios a la comunidad o someterse a las limitaciones del fin de semana; que en caso de haber reparado el daño, salvo imposibilidad de hacerlo y según los criterios de fijación de las penas que mira el juez de la causa le fueran favorables, el juez podrá sustituir las exigencias detalladas precedentemente por otras condiciones como: prohibición de frecuentar determinados lugares; prohibición de ausentarse sin autorización del juez de la comarca donde reside; obligación de comparecer ante el tribunal mensualmente, en forma personal y obligatoria, para informar y justificar sus actividades.

Luego, el artículo 79 prevé que la sentencia podrá especificar otras condiciones a las que quede subordinada la suspensión, que sean adecuadas al caso y a la situación personal del condenado. Sigue el artículo 80, especificando que la suspensión no se extiende a las penas restrictivas de derechos ni a las de multa. El artículo 81 estipula las causas de revocación de la suspensión; ésta se torna obligatoria cuando, en el curso del plazo respectivo, el beneficiario fuera condenado mediante sentencia definitiva por un delito doloso; cuando frustra, aún siendo solvente, la ejecución de la pena de multa o no concreta, sin motivo justificado, la reparación del daño; cuando incumpla con las obligaciones de prestar servicios a la

comunidad o las de limitación a los fines de semana que prescribe el artículo 78 y es facultativa cuando incumpla cualquiera de las otras condiciones aludidas en los párrafos precedentes o fuera condenado en forma definitiva en el transcurso del plazo por delito culposo o contravención a una pena privativa de libertad o restrictiva de derechos.

Puede haber prórroga del período de prueba en los casos contemplados por el artículo 81, incisos 2° y 3°. Por último, el artículo 82 dispone que cumplidas las condiciones y expirado el plazo sin que exista revocación, se considerará extinguida la pena privativa de libertad.

También cabe hacer mención de la ley federal N° 9.099 del 26 de septiembre de 1995 sobre juzgados especiales civiles y criminales, que trajo aparejadas dos novedades: un nuevo procedimiento sumarísimo para las infracciones penales consideradas menores con relación a otras de considerable gravedad y la introducción en el sistema penal brasileño de la suspensión condicional del proceso.

Analizados simplemente estos artículos, se concluye que existe en Brasil un mecanismo consistente en la suspensión del proceso a prueba, que no guarda relación con la probation Argentina, pero debe reconocérsele cierto grado de parentesco o similitud, aunque en diferentes circunstancias y modos de aplicación.

## **2.2 Tratamiento de la institución en la República del Paraguay.**

El ordenamiento legal de la República del Paraguay, en su código penal el que fuera modificado por ley 1160/98, establece las diferentes clases de penas existentes, el modo de su cumplimiento y contempla en su artículo 44 la suspensión a prueba de la ejecución de la condena, el que reza textualmente:

1) “En caso de condena a pena privativa de libertad de hasta dos años, el tribunal ordenará la suspensión de su ejecución cuando la personalidad, la conducta y las condiciones de vida del autor permitan esperar que éste, sin privación de libertad y por medio de obligaciones, reglas de conducta o sujeción a un asesor de prueba, pueda prestar satisfacción por el ilícito ocasionado y no vuelva a realizar otro hecho punible;

2) La suspensión, generalmente, no se concederá cuando el autor haya sido condenado durante los cinco años anteriores al hecho punible, a una o más penas que, en total, sumen un año de prisión o multa o cuando el nuevo hecho punible haya sido realizado durante el período de prueba vinculado con una condena anterior;

3) La suspensión de la condena no podrá ser limitada a una parte de la pena y a este efecto no se computará la pena purgada en prisión preventiva u otra forma de privación de libertad;

4) El tribunal determinará un período de prueba no menor de dos y no mayor de cinco años, que deberá contarse desde la sentencia firme. El período de prueba podrá ser posteriormente reducido al mínimo o, antes de finalizar el período fijado, ampliado hasta el máximo previsto”.

A través del artículo 45, se determinan las obligaciones a cargo del beneficiado por este instituto y que consisten en las que durante el período de prueba el tribunal le puede imponer, con el fin de prestar a la víctima satisfacción por el ilícito ocasionado y con el fin de restablecer la paz en la comunidad. Existe una restricción a la discrecionalidad de los magistrados respecto a estas obligaciones, dado que no podrán exceder los límites de exigibilidad para el condenado.

Seguidamente, el artículo 46 fija las reglas de conducta que tendrá que observar el condenado y cuya imposición durante el período de prueba parece resultar facultativa para el tribunal, cuando aquél necesite este apoyo para no volver a realizar hechos punibles. Estas reglas de conducta no deberán lesionar derechos inviolables de las personas o constituir una limitación excesiva en su relacionamiento social.

Avanzando un poco más en el articulado, finalmente se concibe que transcurrido el período de prueba sin que la suspensión fuera revocada, la pena se tendrá por extinguida. Aquí se observa que la extinción de la pena se produce de modo similar a los anteriores sistemas consignados, es decir, cuando durante el tiempo fijado se hayan respetado por parte del obligado las condiciones establecidas por el tribunal.

Paraguay es a mi juicio, uno de los países que mejor ha desarrollado el instituto de la probation desde que se reformó su código penal inspirado en el sistema alemán, estableciendo un sistema claro y sencillo que no deja lugar a confusiones o interpretaciones con distintos sentidos.

### **2.3 Tratamiento de la institución en la República Oriental del Uruguay.**

Su código penal fue sancionado por ley 9.155 del 4 de diciembre de 1933, y cobró vigencia, por ley 9.414, el 1º de agosto del 1934. En el mismo pudimos detectar una sola norma que nos permitiera acercarnos al hallazgo de una previsión cercana a la probation o a alguna otra forma similar de suspensión del procedimiento o de las penas: el artículo 126 que trata la suspensión condicional de la pena.

Dicho precepto permite tener por extinguido el delito cuando el juez, al dictar sentencia, resuelve suspender la condena, siempre que el beneficiado, además de cumplir las obligaciones que le fueren impuestas por la ley o judicialmente, se abstuviere de cometer delitos, durante un período de cinco años.

Para que la condena pueda ser suspendida se requiere:

1º) Que se trate de penas de prisión o de multa, cuando por defecto de cumplimiento, deba ésta transformarse en pena de prisión;

2º) Que se trate de delincuentes que no hayan cometido en el pasado otros delitos y que el Juez prevea, por el examen de sus antecedentes, que no han de cometerlos en el porvenir.

Las obligaciones que el Juez puede imponer son las siguientes: a) Restitución de las cosas provenientes del delito; b) Pago de las indemnizaciones civiles emanadas del mismo; c) Prohibición de domiciliarse en ciertos lugares o de concurrir a ciertos sitios.

En vez de condena condicional, se le llama a este subrogado represivo suspensión condicional de la pena, que sugiere la verdadera naturaleza de la medida. Se trata de una institución que tiene por objeto prevenir el desafortunado efecto de las cortas penas de prisión.

### **3. La problemática de la procedencia.**

Comenzaré analizando el primer párrafo del artículo 76 bis de nuestro código penal, el que reza: "El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba..." pero de la lectura crítica del cuarto párrafo del mismo artículo observamos: "...Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el tribunal podrá suspender la realización del juicio..." extendió la posibilidad de aplicación a delitos cuya pena supere ese límite.

Del texto de este artículo se han forjado dos fuertes corrientes tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia donde se observa remarcada las dos posturas o tesis reinantes hasta el momento: tesis restrictiva y la tesis amplia. La primera de ellas, tesis restrictiva sostiene que la aplicación del instituto se limita a los llamados delitos correccionales, o sea aquellos que en su tope máximo no superan los tres años de prisión. Para la postura amplia, sin embargo, el instituto debe ser aplicado en los supuestos de condenación condicional y no sólo en aquellos casos en que el delito atribuido no supere los tres años de prisión. Esta última tesis es la que cuenta con mayores adherentes actualmente en la doctrina argentina.

Ampliando un poco estos conceptos, la denominada tesis restringida, tuvo lugar en el voto mayoritario del fallo Kosuta, donde se estableció que: "la pena sobre la que debe examinarse la procedencia del instituto previsto en el art. 76 bis y ss. del Cód. Penal es la de reclusión o prisión cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años; que no procede la suspensión del juicio a prueba cuando el delito tiene prevista pena de inhabilitación como principal, conjunta o alternativa y que la oposición del Ministerio Público Fiscal, sujeta al control de logicidad y fundamentación por parte del órgano jurisdiccional, es vinculante para el otorgamiento del beneficio; y por unanimidad que: el querellante tiene legitimación autónoma para recurrir el auto de suspensión del juicio a prueba a fin de obtener un pronunciamiento útil relativo a sus derechos".

En oposición, encontramos el voto minoritario de dicho fallo, el cual marco una línea de ideas que ha recibido también un fuerte apoyo de sus seguidores, sentando cimientos la llamada tesis amplia, la cual establecía que la suspensión del juicio a prueba surgía como una alternativa al encierro carcelario, simplificando los procedimientos penales que devienen *in eternum*<sup>15</sup>, como así también realzando la idea de la economización y racionalización de la intervención penal, valorando en forma negativa a la pena de prisión y no considerarla la madre de todas las penas.

Atento a la gran división que existió en un principio en la doctrina nacional respecto de la aplicación del instituto, en el año 1.999, la cámara nacional de casación penal mediante acuerdo N° 1/99 (plenario 5, del 17 de agosto de 1999) se autoconvocó a fin de emitir un plenario en oportunidad de decidir el caso "Kosuta, Teresa R.", que se conoció como "Plenario Kosuta", donde la excelentísima cámara se expidió a favor de la tesis restrictiva concluyendo lo siguiente:

- a) la pena sobre la que debe examinarse la procedencia del instituto previsto en el artículo 76 bis y siguientes del código penal es la de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años;
- b) que no procede la suspensión del juicio a prueba cuando el delito tiene prevista una pena de inhabilitación como principal, conjunta o alternativa;
- c) que la oposición del ministerio público fiscal, sujeta al control de logicidad y fundamentación por parte del órgano jurisdiccional, es vinculante para el otorgamiento del beneficio; y,

---

<sup>15</sup> Traducido al español significa "eternamente".

d) que el querellante tiene legitimación autónoma para recurrir el auto de suspensión del juicio a prueba a fin de obtener un pronunciamiento útil relativo a sus derechos.

Para sintetizar y clarificar un poco más estas dos corrientes doctrinarias, podemos decir que en la tesis restringida la pena a tener en cuenta a los efectos de conceder el beneficio de la suspensión, no debe superar los tres años de prisión o reclusión en abstracto; mientras que, la tesis amplia se supedita la procedencia de la suspensión del juicio a prueba a una hipotética pena en concreto, no mayor a tres años de prisión, tal como lo establece la ley penal respecto de la condena condicional (artículo 26 código penal). Es decir, se aplica la suspensión para aquellos delitos que aún teniendo prevista sanción superior a los 3 años en la escala respectiva, concretamente pudiese aplicarse condena que no supere ese tope, según las circunstancias especiales del caso.

El último párrafo del artículo 76 bis del código penal dispone que: "Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación". En base a esto, los tribunales nacionales, a la hora de hacer la interpretación de la ley para la mayor extensión y vigencia de los derechos, lo cual no es malo en cuanto sea en aras a una correcta aplicación de la política criminal, pero que han generado una polémica, que nuevamente se centraliza en el acotamiento o ampliación de los alcances del instituto de la suspensión del proceso penal a prueba.

Quizás este punto es uno de los menos problemáticos tratados por la ley, sin embargo es menester tratarlo en este capítulo para un mejor entendimiento del instituto. El artículo 76 ter del código penal, en su cuarto párrafo dispone que: "Si durante el tiempo fijado por el tribunal el imputado no comete un delito... se extinguirá la acción penal".

Para iniciar el análisis del tema, consideramos que en función de tal cuadro de situación que se plantean, se exige del juez una amplia tarea hermenéutica, que sin llegar a superar la letra de la ley y hacerle decir aquello que no tiene escrito, posibilite por vía interpretativa una aplicación del instituto lo más amplia y generosa posible.

#### **4. Oportunidad para deducir la suspensión del proceso a prueba.**

Siguiendo el análisis del código penal, en su artículo 76 inciso 12, éste deja reservado a las jurisdicciones provinciales la reglamentación del ejercicio de la suspensión del proceso penal a prueba, y más específicamente la oportunidad en que el mismo puede ser deducido.

En la órbita nacional, dicha reglamentación está contenida en el artículo 293 del código procesal penal de la nación, el cual dice: "En la oportunidad en que la ley penal permita la suspensión de la persecución, el órgano judicial competente podrá conceder el

beneficio, en audiencia única, donde las partes tendrán derecho a expresarse. Cuando así ocurra, el órgano judicial competente en la misma audiencia especificará concretamente las instrucciones e imposiciones a que deba someterse el imputado y deberá comunicar inmediatamente al juez de ejecución la resolución que somete al imputado a prueba”.

### **5. Suspensión del juicio a prueba en la provincia de Mendoza.**

En la provincia de Mendoza, la suspensión del procedimiento a prueba lo encontramos el artículo 30 del código procesal penal provincial, el cual establece: “El imputado de un delito de acción pública, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba, cuando sea de aplicación el artículo 26 del código penal”.

Para entender correctamente el tema, pasare a analizar el referido artículo 26 a fin de determinar cuáles son las causales en base a las cuales se puede solicitar este instituto, el artículo referido establece que: “En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de 3 años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. El tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio, pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto. Igual facultad tendrán los tribunales en los casos de concurso de delitos si la pena impuesta al reo no excediese los tres años de prisión. No procederá la condenación condicional respecto de las penas de multa o inhabilitación”.

Por condena condicional se entiende a la que el juez dicta dejando en suspenso su ejecución por un periodo determinado de tiempo, de modo que solamente comenzará a ejecutarse si se produce una determinada condición, consistente esta en la comisión de un nuevo delito. Así, la privación de la libertad queda en suspenso a condición de que el sujeto no vuelva a delinquir, de modo que se convierte en una amenaza para el condenado, cuando existen determinadas condiciones que permiten creer que su encierro no tendrá consecuencias valiosas ni menos socializantes, teniendo en cuenta que es la primera condena que recae sobre el individuo y la entidad del delito.

Zaffaroni en el fallo “Gasol” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dice que “la expresión “primer condena” debe entenderse como primariedad delictiva y no como la primera condena que el sujeto tenga en su vida.”

Por último, el artículo excluye del ámbito de su aplicación, en forma tácita a la pena de reclusión, y en forma expresa a la multa y la inhabilitación.

Continuando con el artículo 30 citado a comienzos de este título, el párrafo segundo reza: “Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El magistrado decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente”, y continúa “Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable y hubiese consentimiento del fiscal, el tribunal podrá suspender la realización del juicio.

Si el delito o algunos de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente. El imputado deberá también abandonar en favor del estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera la condena.

No procederá la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese sido el autor o participe en cualquier grado, respecto al delito investigado.

La suspensión de procedimiento podrá solicitarse en cualquier estado del proceso hasta la citación a juicio (artículo 364 del mismo código). La suspensión no impedirá el ejercicio de la acción civil ante los tribunales respectivos”.

Como se observa, en un amplio artículo se ha buscado en el derecho local establecer todos los parámetros para el desarrollo del procedimiento de suspensión, el cual resulta claro en su lectura, pero no obstante ello, haremos un análisis más exhaustivo de esta figura.

Ampliando lo anteriormente mencionado, la suspensión del proceso penal a prueba del modo en que está regulado en el derecho penal argentino, es una suerte de paralización temporal del ejercicio de la pretensión punitiva del estado, que puede disponerse a pedido de la persona sometida a proceso penal, por el cual en caso de otorgarse, se impone a esta última el deber de cumplir con ciertas condiciones durante un período de tiempo, de modo tal que si el imputado cumple satisfactoriamente con ellas se extingue la acción penal, mientras que el trámite procesal continúa su curso en caso de serio e injustificado incumplimiento de esas condiciones.

Las características de este instituto y su aplicación a cualquier imputado lo constituye en una útil herramienta destinada a la resolución de innumerables conflictos, permitiendo solucionar conflictos del modo menos traumático posible, disminuyendo los perjuicios que produce el sometimiento masivo de las personas imputadas, a los mecanismos habituales como el proceso penal tradicional.

### **5.1 Requisitos**

En cuanto a los requisitos de procedencia de la suspensión del juicio a prueba que exige la norma para su aplicación, podemos resumirlos enumerando los siguientes:

- 1) Solicitud por parte del imputado.
- 2) Debe tratarse de un delito de acción pública.
- 3) Debe ser aplicable el artículo 26 del código penal.
- 4) Reparación del daño.
- 5) Consentimiento del fiscal.
- 6) Abandono de los bienes a favor del estado.
- 7) Pago mínimo de la pena de multa.
- 8) No haber actuado como funcionario público en la comisión del delito.
- 9) No tratarse de un delito con pena de inhabilitación.
- 10) Aprobación por el juez.

El primer requisito que se analiza es que solo se puede solicitar el beneficio en todos los casos que sea de aplicación el artículo 26 del código penal, es decir que proceda la pena en suspenso, apartándose así de lo dispuesto por el artículo 76 bis del mismo código exige que delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de 3 años.

En el segundo párrafo se indica que el imputado al presentar la solicitud deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación en la medida de lo posible, también en discordancia con lo legislado por el código de fondo, pero esto solo es requisito en los casos donde la víctima se hubiera constituido como actor civil, lo que nos hace considerar que en la inmensa mayoría de los casos, el inculpado puede solicitar la suspensión del procedimiento a prueba sin ofrecer reparación.

Igualmente en los casos que procede, el que la víctima acepte o no la reparación ofrecida no es obstáculo para la concesión del beneficio y en esta norma con una redacción casi idéntica a la contenida en la norma contenida en el código penal se indica que si se hace

lugar a la petición, la víctima, que no ha aceptado la reparación ofrecida, tendrá habilitada la acción civil correspondiente.

Otro requisito que se agrega en el tercer párrafo es que para que se pueda suspender la realización del juicio o la continuación del procedimiento, es el consentimiento del fiscal, haciendo vinculante la opinión del mismo. Ante la oposición que pudiera tener el fiscal, quien en definitiva deberá resolver es el juez de garantías y que si la ley hubiese querido darle la potestad decisoria al fiscal, estaría expresamente concedida de esa forma.

Este criterio ha sido seguido por parte de la jurisprudencia, ya que por ejemplo en los casos de delitos o concursos de delitos donde la pena aplicable podría superar los 3 años en abstracto, es necesaria una valoración del caso concreto que determine la procedibilidad o no del beneficio, que ineludiblemente debe hacerla un órgano jurisdiccional, y donde no se podría tener como determinante una opinión vinculante por parte del fiscal por su condición de parte del proceso.

También la norma agrega como requisito, que no procederá el beneficio cuando en el hecho delictuoso hubiese actuado en carácter de autor o partícipe, un funcionario público, coincidiendo así con lo dispuesto por el artículo 76 bis del código penal.

## **6. Finalidad.**

Resulta importante analizar cuál es la finalidad operativa y practica que presenta este instituto, que ya data de años de progreso y evolución como bien se desarrollo en capítulos anteriores, y así podemos sintetizarlo en tres puntos importantes:

1) Por un lado la racionalización de recursos, descongestionar el sistema de administración de justicia para que se concentren los recursos en la persecución de aquellos delitos considerados de mayor gravosidad tanto en materia de pena material, como de dañosidad para la sociedad, evitando de este modo la celebración del juicio en los casos de menor cuantía o que este mismo se extienda hasta la etapa de la sentencia por debate oral.-

2) En segundo lugar, la evitación por parte del imputado, de las consecuencias nocivas que la intervención penal le genera. Evitar la estigmatización que supone la persecución misma de una causa criminal y la eventual imposición de una condena, aún cuando su ejecución hubiese podido ser pronunciada en forma condicional.

3) Finalmente, alcanzar la satisfacción del interés de la víctima. Esto tiene como objetivo compensar el daño provocado a la víctima del hecho ilícito mediante una vía diferente a la retribución que significa la pena. Esa compensación se logra

mediante una reparación del perjuicio al damnificado para la cual el autor del hecho deberá partir de una oferta razonable a fin de procurar su reparación material por intermedio de una prestación generalmente monetaria.

Para concluir este tema afirmamos en opinión concordante con Coussirat que la suspensión del proceso a prueba es un camino que de ser seguido satisfactoriamente, conduce indefectiblemente a la extinción de la pretensión punitiva del estado o acción penal (Coussirat, 2013). Claro está que la mera disposición judicial de la suspensión del proceso a prueba no produce esa extinción, pues lo que extingue la acción penal es el cumplimiento satisfactorio del período de prueba.

## **Capítulo V. Doctrina y Jurisprudencia**

### **1. Debate constitucional: código penal y código procesal penal de Mendoza.**

Pese a la analogía de la normativa nacional y provincial, la incorporación del instituto en el código de rito, ha generado un debate doctrinario y jurisprudencial por su compatibilidad, preeminencia o inconstitucionalidad frente a las previsiones legales del código de fondo. Las posiciones al respecto pueden agruparse en tres corrientes distintas:

- 1) Para algunos el tema debe ser tratado desde la declaración de inconstitucionalidad, y acá la corriente se separa entre quienes entienden que los artículos 71 y 76 bis del código penal son inconstitucionales por ser competencias provinciales no delegadas a la nación, y quienes entienden lo contrario, planteando la inconstitucionalidad del artículo 30 del código procesal penal mendocino, por entender que la competencia referente al ejercicio de las acciones penales ha sido delegada al gobierno federal, y que es exclusivo de esta. También argumentan que siendo normas de distinto rango y no pudiendo aplicarse integrativamente, se debe elegir entre una y otra, por lo que por imperio del artículo 31 de la constitución nacional debe estarse a la aplicación de la ley nacional.
- 2) Otros estiman que las normas pueden aplicarse en forma conjunta; en la opinión de unos sería de aplicación principal la ley nacional y de manera subsidiaria y complementaria el artículo 30 del código procesal de Mendoza; y por otra parte están quienes proponen que debe aplicarse primariamente la que impone el código de rito y subsidiariamente la del código de fondo, distinguiendo las jerarquías de ambas legislaciones.
- 3) Una tercera posición entiende que deben aplicarse ambas normas conjuntamente en forma armónica sin que se afecten las jerarquías o contenidos de una y otra legislación.

### **2. Efecto de los criterios de oportunidad.**

Analizados los artículos aplicables a los criterios de oportunidad, resta mencionar cuales son los efectos de su aplicación. Primeramente si el tribunal admite el tramite y previo consentimiento del ministerio público, quien es el titular de la acción penal, el juez podrá otorgar la suspensión de la persecución penal respecto del autor o participe que la peticiona, dicha suspensión se establecerá por un periodo perentorio, generalmente entre 1 y 2 años,

fijado a criterio del juez conforme la entidad del hecho y los antecedentes del beneficiario, en los que se impondrán a éste reglas de conducta a seguir durante dicho periodo, donde una vez finalizado el plazo y cumplidas las reglas de conducta que le fueron impuestas como condicionante de su otorgamiento, podrá otorgársele el sobreseimiento en dicha causa.

También es importante destacar que el imputado puede oponerse al otorgamiento de un criterio de oportunidad, y en cuyo caso solicitar que continúe el trámite de la causa, con lo cual se pasaría a la etapa del debate oral, lo cual se considera lógico sobre todo si quien lo peticiona es inocente del hecho que se le atribuye y desea que se descubra la verdad real, excluyéndolo de toda estigmatización penal.

El artículo 30 del código procesal penal mendocino cómo observamos contempla en su cuerpo el instituto de la suspensión de juicio a prueba. Este procedimiento ya previsto en la ley de fondo N° 24.316 que incluyó en el código penal el artículo 76 bis, ter y quater, puede tener a primera vista cierta analogía con los criterios de oportunidad, pero como ya se dijo al desarrollar el artículo 26 del código procesal penal de Mendoza este conlleva un procedimiento especial. Así con este instituto se busca descongestionar el sistema penal de un gran número de casos de escasa relevancia para permitirle ocuparse de otros de mayor trascendencia y por otro lado se busca evitar la estigmatización que la pena trae consigo cuando el imputado demuestra su voluntad de cumplir con reglas de convivencia social impuestas.

### **3. Requisitos de procedencia.**

Analizando los caracteres de procedencia, la suspensión de juicio a prueba puede solicitarse en principio solamente por el imputado ya que así lo establece textualmente el artículo, pero, sin embargo en la jurisprudencia de los tribunales mendocinos se admite que la petición sea formulada por la defensa del imputado para darle curso al procedimiento, debiendo luego citar al imputado a fin de que exprese su conformidad con lo peticionado. Si fueran más de uno los imputados, la petición que formule uno de ellos no alcanza a los demás.

Este procedimiento solo es viable respecto de delitos de acción ejercitable de oficio o dependiente de instancia privada, excluyendo los delitos de acción privada ya que estos cuentan con otras soluciones que hacen innecesaria la aplicación de la suspensión de juicio a prueba como la renuncia, retractación, conciliación.

Respecto a los requisitos que debe observar el peticionante, pues el primero de ellos es efectuar la solicitud en forma personal ya sea en audiencia o mediante escrito. Debe ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible si la víctima se hubiese

constituido como actor civil. Por otro lado debe abandonar a favor del estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso de condena y por ultimo debe estar dispuesto a someterse a las reglas de conducta que le imponga el tribunal. Ahora también si el delito de que se trata, tiene prevista la pena de multa el imputado deberá ofrecer el pago del mínimo de ella. Se contempla como situación impeditiva para solicitar la suspensión el hecho de que el autor sea funcionario público y el delito atribuido sea prima facie en el ejercicio de su función pública independientemente de su grado de participación. En cuanto a esto hay basta discusión doctrinaria sobre si corresponde o no impedir la suspensión del procedimiento a los funcionarios públicos y la jurisprudencia reciente mendocina se inclina por la negativa a la procedencia de la suspensión cuando el delito atribuido a un funcionario público tiene prevista pena de inhabilitación, ya sea como pena única, alternativa o conjunta.

Otro aspecto a destacar del articulado, ya mencionado en capítulos anteriores resulta ser el consentimiento fiscal para otorgar la suspensión, sin el cual no sería procedente de ninguna manera y conllevaría a la nulidad de lo actuado. Este consentimiento debe ser positivo, no basta un dictamen a favor o en contra de lo peticionado, debe ser necesariamente a favor de la procedencia.

Es importante mencionar que contra este instituto cabría la posibilidad de revocación si se conocieran nuevas circunstancias que modifiquen el máximo de pena aplicable o si el imputado cometiere un nuevo delito o si no cumpliera con la reparación del daño o reglas de conducta impuestas. En todos estos casos la revocación de la suspensión implicará la continuación del proceso hasta el dictado de sentencia.

Conforme al artículo 27, la aplicación del criterio de oportunidad, trae aparejado como efecto, la suspensión de la persecución penal, ósea el cese de la actividad procesal en la causa respecto del autor o participe en cuyo beneficio se dispuso. Otorgado el mismo, la causa deberá quedar reservada en secretaría hasta que se produzca la prescripción de la acción penal. Cabe aclarar que aun cuando el planteamiento del criterio de oportunidad se haya peticionado respecto a uno de los imputados, la suspensión de la persecución debe alcanzar a todos los que se encuentran en las mismas condiciones. Con respecto al momento del planteamiento, los plazos para solicitar dicho criterio deben ser durante la sustanciación de la causa y hasta la citación a juicio, a excepción del juicio abreviado final.

#### **4. Constitucionalidad o inconstitucionalidad del artículo 26 del código procesal penal de Mendoza.**

##### **4.1 Debate doctrinario.**

En Mendoza, la introducción del principio de oportunidad en el código procesal penal despertó un debate jurisprudencial y doctrinario por su inconstitucionalidad y su compatibilidad con el principio de legalidad incluido en el código penal.

Por un lado, una postura sostiene que el artículo 71 del código penal y el artículo 26 del código procesal penal no pueden convivir, y que uno u otro son inconstitucionales. Quienes sostienen la inconstitucionalidad del artículo 71, parten de considerar, que si bien dicho artículo manda a la persecución de oficio de todo delito de acción pública, debe dividirse por un lado la facultad de establecer que es sancionable penalmente, esto sería determinar aquello que configura un delito, facultad que le corresponde a la nación, de lo que concierne al procedimiento para el juzgamiento de las personas imputadas, que corresponde a las provincias por tratarse de facultades no delegadas por ellas al estado nacional, y que por lo tanto la nación al momento de dictar el código penal de 1.921 habría legislado más allá de lo que debía incluyendo en el artículo 71, al tratar sobre la acción penal, lo que correspondía a las provincias conforme a los siguientes artículos de la constitución nacional:

Antes de entrar de lleno en el desarrollo de la legislación de la provincia de Mendoza, debemos mirar un poco más arriba en la pirámide del derecho, comenzando por verificar que establecen las normas superiores, y de este análisis encontramos lo siguiente:

- 1) El artículo 5° de la constitución nacional dispone que: Cada provincia dictará para sí una constitución bajo el sistema representativo, republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la constitución nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.
- 2) El artículo 75 inciso 12 de la constitución nacional señala que el congreso de la nación dictará además de otros, el código penal.
- 3) El artículo 121 dispone que las provincias mantienen todo el poder no delegado a la nación.
- 4) Y la constitución de Mendoza que ordena, como facultad de la legislatura provincial, el dictado del código de procedimiento penal (artículo 99 inciso 12).

La constitución nacional se limitó a decir que al código penal lo dicta el congreso, pero no definió todo lo que integra un código penal. Tradicionalmente se aceptó que la determinación que el código penal hizo del concepto de acción penal, debía ser aceptada por las provincias, y por lo tanto los fiscales debían perseguir, instando la acción pública para todos los delitos y todas las personas.

De este breve análisis de las normas más relevantes, podemos inferir que el *jus punendi*<sup>16</sup>, es decir la facultad de dar origen a lo que es sancionable penalmente, corresponde a la nación quien determina qué es delito, y a las provincias le corresponde todo el procedimiento, para impulsar las reglas del juzgamiento de las personas imputadas.

Con la valoración de estos artículos constitucionales se fundamentan quienes defienden la constitucionalidad de la norma provincial y la inconstitucionalidad de la del código de fondo, a la que se le ha llamado postura procesalista a la que adhiere también Raúl Zaffaroni.

Por muchos que sean los esfuerzos dialécticos que se hagan, nos parece demasiado evidente que estas cuestiones pertenecen al derecho procesal. No puede sostenerse otra cosa si se piensa que la teoría de la acción procesal forma uno de los capítulos más centrales, sino el más importante, de la teoría del derecho procesal. La jurisdicción y la competencia son claros problemas procesales. Una disposición que le ordena a cada juez realizar cierto acto procesal, como es tomar conocimiento directo y personal con el procesado, no puede tener otra naturaleza que procesal. Decididamente, pretender que estas disposiciones tienen naturaleza penal es torcer las cosas (Zaffaroni, 1997 p. 490).

Luego, el mismo Zaffaroni, ratificando la naturaleza procesal de las disposiciones que regulan la acción, advierte la posible desigualdad que podría darse entre las legislaciones provinciales, sin embargo, sostiene que no es posible salvar siempre la coherencia legislativa y sacrificar a ésta el principio federal, porque se llegaría a su cancelación.

Se impone concluir que en el sistema federal argentino existen asimetrías, porque la constitución las prefiere para salvar el principio federal, que implica una alianza. Esta conclusión es válida para la cuestión de la coherencia entre la ley penal y la procesal: la constitución no admite que, para salvar la coherencia entre ambas, se sacrifique el principio federal, que tiene prioridad, por ser principio rector del texto.

El principio federal no colisiona con el republicano sino que se armoniza como forma de éste, que sin duda demanda un mínimo de racionalidad, que sólo puede ser dinámico y

---

<sup>16</sup> Expresión latina expresada para referirse a la facultad de sancionar del estado.

progresivo. Esto significa que en materia procesal penal las provincias pueden dictar sus propios códigos y perfeccionar en ellos los principios limitadores y las garantías, más allá de lo que hace la ley nacional (o una eventual ley marco de garantías mínimas que pudiera dictar el congreso de la nación), pero nunca legislar en forma menos limitadora ni con menores garantías (Zaffaroni, 1997 p.492).

En otra postura, están quienes sostienen la inconstitucionalidad del artículo 26 del código procesal penal, entendiendo que lo referente al ejercicio de las acciones penales ha sido delegado al gobierno federal, y siendo toda facultad delegada a la nación, en principio, exclusivo de esta, salvo que por disposición expresa se la haga concurrente, todo lo atinente a las acciones penales es extraño a la órbita provincial, como así también que lo normado por el mencionado artículo 26 al contraponerse con las previsiones del artículo 71 del código penal, siendo normas de distinto rango no pueden aplicarse integrativamente, debiendo elegir entre una u otra, por lo que por imperio del artículo 31 de la constitución nacional debe regir la norma del código de fondo.

Dicho artículo 31 reza textualmente: “Esta constitución, las leyes de la nación que en su consecuencia se dicten por el congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto de 11 de noviembre de 1.859”.

También tenemos una tercera postura, más neutral, donde ambas normas pueden convivir y deben aplicarse en forma conjunta y armónica sin que se afecten jerarquías o contenidos de una y otra legislación.

## **5. Jurisprudencia sobre su constitucionalidad.**

En cuanto a la controversia sobre la constitucionalidad del artículo 26 del código procesal penal, citamos un trascendente caso que la Suprema Corte de Justicia de Mendoza resolvió, los autos n° 83.449, caratulada “Fiscal c/ Sosa Moran, Juan Rafael y otros p/ daño agravado s/casación” de fecha 19 de septiembre del año 2005. Ante la trascendencia práctica de la cuestión y por la claridad con que los ministros de la corte mendocina abordan el fallo, se citan los conceptos fundamentales y algunos fragmentos del extenso fallo que determinaron la solución del caso:

El primer voto, conforme a sorteo, le correspondió al doctor Herman Amilton Salvini, quien luego de referenciar la opinión del Sr. procurador general de la suprema

corte de justicia, quien se expide por la constitucionalidad, emite su opinión en los siguientes términos:

Resolución del caso: “De la detenida lectura del recurso de inconstitucionalidad interpuesto, arribo a la convicción de que el mismo debe prosperar.

....estimo necesario efectuar algunas consideraciones, atento las singulares características de autos, y es que Juan Rafael Sosa Morán, se encuentra sindicado por la comisión del delito de Daño Agravado, en razón de haber escrito en la pared de la Escuela Padre Arce, la frase Vote M.S.T. pague con la izquierda; no al pago de la deuda externa, paro y plan de lucha, importando un daño equivalente a la suma de cien pesos.

....reclama el postulante, y evidencia de modo contundente, la necesidad de la vigencia del principio de oportunidad, previsto en el artículo 26 del código procesal penal

....el conflicto hoy planteado, supone resolver la aparente contraposición de normas contenidas en el Código Penal con las normas adjetivas, concretamente el art. 71 y concordantes, una consideración en relación al 274 cp y artículos 26 y concordantes del CPP.

El argumento desarrollado por el Dr. Eugenio Zaffaroni, en relación a este tema, me permite afirmar que la contraposición de las mandas enneciadas, es solo aparente.

Al respecto, el autor citado afirma: “algunas normas se encuentran discutidas entre el derecho penal y el procesal penal, particularmente porque no se ha analizado bien su naturaleza, y consecuentemente, no puede determinarse si pertenecen a una o a otra ciencia jurídica. Estas dudas particulares, son de principalísima importancia, puesto que, en función de lo dispuesto por el art. 67 (hoy 75 inc. 12) de la Constitución Nacional, el Congreso de la Nación debe sancionar el Código Penal, pero conforma a los artículos 5, 105 y 106 de la Constitución, se interpreta que la legislación procesal corresponde a las provincias como poder no delegado, lo que creemos correcto...” (Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal. Parte gral. Tomo I, Ediar, Pág. 194/199).

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

...Ahora bien, es el propio código de forma el que sistematiza los modos de aplicación o de realización del derecho de fondo, cuando regula los supuestos, en los que el principio general de la oficialidad en el ejercicio de las acciones penales, queda excepcionado a través de las previsiones contenidas en el art. 26 del CPP.

Es precisamente este aspecto, el que emerge como conflictivo y que ha planteado este cuestionamiento de constitucionalidad. Si sostenemos que “ la acción no es más que el momento dinámico de una pretensión preexistente y estática, a la cual la desencadena

la comisión de un hecho, que pone en funcionamiento en conjuntos de actividades procesales, estoy reconduciendo las aserciones de Zaffaroni, a las normas procesales hoy vigentes”. Este concepto de acción tomado de Sebastián Soler (“Derecho penal Argentino” ed. Tea, Bs As 1978 Tomo II, pág. 439), revela por un lado, la vinculación entre Derecho Penal y Derecho Procesal Penal y a su vez. La distinción entre acción y pretensión penal y me ofrece la posibilidad de salvaguardar la constitucionalidad del art. 26 inc. 1 y 2 del CPP, para afirmar que el legislador provincial, ha regulado en el artículo de mención un modo particular de la persecución penal.

En orden a la aludida interrelación del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal, desde la doctrina se alega “la correlación entre el derecho material y el procesal es íntima y profunda. Es que si bien no puede negarse que existen categorías específicas propias de lo procesal en general, y sobre lo cual han existido aportes que ya forman parte insoslayable de nuestra cultura jurídica, se presentan problemas que, como lo vio con acierto Ricardo Núñez, son de imposible solución recurriendo exclusivamente a la teoría procesal de muy escasa utilidad. De tal manera, los procedimientos arbitrados para la aplicación del Derecho penal, deben ser comprendidos dentro del mismo sistema y esta, a su vez, enfocado desde la más amplia visión de la Política Criminal.....” (Clariá Olmedo, “Derecho Procesal Penal. Tomo I pág. 211)

...Desde la doctrina se sostiene: “que el poder punitivo es de carácter predominantemente político, y se manifiesta en el Código Penal, que prevé las conductas delictivas y las penas; más la pretensión punitiva es de específica índole realizativa y se encuentra normativamente establecida dentro del proceso penal” (Vázquez Rossi, Derecho Procesal Penal, tomo I conceptos generales, pagina 309.).

El legislador provincial disciplina la dinámica de la pretensión punitiva en el marco del proceso penal y reglamenta a través del art. 26, la modalidad de la persecución; queda a resguardo lo vinculado al ejercicio de la acción penal, cuando imperativamente dispone que deberá iniciarla de oficio (art.8) o bien que deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente (art. 26 primer párrafo CPP), lo que me permite compartir las palabras del Sr. Procurador cuando sostiene “que el artículo 26 del CPP, no se opone a la legislación de fondo, por cuanto, el Código Penal indica que las acciones deben iniciarse de oficio salvo excepciones que por él contempladas, y en el caso de los artículos de nuestro Código Procesal que regula el principio de oportunidad, taxativamente se indica que el Ministerio Público deberá ejercer la acción en todos los casos, lo que suponer que cuando solicite el beneficio, ya se encuentra iniciada de oficio la misma”

...Sobre esta base, el código procesal penal, ha implementado válidamente mecanismos que imprimen movimiento a la acción penal y así resulta válida y legalmente

sustentable, la posibilidad de que la persecución penal “se suspenda total o parcialmente, que se la limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho”.

Se parte del principio de legalidad como punto inicial para la persecución penal, pero se impone la salvaguarda de los mecanismos previstos en la ley procesal penal local, como el principio de oportunidad, que opera a modo de excepción de las reglas contenidas en el artículo 8 y concordantes del rito penal: dicho en otros términos, principio de legalidad (oficialidad) como regla y principio de oportunidad como excepción.

Esta posición, me coloca a favor del denominado principio de oportunidad reglada, y en palabras del autor antes citado, comparto el criterio que “sobre la base de la vigencia del principio de legalidad, se admiten excepciones por razones de oportunidad, que se encuentran previstas en la legislación penal, cuya aplicación en el caso concreto se realiza bajo la responsabilidad de funcionarios judiciales predeterminados, generalmente con el consentimiento del imputado, a veces también de la víctima y requiere el control del órgano jurisdiccional (sobre si el caso es de los que la ley autoriza abstractamente a tratar con criterios de oportunidad y sobre si amerita concretamente dicho tratamiento”

...El otro aspecto que debe ser abordado, es el referido a la posible contradicción existente entre normas sustantivas art 274 CP y el art. 26 del rito penal. Hago más las argumentaciones del Dr. Dante Vega, quien expresa: “a nuestro entender, es cierto que en un sistema en donde impere la oficialidad y la legalidad en la promoción y ejercicio de las acciones penales sin admitirse otras excepciones que las previstas en el propio Código Penal, el agente fiscal que solicitaba la suspensión de la persecución penal argumentando criterios de discrecionalidad política y el Juez que lo concedía podían incurrir en el tipo referido. Pero a partir de la sanción del art. 26 del CPP, el art. 274 del Código Penal, jamás podría atrapar conductas del fiscal, la de su Superior ni la del Juez que implementan el principio de oportunidad por una simple razón de coherencia en el ordenamiento jurídico en general que no puede facultar por un lado lo que prohíbe el otro. Contra esto no se podría argumentar que la ley procesal está creando una causal de atipicidad o de justificación porque en realidad estas ya están previstas en el art. 35 inciso 4 del código Penal (legítimo ejercicio de un cargo); y en este entendimiento “orden normativo” no significa orden normativo sustantivo, sino en general, esto es, comprensivo de las normas sustanciales y procesales (“Estudios sobre el Nuevo Código Procesal Penal de Mendoza” Lavado Diego Jorge, Vega Dante Marcelo, Ediciones Jurídica Cuyo, paginas 109, 110). Por las razones expuestas y opinión concordante del Sr. Procurador General, corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad

interpuesto y en consecuencia, corresponde declarar la constitucionalidad de los incisos 1 y 2 del artículo 26 del CPP ley 6730 y sus modificatorias.

El Dr. Pedro J. Llorente se adhiere al voto del Dr. Herman Salvini, no así el Dr. Carlos Böhm quien voto en disidencia. Al constituir mayoría la posición adoptada por los doctores Llorente y Salvini, ésta constituyo la postura que da solución al caso en cuestión.

#### **6. Resoluciones de procuración general de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.**

Recientemente, en fecha 27 de diciembre de 2.016, el procurador general de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza emitió la resolución n° 717/2016 tendiente a reglamentar la aplicación de los principios de oportunidad.

Comparto para mayor claridad y comprensión, parte de los argumentos que llevaron a dictar la mencionada resolución:

Que sin perjuicio de la vigencia del principio de legalidad que se desprende del artículo 8 de nuestro código procesal penal, en armonía con el artículo 71 del código penal, el ordenamiento ritual, también autoriza al ministerio publico a instar la aplicación de criterios de oportunidad en la forma que lo reglamentan los artículos 26 a 32 del código procesal penal, con el objeto de resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho en procura de restaurar la armonía social entre sus protagonistas.

Este cometido se ve también reflejado en las recientes modificaciones introducidas por el honorable congreso de la nación, mediante la sanción de la ley 27.147 (BO. 18/06/15), y el ya sancionado código procesal penal de la nación, ley 27.063 (BO 10/12/14) cuya vigencia se encuentra postergada, y que contempla la disponibilidad en el ejercicio de las acciones penales, permitiendo inclusive la conversión de la acción pública en privada en determinados casos, lo que posibilita determinar políticas de persecución penal más eficaces en aras a los intereses sociales preponderantes y que mayo alarma y daño generan en la población.

...Resulta necesario adecuar estos principios a la realidad judicial y situaciones conflictivas que se suscitan con frecuencia en el contexto de nuestra sociedad, y atendiendo al principio de unidad de actuación del ministerio publico fiscal se torna imperativo, a fines de reducir los márgenes de discrecionalidad propios de los operadores jurídicos, establecer parámetros claros y precisos a fin de establecer las circunstancias en que resulta aconsejable que el órgano persecutor intente tempranamente solucionar, de manera eficiente algunos hechos que generan conflictos de intereses en miras a su resolución pacífica y armónica de los mismos.

En tal inteligencia, esta alternativa no sólo debe ser puesta en conocimiento del imputado y su defensor, sino también y principalmente, debe ser informada a la víctima del hecho, toda vez que en un significativo número de causas, la dilación de las mismas por el

cúmulo y desarrollo normal del proceso penal, conllevan a una demora innecesaria que suspende el conflicto en el tiempo sin resolverlo, generando en ocasiones situaciones de mayor conflictividad social, perjuicios económicos, dificultades laborales y demás situaciones particulares que deben ser atendidas, sin menoscabar por ello la obligatoria actuación oficiosa del estado por tratarse de acciones penales públicas.

A tales fines, los señores ayudantes fiscales y los señores fiscales de instrucción, siempre y en la primera oportunidad en que les corresponda intervenir, harán conocer esta alternativa al sospechado de criminalidad en la oportunidad de los artículos 318 y 271, y a la víctima al momento de recepcionársele denuncia o testimonio si la causa se ha iniciado de oficio, artículos 326 y 231/232, en concordancia con los artículos 7, 92 y 198, todos del código procesal penal, en relación a cada una de las partes respectivamente, en lo referente a la vigencia de los institutos de conciliación o reparación integral del perjuicio (inciso 6, artículo 59 código penal).

En razón de los argumentos de hecho y de derecho expuestos, el señor Procurador General, RESUELVE:

Reglamentar la aplicación de los principios de oportunidad circunscriptos a los siguientes supuestos: Procedencia en relación al:

A) Hecho:

- 1) Que no se trate de casos de violencia de género, o los afectados sean menores de 13 años de edad, artículo 25 del código civil.
- 2) Que no se trate de hechos que puedan comprometer el interés o el orden público
- 3) Que no hayan causado la muerte o puesto en riesgo la vida de la víctima.
- 4) Que no se hayan utilizado medios idóneos para generar un peligro común, ni armas de fuego.
- 5) Que no aparezca cometido en perjuicio de la administración pública provincial, y/o haya afectado el normal desenvolvimiento de los poderes públicos en cualquiera de sus esferas

B) Imputado:

- 1) Que no revista la calidad de reincidente en los términos del artículo 50 del código penal.
- 2) Que no se le haya concedido el instituto que solicita, o se haya declarado la extinción de la acción penal en un periodo inferior a un (1) año, de conformidad con los incisos 6 y 7 del artículo 353 código procesal penal y 59 inciso 6 del código penal.
- 3) Que en relación al hecho investigado no revista el carácter de funcionario público en los términos del artículo 77 3er párrafo código penal, siempre que se sospeche que el mismo se ha cometido en ejercicio de sus funciones o abusando o valiéndose de su cargo.
- 4) Que no se encuentre judicialmente sometido a medidas de seguridad curativas o educativas establecidas en la legislación nacional de estupefacientes (ley 23.737) o salud mental (ley 26.657).

C) Víctima:

- 1) Que su consentimiento sea prestado exclusivamente ante los órganos competentes del ministerio público fiscal, de manera libre y voluntaria.
- 2) Que la reparación ofrecida resulte integral, conforme a sus propios intereses, o la conciliación se efectivice bajo las condiciones que acepte, todo lo que quedará debidamente detallado de manera sucinta en la conformidad que oportunamente preste el representante del Ministerio Público en su dictamen, conforme lo ordenado por el artículo 167 código procesal penal.
- 3) En los casos en que la reparación o conciliación se estipulen plazos, los mismos no podrán superar los cuatro (4) meses, luego de lo cual, el Fiscal interviniente deberá corroborar sumariamente el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el imputado, artículo 26 inciso 2 código procesal penal, después de lo cual requerirá la audiencia que prevé el artículo 362 del código procesal penal, a los efectos de solicitar el sobreseimiento ante el órgano jurisdiccional.
- 4) Si la víctima fuese mayor de 13 años y menor de 18, o incapaz, y careciere de representantes legales, tutor o guardador de hecho, se dará intervención a la asesoría de menores e incapaces a efectos de garantizar su representación promiscua conforme las previsiones de la ley provincial 6.354. Fdo: Dr. Alejandro L.A. Gullé – Procurador General de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

Como se observa en tan clara resolución, el procurador de la provincia en su función de jefe superior del ministerio publico fiscal establece los parámetros para aplicar los criterios de oportunidad en cuanto al hecho en que cabría la posibilidad de solicitarlo, el tipo de imputado a quien podría aplicarse y los requisitos también que se imponen a la víctima de los delitos.

Con esta resolución se pone limite a la discusión y disparidad en la aplicación de los criterios de oportunidad, sentando un modelo de acción igual para todos los agentes fiscales provinciales, propiciando la más igualitaria y justa aplicación de la justicia, la que no dejará lugar a dudas sobre los casos en que podría proceder, sino mas bien determinándolos puntualmente.

Para la misma fecha de dictado de la resolución antes vista, también se emite la resolución de procuración n° 718/2016 donde se establecen las mismas condiciones para instar la aplicación de criterios de oportunidad, pero no en la etapa de la investigación penal preparatoria como se dispuso en la resolución 717/2016, sino ya aplicable a la etapa del plenario. Veamos lo más relevante de esta resolución:

...Considerando: ...se dicto la resolución de procuración para la etapa de investigación penal preparatoria, destinada a los magistrados y funcionarios del ministerio publico fiscal a

quienes les corresponde intervenir durante dicha etapa procesal, disponiendo que ello ocurra en la primer oportunidad en la que tomen parte tanto el imputado como la víctima y sus respectivos representantes legales.

Bajo la misma perspectiva, y una vez que la causa ha ingresado al estadio del plenario ante la cámara del crimen y/o juzgados correccionales respectivamente, corresponderá a los señores fiscales de cámara y de instrucción, actuar de igual manera, y en consecuencia, acatar estrictamente el término que fija el artículo 30 último párrafo del código procesal penal, que remite al artículo 364 del mismo cuerpo ritual, es decir, hasta que se agote el plazo de citación a juicio, y en casos correccionales hasta el vencimiento del plazo fijado por el artículo 417 quinqués, primer párrafo, vencido el cual, queda vedado al ministerio público proponer o prestar su consentimiento para la aplicación de los principios de oportunidad que admite el artículo 26 del código procesal penal, como excepción al principio de legalidad.

De esta manera se impide que se lleven a cabo numerosos actos procesales que luego devienen abstractos en relación a las partes, y tampoco permiten a los tribunales intervinientes fijar las audiencias de debate de manera ordenada, con los inconvenientes y gastos que todo ello ocasiona, por ejemplo, ofrecimiento de pruebas, citación de testigos, investigaciones suplementarias, integración de tribunales colegiados para substanciar devastes, etc..

En base a ello, cualquier principio de oportunidad de los enumerados por el artículo 26 código procesal penal, incluido el juicio abreviado final que prevé el artículo 418 del mismo código, deberán ser solicitados en el plazo legal dispuesto al efecto, y atendiendo a que se trata de un acto personalísimos, que ambos artículos colocan en cabeza del imputado como derecho y poder autónomo del mismo, la citación a juicio deberá serle notificada a éste de manera personal en tiempo oportuno a fin de que quede garantizado de modo efectivo su derecho de defensa en juicio.

...Finalmente, una vez que haya sido rechazada fundadamente la aplicación de un criterio de oportunidad durante la etapa de la investigación penal preparatoria, y atento a su vinculatoriedad, el mismo no podrá ser reeditado durante el desarrollo del plenario, o durante el desarrollo de este último fuera del plazo del artículo 360, salvo que de manera objetiva, nuevos elementos de prueba, hagan necesario su reexamen.

En razón de los argumentos de hecho y de derecho expuestos, el señor procurador general, Resuelve:

- 1) Reglamentar la aplicación de los principios de oportunidad durante la etapa del plenario, bajo los presupuestos de la resolución de procuración general relativa a los criterios de oportunidad durante la investigación penal preparatoria.
- 2) Comunicar la presente a los señores ayudantes fiscales y a la totalidad de los magistrados del ministerio público fiscal a los efectos del estricto cumplimiento de la misma.

- 3) Comunicar la presente a la excelentísima suprema corte de justicia de Mendoza, peticionando su adhesión a esta resolución, y en consecuencia, disponiendo su obligatoriedad para los órganos jurisdiccionales competentes que de ella dependen a los fines señalados precedentemente. Fdo: Dr. Alejandro L.A. Gullé – Procurador General de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

Aquí como se observa, se amplía el margen de aplicación de los criterios de oportunidad ya a la etapa del plenario, fijando los plazos hasta los cuales se pueden peticionar las mismas, y adhiriendo a los requisitos y condiciones respecto de hecho, imputado y víctima que se fijaron en la resolución que precede.

## **Conclusión final**

La estudiada ley 27.147 viene a resolver un viejo debate doctrinario sobre qué legislatura, nacional o provincial tiene el poder de dictar normas que prevean los criterios de oportunidad reglados, dado que de esto dependía la constitucionalidad de las leyes provinciales que ya se habían dictado al respecto en algunas provincias, como por ejemplo las provincias de Mendoza, Rio Negro, Santa Fe o Ciudad Autónoma de Buenos Aires por citar algunos casos.

Del trabajo de investigación realizado resulta que el principio de oportunidad como esta contemplado no se opone al principio de legalidad, sino que éste se asienta en la capacidad política de arbitrio que en todo estado de derecho se le reconoce a los poderes constituidos, y el mismo tampoco constituye un mecanismo que afecte al debido proceso, sino que es un instrumento que coadyuva para su mejor eficacia y realización.

El estado de derecho contemporáneo requiere razonabilidad, racionalidad y coherencia para su efectiva ejecución. Dentro de este esquema se encuentra la vigencia del principio de oportunidad y quienes aceptan este principio con criterio nacional, como se establece en el código penal, son contestes en hacerlo de manera limitada conforme el sistema Alemán, y no de absoluta libertad al estilo de los Estados Unidos.

Del examen global se observa que en el mundo no hay sistemas judiciales que puedan dar tratamiento a todos los delitos que se cometen. Es así como el procedimiento penal debe presentarse como un proceso de selección de casos y es aquí donde para realizar esa selección aparecen los criterios de oportunidad, sin los cuales existiría una selección de casos en forma autoritaria, discriminadora y discrecional, vulnerando la igualdad y equidad que los sujetos de derecho merecen.

Respondiendo a las preguntas de investigación que llevaron al desarrollo del presente trabajo respecto de si ¿existe una legislación adecuada en la provincia de Mendoza que regule dichas modificaciones?, ello en referencia a las modificaciones introducidas por ley 27.147, se constato que con anterioridad al dictado de esta ley de fondo, ya se habían contemplado en el derecho local los institutos de la suspensión de juicio prueba y los principios de oportunidad. Ahora respecto a sí dicha normativa era adecuada o no, pues considero que con anterioridad a la reglamentación emitida por directiva de procuración general de la provincia n° 717/2016, la misma no era adecuada, toda vez que no existía claridad y precisión en los criterios y casos en los que procedía aplicar los principios de oportunidad, donde solo se había reglado al respecto lo relativo a casos de violencia de género, dispuesto por directiva de procuración n° 148/12,

pero era necesario mayor exactitud en el tema y esta se logra conseguir exitosamente con las resoluciones 717 y 718/2016 por lo que considero que en la actualidad si es adecuada la normativa que regula la aplicación de estos principios.

En cuanto a si ¿se debería modificar el código procesal penal de Mendoza?, estimo que si hay una ley que prohíbe determinada conducta, y alguien no la cumple, se lo debe castigar, pero aquí aparece el problema de la saturación del sistema penal y consecuentemente con ello aparecen los criterios de oportunidad aplicables a ciertos casos. Estos criterios fueron contemplados por el código procesal local en el extenso artículo 26, pero se hacía imprescindible precisar y ahondar más sobre los casos en los que se aplicaban estos supuestos contemplados en el artículo mencionado. La mayor claridad en cuanto a sus alcances y condicionamientos, fue lograda con las modificaciones recientes a que nos referimos en el párrafo precedente (resolución 717 y 718). Ahora bien, sería conveniente verter el contenido de dichas directivas en el cuerpo del código procesal penal, lo que se puede lograr únicamente reformando dicho código e incorporando estos preceptos antes no establecidos, por lo que respondo que sí a la pregunta formulada.

En razón del interrogante ¿Qué dispone el código procesal penal de la nación al respecto?, de la lectura y análisis de los artículos citados de este código recientemente sancionado, se observa claramente su énfasis en establecer y determinar las causales de disponibilidad de la acción penal, que son las que permitirán a los agentes fiscales ejercitar o no la misma y solicitar o no algún criterio de oportunidad.

Finalmente sobre la pregunta ¿Qué ha resuelto la jurisprudencia local sobre la aplicación de estas nuevas causales?, pues en cuanto al viejo debate sobre constitucionalidad o inconstitucionalidad de la incorporación de los principios de oportunidad en el código de rito y la potestad de la provincia para esto, en un país que hace más de doscientos años discute y lucha sobre el federalismo, la regla debe ser siempre que las provincias conservan todo el poder que no ha sido específicamente delegado a la nación, conforme lo establece la constitución nacional. Como se observo en la jurisprudencia citada y analizada, tal debate sobre la inconstitucionalidad de la regulación de los criterios de oportunidad en el código procesal local, ha quedado atrás, resolviéndose por la mayoría de la doctrina provincial y nacional sobre la constitucionalidad de su reglamentación.

Espero que mi aporte contribuya al logro de una justicia más precisa, equitativa, justa y acorde al tiempo en el que se vive.

Fin.



## Listado de la bibliografía

- **Doctrina**

- Arocena, G. y Balcarce, F.** (2004). *Análisis Procesal Penal*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Binder, A.** (2016). *Justicia Penal y Estado de Derecho*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Bovino, A.** (1997). *La persecución penal pública en el derecho anglosajón*. Buenos Aires: Del Puerto.
- Bovino, A.** (2005). *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal Argentino*. Buenos Aires: Del Puerto.
- Caferatta Nores, J.** (1987). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Córdoba.
- Cafferata Nores, J.** (1997). *El principio de oportunidad, Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Buenos Aires: Del Puerto.
- Cafferata Nores, J.** (2004). *Manual de derecho procesal penal*. Córdoba: Ciencia, derecho y Sociedad.
- Caferatta Nores, J.** (2005). *Cuestiones Actuales Sobre El Proceso Penal*. Buenos Aires: Del Puerto.
- Coussirat, J.** (2013). *Código Procesal Penal Comentado De La Provincia De Mendoza*. Mendoza: La Ley.
- De Luca, J.** (1998), *Reflexiones acerca de la Extinción por Renuncia o Desistimiento de la Acción Penal Privada (A propósito del conflicto constitucional existente entre los arts. 422 y 423 del Código Procesal Penal de la Nación y 59 y 62 del Código Penal)*. Buenos Aires: Cuadernos de Doctrina.
- Guariglia, F.** (1993), *Facultades discrecionales del Ministerio Público e Investigación preparatoria: el principio de oportunidad*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Hegel, G.** (1968). *Filosofía del Derecho, 5ta edición*. Buenos Aires: Claridad.
- Jakobs, G.** (2001), *Que protege el derecho penal: Bienes Jurídicos o la Vigencia de la Norma*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Maier, J.** (1985), *Balance y propuesta del enjuiciamiento penal del siglo XX*. Buenos Aires: De Palma.
- Maier, J.** (1995). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Del Puerto.
- Maier, J.** (1999). *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*, Tomo I. Buenos Aires: Del Puerto.

- Soler, S.** (1956). *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: TEA.
- Vázquez Rossi, J.** (1993). *Derecho procesal penal*. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni.
- Vázquez Rossi, J.** (2008). *Derecho Procesal Penal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Vélez Mariconde, A.** (1981). *Derecho Procesal Penal, II edición*. Córdoba: Marcos Lerner.
- Vítale, G.** (2004). *Suspensión Del Juicio A Prueba*. Buenos Aires: Del Puerto.
- Zaffaroni, E.** (1980). *Tratado De Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E.** (1997). *Manual de derecho penal parte general*. Buenos Aires: Ediar.
- Zipf, H.** (1979). *Introducción a la Política Criminal*. Jaén: E.R.

- **Doctrina en internet**

[www.actualidadjuridica.com.ar](http://www.actualidadjuridica.com.ar)

[www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar)

Convención americana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer:

[https://www.oas.org/dil/esp/Convencion\\_Belem\\_do\\_Para.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Convencion_Belem_do_Para.pdf) (última consulta 03/05/17)

Bentham, J. (1823). An Introduction to the Principles of Morals and Legislation:

[www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/bentham1780.pdf](http://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/bentham1780.pdf) (última consulta 03/05/17)

<http://www.mercosur.int/>

- **Legislación**

Constitución Nacional Argentina

Constitución de la Provincia de Mendoza

Código Penal Argentino

Código Procesal Penal de la Nación

Código Procesal Penal de Mendoza

Código Procesal Penal de Córdoba

Ley 27.147

Ley 24.769

Ley 23.737

Ley 24.316

Ley 25.087

- **Acordadas**

Acordada Suprema Corte de Justicia de Mendoza N° 21.612 bis.

- **Resoluciones Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.**

1. Resolución 717/2016:

<http://ministeriopublico.jus.mendoza.gov.ar/novedades/vernoticia.php?noticia=01d23894-3da84a56-47fff28f-f1a3548f> (última consulta 03/05/17)

2. Resolución 718/2016:

<http://ministeriopublico.jus.mendoza.gov.ar/novedades/vernoticia.php?noticia=18578673-613e4269-4ba52245-e47ace9d> (última consulta 03/05/17)

3. Resolución 128/2012

- **Jurisprudencia consultada**

1. Cámara Primera del Crimen de la Provincia de Córdoba, en sala unipersonal, al resolver los autos N°948.056 caratulados “F. c/ Gómez, Claudio Marcelo y otros p/ Homicidio Culposo Agravado, etc.”, resuelta el 29 de junio de 2015. (aplicación criterio oportunidad).

2. Primer Juzgado Correccional de la Tercera Circunscripción Judicial de Mendoza, al resolver los autos N° 36.487, caratulados “F. c/ Sosa Digiobambatista Mauricio Cristian p/ Lesiones Culposas” resuelta el 04 de marzo del 2015, Sentencia N° 2.179.- (aplicación criterio de oportunidad).

3. Primer Juzgado Correccional de la Tercera Circunscripción Judicial de Mendoza, al resolver los autos N° 36.698, caratulados “F. c/ Contreras Claudia Andrea p/ Lesiones Culposas Graves”, resuelta el 06 de Julio del 2015. Sentencia N° 1.963. (reparación integral del perjuicio).

4. Suprema Corte de Justicia de Mendoza. autos N° 99.563, caratulados: Fiscal c/ Bermejillo Coulon, Diego Martin p/ Falsificación de instrumento público s/ casación.11/09/2012.
5. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallo Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa n° 14.092” 23/04/2013.
6. Fallo Kosuta.  
<https://luciasavarese.wordpress.com/2008/11/12/kosuta-teresa-r-s-recurso-de-casacion-fallo-plenario/> (última consulta 03/05/17)
7. Fallo Gasol.  
<http://es.slideshare.net/cursoderechopenaltoftuc/csjn-gasol-pos-de-segunda-condicional-si-hecho-anterior-a-1-cond> (última consulta 03/05/17)
8. Fallo Sosa Moran.  
[http://capacitacion.jusmisiones.gov.ar/files/material\\_curso/Sosa%20Moran,%20Suprema%20Corte%20Mendoza,%20constitucionalidad%20art.%2026.pdf](http://capacitacion.jusmisiones.gov.ar/files/material_curso/Sosa%20Moran,%20Suprema%20Corte%20Mendoza,%20constitucionalidad%20art.%2026.pdf) (última consulta 03/05/17)