

Análisis de la ley 27.147: modificación del régimen de extinción y ejercicio de las acciones penales en el Código Penal argentino.

Por:

Ana Inés Pérez Duhalde, Especialista en Derecho Penal,
con la colaboración de:

Aldana Ayelén Aued, estudiante de Abogacía, Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N.L.P.

Estefanía Victoria Caputo, estudiante de Abogacía,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N.L.P.

El objetivo general del presente trabajo consiste en analizar la ley 27.147 (B.O. 18/06/2015) que modificó el régimen de extinción y ejercicio de las acciones penales en el Código Penal argentino (C.P.).

A tales fines, se plantean los siguientes objetivos específicos:

- Investigar las diversas definiciones y posturas en torno a los principios de legalidad procesal y oportunidad.
- Estudiar las reformas introducidas por la ley 27.147 al C.P. y su relación con la sanción del nuevo Código Procesal Penal de la Nación (C.P.P.N.).
- Efectuar un análisis comparativo entre los institutos incorporados al C.P. por la ley 27.147 y los vigentes en el procedimiento penal de la provincia de Buenos Aires.

I. Definiciones y posturas en torno a los principios de legalidad procesal y oportunidad

1. El principio de legalidad procesal

Julio Maier define el principio de legalidad procesal como el deber de los órganos del Ministerio Público de promover la persecución ante la noticia de un hecho punible en procura de una decisión judicial¹. Vinculado con este mandato, el art. 274 C.P. amenaza penalmente al funcionario público competente que no ejerza ni promueva la acción.

Dicho principio no tiene recepción en la Constitución nacional (C.N.). Cafferata Nores refiere que si bien el art. 18 de la C.N. establece que “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”, no establece que ante la *noticia criminis* surja el deber imperioso de iniciar un proceso y aplicar una pena. A su vez, indica que a pesar de que el art. 60 de la C.N. reconoce expresamente la necesidad de acusación como presupuesto del juicio (acusación, juicio y castigo), no ordena que aquella se produzca en todos los casos².

El principio de legalidad procesal está regulado en el art. 71 C.P. que con anterioridad a entrada en vigencia de la ley 27.147 lo receptaba en forma amplia. Luego de la reforma, tal como se expondrá a continuación, sufrió un fuerte debilitamiento y quedó supeditado a la inexistencia de criterios de disponibilidad de la acción penal en las leyes procesales.

El Código Procesal Penal de Buenos Aires también recepta dicho principio en el art. el art. 6: “La acción penal pública corresponde al Ministerio Público

1 MAIER, Julio B.J, *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*, Editorial del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 1999, pág. 828.

2 CAFFERATA NORES, José I, “Legalidad u oportunidad”, publicado en *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, pág. 26/27.

Fiscal, sin perjuicio de la participación que se le concede a la víctima y al particular damnificado... El ejercicio de la acción no podrá suspenderse, interrumpirse, ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previsto por ley”.

¿La regulación del ejercicio de las acciones penales es competencia originaria de las provincias o fue delegada a la Nación?

Antes de la entrada en vigencia de la ley 27.147 se discutía si la regulación en torno al ejercicio de la acción penal era una cuestión sustancial y por lo tanto delegada por las provincias a la nación, o una cuestión procesal no delegada y que debían regular las leyes procesales.

Con la reforma de la ley 27.147 esta discusión pareciera haber perimido pues, tal como se analizará a continuación, el C.P. reconoce expresamente a las leyes procesales competencia para legislar de modo amplio sobre el tópico.

No obstante, resulta interesante reseñar algunas de las posturas anteriores a la reforma:

a) Para Soler, al igual que para la doctrina clásica en general (Nuñez, Fontán Blaestra, De la Rúa, entre otros), la reglamentación de la acción es de carácter penal sustantivo y su regulación corresponde al Congreso nacional. Explica que “siendo la acción penal un poder absolutamente limitado en su contenido por las figuras jurídicas delictivas, se hace necesario distinguir algunas condiciones y formas bajo las cuales la potestad punitiva es entregada a los órganos que la han de hacer efectiva. Estas condiciones y límites, naturalmente, no forman parte del procedimiento, no son normas procesales, sino penales, porque contiene autolimitaciones de la pretensión punitiva, con las cuales la ley de fondo fija a la pretensión punitiva una especie de vida; distintos modos de nacimiento y de extinción”³.

b) En el mismo sentido, Maier refiere que “el régimen de las acciones penales, de su ejercicio y su extinción, al menos entre nosotros, pertenece al derecho

3 SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo II, TEA, Buenos Aires, 1978, págs. 439/440.

penal material, no sólo porque sus reglas representan condiciones para la punibilidad de un hecho, sino, también, porque se trata de decisiones políticas básicas, que definen el sistema penal y que deben regir igualitariamente para toda la República, razón de ser racional de la delegación por las provincias del poder legislativo en el Congreso de la Nación para sancionar ciertas leyes comunes, en una decisión contraria al modelo federativo utilizado por nuestros constituyentes para lograr el texto de la Constitución Nacional”⁴.

c) Por su parte, Zaffaroni si bien considera que es materia de naturaleza procesal, entiende que el Congreso de la Nación está facultado a dictar un marco legal mínimo. En tal sentido, recuerda que “la Constitución atribuye al Congreso de la Nación dictar el código penal (art. 75 inc. 12), pero conforme a los arts. 121, 122 y 123, los códigos procesales corresponden a las provincias como poder no delegado (art. 121) y, por lo tanto, puede objetarse la constitucionalidad de las disposiciones del código penal que legislan en materia procesal. Las principales normas del código penal que plantean este interrogante son las relativas al ejercicio y extinción de las acciones penales (...) Por ello, la mayor parte de [la] doctrina trató siempre de asignarles naturaleza penal y no procesal como modo práctico de resolver el problema. No obstante, es difícil sostener que se trata de materia penal, pues no puede ignorarse que la teoría de la acción es un eje doctrinario central del derecho procesal, que la jurisdicción y la competencia son por esencia materia procesal (...) Si se reconoce que la sanción penal es la pena y la procesal es la nulidad, no puede haber duda de que se trata de normas procesales. Son requisitos de procedibilidad y no condiciones de punibilidad, como se ha pretendido en algún momento: cuando falta una condición de punibilidad se impone la absolución; cuando falta un requisito de procedibilidad no hay proceso”.

[...]

“El sistema argentino, al escindir las fuentes de producción de la legislación penal y la procesal penal, estableciendo que la primera es el Congreso de

4 MAIER, Julio, “La renuncia a la acción penal privada y el abandono de la querella”, 1997, NDP, B, pág. 748.

la Nación y la segunda las legislaturas provinciales, corre el riesgo de abrir el camino para una grave asimetría legislativa... Para eludir los riesgos de esta asimetría, se ha sostenido que la Constitución no impone una división tan rígida dada la previsión constitucional que faculta al Congreso Nacional a dictar *leyes generales para toda la Nación* y, entre ellas, *las que requiera el establecimiento del juicio por jurados*. Dado que esta disposición otorga al Congreso Nacional la potestad legislativa en una materia claramente procesal, se deduce que el mismo Congreso debe dictar, al menos, una ley marco en la materia, *sin alterar las jurisdicciones locales... las disposiciones procesales del código penal no son inconstitucionales, a condición de ser entendidas como garantías mínimas, propias de un marco que las leyes procesales provinciales pueden superar y perfeccionar*. De este modo se respeta el principio federal, homogeneizando un mínimo de garantías para todos los habitantes y en cualquier competencia”⁵.

d) Binder, en una posición contrapuesta a las anteriores, afirma que “no necesariamente se debe aceptar que el régimen de la acción sea un poder federal. En primer lugar porque si se trata de un poder individual, toda nuestra Constitución nacional en cuanto al ejercicio de poderes individuales no está organizada desde el Estado federal hacia el municipio, sino al contrario, desde las estructuras municipales hacia el Estado federal que es el más restrictivo y último. Por otra parte, si se ha aceptado que deban ser las mismas provincias quienes deban organizar el proceso es razonable también que ellas organicen el poder requirente y así sea aceptado sin mayor discusión. Si la acción está vinculada al poder requirente de los ciudadanos de cada provincia, es lógico que sea cada Estado provincial el que deba establecer las condiciones que llevan a poner en marcha los órganos de persecución penal y el poder jurisdiccional que ellas han organizado. Se ha señalado que esto generaría desigualdades dentro del proceso. Sin duda en todo régimen federal el problema de la desigualdad en la aplicación de la ley es (...) intrínseco a la propia estructura federal... Para ello existe un órgano encargado de preservar la aplicación igualitaria de las normas constitucionales y en especial de los derechos individuales, que es la Corte

5 ZAFFARONI, Eugenio R., *Derecho Penal Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002, págs. 166/168.

Suprema nacional (...) En la medida que las provincias van adoptando sistemas acusatorios que le dan al Ministerio Público un papel preponderante en la organización de la investigación y en la persecución penal se va haciendo más notorio que carece de sentido que sea el Congreso federal quien establezca, las prioridades (principio de oportunidad) de esa persecución penal cuando esas prioridades están íntimamente vinculadas a las realidades locales... de cada provincia”⁶.

Para concluir con la reseña, resulta de interés mencionar que la Corte de la nación, con anterioridad a la sanción de la ley 27.147, en diferentes precedentes se alineó con la postura de la doctrina clásica al declarar la inconstitucionalidad de distintas leyes provinciales que regulan la extinción de la acción penal por entender que es materia de fondo de competencia nacional (Fallos 178:31; 219:400; 267:468; 276:376; 308:2140; entre otros.).

2. La crisis del principio de legalidad procesal y el surgimiento de los criterios de oportunidad

Ferrajoli recuerda que “[l]a insensata idea de que el derecho punitivo debe extirpar de la tierra todo los delitos’, escribió Carrara ‘lleva a la ciencia penal a la idolatría del terror’ (...) Por desgracia, la ilusión panjudicialista ha emergido de nuevo en nuestros días a través de la concepción del derecho y del proceso penal como remedios al mismo tiempo exclusivos y exhaustivos de cualquier infracción del orden social, de la gran criminalidad ligada a degeneraciones endémicas del tejido social y del sistema político, a las más minúsculas transgresiones de innumerables leyes que, cada vez con más frecuencia, son sancionadas penalmente”⁷.

En la misma línea de pensamiento, Alberto Bovino indica que uno de los principios que provocó y afianzó la crisis del sistema fue el de la persecución penal obligatoria. Alega que el principio de legalidad procesal se funda en presupuestos de

6 BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2009, págs. 215/216.

7 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, Madrid, 2006, pág. 562.

dudosa validez: 1) en la teoría absoluta de la pena⁸ que explica la sanción como retribución del hecho delictivo; 2) en el principio de igualdad ante la ley y 3) en la errónea creencia de que resulta posible guiar a los órganos de persecución para que ellos apliquen el derecho penal de forma igualitaria. Concluye que “el principio de legalidad procesal, además de resultar irrealizable, contribuye al desarrollo regular de prácticas de la justicia penal completamente irracionales e ilegítimas”⁹.

Según Bovino, el principio de oportunidad aparece como una forma racional de mitigar los criterios arbitrarios utilizados por el Estado para la selección de casos penales. De este modo, el Ministerio Público Fiscal comienza a aplicar criterios de política criminal o utilidad social. La “víctima” cobra visibilidad dentro del proceso y empieza a ser escuchada; cobran operatividad los conceptos de “reparación del daño”, “solución componedora del conflicto” y “negociación”. En definitiva, se incorporan modos alternativos de solución de conflictos, tendientes a desterrar la idea de que la pena es la única forma de ponerles fin.

Es preciso aclarar que no existe contradicción entre los postulados de legalidad y oportunidad, sino que este último le da más eficacia al primero. En este sentido es ilustrativa la frase de Hassemer que establece que es necesario “aplicar ‘tanta legalidad como sea posible y tanta oportunidad como sea... necesaria’, la gran necesidad de recurrir a estos mecanismos nos impone, entonces, el deber de favorecer su aplicación en la mayor medida posible”¹⁰.

8 Fiel representante de la teoría absoluta es Immanuel Kant para quien un estado que no aplica pena vuelve al estado de naturaleza. Esta autor postula que “[l]a ley penal es un imperativo categórico y ¡ay de aquél que se arrastra por las sinuosidades de la doctrina de la felicidad para encontrar algo que lo exonere del castigo, o incluso solamente de un grado del mismo, por la ventaja que promete, siguiendo la divisa farisaica ‘es mejor que un hombre muera a que perezca todo un pueblo!’ Porque si perece la justicia carece ya de valor que vivan los hombres sobre la tierra”. Agrega que “[s]olo la *ley del talión (ius talionis)* puede ofrecer con seguridad la cualidad y cantidad del castigo, pero bien entendido que en el seno del tribunal (no en tu juicio privado)” Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1994, págs. 165/167.

9 BOVINO, Alberto, *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, págs. 18/19.

10 BOVINO, Alberto, *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, pág. 223 y 224.

Hasta antes de la reforma de ley 27.147, la normativa nacional receptaba de modo taxativo algunos institutos que permitían aplicar criterios de oportunidad, ya sea extinguiendo la acción penal o eximiendo de la imposición de pena. Los primeros, tienden a combatir el colapso del sistema de justicia y, los segundos, a descomprimir el sistema penitenciario. Sin embargo, ambos buscan evitar la estigmatización que genera la solución de conflictos dentro del ámbito penal. A modo de ejemplo se pueden traer a colación los siguientes mecanismos que extinguen la acción penal: a) suspensión del juicio a prueba, regulada en los arts. 76 bis a 76 quater C.P. (luego de la reforma de la ley 27.147 dichas disposiciones se aplican de modo residual); b) oblación voluntaria del art. 64 del C.P. que consiste en el pago mínimo o máximo de la multa, en etapa de instrucción o juicio respectivamente, y reparación de los daños causados para delitos reprimidos con aquella sanción; c) el art. 18 de la ley 23.737 prevé la posibilidad de extinguir la acción penal en los casos de tenencia de estupefacientes para consumo personal cuando el sujeto activo sea droga-dependiente, supeditando dicho beneficio al cumplimiento de un tratamiento adecuado; d) la Ley 24.769 sobre “Delitos Tributarios” en el art. 16 establece que el sujeto obligado que espontáneamente de cumplimiento a las obligaciones evadidas quedará exento de responsabilidad penal.

Asimismo, el principio de oportunidad también se manifiesta en casos en que, más allá de no extinguir la acción penal, exime de la imposición de condena (excusas absolutorias) o se la reduce: a) el art. 4 de la Ley 22.278 establece que luego del auto de responsabilidad, el juez tiene la posibilidad de reducir la pena en la forma prevista para la tentativa o absolverlo de ella cuando fuere innecesaria su aplicación; b) los arts. 2 y 3 de la ley 25.241 permiten reducir la escala penal a la de la tentativa, limitarla a la mitad o al mínimo legal, cuando el imputado colabore “eficazmente” con la investigación; c) el art. 43 del C.P. exime de pena en los supuestos en que el autor de tentativa desistiere voluntariamente del delito; d) el art. 217 del C.P. exime de pena al que revelare la conspiración a la autoridad antes de haberse comenzado el procedimiento; e) el art. 185 del C.P. exime de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en línea recta; el consorte viudo,

respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro; los hermanos y cuñados, si viviesen juntos.

En estos ejemplos de eximición de condena se advierte la relación que existe entre el principio de oportunidad y los fines preventivos especiales de la pena. Maier indica que en estos casos, a pesar de que no se prescinde de la persecución, se busca descomprimir el sistema penitenciario priorizando aquellos casos de mayor relevancia¹¹.

II. Reformas introducidas al Código Penal por la ley 27.147

A partir de la sanción del nuevo Código Procesal Penal de la Nación¹², se creó la “Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación”¹³, dentro de la cual, se elaboró el proyecto de la ley 27.147¹⁴, junto con otras normas¹⁵ vinculadas con la puesta en marcha del nuevo régimen procesal penal. Cabe destacar que, en la actualidad, mediante el decreto 257/2015 se suspendió la entrada en vigencia del citado cuerpo de leyes.

11 MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, Tomo I. Fundamentos*. 2da edición. Editorial del Puerto s.r.l, Buenos Aires, 1999

12 El nuevo C.P.N. se sancionó mediante la ley 27.063 (B.O. 9/12/2014). Dicho cuerpo normativo iba a comenzar a regir en el ámbito de la Justicia Nacional a partir del 1º de marzo de 2016 (art. 2 de la ley 27.150), sin embargo, el decreto 257/2015 suspendió su entrada en vigencia (art 1 del decreto 257/2015).

13 Art. 7 de la ley 27.063

14 El 14/5/15 el proyecto de ley ingresó en la Cámara de Senadores; el 27/5/15 recibió media sanción y se remitió a la Cámara de Diputados que el 10/6/15, en sesión especial, sancionó la ley 27.147. El 17/6/15 se promulgó y el 18/6/15 se publicó.

15 Dentro del la Comisión Bicameral se elaboraron los proyectos de las siguientes leyes: ley del Consejo de la Magistratura. Procedimiento para la designación de subrogantes (ley 27.145, B.O. 17/6/2015); ley de Organización y Competencia de la Justicia Federal y Nacional Penal (ley 27.146 B.O. 18/6/2015); Modificación del Código Penal (ley 27.147, B.O. 18/6/2015); Modificación de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal (Ley 27.148, B.O. 18/6/15); ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación (Ley 27.149 B.O.); ley de Implementación del Código Procesal Penal de la Nación (Ley 27.150 B.O.18/6/2015).

El hecho de que la génesis de la ley 27.147 haya estado al servicio de la implementación del C.P.P.N. deriva en la imprescindible necesidad de remitirnos a este último para comprender el sentido de los nuevos institutos incorporados al C.P. Esta situación quedó puesta de manifiesto por el diputado Javkin en el debate parlamentario de la norma bajo estudio, oportunidad en la que alegó “modificamos el Código Procesal Penal incorporando principios nuevos y modificamos el Código Penal para que puedan regir algunos de esos institutos”¹⁶.

La ley 27.147 reformó los arts. 59 (se incorporaron nuevas causales de extinción de la acción penal: criterios de disponibilidad y oportunidad), 71 (se supeditó el principio de legalidad procesal a la inexistencia de reglas de disponibilidad de la acción penal en las leyes procesales), 73 (se incorporó un nuevo supuesto de acción privada: conversión de la acción pública en privada), reemplazó el 76 (estableció que la suspensión de juicio a prueba se regirá por las leyes procesales y que el C.P. se aplicará en forma residual) y derogó el 75 del C.P.

A continuación, se transcribirá el texto de cada uno de ellos, destacando con “negrita” las modificaciones incorporadas. A su vez, se citarán las normas correspondientes del C.P.P.N. que definen cada uno de los nuevos supuestos incorporados al régimen de extinción y ejercicio de la acción penal en el C.P., actividad que servirá como guía de interpretación.

1. El art. 59 del C.P. y su vinculación con los arts. 31 y 34 del C.P.P.N.

1. a) Artículo 59 del C.P.¹⁷:

La acción penal se extinguirá:

- 1) Por la muerte del imputado;
- 2) Por la amnistía;
- 3) Por la prescripción;

16 Debate parlamentario de la Cámara de Diputados, sesión del 10/6/15.

17 Texto anterior a la reforma del 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”.

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.

Se incorporaron tres nuevas causales de extinción de la acción penal: criterio de oportunidad (inc. 5), conciliación o reparación integral del perjuicio (inc. 6) y cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba (inc. 7).

Los incisos 5 y 6 son novedosos pues receptan de modo amplio criterios de disponibilidad de la acción penal. A su vez, reconocen a las leyes procesales competencia para legislar sin limitación alguna sobre el punto. De allí que las normas de rito podrán establecer no sólo el “procedimiento” sino también respecto de qué delitos se pueden aplicar, la incidencia de la oposición de la víctima, las condiciones personales que debe reunir el imputado, si procede o no para funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, entre otras cuestiones.

En lo que atañe al inc. 7, contrariamente a los dos casos anteriores, no es una nueva causal de extinción de la acción penal pues el art. 76 ter, cuarto párrafo, del C.P. ya la contemplaba. Resulta de buena técnica legislativa su inclusión dentro del citado art. 59 que de modo sistemático establece las causales de extinción de la acción penal. Es dable destacar que en este caso, se remite a las leyes procesales correspondientes y al C.P. de modo conjunto. Esto se explica porque el nuevo art. 76 establece como regla general que la suspensión de juicio a prueba se regirá por las leyes procesales y, ante la falta de regulación total o parcial de éstas, se aplicarán el C.P.

En relación a esta temática, en el debate parlamentario de la ley 27.147 el diputado Dato señaló que “[s]on tres hipótesis que son propias de la extinción de la acción penal, pero cuando aparecen en el código de fondo hay un adecuado reenvío a los códigos procesales, de manera que estamos en presencia de una modificación muy fuerte porque termina con el desorden y la desorientación en orden a quien podría legislar sobre la titularidad de la acción”¹⁸.

1. b) Estas nuevas causales de extinción de la acción penal del art. 59 del C.P. receptan los criterios de oportunidad previstos en los arts. 31 y 34 C.P.P.N.:

El artículo 31 regula los **criterios de oportunidad**. 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.

Por su parte, el art. 34 prevé la **conciliación** y establece que, sin perjuicio de las facultades conferidas a los jueces y representantes del Ministerio Público Fiscal en el artículo 22¹⁹, el imputado y la víctima pueden realizar acuerdos conciliatorios en los casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones

18 Debate parlamentario de la Cámara de Diputados, sesión del 10/6/15.

19 Artículo 22 del C.P.P.N.: Solución de conflictos. Los jueces y los representantes del Ministerio Público procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social.

gravísimas o resultado de muerte. El acuerdo se presentará ante el juez para su homologación, si correspondiere, en audiencia con la presencia de todas las partes.

2. El art. 71 del C.P. y su vinculación con el art. 30 del C.P.P.N.

2. a) Al artículo 71²⁰ del C.P. supedita el principio de legalidad procesal a la inexistencia de criterios de disponibilidad de la acción penal en las legislaciones procesales:

“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”.

Con la reforma de esta norma se pretendió resolver la discusión doctrinaria de largos años relativa a si la regulación sobre la legalidad procesal es una cuestión sustancial o adjetiva (ver punto I. 1. del presente). El legislador pretendió dirimir la controversia.

En esta senda, el Senador Urtubey, manifestó que “[h]ay una discusión de toda la vida respecto de si la acción penal es una cuestión de fondo o de forma. Depende cómo uno se pronuncie sobre el tema, si es de fondo tiene que estar en el Código Penal y si tiene que estar en el Código Penal debe estar hecho por nosotros. Si es de forma o procesal, es atribución no delegada de las provincias argentinas y es atribución de los propios códigos procesales de cada provincia establecer el régimen de la acción. Esta discusión que es teórica, las provincias argentinas un poco frente a la inacción del orden federal, en cuanto a modernizar su propio reglamento procesal, fueron avanzando, disponiendo de la acción, posibilitando la disposición de la acción; y no solamente en los casos clásicos, como la extinción o muerte del imputado o prescripción, sino también en los casos de disponibilidad de la acción, como principio de oportunidad, conciliación y reparación económica. Las provincias argentinas hacen

20 Texto anterior a la reforma del artículo 71: “Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes: 1) Las que dependieren de instancia privada; 2) Las acciones privadas”.

sus códigos y empezaron a admitir que los fiscales podían dejar de lado la acción cuando se producían situaciones de reparación, conciliación o el caso de principio de oportunidad. ¿Qué hicimos nosotros? Para zanjar esta discusión y convertirla en una cuestión casi de gabinete dijimos: Pongamos en el Código Penal esta posibilidad de extinción de la acción, para que quede claramente en el Código Penal sancionado para todo el país, como código de fondo, que esa posibilidad de disponer de la acción exista. Por supuesto que en las condiciones que cada ordenamiento procesal penal de la provincia lo disponga. Simplemente, ha quedado conciliada esta diferencia en cuanto a si tenía que estar en el código de fondo; lo hemos puesto allí”²¹

2. b.) El art. 30 del C.P.P.N. estipula que el Ministerio Público Fiscal podrá **disponer de la acción penal** en los siguientes casos: a) Criterios de oportunidad; b) Conversión de la acción; c) Conciliación; d) Suspensión del proceso a prueba. Sin embargo, no permite prescindir ni total ni parcialmente del ejercicio de la acción penal en los siguientes casos: si el imputado fuera **funcionario público** y se le atribuyera un delito cometido en el ejercicio o en razón de su cargo, o cuando apareciere como un episodio dentro de un contexto de **violencia doméstica o motivada en razones discriminatorias**. Tampoco podrá en los supuestos que resulten **incompatibles con previsiones de instrumentos internacionales, leyes o instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal fundadas en criterios de política criminal**.

3. El art. 73 y su vinculación con el art. 33 del C.P.P.N.

3. a) El art. 73²² del C.P. incorporó un nuevo supuesto de acción privada:

“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;

21 Cámara de Senadores, versión taquigráfica, Período 133º, 4ª Reunión 3ª Sesión ordinaria, 27 de mayo de 2015, págs. 103/104.

22 Texto anterior a la reforma del art. 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”.

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”.

En el debate parlamentario de la ley bajo estudio, el Senador Urtubey alegó que la “acción pública se puede convertir en privada cuando no hay interés. Por ejemplo, si el Ministerio Público quiere desistir de una acción, es decir, si el Ministerio Público quiere pedir un sobreseimiento –porque no puede desistir– y la víctima no está de acuerdo, ésta puede solicitar la conversión de la acción y seguirla por su propia cuenta. O sea, una idea que solucionamos el año pasado con el Código Procesal Penal, en el sentido de que los derechos de la víctima no solamente son los de ser escuchadas sino también los de poder operar sobre el sistema e impedir que un fiscal, por ejemplo, cierre una causa por equis motivos si ella como víctima quiere seguirla. Entonces, ¿cómo conciliamos el interés público con el interés de la víctima y sin caer en el principio de la venganza privada? Manteniendo la idea de la venganza pública, es decir, si una víctima por determinada circunstancia quiere continuar una causa que el fiscal entiende que no corresponde continuar, puede convertir la acción. Esto está en el Código Procesal Penal, no decimos nada de esto. Simplemente, tuvimos que poner en el catálogo de acciones privadas esta acción pública convertida por decisión

de la víctima. Porque [de lo contrario iba a estar] en el Código Procesal Penal...y no... en el Código Penal”²³

3. b) Aquí es ilustrativo citar el artículo 33 del C.P.P.N. que establece que a pedido de la víctima la acción penal pública podrá ser convertida en acción privada en los siguientes casos: 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. En todos los casos, si existe pluralidad de víctimas, será necesario el consentimiento de todas, aunque sólo una haya ejercido la querrela.

4. ***El nuevo art. 76 del C.P.***

4. a) Por último, la reforma sustituyó el artículo 76²⁴ y lo insertó en el Título XII de su Libro Primero, “De la Suspensión del Juicio a Prueba”. El nuevo texto de la norma establece que **“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”**.

Dicho artículo reconoce que las leyes procesales tienen la posibilidad de regular completamente el instituto. Esta modificación obedece a un criterio contrapuesto al de la ley 24.316 que incorporó, en el año 1994 (art. 76 bis a 76 quáter del C.P.), la suspensión de juicio a prueba como un instrumento de carácter sustantivo, delegando a los Códigos procesales únicamente la regulación de las formas.

Resulta pertinente traer a colación la observación realizada por el senador Rozas en el debate parlamentario de la ley 27.147: “Tenemos también alguna

23 Cámara de Senadores, versión taquigráfica, Período 133º, 4ª Reunión - 3ª Sesión ordinaria, 27 de mayo de 2015, págs. 103/104.

24 Texto anterior a la reforma del art. 76: “En los demás casos del artículo 73, se procederá únicamente por querrela o denuncia del agraviado o de sus guardadores o representantes legales”.

observación puntual con respecto al instituto de la suspensión del juicio a prueba. Deja de estar regulado de un modo homogéneo en todo el territorio nacional y se le da facultades jurisdiccionales y legislativas al código procesal de cada provincia en su aplicación. En principio, desde el punto de vista federal, pareciera que no está mal, pero la observación crítica que hacemos nosotros es que debiera haber algunas bases de reglas mínimas fijadas en el Código Penal para todo el país y, a partir de ahí, facultades más amplias o menos amplias aplicadas en cada jurisdicción procesal penal provincial no estaría mal. La observación que hacemos nosotros es que esto queda a criterio de cada provincia, de cada jurisdicción local, y nos parece que este instituto va a tener distintas aplicaciones de acuerdo con la legislación procesal penal que haya sido consagrada en cada provincia, y me parece que esto violenta el principio de unidad conceptual que tiene que tener este tipo de instituto, con el que estamos totalmente de acuerdo porque hace a la modernidad judicial. Sin embargo, nos parece que, tal como está planteada, no podemos acompañar la modificación del Código Penal”²⁵.

4. b) Esta reforma se explica porque el C.P.P.N. regula ampliamente sobre aspectos sustanciales de la suspensión de juicio a prueba.

En tal sentido, el art. 35 establece: “La suspensión del proceso a prueba se aplicará en alguno de 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.

En caso de tratarse de una persona extranjera, también podrá aplicarse cuando haya sido sorprendida en flagrancia de un delito, conforme el artículo 184 de este Código, que prevea pena privativa de la libertad cuyo mínimo no fuere superior a tres (3) años de prisión. La aplicación del trámite previsto en este artículo implicará la expulsión del

25 Cámara de Senadores, versión taquigráfica, Período 133º, 4ª Reunión - 3ª Sesión ordinaria, 27 de mayo de 2015, págs. 107/108.

territorio nacional, siempre que no vulnere el derecho de reunificación familiar. La expulsión dispuesta judicialmente conlleva, sin excepción, la prohibición de reingreso que no puede ser inferior a cinco (5) años ni mayor de quince (15).

A continuación, regula el trámite para la concesión de la suspensión de juicio a prueba.

Tal como puede advertirse, se receipta la tesis amplia fijada por la Corte de la Nación en el precede “Acosta”. Durante el trámite parlamentario del nuevo C.P.P.N., el procedimiento especial de expulsión de extranjeros del país recibió fuertes críticas por parte de algunos legisladores por entender que en esos casos se debe aplicar la ley de migraciones y no un procedimiento “ad hoc” de expulsión.

III. En principio de oportunidad en el régimen procesal en provincia de Buenos Aires

Años antes de la entrada en vigencia de la ley 27.147, en el régimen procesal penal de la provincia de Buenos Aires, al igual que en Mendoza, Río Negro y Chubut, entre otras provincias, se venían aplicando diversos criterios de disponibilidad de la acción penal, tendientes a lograr mayor efectividad en el sistema penal y mitigar los arbitrarios criterios de selección.

En provincia de Buenos Aires, los primeros criterios de oportunidad se legislaron en los arts. 38²⁶, 45 inc. 3²⁷ de la ley 12.061 y en los arts. 86²⁸ y 87²⁹ de la

26 Art. 38 de la ley 12.061: “Formas de conciliación. El Ministerio Público propiciará y promoverá la utilización de todos los mecanismos de mediación y conciliación que permitan la solución pacífica de los conflictos”.

27 Art. 45 de la ley 12.061: “Art. 45 - Área Social. Comprende la actividad asistencial en materia de minoridad desarrollada en el marco de las atribuciones de la Procuración General, la representación de dementes jurídicos sujeta a las disposiciones legales vigentes, la actividad de mediación y de asistencia a la víctima. Abarca, al menos: 1. Curaduría Oficial de Alienados. 2. Sistema de sostén para menores tutelados. 3. Oficina de mediación. 4 . Oficina de Asistencia a la Víctima.”

28 Artículo 86 del C.P.P. (según ley 11.922): “Situación de la víctima.- Lo atinente a la situación de la víctima, y en especial la reparación voluntaria del daño, el arrepentimiento activo de quién aparezca como autor, la solución o morigeración del conflicto originario o la conciliación entre sus protagonistas, será tenido en cuenta en oportunidad de:1.- Ser ejercida la acción penal. 2.- Seleccionar la coerción

ley 11.922. Luego, se avanzó aún más en su regulación y se sancionaron tres leyes: ley 13.183 (B.O. 16/4/2004), ley 13.433 (B.O. 19/1/2006) y ley 13.943 (B.O. 10/2/2009).

1. Fundamento de las leyes 13.183, 13.433 y 13.943

De la lectura de los fundamentos de cada una de las tres leyes, se advierte que el legislador, de modo coincidente en todas ellas, entiende al delito como un conflicto y no como mera infracción de normas. En esa línea de pensamiento, por un lado, se incorporaron distintos mecanismos de resolución alternativa (archivo y mediación) a los ya existentes. Por otra parte, se le permitió a la víctima apropiarse del conflicto con el objetivo de garantizar el acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva (autonomía del particular damnificado en la acusación).

Estas tres normas tuvieron como propósito lograr una mayor racionalidad en la selectividad de casos penales y, al mismo tiempo, optimizar y brindar mayor celeridad el accionar de la justicia. Todo esto, en contraposición al principio de legalidad procesal vigente en el viejo art. 71 del C.P. Esta situación de tensión quedó claramente expuesta en los fundamentos de la ley 13.433:

“[L]a implementación de un sistema de resolución alternativa de conflictos en materia penal, tiene aún otros inconvenientes no solo culturales sino normativos. En este sentido los principios de oficialidad y legalidad previstos en nuestra legislación de fondo constituirían un obstáculo para su instalación”.

“Pese a todo una fuerte corriente doctrinaria, a la cual adherimos, ha venido sosteniendo que la facultad de establecer criterios de oportunidad en la

personal. 3. Individualizar la pena en la sentencia. 4.- Modificar, en su medida o en su forma de cumplimiento, la pena en la etapa de ejecución.

29 Artículo 87 del C.P.P. (según ley 11.922): “Acuerdos patrimoniales.- Todos los acuerdos dirigidos al más rápido resarcimiento del perjuicio invocado por la víctima o damnificado, deberán ser puestos en conocimiento de los órganos intervinientes a los fines que corresponda”.

persecución penal, es de materia evidentemente procesal y por ende no delegada a la Nación”.

“En este sentido, tanto el nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires como la Ley de Ministerio Público receptan estos criterios”.

“Así, por ejemplo, el art. 38 de la Ley 12.061 establece que el Ministerio Público: “propiciará y promoverá la utilización de todos los mecanismos de mediación y conciliación que permita la solución pacífica de conflictos”, mientras que el artículo 37 de la misma ley faculta al Ministerio Público a la utilización de un "principio de oportunidad", para determinados casos. Asimismo, los artículos 86 y 87 del Código Procesal Penal de la Provincia utilizan los términos "reparación voluntaria del daño", "solución o morigeración del conflicto", al referirse a la situación de la víctima. Finalmente, con la sanción de la Ley 13.183 de reforma al Código Procesal Penal, se refuerza esta tendencia al incorporar los llamados criterios de oportunidad reglados en los artículos 56 y 56 bis”.

2. Ley 13.183 (B.O. 16/4/2004): El archivo³⁰

La ley 13.183, entre otras modificaciones, incorporó al C.P.P.B. el archivo.

Art. 56 bis del C.P.P.B.:

“Criterios especiales de archivo. El Ministerio Público Fiscal podrá archivar las actuaciones respecto de uno o varios de los hechos imputados, o de uno o más de los partícipes, en los siguientes supuestos: 1) Cuando la afectación del bien jurídico o el aporte del imputado en el hecho fuera insignificante y siempre que la pena máxima del delito imputado no supere los (6) seis años de prisión; 2) Cuando, el daño sufrido por el imputado a consecuencia del hecho torne desproporcionada, superflua o inapropiada la aplicación de una pena, excepto que mediaren razones de seguridad o interés público; 3) Cuando la pena en expectativa carezca de relevancia en consideración a las de los otros delitos imputados.

³⁰ Los artículos que regulan distintos aspectos del archivo dentro del C.P.P. son, además del 56 bis y del 323 inc. 7, el 83 inc. 3 y el 268.

Para aplicar estos criterios a un imputado, se considerará especialmente la composición con la víctima. El imputado deberá acreditar haber reparado el daño ocasionado o expresar la posibilidad de hacerlo. A tales fines, se convocará a una audiencia en la que aquel deberá ser asistido por su Defensor.

El archivo deberá ser motivado y podrá estar sujeto a condiciones.

Se notificará, bajo sanción de nulidad, al particular damnificado, la víctima y al Fiscal General. Los dos primeros podrán instar su revisión por ante el Fiscal General en los términos del artículo 83 inciso 8º, quien además, estará facultado a revisar su razonabilidad de oficio.

Luego de la requisitoria de citación a juicio, el archivo procederá cuando concurren los siguientes requisitos: a) Existiesen hechos o pruebas nuevas que hagan subsumible el caso en algunos de los supuestos de los incisos 1 a 3 del presente artículo; b) Exista anuencia previa y expresa del Fiscal General; c) Exista un intervalo de al menos (30) treinta días con el de la fecha fijada para el inicio del debate.

En este supuesto, si existiese particular damnificado, se le correrá vista por el plazo de quince (15) días para que manifieste si continúa o no con el ejercicio de la acción penal a su costa”.

El **art. 83 inc. 7** establece que la víctima podrá solicitar la revisión del archivo ante el Fiscal de Cámara Departamental.

El **art. 268** regula las distintas formas de iniciación de la investigación penal preparatoria y prevé que en los casos que “a juicio del Fiscal no hubiere prueba suficiente sobre la existencia del hecho o la autoría de él, podrá proceder al archivo de las actuaciones, comunicando la realización de este acto al Juez de Garantías y notificando a la víctima, rigiendo el artículo 83 inciso 8”.

Finalmente, el **art. 323 inc. 7** establece que el sobreseimiento procederá “en los casos de archivo sujeto a condiciones, una vez cumplidas las mismas, el Juez de Garantías, a pedido del Fiscal, podrá transformar el archivo en sobreseimiento. Si el pedido lo efectuare el imputado se deberá correr vista del mismo al Fiscal, y si éste sostuviere ese pedido se procederá conforme lo indicado precedentemente. En ambos casos rige lo dispuesto en el artículo 326. En todos los casos de archivo con imputado determinado, también a pedido de parte, podrá procederse de igual modo cuando

hubiera transcurrido desde la fecha de la resolución que lo dispuso, un plazo superior a los tres (3) años si se tratara de causa criminal y superior a un (1) año cuando lo sea respecto de causa correccional.

Como puede advertirse, existen ciertas similitudes entre las causales de archivo del C.P.P.B. y los criterios de oportunidad previstos en el art. 31 del C.P.P.N. (ver punto II, 1. b. del presente). Sin embargo, existen algunas diferencias entre ambos, una de ellas radica en que el archivo no provoca la inmediata extinción de acción penal sino que en algunos casos puede estar sujeto a condiciones y, en otros, sujeto a un plazo; recién cuando se cumplan éstas o aquel procederá el sobreseimiento.

El sobreseimiento por archivo, luego de la reforma de la ley 27.147, se puede subsumir en el art. 59 inc. 5 del C.P.

3. Ley 13.433 (B.O. 19/1/2006): la mediación y conciliación

Esta ley incorporó la mediación y conciliación como otro de los mecanismos de resolución de conflictos existentes dentro del ámbito del Ministerio Público.

Esta norma se divide en tres Capítulos: I. Disposiciones generales; II. Procedimiento; III. Efectos.

El art. 6 establece que este procedimiento se aplicará sólo a delitos correccionales. Destaca que se consideran casos especialmente susceptibles de sometimiento a mediación: a) causas vinculadas con hechos suscitados por motivos de familia, convivencia o vecindad. b) causas cuyo conflicto es de contenido patrimonial.

En caso de concurso de delitos, podrán tramitarse por el presente procedimiento, siempre que la pena máxima no excediese de seis años.

Excluye de este trámite a las causas que: a) La o las víctimas fueran personas menores de edad, con excepción de las seguidas en orden a las Leyes 13.944 y 24.270. b) Los imputados sean funcionarios públicos, siempre que los hechos denunciados hayan sido cometidos en ejercicio o en ocasión de la función pública. c) Causas dolosas relativas a delitos previstos en el Libro Segundo del Código Penal, Título 1 (Capítulo 1 – Delitos contra la vida); Título 3 (Delitos contra la integridad

sexual); Título 6 (Capítulo 2 – Robo). d) Título 10 Delitos contra los Poderes Públicos y el orden constitucional.

Por último, el art. 20 regula los efectos de la implementación de este procedimiento: en aquellos acuerdos en que las partes hayan dado enteramente por satisfechas sus pretensiones, el Agente Fiscal mediante despacho simple, procederá al archivo de las actuaciones. Para los casos en que se pacte alguna obligación para las partes, la Investigación Penal Preparatoria se archivará sujeta a condiciones. Verificado el cumplimiento, se remitirán las actuaciones al Agente Fiscal, quien procederá de la manera enunciada en el párrafo primero. En caso de comprobarse el incumplimiento de aquellas en el plazo acordado, se dejará constancia de dicha circunstancia, procediéndose al desarchivo de la Investigación Penal Preparatoria y a la continuación de su trámite.

Aquí, el sobreseimiento tampoco es inmediato. Homologado el acuerdo, se procede al archivo de las actuaciones y una vez cumplidas las condiciones, se extingue la acción penal por sobreseimiento. Este caso encuadra en el nuevo art. 59 inc. 6 del C.P.

4. Ley 13.943 (B.O. 10/2/2009): El Particular damnificado

Entra otras reformas introducidas al C.P.P., esta ley concedió al particular damnificado autonomía en la acusación con respecto al Ministerio Público Fiscal siempre que este último haya iniciado el ejercicio de la acción penal, es decir, el acusador privado no está habilitado a dar comienzo por sí solo una investigación penal.

Se habilitó al particular damnificado a “formular requerimiento de elevación a juicio con los alcances del art. 334 bis e intervenir en la etapa de juicio” (art. 79 inc. 4 del C.P.P.).

El art. 334 bis prevé que finalizada la investigación, si el fiscal estimare procedente el sobreseimiento y existiese particular damnificado debidamente constituido, el Juez de Garantías correrá vista al Fiscal de Cámara para que se manifieste respecto del pedido. Si no lo sostiene, dará vista al Agente Fiscal que corresponda, quien deberá formular requerimiento de elevación a juicio. Si el Fiscal de Cámara mantiene el sobreseimiento, previo a expedirse, el Juez de Garantías dará

vista por el plazo de quince (15) días al particular damnificado para que en su caso requiera la elevación a juicio a su costa, con las formalidades de los artículos 334 y 335, siendo de aplicación los artículos 530 y 531. Vencido el plazo citado sin requerimiento, el Juez de Garantías dictará el sobreseimiento. En caso contrario, el Juez de Garantías declarará el cese de intervención del Ministerio Público en el proceso y correrá vista a la defensa a los efectos de los artículos 336 y 337. El particular damnificado tendrá las mismas facultades que el Agente Fiscal durante el desarrollo del debate.

Así, del art. 6 del C.P.P.B. surge que “la acción penal pública corresponde al Ministerio Público Fiscal, sin perjuicio de la participación que se le concede a la víctima y al particular damnificado. Las peticiones del particular damnificado habilitarán al Juez o Tribunal a abrir o continuar el juicio, a juzgar y a condenar con arreglo a las disposiciones de éste Código. La participación de la víctima como del particular damnificado no alterará las facultades concedidas por la ley al Ministerio Público, ni lo eximirá de sus responsabilidades. El ejercicio de la acción no podrá suspenderse, interrumpirse, ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley”.

A su vez, el art. 79, regula los derechos y facultades del particular damnificado. En el inc. 4 lo habilita a “formular requerimiento de elevación a juicio con los alcances del artículo 334 bis e intervenir en la etapa de juicio”, en el inc. 5 a “recusar en los casos permitidos al imputado”; en el inc. 6 a “activar el procedimiento y pedir el pronto despacho de la causa; y en el inc. 7 a “recurrir en los casos, por los medios y en la forma prevista para los representantes del Ministerio Público Fiscal, aun cuando dicho representante no recurra”.

Luego de la reforma de la ley 27.147, este sería un supuesto de “conversión de la acción pública en privada” receptado en el art. 73 del C.P.

IV. Conclusión

Si bien la ley 27.147 adecuó el C.P. a la realidad de varias provincias, el modo genérico en que fueron regulados los criterios de oportunidad no resulta adecuado. La reforma debió establecer un marco legal mínimo con el objeto de evitar posibles asimetrías a nivel local.

¿Qué sucedería si una de las provincias reimplantara el avenimiento del viejo art. 132 del C.P.³¹, derogado por ley 26.738 (B.O. 7/4/2012)³²? En ese caso, ¿se podría sostener que dicho mecanismo engendra únicamente cuestiones de derecho procesal?

Durante la elaboración de este trabajo, la situación planteada como hipotética ocurrió en la realidad. En noviembre de 2015, en San Miguel de Tucumán se sobreseyó a un acusado de abuso sexual que contrajo matrimonio con la denunciante³³. Este modo de resolver el conflicto fue posible debido a la amplitud con

31 El mecanismo del avenimiento que estaba regulado en el art. 132 del C.P. permitía al juez extinguir la acción penal en los casos de los delitos de los arts. 119, 1º, 2º, y 3º párrafo; 120 1º párrafo y 130 cuando la víctima fuera mayor de dieciséis años y, comprobada la relación preexistente con el imputado, propusiera de forma libre el avenimiento.

32 Uno de los principales motivos por los que se sancionó la ley 26.738 fue el mediático caso de Carla Figueroa, ocurrido en La Pampa en el año 2011 (asesinada a manos del acusado de haber abusado de ella sexualmente luego de recuperar su libertad como consecuencia de la aplicación del avenimiento). Los legisladores declararon la inconstitucionalidad de dicho instituto con fundamento en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, "Convención de Belem do Pará" (ratificada por ley N° 24.632 en 1996) que exige que los casos de violencia de género deben ser investigados y no pueden aplicarse mecanismos de mediación, conciliación o negociación (art. 9 inc. e y 28 de la ley N° 24.632).

33 Hechos: Cuando la supuesta víctima tenía 15 años, denunció que un hombre de 51, conocido de su familia, había abusado sexualmente de ella. En noviembre del año 2015, cuando tuvo que declarar en el juicio oral, se presentó en los tribunales casada con el presunto violador y pidió que fuera absuelto. La Defensa planteó que sucedieron distintos actos, entre ellos el casamiento entre la denunciante mayor de edad y denunciado, y requirió el sobreseimiento de su asistido.

Por su parte, la fiscal de Cámara, Alicia De Blasis de Morelli, adhirió al pedido de sobreseimiento.

Finalmente, los jueces Pellegrini, Garzia y Grellet de Barrionuevo, con fundamento en el principio de oportunidad, hicieron lugar al pedido de sobreseimiento. El primero de los nombrados, al fundamentar su voto, al que adhirieron los otros dos, recordó que "se buscan soluciones posibles para desplazar la coacción penal o para suavizarla aun en delitos que, a pesar de su gravedad, generan costos adicionales para el damnificado, costos que sólo la víctima puede decidir, dado el carácter predominantemente privado e íntimo del interés protegido" (<http://www.lanacion.com.ar/1852031-fue-absuelto-de-una-violacion-porque-la-mujer-que-lo-acuso-se-caso-con-el>); la resolución judicial no fue

la que la ley 27.147 reguló los criterios de oportunidad. Mientras la ley 26.738, sancionada por el Congreso nacional, derogó el instituto del avenimiento con fundamento en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (ver nota 32), una resolución judicial provincial lo reimplantó.

El citado ejemplo reflota el interrogante en torno a si la regulación de la acción penal es de competencia nacional o local. No obstante, y tal como lo pone de manifiesto el precedente analizado en el párrafo anterior, esta temática entrelaza cuestiones de derecho sustantivo, procesal e internacional.

La ley 27.147 no impuso ninguna limitación a las legislaciones procesales para la implementación de mecanismos de conciliación, mediación y negociación; hoy se pueden aplicar a supuestos de homicidio, abuso sexual, hechos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, entre otros casos polémicos que se podrían presentar. Si bien es cierto que la Constitución nacional y los Tratados Internacionales pueden actuar como límite y que las partes interesadas, eventualmente, podrán plantear inconstitucionalidades, la reiteración de tales peticiones conllevaría a profundizar el colapso del sistema judicial que, paradójicamente, es lo que los criterios de oportunidad pretenden mitigar.

Resulta ilustrativo citar dos precedentes jurisprudenciales, anteriores a la reforma en estudio, en los que la Corte nacional y la Corte de la Provincia de Buenos Aires limitaron la aplicación de la suspensión de juicio a prueba y de la mediación, respectivamente, con fundamentos de derecho internacional:

a) El Máximo Tribunal nacional en el precedente **“Góngora, Gabriel Arnaldo s/causa n° 14.092”** (sent. del 23/IV/2013) resolvió que en un caso de violencia contra una mujer no podía proceder la suspensión de juicio a prueba ya que el art. 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la

publicada).

Violencia contra la Mujer impide la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral.

b) Por su parte la Corte provincial, en la causa P. 119.509, caratulada **“Gómez, Mario Daniel -Fiscal General del Departamento Judicial de Pergamino- s/ Recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley en causa 1898 de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Pergamino, seguida a Otero, Alejo”** (Res. del 24/IX/2014), aplicó el estándar del citado fallo “Góngora” a la decisión que confirmó la remisión de las actuaciones a la O.R.AC. dado que el Fiscal se había opuesto a la aplicación del procedimiento de mediación por infringir la obligación convencional de sancionar los hechos de violencia contra la mujer contenida en la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer”.

Sin abrir juicio de valor sobre el acierto o error de lo decidido en esos fallos, lo cierto es que demuestran que en la aplicación de criterios de oportunidad no se involucran sólo cuestiones procesales sino también de derecho de fondo e internacional. Estos antecedentes permiten realizar una proyección a futuro de la función que los órganos jurisdiccionales probablemente asumirán frente a eventuales planteos de inconstitucionalidad en la implementación de los mecanismos que las provincias adopten y que se contrapongan al bloque de constitucionalidad (art. 33 y 75 inc. 22 de la C.N.).

En definitiva, la ley 27.147 se quedó a mitad de camino. Debió dar un marco mínimo a las provincias para la aplicación los de criterios de oportunidad y establecer, al menos, qué delitos quedaban excluidos. No lo hizo, peor aún, relativizó la aplicación de los art. 76 bis a 76 ter del C.P. que –más allá de la defectuosa técnica legislativa que hubiera sido una buena oportunidad para mejorar y esclarecer– habían intentado fijar pautas comunes para la aplicación de la suspensión del juicio a prueba en todo el país.

En función de lo expuesto a lo largo de este trabajo, cabe afirmar que la regulación sobre el ejercicio de las acciones penales se ubica en una *zona fronteriza*³⁴ entre el derecho penal material, formal e internacional, de ahí que su regulación debe estar repartida entre la Nación y las provincias.

Así, en lugar de pretender responder si el ejercicio de la acción penal es una cuestión de derecho de fondo o de forma, es preciso reformular la pregunta para lograr un mejor abordaje de la problemática e interrogarse qué contenidos de esta temática deben ser regulados por el Código Penal, teniendo en cuenta que el art. 75 inc. 12 de la Constitución nacional atribuye al Congreso de la Nación el dictado de normas sobre tópicos difíciles de encasillar como el juicio por jurados que, algunos considerarían netamente procesal y por ende de competencia local, pero que la Ley Suprema confiere a la legislatura nacional. La correcta formulación del problema excede una estrecha visión que pretende asignar el derecho procesal penal a las provincias y el derecho penal de fondo a la Nación. Lo que se trata de averiguar es qué parte de una institución compleja es regulada por la Nación en su Código Penal y qué parte pueden regular las provincias.

34 PASTOR, Daniel R., *Tensiones: ¿derechos fundamentales o persecución penal sin límites*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, págs. 49/50 y 52.

BIBLIOGRAFÍA

- BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2009.
- BOVINO, Alberto, *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001.
- CAFFERATA NORES, José I, “Legalidad u oportunidad”, publicado en *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, Madrid, 2006.
- KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1994.
- MAIER, Julio, “La renuncia a la acción penal privada y el abandono de la querella”, 1997, NDP, B, pág. 748.
- MAIER, Julio B.J, *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, 2da edición. Editorial del Puerto s.r.l. Buenos Aires, 1999.
- PASTOR, Daniel R., *Tensiones: ¿derechos fundamentales o persecución penal sin límites*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo II, TEA, Buenos Aires, 1978.
- ZAFFARONI, Eugenio R., *Derecho Penal Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002.

DEBATES PARLAMENTARIOS

- Debate parlamentario de la ley 27.147
- Debate parlamentario del nuevo C.P.P.N.
- Debate parlamentario de la ley 26.738