



**UNCUYO**  
UNIVERSIDAD  
NACIONAL DE CUYO

TESIS DE MAESTRÍA

LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR APLICACIÓN DE LOS  
PRINCIPIOS DE OPORTUNIDAD INCORPORADOS POR LA LEY N° 27147.  
DIFICULTADES PARA SU IMPLEMENTACIÓN.

**Tesista:** Ana Laura Peralta Motta

**Director:** Abogada Especialista Susana García

Mendoza, Año 2021



**UNCUYO**  
UNIVERSIDAD  
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE MAESTRÍA

LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE OPORTUNIDAD INCORPORADOS POR LA LEY N° 27147. DIFICULTADES PARA SU IMPLEMENTACIÓN.

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Nombre del Tesista: Ana Laura Peralta Motta

Nombre del Director: Abogada Especialista Susana García

Mendoza, Año 2021

A los que no dejaron que me rindiera.

## CONTENIDO

RESUMEN .....	7
INTRODUCCIÓN .....	8
CAPÍTULO 1 .....	11
1.1 El debate Legislativo .....	11
1.2 El debate por la competencia .....	17
1.3 La recepción legislativa provincial de los criterios de oportunidad.....	24
1.3.1 El Código Procesal Penal Federal (Ley N° 27.063, sus modificatorias N° 27.272, 27.482 y decreto reglamentario N° 118/2019). .....	24
1.3.2 Provincia de Buenos Aires .....	26
1.3.3 Río Negro (Ley N° 5.020 y sus modificatorias).....	27
1.3.4 Santa Fe (Ley N° 12.734 y sus modificatorias).....	28
1.3.5 Chubut Ley XV - N° 9 (Antes Ley 5.478). .....	28
1.3.6 Córdoba Ley N° 8.123 y sus modificatorias .....	30
1.4 La situación de Mendoza. Ley 6730 y sus modificatorias. ....	32
CAPITULO 2.....	39
2.1 Concepto.....	39
2.2 Breve reseña histórica del régimen de la acción a través del tiempo.....	41
2.3 La evolución del concepto de delito y la superación del conflicto.....	46
2.3.1 La función protectora de bienes jurídicos del derecho penal. ....	49

2.3.2 La evolución rol de la víctima en el proceso penal .....	52
2.4 Criterios de Oportunidad procesalmente legislados.....	55
2.4.1 Criterios de disponibilidad de la acción .....	56
Insignificancia .....	56
Mínima culpabilidad del autor.....	61
Exigua contribución en el hecho. ....	61
2.4.2 Criterios de oportunidad.....	62
Solución del conflicto.....	62
Conciliación.....	64
Reparación integral del perjuicio.....	65
CAPITULO 3.....	69
3.1 Los criterios de oportunidad en el derecho comparado.....	69
3.1.1 Alemania.....	69
3.1.2 Francia .....	73
3.1.3 España.....	74
3.1.4 Costa Rica.....	76
3.1.5 Chile .....	78
3.1.6 Colombia .....	79
3.2 La problemática relación de los criterios de oportunidad con los diferentes principios	80
3.2.1 Con el principio de legalidad.....	81
3.2.2 Igualdad de las personas ante la Ley. ....	85

3.2.3 Igualdad como seguridad jurídica.....	87
3.2.4 Debido proceso y el principio de inocencia.....	90
3.3 Un caso practico .....	93
CAPITULO 4.....	98
4.1.1 La opinión de la Jurisprudencia Nacional .....	98
4.1.2 La respuesta del Máximo Tribunal de la Provincia de Mendoza .....	100
4.2 La operatividad de las causales de extinción incluidas por la Ley n° 27.147 en las legislaciones que no receptan criterios de oportunidad.....	103
4.2.1 Los Tribunales Nacionales .....	103
4.2.2 La respuesta de Mendoza .....	106
4.2.3 El caso de la Provincia de Córdoba .....	109
4.3 Conciliación y reparación integral del perjuicio. ....	111
4.4 Los límites a la aplicación de criterios de oportunidad derivados de otras leyes o Tratados Internacionales. ....	116
4.4.1 Delitos perpetrados en un contexto de violencia familiar o de género.....	117
4.4.2 Delitos contra menores de edad.....	122
CONCLUSIONES .....	127
REFERENCIAS.....	133

## RESUMEN

La extinción de la acción penal por aplicación de los principios de oportunidad incorporados por la Ley N° 27.147. Dificultades para su implementación.

Con el dictado de la Ley Nacional N° 27.147 en el año 2015 se incorporaron al Código Penal nuevas causales de extinción de la acción penal. El presente trabajo se centrará en los incisos 5 y 6 agregados al Art. 59 de la norma de fondo, y concretamente a la remisión que éstos realizan a las normativas procesales para su aplicación.

El objetivo de esta investigación es, describir la respuesta que han dado las legislaciones procesales, la doctrina y la jurisprudencia a esta temática, dilucidar si la aplicación de estos institutos en el territorio de la República Argentina es homogénea, o en caso de existir tratamiento diferente, si estos podrían vulnerar derechos fundamentales como el principio de legalidad o de igualdad ante la ley; para finalmente evaluar el escenario que se presenta en la Provincia de Mendoza, determinando si la legislación procesal con la que cuenta se muestra ajustada a esta nueva realidad que se ha intentado introducir con la reforma estudiada.

Conceptos claves: Principios de Oportunidad- Disponibilidad de la acción penal- Principio de legalidad – Principio de igualdad ante la ley- Reparación integral y Solución de conflicto como medios extintivos de la acción penal– Delito como conflicto entre partes- Justicia restaurativa- Discrecionalidad de la persecución penal.

## INTRODUCCIÓN

En el año 2015, el legislador nacional introdujo, a través de la Ley N° 27.147, el artículo 59 inc. 6 en el Código Penal, que expresa: “La acción penal se extinguirá: (...) 6) Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes”, abriendo el camino para la incorporación de dos institutos diversos por su naturaleza jurídica, la conciliación y la reparación integral del daño, ambos referentes de lo que la doctrina ha denominado “criterios de oportunidad”, pero sin mayores aclaraciones respecto de su alcance y condiciones, remitiendo a la legislación procesal para su aplicación.

Si bien la Provincia de Mendoza, ya contaba desde el año 1999, mediante la sanción de la Ley N° 6.730 con la inclusión, dentro del Código Procesal Penal, de dos artículos que hacían referencia a criterios de oportunidad (el Art. 5 incorporó la solución de conflicto, como género y el Art. 26 como aplicación del principio de oportunidad), lo cierto es que el efecto principal de los mismos era la suspensión de la acción penal, hasta que, por cumplimiento del plazo impuesto y de las condiciones, se pudiera proceder al sobreseimiento del imputado.

Ahora bien, la redacción elegida por el legislador nacional al incluir los incisos 5° y 6° en el Art. 59 del Código Penal evidencia una recepción amplia de los criterios de oportunidad y de disponibilidad de la acción penal, y reconoce a las leyes procesales competencia para legislar sin limitación alguna sobre el punto. De allí que las normas de rito podrían establecer no sólo el “procedimiento” sino también respecto de qué delitos se podrían aplicar, el valor del asentimiento de la víctima para su otorgamiento, las condiciones personales que debía reunir el imputado, entre otras cuestiones.

Las diferentes respuestas que las normativas procesales argentinas han otorgado, como criterios objetivos de aplicación, tal como lo veremos a lo largo de este trabajo, traen aparejadas

consecuencias en el sistema normativo en general, y podrían vulnerar algunos principios fundamentales de nuestro derecho, como el principio de legalidad y especialmente el de igualdad ante la ley penal de todos los habitantes de la Nación, en tanto cada jurisdicción, conforme a su normativa procesal, permitirá o no, para un mismo delito, la extinción de la acción penal.

En el caso puntual de la Provincia de Mendoza, la falta de regulación de las condiciones de otorgamiento de los institutos en estudio, permite que sean aplicados por nuestros Tribunales de manera discrecional, exigiendo o acordando con las partes, una serie de requisitos que no serán de cumplimiento general para todos los casos, arribándose a diferentes soluciones en casos que poseen, normativamente, las mismas características, permitiéndole a un ofensor con capacidad de reparar el daño causado a la víctima, ser beneficiado con el sobreseimiento, mientras que otro, deberá enfrentar una sanción punitiva.

Se comienza la presente investigación con el estudio del debate legislativo que dio nacimiento a la Ley N° 27.147, para conocer los fundamentos y la intención del legislador al momento de elegir como modo de establecimiento de los criterios de oportunidad, el reenvío a las normas procesales provinciales, realizando un breve resumen de los regímenes impuestos en algunas provincias argentinas, que consideramos podrían servir de inspiración a la provincia de Mendoza, para finalizar el capítulo 1 con la exposición del estado de situación de nuestra Provincia en materia legislativa.

Luego, intentamos aportar un concepto propio de los denominados “criterios de oportunidad” y establecemos su alcance, para lo cual resumimos las definiciones aportadas por la doctrina nacional e internacional; hacemos una breve reseña histórica, a fin de conocer las causas y fundamentos de la aparición de estos institutos en el derecho penal, y la opinión que le merecen a referentes de la materia.

Por su parte, en el capítulo 3 se desarrolla la recepción de los criterios de disponibilidad de la acción penal en el derecho comparado, y se exponen las dificultades y las discusiones que giran en torno a ello, para finalizar en el capítulo 4 con el tratamiento que los Tribunales nacionales, provinciales y especialmente los de la provincia de Mendoza le han dado a los institutos bajo estudio.

A través de la exploración documental, de la recopilación de bibliografía y de trabajos relacionados con la temática investigada, de la descripción del tratamiento que en el universo jurídico se ha dado a la problemática, se intenta verificar o descartar la hipótesis de este trabajo, siendo la siguiente: la situación legislativa actual de la Provincia de Mendoza no permite conocer de antemano cuáles son los requisitos objetivos y subjetivos que debe poseer un determinado hecho para que sea procedente la aplicación de un criterio de oportunidad, como causal de extinción de la acción penal, quedando sujeta a la discrecionalidad del Ministerio Público Fiscal su petición, y a la de los Jueces la posibilidad de acceso a los mismos, lo que en definitiva vulnera la seguridad jurídica y el principio de igualdad ante la ley.

## CAPÍTULO 1

### 1.1 El debate Legislativo

Para comenzar con el desarrollo del presente trabajo, entendemos necesario, a fin de una cabal comprensión del fenómeno que consideramos problemático, partir con el análisis de la reforma legislativa introducida en el Código Penal Argentino, en el año 2015, mediante la sanción de la Ley N° 27.147<sup>1</sup>. Para ello, no existe mejor inicio que adentrarnos en los fundamentos que los mismos legisladores que la redactaron, y luego sancionaron, aportaron en las diferentes sesiones parlamentarias, a fin de comprender el verdadero espíritu de la ley y descubrir si la remisión, sin condiciones mínimas de aplicabilidad de los criterios de oportunidad, a la norma procesal provincial, respondió a la adopción de una postura por parte del Congreso Nacional (diluyendo así la discusión sobre la competencia para legislar respecto del régimen de la acción); y en tal caso, si se comprendió en aquel momento el alcance de tal remisión.

Debemos empezar por recordar que la Ley N°27.147 introdujo varias reformas en el articulado del Código Penal. Las que atañen a nuestra investigación, son concretamente las incluidas en el Art. 59 del código sustantivo, por medio de las cuales se incorporaron nuevas causales de extinción de la acción penal: criterios de oportunidad en general y en particular se menciona a la conciliación y la reparación integral del perjuicio. Así, a partir del año 2015 el Art. 59 del C.P. quedó redactado de la siguiente manera:

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)

---

<sup>1</sup> Ley N° 27.147

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/245000-249999/248179/norma.htm>

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.<sup>2</sup>

Incluyó entonces los últimos tres incisos que hoy forman parte de la letra de la ley, resaltando que este trabajo se centrara en el inciso 5° (criterios de oportunidad en general), haciéndose un breve análisis también del 6°, en tanto, a nuestro criterio, la conciliación y la reparación de perjuicios son institutos que poseen, o deberían poseer en nuestra opinión, procedimientos especiales, ya que si bien comparten el mismo origen con los criterios de oportunidad, veremos a lo largo del trabajo que la mayor parte de la doctrina que dispone como fin de estos institutos, la descompresión del agobiado sistema judicial, entiende que su objetivo es diferente, en tanto se intenta restablecer la armonía social que el conflicto penal rompió entre presunto autor y presunta víctima.

Ahora bien, debemos señalar que la Ley N° 27.147 presentada para su tratamiento en el Congreso de la Nación, formó parte de un conjunto de seis leyes, la mayor parte de ellas, dirigidas a la instrumentación y puesta en vigencia del nuevo Código Procesal Penal de la Nación y a la organización de la Justicia Nacional. Esta circunstancia, es decir, que la discusión de la reforma de las causales de extinción de la acción penal en el Código de fondo, se haya llevado adelante teniendo en miras los criterios de oportunidad introducidos ya en el Código de forma de la Nación, es un dato relevante para nuestro estudio.

Por un lado, el tratamiento conjunto de este grupo de leyes, y especialmente algunas relacionadas con la organización judicial y las atribuciones de los funcionarios, a nuestro entender, distrajeron la atención del debate hacia el resto de los proyectos, y se le restó la importancia que esta modificación tendría en la ley penal sustantiva.

---

<sup>2</sup> Código Penal de la Nación Argentina  
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#11>

Por otro lado, se advierte que el legislador, a fin de garantizar la aplicabilidad de las normas ya introducidas en el Código Procesal Penal Federal, adecuó el Código Penal a la norma procesal, ello sin tener en consideración que, como efectivamente sucedió, estas reformas serían de aplicación general a todas las provincias que componen nuestra República y muchas de ellas, en aquel momento, no mencionaban los criterios de oportunidad, por lo que su operatividad sería de muy dificultosa implementación.

Lo expresado se advierte sin esfuerzo, si se tiene en cuenta que el proyecto de ley, que luego se convertiría en la Ley N°27.147, fue elaborado por la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del nuevo Código Procesal Penal de la Nación, conformada justamente a efectos de controlar y discutir las mejores herramientas legislativas para la entrada en vigencia del Código de forma nacional, lo que nos da la pauta de que efectivamente se modificó una ley con alcance nacional (como es el Código Penal) para que pudiera concordar con la dispuesta en una jurisdicción procesal (la nacional) .

Así, el proyecto de ley fue tratado en primer lugar por la Honorable Cámara de Senadores de la Nación <sup>3</sup>, donde fue presentado por el entonces presidente de esa Comisión, el senador Rodolfo Urtubey, en la sesión de fecha 27 de mayo de 2015, junto a los siguientes proyectos de ley: 1- Ley orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación; 2- Ley de Organización y Competencia de la Justicia Federal y Nacional Penal; 3- Ley de Implementación del Código Procesal Penal de La Nación; 4- Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal y; 5- Ley de subrogaciones para los Tribunales Inferiores a la Corte Suprema de Justicia de La Nación.

Debe advertirse aquí que, no solo eran numerosos los proyectos que estaban en discusión, sino que, algunos de ellos entendemos, eran polémicos por demás, en tanto modificaban la estructura organizativa de la justicia nacional, lo que involucraba circunstancias

---

<sup>3</sup> Diario de sesiones Senado de la República Argentina  
<https://www.senado.gob.ar/parlamentario/sesiones/554/descargarDiario>

respecto de las cuales el poder político se presenta más interesado, como mecanismos de nombramiento de jueces y funcionarios judiciales y claro, cuestiones presupuestarias, que se llevaron toda la atención del recinto, y pusieron en segundo plano la reforma del ejercicio de la acción penal.

Basta acudir al diario de Sesiones de la Cámara Alta (Senadores, 2015), para confirmar lo comentado precedentemente, advirtiéndose que en su presentación, el miembro informante (senador Urtubey), se tomó solo un momento para explicar en qué consistiría la reforma que se estaba proponiendo, mencionando la antigua discusión respecto a si el régimen de la acción penal era una cuestión de fondo o de forma, señalando que, frente a esta discusión, respecto de la cual los procesalistas argentinos no pudieron ponerse de acuerdo, las provincias argentinas, fueron avanzando, posibilitando la disposición de la acción; no solamente en los casos clásicos, como la extinción por muerte del imputado o prescripción, sino también incluyendo en sus códigos, verdaderos supuestos de criterios de oportunidad, como la conciliación y la reparación económica.

Finalmente, sin asumir una postura clara (a nuestro entender) el Dr. Urtubey se pronunció:

(...) 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.

Esta explicación por parte del miembro informante de la Comisión Bicameral, en nada aclara a qué postura se alineó el proyecto, ya que si bien, la inclusión de los incisos 5, 6 y 7 al Art. 59 del Código Penal, parecería estar justificada en una especie de “autorización” que

entendieron los legisladores nacionales tenían para incluir cuestiones atinentes al régimen de la acción en el Código Penal; lo cierto es que la remisión amplísima a las leyes procesales, pone en duda si se incluyeron las causales de extinción en el Código Penal, porque era una cuestión de fondo para los senadores, o si era necesario para darle operatividad a las reformas realizadas en el Código Procesal Penal Federal.

Este mismo interrogante fue el que se le presentó al senador Ángel Rozas, quien evidenció su preocupación por las amplias facultades jurisdiccionales y legislativas que se le otorgaban a las provincias, explicando:

(...) si bien desde el punto de vista federal, parece no estar mal, lo que nosotros propugnamos 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.

Luego, señala que esta observación, dirigida especialmente a las modificaciones de las condiciones de aplicación de la suspensión del juicio a prueba, pero que son perfectamente adaptables a la reforma aquí analizada:

(...) 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.

Estas dos intervenciones, son las únicas que se hicieron en el debate parlamentario llevado adelante en el recinto del Senado de la Nación, relacionadas directamente al proyecto que luego se ratificaría en el dictado de la Ley N° 27.147.

Por su parte, la discusión en la Cámara de Diputados (Diputados, 2015) no fue más fructífera y tampoco más profunda. En esa oportunidad fue elegida como miembro informante de la Comisión Bicameral,<sup>4</sup> la diputada Graciela Giannettasio, quien hizo una escueta presentación de las nuevas causales de extinción de la acción penal que se pretendían incluir, siendo apoyada por el diputado Alfredo Dato, quien replicando la opinión del senado, indicó:

Son tres hipótesis que son propias de la extinción de la acción penal, pero cuando aparecen en el código de fondo hay un adecuado reenvío a los códigos procesales, de manera que estamos en presencia de una modificación muy fuerte porque termina con el desorden y la desorientación en orden a quien podría legislar sobre la titularidad de la acción.

No obstante, pareciera que aun cuando se señalaba la importancia de la modificación que se disponían a votar, no tuvo la suficiente entidad para que fuera criticada y analizada, sino por el contrario, fue acompañada sin observaciones por casi la unanimidad de los diputados.

Esta es la génesis legislativa de los institutos que hoy analizamos. Tal como sucede en ocasiones, el árbol tapó el bosque, y los debates parlamentarios se centraron en las reformas al sistema judicial nacional, en el nuevo organigrama del Ministerio Público Fiscal de la Defensa, e incluso se debatieron temáticas cuya modificación no estaba propuesta (como el instituto del Juicio por Jurados), pero no mereció la pena la discusión relacionada con la ampliación de las causales de extinción de la acción penal, por lo que, la primera fuente a la que acudimos, que debía exponernos con claridad los motivos de la ley, no pudo dar respuesta a nuestro interrogante.

Seguimos preguntándonos: si el legislador nacional se alineaba a la postura de que el régimen de la acción penal debía ser legislado por el Congreso Nacional en el código de fondo ¿por qué no se regularon con mayor precisión los criterios de oportunidad que estaban

---

<sup>4</sup> Diario de sesiones Diputados de la República Argentina  
[https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dtaqui/diario\\_sesiones/acordeon.html](https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dtaqui/diario_sesiones/acordeon.html)

incluyendo? Si por el contrario, el legislador nacional consideró que el régimen de la acción debía ser legislado por las Provincias ¿por qué se incluyen los criterios de oportunidad en el Código Penal, ley sustantiva de la Nación Argentina?.

La respuesta dada en las sesiones parlamentarias no se muestra satisfactoria, en tanto no se nos escapa que cuando una ley del código penal se modifica en provecho o para hacer operativa una norma procesal, en el caso el Código Procesal Penal Federal, que es de aplicación sólo en la jurisdicción nacional (y es verdaderamente acotada), los problemas de aplicación de esa norma, que no está relacionada con la realidad de las Provincias argentinas, no iban a demorar en aparecer.

## **1.2 El debate por la competencia**

Tal como lo señaló el senador Urtubey en su presentación de la reforma del Art. 59 del C.P., las provincias argentinas, antes del año 2015, ya habían introducido criterios de disponibilidad de la acción penal, previo a que el legislador nacional, “autorizara” con la inclusión de los denominados criterios de oportunidad en el Código de fondo.

Lo cierto es que esas inclusiones en las provincias no se hicieron sin polémica, ya que, como se expuso anteriormente, existieron diversas posturas respecto a la competencia de las provincias para legislar en materia de disponibilidad de la acción, pudiendo resumirse, con sus variantes, en tres:

1- Para la teoría clásica, seguida por autores como Sebastián Soler, o Carlos Fontán Balestra la reglamentación de la acción era de carácter penal sustantivo y su regulación correspondía al Congreso Nacional, en tanto se trataba de autolimitaciones de la pretensión punitiva, explicando el Dr. Sebastián Soler (Soler, 1978, pág. 439/440) 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.

Por su parte, el procesalista Julio Maier, comparte esta postura (Maier, Derecho Procesal Penal Argentino. Fundamentos Tomo I, 1989, pág. 76) explicando que las provincias delegaron en la Nación el poder de reglamentar el juicio penal, de allí que la competencia legislativa provincial, en materia penal, sea más que escasa. Luego, en su siguiente obra (Maier, "La renuncia a la acción penal privada y el abandono de la querrela", 1997, pág. 148), hace hincapié en la necesidad de que las reglas que rigen las condiciones de punibilidad fueran homogéneas en todo el país.

Esta misma posición, es decir, que se trata de reglas que deben encontrarse establecidas en el código de fondo fue mantenida también por autores que sirvieron de inspiración para el Código Procesal Penal de Mendoza, como el Profesor José Cafferata Nores (Aguad, Bazan, Gorgas, & Olmedo, 2011, pág. 38/39) <sup>5</sup>explicando que:

(...) la potestad acordada al Congreso de la Nación de dictar el Código Penal (Art. 75 inciso 12 de la CN), comprende no solo la atribución de definir las conductas punibles y las sanciones que le correspondan, sino también otras normas sustanciales como las que establecen si la aplicación de las penas debe o no procurarse y lograrse en todos los casos, si de aquella actividad de procuración debe ocuparse solo el Estado o si la debe compartir con la víctima o con otros ciudadanos...”, agregando luego “...el poder conferido al Congreso para regular lo relacionado con el ejercicio de las acciones impide

---

<sup>5</sup> Trabajo completo en <http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/la-regulacion-provincial-de-principio-de>

a las provincias establecer por sí excepciones al principio de legalidad que respondan a criterios de oportunidad.

La principal crítica que hace este autor a la introducción de criterios de oportunidad en las normas procesales provinciales y que constituye una de las hipótesis de este trabajo, es que ello genera una desigualdad de trato incompatible con el principio constitucional contenido en el art. 16 de la Constitución Nacional (igualdad ante la ley).

También fue esta la postura sostenida históricamente por nuestro máximo Tribunal Nacional. Así, en el año 1937, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa “Mustazzi” (Mustazzi César y Cabrera Regino p/ Homicidio, 1937) <sup>6</sup>y repetida luego en 1986 en el fallo “Echarde Wilson Ricardo y ots., estableciendo que:

La jurisdicción de las provincias se halla limitada a la aplicación de los códigos comunes, cuando las cosas o las personas caen bajo sus respectivas jurisdicciones. Pero no pueden alterar ni modificar en forma alguna la ley de fondo, cualquiera que sea el propósito de su legislación: en el caso en examen evitar que se prolonguen los juicios penales en término superior a dos años. Al hacerlo se ha establecido un término menor al fijado por el Código Penal para la extinción de la acción penal, y ha violado en consecuencia el Art. 31 de la Constitución Nacional, que fija la supremacía de la ley nacional.

2- Tesis procesalista: por su parte, Alberto Binder (Binder, 2009, pág. 215/216) en una posición contrapuesta a la clásica, afirmaba: “no necesariamente se debe aceptar que el régimen de la acción sea un poder federal..”, agregando que si se había aceptado que fueran las provincias quienes debían organizar el proceso, era razonable que ellas organicen el poder requirente, y si la acción estaba vinculada al poder requirente de los ciudadanos de cada

---

<sup>6</sup> Tomo 178 para descargar  
<https://sj.csjn.gov.ar/sj/tomosFallos.do?method=siguiente>

provincia, era lógico que fuera el Estado provincial el que establezca las condiciones que llevan a poner en marcha los órganos de persecución penal. Intentando superar las críticas a esta postura, Binder expone:

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 Suprema de Justicia de la Nación. 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 (Binder, 2009, pág. 215/216)

En esta línea de pensamiento, brevemente, podemos incluir a Gustavo Herbel y Oscar Pandolfi , todos autores citados en el completo trabajo de las Dras. Aguad, Bazán, Biaciotti, Gorgas y Olmedo (Aguad, Bazan, Gorgas, & Olmedo, 2011, pág. 30/36) que nos revelan en el caso de Herbel que es imposible para las provincias cumplir con el mandato constitucional de administrar la justicia (Art. 5 de la C.N.), sin la aplicación de criterios de oportunidad, no existiendo ningún mandato constitucional que prohíba a las provincias legislar en materia procesal.

Esta ha sido la postura tomada por los legisladores de la Provincia de Mendoza, al momento de sancionar la Ley n° 6730, en tanto en la exposición de motivos de la misma, establecían:

(...) Hay que distinguir el carácter sustancial de la acción Penal, como poder, del carácter procesal que se corresponde con el ejercicio. Cada norma penal descriptivo-sancionadora da vida en abstracto a un poder punitivo contra su eventual transgresor el

que se concretará con la sentencia jurisdiccional, entre la que se declare culpable o inocente. En cambio, el poder realizador se refiere al ejercicio de la acción y éste es netamente provincial. Resulta absurdo pensar que la acción, uno de los primeros aspectos de los que trata el Derecho Procesal, tenga el carácter sustantivo que le da el Código Penal. El aspecto procesal de la acción, en lo que hace al ejercicio, tiene su origen constitucional en las facultades no delegadas de las Provincias del Estado Nacional.

Finalmente, en el caso de Oscar Pandolfi, parte de la base de la necesidad de hacer realidad el derecho penal mínimo subsidiario (o de ultima ratio), y es a través de las soluciones alternativas de conflictos que podemos acercarnos a ellos, constituyendo potestad de las provincias (por ser parte de los poderes reservados o no delegados en la Nación) la de regular esas salidas que difieren del proceso penal tradicional, explicando que la regulación del ejercicio de las acciones en el Código Penal no fue consecuencia de su supuesta naturaleza sustancial, tampoco que la Constitución Nacional le hubiera otorgado tales facultades al Congreso de la Nación, sino el resultado de una concepción ideológica contraria al sistema federal adoptado.

3- Por último, una tesis que denominaremos “intermedia”, sostenida, entre otros, por Eugenio Zaffaroni y a la que nos alineamos, considera que, si bien 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 (...) 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” (Zaffaroni, "Derecho Penal Parte General", 2002, pág. 166/168).

Posteriormente el mismo autor dirá (Zaffaroni, "Manual de derecho penal parte general, 2005, pág. 132) que:

(...) La clave de la respuesta a estas cuestiones está en el principio federal de gobierno. La CN prefiere sacrificar cierta medida de igualdad para preservar el principio federal, o sea, el derecho de los habitantes a tener sus gobiernos locales. No obstante, este sacrificio tiene límites y, por complicado que sea, éstos se establecen en algunas reglas procesales de vigencia nacional que se hallan en el CP y en la misma legislación procesal penal federal. En efecto: no puede sostenerse que el arbitrio provincial en materia legislativa procesal sea absoluto; la legislación procesal penal federal debe operar como un mínimo de garantías que las provincias pueden aumentar pero no disminuir.

Finalmente, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza (Sosa Morán y ots. p/ Daño s/ casación, 2005)<sup>7</sup> estableció con el voto preopinante del ministro Hermán Salvini la constitucionalidad de la legislación provincial en materia del régimen de la disponibilidad de la acción, esgrimiendo:

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

---

<sup>7</sup> Expte. N° 86515 - Fiscal C/ Sosa Moran, Juan Rafael y otros p/ Daño agravado S/Casación. Fecha: 13/12/2006. Sentencia Tribunal: Suprema Corte - Sala N° 2 Magistrados: Böhm-Salvini-Romano Ubicación: Ls373-058. Secretaría Jurisprudencia Suprema Corte de Justicia de Mendoza

a través de las previsiones contenidas en el artículo 26 del Código Procesal Penal Mendoza. 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 alguna o varias infracciones o alguna de las personas que participaron en el hecho.

Cabe resaltar, para finalizar este apartado, que la modificación que la Ley N° 27.147 realizó al Art. 71 del Código Penal, que establecía el principio de legalidad y/o de oficiosidad de la acción (“Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes: 1. Las que dependieren de instancia privada. 2. Las acciones privadas”, según Ley N° 11.179), y que no fue motivo de debate parlamentario (ni siquiera mencionado por los legisladores), estableció sin lugar a dudas la posibilidad de que las Provincias legislaran sus propios criterios de disponibilidad, estableciendo: “Sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal, deberán iniciarse de oficio...”.

Hubiera sido al menos interesante poder conocer si esta inclusión se debió, al igual que la incorporación de los incisos 5, 6 y 7 al Art. 59 del Código Penal, a darle legitimidad a las propias reglas de disponibilidad de la acción ya configuradas en el Código Procesal Penal Federal, o si fue producto de una toma de postura respecto de la facultad de las provincias de regular el régimen de la acción penal.

Como conclusión de este apartado podemos afirmar que le asistía razón al senador Urtubey, cuando al momento de presentar el proyecto de ley, explicaba que las Provincias, ante la inacción del poder federal, habían ido incorporando a sus leyes de forma, algunos institutos que modificaban el régimen de la acción penal a través de la de la inclusión de criterios de oportunidad, veremos en el próximo apartado, algunos de ellos.

### **1.3 La recepción legislativa provincial de los criterios de oportunidad**

En este segmento del trabajo expondremos algunas de las normas procesales provinciales que han incorporado los criterios de oportunidad. Lo cierto es que con la sanción de la Ley N° 27.147 muchas provincias argentinas realizaron modificaciones en sus legislaciones procesales para incluir los criterios de oportunidad, ello en aquellas que no los hubieran receptado con anterioridad. Probablemente, a efectos de ahondar en la discusión presentada en el punto anterior, este trabajo hubiera sido más fructífero antes del año 2015, no obstante nos disponemos a resumir los criterios de oportunidad legislados en algunas de las provincias, elegidas por sus notas distintivas, y tratando de limitar la extensión del presente capítulo.

#### **1.3.1 El Código Procesal Penal Federal (Ley N° 27.063, sus modificatorias N° 27.272, 27.482 y decreto reglamentario N° 118/2019).**

Si bien esta norma no se encuentra vigente en su totalidad, la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del nuevo Código Procesal Penal de la Nación, mediante la resolución N° 2/2019, publicada en el Boletín Oficial n° 34.242 (19 de noviembre de 2019)<sup>8</sup> decidió la implementación del articulado relacionado con los criterios de oportunidad (Arts. 22, 31 y 34), ello a fin de darle un marco normativo a los incisos 5 y 6 del Art. 59 del Código Penal, incorporados por la Ley N° 27147.

Ya expusimos con anterioridad que esta norma<sup>9</sup> sirvió de inspiración de la reforma introducida en el Código Penal. En el capítulo destinado al régimen de la acción, destinó una sección a establecer los criterios de disponibilidad de la acción, estableciendo en su Art. 30 que

---

<sup>8</sup> Resolución N° 2/2019

<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/221385/20191119>

<sup>9</sup> Norma Completa

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/315000-319999/319681/norma.htm>

el Ministerio Público Fiscal puede disponer de la acción penal pública en los siguientes casos: a. Criterios de oportunidad; b. Conversión de la acción; c. Conciliación; d. Suspensión del proceso a prueba, excluyendo la posibilidad de disponer de la acción en los casos en que: 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, y también 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.

Seguidamente, el Art. 31, el C.P.P.F, establece una serie de pautas para esclarecer en qué casos pueden ser aplicados los criterios de oportunidad, mencionando en esa lista: cuando el hecho fuera insignificante y no afectara el interés público; la mínima culpabilidad y/o exigua participación del autor y cuando pudiera corresponder pena de multa, inhabilitación o condenación condicional; en los casos de pena natural y cuando la pena que se pudiera imponer carecería de importancia en consideración de una sanción ya impuesta.

De estas pautas generales, ya se desprenden otros requisitos que la norma no aclara, pero que son consecuencia de ella: así en el caso, la pena que correspondiera debe poder ser dejada en suspenso, deben sumarse los requisitos del Art. 26 del Código Penal, y tenerse en consideración los plazos del Art. 27 del C.P., más allá de la amplitud que poseen los términos “insignificancia e interés público”. No obstante, estos términos se replican en todas las legislaciones procesales, lo que en cierto modo es cómodo, en tanto mantiene el poder de “interpretar” la insignificancia y el interés público en el titular de la acción, pero ello no garantiza la uniformidad en la aplicación, crítica que ampliaremos en el siguiente capítulo.

Por su parte, el Art. 34 prevé como criterio de oportunidad en particular la conciliación, para los siguientes casos: delitos con contenido patrimonial, cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado muerte, estableciendo a la vez el efecto del cumplimiento del acuerdo conciliatorio, que es la

extinción de la acción penal, y es ahí donde los incisos 5 y 6 del Código Penal entran a escena, ya que es virtud de esa disposición que se puede proceder al sobreseimiento del encartado.

Como vemos, la norma procesal federal nada dice respecto de la reparación integral del perjuicio, lo que ha sido señalado por la Jurisprudencia y objeto de diferentes interpretaciones, tal como veremos en el capítulo 4.

### **1.3.2 Provincia de Buenos Aires**

En la provincia de Buenos Aires, si bien los criterios de oportunidad ya estaban reconocidos como modo de solucionar el conflicto penal, es la Ley N° 13.433 del año 2006<sup>10</sup>, la que verdaderamente se adentra en el establecimiento del régimen de la aplicación de los criterios de oportunidad, específicamente la mediación y la conciliación, al reglamentar la mediación penal y limitar su aplicación (Art. 6) a los delitos correccionales (conforme al Art. 24 del C.P.P.B.A., ostentan esa calidad los delitos cuya pena no sea privativa de libertad y los que tengan pena privativa de libertad cuyo máximo no exceda de seis años). Considera a la vez como casos especialmente susceptibles de sometimiento a mediación las causas vinculadas con hechos suscitados por motivos de familia, convivencia o vecindad y las causas cuyo conflicto sea de contenido patrimonial, debiéndose aclarar aquí que deberán tenerse en cuenta los límites impuestos por las leyes nacionales y los Tratados Internacionales (por ejemplo, en el contexto de violencia de genero).

También excluye de este trámite, las causas en las que las víctimas fueran menores de edad (con excepción de los delitos derivados del incumplimiento de las obligaciones y derechos parentales), en el caso de que se trate de funcionarios públicos, en ejercicio u ocasión de la función pública; de los delitos incluidos en el Libro Segundo del Código Penal, Capítulo 1

---

<sup>10</sup> Norma completa

[https://www.mseg.gba.gov.ar/directorios/marco\\_normativo/Leyes%20provinciales/ley\\_13433\\_mediacion\\_penal.pdf](https://www.mseg.gba.gov.ar/directorios/marco_normativo/Leyes%20provinciales/ley_13433_mediacion_penal.pdf)

(delitos contra la vida) en el Título 3 (delitos contra la integridad sexual) en el Título 6, Capítulo 2 (robo) y en el Título 10 (delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional).

### **1.3.3 Río Negro (Ley N° 5.020 y sus modificatorias)**

El Código Procesal Penal de la Provincia de Río Negro<sup>11</sup> que entró en vigencia, en todo el territorio de esa provincia en el año 2017, también prevé como las legislaciones antes resumidas, las reglas de la disponibilidad de la acción, autorizando al Ministerio Público Fiscal a prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal (Art. 96) en determinados supuestos: cuando se trate de un hecho insignificante y que no afecte gravemente el interés público; exigua intervención del imputado, excepto que la acción atribuida tenga prevista una sanción que exceda los seis (6) años de pena privativa de libertad, cuando en el caso que se trate de un delito culposo, el imputado haya sufrido un daño físico o moral grave (pena natural); cuando la pena carezca de importancia en consideración a la pena ya impuesta o a la que puede esperarse por los restantes hechos y cuando exista conciliación. Estos supuestos ya estaban contenidos de idéntica manera en el antiguo Código Procesal Penal (Ley N° 2.107), sancionada en el año 2008, en los que se encontraban establecido los criterios de oportunidad (Art. 172).

Es importante aquí hacer hincapié en los límites que el legislador rionegrino ha impuesto, taxativamente a los casos que pueden ser “conciliados”, debiéndose tratar de delitos de acción pública o dependiente de instancia privada, cuya pena máxima sea de hasta quince (15) años de prisión o reclusión, siempre que no se trate de un delito cometido con grave violencia física o intimidación sobre las personas, y que la o las víctimas sean mayores de edad y consientan su aplicación, excluyendo de este instituto a los funcionarios públicos.

---

<sup>11</sup> Norma completa

<https://servicios.jusrionegro.gov.ar/inicio/web/normativa/documentacion/PPP%202017-TA-mayo%202017.pdf>

### **1.3.4 Santa Fe (Ley N° 12.734 y sus modificatorias)**

Esta norma procesal<sup>12</sup>, establece también dentro de la reglamentación del régimen de la acción los criterios de oportunidad, autorizando al Ministerio Público Fiscal a prescindir de la acción, cuando se traten de hechos insignificantes, que no afecten el interés público (requiriendo la reparación del daño por el imputado), salvo en el caso de funcionario público, en el caso de pena natural (también exige reparación), cuando la pena a imponer carecería de importancia, cuando exista conciliación entre los interesados, y el imputado haya reparado los daños y perjuicios causados en los hechos delictivos con contenido patrimonial cometidos sin violencia física o intimidación sobre las personas; cuando exista conciliación entre los interesados y el imputado, en los delitos culposos, lesiones leves, amenazas y/o violación de domicilio; (en estos dos últimos casos se requiere la reparación del perjuicio como parte del acuerdo conciliatorio), y cuando el imputado se encuentre afectado por una enfermedad incurable en estado terminal.

Ahora bien, con la modificación incorporada por la Ley N° 13.746 del año 2017 se establece una excepción a la aplicación de criterios de oportunidad que es muy interesante, el delito no puede haber sido cometido con un arma de fuego, incluyendo esta pauta en el inciso 6 del Art. 19 del Código Procesal Penal, finalmente excepciona la aplicación de cualquier criterio de oportunidad a los casos en que se encuentre comprometido el interés de un menor de edad, o se tratare de un hecho vinculado con la violencia de género.

### **1.3.5 Chubut Ley XV - N° 9 (Antes Ley 5.478).**

---

<sup>12</sup> Norma completa  
<https://www.santafelegal.com.ar/cods/cpp1.html>

El Código de forma de Chubut,<sup>13</sup> que entró en vigencia en todo el territorio en el año 2010, incluyó toda una sección, dentro del capítulo que regula la acción penal, referido a la aplicación de criterios de oportunidad y es probablemente la más detalladas de las normativas relacionadas al tema.

En esa inteligencia, realiza la norma una lista de los casos en que es procedente la aplicación de este instituto, estableciendo como condición previa y general y es que no medie condena anterior, es decir que el acusado sea primario en delinquir: que se trate de un hecho insignificante, ya sea por lo exiguo de la contribución del partícipe o por su mínima culpabilidad, que no afecte mayormente el interés público, excepcionando a los funcionarios públicos y a los delitos cuya pena privativa de libertad mínima prevista para la acción atribuida exceda los tres años; en el caso de los delitos culposos, cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave, que torne desproporcionada la aplicación de la pena (pena natural), en estos casos la norma además, exige la reparación del daño por parte del imputado

También menciona como casos en que procede la aplicación de un criterio de oportunidad: cuando la pena que probablemente podría imponerse por el hecho que se trata, carezca de importancia en consideración a la pena ya impuesta o a la que se debe esperar por otros hechos; cuando el imputado se encuentre afectado por una enfermedad incurable, en estado terminal, según dictamen pericial, o tenga más de setenta años, y no exista mayor compromiso para el interés público; en los casos de lesiones leves, cuando haya existido conciliación o la víctima exprese desinterés en la persecución penal, salvo cuando esté comprometido el interés de un menor de edad.

Luego la legislación de Chubut diferencia los distintos institutos representativos de los criterios de oportunidad, la conciliación y la reparación integral del daño. En el Art. 47, legisla

---

<sup>13</sup> Norma completa  
<http://www.mpfchubut.gov.ar/images/pdf/cpp.pdf>

la conciliación, estableciendo que solo serán conciliables los delitos conminados con una pena cuyo mínimo no supere los tres años de prisión, que no hayan sido cometidos con grave violencia física o intimidación sobre las personas, y también en el caso de los delitos de lesiones leves y en los delitos culposos; mientras que el Art. 48 establece que la reparación integral del daño causado por el delito, además de proceder en los mismos casos que la conciliación, puede ser aceptada por el Juez, cuando la considere suficiente ofrecida, ello si la víctima no tiene un motivo razonable para oponerse y mediar consentimiento del fiscal.

### **1.3.6 Córdoba Ley N° 8.123 y sus modificatorias**

Si bien el Código Procesal Penal de Córdoba<sup>14</sup>, sancionado en el año 1992, fue en aquella época uno de los más modernos del país, en tanto dejaba atrás el proceso penal mixto y avanzaba hacia un sistema acusatorio de primera generación, no fue sino hasta el año 2017 que estableció en su cuerpo una regulación para los criterios de oportunidad, lo que se justifica con la posición de los colaboradores al proyecto, como José Cafferata Nores (ya expuesto en el punto 1.2 de este capítulo).

Así mediante la Ley N° 10.457 se incorporó al Art. 5 (oficiosidad de la acción penal), los criterios de disponibilidad de la acción, agregando los Art. 13 bis, ter, quater y quienquies, que establecen la aplicación de estos institutos en el caso de: hecho insignificante, de mínima culpabilidad, en el caso de pena natural, pena innecesaria, cuando se haya solucionado mediante conciliación siempre que, de haber existido daño se hubiera arribado a un acuerdo resarcitorio y éste se haya cumplido; en el caso de que el imputado esté afectado por una enfermedad terminal. Agrega que no será impedimento de aplicación estos criterios de oportunidad, en caso de que no se pueda dar con el paradero de la víctima, si se trata de todas las situaciones descriptas con anterioridad, salvo, claro está, el caso de la conciliación.

---

<sup>14</sup> Norma completa  
[https://leyes-ar.com/codigo\\_procesal\\_penal\\_cordoba.htm](https://leyes-ar.com/codigo_procesal_penal_cordoba.htm)

Para el caso de las excepciones, la Provincia de Córdoba impide la aplicación de los criterios de oportunidad; casos en que el autor del delito fuera funcionario público y hubiese cometido el hecho con abuso de su cargo; cuando haya una afectación al interés público, y aquí el legislador cordobés estableció ejemplos de esa afectación; en el caso en que la pena que sufriría el imputado en caso concreto de ser condenado sería de ejecución efectiva; es decir, que no procedería la condena en suspenso; en el caso de criminalidad organizada de cualquier índole, o (muy importante a nuestro criterio) se corrobore una situación de desigualdad entre el imputado y la víctima, derivada de la situación de poder o de la capacidad económica de aquel, que favorezca un aprovechamiento de la vulnerabilidad de ésta o de sus deudos, en el caso de haber conciliado.

Tampoco será de aplicación cuando el imputado tenga antecedentes penales computables o haya sido beneficiado anteriormente con la aplicación de un criterio de oportunidad o del beneficio de la suspensión de juicio a prueba; cuando se tratare de hechos que resulten incompatibles con las previsiones establecidas en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscriptos por la República Argentina; cuando se tratare de delitos reprimidos con pena de inhabilitación, salvo que se trate de delitos culposos con resultado de lesiones leves o graves; finalmente para casos en que se trate de hechos cometidos dentro de un contexto de violencia doméstica, de género, motivados en razones discriminatorias, o de grave violencia física en las personas, y cuando se trate de víctimas menores de edad o el imputado se haya servido de un menor para consumarlo.

A la vez, se le concede al Fiscal General, la posibilidad de interpretar los alcances de las reglas de disponibilidad de la acción penal mediante el dictado de instrucciones generales, ello con el fin de fijar las políticas de persecución penal. En esa labor, en el año 2019 se redactó la “Guía práctica para fortalecimiento de la aplicación de los mecanismos de disponibilidad de la acción penal”, que no es otra cosa que un manual, dirigido a los Fiscales (muy similar al que ha sido dictado en la Provincia de Mendoza como veremos a continuación), a fin de aclarar los conceptos vertidos en la norma (bagatela, mínima intervención, pena natural, etc.), estableciendo que en el caso de que se trate de una pena que pueda ser de ejecución condicional,

ello sea en el caso concreto, es decir, no dependerá del máximo de la pena establecida por el Código Penal, sino de la pena que el Fiscal solicitaría en caso de seguir la causa su trámite (apoya esta interpretación la tesis amplia que aplica el Tribunal Superior de Justicia para poder acceder a la suspensión del proceso a prueba).

Para el caso de la conciliación, el documento antes mencionado trata a los tres institutos previstos por la norma procesal (conciliación, mediación y reparación integral del perjuicio) como uno mismo, a pesar de las características especiales de cada uno, estableciendo la posibilidad de aplicar estos institutos cuando el bien jurídico lesionado sea de carácter patrimonial, físico o moral, en el entendimiento de que todas estas especies admiten la cuantificación monetaria que requiere la forma ordinaria de indemnización.

#### **1.4 La situación de Mendoza. Ley 6730 y sus modificatorias.**

La provincia de Mendoza fue una de las pioneras en incluir dentro de su legislación provincial los criterios de oportunidad. No obstante, esta introducción, que data del año 1999 no tuvo modificaciones desde ese entonces, por lo que, a diferencia de otras legislaciones procesales, la Provincia de Mendoza no contempla en su código de forma<sup>15</sup> los criterios de disponibilidad de la acción, manteniéndose el principio de oficiosidad en el Art. 8: “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...”.

A la vez, sin ninguna aclaración del modo o los casos en que es procedente, establece como regla general la “obligación de los Tribunales de resolver los conflictos surgidos a

---

<sup>15</sup> Norma completa

<http://www.jus.mendoza.gov.ar/documents/10184/801653/Codigo+Procesal+Penal+de+Mendoza+-+actualizaci%C3%B3n+ley+9040+-+Feb+2018-1.pdf/b56f6616-8f1a-4cb7-b752-5ed8865c175b>

consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía entre sus protagonistas” ( Art. 5 del C.P.P. de Mendoza). El único fundamento que da el legislador a esta inclusión, justamente es en la exposición de motivos del proyecto, esgrimiendo la Comisión redactora que el proceso penal pasaría entonces a tener una actividad que va más allá de la prisión o reparación de los daños, debiendo convertirse en un instrumento idóneo para intentar la armonía social.

Finalmente, en el Art. 26 el legislador mendocino introdujo la facultad del Ministerio Público Fiscal de 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 este, 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.

También incorpora como criterios de oportunidad dos institutos que consideramos poco tiene en común con los antes mencionados, estos son el juicio abreviado; y para el caso del revelador o arrepentido.

Como se advierte, nuestra legislación procesal fue escueta al momento de establecer los criterios de oportunidad. Recuérdese que este Código Procesal data del año 1999, momento en que aún se encontraba muy discutida la facultad de las provincias para reglamentar el ejercicio de la acción. No obstante, creemos que luego de la modificación realizada por la Ley N° 27.147, se hace imprescindible actualizar esta reglamentación, ello para adecuarla al Código

de fondo, y para ello podrían servir de guía algunas de las reglas de disponibilidad de la acción penal, o de los institutos establecidos por el resto de las provincias.

No puede dejar de llamar la atención, que una de las provincias que receptó más tempranamente los criterios de oportunidad, con el consiguiente cambio de paradigma del proceso penal, con las implicancias que ello tendría (sobre la teoría del delito, sobre las teorías de las penas, etc.), se haya entumecido con una regulación tan pobre, en términos de justicia restaurativa, que es uno de los fines de la aplicación de criterios de oportunidad, además del descongestionamiento de la colapsada justicia penal. Esto nos deja la sensación (como una opinión personal de la tesista), que el legislador mendocino (veremos como los operadores y los Tribunales han forzado al máximo la interpretación en beneficio de la aplicación del principio de oportunidad), o se ha arrepentido del camino elegido con la sanción de la Ley N° 6.730, o ha preferido dejar la interpretación de estos institutos en manos de los titulares de la acción, y en última instancia de los Jueces, ello con el fin de que sean los mismos operadores jurídicos, los que vayan regulando, caso por caso y periodo por periodo la necesidad de darle a algunos conflictos penales, una salida alternativa al proceso tradicional.

Respecto de la mediación de los conflictos penales, debe destacarse la labor de nuestra Suprema Corte de Justicia. Así, en abril del año 2004, mediante Acordada N° 18.410 <sup>16</sup> se instrumentó un proyecto piloto de mediación penal en el ámbito de la Justicia Penal de Menores enmarcado en el concepto de justicia restaurativa. Este procedimiento se amplió mediante la Acordada N° 21.612 bis <sup>17</sup>, por medio de la cual se aprobó el Protocolo para la Mediación de Jóvenes en conflicto con la Ley Penal y también el Proyecto Piloto de Mediación Penal en Juzgados Correccionales y Contravencionales.

---

<sup>16</sup> Texto completo Acordada N° 18.410

<http://www.jus.mendoza.gov.ar/documents/29122/240143/Acordada+Proy.+Piloto+Med+Penal+Juvenil+N%C2%BA+18.410/27c012ec-f868-461c-a232-35849c2ff84e>

<sup>17</sup> Texto completo Acordada N° 21.612 bis

<http://www.jus.mendoza.gov.ar/documents/29122/240143/Acordada+Mediaci%C3%B3n+Penal++N%C2%B0+21.612+bis/46e7738f-7e5e-460d-bf1f-8389dd3683f4>

Ésta última Acordada (N° 21.612 bis) declara que el proceso de mediación debe ser entendido como un conjunto de prácticas que pretenden posibilitar la asunción de responsabilidades, la reparación del hecho dañoso y la reintegración del autor del mismo en la comunidad, como contraposición a la respuesta penal tradicional que supone la imposición de una pena con la consiguiente carga de estigmatización, criminalización y violencia institucional que suele traer aparejada y la indiferencia a los intereses de la víctima.

Respecto del proceso de mediación en la Justicia Penal Juvenil, se señalan algunas limitaciones objetivas respecto de los delitos que son “mediables”: en primer lugar el autor debe ser punible; no debe tratarse de un hecho insignificante, ni de mínima culpabilidad del autor o exigua contribución de éste -salvo que afecte el interés público-, ya que en ese caso se suspendería la persecución penal por aplicación de criterios de oportunidad (Art. 26 del C.P.P.); no debe existir riesgo de una escalada de violencia entre las partes.

En cuanto al proyecto piloto de mediación penal para justicia correccional y contravencional, en el Anexo 1 de la Acordada N° 21.612 bis se aclara que, si bien Mendoza no cuenta con una Ley de Mediación Penal, el ordenamiento jurídico ofrece institutos que posibilitan una suerte de "transacción penal" o que la consideran una alternativa. En cuanto a los límites establecidos para los casos mediables, los mismos claramente deberán ser de competencia “correccional”, es decir, que poseen una amenaza de pena privativa de la libertad no mayor a 3 años, o inhabilitación o multa, y las mismas limitaciones que las acordadas para la justicia penal juvenil, es decir que no se trate de un hecho para el cual el Art. 26 del C.P.P., tiene prevista la aplicación de un criterio de oportunidad.

En el año 2016, mediante la sanción de la Ley N° 8.896 se incorporaron al Art. 353 del C.P.P., como causales de sobreseimiento, los incisos 6 y 9, que hacen referencia directa a los institutos de la conciliación y la reparación integral del perjuicio en el inciso 6 la conciliación “siempre en los casos en que estuviera legalmente permitido”; mientras que en la reparación se exige, por supuesto el cumplimiento del acuerdo reparatorio, o la reparación integral del

perjuicio, salvo que aquellas se encuentren debidamente garantizadas a satisfacción de la víctima. No obstante, más allá del proyecto piloto, presentado por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza para la mediación penal, no contamos hasta el momento con normas de procedimiento específicas para llevar adelante una conciliación o un proceso de reparación integral.

Por su parte, el Ministerio Público Fiscal ha demostrado, como en el caso de Córdoba, una especial preocupación por establecer algunos criterios interpretativos que delimiten la aplicación de los criterios de oportunidad, aclarando algunos conceptos. En ese marco han sido dictadas algunas resoluciones generales como la N° 717/16 y N° 718/16, que establecían cuáles eran los alcances de los criterios de oportunidad reglados por nuestro Código Procesal, que finalmente fueron sustituidas totalmente por resolución de Procuración General N° 16/2020<sup>18</sup> (febrero de 2020) que constituye una serie de pautas generales que los representantes fiscales deben tener en consideración al momento de emitir su acuerdo o solicitar la aplicación de un criterio de oportunidad.

En este conjunto de directivas que el Sr. Procurador Fiscal de la Provincia de Mendoza dirige a sus funcionarios, sostiene como origen, sin desnaturalizar el principio de legalidad procesal u oficiosidad, unificar parámetros a fin de poder darle contenido y eficacia a la ley ritual penal, que dispuso un conjunto de institutos adjetivos en los arts. 26 y 353 que, por aplicación de lo establecido por el art. 59 del Código Penal, y previo pronunciamiento del Ministerio Público Fiscal, derivan en última instancia en la disposición de la acción penal pública.

Explica en esa resolución el Sr. Procurador General, Dr. Alejandro Gullé, que la decisión de política de persecución penal a favor de la vigencia de criterios de oportunidad, no propugna simplemente la incorporación de una herramienta procesal más, sino que busca la

---

<sup>18</sup> Resolución Procuración General  
<https://mpfmza.jus.mendoza.gov.ar/resoluciones-de-procuracion-2020/>

adopción de otra manera de comprender la aplicación del Derecho Penal, en favor de decisiones jurisdiccionales más eficientes, tanto para la solución de conflictos en particular, como para la gestión de la conflictividad en general o la reacción institucional frente a la infracción de la norma penal.

Aclara en primer lugar que los casos previstos por la norma procesal, como lo son el hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o exigua contribución; el revelador arrepentido (Art. 26 del C.P.P); el juicio abreviado (Art.259 y 418 del C.P.P.) deben aplicarse de conformidad con las respectivas previsiones legales, mientras que la resolución tendrá vigencia en los casos en que los Fiscales deban prestar su acuerdo o realizar la solicitud de la suspensión del juicio a prueba (Art.26 inciso 3°, 30, 353 inciso 8° del C.P.P. y Art. 59 inciso 7° del Código Penal), de la suspensión de la persecución penal en los supuestos genéricos de solución del conflicto (Art. 5 y 26 inciso 2° del C.P.P.) o, en específico, de la conciliación de las partes (Art. 353 inciso 6° del C.P.P. y Art. 59 inciso 6° del Código Penal), en la celebración de acuerdos reparatorios (Art. 353 inciso 9° del C.P.P.) o de reparación integral del perjuicio (Art. 353 inciso 9° del C.P.P. y Art. 59 inciso 6° del Código Penal).

Respecto de las excepciones a la aplicación de cualquier criterio de oportunidad, la resolución establece que será indispensable la realización de un juicio oral: 1- causas en que se investiguen hechos que constituyan violencia contra la mujer, en los términos de la Ley N° 26.485<sup>19</sup> “Protección Integral de las Mujeres; 2- respecto de imputados que, en caso de recaer sentencia condenatoria les cabría la declaración de reincidencia; 3- cuando el encartado ostente la calidad de funcionario y/o empleado público; 4- cuando el hecho haya causado la muerte, lesiones gravísimas o riesgo de muerte para las víctimas, y finalmente; 5- cuando el hecho investigado se haya cometido antes de transcurrido un año desde la suspensión de la persecución penal en una causa anterior.

---

<sup>19</sup> Norma completa

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/152155/norma.htm>

Los casos puntualizados dejan la posibilidad de aplicación de estos criterios de oportunidad a un universo inconmensurable de casos graves, sobre todo los relacionados con la afectación del derecho de propiedad, tanto privada como pública; pero para ellos el Ministerio Público Fiscal de Mendoza también tiene una solución, exponiendo la necesidad de que, en causas en que se investiguen hechos que revistan especial gravedad, o estén vinculados a criminalidad organizada, o sean de notoria trascendencia pública, o puedan causar un perjuicio al funcionamiento de la Administración Pública o al patrimonio del estado, o se haya utilizado un medio idóneo para generar un peligro común, o que involucren armas de fuego, el Fiscal de Instrucción deberá, previamente consultar con el respectivo Fiscal en Jefe, y éste, a su vez, al Fiscal Adjunto en lo Penal, debiendo éstos, en base al caso concreto, emitir un directiva aprobando o descalificando el hecho, para la aplicación de un criterio de oportunidad.

Como aporte personal, debemos decir, que es una deuda pendiente para el legislador mendocino la de adecuar su normativa a las causales de extinción de la acción penal incluidas en el Art. 59 del C.P., más aún cuando tampoco el legislador nacional se preocupó por establecer pautas claras, haciendo una remisión amplísima a los Códigos Procesales Provinciales. Entendemos que la respuesta del órgano acusador (quien sí se esforzó por sentar criterios y limitar la disponibilidad de la acción penal), es un buen comienzo para, en el futuro, establecer una legislación de criterios de oportunidad que se adecúe al moderno proceso penal que la Provincia de Mendoza se ha esforzado por transformar con las reformas más recientes (por ejemplo la colegiación de los Jueces, la oralización de todas las audiencias, etc.), incluso con la amplia participación que le ha dado a la víctima en éste, lo que entendemos exige una reforma con carácter de urgente.

## CAPITULO 2

### 2.1 Concepto

El jurista español José Vicente Gimeno Sendra define los criterios de oportunidad como:

La facultad que al titular de la acción penal asiste, para disponer bajo determinadas condiciones de su ejercicio, con independencia que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado (Gimeno Sendra & Otros, 1993, pág. 62/72).

A su vez, el procesalista argentino Julio Maier (Maier, Derecho Procesal Penal Argentino. Fundamentos Tomo I, 1989, pág. 555 y ss.), sostiene:

Oportunidad significa la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella en presencia de la noticia de un hecho punible o incluso frente a la prueba más o menos completa de su perpetración formal o informal, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivos de utilidad social o razones político criminales.

Analizando estas definiciones, podemos ensayar una propia y diremos que cuando hablamos de criterios de oportunidad o de disponibilidad de la acción, estamos refiriéndonos a la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal (titulares de la acción), prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible, facultad que puede estar más o menos reglada, y que en general se fundan en motivos de utilidad social o razones político-criminales.

Históricamente, la característica principal de estos criterios de oportunidad, entendemos, ha sido la discrecionalidad de esa facultad conferida al órgano encargado de la persecución, de suspender o anular el ejercicio de la acción, pero esa potestad, sostenemos, no puede ser absolutamente ilimitada, sino que debe estar establecida en la ley, ello a fin de no violentar otros principios, como el de igualdad ante la ley, ni atentar contra la seguridad jurídica, afirmación que constituye la hipótesis de este trabajo.

Ahora bien, debemos establecer qué elementos debería contener la oportunidad para poder ser caracterizada como “principio”, en tanto la mayor parte de la doctrina así lo trata. Para ello debemos acudir a la definición de principios procesales:

Los principios procesales son aquellas máximas o ideas fundamentales que sirven como columnas vertebrales de todas las instituciones del Derecho procesal, a la vez que actúan como directrices que orientan a las normas jurídico procesales que logren la finalidad que medió su creación. Estos principios se pueden encontrar en las constituciones, leyes procesales y en la propia jurisprudencia, y su valor se aprecia al momento de servir como superadora de algunas lagunas o ambigüedades que pueden darse en el Derecho procesal (Hernández Rodríguez R. , 2016, pág. 45)<sup>20</sup>

Entendemos que, en algunas legislaciones procesales, la oportunidad tiene los requisitos ut supra descriptos para ser considerada como principio procesal, como vimos en el capítulo 1 del presente trabajo. No obstante, observamos que ni en la ley de fondo como tampoco en la de la provincia de Mendoza se alcanza esa generalidad que caracteriza a los principios. Para ello, deberían establecerse reglas claras y precisas, que puedan ser conocidas por todos los habitantes “a priori”, en las que el Ministerio Público Fiscal puede prescindir de la acusación penal, frente a hechos en los cuales y en cumplimiento del principio de legalidad, debería ejercer la acción penal, siendo el escenario ideal, para su regulación, la propia ley.

---

<sup>20</sup> Trabajo completo

<http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/68/62>

Tal como vimos en el Capítulo 1, las legislaciones procesales provinciales no son lo suficientemente concordantes entre ellas, para asegurar una homogeneidad en el tratamiento de los criterios de oportunidad. Pero a la vez no poseen claridad suficiente, sino que dejan un espacio de discrecionalidad a cargo del Ministerio Público Fiscal para pedir su aplicación, o del mismo Juez, para su otorgamiento, que permite un cierto grado de duda, en un determinado hecho, de la posibilidad de extinguir la acción por medio de la aplicación de un criterio de oportunidad, aunque sí debe destacarse el esfuerzo de los legisladores provinciales (no serán precisamente los mendocinos) para re-conducir, en forma racional, con criterios de política criminal y especialmente con la posibilidad de ejercer un control y exigir responsabilidad en quienes lo aplican, una selección, “de facto”, de casos que se venía realizando con anterioridad a la introducción de esa posibilidad en el sistema penal.

## **2.2 Breve reseña histórica del régimen de la acción a través del tiempo**

Para poder remontarnos al origen y fundamento del principio de oportunidad, debe hacerse una breve reseña histórica sobre los diferentes modos de configuración de la acción penal a lo largo de la historia, ya que no cabe duda, que el régimen de las acciones posee directa influencia, no sólo en la eficacia del sistema penal para gestionar los conflictos que le son derivados, sino en la composición de la armonía social que se rompe con la comisión de un hecho delictivo.

No siendo la investigación histórica objeto principal de este trabajo, hemos de remitirnos en este punto a un detallado trabajo realizado por Gustavo Herbel<sup>21</sup>, denominado “*Constitución, Acción Penal y Criterios De Oportunidad (La facultad provincial de fijar criterios de oportunidad en materia penal)*” (Herbel G. , 2003). Así, nos alecciona el autor, el Derecho Romano , mencionado siempre como fuente de los sistemas legales europeos, estaba

---

<sup>21</sup> Trabajo completo

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:YLl4yb-0ut8J:www.profprocesalpenal.com.ar/archivos/5fae3bed-CONST-ACCION-OPORTUNIDAD-04-06-03-.doc+&cd=3&hl=es-419&ct=clnk&gl=ar>

compuesto por un “sistema de acciones”, que carecía de codificación y de abstractas declaraciones de derechos y garantías (que hoy sobreabundan), entendiendo la mayor parte de los ilícitos como privados, y en consecuencia sometidos a composición, ya fuera recuperando lo perdido (si ello era posible), o aplicando un mal que compensara el recibido por quien buscaba la “vindicta”. Se reservaba la reacción punitiva ejemplarizante, a los casos en que estuviesen comprometidos los intereses de la comunidad, es decir, que pusieran en peligro al propio Estado Romano.

Tanto por la necesaria incorporación de las poblaciones de las colonias romanas a este sistema de acción privada, como por el advenimiento de la época imperial, el régimen de las acciones sufrió un profundo cambio, ello como consecuencia de la nueva calidad del ciudadano romano como súbdito del soberano; a la que no debe dejar de sumarse la rígida ética cristiana del bajo Imperio, todos factores que contribuyeron a que, lo que antes fuera una excepcional intervención estatal (solo cuando el ilícito perjudicara intereses públicos), se fuera expandiendo, incorporando nuevas materias pasibles de persecución pública, que en definitiva se convirtió en la regla, dándole a los conflictos que antes eran cuestiones interpersonales, el carácter de agravios al orden establecido (laico en la primera etapa Imperial, connotado religiosamente en la bajo Imperio) y en consecuencia, objeto de persecución pública.

Pero a la vez que el sistema romano acentuaba la expropiación del conflicto penal, nos alerta (Herbel G. , 2003, pág. 5) se desarrollaba con el Derecho Germánico antiguo, un sistema de resolución de conflictos, alejado de estructuras estatales y fundado en la resolución interpersonal de los litigios, sistema en el que no se concebía la idea de acción pública y tampoco de acción popular, ya que nadie podía atribuirse la representación de la sociedad, o de otra persona, vinculándose la titularidad de la acción a la imprescindible existencia de un daño, mientras que sólo quien lo hubiera sufrido (o su grupo familiar) estaba habilitado para imputar a su ofensor, constituyendo en definitiva una reglamentación del litigio (en ocasiones físico) entre las partes. Sobre esta base es que se llega a admitir que se puedan llevar adelante acuerdos reparatorios, sin más límite que el consenso, que, por un lado, dejará el daño a la víctima

satisfecho, pero por el otro será un modo en que el ofensor pueda escapar de otras consecuencias, como la venganza.

Estos dos sistemas convivieron hasta la Edad Media, momento en el que el poder político, antes en cabeza del soberano, se disgregó en un sinnúmero de pequeños poblados asociados a un señorío importante (época feudal), y se eligió al Derecho Germánico como la forma más eficaz de gestionar los conflictos, ello teniendo en cuenta la descentralización del poder, pero con el resurgimiento y la consolidación de las monarquías (inicio del siglo XIII), es decir, con la concentración del poder, se retomó el modelo de persecución estatal, para lo cual el soberano contó con la invaluable ayuda de los procedimientos ya desarrollados y afianzados de la Iglesia Católica, la “inquisitio”, que le otorgó al poder estatal la estructura institucional que era indispensable para poder arrogarse la administración de los procesos penales, excluyendo la participación de la víctima.

Este periodo en el ámbito jurídico, que fue conocido como “recepción del Derecho romano-canónico”, nos explica (Herbel G. , 2003, pág. 6), no tuvo gran influencia en el modelo anglosajón de administración de justicia, que conservó la impronta acusatoria en sus instituciones judiciales, es decir, no sucumbió a la estatización de la acción penal, fenómeno que se mantiene hasta la actualidad, aunque diferenciándose de la acción popular (del derecho Germánico) en cuanto si bien la acción se encuentra expedita para todos los ciudadanos, éstos la ejercitan en representación de la Corona y, por lo tanto, pueden ser desplazados por ésta del proceso, acción que es generalmente ejercida por las instituciones de seguridad (policías locales), sin que sus funcionarios tengan atribuciones diferentes a la de los ciudadanos.

Por su parte, Europa continental perfeccionaba su legislación inquisitiva. Una de las codificaciones más representativas fue la Ordenanza Criminal del Luis XIV del año 1670, que posicionaba al Rey como fuente de toda justicia; y en consecuencia los tribunales actuaban en su nombre, mientras que los funcionarios reales (antecedentes próximos del Ministerio Público Fiscal que hoy conocemos), podían actuar en su nombre en cualquier tipo de proceso.

Con el arribo de la revolución francesa (año 1789), se revalorizó el modelo político inglés y adoptó algunas instituciones que se dirigían a la desconcentración de poder que se encontraba en manos del rey. Se adoptó el sistema acusatorio anglosajón; especialmente en cuanto a la división de funciones entre acusador y juez, pero ya en el año 1808, con la sanción del Código de Instrucción Criminal (“Code d’instruction criminelle”) se terminó por representar una solución intermedia, entre el Antiguo Régimen, manteniéndose la figura del Juez de instrucción (como investigador) y el monopolio de la acción penal en manos del Estado (representado por el Ministerio Público Fiscal), y se incorporaron importantes derechos ciudadanos, especialmente a través del otorgamiento de las garantías procesales, estructura que se denominó “sistema mixto” o “inquisitivo reformado”.

Este nuevo sistema “intermedio”, fue expandiéndose por toda Europa continental, a la vez que se impuso la recepción legislativa en la mayoría de los estados modernos de su postulado fundamental: la persecución penal pública y obligatoria. A la par de esta obligación de persecución, que en principio fue ideada para proteger al poder político de la influencia que pudiera tener el órgano persecutor, en tanto efectivizaba la verdadera política criminal, fueron asomando flexibilizaciones a esa obligación, el caso más representativo es el de Alemania (que ampliaremos el capítulo siguiente), pudiendo decir que aquel país sentó las bases de las primeras regulaciones de criterios de disponibilidad.

Excedería el objeto de este trabajo analizar los fundamentos y argumentos que han justificado a lo largo del tiempo, el monopolio estatal de la acción penal. Alcanzará con afirmar, que en virtud de la bibliografía consultada, podemos afirmar que la naturaleza pública de la acción, a cargo del Ministerio Público Fiscal en nuestro sistema procesal, no debe ser interpretada o equiparada al término “exclusiva”, de hecho, las legislaciones a partir de finales del Siglo XX han ido propugnando una revalorización de la víctima en el proceso penal, que se encontrará asegurada por su propio derecho a la tutela judicial.

Entonces, habiendo realizado este apretado resumen histórico, y conociendo los avatares del régimen de la acción en la historia, como primera conclusión podemos sostener que el régimen de la acción de un determinado país se encuentra estrechamente ligado al sistema del proceso penal vigente, en rigor de verdad es al revés, se elegirá el sistema procesal penal más eficiente para cumplir con la naturaleza de la acción, sustantivamente regulada, y también de ello dependerá la posibilidad o no de suspenderla por razones de política criminal.

A similares conclusiones arribó Rufina Hernández (Hernández Rodríguez R. , 2016, pág. 40/42), miembro del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba; afirmando que en los antiguos sistemas inquisitivos, producto del derecho romano-canónico, que se caracterizaron por la oficiosidad de la acción y en donde más arraigada se encontró la obligación del ejercicio de la acción penal, para todos los hechos que puedan constituir delito, no se concibe la existencia de los criterios de oportunidad. No existen excepciones, ni razones para introducirlas, en tanto el quebrantamiento de la norma constituye una ofensa a la ley del estado, y su consecuencia lógica, la sanción penal. La economía procesal, o el descongestionamiento de la justicia penal no encuentra recepción en estos sistemas.

Por su parte, en los sistemas acusatorios más puros, como los imperantes en Estados Unidos de América y el Reino Unido (anglosajones), tampoco existe la consagración del “principio de oportunidad”, pues en estos sistemas la discrecionalidad para la formulación de la acusación es absoluta. No existe obligación alguna de perseguir, ni acusar:

La denominación “principio de oportunidad” entonces, reconoce su origen en los países del continente europeo con régimen penal mixto, con tendencia inquisitiva, y encuentran su fundamento en la imposibilidad fáctica de los órganos estatales de formular acusación, ello si se tiene en cuenta el infinito número de procesos, y las limitaciones del aparato judicial (Hernández Rodríguez R. , 2016, pág. 42).

Podemos entonces afirmar que el nacimiento del principio de oportunidad, se muestra como una solución a la crisis de la legalidad (entendida como el ejercicio obligatorio de la

acción), como un modo de superar la superabundancia de casos penales, respecto de los cuales necesariamente y ante la imposibilidad de perseguirlos a todos, se creó una especie de “selección”, dando paso a los más graves o importantes, y dejando agonizar en el tiempo, hasta su extinción, aquellos que no revisten especial importancia.

Debe resaltarse a la vez, que solamente una pequeña parte de todos los hechos punibles cometidos llegan al conocimiento de la autoridad, por lo que, de facto, ya se carece de una persecución de todos los hechos punibles, ello motivado por procesos de selección extrínsecos, como es la falta de denuncia de los hechos por las víctimas (por desconocimiento, por desconfianza en el sistema, etc.), pero también intrínsecos, por los propios operadores del sistema penal, que ante la noticia de un crimen, deciden (ya sea por el exceso de trabajo, como por la escasa importancia que reviste el hecho), darle relevancia y procurar recursos a la investigación y persecución de unos hechos, en desmedro de otros, sin ningún tipo de sustento legal, ni control jurídico, lo que hace indispensable la organización de criterios que regulen esta realidad.

### **2.3 La evolución del concepto de delito y la superación del conflicto**

Tal como afirmamos precedentemente, la aparición de los criterios de oportunidad tuvo su origen en la imposibilidad de cumplir de manera absoluta la obligación de persecución de todos los hechos delictivos. Esta afirmación, entendemos se encuentra más justificada en los que llamaremos “criterios de disponibilidad”, entendidos como autorizaciones otorgadas al titular de la acción para suspender el ejercicio de la acción, ello fundado en cuestiones de economía procesal y política criminal, sin que el acuerdo de la víctima sea necesario, ni siquiera consultado.

Pero los que a nuestro ver, conforman los verdaderos criterios de oportunidad, en tanto le otorgan al imputado una oportunidad de evitar la condena a cambio de un acuerdo o reparación con la víctima, están estrechamente ligados a la evolución del concepto de delito, y a la función del derecho penal, respondiendo a un fin diferente a las autorizaciones de disposición de la acción.

No conviene, por razones de brevedad, hacer un análisis histórico de lo que se ha considerado delito a lo largo de la historia. Nos será útil decir en este punto que, al concepto de delito como infracción a la ley del estado, y por ello merecedora de sanción penal (en su función retributiva), y a la función del derecho penal, entendida clásicamente como “definir, comprobar y reprimir la desviación” (Ferrajoli, 1998, pág. 209), podemos oponer un concepto diferente, que da cuenta de las múltiples implicancias que tiene el delito en las relaciones interpersonales, esto es, como conflicto entre individuos, cuya armonía es necesario restablecer.

Aclaremos aquí que estamos hablando de la concepción clásica del delito que se mantuvo los últimos cuatrocientos años. Si bien originalmente, el delito era entendido como un conflicto, éste se trababa entre el autor y el estado, en tanto su conducta ponía en crisis la vigencia de la norma, por lo que el proceso penal y la eventual sanción tenía como fin el restablecimiento de ese orden que había sido quebrantado. Esta concepción de delito está íntimamente ligada a la justicia retributiva. No cabe aquí hacer un análisis de las razones por las que este concepto ha entrado en crisis, sí es importante decir que las teorías modernas, que intentan justificar la sanción penal desde otra perspectiva, las que discuten la titularidad de los bienes jurídicos protegidos (tema que veremos en el próximo punto), y especialmente con el avance de la justicia restaurativa, han preparado una nueva definición de delito, que entendemos es el fundamento de los institutos que hoy estudiamos.

Así, nos dice el Profesor (Silva Sánchez J. , 2017, pág. 496/498),<sup>22</sup> con cita a autores alemanes, que el delito no constituye únicamente un problema para el estado, en tanto no produce únicamente una “lesión del Derecho en su vigencia especial y como ley general”, ni tampoco la suma de ésta y una adicional que es la “lesión de la víctima como sujeto jurídico autónomo” (estos dos aspectos constituirán el plano vertical), sino que también se trata de un grave conflicto para las relaciones interpersonales y sociales en el mundo de la vida (plano horizontal).

El enjuiciamiento, la condena y la pena expresan el éxito final del Derecho penal estatal y restablecen la relación vertical, es decir resuelven el conflicto jurídico-público. Pero no restauran (agregamos nosotros, no se preocupa por restaurar) la dimensión horizontal (interpersonal y/o social) afectada. En efecto, sin la intervención del Derecho penal estatal no hay solución razonable al conflicto global generado por el delito. Ahora bien, con la sola intervención del Derecho penal estatal tampoco se alcanza la plena solución del conflicto. El delito (...) solo se supera realmente mediante la consecución de la paz interpersonal (esto es, de la reconciliación) (Silva Sánchez J. , 2017, pág. 497).

Entendemos que, en esta concepción de delito, admitiendo los diferentes planos en los que el delito tiene consecuencias dañosas, debe ayudar para que deje de ser considerado como la negación de la norma del estado, cuya respuesta es solo punitiva, en parte porque se ha demostrado el fracaso de esa retribución, y a la vez porque conviene darle importancia al daño interpersonal que causa, como verdadero conflicto que es necesario superar para restaurar la armonía social.

Ahora bien, no se nos escapa la dificultad operativa que implica atribuirle al estado la gestión de los conflictos interpersonales con consecuencias penales, especialmente cuando existe un “aparato penal” tan arraigado en la tradición punitivista, pero lo cierto es que no es una función diferente a la que cumple, la justicia civil, por ejemplo. A la vez, como veremos

---

<sup>22</sup> Trabajo completo

<https://doctrina.vlex.com.co/vid/restablecimiento-derecho-superacion-conflicto-704946153>

más adelante, no será la mayor parte de los casos en los que la justicia penal deba pensar una solución alternativa para resolver el conflicto, es decir, esta función no tendrá un incremento desproporcionado, en relación con la eficacia que promete el restablecimiento de la armonía social.

### **2.3.1 La función protectora de bienes jurídicos del derecho penal.**

Aquí hemos visto sucintamente cómo la evolución del derecho penal, o más bien, de lo que puede esperarse del derecho penal ha permitido pensar en soluciones diferentes a la sanción penal como respuesta al ilícito.

Ahora bien, para poder responder a una de las preguntas que atraviesan este trabajo, que es, cuáles son los delitos respecto de los que es posible la aplicación de criterios de oportunidad, o mejor aún, si existen determinadas ofensas que, aun con el consentimiento de su “titular” (ya explicaremos las comillas) no pueden ser sino merecedoras de la sanción penal. Para ello, entendemos que la mejor respuesta nos la puede dar la teoría de los bienes jurídicos, en tanto nos ha explicado Enrique Bacigalupo que:

El Derecho penal moderno (a partir de Binding) se ha desarrollado desde la idea de protección de bienes jurídicos. De acuerdo con ella, el legislador amenaza con pena las acciones que vulneran (o ponen en peligro) determinados intereses de una sociedad determinada. La vida, la libertad, la propiedad, etcétera, son intereses o finalidades de la sociedad que el legislador quiere proteger amenazando a quienes los ataquen con la aplicación de una pena; de esta forma, tales intereses se convierten, a través de su reconocimiento en el orden jurídico positivo, en bienes jurídicos. De la idea de protección de bienes jurídicos se deducen en la teoría límites para el *ius puniendi*, es decir para el derecho de dictar leyes penales (Bacigalupo, 1999, pág. 43/44).

Sin ánimo de extendernos demasiado, comenzaremos por determinar qué se entiende por bien jurídico, término que puede ser conceptualizado como “un interés vital para el

desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico” (Vont Liszt & Jimenez de Asúa, 1999, pág. 6/8). De esta definición podemos extraer dos elementos que son importantes para nuestra línea de investigación, el primero es que se trata de intereses que anteceden a la norma, es decir, que existen previamente, y que no son creados por ella, sino reconocidos dentro del ámbito de su protección; mientras que el segundo elemento hace referencia a una sociedad determinada, en un tiempo específico agregamos nosotros, por lo que, como hemos ido viendo, muy pocos de los bienes jurídicos poseen el carácter universal que justificaría un tratamiento igualitario.

Cabe señalar aquí que ha existido entre los juristas, desde hace tiempo, diferentes teorías que diferencian bien jurídico, de los denominados derechos subjetivos y objetivos, no obstante no es esta la problemática que nos sirve ampliar, sino la relacionada con la titularidad de esos bienes y la disponibilidad de los mismos, habiendo servido estos parámetros como guía para la clasificación de los delitos en los códigos penales de todo el mundo.

Respecto a la titularidad, la clasificación menos original es aquella que diferencia bienes jurídicos individuales de los estatales, pero la diferencia no pareciera tan simple, en tanto hay autores que expondrán que, incluso respecto de los bienes que podrían ser considerados individuales, el estado posee una co-titularidad. Así, nos dirán (Molinario & Aguirre Obarrio, 1999, pág. 104/105), respecto del bien jurídico vida que el estado cumple una doble función, por un lado es propia de su finalidad tender a garantizar a cada individuo el goce y ejercicio pacífico de todos sus derechos, pero, además, por otra parte, hay un interés directo del Estado en la conservación de la vida humana, como instrumento que ella es para la realización de sus finalidades, entre otras, la finalidad demográfica, que explica su propia subsistencia y asegura su perpetuidad.

Nosotros adoptaremos la postura, a los fines de este trabajo, que ha dejado asentada ( Kierszenbaum , 2009), <sup>23</sup>que pregona que la titularidad del bien jurídico pertenece siempre al

---

<sup>23</sup> Trabajo completo

individuo, no al estado, mientras que ese concepto de bien jurídico debiera servir sólo a fin de limitar el poder estatal. Lo contrario, es decir, admitir que el estado es el titular de todos los bienes jurídicos daría la razón a los autores que exponen que en definitiva el estado ha expropiado el conflicto social generado entre protagonistas reales y lo ha convertido en un conflicto con el estado mismo, por desobedecer sus normas (Maier, De los delitos y las víctimas, 1992, pág. 185).

Habiendo entonces concluido que el titular de los bienes jurídicos es el individuo, y no el estado, debemos responder entonces si existe algún interés vital que no pueda ser renunciado o tranzado, o si por el contrario todos los bienes jurídicos son disponibles, en tanto el individuo es su titular. A esta pregunta debemos decir en primer lugar, que la primer respuesta nos surge espontáneamente; y es que existen espacios vitales de los seres humanos respecto de los cuales no puede admitir su ofensa y mucho menos renunciar o aceptar su destrucción total.

A estos los llamaremos bienes indisponibles, y la respuesta a cuáles son en definitiva los bienes jurídicos indisponibles, podemos ensayarla junto Zaffaroni (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, Derecho Penal Parte general, 2002, pág. 605) que explican al tratar la legítima defensa:

La solución de este problema se ha ensayado mediante una teoría general de los bienes personales (...). Esta teoría distingue: (a) bienes de los cuales los individuos nunca pueden ser privados, ni aun mediando consentimiento del titular (torturas, vejaciones, libertad —reducción a servidumbre—, vida); (b) bienes de que los individuos pueden ser privados sólo mediando su consentimiento (actos de coerción personal del proceso, extracción de líquidos del cuerpo y otros procedimientos que causen lesión o dolor aunque sea insignificante, extracción de órganos); (c) bienes de los que el individuo puede ser privado a condición de compensar su pérdida (propiedad, intimidad, la libertad en alguna medida —detención—); y (d) bienes de los que el individuo puede ser privado

sin su consentimiento ni compensación (pena privativa de la libertad por sentencia, condenas civiles) .

Pero a la vez, deberemos tener en cuenta el grado de afectación a esos bienes indisponibles, ya que, entendemos que lo que no se puede negociar o tranzar por una compensación (en nuestro caso por aplicación de un criterio de oportunidad) es la destrucción de esos bienes jurídicos indisponibles, pero nada obsta a que una simple lesión no pueda admitir una resolución alternativa a la sanción penal, ello si se tiene en miras el beneficio del damnificado.

Debemos concluir entonces, que como intuíamos al principio de este título que existen bienes jurídicos respecto de los cuales no cabe realizar ninguna compensación, en tanto no se puede permitir su privación total, o su destrucción, mientras que existen otros, respecto de los cuales su titular tiene un grado de disposición voluntaria. Solo respecto de estos últimos, entendemos, será posible la aplicación de la reparación y extinción penal.

### **2.3.2 La evolución rol de la víctima en el proceso penal**

Como hemos ido observando el derecho penal ha ido sufriendo transformaciones que en alguna medida justifican la posibilidad de que, ante un hecho punible, exista una opción diferente a la de la sanción penal, y la posición de la víctima dentro del proceso penal no ha sido indiferente a esa evolución.

Al respecto nos dice Ángela Ledesma (Ledesma, 2017- 2, pág. 25) en su artículo “Víctima y legitimación para actuar ante la justicia”, que los principios que, tradicionalmente rigieron el proceso penal incidieron en la falta de un papel protagónico del ofendido como consecuencia del delito, su carácter público, el ejercicio de la acción, investigación y

juzgamiento en manos del Estado, pero esencialmente la concepción de que el ofensor debe ser castigado por la violación a las leyes y la expropiación monopólica del conflicto, concebido únicamente entre estado e individuo que ha transgredido la norma penal.

El imputado era el centro del proceso penal, a su alrededor giraba la averiguación de la verdad. Con la desaparición de la acción popular y privada en la antigua Grecia se dio nacimiento a la denuncia como instituto típico del sistema inquisitivo, siendo esta la única legitimación del ofendido, hacer llegar los datos, luego su voluntad carecerá de relevancia y podrá eventualmente, ser llamado como testigo, pero no podrá intervenir en el curso del procedimiento (Ledesma, 2017- 2, pág. 27).

A la vez, nos dice Pablo Flores, en su artículo “La situación de las víctimas de delitos en la República Argentina” (Flores, 2017-2, pág. 130/132), que a partir del siglo XIII en Europa, se produce un cambio en las relaciones de poder entre los hombres, que repercutió más significativamente en la situación de las víctimas de delitos en el marco de los procesos penales. Así aparece el estado como único afectado por los eventos que él mismo calificó como delitos, con la consecuente confiscación del conflicto a la víctima. A partir de allí el estado tendría interés en la resolución de los conflictos generados por hechos penales, con total independencia de la voluntad, el interés y de la situación en que se encontrara la víctima, como consecuencia del hecho. La irrupción del Estado, con la concentración del poder persecutorio, no hizo hincapié en el daño ocasionado, sino en la desobediencia a la ley del soberano, independientemente del perjuicio ocasionado a la víctima.

Ahora bien, el denominado modelo de enjuiciamiento mixto fue abriendo paso a un rol más activo de las partes en el proceso penal y mantuvo la figura del Fiscal como único representante del interés de la víctima, no obstante debe hacerse esta aclaración: la fiscalía no defiende el interés de la víctima, o del ofendido penalmente, sino que a ella le incumbe tanto el deber de objetividad, como el de lealtad con el imputado y su defensa, su rol de parte está limitado por el Art. 120 de la Constitución Nacional, que establece que debe actuar como defensor de la legalidad. Es a raíz de la aceptación de esta circunstancia que comienzan a ganar espacio en el proceso los abogados que representan a la parte querellante particular, e incluso,

cuando se trata de delitos graves, la posibilidad de que esa representación provenga de un defensor público.

En el mismo orden de ideas, y a pesar de estos avances, la Dra. Ledesma (Ledesma, 2017- 2, pág. 37/38) nos explica que el verdadero adelanto en los derechos de las víctimas se presenta en Latinoamérica y Centroamérica al momento de recuperar el estado de derecho y restablecer el orden jurídico, alterado por los regímenes totalitarios. Es en este contexto político, que tuvieron lugar en la segunda mitad del siglo XX, es que se produce el nacimiento de movimientos de víctimas, programas oficiales para la reparación de los daños ocasionados, las tan significativas “comisiones de la verdad”, que propiciaron y obligaron a establecer legalmente, mayores derechos a las víctimas, ampliando su legitimación en los procesos judiciales.

También debe señalarse, en este mismo contexto político, la introducción de procesos penales de corte acusatorio en América Latina, que fue propiciada por grupos académicos conformados principalmente en Argentina, liderados por Alberto Binder y Julio Maier, junto con la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, lo que permitió no solo la inclusión de la víctima en el proceso penal, sino también la de los criterios de oportunidad.

Ahora bien, sin ingresar en el tratamiento de los delitos que constituyan violaciones a los derechos humanos, ya que en el marco de aquellos es que los derechos de las víctimas se han visto más, sino eficazmente, al menos más públicamente revalorizados, cada legislación (en Argentina incluso cada provincia) le ha dado a la víctima, en el proceso penal, un rol diferente, con disímiles alcances. Lo cierto es que, con la crisis del principio de legalidad, que sostuvimos fue el contexto que permitió el nacimiento de los criterios de oportunidad, y con el debilitamiento del deber de oficiosidad (entendido como el deber de perseguir todas las conductas que pudieran ser delito), se le ha otorgado a la víctima un nuevo papel.

Concretamente, respecto del tema que nos interesa, que es el ejercicio de la acción, se le ha atribuido la posibilidad de oponerse a la suspensión de la acción penal por aplicación de un criterio de oportunidad (en el caso le asistirá el derecho de convertir la acción pública en privada, conforme la reformas introducidas por la Ley n° 27.147), o como sujeto cuya voluntad es insustituible para el acuerdo conciliatorio y/o reparatorio, a fin de dictarse la extinción de la acción penal, en los términos del Art. 59 inciso 6 del C.P., más allá de la posibilidad (bastante más antigua) de ejercer la acción civil dentro del proceso penal.

## **2.4 Criterios de Oportunidad procesalmente legislados**

A partir del extenso detalle realizado en el Capítulo 1 de las normas procesales provinciales, y a fin de no extendernos demasiado en el tratamiento de los criterios de oportunidad en concreto, elegiremos ampliar aquellos que se encuentran legislados en la Provincia de Mendoza, entrelazándolos brevemente con las soluciones que, respecto de los mismos principios, dieron otras provincias, y mencionar otros que, por su repetición en las legislaciones, merecen tratamiento.

Previo a ello quisiéramos plantear una breve reflexión, a la luz del análisis de la legislación y de los antecedentes históricos del régimen de la acción y de la aparición de los principios de oportunidad, y es que creemos necesaria la división que ya venimos propugnando, de los criterios de oportunidad en dos grupos, ello teniendo en cuenta el fin que persigan. Por un lado, estarán los criterios de disponibilidad que permiten economizar recursos al sistema judicial, que aspiran al descongestionamiento de la justicia penal, de casos que no poseen entidad ni interés social, que no generan alarma y que por ello pueden dejar de ser perseguidos.

Pero el otro tipo o grupo de criterios de oportunidad tales como la solución de conflicto, la conciliación y la reparación, responden a otra dinámica, y persiguen un fin diferente. No se trata de ahorrar los recursos del estado, sino de cambiar por completo tanto la concepción del delito, como la función de la pena, el rol de la víctima, todo ello con la aspiración de dirigirnos hacia una justicia restaurativa. Estos, a nuestro modo de ver son los verdaderos criterios de

oportunidad. Los que tienden a agilizar la sobrecargada justicia, entendemos son autorizaciones que el órgano acusador posee para dejar de perseguir, criterios de disponibilidad de la acción si se quiere, pero no funcionan como una verdadera oportunidad, porque como veremos, al imputado nada se le exige (más que cumplir con las circunstancias previstas por la norma), el foco está puesto en la escasa alarma social que su conducta generó y no en su resocialización, ni en el restablecimiento de la armonía social, rota por el delito.

Realizada esta reflexión, comenzaremos con la descripción de los criterios contenidos en la ley de la provincia de Mendoza, debiendo recordar esta división a fin de poder entender, a través de sus fines, el contenido de cada uno de ellos.

#### **2.4.1 Criterios de disponibilidad de la acción**

##### **Insignificancia**

Ya hemos dicho a lo largo de este trabajo que frente a la limitación de recursos (materiales y humanos), y ante la imposibilidad de investigar todos los hechos con características delictivas que se cometen, los criterios de oportunidad no vienen más que a regularizar una selección que ya se estaba llevando a cabo por parte de los operadores jurídicos.

El primero de estos parámetros (que fue el más utilizado para dejar agonizar las investigaciones penales intrascendentes, hasta su extinción por el transcurso del tiempo), tiene que ver con la gravedad de los hechos, relegando la investigación de aquellos que carecieran de relevancia social, o de la capacidad de generar alarma.

Ahora bien, ¿qué debemos entender por insignificancia? No se nos ocurre un término que admita más interpretaciones y valoraciones subjetivas que el elegido por la mayor parte de las legislaciones. La respuesta no es unívoca, pero la extensión prometida del presente trabajo nos impide ahondar en la amplia discusión doctrinaria, pudiéndonos limitar a expresar, en consonancia con (Hernández Rodríguez R. , 2016, pág. 57/58) que estaremos frente a un hecho insignificante cuando: la acción contraria a la norma sea de escaso contenido antisocial, es decir se trate de aquellas infracciones de carácter mínimo, como las de bagatela, por el ínfimo disvalor de la acción objeto de reproche. En este caso la aplicación de un criterio de oportunidad tendrá la doble función, por un lado, descongestionar el sistema judicial de delitos de mínimo valor disruptivo y por el otro, evitar el perjuicio y el efecto de-socializante que trae aparejado el dictado de una condena.

Llegados a este punto, no podemos dejar de mencionar en este trabajo, aunque sea brevemente, la discusión doctrinaria que se ha planteado en relación a la doble acepción del concepto de insignificancia, esto es como causal de “atipicidad” y como criterio de oportunidad, abriéndose el debate entre “penalistas” y “procesalistas”. Un análisis profundo de la temática debería ser objeto de un trabajo exclusivo, no obstante, debemos al menos mencionar desde qué punto de vista o bajo qué criterios de interpretación debe medirse la insignificancia.

En representación de los doctrinarios que sostienen que para analizar la insignificancia de un hecho será necesario acudir al derecho penal sustantivo, incursionando en la teoría jurídica del delito, queremos mencionar a un autor mendocino. Así, para el Profesor (Coussirat J. , 2013, pág. 129/131) la determinación de la insignificancia deberá analizarse necesariamente acudiendo a la teoría jurídica del delito, ya sea desde la lesividad de la conducta con respecto al bien jurídico, lo que se relaciona con la tipicidad; o desde la antijuridicidad, o incluso desde la óptica de la culpabilidad, explicando que no debe olvidarse que, lo que se busca es suspender la persecución penal en casos de pequeña criminalidad. Esta pequeña criminalidad solamente podrá objetivarse cuando se trate de una mínima lesión al bien jurídico.

Por otro lado, los autores que sostienen “la tesis procesalista” explican que el principio de insignificancia debe ser considerado como criterio de excepción al principio de legalidad. 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.

Puede sospecharse que esta ha sido la interpretación del legislador al momento de incorporar el Art. 26 al Código Procesal Penal de Mendoza, pudiéndose sostener que este criterio de disponibilidad encuentra su justificación en la capacidad operativa del aparato de persecución criminal, y será éste quien decida la aplicación de estos institutos en tanto resulte económicamente conveniente para el órgano a cargo de la persecución penal. Se trata aquí de una cuestión que deberá resolverse haciendo un análisis de equivalencia entre el costo social del hecho delictivo, (el interés que despierte en la sociedad su persecución), y la cantidad de recursos estatales que deben ponerse a su disposición para su persecución.

Ensayando entonces una conclusión, y posicionándonos en una de las dos corrientes, puede decirse que, a los fines de precisar y delimitar el alcance de la insignificancia como disponibilidad (que es el objeto de este acápite) existe una diferencia entre ambos institutos (insignificancia penal e insignificancia procesal), en tanto la última atiende conductas con reproche (pues deben superar el umbral mínimo necesario para ser consideradas delito), que resultan irrelevantes frente a otros casos que provocan mayor costo, alarma o interés social (Hernández Rodríguez R. , 2016, pág. 57).

Es que entendemos que si esa afectación es tan intrascendente como para excluir la tipicidad, la antijuricidad o la culpabilidad, entonces el caso se podrá resolver desde el derecho penal sustantivo, y no será necesario seguir con el trámite del proceso penal , pero no podrá aplicarse desde este criterio de disponibilidad, en tanto se encuentra reservado para hechos que sí han producido una afectación (ya sea a la vigencia de la norma o al bien jurídico protegido), pero que la misma, carece de todo interés social, y es por ello que el Ministerio Público Fiscal justifica la suspensión del ejercicio de la acción.

Ahora bien, la insignificancia como criterio de disponibilidad se encuentra receptada genéricamente en todas las provincias argentinas que los admiten, algunas de ellas incluso agregan en el mismo contenido descriptivo la falta de afectación al interés público, siendo los casos más claros el Código Procesal Penal Federal (Art. 31), el Código Procesal de la Provincia de Río Negro (Art.96), la norma procesal de Santa Fe, la de Chubut, Córdoba y también la de la provincia de Mendoza. No obstante, no puede asegurarse que su regulación y mucho menos su aplicación resulte homogénea, en tanto el alcance del concepto insignificancia es indeterminado y se encuentra librado a la interpretación de los operadores jurídicos: por lo tanto, puede resultar más o menos amplio según el lugar donde pretenda aplicarse.

Algunas legislaciones han elegido poner un límite temporal, entendemos como pauta interpretativa de la insignificancia o de la no afectación al interés público, como lo fijó la Provincia de Buenos Aires al establecer que la aplicación de criterios de oportunidad, procederá solo en delitos correccionales (cuya amenaza de pena máxima no supere los seis años), siendo similar a la previsión de las leyes procesales de Río Negro, y también la Provincia de Neuquén<sup>24</sup>.

Para los autores que sostienen que la insignificancia deberá ser analizada desde la teoría del delito, podría decirse que este límite temporal que las provincias han elegido está estrechamente relacionado con la afectación de bienes jurídicos (disponibles) que son estimados como de baja necesidad de reproche penal, lo que está en directa relación con la escala penal aplicable, siendo este el primer criterio de búsqueda de la insignificancia, mientras que el segundo trata de establecer la proporcionalidad de la pena con la afectación al bien jurídico del que se trate, es decir, mientras más baja sea la intensidad de la afectación, menos se hará necesaria la aplicación de la pena, en proporción con el mínimo establecido por la ley sustantiva.

---

<sup>24</sup> Norma completa

<https://inecip.org/wp-content/uploads/2016/08/Neuqu%C3%A9n-C%C3%B3digo-Procesal-Penal.pdf>

Finalmente se establece un tercer criterio de interpretación que se relaciona con el contenido objetivo de valoración, es decir, para (Coussirat J. , 2013, pág. 132) será el Juez quien evalúe si se trata o no de un hecho insignificante, sin tomar en cuenta la entidad que el titular del bien jurídico le asigna a la lesión y con independencia del autor del hecho.

Con este último criterio de interpretación es con el que tenemos algunos problemas. En primer lugar, porque olvida las razones que dan nacimiento a los criterios de oportunidad, al menos las más altruistas (justicia restaurativa, revaloración de la víctima, pacificación social, etc), que está estrechamente relacionadas con un cambio de paradigma del conflicto penal, ya no visto como un atentado a la autoridad del Estado, sino como una verdadera contienda entre partes, un conflicto entre el autor que no solo viola la norma, sino que quiebra la armonía social que mantenía con la víctima, afectando sus intereses. Entonces, teniendo en miras ese fin, el criterio de análisis de la insignificancia que pone en manos del Juez la valoración del hecho, impidiendo la valoración de las circunstancias personales de los protagonistas, no pareciera respetar los propios fines para los que han sido ideados los criterios de oportunidad.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que la receptación de los criterios de oportunidad trae consigo un cambio también en el rol de la víctima en el proceso penal. En Mendoza, desde la sanción del Código Procesal Penal (Ley 6730), que incluye la figura del querellante particular, en cumplimiento con la Convención Interamericana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a los documentos de la Organización de las Naciones Unidas; luego con la sanción de la leyes nacionales como la N°27.372 ( Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos), la ley N°27.375 (modificatoria de la ley de ejecución de la pena), se advierte un proceso de revalorización del papel de la víctima en el proceso penal, dándole injerencia a su voz en ámbitos en los que nunca había participado. También debe tenerse en especial consideración la manda supranacional de las 100 Reglas de Brasilia <sup>25</sup>, que establece que las víctimas de delitos deben ser respetadas de

---

<sup>25</sup> 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 2008.

modo integral, en las particulares condiciones de vulnerabilidad que presentan, en razón de sus características personales y de la situación (delito) sufrida, en todos los espacios que transitan.

Incluso con las modificaciones que la Ley N° 27.147 hiciera de las causales de extinción de la acción penal, incorporando institutos como la conciliación y la reparación integral del daño, y la conversión de la acción de pública a privada cuando el Ministerio Público Fiscal no considere procedente su prosecución (tomando en consideración la ya fijada opinión de nuestros Tribunales sobre la capacidad del querellante particular para solicitar la imposición de una pena, a partir del caso “Santillán”, no puede imaginarse válidamente, y dentro de este abanico de normas, una instancia en la que el Juez al que le toque dirimir la aplicación de un criterio de oportunidad, pueda hacerlo válidamente, sin tomar en cuenta la situación de la víctima (de vulnerabilidad por el daño sufrido), aunque ello traerá problemas que deberán resolverse a la luz del principio de igualdad ante la ley.

### **Mínima culpabilidad del autor**

No cabe duda que este criterio se encuentra vinculado al concepto de insignificancia. En relación a la mínima culpabilidad del autor, podemos decir que se trata de casos en los que la necesidad del reproche penal queda disminuida sin que pueda hablarse, desde la teoría jurídica del delito, de causas de inculpabilidad. Para aquellos que bregan por analizar estos criterios de disponibilidad, desde la teoría del delito, una vez que establecimos que hay culpabilidad (que sea imputable, que conozca la antijuricidad del hecho y que le sea exigible un comportamiento diferente), el criterio exige que ésta sea mínima lo que no es tan fácil de mensurar. En todo caso los autores aconsejan que aquí lo relevante será la reprochabilidad de la conducta, teniendo en miras la actitud del autor al momento de llevarla a cabo.

### **Exigua contribución en el hecho.**

Respecto de la exigua contribución del partícipe, en esta categoría entendemos se exige necesariamente un análisis en los términos del artículo 45 del Código Penal. Si bien las leyes procesales no establecen a qué partícipes se refiere, teniendo en cuenta el calificativo de exigua contribución, no parece haber dudas que hace referencia solo a la participación secundaria en tanto es el único caso en que puede afirmarse una exigua contribución al delito de otro, ya que implica una colaboración que no es indispensable para la comisión del hecho, excluyendo a los otros tipos de participación, como la instigación (determinar directamente a otro) y la participación criminal primaria o necesaria (un aporte sin el cual el delito no hubiera podido cometerse del modo en que fue llevado a cabo), esta es la posición que adopta (Coussirat J. , 2013, pág. 134/135)

Estos criterios, tanto el de mínima culpabilidad como el de exigua contribución, también son considerados por todas las legislaciones procesales que analizamos en el capítulo 1, incluyendo como excepción general la afectación del interés público o que haya sido cometido por un funcionario público en ejercicio de su cargo.

#### **2.4.2 Criterios de oportunidad**

##### **Solución del conflicto**

Ya dejamos establecido que con la reforma de la Ley N° 27.147 se incorporaron como causales de la extinción de la acción penal, en el inciso 6 del Art. 59 los institutos de la conciliación y la reparación integral del perjuicio. A la vez, en la provincia de Mendoza se incorporaron en los incisos 6 y 9 del Art. 353 del Código Procesal Penal la facultad de solicitar el sobreseimiento en los casos de conciliación (siempre que estuviera legalmente permitido) y se hubieran cumplido las obligaciones contraídas en el acuerdo reparatorio o la reparación integral del perjuicio. No obstante , a pesar de su incorporación en el Código Procesal Penal como causales para solicitar el sobreseimiento, ni la conciliación ni la reparación integral del

perjuicio tienen en nuestra ley de forma un procedimiento concreto, debiendo ser absorbidas por la amplísima concepción de “solución de conflicto”, previsto en el Art. 5 del C.P.P.M.

Debemos decir que, a estas alturas, es inimaginable que una provincia como la de Mendoza, pionera en el cambio de paradigma del proceso penal, no tenga un mecanismo especial (judicial o previo a esa instancia) para solucionar los conflictos, ya sea por conciliación o por reparación integral del daño, y debamos acudir a la amplísima norma contenida en el Art. 5 del C.P.P.M, que más que un procedimiento es una declaración de principios, que los operadores jurídicos han debido ir llenando con los años.

La introducción de los institutos de la conciliación y la reparación integral en la norma penal sustantiva (Ley N° 27.147) en nada mejoró la situación en nuestra provincia, no obstante ello no generó alarma en nuestro sistema judicial, ya que, podría decirse, estábamos acostumbrados a la falta de definiciones claras, habiéndose desarrollado una abundante actividad jurisprudencial al respecto, que será objeto de tratamiento en otro capítulo de esta tesis.

A grandes rasgos, diremos que la solución de conflicto como criterio de oportunidad, trae consigo una modificación en la concepción de delito, tal como lo vimos en el punto 2.3 de este mismo capítulo, atribuyéndole al proceso penal un nuevo papel, que es el de generar el espacio adecuado para la restauración de la armonía social entre los protagonistas. Si ella se pudiera enmendar, entonces el estado debe desistir de su poder de acción, y renunciar a la punición, limitándose a aceptar que el hecho generador del conflicto haya dejado de tener trascendencia en virtud del acuerdo

Si bien no conviene ahondar mucho en la temática, pues este trabajo no cumpliría con el requisito de brevedad solicitado, lo cierto es que las leyes procesales provinciales e incluso

la reforma introducida al Art. 59 del C.P., le han dado tratamiento unificado a los institutos de conciliación y reparación del perjuicio, pero ciertamente tienen características diferentes.

## **Conciliación**

La conciliación en el marco de las reglas procesales tiene como fin conjugar los intereses tanto del autor del hecho, como de la víctima. El interés del autor es claramente evadir una sentencia condenatoria, mientras que el de la víctima no es tan claro, ni medible en general, debiendo atender al caso concreto. La conciliación es una especie dentro del género solución de conflicto, al menos esta es la opinión que mantuvo el Procurador General de la Provincia de Mendoza en la causa “Estrella” (que analizaremos más adelante), estableciendo en aquel caso (que se trataba un hecho cometido en un contexto de violencia de género) el ejercicio de la acción es indisponible, y la solución del conflicto en forma privada aparece como una alternativa prohibida constitucional y legalmente, agregando que la conciliación que la ley prevé en el art. 59 del C.P. no se refiere a conciliaciones prohibidas por la ley (art. 28 Ley 24.685), ya que se encuentran vedadas a las partes porque no se presentan en un pie de igualdad al conciliar.

Entonces, como característica importante a destacar respecto de la conciliación, es que debe derivar de un proceso “bilateral”, en el que las partes deben estar en un plano de igualdad para negociar sus intereses. Todas las leyes procesales que receptan la conciliación, hacen hincapié en la voluntariedad del proceso, pero también algunas receptan esta idea de igualdad de modo claro, por ejemplo el Código Procesal Penal de la Provincia de El Chaco, en su Artículo 431 establece los requisitos para que pueda ser aplicada la conciliación pero además resalta el deber del magistrado de asegurar que las partes hayan estado en igualdad de condiciones al momento de negociar, debiendo descartar que alguna haya actuado bajo amenaza.

De igual manera lo recepta la provincia de Córdoba, prohibiendo la conciliación en aquellos casos en se corrobore una situación de desigualdad entre el imputado y la víctima, derivada de la situación de poder o de la capacidad económica de aquel, que favorezca un aprovechamiento de la vulnerabilidad de esta o de sus deudos.

La conciliación será un procedimiento voluntario, tanto para el imputado, como para la víctima, quien deberá invocar su satisfacción con el acuerdo alcanzando (de la naturaleza que fuera). Algunas legislaciones procesales, como la provincia de Buenos Aires y Entre Ríos (téngase en cuenta que solo analizamos las excepciones contempladas en la ley y no en las directivas fiscales, ni acordadas de los máximos tribunales) se han decidido por excepcionar la aplicación de este instituto delitos contra la vida (homicidios dolosos, culposos y aborto); delitos contra la integridad sexual (todos los previstos en el título 3); en los delitos contra la propiedad en la que se hubiesen utilizado violencia sobre las personas (robos) y delitos contra la administración pública.

Debemos decir que en el caso de la conciliación, si bien la mayor parte de las legislaciones la receptan en general, pocas han establecido un procedimiento especial, dejando entonces el instituto sin un procedimiento claro, que se ha intentado cubrir en algunas provincias con la sanción de leyes complementarias que organizan la conciliación a través de la mediación penal, como es el caso de Buenos Aires, Río Negro, Santa Fe, El Chaco, Neuquén, entre otros.

### **Reparación integral del perjuicio**

En cuanto a la reparación del daño causado a la víctima como criterio de oportunidad, en algunas legislaciones se encuentra prevista de forma autónoma y en otras está integrada como requisito del procedimiento de mediación. No obstante, la doctrina no comulga con esta

última técnica legislativa, ya que la reparación integral del perjuicio causado no posee las características de la conciliación.

Así, en un fallo del año 2019, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional<sup>26</sup> se pronunció con claridad al establecer no solo la diferencia, sino la operatividad de los institutos previstos por la norma a pesar de que ellos no cuenten con un procedimiento legal autónomo; explicando que:

(...) la reparación integral consiste en el cumplimiento unilateral por parte del imputado de obligaciones dirigidas a resarcir las consecuencias del accionar ilícito que se le reprocha. La conciliación, por su parte, ostenta similar propósito, pero resulta, en principio, de un acuerdo entre las partes, en el cual participa la víctima. El Código Procesal Penal (según ley N° 27.063), suspendido por decreto, regula los casos en que puede aplicarse esto último (delitos patrimoniales no muy violentos e imprudencias sin daños gravísimos o irreversibles). La reparación no ha sido prevista autónomamente como mecanismo de resolución alternativa de conflictos en dicho cuerpo legal y allí aparece en el artículo 236, inciso “g”, como causal de sobreseimiento y en el artículo 246, inciso “d”, como cuestión preliminar a proponer en la audiencia de control de la acusación. Sin embargo, no existe una regulación específica en el nuevo sistema procesal en cuanto a requisitos de procedencia. En atención a lo reseñado, estimamos que le asiste razón a la defensa en cuanto a la vigencia y operatividad de la norma que contempla el instituto en cuestión y a que el ordenamiento no exige ningún requisito para su procedencia.

Ahora bien, otra de las diferencias que la doctrina encuentra entre la reparación integral y la conciliación, es que en la primera debe mostrarse como un “equivalente funcional de la pena”, que no significa otra cosa que debe cumplir similares funciones a la pena. Este tema

---

<sup>26</sup> Causa CCC78461/2018, caratulada “A.J.R s/ ofrecimiento de reparación integral del perjuicio”, resolución de fecha 26 de marzo de 2019 consultado en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/47667-conciliacion-reparacion-integral-del-delito-diferencias>

fue abordado por el Dr. Mateo Bermejo <sup>27</sup> (en la actualidad Juez del Tribunal Penal Colegiado n° 1 de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, en los autos N° P-29.669/15, <sup>28</sup> de fecha 6 de marzo de 2020, en la que explicó con cita del autor alemán Günther Jakobs, que cuando se exige que la reparación, se equipare funcionalmente a la pena:

(...) ello se refiere a la confirmación de la vigencia de la norma por la infracción de deber implícita en la reparación civil, en el reconocimiento de la víctima como tal, en los costos económicos que debe asumir el infractor para la reparación (con el consecuente efecto disuasorio que puede tener ese costo), entre otros criterios de equivalencia... Todo ello, podría hacer cumplir a la reparación, bajo ciertas condiciones muy particulares, las funciones de ejercitar la confianza en la norma como pauta orientativa de comportamientos, de ejercitar en la fidelidad al Derecho y de ejercitar en la aceptación de las consecuencias, funciones asociadas a la función de la pena como confirmación de la vigencia de la norma (Jakobs G. , 1997, pág. 57/63).

Así, entiende el Dr. Mateo Bermejo los ciudadanos se ejercitan en el conocimiento de lo que cabe esperar de los otros al estabilizarse las expectativas normativas, se grava al infractor con consecuencias costosas para que haya un aprendizaje respecto de ellas y se aprende la conexión de comportamiento y deber de asumir los costos.

Finalmente, diremos que en las legislaciones procesales que han introducido la figura de la reparación integral del perjuicio como figura autónoma, como es el caso de Chubut y El Chaco, se habilita al Juez a aceptar la reparación integral y suficiente, si la víctima no tuviera motivos razonables para rechazarla, es decir, se advierte aquí que el papel de la víctima no es tan protagónico como en la conciliación. Esta situación, la posibilidad del Juez de aceptarla, a pesar de la voluntad de la víctima, genera algunas confusiones, especialmente en cuanto a la

---

<sup>27</sup> Doctor en Derecho penal y Ciencias Penales por la Universidad Pompeu Fabra, máster en Sociología y Ciencia Política por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales y abogado por la Universidad de Buenos Aires. Profesor asociado de Derecho penal en la Universidad Pompeu Fabra (España) bajo la dirección del Prof. Dr. Jesús María Silva Sánchez y colaborador científico en la Universität Augsburg (Alemania) en la cátedra del Prof. Dr. Wilfred Bottke, entre otras actividades.

<sup>28</sup> “Fiscal c/Aroma Suárez, Mariano Sebastián por Homicidio Culposo Agravado”. Disponible en Protocolo Digital de Tribunal Penal Colegiado n° 1 de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza.

situación del imputado, en tanto la víctima aún contará con la posibilidad de conversión de la acción penal (Art. 73 del Código Penal), o de exigir la reparación por vía civil, no haciendo las normas referidas, aclaración alguna a esta situación.

Finalmente, podemos advertir, tanto de las legislaciones analizadas en el Capítulo 1, como las que veremos en el Capítulo 3, y del material que ha servido de fuente a este trabajo, que se observa un uso indistinto de algunos conceptos, que nos parece interesante aclarar en esta instancia. Podemos decir, compartiendo la opinión de la Dra. Rita Mill (Mill, 2017-2), que si bien el “nomen juris” que se le asigne a los mecanismos de gestión de conflictos, es irrelevante, mientras puedan cumplir con su cometido, lo cierto es que, la mediación no es otra cosa que un método para lograr la conciliación o la reconciliación de los protagonistas, es decir, la mediación es la vía o instrumento por medio de la cual se arriba al acuerdo conciliatorio o reparatorio.

Así, a pesar de que algunas legislaciones o incluso algunos doctrinarios, utilicen los términos de manera indiferente, lo cierto es que tanto la conciliación como la reparación del perjuicio sí son institutos procesales que aspiran a la solución del conflicto, que entendemos deben ser reglados, y que esa reglamentación debe, necesariamente, utilizar a la mediación como método, pero el término en sí mismo, no se corresponde con un criterio de oportunidad.

## **CAPITULO 3**

A fin de introducirnos en la temática de fondo de la hipótesis planteada, que es concretamente descubrir si la legislación nacional (a través de la Ley n° 27.147) mejoró las posibilidades de aplicación de los criterios de oportunidad, al introducirlos como una causal de extinción de la acción, especialmente en provincias como la de Mendoza, que no cuenta con un catálogo de situaciones de las cuales el operador jurídico se pueda servir, para agilizar la extinción de la acción, no podemos dejar de conocer, aunque fuera brevemente, el tratamiento que el derecho de otros países le han dado a esta temática.

No se trata aquí, como si en el primer capítulo, de profundizar en las legislaciones procesales de otros países, sino, a grandes rasgos, en aquellas que los reconocen, poder establecer si fueron guiados para ello por los mismos fines, y cuál es el procedimiento elegido para su aplicación.

Finalmente, en la segunda parte de este mismo capítulo haremos una breve exposición de la relación de los criterios de oportunidad con otros principios que informan el derecho penal y el procesal penal, para establecer en su caso, si con la normativa vigente en Mendoza, podemos garantizar que la suspensión de la acción o la extinción de esta por causas de economía procesal o solución del conflicto penal, vulnera otros derechos, constitucional y convencionalmente reconocidos.

### **3.1 Los criterios de oportunidad en el derecho comparado.**

#### **3.1.1 Alemania**

Debe destacarse, como lo hicimos en el capítulo anterior, que los autores coinciden en cuanto consideran que la primera aparición de los criterios de oportunidad se da en este país, pero para poder comprenderlo debe aclararse el contexto en que ese surgimiento tiene lugar. Así, desde mediados del siglo XIX, en todo el territorio germánico, y luego de una fuerte pugna entre las tendencias inquisitivas y acusatorias, estas últimas ganaron mayor espacio en el proceso penal, con la consecuente división de la función del acusador y juzgador, con la necesidad de que el procedimiento penal fuera oral y público, con un sistema de valoración de la prueba libre (ya no reglado como en el inquisitivo) y con la aparición y fortalecimiento del Ministerio Público Fiscal como titular de la acción, aunque el descubrimiento de la verdad siguiera constituyendo el fin del proceso, y el equilibrio de las partes se observara más en la etapa final y no en la de investigación.

Dentro de este sistema, el principio de legalidad imperante (entendido como la obligación de acusar en todos los casos), comenzó a ser discutido mucho más temprano que la primera manifestación legislativa de los criterios de oportunidad, generándose intensos debates entre los juristas alemanes, respecto del valor o la conveniencia de la legalidad en el sistema penal.

El principio de oportunidad, nacido, como dijimos en el capítulo 2, de la crisis de la obligación de persecución de todos los hechos que tuvieran características de delito, tiene su primera manifestación legislativa en Alemania, a través de la “Ley Emminger”, de fecha 4 de enero de 1924, en virtud de la cual, entre otras reformas, establecía que el Ministerio Público quedaba facultado de abstenerse del ejercicio de la acción para dar satisfacción a determinadas condiciones como son: a) reparar el daño ocasionado, b) otorgar prestaciones de utilidad pública y, c) cumplir determinadas obligaciones, facultad que, sin duda, puede ser considerada como la primera ruptura legal del principio de legalidad procesal.

Como nos señala (Lamadrid Luengas, 2016, pág. 101)<sup>29</sup>, en su tesis doctoral, dirigida por el Profesor Jesús-María Silva Sánchez (Universitat Pompeu Fabra), los motivos de esta excepción al principio de legalidad fueron fundamentalmente económicos, en tanto la crisis financiera producida por la Primera Guerra Mundial (y las cargas impuestas al Estado Alemán) no sólo habían debilitado el sistema monetario estatal, que debía acudir a toda herramienta que permitiera disminuir el gasto público, no siendo la administración de justicia la excepción, pero con el agravante que, la misma crisis económica aumentó exponencialmente los delitos menores, sobre todo los delitos contra la propiedad (hurtos familiares, robos atenuados, entre otros), y es por ello que fueron apareciendo las diferentes teorías respecto a las consideraciones de culpabilidad mínima, la falta de interés público en la persecución penal y las escasas consecuencias del hecho insignificante, los parámetros elegidos para esta función.

Nos dice el mismo autor que, Claus Roxin y Bernd Schünemann, en su libro “Strafverfahrensrecht” (Derecho Procesal Penal), clasifican en cuatro grupos los criterios de oportunidad que se encuentran en la ley alemana:

a) Insignificancia, que a su vez se divide en: 1- absoluta, que es similar a la de nuestras leyes y que incluye la mínima culpabilidad del autor y la falta de interés público; 2- relativa, se da en el caso de los hechos innecesarios, es decir cuando la pena que pudiera corresponderle al autor carezca de importancia frente a las que ya se le impusieron o a las que podrían corresponderle por otros hechos; 3- casos en los que confluyen situaciones relacionadas con el extranjero, como sería el caso de un delito menor que carece de relevancia frente al pedido de extradición para ser juzgado por delitos mayores; y 4- casos de tráfico de estupefacientes para consumo personal, siempre que se den los supuestos de mínima culpabilidad, falta de interés público y se trate de dosis que evidencien el consumo personal.

b) Archivo del proceso en casos de cumplimiento de órdenes y mandatos, que podrían asimilarse a cualquiera de nuestros institutos de solución de conflicto (conciliación o

---

<sup>29</sup> Trabajo completo  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=140544>

reparación integral del perjuicio), e incluso a la suspensión del juicio a prueba en la que se impongan condiciones (como labores en favor de instituciones públicas o donaciones).

c) 1- Existencia de intereses prioritarios a la persecución penal: cuando el proceso genere una amenaza mayor para la seguridad del estado que la del hecho mismo.; 2- casos de arrepentimiento activo en delitos contra la seguridad del estado; 3- casos en que se haya coaccionado o chantajeado a fin de lograr la revelación de un hecho punible (respecto de este último hecho); 4- casos en que exista prejudicialidad civil o administrativa, injurias o falsas acusaciones; y 5- casos en que se garantiza la impunidad de un partícipe para transformarlo en testigo de cargo contra sus cómplices (similar a la figura del arrepentido en nuestra ley)

d) Finalmente cuando la víctima puede llevar por sí misma la persecución. Se trataría del caso en que el Ministerio Público Fiscal a priori valoró el interés público del hecho, para luego descartarlo.

Estos son los casos en que la ley alemana admite la abstención de la persecución penal o su suspensión. También el Código Penal Alemán establece algunos criterios de disponibilidad de la pena, como el fijado en el Art. 60<sup>30</sup> que expresa: “el tribunal puede prescindir de pena cuando las consecuencias del hecho que el autor ha sufrido son de tal gravedad que la imposición de una pena sería manifiestamente equivocada. Esto no es aplicable cuando el autor ha incurrido por el hecho en una pena privativa de la libertad superior a un año”; a la vez, en el Art. 56 establece la suspensión de la pena en el caso de penas no mayores a 1 año (en casos excepcionales hasta 2 años).

En cuanto al valor de la reparación del perjuicio, se puede observar que en los casos de conciliación, la reparación permite la atenuación de la pena, e incluso la posibilidad de prescindir de ella (Art. 46 del Código Penal), también debe tenerse en cuenta a los efectos de

---

<sup>30</sup> Código Penal Alemán para consulta:  
[https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/1\\_20080616\\_02.pdf](https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/1_20080616_02.pdf)

suspender la ejecución de la pena y/o como regla de comportamiento (Art.56), y finalmente en el caso de la amonestación con reserva de pena (Art. 59 ), una de las instrucciones que puede

darse al sujeto es la de esforzarse por alcanzar una conciliación con la víctima o reparar el daño causado por el hecho.

### **3.1.2 Francia**

Aunque Francia pueda destacarse dentro de los países con disposición de la acción, como el caso de EE.UU e Inglaterra (y Gales), su inclusión en ese grupo es confusa, y por ello vale la pena mencionarlo. Así, legislador revolucionario había establecido específicamente el principio de legalidad de la persecución en el año 1791. Posteriormente, el Código de 1808 no se pronunció al respecto, por lo que, debía asumirse que el principio de legalidad se había mantenido, aunque la mayor parte de la doctrina sostenía que el sistema francés era de disponibilidad de acción.

En la actualidad, Francia cuenta, en primer lugar con una figura jefe de los acusadores muy fuerte, que será el que decida el curso de las denuncias y querellas recibidas, y de otros institutos que revelan la existencia de criterios de oportunidad:

1. Archivo simple, que es una decisión unilateral por parte del procurador contra la que procede recurso ante el Procurador General;

2. Archivo bajo condición, en el que se imponen medidas de resarcimiento que podrían llegar a la reparación integral del perjuicio causado por el delito, incluyéndose aquí los mecanismos de solución de conflicto; y

3- la “composición pénale”, que se trata de una forma de transacción en la que el procesado admite el hecho y su autoría, siempre que el hecho tenga una pena de privación de la libertad igual o menor de cinco años (multa o inhabilitación), con la condición que realice

una o más de las acciones, por ejemplo pago de multas, trabajo comunitario. Podría equipararse con nuestra suspensión del juicio a prueba

### **3.1.3 España**

España, país de fuerte tradición legalista, ha ido paulatinamente introduciendo normativas a su legislación que regulan criterios de oportunidad. Así el caso de la justicia penal de menores, y otras situaciones especiales que se encuentran estrechamente relacionadas con la necesidad de descongestionar la justicia penal, aun cuando el ministerio público está sujeto estrictamente al principio de legalidad.

Lo cierto es que a partir de la segunda mitad del siglo XX, aquellos países de arraigada defensa del principio de legalidad, se han preocupado por encontrar herramientas que mejoren el proceso penal, y en ello tuvo una importante influencia la “Recomendación del Comité del Consejo de Europa sobre la simplificación de la Justicia Penal” del año 1987, que tenía por fin la adopción del principio de oportunidad, siempre que el contexto histórico y la Constitución de los Estados Miembros lo permitieran, estableciendo los criterios que deben regir su aplicación.

Entre estos criterios, se establecía que cualquier causa de suspensión debía inspirarse en el principio de igualdad de todos ante la ley, debiendo tener en cuenta la gravedad, naturaleza, circunstancias y consecuencias de la infracción; personalidad del denunciado y la condena que pudiera imponérsele; los efectos de esta condena sobre el denunciado; y la situación de la víctima, debiéndose exigir el acuerdo de la víctima en el caso del archivo bajo condición.

Conforme el texto redactado por Ana Isabel Vargas Gallego (Vargas Gallego, 2019),<sup>31</sup> quien se desempeña como Fiscal de apoyo de la Jefatura Provincial de Madrid, las primeras manifestaciones de la aplicación del principio de oportunidad, se introdujeron con la Ley 38 del año 2002, que introduce en la Ley de Enjuiciamiento Criminal el procedimiento abreviado, que tiende, conforme la misma exposición de motivos<sup>32</sup>, a la agilización de los procedimientos y el enjuiciamiento inmediato de los delitos menos graves y flagrantes, a la vez que aconseja favorecer aquellas salidas anticipadas del proceso que faciliten una resolución más rápida, menos traumática y, en suma, menos costosa en todos los sentidos del conflicto penal, todo lo que la doctrina española dio en llamar “conformidad”.

A su vez, en el año 2015 se introdujo<sup>33</sup> en la Ley de Enjuiciamiento Criminal el procedimiento para el juicio sobre delitos leves, que otorga la posibilidad al juez instructor de acordar el sobreseimiento del procedimiento o archivo, cuando lo solicite el Ministerio Fiscal por resultar el delito leve, esto es: de muy escasa gravedad o no existir un interés público relevante en la persecución del hecho (facultad que ya existía en la justicia penal de menores), considerándose en el caso de delitos patrimoniales que el interés público cesó cuando hubo reparación o no exista denuncia del perjudicado.

Tal como se hizo en la provincia de Mendoza, en España la cabeza del Ministerio Público Fiscal redactó directivas para que los fiscales pudieran establecer, en qué casos se encontraban autorizados por la Ley para solicitar el archivo, siendo estos: en caso de delitos patrimoniales si no hay denuncia o interés de la víctima ; con excepción de los delitos cometidos en contexto de violencia familiar y, otros de contenido patrimonial específicamente mencionados por la norma. También deberán considerar los fiscales las especiales circunstancias del autor (si este es joven, si posee antecedentes anteriores, su disposición a reparar el mal, entre otras).

---

<sup>31</sup> Trabajo Completo

<https://elderecho.com/principio-de-legalidad-principio-de-oportunidad>

<sup>32</sup> Se puede consultar la Ley en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-20823>

<sup>33</sup> Se puede consultar en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-3439#dasegunda>

Finalmente, debemos decir que la reparación del daño en la ley española actúa como un modo de suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad (art. 81.3 C.P.), también como pauta para la sustitución de la pena privativa de la libertad (imponiendo multa o trabajo comunitario), o como atenuante de la pena; mientras que también constituye una sanción específica para determinados delitos (arts.321 , 323 , 339 ); es decir, mejora sustancialmente la situación procesal del condenado, pero no permite la suspensión de la persecución penal, y muchos menos la extinción de la acción.

### **3.1.4 Costa Rica**

Debemos comenzar por el análisis de la norma procesal costarricense, en tanto ella ha servido de inspiración, sin duda alguna, al Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza (Ley N° 6.730), pero además detalla las características que debe poseer el hecho para que la reparación integral del daño o la conciliación sea procedente. Así, sancionado en el año 1996 mediante la Ley n° 7594 <sup>34</sup>, en su Art. 7 (fuente directa del Art. 5 del Código Procesal Penal de Mendoza) se prevé la solución del conflicto como objetivo general de los Tribunales, agregándose en el año 2009, mediante la Ley N° 8720 la necesidad de tomar en cuenta el criterio de la víctima.

A su vez, el Art. 22 de Código Procesal de Costa Rica prevé la oficiosidad en el ejercicio de la acción, con excepción de: hecho insignificante, mínima culpabilidad o exigua contribución del partícipe (salvo que afecte el interés público); en el caso del agente revelador en asuntos de criminalidad organizada; pena natural; o innecesaridad de la pena, agregando la necesidad del acuerdo del superior jerárquico. Por su parte, el Art. 25, al establecer la posibilidad de suspender el procedimiento a prueba, establece no solo el catálogo de delitos exceptuados ( delitos dolosos cometidos por medio de fuerza en las cosas o violencia sobre las personas), sino también la necesidad de contener un plan de reparación del daño, agregando

---

<sup>34</sup> Texto completo de la norma: [https://web.oas.org/mla/en/Countries\\_Intro/csr\\_intro\\_fun3\\_es.pdf](https://web.oas.org/mla/en/Countries_Intro/csr_intro_fun3_es.pdf)

aquí también que éste, si la víctima posee domicilio conocido, deberá ser a su satisfacción, aunque también podría tratarse de una reparación simbólica.

Por su parte, el Art. 30 del Código Procesal Penal de Costa Rica regula las causales de extinción de la acción penal, y esto es una novedad para nosotros, en tanto en la República Argentina los modos de extinción de la acción penal están contemplados en el Código de Fondo, lo que ocurrió en Costa Rica hasta el año 1997 con la sanción de la Ley de Reorganización Judicial N° 7728, en la que se derogó cualquier mención al régimen de la acción, dejándola subsistente en el Código de forma.

Dentro de las causales de extinción de la acción penal (de las que aquí nos interesan) la ley costarricense prevé en su inciso j) la reparación integral a entera satisfacción de la víctima, del daño particular o social causado, realizada antes del juicio oral, en delitos de contenido patrimonial sin fuerza en las cosas ni violencia sobre las personas y en delitos culposos, siempre que la víctima o el Ministerio Público lo admitan, según el caso, en su inciso k) prevé la conciliación.

A la vez, el C.P.P. de Costa Rica, en su Art. 36 realiza un detalle de los delitos que pueden ser conciliados, y el modo general de llevar adelante el procedimiento. Respecto a los hechos, establece que podrán ser objeto de conciliación: las faltas o contravenciones, los delitos de acción privada, de acción pública a instancia privada, los que admitan la suspensión condicional de la pena, en los asuntos por delitos sancionados, exclusivamente, con penas no privativas de libertad, siempre que concurran los demás requisitos exigidos por esa Ley. No se permitirá la conciliación cuando se trate de un delito de acción pública y el imputado haya accedido durante los cinco años anteriores, a una conciliación, o a la suspensión del procedimiento a prueba o a la reparación integral del daño. Exceptúa también la aplicación del procedimiento de conciliación a los delitos de carácter sexual, a las agresiones domésticas y en los delitos sancionados en la Ley de penalización de la violencia contra la mujer, salvo que sea solicitado en forma expresa por la víctima o sus representantes legales.

Finalmente, el mismo Art. 36 establece los requisitos indispensables del procedimiento de conciliación, facultando al Tribunal a solicitar el asesoramiento de personas o entidades especializadas para procurar acuerdos entre las partes en conflicto, o instar a los interesados a que designen a un amigable componedor. También contempla esta legislación la necesidad de que el Tribunal analice si las partes se encuentran en condiciones de igualdad para negociar.

Como podemos observar, si bien el Código Procesal de Mendoza (Ley 6730) se inspiró en esta normativa procesal, decidió omitir algunas precisiones, que son justamente las que habrían evitado las críticas a su redacción, como la especificación del tipo de delitos a los que son aplicables los criterios de oportunidad, o las características del procedimiento para la mejor realización de los fines que se pretenden.

### **3.1.5 Chile**

A partir de la reforma procesal (Ley N° 19696) del año 2006, en la vecina República de Chile, se afianzó un sistema procesal penal con características acusatorias, tal como sucedió en nuestro país y en la mayor parte de los países de América del Sur y también de Centro América, debiéndose tener en especial consideración que, en la mayor parte de aquellos, rige el principio de legalidad. En su Art. 170 el Código Procesal Penal chileno estableció de manera genérica el principio de oportunidad, dándole la facultad al Ministerio Público Fiscal de no iniciar la persecución penal o abandonar la incoada, cuando se trate de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público en los casos que la ley señala, es decir, se trata de un sistema reglado y controlado jurídicamente, ya que su aplicación está sujeta a revisión por parte del Juez de Garantía.

Basa la ley extranjera la aplicación de principio de oportunidad, en criterios que podemos denominar sustanciales, como los ya conocidos por nosotros, insignificancia (delitos de bagatela), el reproche mínimo de culpabilidad en la conducta, que no merece la pena 74

privativa de libertad; o cuando la conducta dañosa cause por sí, un daño mayor al imputado que el que podría causarle una pena.

También se suman criterios de economía procesal, como el arrepentimiento del autor que ofrece colaboración, la escasa importancia de la pena que podría aplicarse. Puede observarse, como lo hicimos con la propia, que la ley chilena también hace consideraciones generales respecto de la aplicación de criterios de oportunidad, dejando a merced del criterio de los fiscales la conveniencia o no de la aplicación, en tanto no regula taxativamente los supuestos de procedencia, aunque sí las excepciones: afectación al interés público, pena mínima de 540 días, o en el caso de que el autor fuera funcionario público

### **3.1.6 Colombia**

Brevemente debemos destacar que el sistema procesal acusatorio en Colombia se encuentra consagrado constitucionalmente (una novedad para las legislaciones que venimos analizando), también el principio de oportunidad, al establecer en su artículo 250 la obligación de la Fiscalía General de ejercer la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo, estableciendo además que no podrá, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez.

A la vez, la norma procesal (Ley 906 del año 2004<sup>35</sup>) contiene previsiones similares, dedicando un título entero al principio de oportunidad, y una lista, muy larga y exhaustiva de los delitos en los que procede la aplicación del mismo (Art. 324), destacándose entre ellos:

---

<sup>35</sup> Puede consultarse la ley completa en:

[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/1\\_20190708\\_03.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/1_20190708_03.pdf)

delitos cuya pena amenazada no exceda de 6 años, siempre que se hubiera reparado el perjuicio, en el caso de extradición del autor, para el arrepentido colaborador, pena natural, cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores, que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social, cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.

Como se observa, Colombia decidió ser pionera en la consideración legal (incluso constitucional) de los criterios de oportunidad, dejando escaso margen para la discrecionalidad del Ministerio Público, aunque los criterios sean modificables, conforme los criterios de política criminal determinados por la Fiscalía General.

Conforme a las consideraciones aquí plasmadas vemos que la falta de uniformidad en el reconocimiento de los criterios de oportunidad, tanto de disponibilidad como de solución de conflicto, también se da respecto del derecho comparado, y no solo en las provincias argentinas. Así, cada legislación le asigna una función (en la mayoría tendiente a economizar recursos) a los criterios de oportunidad, y también diferentes efectos, en tanto en algunos países es posible el sobreseimiento del autor, en otros el archivo de la causa (lo que implica que la decisión debe tomarse en una etapa procesal previa a la imputación), y en otros la reparación del daño y los acuerdos conciliatorios son considerados al momento de imponer la pena, pudiendo disminuirla o incluso dejarla en suspenso.

### **3.2 La problemática relación de los criterios de oportunidad con los diferentes principios**

En este título del trabajo, vamos a intentar interrelacionar los criterios de oportunidad con otros principios que informan el derecho penal, ello a fin de darnos una idea de la

controversia que han y siguen generando la aplicación de estos permisos otorgados por la norma, al titular de la acción para suspender su ejercicio.

A fin de acotar el objeto de este trabajo, y cumplir con la brevedad prometida, elegiremos solo tres principios generales del derecho penal para relacionar con los criterios de oportunidad, dejando en claro que existen infinidad de inter-relaciones y análisis que pudieran hacerse, por ejemplo con el principio de obligatoriedad, de necesidad de la pena, etc.

### **3.2.1 Con el principio de legalidad**

El principio de legalidad se ha definido como la automática e inevitable reacción del Estado, a través de órganos predispuestos (generalmente la Policía y el Ministerio Público) que, frente a la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo (de acción pública), se presenta ante los órganos jurisdiccionales, reclamando investigación, el juzgamiento y, si corresponde, el castigo del delito que se hubiera logrado comprobar (Cafferatta Nores, 1997, pág. 22).

Este principio funciona, como regla obligatoria de persecución penal, de todos los hechos que generan hipótesis de delitos de acción pública. No obstante, debe resaltarse que, a nuestro criterio, el principio de legalidad, se relaciona estrechamente con las teorías absolutas de la pena, en los que el fundamento de la sanción penal radica en la mera retribución, es decir, en la imposición de un mal, por el mal cometido, claro ejemplo de la expropiación en manos del estado del conflicto penal, todo ello tal como lo pudimos observar en el capítulo 2 del presente trabajo.

También debemos decir, como introducción al acápite siguiente, que el principio de legalidad tiene su base en la pretensión de igualdad de las personas ante la ley, ello si se tiene en cuenta que la obligación de perseguir la actividad delictiva es absoluta, es decir, sin importar

cuál sea la infracción ni quién sea el supuesto autor; de conservar la separación de poderes (ya que el mandato constitucional del legislador debe ser respetado por los otros poderes), y en la idea que la solución del conflicto provenga de un juicio público, contradictorio y oral preestablecido en la ley, como dijimos anteriormente, todo en manos del Estado. En coincidencia (Hernández Rodríguez R. , 2016, pág. 46).

Ahora bien, la relación entre el principio de legalidad y los criterios de oportunidad ha sido discutida. Para algunos autores, como el Dr. Jorge Coussirat, la consagración de estos principios, (Coussirat J. , 2013, pág. 122/123) se contraponen al de legalidad, tradicionalmente considerado como el que rige en materia de persecución penal, esto es el principio de legalidad entendido como obligación de investigación y persecución de todo hecho delictivo, sin excepciones, que ha regido durante buena parte del siglo pasado. No obstante, esta directiva de persecución absoluta se comienza a advertir insostenible e irrealizable, por lo que se hacen indispensables caminos alternativos.

Estos son los cuestionamientos que condujeron a plantearse salidas estratégicas para descartar la acusación obligatoria, en un número limitado de causas, que se justificarán por razones de conveniencia y oportunidad social, a los que debe sumarse como lo fuimos viendo a lo largo del capítulo 2 la evolución del concepto de delito, la transformación de las funciones del derecho penal y la justicia restaurativa como nuevo horizonte. También cabe mencionar que estos avances de la dogmática penal, modificaron los fundamentos originales del principio de legalidad, sustituyendo las teorías absolutas de la pena por las de prevención (general y especial), que pretenden ver la punición desde la propia necesidad y utilidad, siendo éste el panorama en que se justifica el nacimiento de la oportunidad.

Es que no debe soslayarse que, ante esta crisis de la legalidad absoluta, las primeras respuestas fueron las dadas por los operadores jurídicos, que a través de criterios de selección, de facto, elegían qué hechos serían objeto de persecución penal y cuáles dejaban fuera de este objetivo. Estos criterios, como ya hemos sostenido, quedaban librados al entendimiento y

voluntad de quien tenía en sus manos el ejercicio de la acción penal. La irregularidad de la situación y la falta de seguridad jurídica consecuente, han sido, en definitiva, la razón fundamental de aceptación del principio de oportunidad, reglado de manera más o menos estricta, como un modo de evitar las arbitrariedades.

Para el jurista alemán Claus Roxin (Roxin, Derecho Procesal Penal, 2000, pág. 90/92), la relación que existe entre el principio de legalidad y los criterios de oportunidad es de “contraposición teórica”, ya que en la oportunidad se autoriza al Fiscal a optar por elevar la acción o abstenerse de hacerlo, cuando las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado, con gran probabilidad ha cometido el delito, mientras que la legalidad implica la obligación, inexcusable de perseguir y solicitar una sanción penal.

En otra posición, el sociólogo y abogado colombiano Oscar Julián Guerrero Peralta (Guerrero Peralta, 1998, pág. 109) expone que el principio de oportunidad se explica como la mejor salida de esta crisis, que venía de la mano de la adopción de una política criminal del Estado que, manteniendo la vigencia del principio de legalidad, le confirieron al funcionario instructor la facultad para abstenerse de investigar y acusar ciertas conductas, lo que en el derecho continental europeo se denominará a partir de allí de discrecionalidad reglada.

Esta discrecionalidad, según el profesor Guerrero Peralta, también denominada de oportunidad reglada, nació del procesalismo europeo, no como una excepción al principio de legalidad, ni como una flexibilización del mismo, “sino como un componente del principio de legalidad”: es decir que los supuestos legales que permiten la abstención del órgano de investigación y acusación sobre ciertas conductas, no se aprecia como oportunidad o conveniencia, sino que las abstenciones, al estar consideradas por la ley, señalan las reglas a las que debe estar sometida tal actividad y por lo tanto obran como complemento de la misma legalidad.

A nuestro criterio, el principio de oportunidad se presenta como una atenuación del principio de obligatoriedad de la acusación, y en ese sentido es un complemento del principio de legalidad procesal. Pero debemos aclarar que para que no haya posibilidad de contradicción entre estos principios será necesario: que los criterios que permiten disponer de la acción penal estén determinados con precisión, ello a fin de resguardar la igualdad y el Estado de derecho, eliminando reglas vagas y regulando el marco de discreción y voluntarismo del Ministerio Público Fiscal; debe existir necesariamente una instancia jurisdiccional de control, a fin de resguardar la separación de poderes; e incluirse la aquiescencia de la víctima como modo más efectivo de no lesionar intereses particulares.

Entendemos que ésta última posición, es superadora de la discusión planteada entre legalidad y oportunidad, debiéndose establecer que la legalidad, como principio absoluto, es insostenible en términos reales, y los criterios de oportunidad vienen a mostrarse como parámetros de interpretación de ese principio, no obstante, para que ello funcione, deben estar claramente establecidos y dejar el menor margen posible a la discrecionalidad.

Es que no existe, a nuestro modo de ver, razón que justifique que el principio de oportunidad se contraponga de manera frontal con el principio de legalidad, pero para ello los criterios que se seleccionen en la aplicación del principio de oportunidad no pueden estar diseñados como facultades que permitan la arbitrariedad del órgano encargado de la persecución, sino que deben formularse a través de requisitos procesales, que se redacten con cierto grado de precisión para que puedan entenderse adecuadamente y puedan ser revisados, como todos los actos de la autoridad.

Deben rechazarse, sin hesitaciones, aquellos criterios de oportunidad que supongan arbitrariedad, utilitarismo u oportunismo en la aplicación de los preceptos penales, por ello parece importante reafirmar el principio de legalidad como límite infranqueable a la disponibilidad de la acción, y ello solo se logra cuando los parámetros a seguir para decidir si

la acción penal se ejerce o no, no dejan margen de duda de que se aplicaran de manera igualitaria para todos, en ello la importancia del próximo título.

Finalmente, diremos que el principio de legalidad está íntimamente relacionado con el de obligatoriedad u oficiosidad del ejercicio de la acción, que a su vez se liga al carácter público de las mismas (tema ya tratado), que se ha establecido para la mayor parte de los delitos del Código Penal (con excepción de las acciones privadas), que en definitiva viene a asegurar que no se tomen decisiones arbitrarias respecto de qué delitos se persigue o no (prohibición de disponer discrecionalmente de la acción); sin embargo, a nivel procesal, parte de la doctrina (Herbel G. , 2003, pág. 27 y ss.) entiende que, luego de cumplida la cláusula sustantiva (iniciación de oficio de la acción), es posible fijar “criterios de oportunidad reglados”, en cuyos supuestos, los titulares de la acción pública, deberán encuadrar fundadamente las decisiones sobre suspender o hacer cesar la persecución penal.

### **3.2.2 Igualdad de las personas ante la Ley.**

Una de las críticas que se plantearon en el debate parlamentario de la Ley N° 27.147, es que, a falta de regulación clara y precisa de los criterios de oportunidad, se violaría el principio de igualdad ante la Ley, en tanto cada jurisdicción provincial le daría un tratamiento diferente a una misma situación.

Si bien es cierto que estas diferencias son parte integrante del federalismo argentino, no es menos vigente la opinión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Verbitsky, Horacio p/ Habeas Corpus” (de fecha 3 de mayo de 2005, Fallos: 328:146), en la que se estableció que cualquiera sea el sistema procesal de una provincia, y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa en la materia, lo cierto es que:

(...) Si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede

extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía. Una asimetría total en cuanto a la legislación procesal penal destruiría la necesaria unidad en materia penal que se mantiene en todo el territorio en virtud de un único Código Penal encontrándose las provincias obligadas a establecer un piso mínimo común, para todo el territorio.

Es correcto afirmar que las conclusiones de la Corte en este fallo son relativas a la prisión preventiva, pero no vemos obstáculo para que se hagan extensivas a los criterios de oportunidad, en tanto también se trata aquí de la regulación de la pretensión punitiva del Estado, y de la potestad legislativa de las provincias.

Debe recordarse que el principio de igualdad previsto en el Art. 16 de nuestra Constitución Nacional, debe ser entendido originalmente como el derecho a la no discriminación arbitraria, y se complementa con las previsiones del Art. 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, incorporando ésta última el deber de protección de la ley a todas las personas. Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha venido sosteniendo desde el fallo “Sánchez Viamonte” (Fallo 123:106) reafirmado recientemente en noviembre del año 2020 (fallo CIV 35476/2016/5/RH1 Defensoría de Menores e Incapaces n° 6 y otros c/ Colegio Mallinckrodt Hermanas de la Caridad Cristiana Hijas de la Bienaventurada Virgen María s/ amparo), que la igualdad que consagra el Art. 16 de la Constitución Nacional no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a los unos de los que no se concede a otros en iguales circunstancias, pero ello no impide que el legislador contemple de manera distinta situaciones que considere diferentes, en la medida en que dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o desfavor, privilegio o inferioridad personal o clase, ni importen ilegítima persecución de personas o grupos de personas.

Huelga decir que el principio de igualdad, estrechamente ligado a la libertad y ambos a su vez a la dignidad del ser humano, no es absoluto, debiéndose tener en cuenta que la igualdad general que se establece mediante la ley es de carácter formal. No obstante, la realidad evidencia que las personas socialmente son desiguales, entonces bajo esta percepción el principio de igualdad implica que a todos los individuos se les debe dar tratamiento igualitario cuando están frente a una misma hipótesis o situación, lo cual se traduce en una igualdad material, habiendo conservado el legislador la potestad de regular ese trato diferenciado, que no conculcará derechos fundamentales, en tanto esa diferencia no sea arbitraria o discriminatoria.

### **3.2.3 Igualdad como seguridad jurídica**

Ahora bien, conforme al análisis legislativo realizado en el capítulo 1 del presente trabajo, es hora de adentrarnos al menos en una aproximación del problema planteado como hipótesis de esta tesis, y es que la regulación disímil de los criterios de oportunidad por parte de las provincias, constituye una vulneración de la seguridad jurídica (sub principio muy ligado al de igualdad pero también al de legalidad), elemento esencial de cualquier Estado y que no significa otra cosa que la condición resultante de la predeterminación hecha por el ordenamiento jurídico, de los ámbitos de licitud o ilicitud en la actuación de los individuos, lo que implica una garantía para los derechos fundamentales de una persona y una limitación a la arbitrariedad del poder público (Hernández Rodríguez R. , 2016, pág. 48/49).

La seguridad jurídica puede ser analizada desde dos planos: en el plano subjetivo, que implica la confianza del ciudadano fundada en el conocimiento previo de cómo debe ordenar su conducta y que es lo que se espera que harán los demás incluyendo el Estado; y en el plano objetivo, mediante la creación de un sistema normativo que opere con los medios adecuados para asegurar dicho sentimiento de seguridad en los ciudadanos.

En un Estado de Derecho como el argentino, existe una obligación estatal inalienable de garantizarle a sus ciudadanos que existirá una igualdad con las consecuencias del empleo de las normas, que generen cierto grado de certidumbre en su aplicación. Entonces, la seguridad jurídica que el estado nacional deberá garantizar es aquella que prometa que, ante la comisión de un hecho descrito en la norma penal sustantiva, se obtendrá la misma consecuencia jurídica, o mejor expresado: a iguales supuestos normativos, iguales consecuencias jurídicas, ya que no es justificable la aplicación del derecho penal bajo criterios que no sean meramente jurídicos, debiéndose agregar que en la confianza de esta aplicación igualitaria de las normas, se sostiene la supervivencia de la administración de justicia y la exclusión de la autodefensa.

Pongamos el ejemplo de un delito contra la propiedad (un robo) en la que el autor utilizó un arma de fuego para despojar de sus bienes a la víctima. La posibilidad de aplicar un criterio de oportunidad se le negará en algunas provincias, porque, aun tratándose de un delito de contenido patrimonial, la utilización del arma lo excluye (como el caso de Santa Fe), o porque se trata de un delito que posee una amenaza de pena de prisión mayor a 6 años (como el caso de Río Negro), o de 3 años (caso de Chubut), o que no procediera la condena condicional (caso de las provincias de El Chaco y Córdoba), o porque esté expresamente prohibida para ese tipo de delitos (como el caso de Buenos Aires y Entre Ríos), pero en otras provincias se le presentará la posibilidad de conciliar con la víctima, acordando una reparación que las partes consideren justa, y así logrará evadir la sanción penal. Esta desigualdad en el tratamiento de la misma especie de delitos, entendemos podrían exceder las consecuencias naturales del federalismo.

A la vez, y a pesar de ser la insignificancia, por ejemplo, uno de los parámetros más utilizados para regular la aplicación de criterios de disponibilidad, cada legislación procesal ha sumado otros índices a tener en cuenta para establecer si un hecho es o no insignificante. Los conceptos jurídicos indeterminados como insignificancia, o mínima culpabilidad del autor y falta de interés público, más que dar claridad, hacen que permanezca el ámbito de regulación rodeado de confusión. Así, en algunas provincias el hecho será susceptible de aplicación de un criterio de disponibilidad si permite la condena condicional, en otras el delito tiene que ser

correccional, e incluso respecto a ese carácter las legislaciones difieren, en otros no debe haber mediado grave violencia o intimidación sobre las personas, en otros se permitirá su aplicación a pesar de ser una escala penal gravosa, siempre que se cuente con el acuerdo del fiscal en jefe, etc.

Estas diferencias, entendemos, debieron ser prevenidas por el legislador nacional, al momento de sancionar la Ley N° 27.147, y se debió establecer un piso mínimo para la aplicación de los criterios de oportunidad, ello a fin de garantizar los mismos derechos (tanto del acusado como de la víctima) a todos los habitantes de la Nación, debiéndose tener en cuenta que existen provincias como la de Mendoza, que ha elegido dejar en manos del titular de la acción la elección de parámetros para la aplicación de la oportunidad, mientras que otras lo han incluido en sus normas procesales.

No podemos desconocer que las diferencias entre las legislaciones provinciales, tienen su fundamentos en la realidad delictiva de cada Provincia y en la planeación de su política criminal, lo que no aparece como cuestionable, pero ello solo en el ámbito teórico, ya que en la práctica, las diferencias que se harán entre una persona que delinquirá en Mendoza, respecto de otra que lo hizo en Santa Fe, a nuestro entender, podrían tratarse (habría que revisar el caso en particular) de una violación al derecho a la igualdad por trato discriminatorio, en tanto uno deberá enfrentar el proceso penal y la posibilidad de la una sentencia condenatoria, mientras que respecto de otro, se paralizará el proceso hasta el vencimiento de un plazo, o incluso se lo desvinculará de manera permanente de la causa que se seguía en su contra.

En otra postura, parte de la doctrina considera que esa asimetría procesal entre provincias no se vulnera el principio de igualdad ante la ley (Herbel G. , 2003, pág. 45) ya que las diferencias en la forma de resolverse los casos son fundadas en sus particularidades; lo que permite, además, atender a otros principios que rigen en el sistema penal (lesividad, proporcionalidad, intrascendencia, etc.), agregando que esas eventuales asimetrías en la persecución de los delitos públicos, nunca será superior a las que producen las distintas

legislaciones en lo atinente a la coerción procesal penal (excarcelación, prisión preventiva, etc.) y, de todos modos, siempre será subsanable con el control de constitucionalidad en el ámbito local y el recurso extraordinario de inconstitucionalidad a nivel federal.

No obstante, debemos aclarar que no comulgamos con última interpretación. Así, la circunstancia de que en otros institutos del derecho procesal se evidencien desigualdades, como es el caso de las medidas de coerción, en ningún modo justifica que ese tratamiento desigual deba ser aceptado en el marco de los criterios de oportunidad. Incluso debemos decir que no aparece menos grave la desigualdad en la aplicación de estos institutos, en tanto, como expusimos con anterioridad, un sujeto podría en la Provincia de Mendoza ser beneficiado con la extinción de la acción penal por reparación integral del perjuicio, por un robo con arma de fuego (sin tener en cuenta las directivas fiscales), mientras que en Santa Fe al individuo que enfrente la misma calificación penal no se le permitirá ni siquiera la condenación condicional, asimetría que entendemos va más allá de las que caracterizan a un sistema federal de organización estatal.

#### **3.2.4 Debido proceso y el principio de inocencia**

La relación de los criterios de oportunidad con los principios generales de debido proceso, y en particular con la presunción de inocencia se advierte cuanto menos problemática. Debemos recordar que nuestro sistema penal se basa en una serie de garantías de las que gozan todas las personas sospechadas de cometer un delito, que pueden categorizarse como: 1- Debido Proceso (dentro de ellas encontramos el juicio previo; la garantía del juez natural, imparcial e independiente; la razonabilidad del plazo; la publicidad del proceso oral y la prohibición de juzgamiento múltiple); 2- Presunción de inocencia y 3- Derecho de Defensa (que incluye el derecho a ser oído y a ser asistido técnicamente), todas garantías reconocidas constitucionalmente (Art. 18 de la Constitución Nacional); también por los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional (Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, etc); y también constituyen los

pilares del proceso penal, establecidos en las normas procesales (Art. 1 del Código Procesal Penal Federal, Art. 1 del Código Procesal Penal de Mendoza, entre otros).

Ahora bien, para que a una persona se le pueda imponer una sanción penal, en primer lugar se requiere una investigación, debe haberse garantizado en todo momento al sospechado su participación, debe haberse celebrado un juicio oral y público y finalmente un magistrado debe haberse pronunciado mediante una sentencia firme sobre la culpabilidad del sospechado. Mientras no logre ese resultado, la persona sometida a proceso mantendrá su estado de inocencia. Estas breves explicaciones no constituyen una novedad, pero cuando analizamos la aplicación de los criterios de oportunidad, vemos que ellos atentan de alguna manera (aunque la mayor parte de las veces en favor del sospechado) contra estos principios generales.

En primer lugar, parecería que el debido proceso se ve vulnerado con la aplicación del principio de oportunidad por cuanto la aplicación de éste rompe con el esquema natural y estructural con el cual se le ha dado aplicación a través de los tiempos, en tanto la persona sospechada tiene el derecho a exigir que se siga adelante con todo el proceso hasta que se determine su culpabilidad, a través de esa ruptura del estado de inocencia que logrará la sentencia condenatoria.

Así, teniendo en cuenta que el momento para la aplicación de algún criterio de oportunidad siempre es previo a la finalización del proceso, al sospechado se le impide llegar a juicio, por lo que se lo asumirá como autor del delito aun cuando no se haya demostrado, más allá de toda duda razonable, su responsabilidad a través de una sentencia condenatoria.

Claro que podrá responderse a esta crítica que a quien se le evita, a través de la aplicación de la oportunidad, una sanción penal, ningún perjuicio se le puede generar, pero ello podría no ser completamente cierto, ya que el sospechado deberá renunciar al derecho de que

se destruya su inocencia, en definitiva, al proceso penal, y someterse a una salida alternativa del conflicto, habiéndose arribado solo a un grado de probabilidad respecto a su autoría.

Pero, además, en el caso de los institutos que requieren una actitud positiva de su parte (no sería el caso de la extinción por insignificancia, ni mínima culpabilidad), como la reparación integral o la conciliación, quien no ha sido declarado culpable, deberá cumplir con las cargas del acuerdo o con las condiciones que se le puedan imponer para poder ser desvinculado de la acusación.

Esta situación, entendemos puede atentar contra otra garantía reconocida, que es la de presunción de inocencia. Julio Maier (Maier, Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos, 1989, pág. 490/491) afirma que la ley fundamental (la Constitución y los tratados internacionales con jerarquía constitucional como la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos entre otros), impide que se trate como si fuera culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la imputación, hasta tanto el Estado, por intermedio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia, no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y la someta a una pena.

Entonces, por un lado, tenemos a una persona cuyo estado de inocencia sigue vigente, que se enfrentará al proceso penal (expresión de la fuerza del aparato estatal) a quien se le ofrecerá una salida no condenatoria del proceso, bajo la condición de que cumpla con algunas condiciones o prestaciones, o se enfrente a una posible sentencia condenatoria.

Por el otro lado, tendremos a una presunta víctima. Y aquí debe hacerse esta aclaración. A nuestro entender, solo puede afirmarse que una persona reviste el carácter de víctima cuando se ha demostrado la culpabilidad del sospechado, tarea que le corresponde al proceso penal. Si los criterios de oportunidad son de aplicación previa a una resolución judicial de certeza sobre

la culpabilidad, entonces no tenemos autor y víctima que concilian intereses, sino sospechado y presunto ofendido por el hecho penal, o presunta víctima.

Como vimos en el capítulo 1, las legislaciones procesales hablan de “víctimas”, al establecer los límites a los institutos, o la necesidad de su acuerdo, y en algunos casos también hablan de autoría, sin reparar en las reflexiones expuestas con anterioridad, y ello entendemos encarna un peligro silencioso, ya que se le asigna una condición a las partes que no han adquirido, que es la de culpable y víctima, y que probablemente no adquirirán ya que el conflicto generado entre ellos se resolverá sin la declaración de certeza.

Debemos aclarar que en ningún modo estamos desmereciendo el nuevo rol que se le ha asignado a la presunta víctima en el proceso, solo hacemos este llamado de atención porque creemos que no es inocente la utilización de los términos víctima y autor en la legislación procesal, y ello entendemos vulnera grado la presunción de inocencia.

Por supuesto que requerir la destrucción del estado de inocencia mediante una sentencia jurisdiccional para poder aplicar un criterio de oportunidad, no solo no tendría el fin querido por el legislador, que es el ahorro del proceso, sino que ya no se relacionaría con la posibilidad de disponer de la acción penal. Justamente se trata aquí de suspender o extinguir la acción penal en los comienzos del proceso, pero creemos que esa renuncia que el sospechado hace, debe ser valorada por el Juez al momento de establecer que las partes han negociado un acuerdo o conciliado sus posiciones en un plano de igualdad.

### **3.3 Un caso practico**

Hasta aquí analizamos cómo las diferencias en los regímenes provinciales de los criterios de oportunidad dan respuestas disimiles a casos análogos dentro del territorio de la

República Argentina. No obstante, existe otro escenario en donde se puede visualizar, a nuestro criterio, la vulneración del principio de igualdad, y se conforma por aquellas provincias, como la de Mendoza, que ha decidido no reglamentar las figuras introducidas por la Ley N° 27.147, y esa vulneración se hace más evidente en aquellos institutos que requieran el consentimiento o el acuerdo de la víctima.

Así, algunas provincias se han preocupado de la problemática que vamos a desarrollar (por ejemplo la Provincia de El Chaco), imponiéndole al Juez que disponga la aplicación de un criterio de oportunidad, la obligación de controlar que la negociación entre las partes se haya dado en una situación de equilibrio entre imputado y víctima, lo que a pesar de su regulación es extremadamente difícil.

Pongamos como ejemplo un caso real, al que le iremos modificando algunas variantes para ir advirtiendo los problemas a los que nos enfrentamos. Cuatro jóvenes, miembros de un equipo deportivo, de buen pasar económico y acomodado status social, golpean a un joven a la salida de un local bailable, causándole graves heridas en la mandíbula, que a la vez le producen la pérdida parcial de un sentido.

El hecho es calificado por el fiscal de la causa como “Lesiones graves dolosas agravadas por alevosía” (Art. 90 en función del Art. 92 y 80 inciso 2° del Código Penal), con una escala penal que contempla un mínimo de 3 y un máximo de 10 años de prisión, (aquí habrían concurrido más de una de las circunstancias del Art. 80, en tanto el grupo de agresores era conformado por cuatro personas, que convinieron momentos antes en perseguir a la víctima hasta la salida para aleccionarlo) en tanto entendió que la víctima fue tomada por sorpresa y no tuvo ninguna oportunidad de defenderse, no solo por la superioridad numérica sino también por la preparación física que tenían estos cuatro jóvenes deportistas. Luego de una extensa secuencia de incidencias y recursos, a más de 6 años del hecho, las partes arribaron a un acuerdo, haciendo los encartados entrega de una suma, entonces muy importante de dinero, a cambio del consentimiento de la víctima para arribar a la extinción de la acción penal por

reparación integral del perjuicio, de conformidad con las previsiones del Art. 59 inciso 6 del Código Penal.

Los antes resumidos son hechos reales y fue esa la solución tomada por la última Cámara del Crimen de Mendoza a la que le tocó intervenir. Ahora supongamos por un momento que el grupo de jóvenes imputados en el hecho no posee una buena posición económica, y no les es posible hacer una oferta de reparación integral (que en la realidad consistió en una importante suma de dinero y una disculpa) a la víctima. Ellos deberán enfrentar el juicio oral, y una potencial sentencia condenatoria y la víctima no obtendrá más que la certeza de que el daño causado no quedó impune. En esta hipótesis entonces se podrá decir que se restituyó la vigencia a la norma e incluso se garantizó a la víctima el acceso a la justicia, pero en definitiva no se pudo resolver el conflicto interpersonal creado por el delito.

En otro escenario pensemos que la víctima posee una holgada posición económica (siempre pensando en la reparación que se aceptó como integral), y que la reparación ofrecida no satisface sus intereses. El resultado será entonces un juicio oral y una posible sentencia condenatoria, ello siempre que pensemos que el Ministerio Público Fiscal consultará y acompañará la voluntad de la víctima.

También podemos imaginar que la víctima realmente se encuentra en una posición muy vulnerable, tanto económica como emocionalmente, a causa del hecho que le quitó parcialmente un sentido, y que ya no puede seguir desarrollando en su actividad laboral y generar su propios ingresos para subsistir , entonces cualquier oferta económica que se le haga para ella mejorará su posición, contrariamente a lo que sucedería si los encartados son condenados.

A la vez, el factor tiempo incidirá en la solución de la causa, en tanto en la realidad pasaron 6 años (aproximadamente) desde el hecho, tiempo excesivo que permitió que la

víctima se acomodara a su nueva situación y que incluso ya no abrigara esperanzas de sanción para los culpables, por lo que la solución propuesta viene a ser la única que lo coloca en una mejor posición. Por el contrario, también el paso del tiempo podría haber causado en la víctima un mayor resentimiento hacia los encartados, y por ello podría no haber prestado su acuerdo, exigiendo una condena.

Como se advierte, podríamos presentar por lo menos diez escenarios más posibles, sólo modificando uno de los elementos que rodean el caso, en los que la máxima que sostiene el principio de igualdad, o más bien el derivado de éste, que es la seguridad jurídica “a iguales supuestos normativos, iguales consecuencias jurídicas”, no se cumplirá.

Esta es la realidad que nos preocupa, porque más allá de las disquisiciones teóricas que hemos dejado asentado en este título, y que descartan que los criterios de oportunidad afecten la igualdad de las personas ante la ley, lo cierto es que ante una misma conducta disruptiva, el sistema penal no responderá de la misma manera, y para ello deberá tener en cuenta la realidad del sospechado, de la víctima y un extenso número de variables (tiempo, tipo de proceso, etc), que entendemos deben encontrarse consagradas en una norma de carácter obligatorio general (como lo sería la procesal), y no dejadas en manos del titular de la acción (o en el caso el superior jerárquico), ya que no pueden ser conocidas por todos los ciudadanos. Justamente, la consagración del principio de legalidad vino a limitar esa facultad de disposición de la acción indiscriminada, tal como lo vimos en el punto anterior.

Dejamos una reflexión en el final de este título, que es la que nos provoca mayor alerta sobre la temática y que fue expuesta por Jean- Jacques Rousseau en su “Contrato Social”:

La verdadera igualdad no reside en el hecho de que la riqueza sea absolutamente la misma para todos, sino que ningún ciudadano sea tan rico como para poder comprar a otro y que no sea tan pobre como para verse forzado a venderse.

Entendemos que en esta frase radica el problema, ello respecto a los institutos como la conciliación o la reparación integral, en tanto las circunstancias personales del sospechado y de las víctimas deberá ser punto neurálgico de análisis tanto por parte del Fiscal, quien deberá solicitar la aplicación de estos criterios de oportunidad, como para el Juez que deberá evaluar si las partes, han arribado a la solución libremente, es decir, no forzadas por sus especiales circunstancias.

Por supuesto que no pretendemos que una norma general, como lo es la Ley 27.147 prevea todas las soluciones posibles, pero sí era necesario, a nuestro entender, que se fijaran algunos límites mínimos, de cumplimiento obligatorio, y que luego cada provincia fuera agregando su impronta, atendiendo a su realidad social.

## **CAPITULO 4**

En este último capítulo haremos un breve resumen de las resoluciones en las que nuestros Tribunales, tanto nacionales como provinciales se han expedido en relación a la aplicación de los criterios de oportunidad, en general y respecto de alguno de ellos en particular.

Este análisis es importante, en tanto la imprecisión de la norma de fondo que incluye los criterios de oportunidad como causal de extinción de la acción penal (a través de la Ley 27.147) y el reenvío incondicionado a las legislaciones procesales, han obligado a nuestros tribunales a determinar, allí donde el legislador no lo ha hecho, cuáles son los requisitos y cuáles los límites en su aplicación.

### **4.1. El debate por la competencia para legislar los criterios de oportunidad.**

#### **4.1.1 La opinión de la Jurisprudencia Nacional**

Ya vimos en el capítulo 1 de este trabajo el debate que se dio en la doctrina, y las posturas que se adoptaron respecto a la facultad que los legisladores provinciales tenían para reglar o introducir en sus normas procesales los criterios de oportunidad, y más críticamente se trató la potestad del legislador nacional de introducir reformas que impacten en las reglas procesales.

Uno de los fallos que trata más ampliamente la temática aquí abordada, es el de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, en su Sala II, denominado “Verde

Alva” (Registro N° 399/2017. Causa N° 25872/2015, de fecha 22 de mayo de 2017), (Nación, 2020)<sup>36</sup> en la que se estableció:

Lo que define cuál es la interpretación adecuada es que la reforma del art. 59, CP, ha sido consecuencia de una competencia del legislador nacional en la materia; la practicó atento el carácter sustantivo del ejercicio y la extinción de la acción penal. El fundamento de esta facultad se encuentra en la necesidad de establecer real y efectivamente la unidad penal en el territorio nacional e instrumentar los medios necesarios para que aquel objetivo no se torne ilusorio como consecuencia del régimen federal de nuestro país, que permite la convivencia de tantos ordenamientos procesales como provincias componen el Estado argentino, fundamento que también se encuentra en la base del art. 58, CP. Con ello, también se garantiza la vigencia del principio de igualdad en la aplicación de la ley penal. De lo contrario, los criterios de oportunidad (dentro de los que se incluyen la conciliación y la reparación integral) se aplicarían con mayor o menor extensión en casi todo el territorio nacional, fruto de legislaciones provinciales anteriores a la decisión del legislador nacional de ejercer su competencia pero no para algunos delitos cometidos en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.

Ahora bien, debemos decir que la finalidad que el Tribunal le otorga a la reforma realizada por el legislador, si bien es coincidente con el espíritu de la inclusión de los institutos previstos en el Art. 59 del C.P., como vimos a lo largo de este trabajo, no parece más que una expresión de buenos deseos, ya que, efectivamente los criterios de oportunidad se aplican con mayor o menor medida dependiendo de la norma procesal que los regule, no pareciendo, como lo veremos más adelante, que los Tribunales provinciales estén dispuestos a aplicarlos si no poseen una norma local que les de contenido.

---

<sup>36</sup> Se puede consultar jurisprudencia Nacional citada en:  
<https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Boletines/2018.11.%20Reparaci%C3%B3n%20y%20conciliaci%C3%B3n.pdf>

#### 4.1.2 La respuesta del Máximo Tribunal de la Provincia de Mendoza

Como hemos ido describiendo, los Tribunales provinciales han ido tomando partido por alguna de las posturas, aceptando o negando la facultad de sus legislativas de reglamentar el ejercicio de la acción.

En este apartado veremos cuáles han sido los argumentos del máximo Tribunal de Mendoza para darle legitimidad y vigencia a una norma que precedió en varios años a la Ley n° 27.147. Para ello, en primer lugar, debemos recordar que el legislador mendocino introdujo en el año 1999 el Art. 26 a nuestro nuevo Código Procesal Penal (Ley n° 6730), momento en el cual se estaba discutiendo la facultad de las provincias para legislar en el régimen de la acción.

No obstante, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza se decidió (por mayoría) por declarar la constitucionalidad de la norma provincial, ello en fecha 19 de septiembre del año 2005, en el marco de los autos N° 83.449, caratulados “Fiscal c/ Sosa Moran, Juan Rafael y otros p/ daño agravado s/casación”<sup>37</sup>. En este fallo, con el voto preopinante del Dr. Herman Salvini (con la adhesión del Dr. Pedro Llorente) expuso:

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 (...). 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

---

<sup>37</sup> Fallo completo:

<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/fallos31481.pdf>

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 supone 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 cita en el fallo abundante doctrina que evidencia el profundo análisis que debió hacer el Tribunal para poder afirmar que las provincias se encontraban legitimadas constitucionalmente para regular las excepciones al principio de legalidad dispuesto en el Código Penal, con la creación de una “oportunidad reglada”. No obstante, este fallo no fue unánime, y es el voto del Dr. Carlos Böhm el que permite dimensionar el alcance de la discusión que se planteaba.

Así el Ministro mencionado, evocando sus anteriores resoluciones, especialmente aquellas en las que se había resuelto la vinculación del Art. 30 del C.P.P., y el Art. 76 del C.P, discrepó con sus colegas, sosteniendo la atribución de la Nación, para legislar sobre la temática traída a su conocimiento. Señaló en su voto:

Todo lo circunscripto al ejercicio de las acciones penales, constituye materia específica de la legislación de fondo: por tanto, no puede el legislador provincial reglamentar esta materia, y más aún hacerlo en el marco del denominado principio de oportunidad, porque tal regulación se enfrenta abiertamente con el Art. 71 del código sustantivo.

Agrega a ese argumento, que según su análisis funda en la naturaleza de la acción, un nuevo estudio, explicando que siendo facultad del Congreso de la Nación, el dictado del código sustantivo, a través de la ley penal, y siendo ésta una ley descriptiva, abstracta y general, que contiene el precepto y a la vez la sanción penal, la adopción del principio de oportunidad, no es más que un cercenamiento de la atribución del legislador nacional, en lo que a la sanción se refiere. Así se aceptaría la vigencia del precepto (de la norma descripta), pero quedaría a criterio de cada provincia aceptar o no la consecuencia jurídica de esa acción.

En cuanto a la invocación de razones de política criminal el Dr. Böhm explicaba con cita de Santiago Mir Puig (Mir Puig, 2016. 10 edición):

La política criminal es política de Estado, y consiste en aquel sector de la política que guarda relación con la forma de tratar la delincuencia: se refiere al conjunto de criterios empleados o a emplear en el tratamiento de la criminalidad, por ello cuando se alegan, como en el caso de los criterios de oportunidad localmente legislados, razones de política criminal, en realidad se plantean cuestiones o aspectos de índole fáctica, reveladoras de una situación, pero no constituyen verdaderos motivos de política criminal, sino de conveniencia. Ese es el caso del legislador provincial que se arroga la facultad de fijar pautas diversas para la aplicación de la sanción penal.

Finalmente señala que cuando el legislador nacional quiso introducir criterios de oportunidad, lo hizo de forma clara y ordenada, como el caso de la Ley n° 24.825 (juicio penal abreviado); la Ley 24.316 (Suspensión del Juicio a Prueba); Ley 23.737 (estupefacientes), Ley 24.424, (arrepentido); Ley Penal Tributaria N° 24.769, no acompañando entonces el voto de sus colegas.

Luego el legislador nacional introdujo la reforma del Art. 59 del Código Penal, incluyendo como causales de extinción de la acción penal los criterios de oportunidad, en el código de fondo y decidió remitirse a las disposiciones previstas en la legislación provincial para su aplicación, por lo que la discusión, aunque no zanjada, se tornó improductiva.

## **4.2 La operatividad de las causales de extinción incluidas por la Ley n° 27.147 en las legislaciones que no receptan criterios de oportunidad.**

En este apartado veremos si la Ley N° 27.147 sirvió para ampliar la aplicación de los criterios de oportunidad en aquellas jurisdicciones que no actualizaron su normativa, luego de la incorporación de los incisos 5 y 6 del Art. 59 del Código Penal y cuál ha sido el tratamiento que se le ha dado a estos institutos incluidos en el Código de fondo.

### **4.2.1 Los Tribunales Nacionales**

Debemos recordar que el Código Procesal Penal Federal aun a la fecha de este trabajo, no ha adquirido vigencia en su totalidad. No obstante, el articulado destinado a la reglamentación de los criterios de oportunidad, fue puesto en vigencia en el mes de noviembre del año 2019, por medio de la Resolución N° 2/2019 dictada por la Comisión Bicameral de Monitoreo para la implementación del Código Procesal Penal Federal, ello en el entendimiento de que constituían herramientas procesales para la implementación de métodos alternativos de resolución de conflictos, propias de los sistemas acusatorios que permitirían gestionar eficazmente la carga del trabajo.

No obstante, con anterioridad a la entrada en vigencia del articulado, los Tribunales con competencia Nacional y Federal, debieron decidir qué tratamiento debían darle a aquellas causas en las que se invocaba alguna de las causales de la extinción de la acción penal por solución de conflicto o reparación integral del daño, en tanto no contaban con una norma procesal que le diera contenido a la remisión del Art. 59 del Código Penal.

En esta inteligencia debemos hacer mención a la decisión del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santa Cruz, en la causa denominada “Loyola” (Causa N° 32003281/2010) (Nación, 2020) de fecha 5 de noviembre de 2018. Allí se sostuvo que la vigencia de la ley N°

27.147 no contenía condiciones suspensivas y al tratarse de una ley de fondo, devenía plenamente operativa, no siendo razonable, desde la lógica jurídica, que su operatividad dependiera de la normativa procesal que cada jurisdicción creyera oportuno sancionar o no.

El Tribunal a la vez respondía a aquellos defensores de la “inoperatividad”, expresando:

Aparece como de dudosa constitucionalidad la posibilidad de que una norma de fondo, que regula nada más ni nada menos que la subsistencia del poder persecutorio del Estado, resulte luego condicionada o reglamentada por normas de procedimiento que pongan en jaque principios como la igualdad ante la ley consagrados por el artículo 16 de la Constitución Nacional, pues cabe la posibilidad de distintos tratamientos en distintas jurisdicciones.

A estas consideraciones, podemos agregar la opinión de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (Sala VI. “SLA”. Causa N° 15121/2018), (Nación, 2020) de fecha 24 agosto 2018, la que abordó la falta de aplicación de estos institutos, escudados en la ausencia de norma procesal, desde el principio de igualdad ante la ley (Art. 16 CN), y desde la función re-socializante de los criterios de oportunidad, explicando que por tratarse de causales de extinción de la acción penal vigentes para todos los habitantes del país, éstas no podían ser inaplicadas por los jueces de alguna jurisdicción con la excusa de falta de regulación procesal (en el caso concreto porque se postergó la implementación del Código Procesal Penal Federal), por lo que:

(...) no homologar el acuerdo realizado en paridad, sin sometimiento de ninguna de las partes sobre otra, implica además de mantener habilitada la vía punitiva hacia el imputado, sumar afectaciones a la otra parte involucrada en el conflicto privándola de obtener el beneficio acordado e imponiéndole la obligación de seguir sujeta a un proceso penal imbuido en la cultura del trámite del que no podrá esperar más que nuevas molestas y nuevas afectaciones... Frente a este panorama, adoptar una solución contraria afecta el carácter de ultima ratio del derecho penal, los principios de legalidad, ley penal más benigna y pro homine y la garantía de igualdad ante la ley.

Entonces, si a pesar de la falta de reglamentación, los criterios de oportunidad previstos en el Código Penal, mediante la incorporación de la Ley n° 27147 eran operativos ¿a qué norma acudirían para darle contenido a los mismos? Esta respuesta fue dada por numerosos Tribunales con competencia nacional y federal, la más clara la encontramos en la decisión del Tribunal Oral Penal en lo Económico N° 2 (causa “CF y otra”. N° 19700/2016) (Nación, 2020), de fecha 2 de agosto de 2018, que estableció:

Consagrado constitucional o legalmente un derecho, por vía de principio, no empece a su operatividad la falta de reglamentación, la cual, en el caso concreto, deberá responder a la creación jurisprudencial que se estime aplicable. El art. 59 inc. 6 del CP establece el derecho del imputado a extinguir la respectiva acción penal por conciliación o reparación integral del perjuicio y, como derecho reconocido legalmente, es directamente operativo aun cuando no esté reglamentado.

Convenido entonces que serán los propios Jueces a quienes se les planteen estas cuestiones, los que deberán regular los requisitos, la Cámara Federal de la Provincia de Córdoba (Sala B. Causa “MJ”. N° 36165/2016), (Nación, 2020) en fecha 4 de junio 2018, estableció para la aplicación de estos criterios algunas pautas a fin de aplicar la reparación integral del perjuicio, explicando que, en los casos en que se tratara del pago en dinero como medio para resarcir daños, la hipótesis sólo resultaría viable frente a perjuicios de índole patrimonial. Entonces, concluyó el Tribunal, para aplicarse esta nueva causal de extinción de la acción penal, los casos debían ceñirse a supuestos en los que resultara factible medir o cuantificar el daño producido por el delito, extremo que dependerá de la naturaleza del ilícito, del bien jurídico tutelado y de las condiciones particulares de cada caso.

Como vimos, hasta la entrada en vigencia del Código Procesal Penal Federal, la mayoría de los Tribunales con competencia nacional y federal se inclinaron por sostener la posibilidad de aplicar los incisos 5 y 6 del Art. 59 del Código Penal, creando jurisprudencialmente los elementos, que a su criterio, debía contener un caso para que pudiera serle aplicado los criterios de oportunidad. Esta creación, meramente subjetiva, es la que

criticamos, y que, aún con la vigencia de la norma procesal, no ha cambiado demasiado, muchos menos en el ámbito provincial.

#### **4.2.2 La respuesta de Mendoza**

Nos parece importante destacar la posición que ha tomado el máximo Tribunal de la Provincia de Mendoza. En este sentido, en una causa que se resolvió en fecha reciente a la redacción de este trabajo (14 de octubre de 2020) denominada “Arzuza Villegas y Enriquez Altamirano”, la Suprema Corte revocó un sobreseimiento por extinción de la acción penal por preparación integral del perjuicio (Art. 373 del C.P.P. y 59 inciso 6 ° del C.P.) que había dispuesto el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza. Es importante señalar que el Tribunal en cuestión (el Primer Tribunal Penal Colegiado) entendió que el instituto de la reparación integral del perjuicio, previsto en la norma de fondo como causal de extinción, no debía asimilarse a un criterio de oportunidad, ya que respondía a un derecho de fondo, por lo que no se requería que estuviera dispuesto expresamente en la norma procesal en tanto este tipo de solución ya está dada por la regulación de causales de extinción de la acción penal que contiene el Código Penal.

Aclararon los magistrados que al no tratarse de un criterio de oportunidad (cuya legislación correspondía a las provincias) sino de una causal de extinción de la acción penal, el dictamen positivo del Ministerio Público Fiscal (entendemos su acuerdo o consentimiento), no era necesario ni vinculante para el Tribunal, en tanto el Fiscal no podía elegir seguir ejerciendo una acción extinguida, como no se le ocurriría hacerlo en el caso de que su extinción fuera por prescripción. La disposición de la acción, sostuvieron los Jueces, es decir su suspensión o su ejercicio, conforme la prerrogativa del Art. 26 del C.P.P., es solo de una acción vigente, lo que no sucede en el caso concreto que, verificada la reparación integral que había sido reclamada por la parte querellante particular, correspondía el sobreseimiento de la encartada. Finalmente, señalaron los Jueces de Cámara que solo se había invocado como impedimento el interés público, pero no se había probado, ya que el perjuicio era netamente

económico, por una suma que fue completada en su totalidad por la imputada (Sentencia N° 535 de fecha 15 de marzo de 2019).

Deducido el recurso de casación por el representante del Ministerio Público Fiscal, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, con el voto preopinante del Dr. José Valerio y la adhesión de los Dres. Mario Adaro y Omar Palermo, recordaron los precedentes de ese Tribunal, como el caso de “Lemos Guerrero”, sosteniendo que la reforma introducida mediante ley N° 27.147. en la que se enmarcaba el dispositivo normativo cuestionado (Art. 59 inciso 6 del C.P.) en nada vino a modificar el ámbito de regulación del instituto bajo análisis (procesal); como tampoco. el sentido de la jurisprudencia, sino que lo único que hizo fue incorporar tres causales de cuyo efecto se prevé la extinción de la acción penal.

Explico la Suprema Corte de Justicia de Mendoza que el sistema procesal provincial no contiene regulación específica de los institutos incorporados por la norma (conciliación y reparación integral), coincidiendo en que nos encontramos frente a dos especies dentro del género solución del conflicto como criterio de oportunidad procesal, por lo que la norma aplicable al acuerdo presentado por la defensa es el artículo 5 del C.P.P., la cual se relaciona con el artículo 59. Incs. 5° y 6° del C.P., en el sentido en que ambos incisos realizan una remisión a las leyes procesales correspondientes.

Finalmente, respecto a la relación de los criterios de oportunidad con el principio de legalidad, el máximo Tribunal los destaca como excepciones a la obligación impuesta por los artículos 71 del CP y 8 del C.P.P., y tratándose entonces de la aplicación de un criterio de oportunidad, en el caso no se verificó el cumplimiento de las condiciones exigidas por el sistema normativo vigente para que pueda acreditarse que se contribuye con la reparación integral a restablecer la armonía social (art. 5 del C.P.P.), en tanto el Ministerio Público Fiscal no sólo conservó su interés por proseguir con las instancias del proceso, sino que se pronunció en contra de la procedencia del instituto solicitado por la defensa en la audiencia oral que culminó con el sobreseimiento de la encartada.

Podemos decir entonces que la máxima autoridad judicial de Mendoza ha decidido suplir la ausencia legislativa entendiendo que, si bien no se encuentra la reparación integral del daño (como tampoco la conciliación) previstas expresamente por la norma, al considerarlas dos especies dentro del mismo género (solución de conflicto), deben cumplir con las previsiones que para ésta el legislador mendocino sí ha impuesto, entre ellas que la solicitud debe estar en manos del titular de la acción, y en su defecto deberá contar con el acuerdo del fiscal para que se pueda suspender o extinguir la acción penal.

Entendemos que en el caso analizado, el Tribunal Superior no hizo más que afirmar el carácter público del delito. Es que se deduce de su solución, que el caso no podía ser entendido como un conflicto entre las partes que podía ser armonizado mediante una solución no punitiva, y el encargado de definir esta circunstancia no es otro que el titular de la acción, conclusión ésta con la que no comulgamos, y entendemos que hubiera sido más provechoso, a fin de despejar dudas, que la Suprema Corte de Justicia hubiera dilucidado si la negativa del fiscal estaba fundada en un interés público, y los alcances de ésta parámetro.

La misma solución dio la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en el fallo “Darre Pauloni”, revocando un sobreseimiento, también dictado por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza (Sentencia n°139, de fecha 21/08/18 en autos P-137.393/12). En aquella oportunidad, el tribunal de grado sobreseyó al imputado, en el entendimiento de que se había arribado a la conciliación entre las partes, y por ello de aplicación el inciso 6 del Art. 59 del Código Penal, con similares consideraciones a las expresadas en el caso anterior, por cuanto, tratándose de una causal de extinción de la acción, no se requería el consentimiento del Ministerio Público.

Interpuesto el recurso de casación por el Sr. Fiscal en Jefe, la Suprema Corte de Justicia expresó que la remisión que hace el legislador nacional a la legislación adjetiva local (Art. 59 inciso 6 del C.P.), refleja la naturaleza procesal que debe reconocérsele a las causales en

cuestión. A la vez, respecto de la potestad de la norma procesal para regular la acción penal, explican los Dres. José Valerio (pre-opinante), Mario Adaro y Julio Gómez:

Como es sabido, el código de rito sistematiza los modos de aplicación y realización del derecho de fondo. De esa manera, el Art. 26 del C.P.P. de la provincia de Mendoza regula la dinámica de la pretensión punitiva en el marco del proceso penal, reglamentando la modalidad de persecución. Así, luego de fijar expresamente la regla procesal que rige en el ejercicio de la acción penal -Art.26, primer párrafo del C.P.P.-, hace lo propio respecto a la excepción a aquel principio de oficiosidad, regulando el margen de decisión propio que, a su respecto goza el representante fiscal y estableciendo la excepción a dicho principio -Art. 26 segundo párrafo del C.P.P..

#### **4.2.3 El caso de la Provincia de Córdoba**

Otra respuesta intentada por los tribunales de aquellas provincias que no contaban con una legislación procesal acorde a las nuevas figuras introducidas por la Ley N° 21.147, se evidencia en una resolución que fue presentada por el Profesor Cafferata Nores (Cafferata Nores y ots, 2018)<sup>38</sup> en un artículo redactado junto a sus colaboradores.

El fallo que el autor comenta es el dictado por la Cámara Criminal y Correccional 1° de la Provincia de Córdoba (Expte. N° 948056, caratulados "Gómez Claudio Marcelo y otros p.ss.aa. Homicidio Culposo Agravado de fecha 29 de junio de 2015) explicando que el tribunal rechazó la extinción de la acción penal por reparación integral del perjuicio (Art. 59 inciso 6 del C.P.), aplicando para ello los límites previstos por la norma procesal federal (Código Procesal Penal Federal) para el caso de la conciliación entre partes. Concretamente, se trataba de un homicidio culposo, cuya reparación integral se había acordado con la parte querellante (hecho que no fue desconocido por el Tribunal), pero al tratarse de un delito exceptuado por la

---

<sup>38</sup> Trabajo Completo: <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/reformaart59oportunidad.pdf>

Ley N° 27.063, que en su Art. 22 admite que imputado y víctima pueden realizar acuerdos conciliatorios siempre que se trate de delitos con contenido patrimonial, sin grave violencia sobre las personas o en el caso de los delitos culposos, si no existieran lesiones gravísimas o el resultado muerte.

Debe resaltarse que no existía hasta el momento de la decisión, excepción legal en la legislación cordobesa (luego entraría en vigencia la modificación del Código Procesal Penal que también lo exceptuaría) para impedir la aplicación del instituto previsto por el inciso 6 del Art. 59 del C.P., a un homicidio culposo. El trabajo del profesor y sus colaboradores entonces busca responder algunas cuestiones de operatividad, y la pregunta que hace surgir es: ¿cuáles son las normas a las que los tribunales deben acudir para interpretar las reformas introducidas por la Ley N° 21.147, cuando la propia remisión de esa ley a su normativa procesal no es posible?

El Tribunal cuyo fallo se comenta eligió, dentro de las fuentes a las que podría haber acudido, una ley que no se encontraba vigente al momento de la resolución (el Código Procesal Penal Federal), y para ello, luego de citar el Art. 22, explicó:

No pretendo una aplicación analógica de esa normativa, sino desentrañar el alcance de la norma sustantiva invocada, esto es el del art. 59 inc. 6° del CP, según reforma de la Ley 27147, en tanto fue el mismo legislador nacional el que produjo ambas leyes. Es por ello que tomando como pauta de interpretación las normas procesales invocadas, surge evidente el propósito de la reforma introducida al C. Penal y los límites de ella. Esto es que la conciliación y reparación como tercera vía, en cuanto al modo de solucionar el conflicto penal resulta limitado en supuestos como el que nos ocupa, esto es cuando el delito culposo tenga como resultado lesiones gravísimas o la muerte o que, por su significación, afectaren gravemente el interés público. En este aspecto no puede soslayarse que se trató de un hecho ocurrido en el curso de la prestación de un servicio de emergencia público, destinado precisamente al auxilio a personas en situación de riesgo.

A la vez, explicó ese Tribunal, que acudiendo a otras normas procesales que admitían criterios de oportunidad, que incluyen institutos similares como la conciliación y reparación, entre ellos, los de las Provincias de Chubut, Santa Fe, Mendoza, en coincidencia con el Código Procesal Penal de la Nación, excluyen su aplicación cuando existen razones de seguridad e interés público.

Ahora bien, respecto de este caso, no podemos coincidir con el profesor en cuanto afirma que el argumento dado por el Tribunal para denegar la aplicación del instituto fue su remisión a una norma procesal que, no estaba vigente al momento del hecho, ni tampoco lo estaría en el futuro para el tipo de hecho que se juzgaba en la causa. Es que de la lectura completa del fallo surge que, si bien el Tribunal hizo referencia al impedimento que surgía del Art. 22 del C.P.P.F, lo cierto es que también utilizó como argumento el interés público que revestían los hechos, ampliando sobre ese concepto, y concordando con el dictamen del Ministerio Público Fiscal, en cuanto esgrimió que, se trató de un hecho grave, en que no se encontraban involucrados sólo los intereses de las víctimas y su reparación sino, también, el interés general por tratarse de proveedores del estado y funcionarios públicos.

Entonces, tal como lo afirmáramos precedentemente, entendemos que la principal razón por la que se denegó el instituto solicitado, tuvo relación directa con otro parámetro de aplicación de criterios de disponibilidad, en el caso concreto, el interés público y no con la aplicación de una norma procesal determinada, aunque si fue analizada para fundar la resolución.

#### **4.3 Conciliación y reparación integral del perjuicio.**

Como ya vimos, los tribunales han ido, ante la falta de claridad en la legislación, construyendo una serie de requisitos, especialmente en torno a institutos que son ajenos a sus

legislaciones como la reparación integral del perjuicio. Así, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en el fallo “González, Sias y ots p/ uso de instrumento” explica que:

El hecho de que el nuevo artículo del CP establezca la reparación integral del daño como causal para la extinción de la acción no es suficiente para que cualquier reparación civil cumpla esa función. Al seguir ese razonamiento, el proceso civil tendrá la capacidad de anular el proceso penal, pues cualquier indemnización en esa sede sería ya de por sí una reparación del perjuicio capaz de hacer extinguir la acción penal. Por ello es que la reparación del daño con capacidad para producir efectos jurídicos penales debe ser necesariamente diferente a la indemnización civil, pues ella viene a sustituir el eventual castigo que pueda aplicarse en el ámbito del derecho penal.

A la vez, este mismo Tribunal Superior dirá, como lo vimos en el capítulo 2, que la reparación integral se diferencia de la conciliación en cuanto esta última debe aparecer “como un equivalente funcional de la pena”, que otorgue una respuesta al delito en su dimensión fáctica, como afectación de un bien, y en su dimensión comunicativa, esto es, como lesión a la vigencia de la norma. De este modo, sostiene la Suprema Corte, sólo si la reparación integral del perjuicio responde ambas dimensiones del delito puede ser considerada equivalente a la pena y devenir en la extinción de la acción penal antes referida” (causa “Estrella”).

En relación al instituto de la conciliación, también la Suprema Corte de Justicia de Mendoza expresó en “Darre Pauloni” (ya analizado anteriormente) que:

(...) puede señalarse que tal supuesto hace referencia a la existencia de un acuerdo mutuo entre el o los sujetos activos y pasivos de una conducta delictiva. Para su procedencia se exige que exista entre las partes pretendientes, una especie de avenimiento que permita, a criterio de ellas, poner punto final al conflicto. En otros términos, son las mismas partes que resultaron involucradas por la comisión de un ilícito penal quienes logran restablecer la armonía social entre ellas, lo que no necesariamente supone la existencia de una reparación económica.

Finalmente, en relación a los requisitos exigidos, la Suprema Corte dirá tanto para la conciliación, como para la reparación integral del perjuicio, que se trata de subespecies del mismo género que solución de conflicto (en tanto criterio de oportunidad reglado), por lo que deberá seguirse para su aplicación las normas que rigen para ésta, y en concreto, deberá ser el titular de la acción penal quien, luego de verificar y tener por acreditado que el litigio procesal se ha resuelto entre las partes, manifestar su desinterés en proseguir el proceso, requiriendo al órgano jurisdiccional la aplicación de alguno de aquellos institutos.

Como vemos, en estas resoluciones del máximo Tribunal de Mendoza, se advierte, a diferencia de otros casos ya comentados, que se ha hecho un esfuerzo por observar al hecho desde la óptica de la justicia restaurativa, devolviendo el conflicto a las partes y resaltando la importancia de la víctima en el proceso de restituir la armonía social quebrantada por el delito, no obstante el carácter vinculante de la opinión fiscal nos da la pauta de que para la Suprema Corte de Justicia de Mendoza la conciliación y la reparación integral del perjuicio no constituyen causales de extinción autónomas, sino que forman parte de las atribuciones del ejercicio de la acción del Ministerio Público Fiscal, en la aplicación de la política criminal.

Contrario a esto, es decir, respecto al consentimiento Fiscal, dirá el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de la Capital Federal (Fallo “GONZÁLEZ”, N° 41258/2012), (Nación, 2020) el 30 de noviembre de 2015, en un caso en que la representante del Ministerio Público Fiscal se expidió de manera negativa por la aplicación del instituto de la extinción por reparación integral que:

Dado los términos en que el artículo 59, inc. 6º, estableció la causal obstativa del progreso de la acción, no se encuentra regulada ninguna limitación sustancial a su ejercicio, solo dependiendo su otorgamiento judicial de la prueba rendida y de su verificación en el juicio (...). Para que esta norma sea realizable, dentro o fuera del proceso penal, pero con incidencia en la acción penal, sin menoscabo de los derechos de cada una de las partes del conflicto derivado por el daño, patrimonialmente cuantificable, la determinación de esta reparación plena, debe respetar el derecho a ser oído en forma amplia, no sólo en lo que hace a la mensuración del daño, sino también a la formulación,

lisa y llana, de la pretensión resarcitoria surgida del evento dañoso de que se trata el proceso penal, para poder así predicar de la prestación recibida por la víctima, de que se trató de una verdadera ‘reparación integral’ obstativa al ejercicio de la acción penal, y por ende, susceptible de ser declarada de oficio, y que no depende ni de un principio de oportunidad del ministerio público, ni de un consentimiento de él, en tanto se remite a la pretensión del damnificado en el hecho.

Y este mismo Tribunal aclaró,

En ese sentido, debe tenerse en cuenta que: a) la causal no depende de una consagración procesal determinada, sino que tiene un origen sustancial y es operativa; b) debe ser declarada por el juez que la constate en el proceso ante la sola alegación de la defensa, sin que dependa del consentimiento fiscal, ni de instrucciones generales o particulares del ministerio público, dado que no se trata de un principio de oportunidad reglado.

Como vemos, ante dos situaciones similares, los Tribunales deciden interpretar los institutos incluidos por el legislador mediante la Ley N° 27147 de manera completamente disímil, quitándole en un caso, la potestad indiscriminada del ejercicio de la acción al Ministerio Público Fiscal, mientras que en el otro, el escenario que la ley venía a ampliar con la inclusión de los incisos 5 y 6 al Art. 59 del C.P., no se ve alterado en lo más mínimo, en tanto se incluye como una sub especie dentro de un género ya regulado por la norma procesal local.

Respecto a si se trata de dos institutos diferentes, o son parte del mismo mecanismo, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 30 de la Capital Federal, en la causa “RGE” (N°27592 de fecha 19 de abril 2018) (Nación, 2020), explicó:

En cuanto a la delimitación del significado de conciliación y reparación integral, la conjunción ‘o’ que utiliza la ley marca, que se trata de conceptos diferentes. Pero es la diferencia que hay entre la parte y el todo. Toda reparación integral implica conciliación,

pero puede haber conciliación sin reparación integral, en caso en que la víctima lo consienta, o se trate de delitos no patrimoniales.

En concordancia con esta opinión, se ha dicho que:

Si el objetivo de la reparación integral del perjuicio se relaciona con los intereses de la víctima y funciona como un medio alternativo para superar el conflicto que, de otro modo, podría llevar a la aplicación de otra clase de sanción, el acercamiento de las partes –víctima e imputado– en el marco de un acuerdo de conciliación y de entendimiento para lograr aquella reparación, torna lógico considerar que se trata de un único supuesto un acuerdo en el que el imputado asume un compromiso de reparación). La importancia del rol atribuido a la víctima en el actual sistema de enjuiciamiento lleva a pensar que la reparación integral del perjuicio no podría ser considerada como un acto unilateral del imputado prescindente de un acuerdo con la víctima (Tribunal Oral en lo Criminal N° 30 de la Capital Federal. Causa “BAS”, N° 77397/2016 de fecha 29 de septiembre 2017) (Nación, 2020).

Por su parte, en el ya citado fallo de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, en su Sala II, denominado “Verde Alva” (Registro N° 399/2017. Causa N° 25872/2015, de fecha 22 de mayo de 2017) (Nación, 2020), se estableció que:

La reparación integral del daño debe ser racional. De allí que necesariamente requiera una activa participación de la víctima y no puede ser decidida de oficio, sin un consentimiento expreso de aquélla, con lo cual, y pese a la utilización de la disyunción ‘o’ por parte del legislador, resulte muy difícil trazar una frontera tajante con la conciliación, que separe de manera categórica ambos institutos y permita imaginar casos donde el tribunal decida sin escuchar al ofendido. La conciliación y la reparación integral, para funcionar adecuadamente, exigen la participación y el consentimiento de la víctima, es decir, que en ambos casos debe existir un acuerdo, cuyo contenido puede variar sustancialmente en uno u otro caso”

Para finalizar, debemos decir que esta opinión (que se trata del mismo instituto) no es la que prevalece en las legislaciones procesales provinciales, como ya lo vimos en el capítulo 1 y 2. Así, muchas de las legislaciones estudiadas permiten que la reparación integral del perjuicio sea declarada por el Juez, cuando la negativa de la víctima a aceptarla no se encuentre fundada. A la vez, como lo expusimos en el capítulo 2, algunos Tribunales, como la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (Causa CCC78461/2018, “A.J.R s/ ofrecimiento de reparación integral del perjuicio” de fecha 26 de marzo de 2019) establecieron claramente que se trata de institutos diferentes, señalando que mientras que la reparación integral consiste en el cumplimiento unilateral por parte del imputado de obligaciones dirigidas a resarcir las consecuencias del accionar ilícito que se le reprocha, la conciliación, si bien ostenta similar propósito, resulta de un acuerdo entre las partes, en el cual participa la víctima.

No obstante lo dicho, y a pesar de que las legislaciones sostienen que en el caso de la reparación integral del perjuicio, el consentimiento de la víctima puede ser soslayado si el Juez advirtiera que no existen razones fundadas para denegar su acuerdo, curiosamente no han dispuesto procedimientos especiales que los diferencien, incluso la mayor parte de las normas procesales evitan la regulación de un procedimiento específico donde volcar las pretensiones de las partes

#### **4.4 Los límites a la aplicación de criterios de oportunidad derivados de otras leyes o Tratados Internacionales.**

Como vimos en el capítulo 1, muchas de las legislaciones procesales que incluyeron los criterios de oportunidad más detalladamente, agregaron, como buena técnica legislativa las excepciones o los límites impuestos por otras leyes nacionales y Tratados Internacionales. No obstante, esa apreciación (si la aplicación a un caso concreto debe limitarse en virtud del contenido de otras leyes o tratados), requiere necesariamente la intervención de nuestros Tribunales, y así ha sido en la temática que nos ocupa. Veremos algunos ejemplos.

#### **4.4.1 Delitos perpetrados en un contexto de violencia familiar o de género.**

Existen numerosos precedentes tanto en las justicias provinciales como en la Nacional que impiden que en casos que se vinculen con violencia contra las mujeres o familiar se pueda aplicar algún criterio de oportunidad. El fallo que más luz ha arrojado sobre la temática es el dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Góngora” (SAIJ) <sup>39</sup>en el que se dispone que en todos aquellos supuestos en que se encuentran vinculadas cuestiones de violencia de género o violencia familiar, deben necesariamente ser esclarecidos y por lo tanto sometidos a debate, resultando improcedentes alternativas diferentes para su conclusión.

Es decir, en los casos en que los hechos se encuentren comprendidos dentro de la problemática denominada violencia de género o violencia familiar, el Ministerio Público Fiscal está obligado a solicitar la tramitación de la causa hasta el juicio, ello en virtud de las obligaciones que el Estado nacional asumió al ratificar la "Convención de Belém Do Pará" a través de la Ley N° 24.632, y en el orden interno con la Ley N° 26.485 , denominada “ Protección Integral a las Mujeres para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, que reglamentó y concretizó los postulados de la aludida Convención de Belém do Pará, pero además tuvo en consideración la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, expresadas en el documento sobre Acceso a la Justicia Para las Mujeres Víctimas de Violencia en las América (Doc. 68, 20/I/2007), que vio con preocupación la utilización de salidas alternativas del conflicto penal, especialmente de la aplicación de la “probation” en casos de violencia contra las mujeres, habiéndose demostrado la falta de eficacia de esos institutos en tales casos, en virtud de la posición desigual en que se encuentran las partes y el grave riesgo que implican para las mujeres víctimas.

Finalmente señaló la CSJN señaló en “Góngora”:

---

<sup>39</sup> Fallo completo:

<http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-gongora-gabriel-arnaldo-causa-14092-fa13000038-2013-04-23/123456789-830-0003-1ots-eupmocsollaf>

En base a todo lo expuesto y en lo que a la causa respecta, la concesión de la probation del aquí imputado frustraría la realización del juicio y con ello la posibilidad de dilucidar en aquél estadio procesal la existencia de los hechos que prima facie han sido calificados como de violencia familiar, junto con la determinación de responsabilidad que podría haber y de la sanción que, en su caso, podría corresponder” entendiéndolo como único modo de asegurar el acceso a la justicia de la mujer víctima y la efectiva sanción y persecución de delitos de este tipo, el debate oral.

A la vez, en esta oportunidad la Corte, respecto del ofrecimiento de reparación ofrecida estableció:

(...)cabe además descartar el argumento esgrimido por el A Quo y sostenido, antes, por la defensa al presentar el recurso de casación, mediante el que se pretende asignar al ofrecimiento de reparación del daño que exige la regulación de la suspensión del juicio a prueba (Art. 76 bis, párrafo 3° del Código Penal), la función de garantizar el cumplimiento de lo estipulado en el Art. 7, apartado g), del instrumento internacional al que se viene haciendo mención. Contrariando esa posición, es menester afirmar que, ninguna relación puede establecerse entre este instituto de la ley penal interna y las obligaciones asumidas por el Estado en virtud de la norma citada en último término, referida al establecimiento de mecanismos judiciales que aseguren el acceso efectivo, por parte de la mujer víctima de alguna forma de violencia, “a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces”. Asegurar el cumplimiento de esas obligaciones es una exigencia autónoma, y no alternativa -tal como lo interpreta la Cámara de Casación-, respecto del deber de llevar adelante el juicio de responsabilidad penal al que se refiere el inciso “f” de ese mismo artículo, tal como se ha examinado previamente”.

La misma posición la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en la causa “Estrella”<sup>40</sup>. En este caso el máximo Tribunal de Mendoza confirmó el rechazo de la excepción por falta de

---

<sup>40</sup> Fallo completo:

acción (por extinción de la acción penal) que había solicitado el encartado, en los términos del Art. 59 inciso 6 del Código Penal. En la tramitación del recurso, el defensor entendió que no existía compromiso internacional que se pudiera hacer valer frente al derecho del imputado de que se reconozca una causal de extinción de la acción penal, instaurada por el legislador nacional (a través de la reforma de la Ley N° 27.147), planteando también que la Ley N° 26485 tenía por fin eliminar todo trato discriminatorio contra las mujeres víctimas de violencia, pero no la colocaba en una posición de preeminencia respecto del hombre, afectando incluso la interpretación dada por el Juez a la misma víctima, en tanto ella prestó, libremente su voluntad, para recibir un monto indemnizatorio que las partes consideraron reparatorio integralmente, conociendo los efectos que ello produciría.

En respuesta, los Ministros de la Suprema Corte de Mendoza, Dres. Omar Palermo y Julio Gómez establecieron:

En ese orden, corresponde aclarar que, aun cuando la reparación integral del perjuicio ha sido consagrada expresamente como una forma de extinción de la acción penal mediante su incorporación al art. 59, inc. 6 del C.P., dispuesta por Ley 27.147, su aplicación no resulta automática, sino que se encuentra subordinada a la consideración de las particulares circunstancias del caso, como ocurre con todos aquellos institutos que regulan relaciones interpersonales que han puesto en juego la vigencia del ordenamiento jurídico, y advierto que así ha sido analizado por el a quo en la resolución cuestionada.

Se pregunta el Máximo tribunal si en el caso en estudio era procedente la aplicación del instituto de la reparación integral del perjuicio y la respuesta que surge es negativa, ya que si bien puede considerarse que las partes han llegado a un acuerdo, mediante la entrega de la suma de \$1.000.000 (un millón de pesos) que la víctima aceptó de plena conformidad, entienden que ello no constituye una reparación integral, en la medida en que sólo ha restaurado

la dimensión fáctica del daño, tal como lo hubiera hecho una reparación civil, manteniéndose el daño comunicativo a la vigencia de la norma, y explican:

Ese último daño no resulta una circunstancia de escasa entidad máxime si se tiene en cuenta el tipo de norma que se presume vulnerada, esto es la legislación que regula los casos de violencia de género o de violencia contra la mujer, cuya observancia resulta fundamental para el funcionamiento de nuestro orden social (...). Lo cierto es que del acuerdo propuesto por la defensa de Estrella, como causal de extinción de la acción penal, no se derivan consecuencias que impliquen el restablecimiento de la vigencia de la norma que aparece vulnerada conforme las constancias de la causa”.

Ahora bien, no puede dejar de destacarse una solución diferente a la analizada hasta aquí, que ha sido dada por la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Eugenio Sarrabayrouse, Horacio Días y Daniel Morin<sup>41</sup>, y que ha ido manteniendo en el tiempo. En fecha 16 de junio de 2019 este Tribunal otorgó a un imputado de un delito cometido en un contexto de violencia de género la suspensión del juicio a prueba, ello con el consentimiento fiscal y en el entendimiento de que la aplicación de la interpretación que surge del fallo “Góngora” no es automática. Así el Dr. Morin sostuvo:

Tal como lo sostuve en los precedentes “Fontenla”, “Exavier”, “Fernández” y “Bitar”, si bien a partir de lo establecido en la Convención “Belém do Pará” y la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Góngora” se podría leer que la necesidad de realizar un debate oral y público en los casos en que se presente una situación de violencia contra la mujer, constituye una política pública; lo cierto es que el Estado no puede dejar de actuar en un contexto de razonabilidad y evaluar las circunstancias que se presentan en cada caso en concreto. Ello, atendiendo a que la racionalidad de los actos de gobierno es uno de los principios fundantes de la forma republicana consagrada en el art. 1° de la Constitución Nacional.

---

<sup>41</sup> Fallo completo:

<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/09/fallos48086.pdf>

Cabe aclarar que el caso que tenía en sus manos este Tribunal difería de los antecedentes de “Góngora”, ya que en esta causa la víctima había participado activamente de todas las etapas del proceso, y había tomado la palabra en las audiencias orales, expresando que el conflicto con el imputado había cesado, que había aceptado el ofrecimiento de reparación económica formulado por el imputado, sumado al consentimiento fiscal, eran todos datos que permitían la aplicación del art. 76 bis, del CP. Así lo aclaró el Juez Sarabayrouse:

En definitiva, en la medida que en el caso particular se acredite que la mujer prestó su conformidad a la suspensión del proceso sin presión alguna; se aseguró su acceso integral y real a la justicia (esto es, que se le haya informado cuáles son las consecuencias del instituto y su significado); exista una reparación del daño y posteriormente se despliegan los mecanismos de control adecuados sobre las reglas de conducta establecidas, hay pocos puntos de conflicto con la letra de las leyes y las Convenciones que proscriben la violencia contra las mujeres, en tanto se las coloca en un plano de igualdad.

Entonces, como vemos la temática es discutida. Cabe preguntarse si en el caso de las provincias que han establecido taxativamente la excepción de aplicación de criterios de oportunidad para hechos cometidos en un contexto de violencia contra la mujer, este análisis aconsejado por la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal de la Capital Federal, de las circunstancias que han justificado la doctrina “Góngora”, se realiza o si, el encuadramiento del hecho constituye un impedimento incluso del análisis.

Podemos decir que en la Provincia de Mendoza, si bien no existe norma procesal que excluya la aplicación de los criterios de oportunidad en el caso de hechos vinculados a violencia contra las mujeres, las Directivas del Sr. Procurador se dirigen en ese sentido, y siendo, como hemos ido viendo a lo largo de este punto, para la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, el consentimiento Fiscal, vinculante, lo cierto es que el análisis de las circunstancias que

justificarían o no, la aplicación de la doctrina generada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no posee espacio para la discusión.

#### **4.4.2 Delitos contra menores de edad.**

Debe destacarse que a partir de la segunda mitad del siglo XX se observa un cambio en el modelo de las relaciones familiares, lo que conlleva un cambio necesario en el paradigma respecto de los derechos de los niños. Se plantea una nueva cosmovisión que importa descartar la noción del niño como objeto de tutela para incorporar el principio del niño como sujeto de derecho.

Este cambio se ha ido profundizando a partir de la ratificación de los Tratados Internacionales (especialmente con la reforma constitucional del año 1994) que les otorgó jerarquía constitucional y luego con las posteriores leyes de protección de la infancia. Dentro de lo que se denomina “corpus iuris” de la protección especial de niños niñas y adolescentes podemos mencionar: La Declaración de los Derechos del Niño (1959), Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores de 1985 (Reglas de Beijing), la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), la Convención Americana de los Derechos Humanos, las Reglas Básicas relativas al acceso de justicia de las personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, Reglas de Brasilia (del 6 de marzo de 2008). Particularmente, dentro del sistema interamericano debe tenerse en cuenta a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (conocido como “Protocolo de San Salvador”).

Debe recordarse que en el capítulo 1, al exponer el tratamiento que las legislaciones provinciales le otorgaban a los criterios de oportunidad, detallamos que la mayor parte de ellas exceptuaba la aplicación de estos institutos cuando se trate de víctimas menores de edad, con

excepción de los delitos comprendidos en las leyes N° 13.944 (incumplimiento de los deberes de asistencia familiar) y N° 24.270 (impedimento de contacto de hijos menores con sus padres). Así lo establecen las normas procesales de las provincias de Buenos Aires, Entre Ríos y Córdoba.

Entendemos que estas excepciones se han inspirado en los Tratados y Convenciones Internacionales. Especialmente la Convención de los Derechos del Niño, que establece diversos mecanismos de protección especial de derechos contra el abuso físico, mental y sexual y los malos tratos de los niños, niñas y adolescentes, encontrándose los estados partes obligados especialmente reconocer la vulnerabilidad de los niños víctimas y adaptar los procedimientos de forma que se reconozcan sus necesidades especiales, evitar las demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de las resoluciones por las que se conceda reparación a los niños víctimas, entre otras muchas obligaciones que tienen como punto en común, tener en consideración siempre su mayor vulnerabilidad.

Es en este marco de obligaciones internacionales que nuestro país ha asumido, la víctima menor de edad deberá tener doble protección desde el sistema jurídico, en su condición de víctima y también por su minoría de edad, especialmente en aquellos hechos que afecten la integridad sexual de los menores. Entendemos que esta especial protección que la víctima menor merece, se desprende, como en el caso de delitos cometidos en un contexto de violencia contra la mujer, de la asimetría caracterizante de los hechos, y en definitiva del mismo proceso.

Un caso paradigmático se dio en el año 1999, momento en que el Congreso Nacional, mediante el dictado de la Ley N° 25.087 incluyó en el Art. 132 del Código Penal el instituto del avenimiento, que no era otra cosa que un régimen especial de suspensión del juicio a prueba, que respondía a la misma finalidad que los criterios de oportunidad que hemos analizando en este trabajo. Esta modalidad de acuerdo debía partir de la víctima (de un delito de los previstos por el Art. 119: 1°, 2°, 3° párrafos, 120: 1° párrafo y 130 del Código Penal), mayor de 16 años hacia el imputado con el fin de que el conflicto pudiera resolverse en libertad e igualdad de

condiciones para el beneficio de aquélla, en la medida que haya existido entre ambas partes una relación afectiva preexistente y sujeta a la valoración del juez. El contenido del acuerdo no estaba establecido, es decir podía consistir en una propuesta exclusivamente económica o incluso el establecimiento de una relación connubial estable, y en caso de que se hiciera lugar a las propuestas, la acción penal quedaría extinguida y se podría disponer la suspensión del juicio a prueba. La limitación temporal de los Art. 76 bis no pareció importarle al legislador, en la medida que todos los delitos para los que estaba previsto el avenimiento tenían una pena mayor a tres años, no obstante, se trataba de un instituto nuevo, con fundamentos propios.

Así un fallo del Tribunal de Impugnación Penal de la Provincia de La Pampa ( Autos N° 912/2, caratulados “Tomaselli, Marcelo, Figueroa Carla- querellante- s/ impugnan rechazo avenimiento” de fecha 2 de diciembre de 2011) (penal, 2011)<sup>42</sup>

El pedido de avenimiento formulado por la víctima de una agresión sexual con fundamento en el matrimonio contraído con su agresor es procedente, en tanto se verifica los requisitos necesarios según el art. 132 del Cód. Penal, y la propuesta resulta el modo más equitativo de armonizar el conflicto existente, no solamente en resguardo del interés de la víctima sino además del hijo que ambos tuvieron antes del ataque (del voto del Dr. Flores).

El punto central de la discusión en este fallo fue el requisito exigido para el instituto relacionado con la libertad y voluntariedad del pedido de la víctima, para ello el Dr. Juan Carlos Flores (decisión que le costó enfrentar un juri de enjuiciamiento) explicó que la audiencia personal llevada adelante, en la que participaron tanto el imputado como la querellante, le permitieron tener por acreditado que la propuesta de la joven Carla Figueroa era sincera, libre y sin presiones.

---

<sup>42</sup> Fallo completo:  
<http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/32682-tomaselli-avenimiento>

En el mismo caso, el Dr. Pablo Balaguer, en disidencia explicaba que para él, el pedido de avenimiento era improcedente, si el consentimiento brindado por aquélla no era formulado con libertad, y así lo entendía, toda vez que su difícil historia de vida – su madre fue asesinada por su padre cuando era una niña y tuvo un hijo con el imputado a temprana edad – la colocan en una evidente situación de vulnerabilidad e inferioridad respecto de su victimario, por lo que no se había verificado el requisito exigido por la ley.

A solo ochos días del fallo, la muerte de Carla Figueroa, la joven pampeana (del fallo analizado) que había comenzado la relación sentimental con su homicida cuando ésta tenía 14 años, y quien se le había permitido el avenimiento con su violador y padre de su hijo, puso en jaque el instituto previsto por el entonces Art. 132 del C.P., e inmediatamente legisladores y organizaciones protectoras se alzaron en queja, logrando la derogación de la figura. La mayor parte de las críticas estaban dirigidas a la flagrante violación a la Convención de Belem Do Pará, pero también hubo voces que establecían que este instituto afectaba el marco normativo de protección especial de las niñas y adolescentes, ello teniendo en cuenta la edad de las víctimas a las que estaba dirigida la figura.

No hay duda, como los señaló el Senador Filmus en el debate parlamentario de la Ley N° 26738 (que en definitiva derogó el avenimiento) que este instituto constituía una rémora de los conceptos machistas imperantes en la sociedad, agregando que no podía pensarse seriamente que una niña que había sido sometida sexualmente podía adoptar decisiones en situación de igualdad y plenamente libres frente a su agresor. Por lo contrario, esos lazos afectivos preexistentes que requería la norma eran los que aseguraban su impunidad.

Cabe aquí una reflexión. No se pueda discutir que, frente a hechos que afecten tan gravemente la dignidad de los menores como los cometidos contra la integridad, tanto sexual como física e incluso mental, la excepción de aplicación de un criterio de oportunidad (deberemos tener en cuenta la reparación integral del daño y la conciliación, ya que el resto de las condiciones de disponibilidad de la acción por sí solas la excepcionarían) se encuentra

plenamente justificada. Pero hacer extensiva esa excepción a cualquier delito en que un menor sea víctima, podría no ser la mejor manera de defender los intereses del niño, niña o adolescente.

Póngase por ejemplo el arrebato de un teléfono celular a un menor. Se trata de un delito mensurable económicamente, sin grave violencia sobre la víctima, que incluso podía no haber causado más daño que el patrimonial (objetivamente analizado). La sola edad de la víctima no puede servir para descartar un proceso de conciliación o reparación integral, más allá de la necesidad de que el consentimiento sea dado por sus representantes legales, porque esa aplicación sería en perjuicio del mismo menor. Entendemos que estas circunstancias deben ser objeto de profunda valoración por los titulares de la acción, al momento de elegir proseguir con un proceso penal que incluso puede re-victimizar al menor.

Como vimos a lo largo de este punto, la jurisprudencia no ha sido uniforme en el tratamiento de los criterios de oportunidad, mucho menos en aquellas provincias que no los tienen procesalmente previstos en sus códigos de forma, por lo que seguimos insistiendo en la necesidad de una reforma en la Provincia de Mendoza, que aclare el panorama y establezca procedimientos especiales para la aplicación de estas herramientas, que prometían celeridad y ahorro de recursos.

## CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo hemos podido observar que cuando se trata de dar respuestas al delito, la discusión es inagotable. Ello probablemente encuentre fundamento en el fuerte sentido punitivista con el que se ha entendido, históricamente, que se debe hacer frente a este fenómeno social. No obstante, este sistema basado en la sanción penal clásica ha demostrado su ineficiencia, al menos en términos preventivos y es por ello que es momento de repensar el delito, ya no como quebrantamiento a la norma del estado, sino como verdadero conflicto interpersonal, que debe ser solucionado sin dejar de lado a los verdaderos protagonistas del mismo.

Este nuevo camino también se impone por la evidente crisis del principio de legalidad, entendido como la obligación absoluta de perseguir todos los hechos que posean apariencia de ilícitos, aceptando que esa tarea es irrealizable. Una vez que se reconoce esta realidad, y se asume que la justicia penal no puede investigar y sancionar todos los actos contrarios a la norma, contexto que los operadores de la justicia ya afrontaron hace años, es momento de legitimar los mecanismos alternativos que permitan descomprimir el abarrotado sistema penal e intentar dar una respuesta diferente a causas que, poseyendo determinadas condiciones, pueden arribar a una solución que restablezca la armonía social.

En este panorama hacen su aparición los criterios de oportunidad. Vimos la evolución histórica de estos institutos, relacionados directamente con el régimen de la acción, con la evolución del concepto de delito y con la función del derecho penal, observando cómo estas nuevas salidas del conflicto penal atienden a la implementación de una justicia restaurativa.

Comprendimos la justificación de estas nuevas soluciones, y aceptamos que todo ello en el plano teórico tiene un buen potencial. Pero ¿qué cómo se han implementado en la realidad?

Como señalamos, el legislador nacional en el año 2015, con la incorporación de los institutos de la conciliación y la reparación integral del perjuicio como medio extintivo de la acción, tuvo la intención de adecuar la norma de fondo a la realidad procesal de algunas provincias que ya incluían dentro de sus regulaciones la posibilidad de aplicar criterios de oportunidad, entre ellas la Provincia de Mendoza.

Esta inclusión, sin embargo, como pudimos observar a través de su debate parlamentario, obedeció más bien a la necesidad de legitimar la incorporación de estos nuevos institutos al nuevo Código Procesal Penal Federal. Es decir, la modificación del Art. 59 del Código Penal fue pensada para que su contenido estuviera dado por la norma procesal con vigencia nacional, que no entraría en vigencia hasta cinco años después de esta reforma y sólo respecto del capítulo que constituye materia de estudio en este trabajo.

¿Qué sucedía mientras tanto? Si la ley de fondo reenviaba a una legislación procesal, ya sea nacional o provincial, ¿qué ocurrió en aquellas provincias que no contemplaban estos institutos?, los incisos 5 y 6 del Art. 59 del Código Penal ¿eran operativos de pleno derecho o requerían de la vigencia de una norma procesal para darles contenido? La respuesta a estos interrogantes nos las dio la jurisprudencia, como lo vimos en el capítulo 4. Los jueces aceptaron la operatividad de las causales de extinción, pero echaron mano de parámetros y criterios que la norma no establecía, justamente a falta de ellos. Crearon incluso procedimientos para la aplicación de estos institutos, que, en algunos casos, no tenían antecedente en la legislación procesal, y en otros casos, asimilaron la conciliación y la reparación integral del perjuicio con la figura más similar que encontraron en su ley procesal, como es el caso de Mendoza.

Mientras esto ocurría, algunas legislaturas provinciales ponían manos a la obra para adecuar su ley procesal a estos institutos. Se dictaron nuevos códigos, que responden a un incipiente sistema de proceso penal, de mayor contenido adversarial y llenaron el reenvío al vacío que instauró la Ley n° 27.147. En muchos casos lo hicieron con el mayor detalle que se

puede esperar cuando se trata de regular “la realidad”, evidenciando así la dirección que querían darle a su política criminal.

Así, en el capítulo 1 repasamos las leyes procesales provinciales y advertimos que las mismas no sólo difieren en cuanto a los criterios de disponibilidad (como dispensa al ejercicio de la acción) y de oportunidad, sino también en los efectos que ellos producen, en los requisitos para su procedencia, aunque debemos resaltar el esfuerzo que se ha hecho en algunos casos para darle contenido a conceptos tan abstractos como “insignificancia” o “falta de interés público”.

Este no ha sido el caso de la Provincia de Mendoza, que luego de la incorporación de los incisos 5 y 6 al Art. 59 del Código Penal, no ha modificado su regulación, que data del año 1999, pero lo más grave, entendemos es que tampoco sus Tribunales han aceptado esta nueva realidad como institutos de derecho de fondo, sino que se mantienen una postura restrictiva, pretendiendo acudir a definiciones tan generales como “solución de conflicto”, que en nada aclaran al panorama.

Creemos aquí importante aportar nuestra conclusión a la hipótesis planteada en la introducción de este trabajo. A nuestro entender el diferente tratamiento que se le dará a un mismo delito, dependiendo de la norma procesal provincial que se le aplique, excede las aceptables diferencias que pueden asumirse como necesarias y que provienen del sistema federal de gobierno, y esto impacta en la garantía de igualdad prevista en el Art. 16 de la Constitución Nacional, tal como lo explicamos en el capítulo 3 de este trabajo.

Pero ese impacto a la premisa universal se ve más acentuado aún en jurisdicciones como las de Mendoza, donde los límites a la aplicación de los criterios de oportunidad no están regulados legalmente, sino que dependen de la discrecionalidad del Ministerio Público Fiscal, e incluso, a falta de consentimiento de éste, de los mismos Jueces.

Acudimos a las teorías que entendimos nos podían dar una respuesta a la pregunta por los límites en la aplicación de institutos como la conciliación y la reparación integral, estableciendo que existen bienes jurídicos que, si bien son de titularidad de los individuos, son indisponibles e irrenunciables, al menos respecto de su destrucción, pero todas estas disquisiciones son en vano, si carecemos de una ley en la que apoyar estas premisas. Por supuesto que los Tratados Internacionales son un buen comienzo para delimitar la aplicación de los criterios de oportunidad a determinados delitos, y valoramos su enunciación legislativa, pero incluso en hechos de igual lesividad como los delitos cometidos en el contexto de violencia de género, o de “alarma social”, algunas provincias permitirán, legislativamente la solución del conflicto.

Vimos con preocupación que, en el caso puntual de la Provincia de Mendoza, la falta de regulación de las condiciones de otorgamiento de los institutos en estudio, permite que sean aplicados por nuestros Tribunales de manera discrecional, exigiendo o acordando con las partes, una serie de requisitos que no serán de cumplimiento general para todos los casos, arribándose a diferentes soluciones en casos que poseen, normativamente, las mismas características.

Finalmente, advertimos la vulneración a la garantía de igualdad cuando, en casos en que el ofensor posee la capacidad de reparar el daño causado a la víctima, es beneficiado con el sobreseimiento, mientras que aquel que nada tiene que ofrecer o en el que la víctima nada tiene que esperar, deberá enfrentar una sanción penal que no contribuirá al restablecimiento de la armonía social.

Queremos dejar clara nuestra posición. De ningún modo nos oponemos a la aplicación de criterios de oportunidad, sino al contrario, se trata de institutos que pueden ser eficientes para resolver los conflictos interpersonales, obligando al autor a enfrentarse con las

consecuencias reales de su conducta, asumiendo el daño que ha causado en la vida, en la integridad (física y emocional) de una persona y no a la letra fría de la ley.

No se trata aquí de castigar el hecho encuadrado como “robo” (por dar un ejemplo), sino de entender las implicancias que en la cotidianeidad de las personas ha causado, el temor, el sentimiento de inseguridad, la desconfianza en sí mismo para proteger sus bienes, todo ello nos da una idea del valor que una conciliación o una reparación pueda tener, tanto para el ofensor como para el perjudicado, a lo que sí debemos oponernos es a la falta de reglas claras, de parámetros objetivos (sean cuales fueran), a dejar en manos del sistema penal la valoración del caso concreto.

Creemos que la mejor solución a los problemas aquí descriptos es una regulación marco, una ley nacional que establezca qué criterios deberán regir en todo el territorio de la República Argentina, con qué efectos, y cuáles son las condiciones para su aplicación. Luego las provincias podrán establecer los procedimientos que mejor se adapten a su realidad institucional, a fin de descongestionar su agobiado sistema penal, pero de ningún modo se puede permitir que reine la discrecionalidad absoluta, la arbitrariedad y el utilitarismo al momento de decidir la aplicación de un criterio de oportunidad a un caso concreto, ello porque entendemos que deben existir límites, que estarán dados por la indisponibilidad de los bienes afectados, que deben ser uniformes para todas las jurisdicciones.

Pero si por un momento debiéramos aceptar que es el legislador provincial el que debe regular estos institutos, deberá entonces establecerse como una manifestación de principios de política criminal, si que quiere, cuáles son las ofensas respecto de las cuales no está dispuesto a aceptar otra respuesta, más que la sanción punitiva, y bajo qué condiciones podrán aplicarse estas resoluciones alternativas al conflicto penal, debiendo garantizar igual tratamiento a los casos que presenten iguales condiciones.

Tenemos esperanza que uno u otro legislador, retome la temática, y podamos contar con una normativa a la que acudir en el caso concreto, eliminando de esa manera la inseguridad jurídica que prima respecto al tema.

## REFERENCIAS

1- Agud Dolores, Bazán, Natalia, Gorgas, Milagros, & Olmedo, Benerice. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (junio de 2011). Recuperado el 3/04/20, de <http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/la-regulacion-provincial-de-principio-de>

2- Argentina, Congreso de la Nación. Ley N° 27.063. Código Procesal Penal Federal. Febrero de 2019. Revisado el 05/07/21 de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/239340/texact.htm>

3- Bacigalupo, Enrique. Derecho Penal Parte General. Buenos Aires. Editorial Hammurabi. Año 1999. Páginas 33/38.

4- Binder, Alberto. "Introducción al derecho procesal penal". Buenos Aires. Editorial Ad. Hoc. Año 2009. Páginas 215/229

5- Cafferatta Nores y ots, José. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Reforma del Art. 59 del Código Penal: los criterios de oportunidad como causal extintiva de la acción penal. Año 2018. Recuperado 05/07/21 de: <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/reformaart59oportunidad.pdf>

6- Cafferatta Nores, José. Cuestiones actuales sobre el proceso penal. Buenos Aires. Editores Del Puerto. Año 1997. Páginas 22/30

7- Coussirat, Jorge. " Código Procesal Penal Comentado de la Provincia de Mendoza, Tomo I. Buenos Aires. Editorial La Ley. Año 2003. Páginas 122/136.

**8-** Diputados. Congreso Nacional Cámara de Diputados. Sesión 10 de junio de 2015. Recuperado el 10/10/2020, de 3° reunión. 3° sesión ordinaria:

[https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dtaqui/diario\\_sesiones/acordeon.html](https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dtaqui/diario_sesiones/acordeon.html)

**9-** Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón. Madrid. Editorial Trotta. Año 1998. Página 209

**10-** Flores, Pablo. " La situación de las víctimas de delitos en el República Argentina". Revista de Derecho Procesal Penal. La Víctima del delito. Aspectos procesales. II, páginas 107/153. (Año 2017-2).

**11-** Gimeno Sendra, José Vicente, & Otros. Derecho Procesal Penal. Valencia. Editorial Tirant lo blanch. Año 1993. Páginas 62/72.

**12-** Guerrero Peralta, Oscar. Procedimiento acusatorio y terminación anticipada del proceso penal. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Año 1998. Páginas 109/113.

**13-** Hassemer, Winfried. Universidad de Buenos Aires . Año 1995. Recuperado el 05/07/21 de persecución penal: legalidad y oportunidad:

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/1ye/revistas/50/la-persecucion-penal-legalidad-y-oportunidad.pdf>

**14-** Herbel, Gustavo (2003). Asociación Argentina de Profesores de Derecho Procesal Penal. Recuperado el 05/07/21 de:

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:YLI4yb-0ut8J:www.profprocesalpenal.com.ar/archivos/5fae3bed-CONST-ACCION-OPORTUNIDAD-04-06-03-.doc+&cd=3&hl=es-419&ct=clnk&gl=ar>

**15-** Hernández Rodríguez, R. "Cadernos de derecho actual". Año 2016. Recuperado en 05/07/2021 <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/68/62>

**16-** Jakobs, Günther. Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid. Editorial Marcial Pons. Año 1997. Páginas 57/63

**17-** Kierszenbaum , Mariano. (2009). Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Obtenido de Lecciones y ensayos n° 86 . Recuperado en fecha 05/07/2021. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/07-ensayo-kierszenbaum.pdf>

**18-** Lamadrid Luengas, Miguel Ángel. Dialnet. Año 2016. Recuperado 05/07/2021 de El principio de oportunidad como herramienta de política criminal: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=140544>

**19-** Ledesma, Á. "Víctima y su legitimación para actuar ante la justicia". Revista de Derecho Procesal Penal- La víctima del delito. Aspectos Procesales penales II, Páginas 23/61. Año 2017- 2.

**20-** Maier, Julio. Derecho Procesal Penal Argentino. Fundamentos Tomo I. Buenos Aires. Editorial Hammurabi. Año 1989. Página 76; 555/557;

**21-** Maier, Julio. De los delitos y las víctimas. Buenos Aires. Editorial Ad Hoc. Año 1992. Página 185.

**22-** Maier, Julio "La renuncia a la acción penal privada y el abandono de la querrela". Buenos Aires. Ediciones Del Puerto. Año 1997. Página 148

**23-** Maier, Julio. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos. Buenos Aires. Editores del Puerto. Año 1999. Páginas 123/128

**24-** Mill, Rita. “Los medios alternos de solución de conflictos en el ámbito penal”. Revista de Derecho Procesal. Editorial Rubinzal Culzoni. Buenos Aires. Año 2017. Páginas 477 y ss.

**25-** Mir Puig, Santiago Derecho Penal Parte General. Buenos Aires. Editorial BDEF. Año 2016. 10 edición.

**26-** Molinario, Alfredo, & Aguirre Obarrio, Eduardo. Los delitos. Buenos Aires. Editorial TEA. Año 1999. Páginas 104/105

**27-** Mustazzi César y Cabrera Regino p/ Homicidio Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Tomo 178. Año 1937.

**28-** Nación, M. P. Año 2020. Obtenido de Ministerio Público de la Defensa Recuperado el 05/07/2021:  
[https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Boletines/2018.11.%20Reparaci%C3%B3n%20y%20conci  
liaci%C3%B3n.pdf](https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Boletines/2018.11.%20Reparaci%C3%B3n%20y%20conci%20liaci%C3%B3n.pdf)

**29-** ONU. Año 2007. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Obtenido de Reglas de Mallorca: consultada el 10/01/21:  
<http://cidh.oas.org/PRIVADAS/reglasdemallorca.htm>

**30-** Roxin, Claus. Dialnet. Año 1999. Consultada 05/07/21 de Pena y Reparación.

Vol. LII:

<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Sz3gDVwr4kIJ:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/298206.pdf+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=ar>

**31-** Roxin, Claus. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editores del Puerto. Traducido por Gabriela y Daniel Pastor. Año 2000. Páginas 90/92.

**32-** Senadores, Congreso de la Nación Argentina. Sesión 27 de mayo de 2015. senado.gob.ar. Recuperado el 05/07/21, de Boletín de sesiones 4º reunión. 3º sesión ordinaria <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/sesiones/554/descargarDiario>

**33-** Silva Sánchez, Jesús. Año 2014. InDret Penal. Recuperado en 05/07/21 ¿Puede considerarse el remordimiento una "poena naturalis"?: [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/editorial.2\\_7.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/editorial.2_7.pdf)

**34-** Silva Sánchez, Jesús. Restablecimiento del derecho y superación del conflicto interpersonal tras el delito. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas- UPB, Año 2017. Páginas 495/510.

**35-** Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Tomo II. Buenos Aires. Editorial TEA. Año 1978. Páginas 439/440.

**36-** Vargas Gallego, Ana. Lefevre. Año 2019. Recuperado el 05/07/21 Derecho.com: <https://elderecho.com/principio-de-legalidad-principio-de-oportunidad>

**37-** Vont Liszt, Franz, & Jimenez de Asúa, Luis Tratado de Derecho Penal. Madrid. Editorial. Reus. Año 1999. Páginas 6/8

**38-** Zaffaroni, Eugenio. "Derecho Penal Parte General". Buenos Aires. Editorial EDIAR. Año 2002. Páginas 166/168

**39-** Zaffaroni, Eugenio. "Manual de derecho penal parte general. Buenos Aires. Editorial Ediar. Año 2005. Página 132.

**40-** Zaffaroni, Eugenio, Alagia, Alejandro, & Slokar, Alejandro. Derecho Penal Parte general. Buenos Aires. Editorial Ediar. Año 2002. Páginas 605 y ss.