

TEMA 4: Conflicto y Comunicación.

La cuestión del art. 59 inc. 6° C. Penal (conf. ley 27.147). Extinción de la acción penal por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes.

Autor: Dr. Jorge Raúl Montero (Ponente general).

Sumario: a) Principio de oportunidad; b) La implementación del principio de oportunidad; c) Ley 27.147; d) Conclusión.

a) Principio de oportunidad

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

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

Esta regla consagra la vigencia en nuestro país del principio de legalidad (o indisponibilidad), entendido como “la automática e inevitable reacción del Estado a través de sus órganos predispuestos, para que frente a la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo comiencen a investigarlo, reclamen luego el juzgamiento y si corresponde el castigo”.

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

Sin embargo, la realidad demuestra que ningún sistema judicial puede dar tratamiento a todos los hechos delictivos que se cometen en la realidad, quedando una gran cantidad de delitos sin ser investigados. Frente a esta imposibilidad material del aparato judicial, aparecen diversos criterios de política criminal o procesal que tratan de priorizar el tratamiento de algunos hechos delictivos frente a otros (por su menor gravedad, por la función pública de sus partícipes, entre otros), así como también de proporcionar distintas soluciones en lugar de la imposición de una pena (reparación de la víctima, armonización del conflicto). Estos criterios generalmente se aplican a delitos de poca entidad, cuando los imputados son autores primarios o bien cuando los bienes jurídicos lesionados son disponibles.

Es lo que se conoce como principio de oportunidad (o disponibilidad), al que podemos caracterizar, en contraposición con el de legalidad, “como la posibilidad que le ley acuerda a los órganos encargados de la investigación penal, por razones de política criminal o procesal, de no iniciar la investigación o suspender provisoriamente la ya iniciada, limitarla objetiva o subjetivamente, hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aplicar penas inferiores a la escala penal fijada legalmente para el delito, o eximir a los responsables de ella”¹.

¹ AA.VV., “Manual de derecho procesal penal”, Ed. Ciencia, Derecho y Sociedad, Córdoba, 2003. Pág. 84.

b) La implementación del principio de oportunidad

En el Código Penal ya se encuentran legislados algunos criterios de oportunidad reglada tales como, por ejemplo, la suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis y ss del CP), el arrepentido en el delito de secuestro coactivo (art. 142 último párrafo del CP), etc. Sin embargo, la realidad demuestra que algunas provincias, frente a la crisis del principio de legalidad, la imperiosa necesidad de dar respuesta más adecuada a la “inflación delictiva” que presenta la República Argentina y, la ausencia de una legislación uniforme con vigencia en todo el país, comenzó a legislar sobre esta materia, incluyendo en sus Códigos Procesales distintos criterios de oportunidad reglada, trámites diversos para su aplicación, como así también no guardaron simetría en orden a la autoridad que debe aplicar los criterios de oportunidad legislados a nivel provincial. Ello generó profundas desigualdades de trato en la persecución penal según el territorio en el que se cometiera el delito.

Asimismo, las divergencias determinaron una amplia discusión doctrinaria en torno a la facultad que tienen las provincias para legislar en materia de oportunidad. En orden a ello, se sostuvo que el debate giraba en torno a dos grandes ejes: a) Naturaleza procesal o sustancial de la acción penal; b) La potestad reservada por las provincias o delegadas a la Nación para legislar sobre materia procesal.

Así, entre los que argumentaron a favor de la facultad de las provincias para legislar en materia de oportunidad se cuenta entre otros con:

a) Guillermo Nicora², quien afirma que “...el art. 71 del C.P. es inconstitucional, aun cuando no sea necesaria su declaración como tal para admitir la adopción de principios de oportunidad siempre que las leyes (procesales) de las provincias lo permitan. Para este autor, el art. 71 solo está estableciendo el carácter público de la acción penal como regla (lo que suele llamarse principio de oficialidad) ... si se acepta restringir el art. 71 a la clasificación de las acciones penales por su titularidad, no hay obstáculo para que se entienda respetada la voluntad constituyente de librar el principio rector del ejercicio de la acción penal pública a la decisión de cada provincia. Por otra parte, se refiere a la disposición que contiene el art. 274 del C.P. (en la que muchos se apoyan para sostener que el C.P. instituye el principio de legalidad), explicando que no constituye un obstáculo para la incorporación por las provincias de criterio de oportunidad; se trata, en palabras del autor, de un “aparente escollo”, que soluciona del siguiente modo: nadie duda que cuando un fiscal solicita un sobreseimiento o absolución porque a su juicio se verifican los recaudos legales para dicha resolución, no está cometiendo este delito; tampoco cuando decide no apelar una sentencia absolutoria, o no mantiene el recurso de un fiscal de instancia anterior. Ello es claro e indudable porque no está dentro de la obligación a su cargo el mantener la persecución siempre e indefectiblemente”.

² NICORA, Guillermo, “Las provincias pueden (y deben) legislar sobre oportunidad en el ejercicio de la acción penal”, J. A. 2004-1, fasc. 5.

b) Fabián Balcarce³, en idéntica línea, niega que el art. 71 del CP consagre el principio de legalidad, sino que sólo expresa a quien le corresponde iniciar la acción, ya que el Estado es el único que puede actuar de oficio (principio de oficiosidad). En tal sentido, manifiesta que poner en cabeza (oficio) de un órgano público la persecución penal sin necesidad de excitación extraña, no significa, al mismo tiempo, imponerlo como obligación en todos los casos. A este argumento, agrega que, existen leyes meta lógicas que impedirían a dicha norma tener ese alcance ... la ley de Hume, compatible con el apotegma kantiano “debe” (deóntico), implica “puede” (fáctico), afirma que no se pueden derivar lógicamente conclusiones prescriptivas o morales de premisas descriptivas o fácticas; ni a la inversa. Sin embargo, si bien es imposible derivar de argumentos asertivos tanto el rechazo como la aceptación de proposiciones prescriptivas, hay un solo caso en el que resultan pertinentes: cuando argumentan no sólo la no realización, sino la irrealizabilidad empírica del fin indicado como justificador. Es por todos conocido que la denominada “cifra negra” ha dado por tierra con todo el intento de justicia en la práctica la realizabilidad del principio de legalidad procesal. Luego, entonces, para evitar presumir la inconsecuencia en el discurso legislativo y a fin de mantener como principio inconcuso que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre adoptando como verdadero el sentido que las concilie y las deje a todas con valor, no puede darse a la regla el alcance hasta la fecha dado. Adiciona un tercer argumento: el principio de mínima intervención que indica que el derecho penal debe ser la *última ratio*, el último recurso al que hay que acudir a falta de otros menos lesivos, impide otorgarle la pretendida extensión de receptor del principio de legalidad al art. 71 del C.P. Lo explica diciendo que aquellas provincias que legislan en materia de oportunidad han receptado un principio de raigambre constitucional, conocido como principio de mínima intervención (que es consecuencia del principio de proporcionalidad, que en nuestro país se puede derivar del Estado de derecho consagrado constitucionalmente), que supone una prohibición de exceso y el deber de recurrir al derecho

³ BALCARCE, Fabián I., “Relaciones potestativas entre Nación y Provincias, interpretación del art. 71 del C.P., las nuevas propuestas respecto de la disponibilidad penal y el cuento de la buena pipa”, publicado en: www.eldial.com.ar, el Dial – DC2E4.

penal cuando no haya otras medidas de política social que permitan, con igual o mejor eficacia, proteger un bien jurídico. El principio enunciado tiene que aplicarse no sólo a la hora de legislar sino también al momento de interpretar las leyes, “evitando aplicar sanciones penales en aquellos casos en donde el ilícito, arrastrado por la figura legislativa en razón de un alto grado de generalización y textura abierta, se mantiene en los límites de la tolerabilidad social o la víctima ha visto satisfechas sus expectativas en este el conflicto sin remanente que afecte a la sociedad. De ser así, los casos de insignificancia jurídica o solución pacífica del conflicto entre víctima y victimario no podrían ser pasibles de juzgamiento represivo. Si el derecho pretende a través de la pena reducir la violencia que surgiría de la venganza de la víctima o de la sociedad por el entuerto, contradictorio sería imponer la violencia estatal a un conflicto en que ninguno de estos protagonistas ha sido defraudado en sus expectativas ... Las provincias que legislan criterios de oportunidad por esas razones (insignificancia y solución pacífica del conflicto) lo que han hecho es receptar un principio de raigambre constitucional por muchas décadas ignorado. Propone que el art. 274 C.P., debe interpretarse del siguiente modo: el funcionario público falta a la obligación de su cargo, dejando de promover la persecución y represión de los delincuentes, cuando el entuerto es significativo penalmente o la búsqueda de la solución del conflicto víctima-victimario a resultado infructuosa ...”.

c) Gustavo A. Herbel⁴, por su parte, sostiene que: “La atribución provincial de aplicar criterios de oportunidad es consecuencia del mandato constitucional que impone a las provincias el deber de asegurar la administración de justicia ...”.

4 HERBEL, Gustavo A., “Constitución, acción penal y criterios de oportunidad”, Nueva Doctrina Penal, Editores del Puerto, volumen 2003-A, publicación del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales -INECIP-, dirigida por Julio B. J. Maier.

d) José D. Cesano⁵, manifiesta al respecto que: "... la potestad provincial en esta materia se fundamenta en los principios de mínima intervención y racionalidad de la pena. Considera correcta la postura de quienes entienden, como Soler, que en la regulación de la acción procesal penal participa tanto el derecho penal material como el derecho procesal... en nuestro ordenamiento jurídico existen otras disposiciones, además del art.75 inc. 12, CN, que determinan el reparto de competencias legislativas, y que justificarían directamente, la vigencia de ciertos criterios de oportunidad receptados en las legislaciones locales...mencionando los casos de "criminalidad de bagatela", "conciliación" y "pena natural". Es que tanto el principio de mínima intervención como el de racionalidad de la pena conforman derivados constitucionales que cuando el Estado no los ha reconocido explícitamente las provincias pueden ejercer hasta tanto aquel resuelva hacerlo, plasmándolos en normas Infra constitucionales locales...".

e) Diego J Lavado y Dante M Vega⁶, manifiestan: "El principio de oportunidad como excepción al principio de legalidad contribuye a la aplicación del principio constitucional de igualdad ante la ley...las legislaturas provinciales pueden introducir excepciones al principio de oficialidad y legalidad no previstas en dicho Código de fondo. Concretamente, están facultados para introducir en su procedimiento penal el principio de oportunidad siempre y cuando éste funcione excepcionalmente respecto del de legalidad; luego recurren al principio *pro homine*, como "herramienta teórica de apoyo". La incorporación por las provincias de principios de oportunidad que completan los principios de oficialidad y legalidad, a la par que respetan la garantía de igualdad ante la ley implementada por el Código Penal, mejoran la situación del imputado y de la víctima, permitiendo al Ministerio Público tener "discrecionalidad política" en la promoción o ejercicio de la acción penal ...".

5 CESANO, José D., "De nuevo sobre las competencias constitucionales en torno a las facultades legislativas sobre la disponibilidad de la acción procesal penal", RPD, 2006, n. 5.

6 LAVADO, Diego J. y VEGA, Dante M., "Estudios sobre el nuevo código procesal penal de Mendoza (ley 6730)", Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000, p. 85 y ss.

f) Alberto Binder⁷, expresa que: "...es "preferible" que sean las provincias las que regulen sobre criterios de oportunidad, atento al impacto que tiene sobre las realidades locales... Como el régimen de la acción penal debe ser coherente, es preferible que sea regulado unitariamente por los CPP de cada Provincia...".

Argumentos en contra de la facultad de las Pcias. de legislar en materia de oportunidad:

a) Ricardo Nuñez⁸ sostuvo: "...la acción penal representa...la potestad de castigar en sí misma, como derecho sustancial constitutivo de uno de los presupuestos de la imputación penal. Esa es la concepción material de la acción penal. Por pertenecer a la punibilidad del delito, tratándose del derecho penal común, su regulación corresponde al Congreso...".

b) Sebastián Soler⁹, refiriéndose al tema, argumentó: "...siendo la acción penal un poder absolutamente limitado en su contenido por las figuras delictivas, se hace necesario distinguir algunas condiciones y formas bajo las cuales la potestad punitiva es entregada a los órganos que la han de hacer efectiva. Esas condiciones y límites, naturalmente, no forman parte del procedimiento, no son normas procesales, sino penales...".

c) José I. Cafferata Nores¹⁰ precisó: "...la introducción de criterios de oportunidad por las provincias genera una desigualdad de trato incompatible con el principio constitucional de igualdad (art. 16 CN)...".

7 BINDER, Alberto M., "Política Criminal: de la formulación a la praxis", p. 146.

8 NUÑEZ, Ricardo C., Tratado de Derecho Penal T.II, pags. 127 y ss.

9 SOLER, Sebastián, "Derecho penal argentino", t. II, Ed. Tea, Buenos Aires, 1992, p. 527.

10 Ponencia general presentada en el XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, sobre "Ley del Congreso Nacional que establezca las exigencias constitucionales mínimas para los procesos penales en el territorio de la República", Buenos Aires, 13/11/2009.

d) Eugenio R. Zaffaroni¹¹ agregó: "...de la diversidad procesal que la Constitución autoriza no se puede derivar una desigual aplicación del código de fondo, que resulte violatoria del art. 16 de la misma Constitución pues, ello afectaría el principio Federal que determina establecer un criterio mínimo parejo para todo el País...".

e) Jorge De la Rúa¹² afirmó: "...Desde el punto de vista constitucional la incorporación de criterios de oportunidad es una cuestión de derecho de fondo, una materia regulable por el Congreso de la Nación en el ejercicio de sus facultades de dictar la legislación penal, porque es una institución que condiciona el funcionamiento de la actividad represiva enervándolo, a diferencia de la regla procesal que simplemente es el camino para que funcione el ejercicio de esa potestad represiva...".

f) Julio Maier¹³ explicó: "...las provincias delegaron en la Nación no solo el poder de organizar el jurado, sino también el de reglamentar el juicio penal. De allí se deriva que la competencia legislativa provincial, en materia penal, es más que escasa. Al menos se debe coincidir en que, según este postulado la ley marco del procedimiento y de la organización judicial, en materia penal, corresponde al Congreso de la Nación, con lo cual las determinaciones principales acerca del derecho procesal penal quedan en sus manos...".

11 ZAFFARONI, Eugenio R., "Tratado de derecho penal", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 197 y ss.

12 DE LA RÚA, Jorge, "Disponibilidad de la Acción penal", en Tribuno, nº 9, p.224.

13 MAIER, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal Argentino – Fundamentos", Editorial Hamurabi, Buenos Aires, Tomo 1-b, p. 526-527.

g) Jorge A. Claria Olmedo¹⁴, manifestó: “Se ha dicho que el poder de acción penal del Estado se concreta cuando aparece un daño público (intranquilidad colectiva) como consecuencia de un acontecer posiblemente delictuoso que hace nacer una pretensión de justicia en el órgano a quien la ley encarga el ejercicio de ese poder de acción. Ante ello, la acción debe ponerse en movimiento, excitando la jurisdicción para que esta se ejercite hasta agotar la pretensión de justicia con el restablecimiento de la paz jurídica alterada o tranquilizando la colectividad.

Pero esta trayectoria de la acción y la jurisdicción no siempre podrá cumplirse en su integral desarrollo o en movimiento constante durante el. A veces el proceso afecta o puede afectar otros intereses, públicos o privados, que el orden jurídico ha considerado de protección primaria o especial, frente a los cuales la realización de la justicia penal debe sacrificarse. Esos intereses actúan como impeditivos de la realización del derecho penal integrador. Por lo tanto, las normas jurídicas que solucionan el conflicto entre los dos intereses sacrificando la potestad penal de jurisdicción y de acción, han de estar dentro del cuadro de las normas realizadoras desde el punto de vista de su función, y considerando el origen de ellas, debemos ubicarlas entre las sustanciales, aun cuando la verificación de los hechos o situaciones jurídicas que ellas atrapen y las consecuencias que deban producir, hayan de manifestarse procesalmente. Son por lo tanto normas de actuación en sentido negativo, que a su vez deben ser actuadas judicialmente para su concreta eficacia. Funcionan como obstáculos a la efectiva realización de la justicia penal, no para impedir una actividad procesal o un proceso irregular o una sentencia no obtenida con las garantías del debido proceso, sino, como se ha dicho, para tutelar un interés más valioso para el orden jurídico ...”

14 CLARIA OLMEDO, Jorge A., “Derecho Procesal Penal”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1960, Tomo 1, p.339-340.

Estas últimas posturas tuvieron su aval jurisprudencial en un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁵, que determinó que debe considerarse inconstitucional la disposición de una ley provincial que establece una causa de extinción de la acción que no se halle prevista en el Código Penal.

c) **Ley 27.147**

El Congreso de la Nación por ley 27.147 modificó el art. 59 incs. 6º y 7º CP, el cual prescribe en su parte pertinente: *“La acción penal se extinguirá: (...) 6) Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes; 7) Por el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba, de conformidad con lo previsto en este Código y las leyes procesales correspondientes”*.

Siendo que, en la actualidad, la mayoría de las Provincias argentinas han legislado en consecuencia de la norma referida, se advierten profundas desigualdades y diferencias en la regulación de la oportunidad reglada. Sobre todo, en cuanto a los criterios de oportunidad, la autoridad que resuelve la aplicación de los mismos, procedimiento y trámite, resolución e impugnación. Es decir, sobre el tema que necesariamente debió ser regulado por el Congreso de la Nación en el Código Penal, con un criterio uniforme y parejo para todo el territorio nacional, se lo derivó elípticamente a cada una de las provincias que integran la República Argentina por la precitada ley nº 27147, art. 59 incs. 6 y 7, quebrando el orden y armonía Federal en todo el territorio nacional que fuera oportunamente constituido por la Asamblea Constituyente cuando dictó la Constitución Nacional del año 1853.-

15 CSJN, Fallos, Tomo 178, p. 31.

Es que, nuestra Carta Magna a diferencia de la de los Estados Unidos de Norte América, innovó haciendo los Códigos de Fondo obligatorios para toda la Nación, sus Provincias y Territorios, y en aquellos, cada Estado se rige por su propia ley común. En el Congreso Constituyente de 1853, se discutió la necesidad de este sistema, y se fundó la reforma en la conveniencia de dar unidad al derecho confuso, diverso e incoherente de España que, por otra parte, era urgente modificar después de dictada la Constitución ¹⁶. Así, el art. 75 inc.11 faculta al Congreso para dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, sin que tales Códigos alteren las Jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los Tribunales Federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones...” una legislación diferente en cada provincia habría sido, sin duda, un grave obstáculo para el desarrollo de la vida civil y el afianzamiento de la justicia. Por otra parte, con ningún peligro amenazaba la unidad del régimen federativo, puesto que las Provincias conservan el derecho de organizar sus propios Tribunales y dictar las reglas para la aplicación de los códigos, es decir las leyes de procedimiento o de forma. El poder de dictar códigos no significa el de legislar dentro del territorio de las Provincias, porque aquellos son la ley común de todo el pueblo de la Nación, con prescindencia de las divisiones territoriales; estas solo se aplican para determinar la jurisdicción respectiva de cada Provincia, o sea el poder derivado de la soberanía local, para aplicar esa misma ley¹⁷. Entonces, si el régimen de la acción penal, su extinción o modificación desde siempre estuvo regulado en el Código Penal de la Nación para lograr una uniformidad dentro del territorio de la República, el Congreso Nacional no puede delegar en las Provincias la regulación de la oportunidad reglada en contra de lo que manda la Constitución, determinando la inconstitucionalidad del art. 59 inc. 6 y 7 según ley nº 27.147 pues, el art.75 inc.12 de la CN consagra la unidad de la legislación civil, penal, de comercio y de minería como consecuencia de la unidad política de la República, por lo que no cabe admitir que los Estados Provinciales autónomos puedan destruir aquella, al

16 Sesiones del Congreso General Constituyente, 1852-1854, pag.176.-

17 Cfr. GONZALEZ, Joaquín V., “Manual de la Constitución Argentina”, págs. 452-453

dictar sus instituciones, concediéndose ellos mismos privilegios, diferencias o exenciones al margen de la legislación general ¹⁸.

En otro orden de consideraciones la diversidad de regulación de la oportunidad reglada en cada uno de los CPP provinciales, genera desigualdad de trato en materia de persecución penal totalmente incompatible con la garantía de igualdad ante la ley (art. 16 de la CN).

d) Conclusión

Frente al panorama legislativo diverso de los CPP provinciales en materia de oportunidad reglada como excepción al principio de legalidad, de conformidad a lo que determina la normativa Constitucional, debe dictarse una nueva ley que establezca con un criterio uniforme el principio de oportunidad para todo el Territorio de la República Argentina y derogarse la ley n° 27.147 art. 59 inc. 6 y 7, por ser inconstitucionales y generar desigualdad de trato en materia de persecución penal; máxime que razones elementales de política criminal demandan la urgente regulación del principio de oportunidad reglada en el Código Penal.

Córdoba, 19 de junio de 2017.

Prof. y Dr. Jorge. R. Montero.

18 Cfr. S.C.J.N., Fallos T.159, pág. 326