

REGLAS DE DISPONIBILIDAD Y CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA

DR. JORGE EDUARDO BUOMPADRE

PROFESOR TITULAR DE DERECHO PENAL II DE LA UNNE

Sumario: 1. Introducción. Algunas características del nuevo sistema. 2. Disponibilidad de la acción penal. 3. Diversas situaciones que habilitan la disponibilidad de la acción penal. 4. Criterios de oportunidad. 5. Efectos. 6. Conversión de la acción. 7. Conciliación. 8. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DEL NUEVO SISTEMA

El nuevo Código Procesal Penal de la Nación Argentina, recientemente sancionado por la Ley N° 27.063 (BO: 10/12/2014) y cuya entrada en vigor está prevista para el 1° de marzo de 2016 en el ámbito de la justicia nacional, y posteriormente, en las demás jurisdicciones, en forma progresiva y conforme a un cronograma de implementación que establezca la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación que funciona en el ámbito del Congreso de la Nación, viene, por un lado, a reemplazar el sistema de justicia vigente en el ámbito de la justicia federal, denominado “mixto” o “inquisitivo mitigado”, y por otro lado, a instaurar un nuevo modelo de enjuiciamiento penal en el país, denominado “acusatorio”, cuyo eje central se concentra en una concepción humanista del proceso, según la cual –entre otras características- la pena que corresponde aplicar a un sujeto por la comisión de un delito, sólo es posible desde el prisma que considera inocente a la persona acusada hasta tanto

**REGLAS DE DISPONIBILIDAD Y CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN EL NUEVO CÓDIGO
PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA**

no se determine, a través de un proceso legal, esto es, ajustado a las reglas y principios constitucionales en vigor, que es el autor “culpable” del delito en cuestión. Con otros términos, el proceso acusatorio parte de un presupuesto esencial que colorea toda su estructura: el principio de inocencia, regla de oro que debe ser controvertida y destruida por la acusación para que el Estado se encuentre legitimado para aplicar una pena.

El sistema acusatorio tiene ciertas y determinadas características –que lo distinguen ciertamente del régimen mixto de enjuiciamiento penal (escrito en la etapa de investigación y oral en el plenario o etapa de juicio)-, que, por destacar sólo las más trascendentes, pueden ser resumidas en las siguientes: la oralidad como eje principal del procedimiento, el fortalecimiento del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa, la participación de la víctima desde el inicio del procedimiento y la desformalización de la investigación y el reemplazo del expediente por el legajo de investigación.

Una de las novedades más singulares del nuevo digesto procesal reside en la instauración de los llamados *critérios de oportunidad*, los cuales representan una excepción al principio de oficialidad establecido en el art. 71 del Código penal, cuyo texto establece, de modo imperativo, la promoción de oficio de todas las acciones penales, con excepción de las acciones públicas dependientes de instancia privada y las acciones privadas. Al respecto, cabe poner de relieve que, recientemente se sancionó la Ley 27.147, por medio de la cual se agregó al artículo 71 del Código penal el siguiente texto: “Sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal...”, con lo cual ha quedado en claro la intención del legislador nacional de que estas reglas sean sancionadas por las legislaturas locales.

La instauración de los criterios de oportunidad entre las acciones que puede llevar a cabo el Ministerio Público Fiscal presupone, además de una opción políticocriminal, una herramienta para dar una respuesta apropiada al delito. Vale decir que, el Ministerio

Público Fiscal –como órgano encargado de la investigación penal-, ya no tiene la sola función de investigar todos y cada uno de los hechos que llegan al sistema de justicia penal, según vimos surge de la regla imperativa del art. 71 CP, sino que puede realizar una ponderación en torno al grado, intensidad, dañosidad, etc., del conflicto que implica la infracción penal y expulsarlo del sistema recurriendo a algunos de los criterios de oportunidad que, en forma expresa y taxativa, están regulados en el Código procesal, ya sea renunciando a la acción penal o formulando acuerdos con las partes (arts. 22 y 25 CPP).

2. DISPONIBILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL

Con arreglo a lo establecido en el art. 25 del CPP, la acción penal pública es ejercida por el Ministerio Público Fiscal, sin que le esté permitido realizar actividades propias de la jurisdicción. Su función específica se limita a la investigación del delito (investigación penal preparatoria) para arribar a una acusación formal, la que debe concretarse de acuerdo a las exigencias establecidas en el art. 241 del CPP.

Sin perjuicio de la regla legal de poner en cabeza del Ministerio Público Fiscal el ejercicio de la acción penal, la cual no puede –como principio general- suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, al mismo tiempo se dispone la excepción (“excepto en los casos expresamente previstos...”, dice el art. 25 CPP). Estos casos excepcionales, que permiten al Fiscal expulsar del sistema de justicia penal ciertos delitos en determinadas circunstancias, es lo que se conocen como criterios de oportunidad, sobre los que habremos de referirnos a continuación.

Con arreglo al art. 30 del CPP, *“El representante del Ministerio Público Fiscal puede disponer de la acción penal pública en los siguientes casos: a. criterios de oportunidad; b. conversión de la acción; c. conciliación; d. suspensión del proceso a*

**REGLAS DE DISPONIBILIDAD Y CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN EL NUEVO CÓDIGO
PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA**

prueba. No puede prescindir ni total ni parcialmente del ejercicio de la acción penal si el imputado fuera funcionario público y se le atribuyera un delito cometido en el ejercicio o en razón de su cargo, o cuando apareciere como un episodio dentro de un contexto de violencia doméstica o motivada en razones discriminatorias. Tampoco podrá en los supuestos que resulten incompatibles con previsiones de instrumentos internacionales, leyes o instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal fundadas en criterios de política criminal.

Independientemente de la discusión en torno de si la disponibilidad de la acción penal pública es una cuestión de fondo, que debe ser analizada en el ámbito del Congreso de la Nación, o de naturaleza procesal, en el sentido de que son las provincias quienes tienen la potestad de regular los criterios de oportunidad para poner en marcha o no al órgano encargado de la persecución penal, cuestión que se encuentra en la espesura de una aun no finalizada controversia doctrinal aunque sí desde el punto de vista normativo con arreglo a la nueva redacción dada a los artículos 59 y 71 del Código penal por la Ley 27.147 nos ha parecido más conveniente, teniendo en cuenta las características de este trabajo, empezar el comentario de la temática abordada preguntándonos si debe o no hacerse una distinción entre “disponibilidad de la acción” y “criterios de oportunidad”, pues es el propio digesto procesal el que invita a plantearnos dicha duda debido, precisamente, a que emplea ambos vocablos en dos artículos diferentes (arts. 30 y 31 CPPN).

Partiendo de un primer esbozo, debemos convenir en que, si el art. 71 del Código penal (principio de oficialidad), según vimos, presupone que una vez promovida la acción penal pública, ella no se pueda suspender, interrumpir o hacer cesar, sino por el modo y la forma previstos en la ley procesal (principio de *irretractabilidad*), entonces

los criterios de oportunidad, como antes dijimos, representan una excepción al principio de oficialidad.

Creemos que no existen diferencias sustanciales entre lo que se denomina “reglas de disponibilidad” y “criterios de oportunidad”, términos que pueden ser usados indistintamente para explicar el mismo fenómeno. En todo caso, coincidimos con aquella doctrina que entiende que los criterios de oportunidad son las razones de la disponibilidad (Cafferata Nores). En efecto, aun cuando se pueda identificar ambas expresiones como sinónimas, lo cierto es que, gramaticalmente, no pueden tener un mismo significado (desde el punto de vista de la lengua castellana disponibilidad no significa lo mismo que oportunidad), pero no lo es menos que existe entre ellas una gradación de mínimos a máximos. Una es el antecedente (la oportunidad) y la otra el consecuente (la disponibilidad), lo cual permite sostener la idea de que ninguna de ellas puede sobrevivir independientemente la una de la otra. La oportunidad reglada es la que posibilita la disponibilidad de la persecución penal. Con otros términos, dada la oportunidad, es posible la disponibilidad.

La interpretación que proponemos surge del propio texto de la ley, cuando expresamente dice: “*El representante del Ministerio Público Fiscal puede disponer de la acción penal pública en los siguientes casos: a. criterios de oportunidad...*” (art. 30 CPP), regla que nos conduce a los indicadores establecidos en el artículo siguiente, en el que se regulan explícitamente los criterios de oportunidad.

Entonces, cuando hablamos de *disponibilidad de la acción penal pública*, estamos haciendo referencia a la facultad que tiene el órgano predispuesto por la ley, en nuestro caso el Ministerio Público Fiscal, para decidir (disponer) no promover la acción penal, hacerla cesar o limitarla en sus efectos, basado en criterios en de oportunidad.

**REGLAS DE DISPONIBILIDAD Y CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN EL NUEVO CÓDIGO
PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA**

Esta limitación reglada a la obligación de persecución penal del Ministerio Público Fiscal, encuentra su explicación (o fundamentación) en diversas razones: descongestionamiento del sistema judicial, disminución de los tiempos procesales, acercamientos entre las partes, utilidad social, nula vigencia del principio de legalidad, evitabilidad de saturación de recursos judiciales en causas ínfimas o sin mayor relevancia social, mínima culpabilidad o participación, tratamiento diferenciado del conflicto social, etc., lo cierto es que la formalidad que representa el principio de legalidad ha sido superada por la realidad. El Ministerio Público Fiscal no puede (ni tiene posibilidades) de perseguir todos los delitos que se cometen dentro de una determinada circunscripción judicial, circunstancia que convierte al principio de legalidad en una verdadera ficción.

Por ello, se torna necesario insistir en algo que ya se ha puesto de relieve doctrinalmente: “las regulaciones provinciales que han receptado el principio de oportunidad no hacen más que cumplir con la Constitución en tanto los conflictos sociales deben tratar de resolverse por otros medios diferentes al derecho penal, quedando éste con carácter residual, ante la falta de otro remedio. Es el caso de solución víctima-victimario, insignificancia del hecho o de la participación delictiva. En lo que respecta a evitar imponer pena en los casos de delitos patrimoniales sin grave ofensa física como el de la *poena naturalis*, no hacen más que receptar el principio de racionalidad de la pena” (Balcarce/Arocena). Precisamente, abogando por una respuesta desde la perspectiva procesal, Vitale pone de manifiesto que “nuestro sistema constitucional parece haber tomado partido por una política de persecución penal racional, necesitada de la vigencia del principio de *oportunidad procesal*. Ello surge del art. 1 de la Constitución Nacional argentina en cuanto adopta la forma de gobierno *republicana*, que exige *racionalidad* en los actos del gobierno. Una política de

aplicación de la ley penal mínimamente *racional* debe responder al enunciado principio de oportunidad (pues, como es conocido, ningún Estado cuenta con medios suficientes como para afrontar el enjuiciamiento penal de todos los delitos que puedan ejecutarse, resultando todo intento en contrario una manifestación de *irracionalidad manifiesta*). Por otra parte, la adopción del incumplido sistema de *enjuiciamiento por jurados* exigido expresamente por el texto de la Constitución Nacional argentina (art. 24, 75 inc. 12 y 118) requiere implícitamente un sistema de persecución penal basado en criterio de oportunidad procesal, como presupuesto mínimo de supervivencia. Un aspecto constitucional relevante del principio de oportunidad procesal (del que depende, los hechos su mayor o menor extensión) es el de la competencia – nacional o provincial – para legislarlo. Si bien viene siendo aceptada la competencia legislativa *nacional* sobre el punto, me parece importante comenzar a revertir esa suerte de dogma, tomando en cuenta la naturaleza *procesal* de la problemática relativa a la determinación de las políticas de *aplicación* de la ley penal emanada del órgano legislativo nacional”. Sin perjuicio de que, como antes se dijo, la controversia doctrinal sobre esta cuestión aún no ha finalizado, la Ley 27.147, recientemente sancionada, ha puesto en claro que las reglas de disponibilidad de la acción penal deben estar previstas en los códigos procesales penales provinciales, no en el código penal. Por lo tanto, la temática, por el momento, ha quedado zanjada.

3. DIVERSAS SITUACIONES QUE HABILITAN LA DISPONIBILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL

Como ya hemos puesto de relieve anteriormente, las distintas situaciones que pueden generar la posibilidad del disponer de la acción penal pública por parte del Fiscal, se encuentran reguladas en el art. 30 del digesto procesal.

Este artículo establece el principio general que gobierna toda la materia: el Ministerio Público Fiscal puede disponer de la acción penal pública en aquellos

**REGLAS DE DISPONIBILIDAD Y CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN EL NUEVO CÓDIGO
PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA**

supuestos que se encuentran expresamente reglados en el dispositivo procesal: criterios de oportunidad (art. 31), conversión de la acción (art. 33), conciliación (art. 34) y suspensión del proceso a prueba (art. 35).

Sin embargo, la regla no es ilimitada ni puede ser empleada discrecionalmente por el órgano de la acusación, sino que tiene sus propias limitaciones. Ella no rige en los siguientes casos: 1) si el imputado es un funcionario público a quien se le atribuye haber cometido el hecho en el ejercicio de su actividad funcional o en razón de su cargo; 2) cuando el delito fuere cometido en un contexto de violencia doméstica; 3) cuando el delito fuere cometido por motivos discriminatorios; 4) cuando la disponibilidad resulte incompatible con disposiciones de instrumentos internacionales, leyes o instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal fundadas en criterios de política criminal.

Veamos estos casos.

1) **Funcionario público.** La prohibición de prescindencia de ejercicio de la acción penal alcanza a aquellos delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio o en ocasión de su competencia funcional. Quedan fuera de la prohibición, por tanto, aquellos supuestos en los que los delitos son cometidos por funcionarios públicos al margen de la actividad funcional, por ej. en uso de licencia, vacaciones, etc.

2) **Violencia doméstica.** Esta expresión puede generar dudas en cuanto a su conceptualización, pues la “violencia doméstica” es sólo aquella que tienen su origen y se manifiesta entre personas que habitan un ámbito concreto familiar, privado, y que un miembro de la familia dirige a otros miembros de la familia más vulnerables, niños, mujeres, ancianos (Ley 24.417, art. 1). La ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que desarrollen sus Relaciones Interpersonales, establece un concepto de violencia doméstica restringida al núcleo familiar y al sexo femenino, expresando en el art. 6.a)

que la violencia doméstica contra las mujeres es aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia. En numerosas ocasiones, se confunde a este tipo de violencia con la llamada violencia conyugal o violencia en la pareja, por cuanto reúnen similares características. Pero, la violencia doméstica no configura un supuesto de violencia de género. La “violencia de género” (que nosotros identificamos como “violencia contra la mujer”, ver Buompadre, *Violencia de género, Femicidio y Derecho Penal*, Alveroni, Córdoba, 2013), implica también –al igual que la violencia doméstica- cualquier acto de violencia activo u omisivo, físico, sexual, psicológico, moral, patrimonial, etc., pero, a diferencia de aquella, incide sobre la mujer por razón de su género, basado en la discriminación, en las relaciones de desigualdad y de poder asimétricas entre los sexos que subordinan a la mujer, sea en la vida pública o en la privada, incluida la que es perpetrada o tolerada por el Estado. Es el tipo de violencia que describe el art. 4 de la Ley 26.485, cuando dice: “toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al

**REGLAS DE DISPONIBILIDAD Y CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN EL NUEVO CÓDIGO
PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA**

varón”. De modo que, una interpretación literal de la normativa en análisis, nos permitiría concluir, en principio, que la prohibición no alcanza a aquellos hechos de violencia que son cometidos contra una mujer, en un “contexto de género”, pues la ley habla de violencia doméstica y no de violencia de género. Por consiguiente, en principio, se podría disponer de la acción penal en estos casos. Sin embargo, una más atenta mirada de la normativa, nos remite a una conclusión contraria, pues bien puede ser resuelta esta problemática acudiendo a una interpretación sistemática que nos conduce a la siguiente conclusión: la disponibilidad de la acción penal pública en casos de violencia contra la mujer en un contexto de género, resulta *incompatible* con “las previsiones de instrumentos internacionales”, a saber, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará , Ley 24.632), cuyo art.1 establece que “Cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. Por lo tanto, en estos supuestos, también rige la prohibición, por lo que el Ministerio Público Fiscal no podrá disponer de la acción penal, en casos de violencia de género, por expresa imposición de la ley. Vale decir, que el Ministerio Público, dada una situación de violencia de género, estaría facultado para disponer de la acción penal, pues, según indica el parágrafo 2 del art. 30, la prohibición sólo está prevista para las hipótesis de violencia doméstica (salvo que la violencia de género se manifieste en un contexto familiar), pero la misma situación podría resolverse recurriendo al parágrafo 4 del mismo artículo, según el cual, en estos supuestos, el Ministerio Público carece de facultades legales para disponer de la acción penal.

3) **Motivos discriminatorios.** El precepto impide la disponibilidad de la acción penal pública cuando el hecho ilícito “apareciere como un episodio dentro de un

contexto de violencia doméstica *o motivada en razones discriminatorias*, normativa que, por su notoria imprecisión, dificulta determinar con certeza si la “razón discriminatoria” tiene relación con el delito o con el episodio de violencia doméstica, el cual, por más violento que sea en sí mismo, no siempre configura un injusto penal, por ejemplo una mirada o un gesto o la mera presencia amenazante que provoca terror en la víctima.

Según nuestro ver, la “razón discriminatoria”, aun cuando se tratare de un hecho de menor significación, debe estar motivada en la violencia ejercida en un contexto de violencia doméstica o de género, conforme se explicara en el párrafo anterior. El contexto doméstico o de género es la antesala del ejercicio de la violencia, por motivos discriminatorios de cualquier naturaleza. La Ley 23.179/85, por medio de la cual se aprobó la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 18 de diciembre de 1979, y suscripta por la República Argentina el 17 de julio de 1980, establece en su art.1 lo que debe entenderse por “discriminación”: A los efectos de la presente convención –dice esta normativa- la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Por lo tanto, cuando se diere alguno de los indicadores establecidos en la mencionada normativa, el Ministerio Público estará impedido de prescindir o disponer de la acción penal.

**REGLAS DE DISPONIBILIDAD Y CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN EL NUEVO CÓDIGO
PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA**

4) **Instrumentos internacionales.** Son todos aquellos Documentos, Convenciones, etc., internacionales, que han sido suscriptos por la Argentina y aprobados por el Congreso nacional. La prohibición estaría dada cuando la disponibilidad de la acción penal pública resulte *incompatible* con las disposiciones que emergen del mencionado derecho supranacional. La norma hace referencia a los instrumentos que han sido incorporados al art. 75.22 de la Const. Nacional y de todos aquellos en los que la Argentina sea parte.

5) **Instrucciones generales.** La Ley Orgánica del Ministerio Público N° 24.946/98, instituye que el jefe máximo del Ministerio Público Fiscal es el Procurador General de la Nación y establece, entre otras de sus funciones, las de disponer por si o mediante instrucciones generales a los integrantes del Ministerio Público Fiscal, la adopción de todas las medidas que sean necesarias y conducentes para poner en ejercicio las funciones enunciadas en la ley, y ejercer las demás atribuciones que le confieren las leyes y los reglamentos. Asimismo, le confiere la potestad de diseñar la política criminal y de persecución penal del Ministerio Público Fiscal (art. 33, incs. d) y e).

Las *instrucciones* son resoluciones que dicta la máxima autoridad del Ministerio Público Fiscal, que están destinadas a resolver distintos asuntos atinentes al ámbito de competencia de la entidad, por ej, cuestiones relacionadas con infraestructura edilicia, recursos humanos, tecnología, convenios interinstitucionales y, fundamentalmente, a establecer las líneas de políticas de persecución penal. Se trata de disposiciones escritas, de carácter general y de cumplimiento obligatorio.

La Procuraduría General de la Nación es el órgano responsable del diseño e implementación de la política criminal del Estado, esto es, aquel espacio que se interconecta con la política con el fin poner en marcha los grandes lineamientos de

lucha contra la criminalidad. La política criminal es un segmento de la Política del Estado, orientada hacia el manejo y control del conflicto social que implica la criminalidad. Por lo tanto, en estas hipótesis, el Ministerio Público no podrá, total o parcialmente, prescindir del ejercicio de la acción penal.

4. CRITERIOS DE OPORTUNIDAD

El art. 31 del digesto procesal establece que *“Los representantes del Ministerio Público Fiscal podrán prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho en los casos siguientes: a. si se tratara de un hecho que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público; b. si la intervención del imputado se estimara de menor relevancia, y pudiera corresponder pena de multa, inhabilitación o condena condicional; c. si el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que tornara innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena; d. si la pena que pudiera imponerse por el hecho careciera de importancia en consideración a la sanción ya impuesta, o a la que deba esperarse por los restantes hechos investigados en el mismo u otro proceso, o a la que se impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero”*.

Los criterios de oportunidad que posibilitan la disponibilidad de la acción penal por parte del Ministerio Público Fiscal, conforme esta normativa, son los siguientes:

4.1 INSIGNIFICANCIA DEL HECHO

Se trata de hechos de mínima importancia, que no poseen la entidad suficiente como para poner en peligro de lesión a un bien jurídico, en este caso de carácter supraindividual (interés público).

**REGLAS DE DISPONIBILIDAD Y CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN EL NUEVO CÓDIGO
PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA**

Son hechos que, aun cuando por su propia descripción objetiva encuadran en un tipo penal, son desplazados por su insignificancia o mínima relevancia de la órbita del poder penal del Estado. La mínima intervención penal se impone frente a los hechos de bagatela. Es verdad que el delito es delito aun cuando fuera insignificante su incidencia en el ámbito del bien jurídico, pero se privilegia la no imposición de una pena para evitar una violación del principio de proporcionalidad que debe regir entre el delito y la gravedad de la intervención estatal (Tiedemann, Zaffaroni, Luzón Peña). De aquí que cobra importancia el principio de insignificancia como criterio de oportunidad, pues – como se ha puesto de relieve doctrinariamente- este principio representa un criterio de índole interpretativa, restrictivo de la tipicidad de la conducta, partiendo de la consideración del bien jurídico –conceptualizado sobre la base de los principios de lesividad social y fragmentariedad-, y en la medida de su lesión o puesta en peligro concreto (García Vitor). Por lo tanto, en estos casos, el Ministerio Público Fiscal puede justificar la aplicación del criterio de oportunidad y disponer de la acción penal pública, siempre que con ello no se afecte o ponga en peligro “gravemente” el interés público, intensidad del peligro que deberá ponderarse ex-post. En consecuencia, una afectación mínima de este particular bien jurídico, no sería obstáculo para la disposición de la acción penal.

La exigencia de “gravedad” en el ámbito de la acción peligrosa, viabiliza la disponibilidad de la acción penal en los casos de delitos de peligro abstracto, ya que en éstos el peligro no es un elemento del tipo de injusto, de modo que no podría evaluarse la intensidad de un peligro que no existe, en relación con el “interés público” como bien jurídico protegido. La referencia legal “que el hecho, por su insignificancia, no afecte gravemente el interés público”, conduce a sostener la tesis del peligro concreto, en el sentido de suponer la existencia de un bien jurídico (el interés público) que –con motivo

de la acción peligrosa (grave)- entra en crisis, generando una situación que no puede ser controlada con seguridad, en la que deja de ser razonablemente segura la evitación del resultado (Rodríguez Montañés). En estos casos de delitos de peligro concreto, no se podrá prescindir del ejercicio de la acción penal.

4.2. INTERVENCIÓN DEL IMPUTADO DE ESCASA RELEVANCIA Y PUDIERA

CORRESPONDER PENA DE MULTA, INHABILITACIÓN O CONDENA CONDICIONAL

La regla se limita a delitos que traen aparejada pena de multa e inhabilitación (art. 5 CP) o pudieren dar lugar a la aplicación de la condena de ejecución condicional (art. 26 CP). Pero, además, en estos delitos el imputado tuvo que haber tenido una intervención de escasa o poca relevancia. Vale decir, que la regla funciona sólo y cuando se dan esas dos circunstancias, no sólo una de ellas.

4.3. PENA NATURAL

La *pena natural* es el mal grave que el agente sufre en la comisión del injusto o con motivo de éste. Es un daño que se autoinflige el autor como consecuencia de la comisión de un delito, sea porque directamente se causa a sí mismo o porque lo hacen terceros con motivo de su autopuesta en peligro (Zaffaroni), por ej. la autolesión al manipular un explosivo, un arma de guerra, el conductor imprudente que ocasiona la muerte de un familiar, el ladrón que al huir se lesiona gravemente, etc. Se trataría de un caso de compensación punitiva por la autolesión padecida con motivo de la infracción delictiva.

Teniendo en cuenta que el instituto no hace referencia al tipo de injusto sino a la pena, y sobre todo porque -contrariamente a otros ordenamientos procesales, como por ej. Santa Fe, Santiago del Estero, Buenos Aires, etc.-, el artículo no formula ninguna distinción al respecto, se podrá prescindir, total o parcialmente, del ejercicio de la acción penal ante cualquier hipótesis de delito doloso o culposo, pudiendo el Ministerio

**REGLAS DE DISPONIBILIDAD Y CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN EL NUEVO CÓDIGO
PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA**

Público aplicar el criterio desde el mismo momento en que procesalmente se ponga de manifiesto o resulte evidente que la imposición de una pena en caso de condena implicará un mayor (o un doble) castigo para el reo, vale decir, la aplicación de una sanción penal innecesaria, infinitamente mayor que el daño padecido por el agente al cometer el delito, lo cual acarrearía una abierta violación a los principios de proporcionalidad y de humanidad de las penas.

La instancia procesal para tomar la decisión acerca de la aplicabilidad o no del criterio de oportunidad es la que está establecida en el art. 215, esto es, dentro de los quince (15) días (días hábiles: art. 108.4) de recibida la denuncia, querrela, actuaciones de prevención o seguidamente a una investigación preliminar de oficio.

De aquí que, el precepto establezca la viabilidad de la cancelación de la persecución penal, *si el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que tornara innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena.*

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

El precepto regula una situación de pena insignificante o mínima con relación a un hecho típico por el cual el agente estuviera cumpliendo condena de mayor cantidad que aquélla, o la que pudiera esperarse en otros procesos en los que se encuentra acusado, cuyo procedimiento está tramitando en el país o en el extranjero. Se trata de un caso que pretende evitar la aplicación de una sanción, cuyos efectos no dejarían de representar, en relación a otros hechos investigados (en el mismo proceso o en otro diferente) una pena meramente simbólica y sin ningún efecto disuasivo o socializante.

La pena en expectativa se convierte así en una pena insignificante frente a la que podría corresponder por la investigación de otros delitos o que ya estuviera cumpliéndose por el agente. La regla trasunta –como otros criterios de oportunidad- una forma de contribuir al descongestionamiento del sistema judicial.

5. EFECTOS

El art. 32 del CPP establece que *“La decisión que prescinda de la persecución penal pública por aplicación de criterios de oportunidad permitirá declarar extinguida la acción pública con relación a la persona en cuyo favor se decide, salvo que se proceda de acuerdo a lo establecido en el último párrafo del artículo 219”*.

El artículo no exige la motivación de la resolución que decide la aplicación del criterio de oportunidad, pero como se trata de una decisión que pone fin al proceso por extinción de la acción penal –la cual debe formalizarse mediante sentencia de sobreseimiento (arts. 235.a y 236.g)- y sujeta a control jurisdiccional y a revisión por parte de la víctima, entendemos que debe ser motivada (art. 88), esto es, que la decisión debe indicar las razones, siquiera mínimamente, que el Ministerio Público ha tenido para prescindir de la persecución penal.

La declaración de extinción de la acción penal puede ser sometida a revisión por parte de la víctima, ante el superior del Ministerio Público Fiscal (el Fiscal revisor), dentro del término de tres (3) días hábiles a contar desde el momento en que fue informada por parte del Acusador público de la decisión adoptada admitiéndose el criterio de oportunidad. El reclamo de la víctima podrá formularse en forma oral o escrita (art. 103), pero en cualquier caso, deberá expresarse los fundamentos del mismo. Si el planteo de revisión es denegado, confirmándose la aplicación del criterio de oportunidad, la víctima podrá convertir la acción pública en privada y proceder con el

**REGLAS DE DISPONIBILIDAD Y CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN EL NUEVO CÓDIGO
PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA**

trámite previsto en el art. 279, dentro del término de sesenta (60) días hábiles de comunicada la decisión del Fiscal superior (art. 219, in fine). Vencido el término de conversión sin que se haya hecho uso de la opción, la declaración de extinción de la acción penal quedará firme y sus efectos operarán en favor del autor o partícipe en cuyo favor se dictó.

6. CONVERSIÓN DE LA ACCIÓN

El principio que establece la “conversión de la acción penal pública en privada”, está regulado en el art. 33 del CPP, cuyo texto dice: *“A pedido de la víctima la acción penal pública podrá ser convertida en acción privada en los siguientes casos: a. si se aplicara un criterio de oportunidad; b. si el Ministerio Público Fiscal solicitara el sobreseimiento al momento de la conclusión de la investigación preparatoria; c. si se tratara de un delito que requiera instancia de parte, o de lesiones culposas, siempre que el representante del Ministerio Público Fiscal lo autorice y no exista un interés público gravemente comprometido. En todos los casos, si existe pluralidad de víctimas, será necesario el consentimiento de todas, aunque sólo una haya ejercido la querrela”*.

La norma prevé un mecanismo de conversión de la acción penal pública en acción penal privada, el cual le permite a la víctima “convertirse” formalmente en querellante exclusivo –por ausencia de Fiscal- y continuar con la investigación del hecho criminal para lograr la aplicación de una pena a sus autores y/o partícipes. Esta facultad de conversión corresponde –según el texto de la ley- a la *víctima*, la cual debe ser entendida como *aquella persona, física o jurídica, titular del bien jurídico protegido por la norma penal y que resulta lesionado o puesto en peligro por el tipo delictivo*. Si bien otras expresiones utilizadas frecuentemente en el ámbito doctrinal para identificar a la víctima o a aquella persona sobre la cual recayó la acción típica, como por ej. sujeto pasivo del delito, persona directamente ofendida por el delito, particular damnificado,

etc., pueden, en algunas hipótesis, resultar equivalentes, es decir, coincidir entre ellas en la misma persona, lo cierto es que se trata de un concepto normativizado en la ley procesal que utiliza un vocablo más abarcativo, o más expresivo, para definir a la víctima, pues comprende no sólo a la persona física, sino también a las personas colectivas y a los pueblos originarios (art. 78), muy similar al concepto que nos suministra Naciones Unidas: “se entenderá por víctimas a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, incluidos lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los estados miembro, incluida la que proscribe el abuso de poder” (VII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y Tratamiento al Delincuente, Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de delitos y del abuso de poder, Asamblea General, Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985).

La facultad de conversión de la acción se viabiliza en los siguientes casos: a. si se aplicara un criterio de oportunidad; b. si el Ministerio Público Fiscal solicitara el sobreseimiento al momento de la conclusión de la investigación preparatoria; c. si se tratara de un delito que requiera instancia de parte, o de lesiones culposas, siempre que el representante del Ministerio Público Fiscal lo autorice y no exista un interés público gravemente comprometido. Veamos, entonces, estas situaciones específicas.

a) **Criterios de oportunidad.** La facultad de conversión de la acción penal pública en acción privada se activa cuando fuere de aplicación un criterio de oportunidad, vale decir, algunas de las fórmulas alternativas que están establecidas en el art. 31, y cuyo comentario hemos realizado precedentemente.

b) **Sobreseimiento requerido por el Fiscal.** Si el Ministerio Público Fiscal solicitara el sobreseimiento del imputado al momento de la conclusión de la

**REGLAS DE DISPONIBILIDAD Y CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN EL NUEVO CÓDIGO
PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA**

investigación preparatoria -que es el momento en que declara cerrada la pesquisa y debe formular acusación o requerir el sobreseimiento (art. 235)-, la víctima puede poner en marcha el mecanismo de conversión de la acción penal, en los términos y condiciones más arriba explicados.

c) **Instancia privada y lesiones culposas.** La conversión de la acción penal también se puede viabilizar si se tratara de un delito que requiera instancia de parte, o de lesiones culposas, siempre que el representante del Ministerio Público Fiscal lo autorice y no exista un interés público gravemente comprometido. La regla abarca los casos de delitos previstos en el art. 72 del Código penal, cuyo texto deja al arbitrio de la persona ofendida la promoción de la instancia de persecución penal, no el ejercicio de la acción misma, pues sigue siendo pública. La ley condiciona el impulso procesal a la propia voluntad del ofendido o de sus representantes legales, salvo que el delito haya sido cometido contra un menor que no tenga padres, tutor o guardador o cometido por alguno de estos en perjuicio de aquél, en cuyo caso, la acción penal deberá promoverse de oficio. Sin embargo, la norma condiciona la conversión de la acción penal pública en estos casos, a la previa autorización del Ministerio Público Fiscal, por un lado, y por el otro a que no medie un interés público gravemente comprometido.

d) **Consentimiento.** La norma establece que, en todos los casos, si existe pluralidad de víctimas, será necesario el consentimiento de todas, aunque sólo una haya ejercido la querrela. La conformidad de todas las víctimas del delito está vinculada a la facultad de conversión de la acción penal pública en privada, no a la constitución de parte querellante, que es una facultad que puede ser asumida en el proceso por una sola de ellas, en los términos del art. 279.

7. CONCILIACIÓN

Todo delito implica un conflicto en sí mismo, cuya génesis se encuentra, a su vez, en un conflicto que puede ser de carácter social o individual. De allí que el Derecho penal sea un sistema normativizado de control social formal, que sólo se legitima cuando fracasan los mecanismos primarios de autoprotección que posee todo orden social (García-Pablos De Molina). El derecho penal es la última ratio. Antes que recurrir a él, la sociedad puede acudir a herramientas alternativas de solución de conflictos, que siempre operan con mayor o menor autonomía y eficacia, pero no para remplazarlo sino para complementarlo en el abordaje de la criminalidad. Se trata, en definitiva, de una sustitución de la justicia retributiva por la justicia restaurativa.

Mucho se ha escrito sobre la justicia restaurativa y son variadas las definiciones que se han intentado doctrinariamente, circunstancia que conspira, ciertamente, en la idea de brindar un concepto unívoco, universalmente válido y que satisfaga todas las pretensiones. De allí, que nos haya parecido más conveniente quedarnos con la definición que propone el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, que la define como "cualquier proceso en el que la víctima y el delincuente y, si fuera procedente, cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectados por el delito, participan juntos y activamente en la resolución de las cuestiones generadas por el delito, generalmente con ayuda de un facilitador. Los procesos restaurativos pueden incluir mediación, conciliación, conferencias y círculos de sentencia (ONU, Res. 2000/14)".

En el ámbito doctrinario se entiende la justicia restaurativa como “la filosofía y el método de resolver los conflictos penales que atienden prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social, mediante el diálogo comunitario y el encuentro personal entre los directamente afectados, con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por los mismos,

**REGLAS DE DISPONIBILIDAD Y CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN EL NUEVO CÓDIGO
PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA**

devolviéndoles una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito” (Martínez Escamilla). Uno de los instrumentos de que se sirve la justicia restaurativa para resolver el conflicto intersubjetivo que plantea el delito es, precisamente, la *conciliación*.

El art. 34 del nuevo Código procesal establece que *“Sin perjuicio de las facultades conferidas a los jueces y representantes del Ministerio Público Fiscal en el artículo 22, el imputado y la víctima pueden realizar acuerdos conciliatorios en los casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte. El acuerdo se presentará ante el juez para su homologación, si correspondiere, en audiencia con la presencia de todas las partes. La acreditación del cumplimiento del acuerdo extingue la acción penal; hasta tanto no se acredite dicho cumplimiento, el legajo debe ser reservado. Ante el incumplimiento de lo acordado, la víctima o el representante del Ministerio Público Fiscal podrán solicitar la reapertura de la investigación”*.

Este artículo –como se puede apreciar-, posibilita arribar a un acuerdo conciliatorio entre el imputado y la víctima, pero condicionándolo a un doble orden de limitaciones: uno, sólo podrá formularse un acuerdo entre las partes involucradas en el conflicto, siempre que la judicatura o el Ministerio Público Fiscal no lo resuelvan (o intenten hacerlo) del modo más conveniente para arribar a una solución que mejor se adecue al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social (art. 22); y dos, sólo podrá ponerse en práctica el acuerdo conciliatorio únicamente en los casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las

personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte.

La norma alude a “delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas”, habiendo querido referirse –según nos parece- a los delitos contra la propiedad previstos en el Capítulo V, del Título VI, del Código penal, pero es el caso que en el digesto punitivo existen muchos otros delitos con contenido patrimonial que no se encuentran tipificados en el referido Título, sino en otros (sin mencionar algunos previstos en leyes especiales), por ejemplo los delitos cometidos mediante cheques (art. 302 CP) o algunos delitos contra la administración pública o contra el orden económico y financiero que, sin que la propiedad como bien jurídico penal sufra algún menoscabo, en cambio sí tienen un contenido patrimonial (por ej. cohecho, algunas formas de encubrimiento, lavado de dinero, etc.).

Creemos que la normativa debe ser interpretada en sentido amplio (ya que ésta parece ser la *ratio legis*), comprensiva de “todos” los delitos que posean un contenido patrimonial o económico y no únicamente aquellos que se encuentran tipificados en el Título VI, Libro II, del Código penal. Ello así, por cuanto si el legislador hubiera querido limitar el acuerdo conciliatorio a los delitos contra la propiedad, lo hubiera dicho en forma expresa, de lo cual surge que la voluntad legislativa ha sido otra, abarcativa de todos los delitos que tengan un contenido patrimonial o económico. Por lo tanto, quedan comprendidos en la disposición los delitos de hurto simple (art. 162 CP) y agravados (art. 163 CP), robo con fuerza en las cosas (art. 164 CP), robos agravados cometidos con fuerza en las cosas (art. 167 CP), abigeato (art. 167 ter CP), abigeato agravado (art. 167 quater CP), estafa (art. 172 CP), estafas especiales (art. 173 CP), estafas agravadas (art. 174 CP), estafas atenuadas (art. 175 CP), usura (art. 175 bis CP), quebrados y otros deudores punibles (Cap. V, Tít. VI, arts. 176/180 CP), usurpación por

**REGLAS DE DISPONIBILIDAD Y CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN EL NUEVO CÓDIGO
PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA**

despojo, mediante engaño, abuso de confianza o clandestinidad (art. 181.1 CP), destrucción o alteración de términos o límites de un inmueble (art. 181.2 CP), usurpación de aguas (art. 182 CP), daños (arts. 183 y 184 CP), cohecho activo y pasivo (art. 256 y 256 bis CP), cohecho agravado (art. 257 CP), soborno internacional (art. 258 bis CP), admisión de dádivas (art. 259 CP), malversación de caudales públicos – concusión- (art. 261 CP), negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública (art. 265 CP), utilización de informaciones o datos reservados (art. 268.1. CP), enriquecimiento ilícito (art. 268.2 CP), encubrimiento (art. 277.1.c, 3.b, CP), delitos cometidos mediante cheques (art. 302 CP), lavado de dinero (art. 303.1; 3, CP), lesiones culposas (art. 94 CP), incendio o estrago culposo (art. 189 CP), descarrilamiento, naufragio o accidente culposo (art. 196 CP), envenenamiento o adulteración de aguas, sustancias medicinales o alimenticias (art. 203 CP), suministro de sustancias medicinales no correspondiente a la receta médica, etc. (art. 204 bis CP), venta de sustancias medicinales sin autorización (art. 204 quinqués), curanderismo (art. 208).

Con arreglo al texto legal, el acuerdo entre la víctima y el imputado debe ser presentado ante el juez para su homologación, si correspondiere, en una audiencia fijada a tales fines, en la que deberán estar presentes todas las partes. La acreditación del cumplimiento del acuerdo extingue la acción penal (art. 59.6 CP, Ley 27.147); pero, hasta tanto no se acredite, esto es, no se aporte la prueba que abone el cumplimiento del acuerdo, el legajo deberá permanecer reservado. Ante el incumplimiento de lo acordado, la víctima o el representante del Ministerio Público Fiscal podrán solicitar la reapertura de la investigación.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Balcarce F. y Arocena G. (2004). *El mal llamado 'Principio de oportunidad', relaciones potestativas entre Nación y Provincias. Interpretación del art. 71 del C.P. Las nuevas propuestas respecto a la disponibilidad de la acción penal pública y el cuento de la buena pipa, Análisis penal procesal*, Cuyo, Mendoza. Ed. Ediciones Jurídicas.
- Buompadre J. E. (2013). *Violencia de género, Femicidio y Derecho penal*, Córdoba, Alveroni.
- Cafferata Nores J. I. (2005). *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, (3ra. ed.), Editores del Puerto.
- García-Pablosde Molina A. (2009). *Derecho penal, parte general, Fundamentos*, Lima, Perú, Ed. Universitaria Ramón Areces-Jurista Editores.
- García-Pablosde Molina A. (1995). *Derecho penal, Introducción*, Madrid, España, Universidad Complutense.
- García V. E. (2000). *La insignificancia en derecho penal. Los delitos de bagatela: dogmática, política criminal y regulación procesal del principio*, Buenos Aires, Argentina, Hammurabi.
- Luzón Peña D. M. (1996). *Curso de Derecho penal, parte general, I*, Madrid, España, Ed. Universitas S.A.
- Martínez Escamilla M. (2008) *Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)*, disponible en eprints.ucm.es/16592/1/T33979.pdf.
- Rodríguez Montañés T. (2004) *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores.
- Vitale G. (1998) "Estado constitucional de Derecho y Derecho Penal" en *Teorías actuales al Derecho Penal*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc.

**REGLAS DE DISPONIBILIDAD Y CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN EL NUEVO CÓDIGO
PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA**

Zaffaroni E. R., Alagia A., Slokar A. (2000)*Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Ediar.