

PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE OPORTUNIDAD. JUSTICIA PUNITIVA. JUSTICIA RESTAURATIVA. COMENTARIO CON MOTIVO DE LA LEY N° 27147

Rafael Escarlón¹

1. Principio de legalidad procesal

El principio de legalidad procesal ha sido definido doctrinariamente como *la automática e inevitable reacción del Estado, a través de sus órganos públicos predispuestos (Policía, Ministerio Público Fiscal) que, frente a la hipótesis de comisión de un hecho delictivo de acción pública se presenta ante los órganos jurisdiccionales reclamando o realizando la investigación, el juzgamiento y si corresponde el castigo del delito que se hubiere podido comprobar.*²

Dogmáticamente, su fuente se encuentra en el texto original del art. 71 del Código Penal, conforme al cual deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, salvo las de instancia privada y las acciones privadas. Como la iniciación de oficio sólo es posible mediante la actuación de órganos estatales creados al efecto, las legislaciones procesales la imponen como un deber a dicho órganos. Esta obligación se refuerza con la figura del art. 274 del Código Penal, que reprime la conducta del funcionario que debiendo realizar la persecución y represión de los delincuentes, omitiere hacerlo. El fundamento del principio de legalidad procesal finca en la necesidad de que ningún delito quede sin juzgamiento y castigo. Los Códigos Procesales Penales lo recogen con una fórmula más precisa. Por ejemplo, el Código Procesal Penal de la Nación que todavía se aplica (Ley N° 23984), en su art. 5 reza:

¹ Profesor Adjunto de Derecho Procesal Penal a cargo de la Cát. "B". Facultad de Derecho, C.S. y Políticas (U.N.N.E).

² Cafferata Nores, José. Aproximaciones a un nuevo modelo de proceso penal. Edit. Mediterránea, Córdoba, 2010, pág. 38, not. 15.

La acción penal pública se ejercerá por el ministerio fiscal, el que deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos previstos en la ley.

De tal modo que le está vedado al citado órgano público *disponer* del ejercicio de la acción. Si bien su fundamento inicial fue la idea de retribución como razón de la pena, modernamente se esgrimen también otros motivos para justificarlo. Al respecto señala Roxin:

*El principio de legalidad responde a la idea de retribución (...) según la cual el Estado, para la realización de la justicia absoluta, tiene que castigar sin excepción toda violación a la ley penal. Con la sustitución de las teorías absolutas de la pena por justificaciones preventivas generales y especiales, que vinculan el castigo con la necesidad social y a su conveniencia, el principio de legalidad ha perdido, en parte, su base teórica primitiva. No obstante, en la actualidad no ha sido dejado de lado; pues la democracia, el Estado de Derecho, el principio de certeza (art. 103, II, GG) y también el principio de igualdad (art. 3, GG) exigen que el legislador determine por sí mismo, de un modo general, los presupuestos de la sanción del Derecho Penal y que no deje a cargo de la autoridades de la persecución penal la decisión de quien debe ser castigado en el caso concreto.*³

El principio de oportunidad, también llamado de discrecionalidad, en cambio, deja en manos del órgano público de la acción, la promoción y la prosecución, suspensión y cancelación, temporal o definitiva de la misma, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar, según lo señala el propio Roxin.⁴ Existen dos modalidades de este principio: una amplia, propia del derecho anglosajón (ej. Estados Unidos), en la que opera como regla, y otra

³ Roxin, Claus. Derecho Procesal Penal. Edit. Del Puerto. Bs.As., 2000, pág. 89

⁴ Op... cit. pág. 89., textualmente: "...se autoriza a la fiscalía a decidir entre la formulación de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aun cuando las investigaciones conducen, con probabilidad rayana en la certeza, al resultado de que el imputado ha cometido un hecho punible".

acotada o limitada (ej. Alemania), de acuerdo con la cual el mismo actúa como excepción al principio de legalidad en algunos casos previstos en forma genérica en la legislación procesal, en los que se faculta al actor penal público a prescindir del ejercicio de la misma. Son los llamados “criterios de oportunidad”, cuya fundamento reside en motivos de política criminal y procesal. Una y otra forma responden a las diferentes tradiciones que tuvo el derecho procesal en la Inglaterra insular y en el continente Europeo, respectivamente.⁵

2. Evolución en Argentina

En mi opinión, en nuestro país se pueden marcar cuatro etapas en la evolución del principio de legalidad procesal. En la primera, el principio se aplicó – mejor sería que se intentó aplicar– según la formulación establecida en el Código Penal y en los códigos procesales penales, esto es sin excepciones, salvo las taxativamente previstas en los códigos procesales (v. gr. prejudicialidad penal y civil, arts. 9 y 10 Código Procesal Penal de la Provincia de Corrientes y arts. 10 y 11 Código Procesal Penal de Chaco). No se pensó ni se previeron concesiones al principio de oportunidad. Este sistema rigió, sin cuestionamientos doctrinarios, hasta la década de los setenta del siglo XX. Pero la experiencia iba a demostrar que, en múltiples situaciones su cumplimiento resultaba más teórico que práctico, y en otros que razones de política criminal y procesal, aconsejaban apartarse del mismo en determinados supuestos.⁶ En un segundo período, que podemos situar entre las décadas de los setenta y ochenta del siglo pasado, la doctrina llamó la atención sobre la “crisis del principio de legalidad”.

En efecto, estudios empíricos demostraron que existía una “cifra negra”, que ponía de manifiesto la ineficacia real del aludido principio, tal como venía legislado, puesto que muchos hechos delictivos no ingresaban al sistema penal (policía, juzgados, fiscalías) y de los que lograban hacerlo, sólo algunos, llegaban a juicio, produciéndose una paralización o suspensión, *de hecho*, de la acción penal, fenómeno que se explica, entre otras razones, porque el sistema no

⁵ Confr. Maier, Julio. Derecho Procesal Penal. I Fundamentos. Editores del Puerto S.R.L., Bs. As., 2004, pag. 836/841

⁶ Maier, op cit. pag. 837/841

era —ni es— lo suficientemente eficiente para procesar todos los casos. Además, aparecieron en el horizonte penal nuevas perspectivas, como el minimalismo penal o derecho penal de mínima incidencia, variaron los fines de política criminal, la que centrará su objetivo en lograr efectividad en la lucha contra la gran criminalidad (ej. tráfico de estupefacientes, evasión tributaria, etc.) y por ende la necesidad de racionalizar los gastos de la Justicia, evitando dispendios en los casos o hechos de criminalidad leve y mediana, orientando sus esfuerzos hacia la criminalidad a gran escala, pública y privada y/o pública-privada, como así también evitar la estigmatización que implica la prisionización, en especial de los sectores socialmente vulnerables. Al tiempo emerge en el escenario penal un sujeto “olvidado” por el derecho penal liberal: la víctima, surgiendo una nueva disciplina que se ocupa de sus intereses: la victimología.

Resulta digno mencionar el Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación, elaborado por el Dr. Julio B. J. Maier, en 1987, cuyo artículo 230 previó la aplicación de criterios de oportunidad, aun cuando no los definió, remitiéndose a los casos en los que la ley penal los estableciera. De igual forma fue prevista la suspensión del juicio a prueba.⁷ Como resultado de este movimiento de ideas, se introducen, por vía del Derecho Penal sustantivo, las siguientes figuras: Ley N° 23737 (Estupefacientes):

- a) Medidas terapéuticas y/o educativas: el art. 17 en relación al art. 14 2do.párr, previó, en los casos de tenencia para uso personal, que si durante el juicio se acreditara la dependencia física o psíquica de estupefacientes, el juez podía dejar la pena en suspenso y someter al imputado a una medida de seguridad curativa para su desintoxicación, y eventualmente eximirlo de pena si el resultado fuere satisfactorio. El art. 18, en relación al 14, 2do. párr., contempló para los mismos casos un tratamiento curativo, si durante el sumario se acreditase dicho extremo y el imputado lo consintiere, suspendiéndose el sumario. El fundamento de esto radica en que el adicto no debe ser tratado como un infractor a la ley sino un sujeto que padece una anomalía análoga a una persona enferma. El art. 21: prevé una medida curativa para el principiante no adicto.

⁷ Véase el texto del proyecto en Cuadernos de la Revista Doctrina Penal. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987, pag. 734

- b) La figura del arrepentido: fue introducida en el año 1995 (art. 29 ter), por motivos de política criminal, previéndose una reducción o eximición de penas, antes o durante el proceso.
- c) Suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis original y sgtes. del Código Penal), en el cual el consentimiento del Ministerio Público Fiscal resulta determinante para la concesión del beneficio. Esta normativa creó una nueva causa de extinción de la acción penal, ampliando así el catálogo del art. 59, pese a que la misma no fue insertada en esta última norma (ver art. 76 ter, 4ta.part.). Sobre el particular señala Perel:
Asimismo, la incorporación del art. 76 bis y sgtes. del Código Penal introdujo el mecanismo de suspensión del proceso a prueba, que no es más que un supuesto en el que la propia ley sustantiva autoriza el cese temporal de la persecución penal, a cambio del imputado de someterse a ciertas reglas que cumplidas permitirán la extinción de la acción sin la imposición de pena. Este instituto produjo, en pocas palabras, una fisura en la vigencia indiscutida del principio de legalidad procesal, que al menos, en su formulación tradicional impide al titular de la acción suspender, interrumpir o hacer cesar su ejercicio.⁸

El tercer período corresponde a la incorporación de “criterios de oportunidad” y de medios alternativos de resolución de conflictos, como la mediación y la conciliación, en los Códigos Procesales Penales de algunas provincias, entre las que se cuentan Mendoza, Provincia de Bs. As., E. Ríos, Río Negro, Chubut, Santiago del Estero, Santa Fe, Chaco y la Ciudad de Buenos Aires. La introducción por parte de las provincias de estas figuras, generó un debate que nunca llegó del todo a saldarse, acerca de la constitucionalidad de dichas normas en los códigos y/o leyes procesales de provincia que legislaron tales figuras, ya que tradicionalmente se consideró que la regulación de todo lo concerniente a las acciones penales, concernía al derecho penal sustantivo, y por ende sólo el Congreso podía legislar al respecto a través del Código Penal.⁹

⁸ Perel Martín G, Mediación penal en la ciudad de Buenos Aires, en Derecho Penal. Año 1, N° 1, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Presidencia de la Nación. Infojus, 2012, pág.174.

⁹ Una interesante reflexión sobre este debate puede verse en Zaffaroni, Eugenio, Alagia Alejandro, Slokar Alejandro. Derecho Penal. P. Gral. Ediar, Buenos Aires, 2000, pags.157/162).

Lo cierto es que, ante la inacción del Congreso en legislar sobre estos tópicos, como lo señalé anteriormente varias Provincias y también la Ciudad de Buenos Aires, dieron un paso adelante, creando y regulando las figuras que me ocupan. Así, el nuevo Código Procesal Penal de Santa Fe (Ley N° 12834), en su art. 19 introdujo el principio de oportunidad y métodos alternativos de resolución de conflictos. Asimismo el Código Procesal Penal de la Provincia de Chaco (Ley N° 4538 y sus modificatorias), legisla también sobre los mismos temas. Cabe señalar que el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, de reciente promulgación (Ley N° 27063. B.O.10/12/14), prevé también todos estos nuevos institutos. Vale aclarar, que, en todos los casos, la orientación ha sido la de adoptar el principio de oportunidad, como excepción al de legalidad procesal, esto es establecer criterios de oportunidad, acorde con la idea de oportunidad reglada como también se lo denomina, para diferenciarlo del principio de oportunidad libre, al cual ya me he referido. ¿Cuál es el fundamento de los llamados criterios de oportunidad? Se trata de instrumentos de política criminal y procesal, basado en los fines preventivos generales y especiales de la pena: ej. Propósitos político criminales como también de practicidad y utilidad. Por ejemplo, los casos de menor cuantía (delitos de *bagatella*), procurando descongestionar el recargado aparato judicial, dirigiendo el proceso hacia la investigación de delitos graves, reducir y hasta eximir de pena algunos delitos o la participación de algunos imputados en su comisión cuando ello permita el esclarecimiento y juzgamiento de delitos graves o muy graves o el desbaratamiento de organizaciones criminales (Ej. figura del arrepentido. Art. 29 ter ley 23737). También se contemplan fines de resocialización del autor (medidas curativas o terapéuticas para el consumidor adicto a estupefacientes. Art. 17, 18 19 de la Ley N° 23737). Se legisla sobre la suspensión del juicio a prueba (antiguo art. 76 bis hoy art. 76 y ss. CP) como sobre la pérdida del interés en punir o aplicar una pena en caso, por ejemplo cuando el delito en sí mismo o por sus consecuencias causa un mayor daño que la pena. Es así como el digesto procesal santafesino receptó (art. 19), como *criterios de oportunidad*, en los que el Ministerio Fiscal podrá no promover o prescindir total o parcialmente, de la acción penal, los siguientes casos:

- 1) Cuando el código penal o las leyes penales especiales lo establezcan o permitan al tribunal prescindir de la pena.
- 2) Cuando se trate de hechos que por su insignificancia no afecten gravemente el interés público, salvo que fuesen cometidos por un funcionario público en el ejercicio o en razón de su cargo.

- 3) Cuando las consecuencias del hecho sufridas por el imputado sean de tal gravedad que tornen innecesaria o desproporcionada la aplicación de una pena, salvo que mediaren razones de seguridad o interés público.
- 4) Cuando la pena en expectativa carezca de importancia con relación a la pena ya impuesta por otros hechos.
- 5) 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, salvo que existan razones de seguridad, interés público o se encuentre comprometido el interés de un menor de edad.
- 6) Cuando exista conciliación entre los interesados y el imputado, en los delitos culposos, lesiones leves, amenazas y/o violación de domicilio, salvo que existan razones de seguridad, interés público o se encuentre comprometido el interés de un menor de edad.
- 7) 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 supuestos de los incisos 2, 3 y 6 es necesario que el imputado haya reparado los daños y perjuicios ocasionados, en la medida de lo posible, o firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido, o afianzado suficientemente la reparación”. Por su parte, el Código Procesal Penal del Chaco (Ley N° 4535 texto actualizado según ley N° 7143), contiene la siguiente norma: art. 6 bis –denominado Reglas de disponibilidad. Criterio de oportunidad– regula tanto criterios de oportunidad en sentido estricto (inc.1 y 2) como previsiones sobre resolución alternativa de disputas. La norma en cuestión reza:

El Ministerio Público Fiscal podrá abstenerse de ejercer la acción penal pública, desistir de la ya iniciada o limitarla a algunas de las personas que intervinieron en el hecho, en los siguientes casos: 1. Siempre que no medie condena anterior por delito doloso, cuando se trate de un hecho que por su insignificancia, por lo exiguo de la contribución del partícipe o por su mínima culpabilidad, no afecte mayormente el interés público. 2. En los delitos culposos, cuando el imputado haya sufrido un daño físico o moral grave que torne innecesaria y

desproporcionada la aplicación de una pena. 3. Cuando se emplee cualquier sistema alternativo para la solución del conflicto previsto en la presente ley, en la ley 4989, o en otras leyes especiales dictadas a tal efecto o la víctima exprese desinterés en la persecución penal; salvo cuando esté comprometido el interés de un menor de edad, víctima del hecho o de víctima de violencia de género. Para su aplicación se considerará especialmente la composición con la víctima, reparando el daño.

El Ministerio Público Fiscal no podrá prescindir total ni parcialmente del ejercicio de la acción penal cuando el imputado sea funcionario público y se le atribuya un delito cometido en el ejercicio o en razón de su cargo. La Ley N° 4989 mencionada en el texto es la Ley de Mediación Penal del Chaco, cuya promulgación data del 14/1/02. A su vez, con posterioridad se incorporó al código la figura de la Conciliación (art. 417 bis), la cual textualmente expresa: Las partes podrán arribar a conciliación en los delitos culposos, en los de acción pública dependientes de instancia privada y en los que admitan la suspensión condicional del proceso o la pena, siempre que tengan contenido patrimonial. En estos casos, la reparación integral y suficiente del imputado podrá ser aceptada por el juez, cuando la víctima no tenga un motivo razonable para oponerse, excluyéndose los delitos con grave violencia o intimidación sobre las personas; aquellos que tengan su origen en situaciones de violencia de género o domésticas y todos los que impliquen un delito contra la integridad sexual en cualquiera de sus formas. Cumplimiento del acuerdo: cuando se produzca el acuerdo de las partes, el órgano judicial lo homologará, a menos que tenga fundados motivos para estimar que ellas no se encontraban en igualdad de condiciones para negociar o que alguna ha actuado bajo coacción o amenazas. El imputado deberá cumplir las obligaciones asumidas dentro del término de un año, plazo durante el cual se suspenderá el curso de la prescripción.

Esta norma es pasible, a mi juicio de por lo menos dos observaciones. La primera que incurre en el error de regular en forma conjunta, confundíéndolas, dos modalidades diferentes de resolución alternativa: la conciliación y la repa-

ración. La conciliación es obra exclusiva de las partes, quienes, con la ayuda de un facilitador ajeno o neutral al conflicto, llegan a un acuerdo, que, lógicamente incluirá la reparación a la víctima. La reparación, en cambio, se origina en el imputado u ofensor y queda sujeta a la evaluación del juez, quien escucha a la víctima. El Proyecto de Código Procesal para la provincia de Corrientes, aprobado por el Senado el 10 de abril de 2014 (Despacho N° 22. Expte. N° 5001/14), las distingue claramente. Art. 76 Conciliación y Reparación:

Las partes podrán, en el mismo plazo previsto en el artículo anterior, arribar a conciliación en los delitos con contenido patrimonial cometidos sin fuerza en las cosas, violencia física o intimidación sobre las personas, en los delitos de lesiones leves o en los delitos culposos. La conciliación no procederá en los casos de delitos que exijan para su realización la calidad de funcionario público como sujeto activo.

Art. 68 Reparación.

En los mismos casos y plazo en los que procede la conciliación, el ofrecimiento de reparación del daño en la medida de lo posible, realizado por el imputado, podrá ser aceptado por el juez cuando la víctima no tenga un motivo razonable para oponerse y el Ministerio Público Fiscal no invocare razones justificadas de interés público prevalente en la persecución.

La distinción entre una y otra figura salta a la vista. Empleando una técnica depurada, el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (Ley N° 27063), regula la conciliación del siguiente modo: Art. 34:

Sin perjuicio de las facultades conferidas a los jueces y representantes del Ministerio Público Fiscal en el art. 22, el imputado y la víctima pueden realizar acuerdos conciliatorios en los casos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado muerte. El Acuerdo se presentará ante el juez para su homologación, si correspondiere, en audiencia con la presencia de todas las partes.

Hallo también cuestionable en la norma del código chaqueño la sobrecarga de protección, para excluir de la conciliación y de la reparación, “todos

los casos que impliquen un delito contra la integridad sexual en cualquiera de sus formas". Piénsese, por ejemplo, en un abuso sexual simple (art. 119 primera parte C.P.), de mínima entidad, cometido en perjuicio de una persona mayor de edad, inducido por ésta, respecto del cual el ofensor manifiesta un genuino arrepentimiento admitiendo la víctima la situación y su intención de conciliar. ¿No se incursiona aquí en un excesivo paternalismo estatal al prohibir el acuerdo conciliatorio entre las partes? A modo de comentario: ni el código santafesino ni el nuevo código procesal de la nación contienen una previsión de este tipo.

En la cuarta etapa son incorporados al derecho penal sustantivo "criterios de oportunidad" y métodos de resolución alternativa de conflictos. Es la etapa que comenzamos a transitar a partir de la promulgación, en fecha muy reciente, de la Ley N° 27.147 (B.O. 18/6/15)

El art. 1 de esta ley, agrega a las causales de extinción de la acción penal del art. 59, las siguientes:

- 5) Por aplicación de un criterio de oportunidad, *de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes.*
- 6) Por conciliación o reparación integral del perjuicio, *de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes.*
- 7) Por el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba, *de conformidad con lo previsto en este código y en las leyes procesales correspondientes.*

El art. 2 reforma el art. 71 de la siguiente forma:

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

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

Por último el art. 3, sin alterar la enumeración de las acciones penales privadas del art. 73, adiciona a éste un último párrafo, conforme al cual son también acciones privadas las que *de conformidad con lo dispuesto en las legislaciones procesales correspondientes* surgen de la conversión de la acción pública en privada o de la prosecución de la acción penal por

parte de la víctima, la cual no resulta de aceptación pacífica.¹⁰ Acerca de la misma afirma Pastor:

*Esta solución es pésima. Contradice todas las nociones de derecho penal mínimo, moderado, humanista, subsidiario, de última ratio. Esas características básicas del derecho penal gritan que si algo no debe haber es delitos de acción privada. ¿A quién se le ocurre punir hechos de nula gravedad, que no despiertan interés público alguno y que están ya bien atendidos en otras ramas del ordenamiento jurídico? Una política criminal decente debería abolir del Código Penal los delitos de acción privada. En lugar, este Código Procesal los multiplica como si fueran panes y peces.*¹¹

Prosiguiendo con el análisis de la reforma, cabe expresar que la reformulación del citado art. 71, en concordancia con las causales de extinción de la acción penal agregadas al art. 59 y la conversión de la acción pública en privada, agregada al art. 73, constituye una modificación esencial cuyo efecto es la relativización o morigeración del principio de legalidad procesal.

De lo expuesto surge que el principio de oportunidad, es regulado como excepción al de legalidad procesal, bajo la forma de criterios de oportunidad, y que, por lo tanto, continúa siendo la regla en el derecho argentino. Otra consecuencia es que al quedar incorporados a la legislación penal sustantiva los criterios de oportunidad, como así también, las formas alternativas de resolución de conflictos, el debate acerca de si las provincias tienen o no atribuciones para legislar sobre estos temas, se ha tornado abstracta y carente de interés.

A partir de ahora, no podrá discutirse la incorporación y regulación de tales figuras en los códigos procesales penales provinciales. Pero, como lo esbocé anteriormente, la legislación sustantiva, tal como se desprende de las normas modificadas, se limita a crear o reconocer, nuevas causales de extinción de la acción penal, dejando su determinación, regulación y las condiciones, forma y el procedimiento para instrumentarlas, a los códigos y leyes procesales, para lo

¹⁰ Las cursivas me pertenecen.

¹¹ Pastor Daniel R. Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico. Hammurabi. J.L. Depalma Editor. Bs. As. 2015, pag. 30). Jauchen Eduardo. Tratado de Derecho Procesal Penal. T I. Rubinzal Culzoni Edit. Bs.As. -S. Fe, 2013 pag.670/74.

cual utiliza en todos los casos la fórmula “de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes”, según lo destacué anteriormente.

Con ello, ha quedado en manos de las legislaturas provinciales y la de la ciudad de Buenos Aires y el propio Congreso, a través del nuevo Código Procesal Penal de la Nación, la elección de los casos en los que se puede aplicar un criterio de oportunidad, las modalidades y condiciones de la conciliación y la reparación del perjuicio causado a la víctima, poniendo sólo como condición que ésta debe ser integral, con lo cual marca una clara diferencia con la reparación prevista para la suspensión del juicio a prueba, en la que el imputado debe ofrecer hacerse cargo del daño, “en la medida de lo posible”.

¿Por qué el Congreso no estableció criterios de oportunidad, válidos para todo el país, tal como lo pensó y escribió Maier en su proyecto de 1987? La discusión parlamentaria no arroja luz sobre ello. Por otra parte, la introducción, como nueva causal de extinción de la acción penal, de la conciliación y reparación integral del perjuicio (art. 59 inc.6), otorga bautismo legislativo a la llamada “justicia restaurativa” o “justicia reparadora” que, a partir de ahora va a coexistir con el modelo de justicia punitiva. De lo expuesto surge que el principio de oportunidad, es regulado como excepción al de legalidad, bajo la forma de criterios de oportunidad, el cual continúa, no obstante, siendo la regla.

Sin embargo, el Congreso, no se ha expedido sobre una cuestión que en el futuro demandará atención. Se trata de si las legislaturas provinciales pueden establecer, sin transgredir la Constitución Nacional, establecer como causal de extinción de la acción penal, el vencimiento de plazos asignados para algunas etapas del proceso. Por ejemplo, el art. 261 del Proyecto de Código Procesal Penal para la Provincia de Corrientes antes citado, dispone que la Investigación Preparatoria tendrá una duración máxima de seis meses desde su apertura, y que “transcurrido ese plazo *se producirá la extinción de la acción penal* y deberá dictarse el sobreseimiento del imputado”.

3. ¿Justicia punitiva vs. justicia restauradora?

El Derecho Penal liberal clásico pensó al delito —y lo sigue pensando— como la infracción a una norma o mandato legal, seguido de o por la imposición

de una sanción, la pena estatal.¹² El acento está puesto en la infracción, no en el conflicto entre el autor y la víctima que padece el daño causado a ésta por delito, cuyos intereses quedan de lado, o aparecen como algo secundario. El Estado persigue, a través de los llamados órganos públicos predispuestos, como fin principal y excluyente, la “verdad real” y realización de la pretensión punitiva, que consiste en lograr el juicio y la condena del presunto autor del hecho delictivo. De este modo –señala Bovino– la intervención del derecho penal redefine un conflicto entre dos individuos –autor y víctima– como un conflicto entre uno de esos individuos (el autor) y el Estado.¹³

*La decisión por la persecución de oficio de los delitos implica que esta es promovida por órganos del Estado. El interés público ante la gravedad del hecho y el temor a la venganza privada justificaron históricamente esta intervención. La consideración del hecho punible como hecho que presenta algo más que el daño concreto ocasionado a la víctima justifica la decisión de castigar y la necesidad de que sea un órgano estatal quien lleve adelante la persecución penal. Un conflicto entre particulares se redefine como conflicto entre autor del hecho y sociedad o, dicho de otro modo, entre autor del hecho y el Estado. De este modo se expropia el conflicto que pertenece a la víctima.*¹⁴

Por ello este modelo es llamado “Justicia Punitiva”. La Justicia Restaurativa o Reparadora, por el contrario, parece estar en las antípodas del punitivismo. Refiriéndose a la misma, el profesor Maier enseña:

Reparación es, básicamente, deshacer la obra antijurídica llevada a cabo y, para ello, colocar al mundo en la posición que tenía antes de comenzar el hecho punible o en la posición a la que debía arribar, conforme a las previsiones del legislador, al mandar la realización obligatoria de una acción o al prohibir la realización de otra.

¹² Zielinsky Diethart: “Ilícito es el acto final contrario al deber y sólo él”, cit. por Sancinetti Marcelo, en Teoría del Delito y Disvalor de Acción. Hammurabi, B s. As., 1991, pag. 3.

¹³ Bovino, Alberto. Problemas del derecho procesal penal contemporáneo. Edit. Del Puerto SRL, Buenos Aires, 2006, pag.96).

¹⁴ Autor y op cit. cit. pág. 91.

Esta reparación natural (ideal) a veces es imposible (ej. la vida no se puede reponer). Para ello en numerosas oportunidades, sólo se trata de sustitutos de la reparación, de los cuales el más conocido es la compensación por resarcimiento económico o indemnización patrimonial.

Existen sin embargo, otros sustitutos, más alejados del concepto originario: a la víctima y al agente inclusive, puede convenirles que la satisfacción de su interés se cumpla mediante una prestación del todo alejada del daño original (...). Pero es posible también pensar en términos de la reparación en el interés social dañado, interés que aparece nítido en algunos hechos punibles, aquellos que lesionan bienes jurídicos colectivos y en su reparación por medio de una acción que procure la restitución al estado deseado, de una suma de dinero con el mismo destino o de otra acción que mejore los establecimientos de bien común, como el trabajo en interés de la comunidad.¹⁵

La justicia reparadora o restaurativa, en vez de centrar la cuestión entre el Estado y el autor del delito, percibe al hecho delictivo como productor de un daño o perjuicio concreto, que afecta bienes jurídicos e intereses de una persona determinada: la víctima. Por tal debe entenderse a la persona que sufre el daño directo que provoca el hecho punible, que hoy se amplía a los bienes jurídicos colectivos (ej. delitos contra el medio ambiente, contra la seguridad, etc.).

Aparecen aquí las asociaciones intermedias, formadas para la defensa de esos intereses, a quienes se les reconoce legitimación como víctimas, sin ser, estrictamente, las portadoras del bien o bienes jurídicos perjudicados. Se desplaza así el centro de gravedad del binomio infracción vs. autor del delito, hacia el conflicto entre la víctima y el autor u ofensor. El conflicto pasa a ser interindividual. La consecuencia principal de esta nueva perspectiva es que el autor puede recurrir a algún mecanismo de composición entre él y la víctima, que permita el restablecimiento, fáctico o simbólico, de la situación al estado anterior al conflicto.

Surgen así métodos como la conciliación, la reparación del daño, la mediación penal y la suspensión del proceso a prueba. Estos medios, cuyas caracte-

¹⁵ Maier, Julio. Derecho Procesal Penal II P. Gral. Sujetos Procesales. Edit. Del Puerto SRL, Bs. As., 2011, págs. 604/605

rísticas esenciales son la *voluntariedad*, *horizontalidad* y *confidencialidad*¹⁶ son utilizados para mejorar la situación de la víctima y al mismo tiempo beneficiar al imputado. ¿Cómo o de qué modo? La víctima, porque puede obtener la reparación del daño concreto inferido por el delito. El imputado, por cuanto se libera de la carga del proceso y de la posible aplicación de una pena, un verdadero estigma que siempre representará un mal para él y su familia. Además, también la administración de justicia se ve beneficiada, al retirar un gran número de casos y permitir un mejor tratamiento de un universo de hechos delictivos graves y complejos (ej. tráfico de estupefacientes, delitos económicos cometidos por grandes empresas, evasión tributaria, contrabando, delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, lavado de fondos de origen delictivo, etc.).

Sin perjuicio de ello, en las formas alternativas de resolver conflictos, los protagonistas, que se llaman víctima y ofensor (no imputado), se pueden conocer, verse las caras, en un espacio predispuesto para exponer sus necesidades e intereses, evaluar y proponer soluciones. El Derecho Penal clásico, con su única respuesta, la pena estatal, ha ignorado e ignora los intereses concretos de la víctima.

4. A modo de conclusión

a) Si bien Justicia Punitiva y Justicia Restauradora son paradigmas teóricos opuestos, considero que las modificaciones introducidas al Código Penal por la Ley N° 27147, admitiendo formas de resolución alternativa de disputas, al igual que la introducción de criterios de oportunidad, son concesiones o excepciones al sistema penal clásico o punitivo el cual, sin embargo, sigue siendo la regla en nuestro sistema penal. Ello no significa restar importancia a las reformas introducidas, que de aplicarse y dar los resultados esperados, podrá limitar, en parte, la formidable expansión que experimenta actualmente el régimen penal, la cual para algunos sectores de la sociedad —entre ellos algunos inefables comunicadores sociales— parece constituir el “*desiderátum*” de la justicia penal, a la que no

¹⁶ Sánchez Gasent, Paula “Conferencia de conciliación con moderador”, en Resolución alternativa de conflictos penales. Prologo Maier, julio. Edit. Del Puerto SRL, Bs. As. 2000, pag.103

conciben sino como sinónimo de cárcel y “mano dura”, y también, por qué no decirlo, para una sociedad que sin miramientos ni distinciones, ha sido convencida de que todo el que delinque debe “pudrirse en la cárcel”, aun cuando esto es explicable por el auge de los delitos violentos, la inseguridad reinante y la consiguiente sensación de inseguridad que la misma genera.

b) Para terminar, algo que me preocupa. Una de las consecuencias de la nueva ley, como lo expresé al principio, es la de diferir a las “leyes procesales correspondientes” la regulación de las nuevas causales de extinción de la acción penal. Esto me genera el siguiente interrogante: ¿qué podemos hacer en nuestra provincia, luego del fracaso del proyecto de nuevo Código Procesal Penal, que establecía un proceso acusatorio de segunda o última generación, análogo al que rige en la Provincia de Chubut, el cual preveía todas las modalidades que han encontrado eco en el legislador nacional a través de la citada ley. Dicho de otra forma: La provincia de Corrientes, salvo las escasas e insuficientes normas contenidas en la denominada Ley de Mediación Civil y Penal (Ley N° 5931)¹⁷ y algunas pocas reglas de actuación práctica para algunos juzgados, que en materia de Suspensión del Juicio a Prueba, estableció el Superior Tribunal de Justicia¹⁸ carece de legislación procesal sobre:

- 1) Criterios de oportunidad.
- 2) Conciliación, reparación integral u otros medios de resolución alternativa de disputas, y
- 3) Conversión de la acción penal pública en acción penal privada.

Claramente nos encontramos ante un *vacío legislativo*. Por consiguiente, mientras la legislatura no dicte normas sobre estos temas, las nuevas previsiones sobre extinción de la acción penal, serán letra muerta en nuestra provincia. Salvo que alguien piense en acudir a una y otra de las siguientes alternativas, o a ambas a la vez:

¹⁷ Arts. 2, I c, II a y b; art.3,a y los arts. 50 a 57, donde aparecen confundida con la suspensión del juicio a prueba.

¹⁸ Acuerdo N° 02 del 14/02/08, y de la exhortación por vía pretoriana contenida en el fallo N° 48 del 06/02/15 en el “Incidente de Recurso de Casación interpuesto por el Dr. Nelsson Pessoa contra la resolución N° 84 en autos Marín Alberto Nicolás p/ Sup. Homicidio Culposo-San Cosme”, Expte. N° IC19954/1.

a) El dictado de normas por parte del Superior Tribunal de Justicia. La dificultad que tiene este tipo de “salida” es que el máximo órgano jurisdiccional sólo está facultado por ley a “dictar mediante acordada las normas prácticas que fueren necesarias *para la aplicación de las leyes procesales*”,¹⁹ no así las leyes procesales mismas, lo cual incumbe, exclusivamente al Poder Legislativo. Tampoco podría echar mano al art. 14 inc. 27 de la citada ley orgánica, ya que éste únicamente se refiere a la asignación de competencias, lo que no hace al eje de los temas contemplados en el nuevo régimen penal. La índole o naturaleza de los temas requiere, entre otras decisiones: 1) escoger o seleccionar qué criterios de oportunidad serán adoptados y bajo que recaudos; 2) determinar el marco legal de la conciliación, la reparación integral y los otros medios alternativos de resolución de disputas, esto es sus condiciones, exigencias, alcances, restricciones y el procedimiento para su aplicación. 3) El procedimiento previo a la conversión de la acción pública en privada. 4) Una regulación adecuada y completa de la suspensión del “proceso” a prueba, distinto del “juicio” a prueba. Esto sólo se puede hacer por medio de una ley formal de la legislatura.

b) Acudir al *superficial* expediente de aplicar leyes análogas. Pero, esto, a más de ser una solución de baja calidad institucional, puede presentar también dificultades importantes. Por ejemplo, ¿Qué legislación será tomada por los jueces como “ley análoga”? ¿La del Código Procesal Penal de Santa Fe? ¿La de la provincia de Chaco? ¿La de la Ciudad de Buenos Aires? Sabido es que en materia penal como también procesal penal es posible la aplicación analógica “*in bonam partem*”, es decir, en cuanto resulte favorable al imputado,²⁰ pero, ¿cómo saber o establecer, en algún caso concreto que se le pueda presentar al juez, si cabe o no dicha analogía, sobre todo en materia de resolución alternativa de disputas?

Doy un ejemplo en materia de criterios de oportunidad. El art. 19 inc.3 del Código Procesal Penal de Santa Fe, dispone como uno de los supuestos de aplicación de dicho criterio, “Cuando las consecuencias *del hecho* sufridas por el imputado sean de tal gravedad que tornen innecesaria o desproporcionada la aplicación de una pena, salvo que mediaran razones de seguridad o interés público”. Es lo que se conoce como “*poena naturalis*”. Por su parte, el digesto chaqueño, regula el mismo caso de la siguiente forma: art. 16 bis inc.2: “En

¹⁹ Ley N° 26/00. Ley Orgánica de la Administración de Justicia, art. 23 inc. 14.

²⁰ Maier Julio. Derecho Procesal Penal – I Fundamentos. Edit. del Puerto SRL, b S. As., 2004, pág.229/30.

los *delitos culposos*, cuando el imputado haya sufrido un daño físico o moral grave que torne innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena”.²¹ En el caso no pueden existir dudas que la norma “análoga” más beneficiosa para el imputado es la del código santafesino, porque su redacción permite incluir los hechos dolosos. Pero esto obligaría a los jueces a una casuística interminable e incluso llevaría a la adopción de criterios dispares en la interpretación judicial de cual es o sería la norma “análoga” más favorable al imputado.

Por ello, de no dictarse *–prontamente–* la ley o las leyes que requieren la aplicación de la normativa nacional en cuestión, nos encontraremos, en breve, ante un escenario cruzado por la inseguridad e imprevisibilidad jurídica y la casuística judicial, que afectará a todo el sistema penal y a los hoy denominados “operadores” del mismo, pero de manera especial a los justiciables, sean imputados, víctimas o interesados, primeros y principales destinatarios de la Justicia. Hago votos para que esto no suceda y que quienes tienen la responsabilidad de legislar lo hagan en breve. Sólo cumplirán con su deber.

²¹ La cursiva me pertenece.