

NUEVAS CAUSALES DE EXTINCION DE LA ACCION PENAL ANALISIS DE LA REFORMA AL ART. 59 DEL CODIGO PENAL Y SU APLICACIÓN EN LOS TRIBUNALES DE CORDOBA ¹

NEW GROUNDS FOR EXTINCTION OF THE CRIMINAL ACTION. ANALYSIS OF
THE REFORM TO ART. 59 OF THE CRIMINAL CODE AND ITS APPLICATION
IN THE COURTS OF CORDOBA

Por *Gustavo Ispani* (*)
María Marta Schianni (**)
Consuelo Capdevila (***)

Resumen: La reforma introducida al Código Penal por la ley 27.147 propugnó tres nuevas causales de extinción de la acción penal, que podría provocar un significativo impacto social. Ello, por cuanto resulta un verdadero cambio de paradigma, al reemplazar la concepción tradicional de solución de casos judiciales, disminuyéndose así la frontera entre el derecho civil y el derecho penal. A partir de esta pretensión del legislador, con la introducción de institutos propios del derecho civil en el derecho penal se abre el juego al conjunto de preguntas que estructuran el presente trabajo de investigación, entre las cuales destacamos: ¿Nos encontramos frente a un proceso de privatización del derecho penal? ¿Podría cuantificarse la reparación integral para toda clase de delito?

Palabras claves: Principio de oportunidad - cambio de paradigma - nuevos motivos de extinción de la acción penal

Abstract: The amendment introduced to the Criminal Code by law 27,147 advocated three new grounds for extinguishment of criminal action. They could cause significant social impact, especially because it is a true paradigm shift, that replaces the traditional concept

¹ Artículo recibido el 14 de abril de 2021 y aprobado para su publicación el 3 de mayo de 2021.

El presente texto es el resultado de un proyecto de investigación que se desarrollara en el marco de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UCC, y contó con la colaboración de Mónica Aliaga, María Belén Careto, María Eugenia Cherini, María del Mar Gallo, María Sol Prado, Victoria Rustan y Martín Tores.

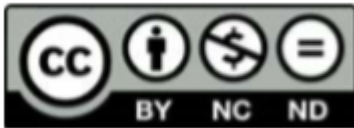
(*) Abogado y Doctor en derecho por la Universidad Nacional de Córdoba. Vocal de la Cámara 3^a en lo Criminal de la Ciudad de Córdoba. Director del Instituto de Derecho Penal de la Universidad Católica de Córdoba. Profesor titular por concurso en la Universidad Católica de Córdoba Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en la materia Derecho Penal Parte Especial y Profesor en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba en Derecho Penal 2 – Parte Especial.

(**) Abogada y Especialista en Derecho Penal de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora Adjunta de Derecho Penal Parte Especial de la Facultad de Derecho Universidad Católica de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Penal de la Universidad Católica de Córdoba. Fiscal Federal de 1^a Instancia de Villa María Córdoba.

(***) Abogada, Profesora Jefa de Trabajos Prácticos de Derecho Penal Parte Especial de la Facultad de Derecho Universidad Católica de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Penal de la Universidad Católica de Córdoba, Prosecretaria Letrada de la Fiscalía de Instrucción del distrito IV Turno 1.

of solving court cases, thus decreasing the frontier between civil law and criminal law. From this intention of the legislature, with the introduction of own institutes of civil law in criminal law the game set of questions that structure this research, among which we wonder: Are we facing a process privatization of criminal law? Could all type of crimes be quantified and compensated?

Keywords: Principle of opportunity - paradigm shift - new extinction grounds of criminal action



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar.
© Universidad Católica de Córdoba

DOI [http://dx.doi.org/10.22529/rfd.2021\(1\)04](http://dx.doi.org/10.22529/rfd.2021(1)04)

Introducción

El presente trabajo de investigación se encuentra vinculado a las novedades legislativas en orden a las causales de extinción de la acción penal de nuestro ordenamiento jurídico y el impacto que trajo desde su sanción.

En ese sentido, además de apoyarnos en especializada doctrina, haremos nuestro trabajo de campo recostándonos sobre casos de jurisprudencia emitidos por los tribunales provinciales. Para ello, analizaremos algunos fallos anteriores a la modificación del código de Rito y vinculados a la temática, que, como veremos, no solo carecen de un criterio común, sino que marcan posturas diferentes o antagónicas en la manera de resolver los conflictos planteados.

En otro orden de ideas, serán analizadas las cuestiones procesales de tal instituto, específicamente, las formas de aplicación de las nuevas causales de extinción de la acción penal, plasmadas en los distintos ordenamientos procesales provinciales, a los fines comparativos con el Código Procesal Penal de Córdoba.

Lo que constituye el núcleo de este trabajo, son las encuestas practicadas a magistrados y funcionarios del Poder Judicial de Córdoba Capital. Este trabajo arrojó interesantes puntos de estudio y ponderación de las bondades o dificultades en la implementación de las nuevas causales de extinción de la acción penal incorporadas en el art. 59 del Código Penal Argentino.

Para ello se confeccionó una encuesta con el objetivo de obtener datos específicos y concretos del impacto social en la justicia penal de Córdoba. Se hizo una selección de aquellos funcionarios y magistrados que tienen el poder – deber de impulsar y de controlar el ejercicio de la acción penal (Fiscales de Instrucción y Jueces de Control de Córdoba Capital).

En total se encuestó a 45 personas, entre funcionarios y magistrados. Se obtuvieron datos cuantitativos y cualitativos de la manera o la forma en que cada uno de ellos aplicó este instituto, datos que, como veremos a lo largo de este trabajo, fueron volcados a cuadros de análisis estadístico, que contemplan los modos de aplicación de las nuevas causales de extinción de la acción penal.

Con ello se realizó un sondeo del impacto social en la aplicación de las nuevas causales de extinción de la acción penal, para lo cual el grupo de magistrados y funcionarios encuestados, dieron su visión o percepción de la temática planteada y las formas en que el mismo ha sido aplicado desde su incorporación al sistema penal.

Al finalizar el análisis de los distintos temas, veremos algunas recomendaciones, que son el resultado de todo lo analizado, en función de cuestiones o planteos que surgieron en la investigación, respecto a la normativa existente.

II: Marco teórico

1. Nuevas causales de extinción de la acción penal – art 59 C.P

La reforma introducida al Código Penal por la ley 27.147 propugnó tres nuevas causales de extinción de la acción penal en sus incisos 5º por aplicación de un criterio de oportunidad, 6º por conciliación o reparación integral del perjuicio y 7º por el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba, todo de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes.

La incorporación legislativa de estas causales de extinción de la acción penal, podría provocar un significativo impacto social, puesto que resulta un verdadero cambio de paradigma, al reemplazar la concepción tradicional de solución de casos judiciales, por otras maneras en las que adquiera especial relevancia el cuidado de sus intereses por parte de la víctima, disminuyéndose así la frontera entre el derecho civil y el derecho penal.

En otras palabras, el legislador a partir de la presente reforma, ha entendido que el fin de la sanción penal en la actualidad persigue algo más que la retribución o castigo tradicionalmente concebido bajo las formas de penas privativas de la libertad, al incluir sanciones alternativas como resulta la

aplicación de un criterio de oportunidad, compensación económica y la suspensión del juicio a prueba.

La presente temática, tiene vinculación con las prácticas institucionales que tienden a implementarse progresivamente en el ámbito judicial que, abrazadas a la política criminal y procesal adoptada para la prevención, juzgamiento y castigo del delito, irán definiendo la regulación de la vida en sociedad.

1.1. El principio de oportunidad. Concepto y alcances.

Antes de entrar a lo que es materia de investigación propiamente dicha y para que se entienda claramente cuál es el tamiz sobre el que vamos a trabajar, queremos dejar sentado que el principio de oportunidad tiene su razón de existir, debido a las nuevas corrientes que plantean respuestas alternativas a la persecución penal, punición y reparación por parte del delincuente, ante la realización de un comportamiento penalmente tipificado.

Desde antaño el art. 71 del C.P. decidió el sistema a partir del cual debían perseguirse los delitos, al establecer la fórmula imperativa: *“Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales...”*. Esta norma a su vez se correlaciona con el art. 274 C.P. que reprime la conducta de los funcionarios públicos a quienes compete perseguir el delito, que omitan cumplir con su deber.

En consecuencia, según este artículo (C. Penal art. 72) salvo algunas excepciones, debe iniciarse de oficio la acción penal en procura de la persecución y castigo de los delincuentes, sin que ello pueda evitarse o relativizarse, so pena de incurrir en otro comportamiento penalmente ilícito. Además, en todos ellos existe una víctima que requiere y peticiona con justa razón en contra de la autoridad para que se resuelva su situación.

A su vez, también se sabe que, por la cuantía de hechos ilícitos y la falta de recursos para atenderlos, es imposible llevar adelante la persecución total de ellos.

Es por esta razón que han surgido en el mundo jurídico algunas alternativas que propugnan a grandes rasgos, que los órganos estatales elijan justificadamente en qué casos van a actuar y en cuáles no, según diversas razones. A esta hipótesis se la denomina *disponibilidad* o también *oportunidad* (aunque, en realidad, los criterios de oportunidad son las razones de la disponibilidad)”.

Sin intentar agotar el tema respecto al derecho comparado, existen dos maneras predominantes de accionar en este aspecto:

a) La total discrecionalidad en manos del ministerio público fiscal, propio del *plea bargaining* norteamericano;

b) El sistema de *oportunidad reglada*, característico del Derecho continental europeo (tal vez su mejor ejemplo sea la Ordenanza Procesal Penal alemana), donde a partir de la vigencia del principio de legalidad procesal, se admiten excepciones por razones de oportunidad –bastante heterogéneas- que se encuentran previstas en la legislación penal o procesal penal, cuya aplicación en el caso concreto se realiza bajo la responsabilidad de funcionarios judiciales predeterminados. Generalmente se hace con el consentimiento del imputado y también de la víctima y requiere control del órgano jurisdiccional, para establecer si el caso es de los que la ley autoriza en abstracto a tratar con criterios de oportunidad, y si amerita concretamente dicho tratamiento.

La importancia de la creación de estos institutos que establecen la disponibilidad de la acción es sin dudas la reparación del daño ocasionado por el delito a la víctima y a la sociedad en general. Pero debe tener presente que la reparación no puede ser entendida en el sentido de volver las cosas al estado anterior a la perpetración de la conducta penal. Es que ese pensamiento en el ámbito del derecho penal presenta serias dificultades para su concreción, ya que existen muchos supuestos en donde el bien jurídico lesionado no puede ser reparado en esos términos, sobre todo en aquellos que no tengan que ver con perjuicios económicos puros.

Por otro lado, existe también un concepto civil de reparación basado en la indemnización de los daños causados y que, por tratarse de derechos privados, carece de la voluntad sancionadora estatal.

Con la incorporación de los incs. 5 y 6 operados en el art. 59 del CP, implican la consagración de la llamada tercera vía, que se suma a las penas y a las medidas de seguridad, como otra alternativa a la reparación del perjuicio. Esto demuestra la necesidad imperante en el ámbito del derecho por medio de los operadores jurídicos, en la búsqueda incesante de otras opciones de sanción ante el injusto ocasionado, pero en el sentido de que esta sea considerada una sanción penal autónoma.

Es absolutamente necesario que, en este camino iniciado por las leyes antes descriptas, se cumpla con ciertas exigencias mínimas que no soslayen la punición como condición esencial ante un hecho delictivo, y que respeten de manera absoluta los principios de exterioridad, no privacidad, igualdad, legalidad, proporcionalidad, responsabilidad penal, última razón y de lesividad.

1.2. Legislación a nivel nacional

En nuestro país se dio una importante discusión acerca de la naturaleza sustancial o procesal de los institutos que tratan la disponibilidad de la acción penal. Sin que importe a esta investigación, consideramos que la sustantividad de la acción penal es evidente y se apoya principalmente en que desde hace tiempo se ha superado la idea de un derecho penal con una finalidad única y puramente retributiva, dando paso a otras maneras de resolver las consecuencias ocasionadas por el delito.

Estos supuestos de disponibilidad de la persecución penal pública deben ser establecidos por el Código Penal, ya que ello representa una modificación normativa material. Como sabemos el art. 75 inc. 12 de la Constitución de la Nación Argentina, prescribe que la legislación de los códigos de fondo sea practicada por el Congreso de la Nación, para que todos los habitantes gocen de las mismas prerrogativas y obligaciones, con miras a la igualdad general.

Pero en nuestro país se produjo el proceso inverso. Ante la autorización expresa propugnada por el inc. 4 del art. 59 del CP, en el que se estableció la posibilidad de la extinción de la acción penal: *por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes*, el legislador nacional delegó explícitamente al provincial, la posibilidad de reglamentar sus propias reglas de prescripción. Como consecuencia de ello se produjo una importante disputa jurídica -que tampoco interesa a esta investigación-, en la que se puso en tela de juicio la constitucionalidad de la posibilidad provincial de legislar e incorporar en los respectivos códigos procesales, distintos criterios de oportunidad.

Más allá de nuestra posición, la cuestión fue salvada por el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, “Fiscal c/. Sosa Morán, Juan Rafael y otros por daño agravado s/ casación”, de fecha 19/09/2005, que declaró constitucional la norma, es decir, el art. 26 del Código de Procedimientos Penales de Mendoza.

Luego de esta aclaración es importante saber lo que sucedió con la legislación de estos institutos en otras provincias argentinas. Estas ya habían innovado con respecto a la regulación del principio de oportunidad en sus códigos procesales antes de la reforma del art. 59 CP, introducida por la ley 27.147.

Mendoza incorporó en el año 2000, en su Código de Procedimientos Penales, una gran novedad al consagrar el principio de oportunidad como pauta de persecución penal (arts. 26 al 29). Así en su art. 26 dispone “*el Ministerio Público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley. No obstante, el representante del Ministerio Público podrá solicitar al Tribunal que se suspenda total o parcialmente la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones, o algunas de las personas que participaron en el hecho cuando:*

1. Se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o del participe o exigua contribución de éste, salvo que afecte el interés público o

lo haya cometido un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él.

- 2. Se haya producido la solución del conflicto.*
- 3. En los casos de suspensión del juicio a prueba.*
- 4. En el juicio abreviado.*
- 5. En los supuestos de los párrafos siguientes (arrepentido)”.*

En su art. 27, la norma procesal describe los efectos de los criterios de oportunidad, que de ser admitida por el Tribunal la proposición fiscal, se produce la suspensión de la persecución penal. Sin embargo, nada dice sobre qué sucede con la situación del imputado, dejando un vacío legal que necesariamente debe cubrirse mediante una interpretación conjunta de las disposiciones.

Por otro lado, la provincia de Santa Fe, en el año 2007, a través de la ley 12.734 reformó su código procesal penal, incorporando en el Capítulo II, del Título II, del Libro Primero, “Reglas de disponibilidad, art. 19; Mediación arts. 20 y 21; Resolución y Conversión art. 22; Oportunidad art. 23. Así el art. 19 establece: “*El Ministerio Público podrá no promover o prescindir total o parcialmente, de la acción penal, en 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;*
- 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;*

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... 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 esa reparación”.

Además de las provincias mencionadas, existen otros once distritos que incorporaron en los códigos procesales penales criterios de oportunidad con anterioridad a la reforma del Código Penal a través de la ley 27.147, ellas son las siguientes; Buenos Aires – criterios especiales de archivo – (art. 56 bis); Chubut – criterios de oportunidad – (art. 44); Ciudad Autónoma de Buenos Aires – archivo de la denuncia y de las actuaciones de prevención – (art. 199); Entre Ríos – acción pública – (Arts. 5 y 205); Santiago del Estero – criterios especiales de archivo – (Art. 61); Río Negro – criterios de Oportunidad – (Art. 180 ter); Corrientes – criterios de oportunidad – (Art. 36); Jujuy – criterios de oportunidad – (Art. 101); Neuquén – criterios de oportunidad – (art. 106); Misiones – criterios de oportunidad y otros casos – (arts. 60/61); La Rioja – criterios de oportunidad y archivo – (art. 204 bis); La Pampa – criterios de oportunidad – (art. 15); Chaco – reglas de disponibilidad, criterios de oportunidad – (art. 6 bis).

Puede observarse que la crisis del principio de legalidad y la necesidad de dar repuesta a los delitos, instó a las provincias a legislar sobre esta materia en búsqueda de salidas alternativas menos violentas y de mayor calidad ante el conflicto generado por el ilícito cometido. Por consiguiente, incluyeron en sus códigos procesales, una variedad de criterios de este tipo, con diversos

fundamentos, provocando distintos efectos en el proceso penal, a saber, suspensión del proceso, archivo, extinción de la acción penal.

1.3. La reforma penal de la Ley 27147

Como dijimos, la ley 27147, vigente desde el 26 de junio de 2015, ha introducido importantes modificaciones en dos títulos de la Parte General del Código Penal: el título 10 (“Extinción de acciones y de penas”, art. 59) y el título 11 (“Del ejercicio de las acciones”, arts. 71, 73, 75 y 76).

El art. 1º de la mencionada ley de reforma al Código Penal agrega tres incisos al art. 59 de dicho cuerpo legal, en los cuales incorpora nuevos supuestos de extinción de la acción penal.

“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 las leyes procesales correspondientes.

Puede verse así que, ante el estancamiento en el Poder Ejecutivo del Anteproyecto de Código Penal que los contemplaba, el Congreso de la Nación optó por el camino contrapuesto.

Lo hizo en el año 2014 al sancionar el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (conforme ley 27.063), para luego dictar en 2015 la ley 27147 que modifica unos pocos artículos de la Parte General del Código Penal admitiendo la aplicación de criterios de oportunidad “*de conformidad a lo previsto en las leyes procesales correspondientes*” (art. 59 inc. 5).

Ello significa que el Derecho Penal sustantivo queda subordinado a las disposiciones de las leyes procesales, convalidando así la diversidad de criterios de oportunidad que habían regulado varias provincias argentinas en desmedro del principio constitucional de igualdad ante la ley.

Según el art. 30 CPPN la acción no es disponible para los hechos cometidos en el ejercicio de la función pública, los que aparecieran como un episodio en un contexto de violencia doméstica, o los motivados en razones discriminatorias. En esta parte, el antecedente evidente es el texto del art. 42 inc. 3, a) del Anteproyecto de Código Penal de 2014.

Bajo el rótulo “Criterios de oportunidad”, el art. 31 CPPN dispone 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”.

Es un criterio que reputa innecesaria la persecución penal de delitos que presenten una escasa entidad jurídico penal (bagatela), resultando evidente la incidencia del principio de *mínima suficiencia o intervención mínima del derecho penal*. Al mismo tiempo el principio de *lesividad* configura un segundo límite a la intervención penal estatal como condicionamiento de afectación a bienes fundamentales de terceros. Se erige como un instrumento idóneo para cumplir una función restrictiva y minimizadora tendiente a excluir, por injustificados, muchos tipos penales consolidados. Así, según Ferrajoli, el axioma se presenta como una restricción de orden cuantitativo en los delitos de bagatela, que no justifican ni el proceso penal ni la pena².

b. “Si la intervención del imputado se estimara de menor relevancia, y pudiera corresponder pena de multa, inhabilitación o condena condicional”.

Este supuesto alude a los casos de culpabilidad mínima del autor del hecho delictivo, en el entendimiento que la categoría dogmática de la culpabilidad resulta susceptible de examinarse gradualmente en base a la

² Ferrajoli, Luigi, “Derecho y Razón”, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 477.

exigibilidad del reproche en el caso concreto. Así, de acuerdo a la aptitud motivacional del sujeto frente a la norma, el Estado podrá prescindir del ejercicio de la acción penal si ha tenido escasa o nula culpabilidad al momento de cometer el ilícito. A mayor abundamiento, caben aquí las situaciones de extrema vulnerabilidad que disminuyen la capacidad de reacción del sujeto frente a la norma.

Pero además deben incluirse en este grupo de casos aquellos aportes que dan lugar a una participación ínfima en el hecho. Pensemos en la posición de los involucrados que ocupan los eslabones más bajos en una organización criminal, con una mínima intervención en los hechos o con aportes de escasa envergadura.

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”.

Esta pauta es conocida como “pena natural”, en alusión a la carencia de fundamento que posee la aplicación de una consecuencia jurídica como la pena, habida cuenta del grave daño sufrido por el sujeto activo en virtud de la comisión del ilícito.

Desde una perspectiva de prevención especial, la pena no tiene razón de ser puesto que el autor posee escasas o nulas probabilidades de reincidencia en el delito, lo que torna desproporcionada su aplicación.

Repárese que la norma no establece distinguos entre hechos dolosos o culposos, por lo que tal disquisición debe resultar indiferente a los fines de aplicación del criterio.

También existía un canal para introducirlo desde la dogmática penal. Por ello, coincidimos en que nuevamente –como en el caso del criterio de insignificancia- se trata de una cuestión de derecho de fondo.

Lo detallado precedentemente sobre los supuestos estipulados por el CPPN, permite reforzar nuestra tesitura relativa a que los criterios de oportunidad previstos en el código de rito configuran una cuestión de fondo.

Repárese que cada uno de los casos abordados detenta un análisis dogmático difícil de sortear dado que refieren a cuestiones de derecho penal constitucional, culpabilidad, participación criminal, teoría de las consecuencias jurídicas, etc.

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”

Como en el caso anterior, encontramos el sustento de este criterio en la prevención especial de la pena, por cuanto forman parte de este grupo supuestos en los que el autor se encuentra cumpliendo una pena importante (vgr. prisión perpetua) y en ese contexto comete un delito de inferior gravedad (por ejemplo, una amenaza a otro interno o una tenencia simple de estupefacientes). Resulta evidente que la condena que purga ya satisface las exigencias de prevención especial.

Asimismo, ingresan en este inciso las causas que contienen una gran cantidad de maniobras delictivas por parte del autor (por ejemplo, ciento cincuenta maniobras estafatorias). En efecto, si se piensa en una persecución penal eficiente resulta innecesario su promoción total, habida cuenta del tope máximo de la pena prevista aplicando las reglas del concurso real (art. 55 CP). En suma, se dirigen los esfuerzos investigativos al hecho más grave o al que tenga mejores chances de éxito desde el punto de vista probatorio.

III: Definición del problema

1. Distintos criterios interpretativos en los precedentes jurisprudenciales de Córdoba

1.1. Antes de la reforma del CPP Córdoba.

La jurisprudencia en la Ciudad de Córdoba refleja el problema de interpretación respecto al nuevo art. 59 del Código Penal Argentino, quedando en claro que la situación varía respecto a lo establecido por el art. 71 del CP, estableciéndose el principio de legalidad como regla general, pero admitiendo expresamente como excepción el principio de disponibilidad de la acción penal en los casos en que corresponde proceder de oficio.

A los fines de ilustrar esta situación, seguidamente se expondrán brevemente los distintos argumentos trabajados por la jurisprudencia en el tópic, para lo cual se han seleccionado algunas resoluciones donde surgen distintas interpretaciones de los incisos 5 y 6 art. 59 del CP. Debe resaltarse que el Tribunal Superior de Justicia de nuestra provincia se expidió al respecto, lo que también será abordado al finalizar la reseña de los precedentes, previos a ello.

Podrían sintetizarse los argumentos en los grupos que a continuación se detallan:

1- La inconstitucionalidad del inc. 6° del art. 59 del CP, declarada el 16 de febrero de 2016, por la Cámara en lo Criminal 10a Nom., en la causa caratulada “OXANDABURU, Diego Gastón y Otro p.ss.aa. Falsedad Ideológica, etc.” (Expte. SAC 10.15749);³

2- La no operatividad del inc. 5 y 6 del art. 59 del CP, ya que hasta tanto la provincia no legisle sobre la materia no puede oponerse la reparación integral como causa de extinción de la acción penal. Así lo

³ Protocolo de Autos, N° de Resolución 3, año 2016, Tomo I, Folios 3 a 15.

estableció la Excma. Cámara Primera en lo Criminal y Correccional, el día 29 de junio de 2015 en la causa caratulada “GOMEZ, Claudio Marcelo y otros p.ss.aa. Homicidio Culposo Agravado, etc” (Expte. N° 948056);⁴ como así también la Excma. Cámara Novena en lo Criminal y Correccional, en los autos caratulados “CAMINADA ROSSETTI, Ignacio p.s.a homicidio” (SAC N° 103578);⁵

3- La operatividad del inc 6° del art. 59 CP dispuesta por el Juzgado de Control N° 7 con fecha 25 de agosto de 2015, a partir de lo cual resolvió el sobreseimiento de los imputados en los autos caratulados “CALDERA, Marisa Griselda y otros p.ss.aa Lesiones Leves Calificadas, Estafa y Privación Ilegítima de la Libertad”, (Expte 2397216).⁶

4- La constitucionalidad y plena vigencia del art. 59 CP, conforme el criterio sentado por el Tribunal Superior de Justicia en los autos “Reynoso, Gabriel p.s.a. lesiones graves calificadas, etc. –Rec. De Casación-”, sentencia n° 515, de fecha 24 de noviembre de 2016.

INCONSTITUCIONALIDAD DEL INC. 6 ART. 59 CP.

“OXANDABURU, Diego Gastón y Otro p.ss.aa. Falsedad Ideológica, etc.” (Expte. SAC 10.15749 – Camara 10ª del Crimen).

La Cámara Decima con los votos de los vocales Juan José Roja Moresi y Juan Manuel Ugarte, en mayoría, consideró que el inciso 6° del art. 59 del Código Penal, tal como está redactado, es claramente inconstitucional y, por ende, no aplicable al caso de Jorge Oscar Petrone.

Arribaron a esta conclusión, en primer lugar, afirmando que la norma cuestionada no establece los delitos a los que cabe aplicarla, es decir, no se prevé restricción ni limitación alguna en torno a los ilícitos cometidos. Por lo que el legislador nacional optó por una fórmula abierta que permite a las legislaturas

⁴ Protocolo de Autos, N° de Resolución 72, año 2015, Tomo I, Folio 111 a 115.

⁵ Protocolo de Autos, N° de Resolución 65, año 2015, Tomo I, Folio 134 a 143.

⁶ Protocolo de Autos, N° de Resolución 174, año 2015, Tomo II, Folio 469 a 474.

provinciales la inclusión de cualquier acción delictiva, por grave que esta sea, e incluso la generación de disparidad legislativa al respecto, unas provincias incluyendo en el beneficio a determinados delitos y otras negándolo. Sentenció que si el legislador quiso plasmar un criterio de disponibilidad de la acción basado en la reparación a la víctima, debió fijar en forma clara, precisa y taxativa todos los supuestos abarcados en él y no dejar librado a las provincias su determinación.

En segundo lugar, criticó que la disposición delega erróneamente a las legislaturas provinciales la atribución de establecer los supuestos de procedencia. Tal delegación –por ser materia sustancial que suprime la eventual aplicación de pena a una persona ante la comisión de un delito– es inconstitucional por tratarse esa materia de competencia exclusiva y excluyente del legislador nacional (art. 75 inc. 12 CN). Por ello todo lo relativo al régimen de la acción penal, su ejercicio y extinción debía estar regulado en el Código de fondo.

En tercer lugar, sostuvo que los problemas que plantea la norma gravitan profundamente en forma negativa sobre directrices y principios amparados por nuestra Carta Magna, como son las imposiciones esenciales de afianzar la justicia, otorgar igualdad ante la ley y proteger y promover el bienestar general, todo lo cual es avalado por los Pactos Internacionales suscriptos por nuestro país.

Particularmente, en lo que respecta a la incidencia negativa sobre el principio constitucional de igualdad ante la ley, advirtió, por un lado, que cada provincia al legislar los supuestos en que debe prosperar generara un sinnúmero de hipótesis posibles que pueden ser diferentes en cada jurisdicción, lo que demuestra la aplicación diferente que la ley permite respecto del beneficio. Por otro lado, la reparación del perjuicio consiste en el pago de una suma dineraria lo que llevaría a sostener que aquel que tiene dinero o poder para acceder a él, tiene la posibilidad de evitar la eventual pena que su accionar delictivo merece, mientras que aquel que no puede, por su situación de pobreza, será sancionado por su conducta ilícita con privación de su libertad. Inclusive deja sin sustento el

fundamento de la pena, no solo en cuanto a su aspecto retributivo sino en que deja de tener estas funciones de educación y/o prevención del delito.

En cuarto lugar, el tribunal acudió a una interpretación analógica a lo establecido en el art. 31. CPPN (conforme ley 27.063), donde al regular los criterios de oportunidad excluyó expresamente aquellos casos en los que se vea gravemente afectado un interés público; por lo que entendió que las características del hecho, las acciones delictivas atribuidas no ofendieron de manera exclusiva bienes jurídicos disponibles, patrimoniales y de naturaleza estrictamente individual, sino también y primordialmente la fe pública, la que se ha visto profanada generando zozobra e inseguridad en toda la sociedad.

NO OPERATIVIDAD DEL INC. 5 Y 6 DEL ART. 59 CP:

“GOMEZ, Claudio Marcelo y otros p.ss.aa Homicidio Culposo Agravado, etc” (Expte. N° 948056 – Cámara Primera en lo Criminal y Correccional).

El tribunal en sala unipersonal rechazó la excepción de falta de acción deducida por los abogados defensores, por encontrarse involucradas cuestiones de interés público y social en el caso. Consideró que el interés no estaba determinado únicamente por la reparación a los familiares de las víctimas, habida cuenta que se trata de un hecho grave con resultados fatales y de lesiones gravísimas, además de encontrarse en juego razones de interés público, por estar involucrados proveedores del Estado y funcionarios públicos.

Se arribó a tal conclusión, acudiendo como pauta interpretativa, al igual que en el caso anterior, a la reforma introducida al CPPN (conforme ley 27.063), cuya ley de implementación fue sancionada, promulgada y publicada en la misma fecha que la ley 27.147 modificatoria del CP. En efecto, como se vio, la citada normativa instauró una serie de exclusiones a la disponibilidad de la acción, entre las que se encuentra la afectación grave al interés público, como así también, la existencia en el hecho de lesiones gravísimas o resultado de muerte. Tales limitaciones se presentaban en el caso puesto que se trataba de un hecho

ocurrido en el curso de la prestación de un servicio público, destinado al auxilio de personas en situación de riesgo.

“CAMINADA ROSSETTI, Ignacio p.s.a homicidio” (Expte. 1035780. Cam 9ª del Crimen). -

La tesis del tribunal en el caso consistió en que el criterio de oportunidad no resultaba aún operativo para constituirse en una razón legal que justifique la no iniciación de oficio de la acción, ni para operar como causal de extinción de la acción penal, toda vez que para ello era necesario que el legislador local proceda como otros lo hicieron antes en sus legislaciones procesales.

Advirtió que es el legislador quien tiene que asignarle operatividad, por imperio de la ley, y no el Ministerio Fiscal de la Provincia, pues ninguno de los fiscales que lo integran están legitimados para hacer lo que la ley dice debe hacer el legislador, esto es, decidir en qué casos y en qué condiciones resulta admisible que no se inicie la acción o que iniciada, fenezca.

Por último, el tribunal concluyó que tanto la conciliación o la reparación integral son institutos procesales que representan la consagración en nuestro sistema jurídico de la llamada tercera vía, como alternativa a la pena privativa de libertad, las cuales, establecidas ahora en el Código Penal, se les asigna un efecto sustancial cual es la extinción de la acción penal. En consecuencia, hasta tanto la Provincia no legisle sobre la materia, no puede oponerse la reparación integral como causa de extinción de la acción.

OPERATIVIDAD DEL ART 59 INC. 6º:

El Juzgado de Control N°7 de esta ciudad de Córdoba, por Resolución N°174 de fecha 25 de agosto de 2015 en los autos caratulados **"CALDERA, Marisa Griselda y otros p.ss.aa Lesiones Leves Calificadas, Estafa y Privación Ilegítima de la Libertad” (Expte 2397216)**, resolvió el sobreseimiento de los imputados por haber operado la causal de extinción de la acción penal, prevista en el art. 59 inc. 6 del CP, al haberse producido la reparación integral del perjuicio.

Para arribar a esta resolución el juez acudió al art. 22 de la Constitución Provincial que reconoce la operatividad de todos los derechos, advirtiendo que en el caso se da una situación que repercute en forma bilateral, toda vez que la aplicación de la reparación integral para el imputado implica la extinción de la pretensión penal y para la víctima del delito un reconocimiento sobre su determinación en la solución del conflicto generado y protagonismo en la conclusión del proceso penal.

Agregó que el art. 96 del CPP reconoce una amplia participación a la víctima, solo por su condición de tal. En esa línea, advirtió que el Tribunal Superior de Justicia ha puntualizado que el ofrecimiento de reparación a las víctimas, como requisito en los supuestos de suspensión de juicio a prueba, se trata de una de las manifestaciones del cambio de paradigma de la justicia penal que coloca como figura central la compensación a la víctima. Recordó que la reparación además de compensar el daño a la víctima constituye *"un modo socialmente constructivo para que el autor sea obligado a dar cuenta de sus actos, ofreciendo a la vez el mayor espectro posible de rehabilitación"* (Manual y publicación cit., p. 110; T.S.J., Sala Penal, "Avila", S. n° 18, del 10/4/02 –entre otros-9). (ver sentencia nro. 50 del 25/03/2009).

Luego la resolución se apoya en los principios con rango constitucional en materia penal, como el de mínima suficiencia y sus derivados subsidiariedad y máxima taxatividad interpretativa para afirmar que el Estado debe agotar los medios menos lesivos antes de acudir al derecho penal, éste debe constituir un arma subsidiaria, una última ratio.

Destaca el decisorio que el principio de oportunidad ha quedado plasmado en la norma de fondo, más precisamente en nuevo art. 71 del Cód. Penal, modificado por la ley 27147.

Agregó que, en la medida en que no se nieguen ni modifiquen derechos sustanciales, el Ministerio Público, titular de la acción penal, puede disponer de márgenes de decisión propia sobre cuándo, cómo y en qué supuestos lleva adelante el ejercicio de la acción penal.

**CONSTITUCIONALIDAD Y PLENA OPERATIVIDAD - CRITERIO
SENTADO POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

En los autos caratulados “**Reynoso, Gabriel p.s.a. lesiones graves calificadas, etc. –Recurso de Casación–**” (SAC n° 2094441), el más alto tribunal de la provincia dictó la sentencia n° 515 a partir de la cual se pronunció afirmativamente sobre la constitucionalidad y la vigencia en Córdoba del artículo 59 y concordantes del Código Penal (CP). Así, la Sala Penal destacó su validez a pesar de las tensiones generadas por las remisiones que hace la norma a los distintos ordenamientos procesales penales (provinciales y federales), para que determinen sus propios contenidos y requisitos materiales de procedencia.

Igualmente, consideró que procedía su vigencia y aplicabilidad en el ámbito provincial de esta ley, a pesar de no contarse aún, en ese entonces, con normativa procesal penal local que regule esos aspectos a los que remite la disposición nacional.

Sobre esto último, el TSJ exhortó al Poder Legislativo Provincial a cumplir con el mandato de regulación legal del citado artículo 59 Código Penal, advirtiéndole que había transcurrido más de un año desde la entrada en vigor de la normativa nacional.

Cabe resaltar, que el pronunciamiento no fue unánime respecto a la solución que debía darse para salvar esa laguna legal para aplicar esos institutos previstos en el art. 59 CP.

En efecto, la mayoría, integrada por los vocales Sebastián López Peña y María Marta Cáceres de Bollatti, propugnó que ese vacío, con carácter excepcional y hasta tanto el legislador local dicte la ley procesal correspondiente, debe ser zanjado con instrucciones generales del Fiscal General de la Provincia (art. 16 incs. 6 y 7 Ley 7826), por tratarse de una ley de política criminal, materia cuya dirección está encargada al citado funcionario de conformidad a lo establecido por el art. 171 Constitución de la Provincia de Córdoba. De este modo, se propicia que los fiscales inferiores adopten criterios uniformes a la hora de

expedirse sobre la viabilidad o no de su aplicación en el caso concreto. Ello, en consonancia con la aplicación de la suspensión del juicio a prueba (uno de los supuestos del art. 59 CP), que requiere, salvo casos de arbitrariedad, dictamen favorable del representante del Ministerio Público Fiscal.

Por su parte, en su voto en discrepancia, la vocal Aída Tarditti, entendió que la respuesta dada por los votos precedentes no resulta acertada por cuanto excedía las competencias legales y constitucionales del Ministerio Público Fiscal y que, por esa razón, la laguna legal debía llenarse recurriendo a la aplicación analógica de otra ley, para lo cual se inclinó al nuevo Código Procesal Penal de la Nación (Ley 27.063).

No obstante los postulados sentados precedentemente por el Alto Cuerpo, sobre la constitucionalidad, validez y vigencia del art. 59 del CP, se solicitó la improcedencia del pedido de extinción de la acción penal por reparación integral del perjuicio solicitada en la causa, por tratarse de un caso de violencia de género, lo que determinó al Tribunal a determinar la necesidad que se realice el juicio, por la naturaleza del hecho y el contexto en que sucedió el mismo. Todo ello, en el marco de las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país y dirigidas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

OTROS CASOS

El juez de Control y Faltas n° 7 de la ciudad de Córdoba, en la causa **"Miola, Juan Marcelo p.s.a Infracción ley 27.430 régimen penal tributario"**, resolvió un planteo de inconstitucionalidad, nulidad y oposición al decreto fiscal que no hizo lugar a la aplicación de un criterio de oportunidad.

Lo interesante de la resolución referida, es que declaró la constitucionalidad del art. 13 bis *in fine* C.P.P., en cuanto establece que la decisión fiscal de no aplicar un criterio de oportunidad no es recurrible, pues entendió que en el marco de un sistema acusatorio, existe una clara división de roles, y el titular de la acción penal es únicamente el Ministerio Público Fiscal.

En virtud de ello, adujo que lo inconstitucional sería quitar de las manos del órgano instructor la facultad de aplicar un criterio de oportunidad bajo el velo del derecho del imputado de control jurisdiccional de las decisiones fiscales.

1.2. Reforma operada en el CPP Córdoba

Atento a la exhortación dada por el TSJ en el fallo Reynoso, la legislatura provincial modificó el código procesal introduciendo la operatividad de la disponibilidad de la acción, a los fines de complementar la directriz emanada del art 59 del C.P.

En ese sentido mediante la ley provincial N° 10.457 se introdujo en el Código Procesal Penal de Córdoba, el art. 13 bis, en el que se establecieron los requisitos materiales de procedencia, el cual reza:

“Criterios de oportunidad. No obstante el deber impuesto por los artículos 5º y 71 de este Código, el Fiscal de Instrucción podrá prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho o algunos de los hechos, en los siguientes casos:

- 1) Cuando se trate de un hecho insignificante;*
- 2) Si la intervención del imputado se estimara de menor relevancia y pudiera corresponder, en el caso concreto, una pena de ejecución condicional;*
- 3) Cuando el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que torne innecesaria y/o desproporcionada la aplicación de una pena;*
- 4) Cuando la pena que pueda imponerse por el hecho de cuya persecución se prescinde carezca de importancia en consideración a la pena ya impuesta o a la que puede esperarse por los restantes hechos;*
- 5) Cuando exista conciliación entre las partes. Si como consecuencia de la conciliación y ante la existencia de daño las mismas hubieran arribado a un*

acuerdo resarcitorio, el Fiscal de Instrucción sólo podrá prescindir de la acción cuando la víctima haya percibido la totalidad de lo convenido, y

6) Cuando el imputado se encuentre afectado, según dictamen pericial, por una enfermedad terminal.

La imposibilidad de dar con el paradero de la víctima no obstará la aplicación de los criterios de oportunidad previstos en los incisos 1), 2), 3), 4) y 6) de este artículo.

Si el Ministerio Público decide que no procede la aplicación de una regla de disponibilidad de la acción, la decisión no será susceptible de impugnación alguna.”

A su vez el mismo cuerpo normativo enuncia en el art. 13 ter los casos excluidos, de la siguiente manera: “No corresponderá la aplicación de las reglas de disponibilidad de la acción:

1) En los casos en que el autor del delito fuera funcionario público y hubiese cometido el hecho con abuso de su cargo;

2) Cuando el hecho haya producido una afectación al interés público. Este sólo se considerará afectado cuando en el caso concreto se pueda estimar que:

a) La pena que sufriría el imputado en caso concreto de ser condenado sería de ejecución efectiva;

b) El delito atribuido aparezca como una expresión de criminalidad organizada de cualquier índole, o

c) La existencia de una situación de desigualdad entre el imputado y la víctima, derivada de la situación de poder o de la capacidad económica de aquel, que favorezca un aprovechamiento de la vulnerabilidad de ésta o de sus deudos, en el supuesto del inciso 5) del artículo 13 bis de este Código.

3) Cuando el imputado tenga antecedentes penales computables o haya sido beneficiado anteriormente con la aplicación de un criterio de oportunidad o del beneficio de la suspensión de juicio a prueba y vuelva a cometer delito;

4) *Cuando se tratara de hechos que resulten incompatibles con las previsiones establecidas en los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por la República Argentina;*

5) *Cuando se tratara de delitos reprimidos con pena de inhabilitación, en cualquiera de sus formas prescriptas en el Código Penal, salvo que se trate de delitos culposos con resultado de lesiones leves o graves;*

6) *Cuando se tratara de hechos cometidos dentro de un contexto de violencia doméstica, de género, motivados en razones discriminatorias, o de grave violencia física en las personas, y*

7) *Cuando se tratara de delitos cometidos en contra de menores de edad o el imputado se sirva de un menor para consumarlos.*

El Fiscal General, con el fin de fijar las políticas de persecución penal - artículo 171 de la Constitución de la Provincia de Córdoba-, podrá interpretar los alcances de las reglas de disponibilidad de la acción penal mediante el dictado de instrucciones generales.”

Algunos interrogantes planteados en torno a la reforma del CPPC

¿Es correcta la cláusula limitativa de impugnabilidad del art. 13 bis *in fine*?

Como primer punto abordaremos el problema de la inimpugnabilidad objetiva dispuesta por el CPP en el art. 13 bis última parte. En base a ello, analizaremos si la aplicación de un criterio de oportunidad es o no una facultad del Ministerio Público Fiscal, como así también cual es el rol del Juez del Control ante la decisión fiscal, ya sea que conceda o no la aplicación de un criterio de oportunidad.

Al respecto, cabe decir que el CPP de Córdoba regula que el representante del Ministerio Público Fiscal tiene la facultad, por ser el titular de la acción penal –en el marco de un sistema acusatorio-, de prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho o alguno de los hechos, en los casos que han sido

regulados en el art. 13 bis, siempre y cuando no se encuentre dentro de los supuestos excluidos por la norma en el art. 13 ter.

Ahora bien, el propio art. 13 bis última parte determina que: *“Si el Ministerio Público decide que no procede la aplicación de una regla de disponibilidad de la acción, la decisión no será susceptible de impugnación alguna”*. He aquí el problema procesal referido en el párrafo anterior.

Imaginemos una situación hipotética: El imputado Martínez se encuentra imputado del delito de defraudación por el uso indebido de datos de tarjeta de crédito (art. 173 inc. 15 del CP), por haber obtenido, mediante maniobras engañosas, los datos de la tarjeta de crédito de la víctima González para luego, con esos datos y haciéndose pasar por González, adquirir en su nombre productos por la suma de \$20.000 a través de compras por internet.

Así las cosas, en el marco del proceso penal en marcha, Martínez arriba a un acuerdo conciliatorio con la víctima titular de la tarjeta de crédito y le hace entrega de \$20.000 y \$5.000 extra por todo otro problema que le pudiera haber ocasionado. Ahora, ambos presentan dicho acuerdo al fiscal de instrucción interviniente a los fines de que, habida cuenta del acuerdo conciliatorio arribado mediante el cual se reparó el perjuicio ocasionado, aplique el criterio de oportunidad e inste el sobreseimiento de Martínez ya que González se ve satisfecho en su pretensión.

Imaginemos que ante dicho pedido, el Fiscal de instrucción interviniente, mediante un decreto no hace lugar al pedido efectuado por las partes y niega la aplicación de un criterio de oportunidad decidiendo continuar con la investigación.

La solución parece encontrarse rápidamente en el art. 13 bis última parte, tema referido párrafos más arriba, en cuanto propugna que en caso de que el Fiscal de instrucción decida no conceder la aplicación de un criterio de oportunidad, dicha decisión no es susceptible de recurso alguno por la parte agraviada.

Como primer punto, consideramos que la norma referida establece una regla limitativa de impugnabilidad, estableciendo específicamente que dicha decisión no es recurrible, por lo tanto, en caso de que la parte agraviada se oponga a dicho decreto (art. 338 del CPP), el mismo debe ser declarado inadmisibile por el Juez de Control atento a que es inimpugnable objetivamente sin más trámite. La única manera de que la parte agraviada pueda abrir la competencia del Juez de Control es solicitando que se declare la inconstitucionalidad de dicha regla limitativa (art. 13 bis última parte del CPP).

Como segundo punto, es importante dilucidar qué debe hacer el juez de control respecto de ese decreto que deniega el criterio de oportunidad.

Al respecto, sostenemos que la solución correcta es la siguiente: Si bien el propio legislador sentó como regla que la resolución fiscal denegando la aplicación de un criterio de oportunidad es inimpugnable objetivamente, ello no obsta a que el órgano jurisdiccional efectúe un control de legalidad de dicha decisión. Para ello debemos acudir a la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal Provincial respecto a la suspensión de juicio a prueba -ya que también es un supuesto de disponibilidad de la acción penal y por lo tanto analogable a la cuestión planteada-, en la que tiene dicho lo siguiente: "...el caso de suspensión de juicio a prueba, que es, precisamente, uno de los supuestos de extinción de la acción penal por disponibilidad de la misma prevista en el art. 59 CP (reformado por Ley 27.147), este Tribunal sostuvo que en relación al dictamen fiscal, la Sala Penal ha sostenido en reiteradas oportunidades que el consentimiento del Fiscal resulta insoslayable para habilitar la suspensión del juicio a prueba del art. 76 bis, 4to. párrafo CP (TSJ, Sala Penal, "Oliva", S. n° 23, 18/4/2002; "Gómez", S. n° 160, 7/11/2006; "Smit", S. n° 35, del 14/3/2008; "Trucco", Sent. n° 140, 15/04/2016, entre otras).

Si el Fiscal dictamina negativamente el enunciado normativo que proclama el referido requisito, contiene una regla *semánticamente autosuficiente*, exenta de vaguedades o ambigüedades que lleven a confusión. De consiguiente, la gramaticalidad de la norma *perjudica insanablemente* una

interpretación distinta y se erige en vallado que impide la apelación a todo otro canon de interpretación en procura de arribar a una tésis diferente, salvo que, debido a su *palmaria irrazonabilidad* o su *total falta de fundamentación*, consolide el ejercicio arbitrario de una función que le es propia al acusador -la requirente-, o bien, cuando sin llegar a esos extremos, la negativa se sustenta en una *interpretación errada de una cuestión normativa*, cuyo alcance se encuentra intensamente controvertido a nivel doctrinario y jurisprudencial inclusive en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (TSJ, “Almada”, S. n° 243, 30/06/2015). En tales casos, el Tribunal podrá prescindir, en forma excepcional, de la verificación del requisito legal y conceder la *probation* aun cuando el representante del Ministerio Público se haya expedido en sentido contrario.

En caso de contar con el consentimiento del Fiscal, la conformidad del representante del Ministerio Público no obliga al Juez o Tribunal a la concesión automática de la suspensión del juicio a prueba, pues éste inexorablemente deberá efectuar un *control de legalidad*, consistente en la verificación del cumplimiento de las condiciones legales que el legislador ha establecido como requisitos para su procedencia (TSJ desde el precedente “Segura”, S. n° 107, 04/05/2009).

Comparadas ambas líneas jurisprudenciales, corresponde destacar que coinciden en que si bien el Ministerio Público es quien constitucional y legalmente ejerce la acción penal pública, la negativa o la conformidad contraria a las exigencias legales no puede tener efecto vinculante para la decisión jurisdiccional, por los límites que el propio orden jurídico impone, al requerir determinados requisitos para la obtención de la suspensión del juicio a prueba en lugar de dejarla librada a una exclusiva valoración de conveniencia político criminal y, también, al imponer determinadas exigencias de fundamentación de los dictámenes en base a reglas formales y materiales.

Empero ese control de legalidad jurisdiccional, tanto ante un dictamen fiscal negativo o favorable, no debe avanzar en lo que configura materia propia de

la función del acusador, lo que sucedería si en lugar de ceñirse a la verificación de los requisitos legales, la concesión o rechazo de la suspensión del juicio a prueba contraria al dictamen se fundase en una ponderación diferente de política criminal en la persecución penal. Esta sustitución configuraría una confusión en las funciones de acusar y juzgar que cuenta con basamento constitucional y es, en definitiva, uno de los rasgos que define al modelo acusatorio.

Ya antes del precedente “Trucco” reseñado, esta Sala sostuvo, en relación con la necesidad del consentimiento del fiscal para habilitar la suspensión del juicio a prueba, que tal tesitura es consecuencia de la vinculación de este instituto con el principio procesal de *oportunidad*. Evidentemente, puesto que rigen aquí los criterios de política criminal que hacen a la oportunidad de mantener la persecución penal, “deben quedar en manos exclusivas del órgano promotor de la acción y no de quien ejerce la jurisdicción, y el Tribunal no está habilitado para examinar la razonabilidad del pedido o de la oposición” (cfr. García, Luis M., “*La suspensión del juicio a prueba según la doctrina y la jurisprudencia*”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año II, nros. 1 y 2, Ad Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 365; en igual sentido, De Olazábal, Julio, *Suspensión del proceso a prueba*, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 75) (TSJ, Sala Penal, “Etienne”, S. n° 103, 17/10/2003; “Rodríguez”, S. n° 46, 31/05/2004; entre otros)...”⁷

Entonces, de acuerdo con la jurisprudencia citada, el Juez de Control debe efectuar un control de legalidad sobre la decisión tomada por el Representante del Ministerio Público Fiscal, ya sea que la misma haya sido por la denegatoria o la concesión de la aplicación de un criterio de disponibilidad de la acción penal.

En virtud de ello y volviendo a nuestro caso imaginario planteado, si realizado un control de legalidad sobre la resolución fiscal, en caso de advertirse que la misma, debido a su *palmaria irrazonabilidad* o su *total falta de fundamentación*, se torna una resolución arbitraria -que la invalide como acto

⁷ “Reynoso”, TSJ, Sent. n° 515, 24/11/2016.

requirente válido-, el Tribunal de contralor *debería* declarar la nulidad del dictamen fiscal negativo.

Asimismo, cabe aclarar que resulta limitada la intervención del Juez de Control. No puede ordenar al Fiscal de Instrucción que aplique un criterio de oportunidad, solo puede anular la resolución que la deniegue si la misma es arbitraria, lo que debe ser analizado siempre en el caso concreto.

Así, en caso de resultar arbitraria la denegatoria fiscal la misma debe ser declarada nula, mientras que, en caso de resultar válida, la misma resulta vinculante.

¿El enunciado del art. 13 *ter* es taxativo o enunciativo?

Como otro problema procesal a analizar, optamos por intentar dilucidar si la enunciación efectuada en el art. 13 *ter* del CPP, en cuanto regula los supuestos de exclusión de los criterios de oportunidad, es enunciativa o taxativa.

El problema se plantea ya que el legislador reguló los supuestos en que sería aplicable un criterio de oportunidad (entre los que se encuentra la conciliación) como así también los supuestos en que no podría aplicarse el criterio de oportunidad. Es decir, debemos pensar en un caso concreto en el que si bien se daría el supuesto de procedencia de un criterio de oportunidad -por ejemplo por conciliación-, en caso de darse un supuesto de improcedencia -por ejemplo porque se afecta el interés público-, no sería posible cerrar el proceso anticipadamente.

Entonces, durante el estudio del instituto procesal de los criterios de oportunidad, hemos encontrado buenas razones para sostener que la enunciación efectuada por el legislador en el art. 13 *ter* de los supuestos de improcedencia, es enunciativa, por lo que existe la posibilidad de crearse otros supuestos además de los ya regulados.

Como primera razón y como argumento de autoridad, compartimos lo manifestado por Buteler al expresar: “...*El art. 13 bis CPP establece que el Ministerio Público “podrá” disponer (o no) de la acción penal de darse los*

requisitos de los distintos supuestos allí previstos, sin establecer ningún vínculo entre ello y lo que luego establezcan las reglas de exclusión del art. 13 ter del CPP. La norma señala, además, que esa decisión del Ministerio Público de no disponer de la acción penal en esos casos, no será susceptible de impugnación alguna (art. 13 bis –último párrafo- del CPP)...Ello es razonable a partir del carácter excepcional de estos institutos –ante la regla del castigo-, la titularidad que ejerce el Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal y las facultades de interpretación de la nueva ley que se otorgan al Fiscal General en el marco de sus instrucciones generales (art. 13 ter último párrafo del CPP)... Esta posibilidad se comprende cuando reparamos en que, debido a ese carácter excepcional de la disponibilidad y su operatividad en un marco inevitable de selectividad –buscando racionalizarla-, su aplicación supone no sancionar aquellos delitos que por distintas circunstancias pueden considerarse menos necesitados comparativamente de pena. De modo que, como vimos, los supuestos de exclusión del art. 13 ter, operan como excepciones a la excepción a la regla del castigo de todo delito. Pues bien, eso es lo que autoriza a que, más allá de la rica enumeración contenida en dicha disposición (art. 13 ter), el art. 13 bis autorice al Ministerio Público a considerar otras circunstancias para no disponer de la acción penal, pese a concurrir alguna de sus hipótesis. Aunque, para ello, estos elementos tendrán que ser idóneos para neutralizar las inferencias de menor necesidad comparativa de pena derivadas de los institutos específicos del art. 13 bis, que de este modo se dejan de aplicar en contra de los intereses del imputado...”⁸

En efecto, existen supuestos que no se encuentran enumeradas como causal de exclusión en el art. 13 ter y que, entendemos, resultan idóneos para neutralizar las inferencias de menor necesidad comparativa de pena derivada de los institutos dados en el art. 13 bis.

⁸ Buteler, Enrique R. “Disponibilidad de la acción penal y suspensión del proceso a prueba en Córdoba Ed. Mediterránea; Pág. 82,83.

El Fiscal de instrucción interviniente puede negar la aplicación de un criterio de oportunidad por un supuesto nuevo: *política criminal*, argumentando que los delitos informáticos deben ser especialmente perseguidos atento a que desvirtúan el sano uso de la tecnología, como así también podría hacerse hincapié en cómo puede afectar al mercado económico la pérdida de confianza que puede generar la utilización de tarjetas de créditos como medio de engaño. Cabe aclarar que depende de la fundamentación otorgada por el órgano instructor, en cuanto logre argumentar que en el caso concreto las razones de política criminal resultan idóneos para neutralizar las inferencias de menor necesidad comparativa de pena derivada de los institutos dados en el art. 13 bis.

Ahora, como segunda razón, entendemos que el legislador provincial, al momento de enumerar supuestos de carácter taxativo en la reforma introducida, lo hizo de manera expresa y clara tal como sucede en el art. 13 ter inc. 2, donde expuso: *“No corresponderá la aplicación de las reglas de disponibilidad de la acción: 1)...2) Cuando el hecho haya producido una afectación al interés público. Este solo se considerará afectado cuando en el caso concreto se puede estimar que...a), b) y c)”*. En este supuesto, al utilizar el vocablo “solo”, para luego describir los supuestos en que se considera afectado el interés público, impide interpretar que la misma sea de carácter enunciativo. Sucede lo contrario en el mismo art. 13 ter, donde el legislador provincial expuso: *“No corresponderá la aplicación de las reglas de disponibilidad de la acción”* sin incluir ningún vocablo que permita inferir que los supuestos que a continuación enunció sean de carácter taxativo como lo hizo en el inc. 2.

De ello se advierte que, cuando el legislador quiso hacer una enunciación de carácter taxativa así lo dispuso expresamente. De ello concluyo que, la enumeración de los supuestos que excluyen la posibilidad de aplicar un criterio de disponibilidad de la acción penal, es meramente enunciativa.

Asimismo, y como tercera razón, deviene necesario comprender uno de los motivos de por qué se instauraron los criterios de oportunidad en el Código Procesal Cordobés.

La principal es de tinte práctico y hace a la vida diaria de la Justicia. De acuerdo con el principio de legalidad, todos y cada uno de los hechos delictivos que hayan sido cometidos deben dar inicio a una investigación penal. Ello, evidentemente, es imposible. Frente a esa realidad, en la que los recursos materiales, humanos, tecnológicos, etc. son insuficientes para dar respuesta a todos los hechos delictivos que se hayan cometido –y ni siquiera aquellos que tuvo conocimiento el estado- es importante contar con una herramienta legal, como son los principios de oportunidad, que permitan al titular de la acción penal prescindir de iniciar o continuar con una investigación a los fines de eficientizar los recursos con que cuenta y tratar aquellos casos que entienda deben tener ésta respuesta.

Es una realidad que muchas de las causas que se inician terminan prescriptas atento a la imposibilidad de dar respuesta a las mismas. Ahora, a través de la última reforma del Código Procesal Penal Cordobés, el Fiscal va a contar con esta herramienta procesal para dar un marco de legalidad a esta decisión de no iniciar o no continuar la investigación y que la misma no quede sin investigar destinada a la prescripción. Es decir, con este instituto procesal, el Ministerio Público tiene la facultad de redirigir sus recursos e investigar aquellas causas que entienda merecen respuesta punitiva de esta forma.

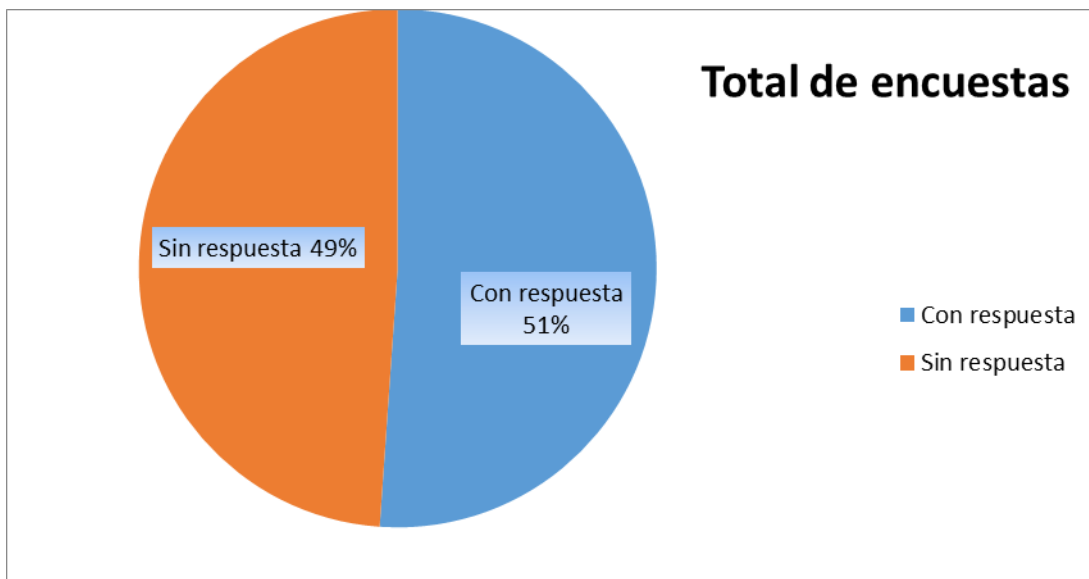
Entonces, si el titular de la acción penal, dando razones de ello, decide continuar una investigación penal pese a que se dé alguno de los supuestos de procedencia de disponibilidad de la acción penal, puede hacerlo, siempre y cuando no resulte una decisión caprichosa e infundada. Ello es así, aun cuando las razones por las que niegue la aplicación de un criterio de oportunidad no se encuentren enunciadas en el art. 13 ter., siempre que demuestre la mayor necesidad comparativa de pena en el caso concreto toda vez que ello es una atribución facultativa propia del órgano requirente.

De ello se deriva que, si el legislador le otorgó esta facultad al Ministerio Público Fiscal, resultaría contradictorio que se torne obligatoria su aplicación cuando se dé el supuesto de procedencia y no se encuentre en los casos excluidos

-si es que, de manera fundada, el Sr. Fiscal da razones por las cuales entiende que merece la continuidad del proceso penal-. Entonces, mal podría, por un lado, otorgársele una facultad discrecional y por otro, obligarlo.

IV: ¿Cómo se aplicó en Córdoba?

A los fines de ver el impacto que había tenido la modificación introducida en cuanto a las nuevas causales de extinción de la acción penal y en particular de los criterios de oportunidad estipulados en la legislación procesal de Córdoba, es que se realizó una encuesta en la que se entrevistó a un total de 45 magistrados, de los cuales 23 respondieron las preguntas de la encuesta, mientras que los restantes 22 no lo hicieron por diferentes cuestiones, resultado que arroja un 51% de encuestas con respuesta y un 49% sin.⁹

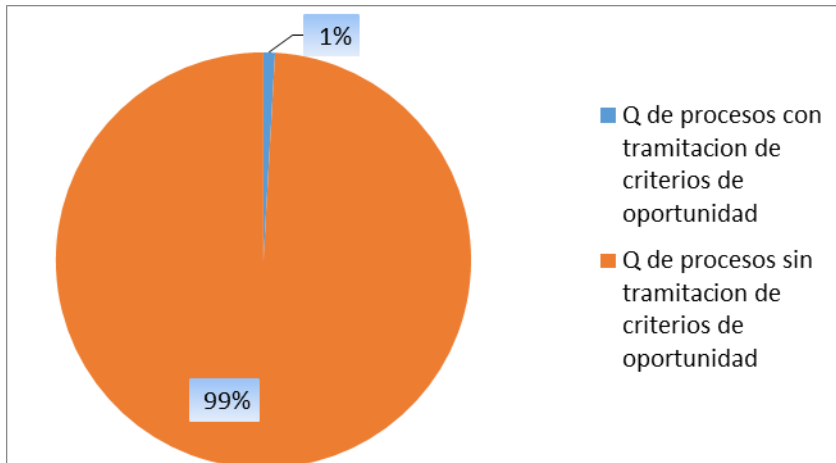


⁹ Las encuestas fueron realizadas en el año 2018 en base a casos aplicados durante los años 2017 y 2018.

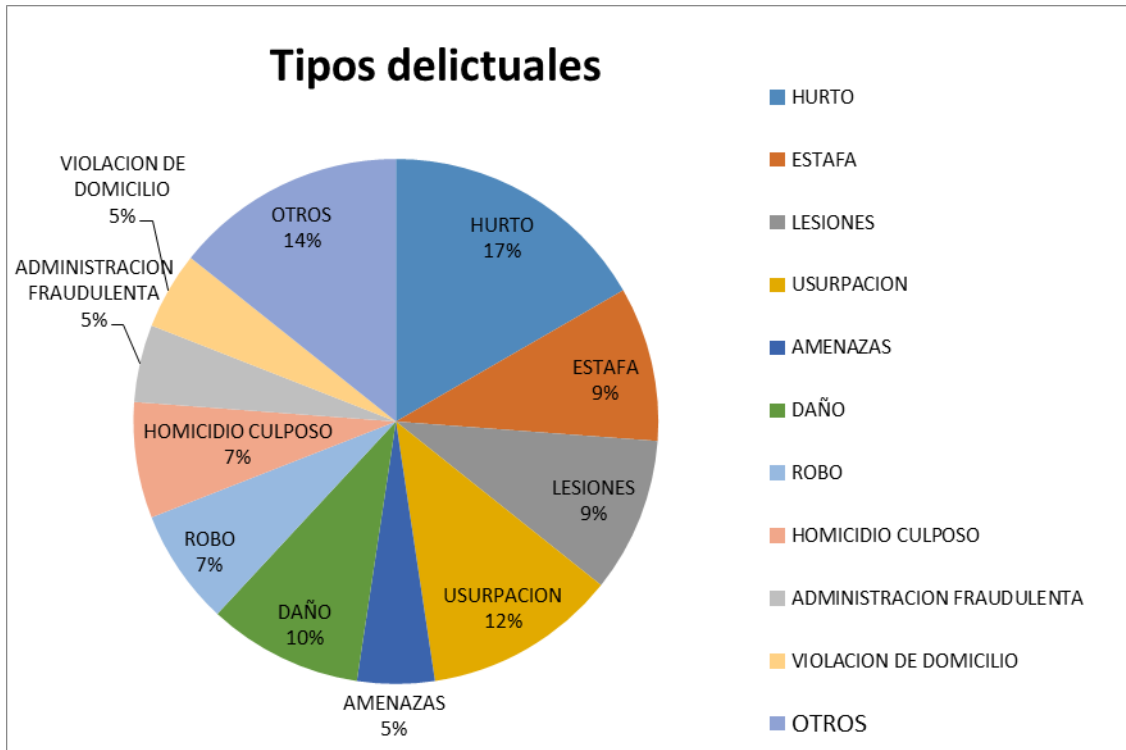
De los datos colectados, se advierte que, de la totalidad de respuestas obtenidas, un 57% tiene en su Fiscalía o Juzgado de Control a cargo, ciertos procesos que se tramitan con la aplicación de alguno de los criterios de oportunidad, mientras que en el 43% restante no se tramita ninguna causa con dichas características.



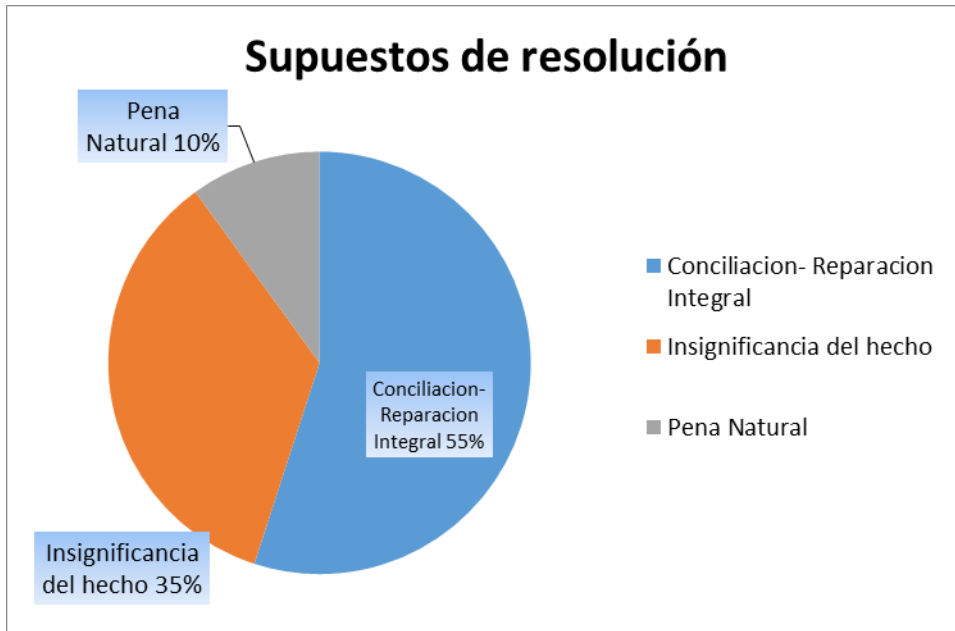
Asimismo, al efectuar los investigadores un análisis numérico respecto a las cantidades de causas en las que se aplica algún criterio de oportunidad en comparación a las cantidades totales de procesos tramitados por las Fiscalías y Juzgados de Control de Córdoba Capital, no se pudo establecer un porcentaje tal, toda vez que los encuestados respondieron con diferente interpretación, lo que no arroja datos objetivos de la totalidad de causas ingresadas en cada oficina, aunque destacan que a pesar de no tener un porcentual preciso, el mismo parece ser insignificante, lo que estimativamente y en función de las respuestas obtenidas se grafica más abajo.



Al ser interrogados los entrevistados respecto a los tipos delictuales sobre los que versan los procesos en los que se aplican criterios de oportunidad, los mismos indicaron que en su mayoría versan en *delitos contra la propiedad* tales como, Hurto (17%), Robo (7%), Usurpación (12%), Daño (10%), Estafa (9%) y Administración fraudulenta (5%). En menor porcentaje se da en *delitos contra las personas o la vida* como en el caso de Lesiones (9%) y Homicidios culposos (7%) y en *delitos contra la libertad* como las Amenazas (5%) y Violación de domicilio (5%) y por último en otros tipos penales (14%) diferentes a los apuntados.

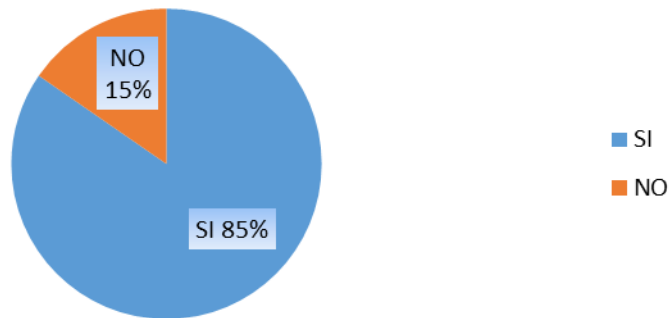


De aquellas Fiscalías y Juzgados de Control que tramitan procesos en los que se debate la aplicación de algún criterio de oportunidad, el 55% de los casos se subsumen en el supuesto del inc. 5 del art 13 bis del CPPC, esto es *conciliación entre las partes/ reparación integral del perjuicio causado*, el 35% responde al supuesto del inc. 1 del art 13 bis del CPP, esto es *hecho insignificante*, mientras que el 10% restante son casos que quedan contemplados en el inc. 3 del art 13 bis del CPP, esto es *pena natural*.

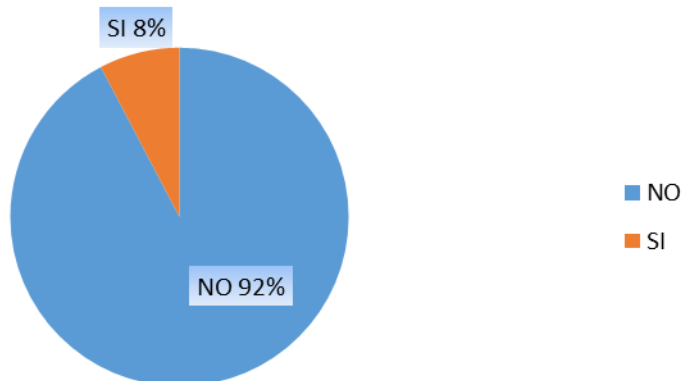


Frente al interrogante que mencionaba si en alguno de los procesos tramitados en los que se esté aplicando algún criterio de oportunidad se ha llegado a notificar a la víctima de ello, el 85% de los entrevistados respondió de manera afirmativa mientras que el restante 15% indicó que no había llegado a notificar a la víctima. En relación con esto último, los encuestados respondieron que de las víctimas notificadas *solo un caso* (lo que representa el 8%) *recurrió al Fiscal General* por discordancia.

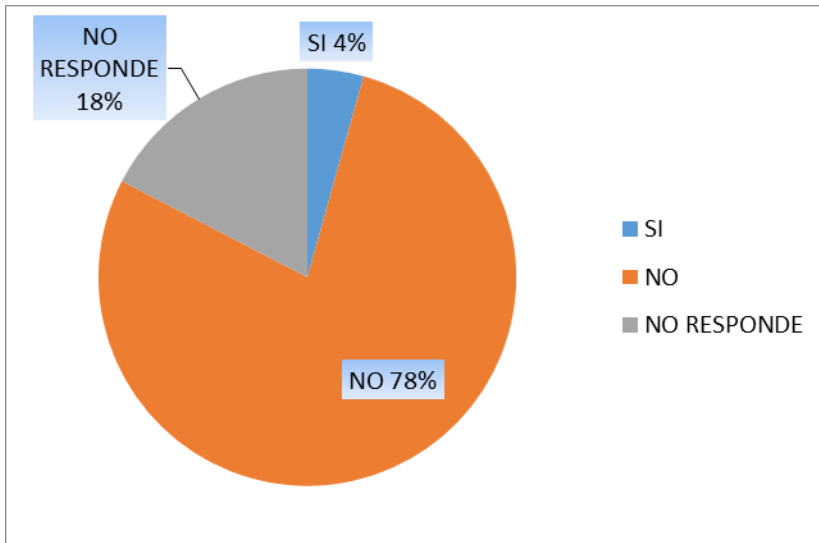
Notificación a la víctima



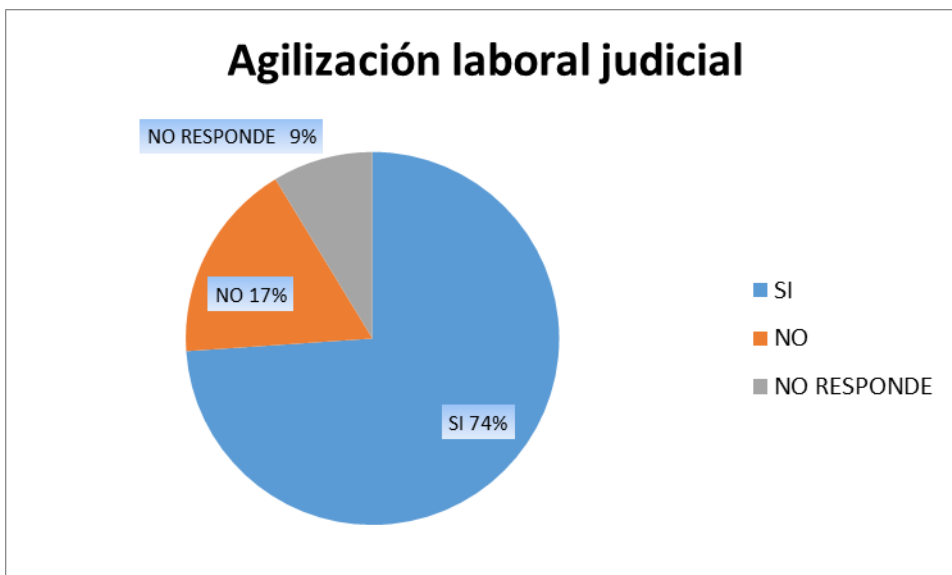
Discordancia ante el Fiscal General



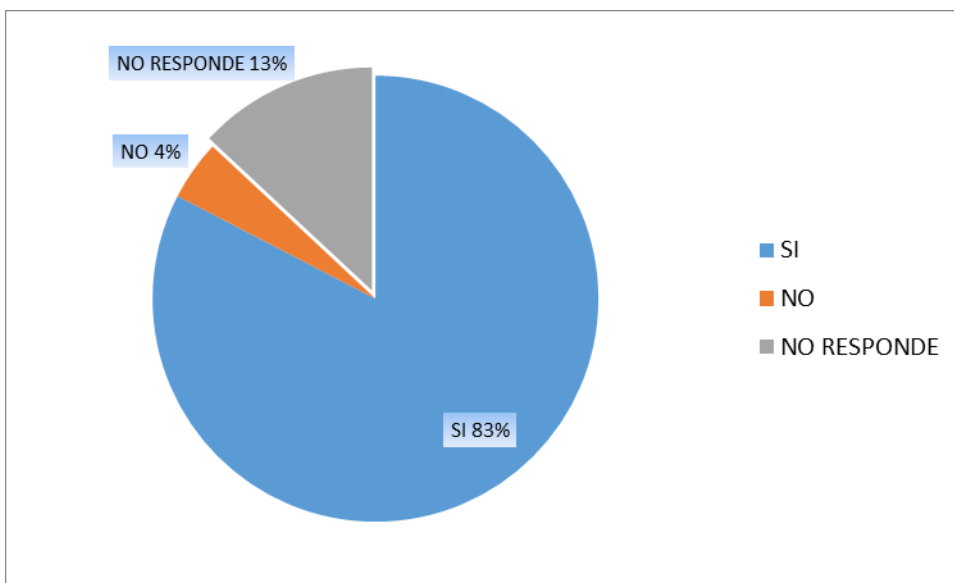
Por su parte, se le solicitó a los encuestados que indiquen, de acuerdo con su opinión, si consideran que se están aplicando los criterios de oportunidad en todos los casos en los que puede hacerse, es decir en los supuestos enumerados del art 13 bis del CPPC, respondiendo un 78% que NO, un 4% que Si y un 18% NO RESPONDE al interrogante.



Al ser sondeados sobre la opinión que les conlleva la incidencia en la agilización de la labor judicial con la implementación de los criterios de oportunidad, en el 74% de los casos los magistrados respondieron que es una herramienta que agiliza la labor judicial, en cambio el 17% considera que NO lo es, mientras que el 9% restante NO RESPONDE a la pregunta.

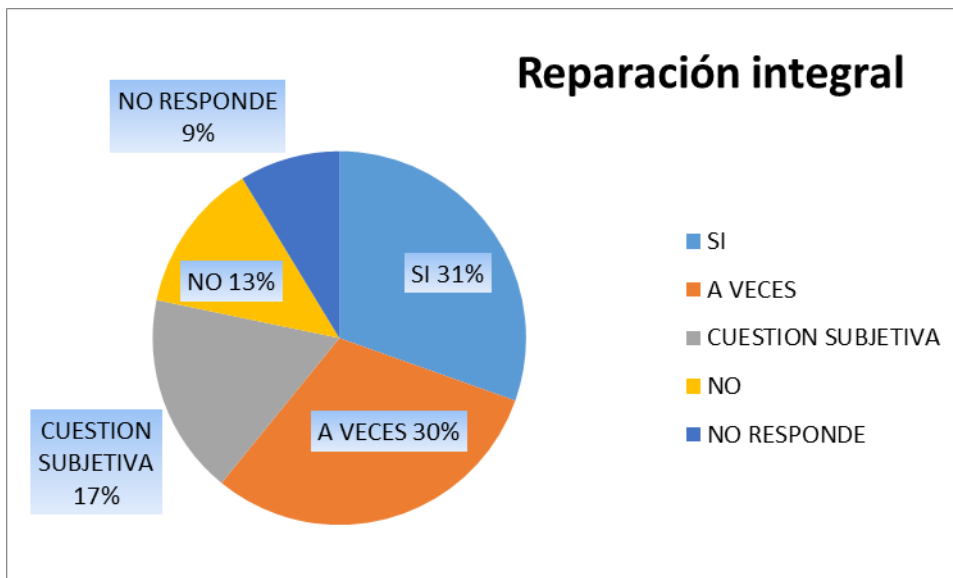


Al grupo encuestado se les efectuó también el siguiente interrogante: Desde la óptica del principio de tutela judicial ¿cree usted que éste, se ve satisfecho con la disponibilidad de la acción penal tal y como está planteada en la reforma de nuestro CP específicamente en su art 59 incs. 5, 6 y 7? Un primer grupo, que representa el 83% de los casos, respondió que, si se ve satisfecho, el 13% no responde al interrogante y solo el 4% restante indico la incompatibilidad del principio de tutela judicial con el de disponibilidad de la acción penal tal como está legislado en nuestro CP.



En relación a la reparación de daños causados a las víctimas o reparación integral del perjuicio causado, uno de los principales objetivos del instituto estudiado, los entrevistados fueron interrogados respecto a si creen que la aplicación de los criterios de oportunidad realmente repara el daño causado a la víctima, se obtuvo como dato estadístico de tal interrogante que el 30% de los magistrados cree que dependiendo del caso, en algunas ocasiones ese perjuicio se ve reparado mientras que en otras ocasiones no, el 31% cree que SI se repara el daño ocasionado a la víctima, el 13% considera que en NINGUN caso, el 17% manifiesta que la

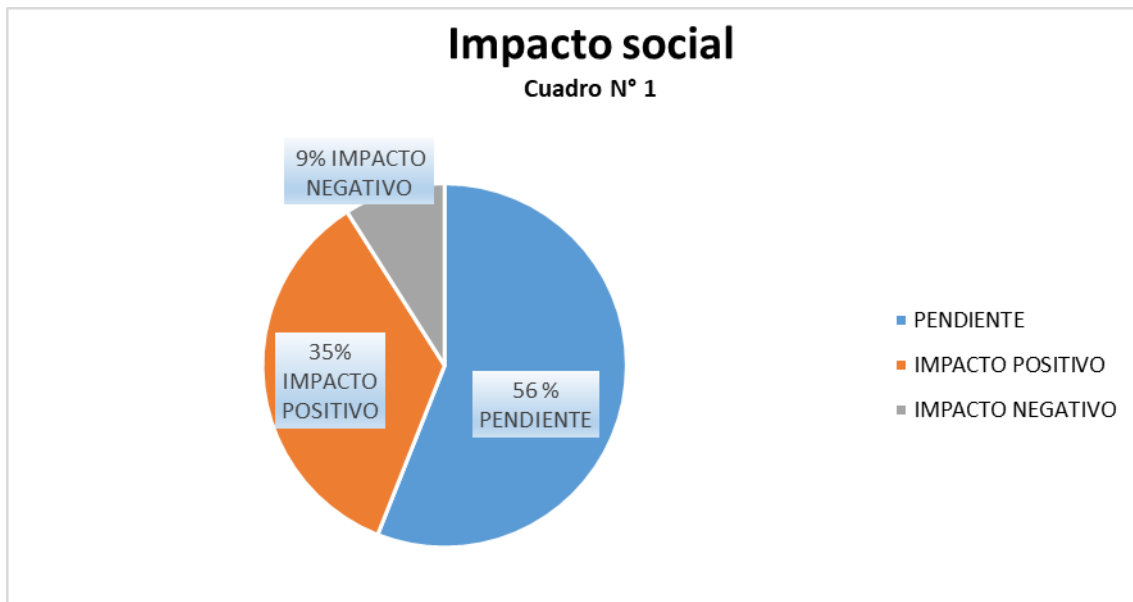
reparación del daño es un elemento subjetivo y particular en cada caso, razón por la que un magistrado no puede evaluarlo, finalmente el 9% restante no responde al interrogante.



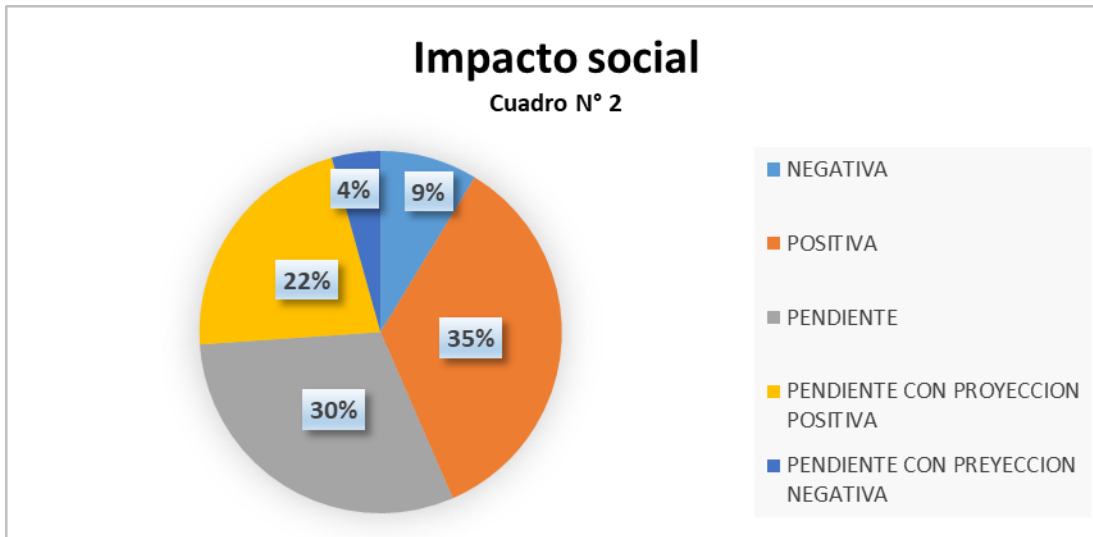
Por último, en las respuestas aportadas por los entrevistados respecto al impacto social que trae aparejada la aplicación de criterios de oportunidad, los investigadores advirtieron que en general no se tienen datos específicos del impacto social que produce la aplicación de criterios de oportunidad ya que al ser tan incipiente y novedoso el instituto, en muchos casos no han llegado incluso a ser requeridos.

En el siguiente cuadro – **Impacto Social Cuadro N° 1** - se observa que del total de encuestados se desprende que el 56%, considera que aún no hay datos precisos o significativos para poder vislumbrar cual es el impacto social del instituto incorporado tras la reforma, en tanto el 35 % considera que el impacto social es positivo, mientras el restante 9% considera que el impacto social de la aplicación de los criterios de oportunidad que da el nuevo sistema es negativo mencionando en sus respuestas diferentes razones, volcando sus críticas principalmente a los reclamos de punición efectiva por parte de la sociedad y a

los extremos en los que tales criterios fueron fijados en nuestro ordenamiento procesal que, consideran, hace casi imposible su aplicación.



En el cuadro N° 2 podemos observar el porcentaje de entrevistados que a pesar de considerar pendiente la ponderación del impacto social que trae aparejada la aplicación de los criterios de oportunidad, vislumbraron una proyección en algunos casos positiva y en otro, negativa.

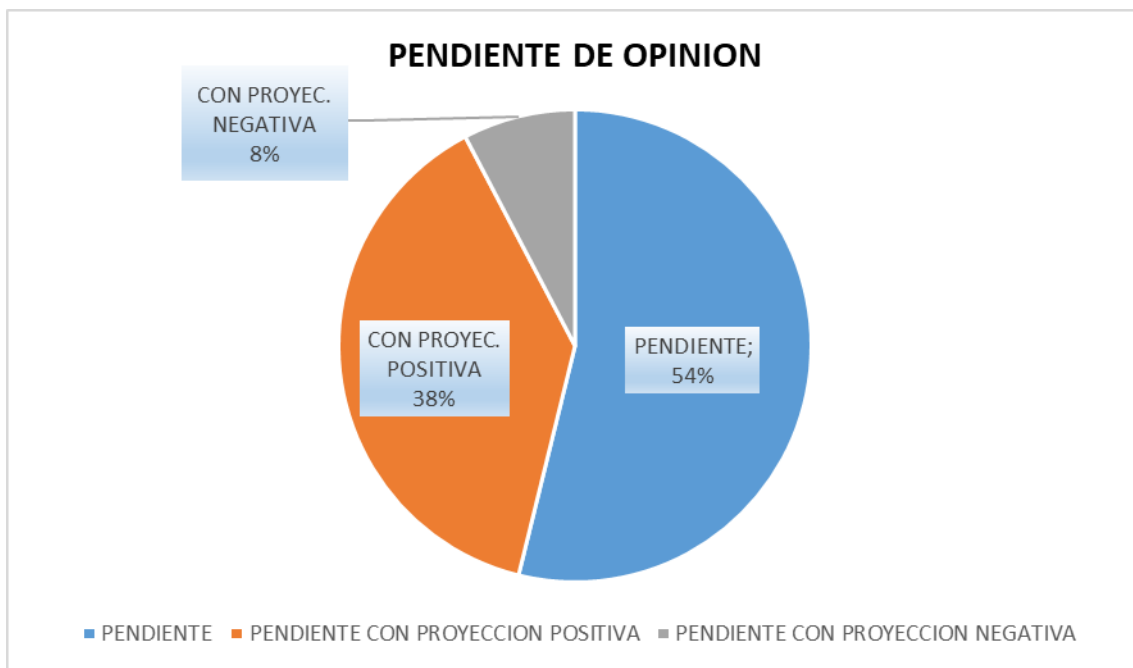


Del análisis de los datos que se observan en el **cuadro N° 2 Impacto social**, se advierte que, del total de magistrados entrevistados, el 30% aún no ha formado su opinión en relación con el impacto social por diferentes razones, pero principalmente indicaron en algunos casos la no aplicación del instituto, en tanto otros hicieron mención a la poca o escasa cantidad de casos en los que se aplica actualmente por su incipiente incorporación al sistema judicial penal y por ultimo debido a la imposibilidad de aplicar tal instituto en función del fuero especializado en que algunos se desempeñan.

Continuando con el análisis, en el grupo de magistrados que perciben una proyección positiva en el impacto social, quienes representa un 22% del total de los entrevistados, hay una tendencia a creer que con el paso del tiempo y a medida que la aplicación de criterios de oportunidad avance, los resultados en el impacto social serán positivos. Así algunos de los magistrados remarcaron la utilidad de tal herramienta para agilizar la labor judicial y con ello la resolución de casos dentro de sus oficinas, otros indicaron su utilidad para dar respuestas efectivas a los requerimientos de los damnificados y de la sociedad en general que clama por una justicia material y reparadora con pronta respuesta a quienes acuden a ella. Otros hacen hincapié en que con la aplicación de criterios de

oportunidad la labor judicial brinda rápida y efectivamente una respuesta a los problemas sociales en los que se plantea la aplicación del instituto y apenas un 4 % de los encuestados, manifestó que la proyección del impacto social era negativa.

Finalmente, se observó que del grupo de entrevistados que refirieron tener pendiente su análisis respecto al impacto social (que representa al 56% de los magistrados entrevistados), el 54% indicó que aún no hay datos objetivos para analizar el impacto social, en tanto el 38% exteriorizó que, aunque no se puede verificar el impacto social en la actualidad, la proyección a futuro es positiva y por último un reducido porcentaje que considera que la proyección a futuro de tal impacto es negativa (8%).



V: Conclusiones

De acuerdo con el análisis realizado en la presente investigación, concluimos que, la incorporación de las nuevas causales de extinción de la acción penal comprende formas modernas de resolver conflictos penales.

Estos métodos, que resultan ser modos más rápidos y eficaces a la hora de resolver ciertas controversias, vienen a solucionar problemas que la justicia tiene como tarea pendiente, esto es acercar soluciones eficaces, en tiempos más ágiles y acordes a las necesidades de los sujetos vinculados al proceso.

Como todos sabemos, las demoras y retrasos en los procesos, hacen que la opinión pública descrea en la justicia, en los tiempos que la misma promete y que los procedimientos den una solución satisfactoria a las partes vinculadas al proceso.

Por todo ello consideramos que, de algún modo, estas nuevas incorporaciones, vienen a resolver un reclamo que demanda soluciones en tiempo y forma más rápida.

Por último, y en base a lo verificado en las encuestas realizadas para la presente investigación, notamos que, en los tribunales bajo análisis, la recepción de los nuevos mecanismos ha sido positiva. Como su sanción es bastante incipiente, por el momento es insignificante el número de procesos que concluyen con alguno de los modos incorporados al artículo 59 del Código Penal, puesto que, como cualquier modificación, necesita de tiempo para verse reflejada en un mayor número de causas.

En cuanto a la valoración personal de los magistrados, vemos que la concepción de los mismos en relación al tema es positiva en su mayoría, tomando en cuenta no solo a aquellos que lo aplicaron con resultado efectivo sino también a quienes, a pesar de no tener resultados por el momento o por la temática en la que son competentes es de imposible aplicación, consideran estos institutos una incorporación novedosa y que de ser bien aplicada trae aparejados grandes resultados no solo para el aparato judicial sino también para los sujetos

intervinientes en un proceso, quienes consiguen resoluciones acordes a sus intereses particulares o de la sociedad en general, en tiempos más cortos y con formas que verdaderamente reparan el daño causado o que, por lo menos, intentan volver las cosas al estado anterior al hecho por el cual se inicia la contienda.

VI: Recomendaciones

Verificamos que los nuevos institutos generan en los operadores judiciales la percepción que agilizan los tiempos en la administración de justicia.

Sin embargo, hemos advertido que las previsiones limitativas para su procedencia pueden generar que en muchos casos su puesta en práctica se vea dificultada e incluso imposible. Veamos las siguientes observaciones y las eventuales recomendaciones que analizamos.

- 1- La pena de inhabilitación de acuerdo con la actual redacción del art. 13 ter del CPP de Córdoba, se erige como una causal de exclusión en la aplicación de criterios de oportunidad o en la posibilidad de disponer de la acción penal por otras causales. Es dable destacar que idéntica postura tuvo el legislador al establecer las restricciones a la aplicación de la suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis y ss del CP), que como sabemos constituye otra de las salidas alternativas a la imposición de una pena para concluir el proceso penal.

Sin embargo, esta exclusión del régimen de la suspensión del juicio a prueba de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación ha sido cuestionada, incluso ha sido tachada de irrazonable, dado que resulta mucho más leve que la pena de prisión. Como es sabido, el fundamento dogmático de la limitación radica en contrarrestar los peligros emergentes de la persistencia del imputado en la actividad para la que se encontraba habilitado. No obstante, ese objetivo preventivo puede alcanzarse con la imposición de una regla de conducta que tenga en miras la neutralización del riesgo de la actividad.

Esa fue la solución que la jurisprudencia postuló para hacer operativa la suspensión del juicio a prueba en esos casos. Así, debe tenerse presente que al fallar en la causa “Norverto, Jorge Braulio s/infr. Art. 302 C.P.” -N. 326, L.XLI,- la Corte Suprema aplicó el criterio adoptado en el fallo “Acosta” admitiendo tácitamente la posibilidad de aplicar el instituto también a los delitos reprimidos con pena conjunta y principal de inhabilitación. (CNCP, Sala III, 13/10/2009, “Pavan, Natalia Soledad”. En igual sentido: CNCP, Sala III, 5/10/2009, “Guharanca García, Rider”; CNCP, Sala I, 14/9/2009, “Fefer, Jorge Isaac”; CNCP, Sala I, 5/3/2009, “Mastroberti, María Fernanda”; CNCP, Sala I, 23/2/2011, “González, Gerardo”). Más aún, se ha dicho que la pena de inhabilitación puede suplírsela a través de las reglas de conducta (CNCP, Sala IV, 7/9/2010, “Fabre, Carlos Gustavo).

En éste último sentido también se expidió el Tribunal Superior de Justicia a través de la doctrina sentada en el precedente “Boudoux” (S. n° 36, 7/05/01), la cual fue precisada y reformulada del siguiente modo por el mismo tribunal en los autos “Abrile”, Sent. N° 55, 17/06/05, donde sostuvo: “La ‘doctrina Boudoux’ puede ser reformulada en los siguientes términos: “...si lo que justificó la exclusión de los delitos castigados con pena de inhabilitación, del beneficio de probation, fue el interés general en neutralizar el riesgo de la continuidad de la actividad, tal objetivo puede salvaguardarse eficazmente mediante la imposición de una regla de conducta que, justamente, neutralice el peligro que la continuidad en la actividad de que se trate puede significar para la vida en comunidad”.

En base a lo expuesto, si la pena de inhabilitación no se presenta como un impedimento infranqueable para la aplicación de la suspensión del juicio a prueba, consideramos que tampoco debería serlo para que resulten operativos los criterios de oportunidad. En consecuencia, sería recomendable erradicar esta causal de exclusión, habida cuenta que los

objetivos buscados por su imposición pueden ser resueltos por otros mecanismos alternativos, tal como se ha visto en el caso de la probation.

- 2- Estableciendo nuevamente un parangón entre la suspensión del juicio a prueba y los criterios de oportunidad, entendemos que la limitación de aplicar sólo una vez estos últimos carece de razonabilidad.

Ello, por cuanto el instituto de la probation contiene una previsión que habilita la posibilidad de acceder al beneficio por segunda vez, siempre que el nuevo delito hubiere sido cometido una vez transcurridos ocho años a partir de la expiración del plazo fijado para la suspensión del juicio del proceso anterior.

Razón por la cual, habida cuenta de las similitudes en la esencia de ambas herramientas, no encontramos una justificación plausible que legitime reducir a una sola ocasión la operatividad de la disponibilidad de la acción.

Por consiguiente, sería aconsejable flexibilizar esta limitación, instaurando como en el caso de la suspensión del juicio a prueba un periodo de tiempo que debería transcurrir entre el cumplimiento de las condiciones del acuerdo y la nueva presentación.

- 3- También consideramos conveniente realizar una advertencia en lo referente al criterio de oportunidad previsto en el art. 13 bis incs. 1 y 2 del CPP relativo a aquéllos supuestos de menor significación o cuantía que pudieran presentarse.

En efecto, el menor grado de injusto de la maniobra a nuestro entender supone un análisis global que redunde en una ponderación en abstracto del delito, esto es, la pena conminada; pero también deben tomarse en cuenta aquellas particularidades que puntualmente la conducta adoptó en el caso concreto, sin soslayar por supuesto el grado de afectación al bien jurídico protegido en cuestión.

Esta consideración se efectúa en aras de establecer un elenco de parámetros a escudriñar en oportunidad de decidir la aplicación de este

criterio, que tengan como directriz los enfoques abstracto y concreto del hecho cometido.

- 4- Habida cuenta de las respuestas aportadas por los operadores judiciales consultados en las entrevistas de campo realizadas en la presente investigación, consideramos propicio que, a través de las instrucciones generales del Fiscal General, se incentive y propugne la aplicación de los institutos de disponibilidad de la acción en los casos correspondientes.

Es que, fue generalizada la visión de los agentes entrevistados en cuanto a la agilización que brindarían estos institutos a la labor judicial y, sin embargo, existiría cierta reticencia a aplicarlos en supuestos claramente encuadrables. De hecho, esto puede verse reflejado en los resultados que arrojaron las encuestas respecto a la insignificante cantidad de procesos en que se aplica algún criterio de oportunidad.

Asimismo, no puede dejarse de lado la opinión recabada en las entrevistas practicadas concerniente a que la aplicación de los criterios de oportunidad tal como se encuentra prevista en la normativa vigente respeta la tutela judicial efectiva. Razón por la cual genera desconcierto la escasa o nula aplicabilidad que han tenido en la praxis judicial.

Tal fenómeno puede explicarse en que la inserción de estos instrumentos viene dada por una profunda modificación del paradigma de administración de justicia y que, evidentemente, su desarrollo y evolución demandará tiempo y concientización. Por consiguiente, resulta necesario que en este proceso la cabeza del Ministerio Público fije pautas que alienten su utilización a través de instrucciones generales.