

# NOTAS ACERCA DE ALGUNAS CAUSALES DE SOBRESEIMIENTO

por *Mauricio E. Macagno*<sup>1</sup>

## ABSTRACT

*El autor analiza las condiciones legales y materiales para el dictado del sobreseimiento en distintos códigos procesales penales argentinos, en supuestos de imposibilidad de procedencia o de continuar con la investigación, por vencimiento de plazos legales, en virtud del archivo decretado por el fiscal de la causa y como consecuencia de una conciliación entre las partes o de la aplicación de algún criterio de oportunidad.*

**PALABRAS CLAVES:** sobreseimiento – proceso – investigación – conciliación - oportunidad

## INTRODUCCIÓN

El sobreseimiento, puede caracterizarse tanto como un pronunciamiento conclusivo del proceso penal previo al dictado de una sentencia que determine la responsabilidad penal del imputado, como un derecho del imputado emergente de su garantía de defensa, y concretamente, de su derecho de controlar la prueba de cargo y de ver resuelta su situación procesal en el plazo más breve posible, enfoque que hemos asumido hace ya tiempo<sup>2</sup>.

Con una visión más cercana con esta última visión del instituto, se ha intentado otorgar mayores espacios a los reclamos político-criminales sobre el funcionamiento del proceso penal, incorporando motivos para la procedencia del sobreseimiento que distan de la -hasta no hace mucho- inmutable y obligatoria persecución oficiosa. Para

salvaguardar los derechos del justiciable y poner un coto a la pretensión estatal, se estimó necesaria la incorporación a las leyes procesales penales de ciertas causales que determinan un cese del ejercicio de la acción penal, sea ésta pública o privada, que se suman a las ya tradicionales.

La necesidad expuesta no es novedosa, aunque sí lo sea la implementación legal de instrumentos de solución. En esta senda puede citarse el fallo “Mozzatti, Camilo y otro” donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la extinción de la acción penal pública por prescripción por haberse violado “el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve, a la situación de incertidumbre y de restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal”<sup>3</sup>. A pesar de que por imperio del antiguo art. 67 del Código Penal la acción penal se mantenía vigente, al resultar imprescindible resguardar las garantías del justiciable se buscó una salida con amplios fundamentos constitucionales que concluyó en el dictado de un sobreseimiento.

Así, el instituto del sobreseimiento resulta sumamente eficaz como válvula de escape para situaciones donde los derechos de los imputados se ven menoscabados, como para supuestos donde resulta imperioso adecuar el proceso a distintas pautas de política-criminal donde prima la opinión y los intereses de la víctima, donde se tenga en consideración la imposibilidad de continuar el proceso que se presenta como estéril para el titular de la acción penal, o porque se presente como irrazonable frente al paso del tiempo o de las consecuencias que la comisión del ilícito implicó para su ejecutor.

Tales son las razones por las cuales hemos de dar cuenta de algunos apuntes a ciertas hipótesis de sobreseimiento, dejando de lado –y para un trabajo de mayor envergadura- el estudio completo de las restantes causales de procedencia tradicionales.

### **Sobreseimiento por esterilidad investigativa, imposibilidad de procedencia o por vencimiento de plazos de la investigación**

Algunas leyes procesales contemplan la posibilidad de sobreseer cuando, una vez finalizada la etapa preparatoria, no se puede encausar el proceso hacia el estadio subsiguiente porque, objetivamente, no es posible relevar mayores elementos de prueba que los recolectados una vez iniciado el juicio. Esta modalidad no se basa en la certeza acerca del motivo de procedencia del sobreseimiento sino en la imposibilidad de que a través de nuevas probanzas se llegue a un resultado distinto al de una duda insuperable<sup>4</sup> como sucedió durante toda la tramitación de la investigación penal preparatoria. La certeza negativa es, entonces, “sobre la posibilidad de producir nuevas pruebas que disipen incriminatoria o desincriminatoriamente la duda imperante”<sup>5</sup>.

El art. 323 inc. 6° del Código procesal penal de la provincia de Buenos Aires regula esta causal de sobreseimiento del siguiente modo: “*habiendo vencido todos los términos de la investigación penal preparatoria y sus prórrogas, no hubiere suficiente motivo para remitir la causa a juicio y no fuese razonable objetivamente prever la incorporación de nuevos elementos de cargo*”. De manera similar, el art. 350 inc. 5° del Código procesal penal de la provincia de Córdoba, establece que procede el sobreseimiento cuando “*habiendo vencido todos los términos de la investigación penal preparatoria y sus prórrogas (337 y 346), no hubiere suficiente fundamento para elevar la causa a juicio (354) y no fuere razonable, objetivamente, prever la incorporación de nuevas pruebas*”.

El Código procesal penal catamarqueño, en su art. 346 inc. 5°, estipula que el sobreseimiento procederá cuando “*se ha agotado la investigación, sin que fuere razonable objetivamente, prever la incorporación de nuevas pruebas*”. También el art. 353 inc. 5° del Código procesal penal de Mendoza<sup>6</sup> establece que, “*considerada agotada la investigación o vencido el término de la investigación fiscal y sus prórrogas, no hubiere suficiente fundamento para elevar la causa a juicio y no fuere razonable, objetivamente, prever la incorporación de nuevas pruebas*” debe sobreseerse al imputado. El texto del art. 353 inc. 5° del Código procesal tucumano regula de igual manera este motivo de sobreseimiento. Con otra formulación, pero en igual sintonía, para los arts. 155 inc. 6° del CPP de Río Negro y 160 inc. 6° del CPP de Neuquén, “*si no existe la posibilidad razonable de incorporar nuevos elementos de prueba ni fundamentos para requerir la apertura a juicio*”, corresponde el dictado de una

conclusión anticipada del proceso. También el art. 289 inc. 2 del Código santafesino regula como motivo de archivo fiscal y de sobreseimiento, que podrá ser instado por el representante del Ministerio Fiscal una vez cerrada completamente la investigación, “cuando no hubiera suficientes elementos de prueba para fundar la requisitoria de apertura del juicio y no fuera razonable, objetivamente, prever la incorporación de nuevas pruebas”.

El Código procesal penal de Corrientes como el actualmente vigente en la Nación no contemplan esta causal de sobreseimiento -no obstante ser ésta la solución propuesta por parte de la doctrina nacional<sup>7</sup>-, lo que ha sido subsanado por el nuevo Digesto nacional -la ley 27063<sup>8</sup>-, donde su artículo 236 inc. e) la incorpora.

La causal en estudio es una forma de garantizar a la persona sometida a proceso que su situación verá una solución en el tiempo más corto posible<sup>9</sup>, y sin sometimiento a las dilaciones propias de su tramitación. La limitación temporal es más garantista que la impuesta a través del instituto de la prescripción en el Código penal<sup>10</sup>. Incluso Binder<sup>11</sup>, subrayando el carácter penoso del proceso penal para quien se ve sometido al él, postula el sobreseimiento como única solución a estas situaciones, no sólo por imperio del principio *in dubio pro reo* que hace efectivo el derecho del imputado a un proceso en un tiempo razonable, sino porque el menoscabo que sufre no puede extenderse más allá de lo razonable, “menos aún cuando no existe ninguna esperanza seria de que la situación pueda cambiar” en el juicio.

Para la procedencia de este motivo de sobreseimiento, es necesario que se hubieren dado cumplimiento a todos los plazos impuestos legalmente para el desarrollo de la investigación penal preparatoria, para lo cual habrá que recurrir a los preceptos regulatorios de cada uno de los digestos. En cuanto a la mención a “sus prórrogas”, no puede entenderse que el tiempo al que se refiere la disposición es el plazo completo al que se llega de sumar el real dispuesto para la etapa preliminar más el tiempo que en exceso, se habilita el ejercicio de la actividad fiscal o judicial, según sea el caso. Las prórrogas son plazos condicionados a determinadas circunstancias del proceso (complejidad de la investigación, pluralidad de intervinientes en el hecho delictivo, producción de pruebas en ajena jurisdicción, etc.) que autorizan a extender el normalmente previsto para la conclusión de la etapa preparatoria. Esta excepcionalidad es la que hace que las prórrogas sólo puedan ser ordenadas

judicialmente, luego de un examen de la existencia de los requisitos legales para su dictado y su necesidad para la búsqueda de la verdad en el proceso que encuentra sus límites en las garantías del justiciable. Por ello es que entendemos que las prórrogas sólo habrán de ser consideradas cuando hubieran sido dispuestas por el órgano jurisdiccional competente y no en abstracto como podría llegar a pretenderse de la literalidad de la cláusula ritual.

Aún cuando el art. 155 inc. 6° del Código rionegrino o el 160 inc. 6° del Digesto neuquino no aludan a la finalización de este período de recolección de elementos de convicción con miras al juicio, es de concluir que debe considerarse que la situación es similar a las otras normas estadales. La conclusión es lógica; en la medida que la investigación se encuentre abierta porque sus plazos se encuentran en curso, es factible que el estado de duda pueda disolverse, salvo que, por las circunstancias especiales del hecho objeto del proceso, no resulte imprescindible esperar hasta que ello ocurra, lo cual no deja de ser una excepción a la regla. Si bien es cierto que las excepciones usualmente no son contempladas en reglas generales como las cláusulas procesales, si la intención legislativa fue lograr que éstas situaciones extrañas pero no imposibles en las que en los albores de la fase preparatoria resulta observable una dificultad objetiva de lograr recoger mayores elementos de convicción -lo cual se hace inútil transcurrir completamente sus plazos legales-, encuentre una solución, tales fórmulas resultan pertinentes.

Otro recaudo normativo es la pervivencia de un estado de duda que en los finales de la investigación no ha podido disiparse. A esta circunstancia se refieren las leyes formales al sostener que el fiscal no debe poseer motivo o fundamento suficiente para pedir la apertura de la etapa de juicio. En otras palabras, el fiscal se encuentra ante un estándar probatorio por debajo del mínimo exigido para sostener la acusación formal en un juicio, sin poder clausurar inculporatoriamente la investigación y sin certeza alguna respecto de la configuración de alguna de las otras causas que permiten el dictado de un sobreseimiento<sup>12</sup>. Como se ha señalado, “la incertidumbre insuperable para probar la culpabilidad alegada aparecerá como certeza liberatoria”<sup>13</sup>.

Un tercer requisito legal, de carácter negativo, es que resulte razonable que no podrán incorporarse nuevos elementos probatorios a futuro, en lo que se alude a un pronóstico jurisdiccional que así lo establezca, basado en indicadores objetivos,

surgidos de datos verificados o verificables empíricamente<sup>14</sup>, resultantes de las distintas diligencias investigativas concretadas durante este período procesal. Si aún permanecen sin desarrollar algún cauce investigativo, la duda insuperable no sería tal, y resulta forzoso continuar con la investigación<sup>15</sup>.

Sobre este tópico vale destacar que algunos autores han considerado un yerro legislativo la regulación de este motivo de procedencia del sobreseimiento, en atención a que “la duda del juzgador no puede desembocar en el finiquito de la instrucción sumaria, toda vez que es la propia ley adjetiva la que no recepta, de manera taxativa, su adopción, puesto que durante la secuencia preliminar el juez se maneja con sospechas de diferentes grados”<sup>16</sup>. Sin embargo, la duda sobre las circunstancias fácticas o personales del hecho permanece, de lo que existe certeza es de la imposibilidad de relevar nuevos datos o medios de prueba que permitan dilucidarla. En otras palabras, resulta evidente que aún continuando la tramitación del proceso, ni siquiera en el marco del juicio resultaría factible que se produzca prueba que permita salir de las tinieblas propias de ese estado dubitativo. Piénsese en un caso donde un individuo amenaza a otro, sin que pueda reconstruirse el suceso más que sobre la base de los relatos contradictorios de ambos implicados. Aquí, ya desde los inicios de la investigación es fácil colegir que ninguna otra probanza podrá arrimarse a la misma.

Sólo cuando se den conjuntamente estas tres exigencias legales es factible el dictado de un pronunciamiento conclusivo con fundamento en este motivo.

Cuando el carácter dubitativo se mantiene y, no obstante, el agente fiscal requirió la elevación a juicio sin que se hubiere finalizado el plazo de la investigación, la solución es la nulidad de la petición pero no el sobreseimiento, debiéndose retomar el procedimiento en búsqueda de nuevas evidencias<sup>17</sup> ya que todavía es posible arribar a una conclusión distinta –incriminatoria, desincriminatoria o un sobreseimiento al constatar una causal distinta- mediante la recolección de otros elementos de convicción.

Algunos códigos procesales penales vigentes en el territorio nacional han regulado como un supuesto especial de sobreseimiento el vencimiento de los plazos de la investigación, fuera de los ya analizados en los que luego de concluida la etapa preliminar no existen, objetivamente, posibilidades de hallar nuevas probanzas y con

ello, transitar la etapa subsiguiente del proceso. Así, por ejemplo, el art. 161 inc. 7° del Código procesal penal de Neuquén, establece que procederá el sobreseimiento “*si ha vencido el plazo máximo de duración de la etapa preparatoria*”, que el art. 158 fija en cuatro meses a contar desde la apertura de la investigación, prorrogable hasta por cuatro meses más a pedido de la parte acusadora, o nuevamente por disposición del Colegio de Jueces y por un plazo similar, si alguno de los actos de la investigación no pudo concretarse en ese tiempo. “*Transcurrido ese plazo se producirá la extinción de la acción penal y deberá dictarse el sobreseimiento del imputado*”. Por supuesto que en este caso, no debe haberse alcanzado un grado de mérito incriminatorio suficiente como para requerir la apertura del juicio<sup>18</sup>, ya que, de lo contrario, el proceso debe proseguirse. Como puede perfilarse de lo señalado, la correcta interpretación del inciso lleva a su confusión con el anterior, que prevé justamente la hipótesis de la no posibilidad razonable de incorporación de nuevos elementos de prueba, o de mérito para que se requiera la elevación de la causa a juicio.

El art. 153 del Código procesal penal rionegrino contempla similar situación a la descrita antes, al establecer en cuatro meses la duración de la etapa preparatoria con posibilidad de ser extendida por el Fiscal General por única vez, por hasta cuatro meses más. Pero si algún acto de la investigación no pudo concretarse en este plazo, es posible que el fiscal peticione una extensión similar al juez interviniente. Transcurrido los plazos de mención, la respuesta legal a la situación procesal es el sobreseimiento. Una vez más, son reeditables las observaciones que hicimos respecto de la norma neuquina.

Como puede apreciarse, en ambos preceptos procesales, el sobreseimiento por la extensión del plazo conduce ineludiblemente al fin de la pretensión punitiva. La ley neuquina establece sin remilgos que “*deberá dictarse el sobreseimiento del imputado*”, mientras que la rionegrina, indica que “*se sobreseerá*”, descartando toda interpretación que pretenda ver una mera facultad de los jueces y no una manda legal. Los textos legales tienen su fundamento en una decisión de los legisladores provinciales de poner certidumbre en el proceso, de concluir en un tiempo razonable la investigación penal que por la presunta comisión o participación en un delito se sigue contra una persona. Tan cierto es ello, que no entra en juego el plazo de prescripción del delito, el que generalmente es siempre mayor<sup>19</sup>.

La fórmula del art. 346 inc. 5° de la ley procesal de Catamarca es, en este tópico, de mayor corrección, al sostener la procedencia del sobreseimiento si “*vencieron los plazos ordinarios y extraordinarios de la investigación penal preparatoria (artículo 337) y no hubiere suficiente fundamento para elevar la causa a juicio (artículo 350)*”, puesto que es esta ausencia de la certeza exigida al Ministerio Fiscal en esta instancia para abrir la etapa plenaria la que obstaculiza el ejercicio de la pretensión punitiva una vez finalizada la investigación. El texto aventa cualquier crítica.

De acuerdo con el art. 337 del Código procesal penal catamarqueño, “*la investigación fiscal deberá practicarse en el término de dos meses a contar de la declaración del imputado*”, pudiendo prorrogarse este plazo por uno igual, a petición del titular de la acción penal pública al juez de garantías. La disposición prevé, además, que “*en los casos de suma gravedad o de muy difícil investigación, o cuando no hubiere méritos ni para acusar o sobreseer y fuere razonablemente previsible la incorporación de una prueba dirimente, la prueba será solicitada al Procurador General, quien la concederá hasta por doce meses más*”. La norma contempla la situación inversa a la primeramente estudiada en este lugar, donde la incertidumbre puede ser disuelta a través de un nuevo elemento de convicción aún no relevado, pero cuya recolección es objetivamente factible si se extienden los términos de la investigación<sup>20</sup>.

El Código correntino también contempla la posibilidad de que se prorroguen los plazos de la investigación cuando se estima que no corresponde sobreseer pero, conjuntamente, los elementos de convicción relevados carecen de la suficiencia necesaria para elevar la causa a juicio. En tal caso, el Ministerio Fiscal puede reclamar al juez que se extienda el plazo hasta por un año, “*el que se fijará en atención a la pena del delito investigado*”<sup>21</sup>, pero llamativamente, éste último también puede disponerlo de oficio, lo que aparece como desatinado respecto de quien debe ser imparcial y quien, entre sus deberes, tiene el de velar por los derechos y garantías de la persona sometida a proceso. Una vez ordenada la prórroga extraordinaria, si el imputado se hallare detenido, recupera inmediatamente su libertad<sup>22</sup>, lo que resulta razonable puesto que la extensión de los plazos le ha sido ajena y sus fundamento se encuentra en un estado de inocencia que se mantiene intacto. Esta medida es pasible

de ser apelada por el fiscal, el querellante conjunto o el imputado, sin efecto suspensivo<sup>23</sup>.

Vencido el término fijado sin que hubieren variado las circunstancias que fundaron la decisión, resulta obligatorio para el juez el dictado de una sentencia de sobreseimiento. Ello no significa que el imputado no pueda ejercitar su derecho a pedir su desvinculación total del proceso mientras dure este plazo, pero se lo condiciona a que “*se hubieran recibido prueba a su favor*”<sup>24</sup>, por lo que su situación se inclina favorablemente hacia el sobreseimiento por el conocimiento de elementos desconocidos antes de prorrogada la etapa preparatoria.

Debemos insistir en este lugar que el sobreseimiento como derecho del imputado pone un fin al proceso que se le sigue, lo cual no hace necesario esperar a que se concrete el juicio oral en su contra. Si el plazo empleado por el Estado para determinar la responsabilidad penal de una persona en un ilícito, se ha concluido, sin que se hubiere logrado trasponer el mínimo de certeza requerido para instar la apertura de la etapa destinada al juicio, se viola el derecho a ser juzgado en un tiempo razonable y a un proceso sin dilaciones y autoriza a cercenar el ejercicio de la acción penal mediante un pronunciamiento conclusivo como es el que motiva este análisis<sup>25</sup>. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el *Informe 12/96* parece sostener esta opinión al decir que “el principio de legalidad que establece la necesidad de que el Estado proceda al enjuiciamiento penal de todos los delitos, no justifica que se dedique un período de tiempo ilimitado a la resolución de un asunto de índole criminal. De otro modo, se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a culpables y que, por lo tanto, es irrelevante el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad...”<sup>26</sup>.

### **Sobreseimiento por archivo fiscal**

La garantía de toda persona sometida a un proceso penal de ver resuelta su situación en un plazo razonable, se puede ver obstaculizada por el dictado de medidas administrativas durante la investigación, como lo es el archivo fiscal<sup>27</sup>. Esta decisión unilateral provoca una cesación provisoria de las actividades investigativas, dado que, en cualquier oportunidad, mientras se encuentre vigente la pretensión punitiva, se las

puede retomar y proseguir la sustanciación procesal hasta el juicio mismo. De allí que quien se vio imputado de la comisión de un delito, una vez archivada la investigación por el fiscal y mientras ella perdure, ve imposibilitado su acceso a una decisión conclusiva y las consecuencias de tener un proceso que se lleva en su contra se mantienen intactos en perjuicio de su estado constitucional de inocencia.

Esta situación es la que pretende subsanar el inc. 7° y la última parte del art. 323 del Código procesal penal de la provincia de Buenos Aires, que establece que *“en los casos de archivo sujeto a condiciones, una vez cumplidas las mismas, el juez de garantías, a pedido del fiscal, podrá transformar el archivo en sobreseimiento. Si el pedido lo efectuare el imputado se deberá correr vista del mismo al fiscal, y si éste sostuviere ese pedido se procederá conforme lo indicado precedentemente. En ambos casos rige lo dispuesto en el art. 326”*. *“En todos los casos de archivo con imputado determinado, también a pedido de parte, podrá procederse de igual modo cuando hubiera transcurrido desde la fecha de la resolución que lo dispuso, un plazo superior a los tres años si se tratara de causa criminal y superior a un año cuando lo sea respecto de causa correccional”*. La norma prevé dos casos de sobreseimiento: cuando se hubiere ordenado un archivo de la investigación con imposición de condiciones al imputado, y cuando el archivo es incondicionado. En este último supuesto, además, se distingue según la causa sea de carácter criminal o correccional en consideración al delito que le diera origen a la investigación.

Los archivos condicionados se encuentran regulados en el art. 56 bis de la ley formal bonaerense que establece presupuestos de composición con la víctima<sup>28</sup>, con fundamento en la insignificancia del ilícito, la pena natural o pena irrelevante. En todos los casos, el imputado habrá de *“acreditar haber reparado el daño ocasionado o expresar la posibilidad de hacerlo”*. Para que proceda el sobreseimiento, es necesario, como primer requisito, haber cumplido con las condiciones que le hubieren sido impuestas al imputado en la resolución que ordenó el archivo; el segundo requisito es que el representante del Ministerio Fiscal sea quien peticione al Juez de Garantías el auto conclusivo del proceso, o que lo acompañe, si la pretensión emana del imputado. Acierta en apuntar Schiavo<sup>29</sup> que la satisfacción del primer recaudo legal es netamente objetivo, de modo que no pueden exigirse condiciones distintas o mayores que las originariamente establecidas cuando se archivó la investigación. En cuanto al segundo

de los recaudos, es lógico que cuando el fiscal acompaña o sostiene la pretensión de la parte imputada, hace manifiesta su intención de no continuar con el ejercicio de la acción penal pública. No es razonable, entonces, someter al justiciable a la incertidumbre de la espera que se cumplan los plazos de la prescripción sin que se excite o impulse la continuación de la investigación.

La mención última a la vigencia del procedimiento del acuerdo de fiscales del art. 326 CPPBA, descarta, según Schiavo, la aplicación del previsto en el art. 334 bis para los supuestos en los que se hubiere constituido un particular damnificado “porque en tanto la causa ha sido archivada no ha existido intimación en función de los normado por el art. 312 del CPPBA, razón por la cual resulta jurídicamente imposible que el particular damnificado pueda realizar una acusación requiriendo una elevación a juicio de la causa cuando no se ha cumplimentado aquella exigencia que únicamente puede ser realizada por el agente fiscal”<sup>30</sup>. Pero el argumento no es completamente correcto, ya que se parte de la imposibilidad legal del fiscal de disponer un archivo cuando el imputado haya sido convocado a prestar su declaración como tal, lo que no se corresponde con la propia previsión del art. 56 bis CPPBA que autoriza al representante del Ministerio Fiscal a disponer el archivo “*luego de la requisitoria de citación a juicio*” y con una antelación no menor a treinta días de la fecha designada “*para el inicio del debate*”. Es un requisito ineludible para que el fiscal a cargo de la investigación requiera la elevación de la causa a juicio que el presunto autor o partícipe del delito investigado haya sido convocado a la audiencia del art. 308 CPPBA, y prestado su declaración o haber hecho uso de su derecho a no declarar, como resulta de la manda del art. 337 que impone al Juez de Garantías que ajuste su decisión al art. 157, que así lo exige.

Además, cuando en la segunda parte de la norma se menciona a los archivos no condicionados, destacando que en ellos se encuentra el “*imputado determinado*”, no hace ninguna alusión directa a la convocatoria a declaración del artículo 308 CPPBA ni a una decisión fiscal de mérito probatorio con similar entidad imputativa formal, sino a la más genérica determinación resultante del texto del art. 60 CPPBA, al cual ya nos referimos. En este sentido, la ley ritual bonaerense no exige la declaración del imputado para el dictado del sobreseimiento, pero tampoco impide que el archivo

fiscal sobrevenga luego de ella, pero no es lógico pretender que el sobreseimiento no se dirija a desvincular procesalmente a una persona concretamente individualizada.

Si bien la fórmula legal del art. 323 inc. 7°CPPBA menciona expresamente al juez de garantías, debe entenderse que ello no obsta a que proceda el pedido de sobreseimiento luego de finalizada su intervención, ante los jueces en lo correccional o de los tribunales en lo criminal. Esto es consecuencia de que los archivos pueden ser ordenados por el fiscal luego de requerir la elevación de la causa a juicio, donde cambian los órganos jurisdiccionales de garantías por los que habrán de llevar adelante el juicio. Incluso se corresponde con la distinción entre causas criminales y correccionales realizada en la última parte del precepto.

El dictado del sobreseimiento por archivo fiscal de la causa no encuentra reparos en la intervención del particular damnificado o de la víctima. Si bien es una condición para su aplicación que el imputado ofrezca una reparación de alguna índole al damnificado, el archivo dispuesto antes o después de arribado el proceso a la fase del juicio, de no encontrar acuerdo a este acto por parte de la víctima o particular damnificado, es revisable por el fiscal general según lo establece el art. 56 bis CPPBA contempla la posibilidad de revisión ante el fiscal general en la primera de las hipótesis<sup>31</sup>, y la vista al particular damnificado para que continúe o no con el ejercicio de la acción penal<sup>32</sup>. De esta manera, si la petición conclusiva del proceso instada por el fiscal tuvo su génesis en este tipo de archivo, se hace luego de que la víctima o el particular damnificado tuvieran la oportunidad procesal debidamente notificada de oponerse a la misma, no pudiendo luego de ello esgrimir su desacuerdo cuando su inactividad permitió la producción de efectos sobre los que se solidifica el derecho del imputado a ver resuelta su situación procesal sin pasar por el juicio.

### **Sobreseimiento por criterios de oportunidad y conciliación penal**

El principio de oportunidad en el proceso penal, según lo enseña Cafferata Nores en un clásico trabajo de su autoría<sup>33</sup>, es “la posibilidad que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal, de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar

definitivamente antes de la sentencia aun cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar” el delito. De este modo, se relativiza el principio de legalidad penal, que en la práctica, en más de una ocasión, no tiene vigencia<sup>34</sup>. Por tal razón es que se ha puesto de resalto<sup>35</sup>, además, que la incorporación de criterios de oportunidad en las normas que regulan el proceso penal resulta beneficioso al autorizar al titular de la acción penal pública a desistir de su promoción o de continuar con su ejercicio, cuando no existen intereses sustanciales en juego, porque la ofensa del ilícito es relativa o nimia, o porque su ejecutor ha sufrido las secuelas negativas de su actuación, dado que produce un mejor empleo de los recursos de la Justicia concentrándolos en las conductas delictivas realmente dañosas para la sociedad.

A pesar de tales bondades, en nuestro país, debido a la conformación constitucional-federal de su ordenamiento jurídico, donde la facultad de legislar en materia procesal ha sido reservada por las provincias y luego, por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se suscitaron arduas discusiones sobre su implementación: para quienes sostienen que la regulación de la acción penal es materia de fondo atribuida por el art. 75 inc. 12° CN al Congreso de la Nación, estos criterios no pueden ser incluidos en los digestos formales estadales sino a en una ley nacional; en cambio, quienes postulan el carácter procesal de esta normativa, afirman que las provincias y el gobierno porteño poseen amplias facultades para ello. Haciendo a un lado un debate que no es éste el lugar para profundizar, y tal como se ha señalado más arriba, estimamos que el mismo ha quedado saldado por la reforma operada al art. 59 del Código penal por la ley 27147 que reconoce esta prerrogativa tanto al Congreso federal como a las distintas legislaturas estadales, al contemplar criterios consagrados por normativas nacionales y admitir los establecidos por los gobiernos provinciales y de la ciudad de Buenos Aires<sup>36</sup>.

Los cuestionamientos que en materia procesal penal se han relevado en orden a la inserción de criterios de oportunidad o de disponibilidad de la acción penal, no ha generado ninguna controversia en el fuero de responsabilidad penal juvenil, donde los mismos han hallado un lugar fundamental. Así, el art. 40.3.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que se procurará “*siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a [los] niños [infractores de la ley penal] sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán*

*plenamente los derechos humanos y las garantías legales*". Coincidente con ello, el art. 11 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, más conocidas como "Reglas de Beijing", autoriza a las autoridades competentes a remitir los casos de jóvenes que condijeron el orden penal fuera de las estructuras judiciales, lo que redundará en una mitigación de los efectos perniciosos y estigmatizantes que posee para el niño el tránsito por el sistema penal. En la provincia de Buenos Aires, por ejemplo, el art. 40 de la ley 13634 que regula el fuero penal juvenil, contempla amplias prerrogativas de disponibilidad de la acción penal a los agentes fiscales especializados. Según su texto, *"podrán no iniciar la persecución al niño por la supuesta comisión de un hecho ilícito, o abandonar la ya iniciada, cuando consideren que ello resulte conveniente para la mejor solución del conflicto jurídico penal o para el futuro del niño"*, decisión a la que puede oponerse la víctima mediante recurso jerárquico ante el Fiscal General departamental.

El actualmente vigente art. 59 del Código penal, en lo que aquí interesa, dispone que la acción penal se extinguirá *"por aplicación de un criterio de oportunidad,..."* (inc. 5°), o *"por conciliación o reparación integral del perjuicio..."* (inc. 6°), en ambos casos, *"de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes"*, con lo cual, además, se validan indirectamente los distintos regímenes formales que por vía de estos institutos consagran y consagraban una conclusión del proceso distinta del juicio y de una sentencia, como sus modos naturales<sup>37</sup>. Entre los códigos procesales que así lo disponen, el art. 285 inc. 8° del Código procesal penal de Chubut establece que *"el sobreseimiento procederá... si se ha aplicado un criterio de oportunidad en los supuestos del artículo 45 y también en los supuestos de conciliación [artículo 47] y reparación [artículo 48]"*. De un modo distinto, pero con iguales consecuencias, es el caso del ya analizado art. 323 inc. 7° del Código procesal penal bonaerense, donde los criterios de oportunidad, luego de dar pie al archivo fiscal de las actuaciones, cumplidos ciertos recaudos, obra como causal de sobreseimiento. Similar es la situación de la ley formal santafesina donde una vez observado el procedimiento de sus arts. 21 y 22, el pronunciamiento conclusivo en estudio resulta inevitable.

Las leyes procesales que establecen el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal pública coinciden todas ellas en prever la insignificancia y algunas

formas de solución de conflictos entre las partes, pero los catálogos son disímiles, no rigiendo todas las hipótesis en todo el territorio nacional, siendo uno de los listados más amplios el regulado por el art. 19 del Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe<sup>38</sup>. De todos modos, ningún digesto establece este principio procesal de manera irrestricta o ilimitada, sino que se ha optado por su forma reglada, incluyendo procedimientos para su implementación donde se brinda a la víctima o damnificado del ilícito una ocasión para ser oída y ser beneficiada con una reparación por los daños y consecuencias sufridas. Ello, en la mayoría de los casos, es una condición ineludible para restringir o finiquitar el ejercicio de la acción penal pública.

En rigor la insignificancia se trata de una causa que excluye la atipicidad del comportamiento humano dado que la acción dañosa no cubre una exigencia de mínima afectación del bien jurídico que se trate para fundar el ejercicio de la acción penal por parte del Estado o de quienes resultaron sus damnificados. Distintas son las razones que nos llevan a acoger este principio, aun cuando desde una óptica eminentemente positiva y naturalística habrá que reconocerse que la afectación mínima o insignificante importa siempre una incidencia sobre el bien jurídico<sup>39</sup>.

En primer lugar, cabe recordar que no cualquier lesión a un bien jurídico, o su puesta en peligro, determina por esa sola razón su represión punitiva. De otro modo, ciertos comportamientos con esa entidad y que, resultan socialmente útiles o no merecen una repulsa social, deberían ser penados como delitos. Un mínimo de racionalidad se impone no sólo en el ámbito legislativo, sino que es necesario en la labor de la agencia judicial. La exigencia del art. 19 constitucional de una lesión de un bien jurídico no puede soslayar el principio de razonabilidad de los actos de gobierno – legislativos como judiciales-, donde una afectación mínima de un interés ajeno sirva de fundamento para una condena. El conflicto intersubjetivo, para ser relevado por el sistema penal, conforme el principio de *última ratio*, tiene que poseer una especial trascendencia que signifique un desorden de las pautas sociales de convivencia<sup>40</sup>.

Por otra parte, y en línea con el principio de proporcionalidad, debe existir un equilibrio entre la intervención penal y la gravedad de la afectación al bien jurídico o, como bien explica Terradillos Basoco, una “adecuación valorativa entre la entidad del bien jurídico afectado y la entidad del ataque, por un lado, y respuesta penal, por otro”<sup>41</sup>. De modo que el daño infligido como sanción punitiva debe ser proporcional –lo

que no significa idéntico- al daño ocasionado en el bien jurídico, decayendo la gravedad de la sanción en atención a la menor afectación considerando no sólo la importancia comunitaria del bien o interés objeto del tipo penal, sino también las consecuencias jurídicas y la forma de incidencia sobre el mismo<sup>42</sup>. Esta exigencia, además, halla reconocimiento supralegal en la prohibición de aplicar penas crueles, inhumanas o degradantes<sup>43</sup> y encuentra sólidos fundamentos en la norma del art. 44 del Código Penal por la cual se exime de pena al delito imposible<sup>44</sup>. Castigar con un mínimo de un mes de prisión a quien se apodera de un fósforo ajeno para encender un cigarrillo resulta irrazonable y desproporcionado, y de aplicarse dicha sanción, resultaría también cruel e inhumano.

De igual manera que en el caso de la adecuación social de la conducta, la insignificante lesión al bien jurídico deviene en atipicidad<sup>45</sup>, correspondiendo se dicte el sobreseimiento por este motivo. Con todo, lo indicado no es la solución propiciada legislativamente ya que se ha recurrido a la insignificante afectación del bien jurídico como criterio de oportunidad o pauta de disponibilidad de la acción penal sobre el cual luego de encabalga la desvinculación procesal del imputado, y no como causa de atipicidad de la conducta.

En la senda señalada, de acuerdo con el art. 56 bis, inc. a), del Código procesal penal de la provincia de Buenos Aires, el agente fiscal a cargo de la investigación podrá disponer el archivo de la misma, *“cuando la afectación del bien jurídico o el aporte del imputado en el hecho fuera insignificante y siempre que la pena máxima del delito imputado no supere los (6) seis años de prisión”*, por lo que luego, al verificarse las condiciones de aplicación del art. 323 inc. 7° CPPBA, resulta procedente el sobreseimiento. El Código Procesal Penal de Chubut, en su art. 44 inc. 1º, contempla el cese del ejercicio de la acción penal total o parcial, en relación a delitos o personas, *“siempre que no medie condena anterior, 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, salvo que haya sido cometido por un funcionario público con abuso de su cargo o que la pena privativa de libertad mínima prevista para la acción atribuida exceda los tres años”*. Esta facultad del titular de la acción penal pública concluye lógicamente en un sobreseimiento según lo estipulado en el art. 285 inc. 8° CPPChu.

Por su parte, el art. 19 inc. 2º del Código procesal penal de la provincia de Santa Fe autoriza al agente fiscal a no promover o a prescindir total o parcialmente de la acción penal “*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*”. No obstante, la decisión queda ligada a la reparación de los daños ocasionados o al compromiso de reparación, para lo cual es menester que se logre una conciliación entre los interesados<sup>46</sup>. Formulado el pedido de cese de la pretensión punitiva al tribunal por parte del fiscal, una vez finalizada la mediación, y admitido éste, la acción se privatiza y debe sustanciarse por las reglas del procedimiento de la querrela, debiendo la misma presentarse dentro del plazo de sesenta días hábiles a contar desde la notificación de la resolución. Vencido el término sin que se presente la querrela, la acción penal se extingue para todos los partícipes<sup>47</sup>, dando lugar al sobreseimiento.

De manera similar se establece en el art. 26 inc. 1º del Código Procesal Penal de Mendoza, aunque sin la restricción en razón del monto del mínimo de pena del delito que se trate o de la intervención de un funcionario público, como lo hace su par chubutense<sup>48</sup>. Con una redacción más escueta, el art. 5 bis, inc. 1º, del Código procesal penal de la provincia de Tucumán, habilita al fiscal a prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal “*cuando se trate de hechos que por su insignificancia no afecten el interés público*”, excluyendo la aplicación de este criterio de oportunidad –y de cualquier otro de los contemplados en la disposición- si el imputado resultare ser un funcionario público y el delito atribuido fue cometido en el ejercicio o en razón del cargo, así como cuando se tratase de un ilícito inmerso en un contexto de violencia doméstica o motivado en razones discriminatorias, de un delito de índole sexual o que resulte incompatible con las previsiones de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Sin embargo, en estas leyes no se contempla la invocación de este criterio de oportunidad para fundar un sobreseimiento -como sí lo es el caso de la conciliación penal entre partes-, sino sólo como fundamento para limitar o restringir el ejercicio de la acción penal pública por parte de su titular<sup>49</sup>.

Si bien el CPPN no receptó el mencionado criterio de disponibilidad de la acción penal, la ley 27063 si lo hace, tanto objetiva como subjetivamente, al fundarlo

en la insignificancia del injusto, como en la menor relevancia de la intervención del imputado<sup>50</sup>, con las mismas limitaciones que en el código procesal tucumano<sup>51</sup>. De acuerdo con el art. 32 de la norma citada, *“la decisión que prescinda de la persecución penal pública por aplicación de criterios de oportunidad permitirá declarar extinguida la acción penal pública con relación a la persona en cuyo favor se decide”*, lo que habrá de concretarse mediante una resolución jurisdiccional de sobreseimiento<sup>52</sup>. No obstante, la aplicación de un criterio de oportunidad contempla la posibilidad de su revisión a solicitud de la víctima, de conformidad con la última parte de ésta disposición, y lo regulado por el art. 219.

En otro orden de cosas, y ante la discusión que se suscitó respecto de la posibilidad de incluir criterios de oportunidad en los digestos formales por parte de los estados provinciales y por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la incorporación del inciso 5° al art. 59, CP, por la ley 27.147<sup>53</sup>, implicó el reconocimiento de dichas facultades estatales. El mismo prevé como causa de extinción de la acción penal, *“la aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes”*.

También entre los criterios de oportunidad previstos como causales de un sobreseimiento, se encuentra la denominada pena natural, es decir, el mal grave que sufre el agente en la comisión del injusto o con motivo de éste. Enseñan Zaffaroni, Alagia y Slokar que *“de componerse la pena estatal sin referencia a esa pérdida, la respuesta punitiva alcanzaría un quantum que excedería la medida señalada por el principio de proporcionalidad entre delito y pena, sin contar con que lesionaría seriamente el principio de humanidad, y que también extremaría la irracionalidad del poder punitivo, pues llevaría hasta el máximo la evidencia de su inutilidad”*<sup>54</sup>. El mal sufrido, físico o psíquico, se lo autoinflige el autor a raíz de la comisión del delito, sea porque se lo causa directamente –por ejemplo, el ladrón que recibe un disparo en virtud de una incorrecta manipulación del arma que portaba en ocasión del robo-, o porque se lo provocan terceros con motivo de su autopuesta en peligro –como es el caso de quien es lesionado gravemente por la resistencia opuesta por la víctima del ilícito, o en virtud del legítimo accionar policial-.

En el territorio de la provincia de Buenos Aires, el art. 56 bis, inc. 2° de su ley procesal penal, autoriza al agente fiscal a archivar la investigación penal preparatoria –

como apuntamos en el apartado anterior- cuando “*el daño sufrido por el imputado a consecuencia del hecho torne desproporcionada, superflua o inapropiada la aplicación de una pena, excepto que mediaren razones de seguridad o interés público*”. En tales supuestos, es necesario acreditar previamente la reparación a la víctima del daño producido o expresar la posibilidad de llevarlo a cabo, para lo cual se prevé la realización de una audiencia entre las partes implicadas. De conformidad con el art. 323 inc. 7° CPPBA, cumpliendo ciertos recaudos ya analizados, debe dictarse el sobreseimiento del imputado. En tal sentido, es “desproporcionada” la sanción establecida en la norma penal cuando el daño sufrido como consecuencia del delito cometido o en el que hubiere participado supone un mayor padecimiento que los efectos y restricciones de derechos propios de aquella; es “superflua” cuando resulta inútil su imposición para cumplir con los fines preventivos de la pena, porque el ilícito no ha incidido negativamente en la sociedad o en la adaptación del sujeto infractor en ella; o “inapropiada”, cuando no resulta conveniente reprimir concretamente el hecho delictivo en función del daño sufrido por el dlincente.

El Código procesal penal de Chubut, en cambio, sólo permite la aplicación de este criterio de oportunidad “*en los delitos culposos, cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave, que torne desproporcionada la pena*”<sup>55</sup>, supeditándolo a que el beneficiado hubiera reparado el daño ocasionado, convenido documentadamente con el damnificado tal reparación, o haberla afianzado suficientemente. En tales casos, procede un pronunciamiento conclusivo de sobreseimiento y, de hallarse pendiente el compromiso reparatorio, su cumplimiento queda sujeto a las normas sustantivas y adjetivas del derecho privado<sup>56</sup>. En igual sentido, el art. 19 inc. 3° del Código santafesino, habilita al agente fiscal a no promover o a prescindir total o parcialmente de la acción penal, “*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*”. También para en esta regulación se exige la reparación del daño ocasionado, la firma de un acuerdo con la víctima para que ello se efectúe a futuro, o una fianza que lo garantice, como condición para la petición fiscal al tribunal del cese de su pretensión y una vez transitado el trámite de su art. 22, pronunciar el sobreseimiento del imputado, el que no se extiende a los demás intervinientes en el hecho, como sucede con la insignificancia<sup>57</sup>.

De manera similar es contemplada la pena natural como criterio de oportunidad para la actuación del Ministerio Fiscal tucumano<sup>58</sup>, para lo cual, se deberá “*tener especialmente en cuenta..., la conducta del imputado frente al daño y perjuicio ocasionado*”, quedando descartada “*si el imputado fuere funcionario público y se le atribuyera un delito cometido en ejercicio o en razón de su cargo, o cuando apareciere como un episodio dentro de un contexto de violencia doméstica o motivada en razones discriminatorias... en los supuestos que resultan incompatibles con previsiones de instrumentos internacionales sobre derechos humanos ni en los delitos contra la integridad sexual*”. Pero, y del mismo modo como lo apuntamos en relación con el principio de insignificancia, este último digesto formal no contempla la invocación de la pena natural para fundar un sobreseimiento, sino sólo como fundamento para limitar o restringir el ejercicio de la acción penal pública por parte de su titular.

Por tratarse la pena de un mal estatalmente impuesto, se postula, en casos extremos, su exclusión cuando por su gravedad resulta superada por el mal sufrido, o su limitación proporcional a considerar en su determinación concreta. Con lo cual, sólo es posible habilitar un pronunciamiento conclusivo jurisdiccional mediante el instituto estudiado, cuando acreditada<sup>59</sup> la existencia de la afección que genera la aplicación de la “pena natural”, es manifiesto que la imposición de una pena resultaría desproporcionada, inhumana e irracional por superar la culpabilidad por el acto como límite máximo de la sanción penal<sup>60</sup>. En los supuestos donde opere como baremo en la determinación de la pena, es forzosa la consecución del proceso hasta el dictado de una sentencia como consecuencia de un juicio<sup>61</sup>.

Otro criterio de oportunidad contemplado en algunas leyes procesales es el de la pena irrelevante o intrascendente en relación a la prevista por otros delitos atribuidos a la misma persona, o a la pena impuesta respecto de la comisión de otros ilícitos penales, con lo que se aprecia un distinto ámbito de aplicación del principio de oportunidad. En un primer caso, se trata de un individuo a quien se le endilga la intervención en más de un delito, los cuales no han recibido aún una sentencia firme que así los declare. Ya en esta etapa, todas las hipótesis legales se ven reunidas en un concurso real de delitos en los términos del art. 55 del Código penal. Tal es lo que sucede con la norma del art. 56 bis inc. 3º del Código procesal penal bonaerense que dispone que “*cuando la pena en expectativa carezca de relevancia en consideración a*

la de los otros delitos imputados”, el agente fiscal podrá proceder a archivar las actuaciones, lo que concluirá en un sobreseimiento en virtud de lo dispuesto por el art. 323 inc. 7° del mismo cuerpo normativo. Se trata de un mecanismo de racionalización de medios y recursos tendiente a otorgar mayor eficacia a la labor del órgano persecutorio simplificando y acelerando el trámite de las actuaciones con vista en la etapa de juicio<sup>62</sup>; de allí que este criterio de oportunidad no proceda cuando los restantes ilícitos frente a los cuales aparece como nimia la pena en relación con la que se espera respecto de los más graves –un daño que se deja a un lado ante una imputación por homicidio-, ya han sido juzgados.

El Código santafesino releva el caso restante, al permitir al Ministerio Público Fiscal prescindir de la promoción de la acción penal “cuando la pena en expectativa carezca de importancia con relación a la pena ya impuesta por otros hechos”<sup>63</sup>, con la salvedad de que no se requiere la conciliación entre las partes, ni la reparación del daño. En cambio, la fórmula del inc. 3° del art. 44 del Digesto de Chubut, reúne ambas hipótesis<sup>64</sup>, al establecer la facultad del fiscal de solicitar al tribunal el cese del ejercicio de la acción penal pública “cuando la pena que probablemente podría imponerse por el hecho que se trata, carezca de importancia en consideración a la pena ya impuesta o a la que se debe esperar por otros hechos”, exige una proyección de la sanción punitiva a fijarse luego de un juicio, en vista de las circunstancias concretas del caso y las pautas individualizadoras de los arts. 40 y 41 del Código penal acreditadas durante la investigación penal preparatoria.

También se ha contemplado como un criterio para ser considerado al momento de disponerse del ejercicio de la pretensión penal, la enfermedad terminal del imputado o su mayor edad, que suponen en los hechos concretos, la transformación en inhumana de la sanción a aplicarse, o deja de manifiesto una imposibilidad de cumplir con sus fines preventivos. En este sentido, el art. 44 inc. 4° del Código de Chubut autoriza al fiscal a cesar en su acción persecutoria “cuando el imputado se encuentre afectado de una enfermedad incurable, en estado terminal, según dictamen pericial, o tenga más de setenta años, y no exista mayor compromiso para el interés público”<sup>65</sup>. Un texto similar es el establecido por el art. 19 inc. 7° del Código de Santa Fe<sup>66</sup>. Así, el titular de la acción penal pública puede durante la etapa preliminar al juicio estimar la enfermedad o edad del imputado para hacer cesar su labor persecutoria, no

así una vez ocurrido el juicio e impuesta una pena privativa de la libertad, donde la posibilidad es una prisión domiciliaria de acuerdo con el art. 10 incs. b) y d) del Código penal argentino.

De manera que la enfermedad no sólo ha de tener un pronóstico médico de incurabilidad sino que debe hallarse en su fase final, donde el fallecimiento del imputado aparezca cercano en el tiempo, todo lo cual, habrá de ser relevado por un perito especialista en la materia. A tal fin, el decreto 1058/1997 reglamentario del art. 33 de la ley 24660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad brinda una definición de “enfermedad incurable, en período terminal” la que puede ser empleada como guía -su aplicación estricta restringiría las facultades de disposición de la acción del Ministerio Público Fiscal- *“como aquella que, conforme los conocimientos científicos y los medios terapéuticos disponibles, no pueda interrumpirse o involucionar y de acuerdo con la experiencia clínica lleve al deceso del interno en un lapso aproximado de seis (6) meses”*. Distinta es la situación de quien posee más de setenta años de edad donde la norma condiciona su aplicación a la inexistencia de *“compromiso para el interés público”*, por la afectación que pudiera generar la no culminación del proceso en el seno social, como puede ser en casos de imputados por delitos de lesa humanidad o de suma gravedad, o donde el derecho a la verdad reclama un juicio. No así cuando la decisión se soporta en reclamos punitivos o criminalizadores que ya son comunes en los tiempos que corren.

En las últimas épocas, tanto en materia penal como procesal penal, se ha visto un reverdecer y reforzamiento de los derechos de la víctima, intentando ubicarla en un mejor posicionamiento procesal que el que posee, lo que se observa claramente en casos de violencia de género o intrafamiliar, reconociendo su derecho a ser oída en el proceso que se sustancia contra su ofensor, así como en la búsqueda de formas que subsanen sus derechos menoscabados por el accionar delictivo. Este último aspecto es el que abrió cauce a un nuevo motivo para que el proceso obtuviera un cierre sin ingresar, en la mayoría de los casos, a la etapa de juicio, dado que no resultaría lógico ni razonable pretender aplicar una sanción penal cuando la persona directamente perjudicada por el ilícito obtuvo la reparación de sus derechos cercenados, o ha llegado a un acuerdo con su ofensor. Puede advertirse en ello una consecuencia de la libre disponibilidad de las personas sobre sus bienes jurídicos que, por desarrollarse

una vez iniciada la investigación penal preparatoria, es necesario someter a una serie de condicionamientos y trámites que resguarden los intereses de las partes implicadas.

En este sentido, son varias las regulaciones estatales que establecen la mediación o conciliación penal, es decir, reglan la posibilidad de que las partes en conflicto arriben a un acuerdo por el cual, quien vio cercenado su derecho obtiene una reparación integral o en la medida de las posibilidades del autor del delito; pero también es posible que la situación conflictiva merezca una solución distinta a un resarcimiento en dinero o en especie, como puede ser alguna tarea laboral en beneficio de la víctima o de un tercero, la promesa de no provocar nuevos actos delictivos contra el damnificado, de no acercarse a él, o incluso una simple disculpa, siempre que ello forme parte de un acuerdo serio y voluntario entre los interesados.

Como puede advertirse de una lectura histórica del problema, las provincias tuvieron el honor de vislumbrar primero los beneficios que tanto para las víctimas y victimarios, así como para las instituciones de la Justicia, aparejan los sistemas conciliatorios o de justicia restaurativa, al diluir conflictos por fuera de la burocracia judicial, mermando de esta manera la violencia social<sup>67</sup>. La última reforma al artículo 59 del Código penal no hizo más que reconocerlo; sin embargo, la posibilidad de mediar un conflicto penal ha sido limitado, puesto que no ha sido puesto en manos de la universalidad de víctimas y victimarios. En este tópico puede señalarse que las disposiciones correspondientes generalmente desconocen su aplicación cuando se trate de delitos que tienen origen en una situación de violencia de género o en actos de violencia familiar, lo que resulta consecuente con las obligaciones asumidas por nuestro país al suscribir la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, de jerarquía constitucional al hallarse incluida en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer – Convención de Belem do Pará* -<sup>68</sup>, y por lo establecido por la ley 26485 de *Prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer*, así como por las normas similares dictadas por los órganos legiferantes estatales.

En ese sentido, el art. 44 inc. 5° del Código chubutense lo restringe a “los casos de lesiones leves”, salvo que se encuentre “comprometido el interés de un

*menor de edad*”, con lo cual, quedan excluidos todos los casos en los que un menor de dieciocho años<sup>69</sup> resulte la víctima de este delito. La norma se corresponde con la posibilidad de instar o no la acción penal pública cuando el ofendido fuera adulto, según lo estatuido por el art. 72 del Código penal, de manera que se autoriza a la víctima, por este medio, a paralizar tal acción penal.

De acuerdo con su art. 47, la conciliación es posible en delitos conminados con pena cuyo mínimo no supere de tres años de prisión, *“cometidos sin grave violencia física o intimidación sobre las personas, en los delitos de lesiones leves y en los delitos culposos”*, salvo en los casos en que resulte necesaria la calidad de funcionario público en el autor del ilícito. El acuerdo conciliatorio recibirá la homologación del juez quien, sobre esta base, dictará el correspondiente sobreseimiento. En iguales hipótesis es procedente la *“reparación integral y suficiente”* ofrecida por el imputado, con anuencia del fiscal, si la víctima no tuviere *“un motivo razonable para oponerse”*, dando lugar también a un auto conclusivo del proceso sustanciado en contra de su beneficiario.

Por medio del procedimiento del art. 22 del Código santafesino, es posible arribar a una decisión desvinculatoria con anterioridad al inicio de la etapa de juicio, *“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”* o *“cuando exista conciliación entre los interesados y el imputado, en los delitos culposos, lesiones leves, amenazas y/o violación de domicilio”*, siempre y cuando no *“existan razones de seguridad, interés público o se encuentre comprometido el interés de un menor de edad”*<sup>70</sup>. Se advierte de este segundo grupo de casos una similitud con el art. 72 del Código penal cuando regía el texto que le había otorgado el decreto ley 17567.

Los acuerdos conciliatorios o de mediación penal también pueden concluir en una sentencia de sobreseimiento de acuerdo con el art. 5 ter del Código procesal penal en vigor en la provincia de Tucumán, siempre que los ilícitos que traten no superen la pena de seis años<sup>71</sup>, en causas por motivos intrafamiliares, de convivencia o de vecindad salvo que se trate de víctimas vulnerables o en situaciones de violencia de género o doméstica; y en causas de índole patrimonial no violentas. Adviértase que la ley ritual intenta sortear de esta manera el escollo que supone el consentimiento

inválido para diluir el conflicto de una víctima vulnerable, que se ve forzada a ello por temor a una represalia de su victimario, lo que como acto jurídico no posee ninguna trascendencia en virtud de lo dispuesto por los arts. 260 y 276 del Código civil y comercial de la Nación. Quedan fuera de este régimen los delitos cuya mediación pondría en riesgo un interés público prevalente, o cuyo autor fuera un funcionario público que lo hubiera concretado en ejercicio de su competencia funcional.

En el territorio de la provincia de Buenos Aires rige la ley 13.433 de Régimen de resolución alternativa de conflictos penales, donde su art. 6 establece que el mismo procede respecto de delitos correccionales, es decir, aquellos que no contemple una pena privativa de la libertad o que, previéndola, no exceda de seis años<sup>72</sup>, especialmente hechos vinculados a motivos familiares, de convivencia o vecindad y de contenido patrimonial. No obstante, se excluyen expresamente del trámite de mediación las causas con víctimas menores de edad salvo las que se refieran a infracciones a las leyes 13944 y 24270; cuando los imputados fueran funcionarios públicos y el delito fuera cometido en ocasión o ejercicio de su función; y en las causas iniciadas en relación a la comisión de delitos dolosos contra la vida regulados por el libro II, título I, capítulo I del Código penal, delitos contra la integridad sexual, las distintas clases de robo y cualesquiera de los delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional del título X. Al proceder el fiscal al archivo de las actuaciones una vez que las partes hubieran llegado a un acuerdo que satisfaga sus intereses<sup>73</sup>, se sigue el trámite y condiciones del art. 323 inc. 7° CPPBA para sobreseer al o a los imputados.

A pesar de que no se contempla en el art. 453 del Código de Mendoza el sobreseimiento por este motivo, la conciliación o, en palabras del texto legal, “*la solución del conflicto*”, autoriza al fiscal, con previa anuencia del superior jerárquico, a suspender el ejercicio de la acción penal<sup>74</sup>.

---

<sup>1</sup> Abogado (UNLP), Especialista en Derecho Penal (UBA), Docente Universitario Autorizado (UNLP), Profesor Adjunto por concurso de Derecho Penal II – Parte Especial (UNLP), Profesor de Derecho Penal Profundizado, Especialización de Derecho Penal (UNLP).

<sup>2</sup> Macagno, Mauricio E.: “El derecho al sobreseimiento: sobre dudas y certezas”, Anales: año 6, n° 39 nueva serie, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, U.N.L.P., 2008, págs. 369 y ss.; de igual opinión, Darrichon, Luis: *Cómo es el nuevo proceso penal*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, t. 3, pág. 77. Es fundamental en este enfoque,

aunque sostenido con otros argumentos teóricos, el artículo de Vélez Mariconde, Alfredo: "El derecho del imputado al sobreseimiento (Según el Código de la Capital)", en JA: 1951-II, Sec. Doct., pág. 22.

<sup>3</sup> C.S.J.N., "Mozzatti, Camilo y otro", Fallos 300:1102, consid. 4°, con cita del precedente "Mattei, Ángel", Fallos 272:188.

<sup>4</sup> Coussirat, Jorge; Guajardo, Laura; Peñaloza, Fernando; Quiroga, Paula: Manual de derecho procesal penal, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2008, t. II, pág. 142, denominan a esta modalidad del instituto como "sobreseimiento por duda insuperable"; Vivas Ussher, Gustavo: Manual de derecho procesal penal, Córdoba, Alveroni, 1999, it., t. 2, pág. 267, habla del "sobreseimiento por esterilidad investigativa" y Schiavo, Nicolás: Código procesal penal de la provincia de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Buenos Aires, Hammurabi, 2014, t. 2, pág. 206, resalta la "imposibilidad de proceder".

<sup>5</sup> Vivas Ussher, Gustavo: Manual... cit., t. 2, pág. 267.

<sup>6</sup> El Código mendocino, ley 6730, incorporó esta disposición y, a su vez, derogó la prórroga extraordinaria de la instrucción que la ley 1908 regulaba en los arts. 347 a 350, y cuyo vencimiento acarrea el dictado del sobreseimiento, con el consiguiente desgaste jurisdiccional y la incertidumbre del imputado. V., Coussirat, Jorge; Guajardo, Laura; Peñaloza, Fernando; Quiroga, Paula: Manual... cit., pág. 143.

<sup>7</sup> Darritchón, Luis: Cómo es... cit., pág. 75; Donna, Edgardo A.; Maiza, María C.: Código procesal penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Buenos Aires, Astrea, 1994, pág. 384.

<sup>8</sup> La entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal de la Nación se encuentra suspendida hasta que se lleve adelante el plan de implementación progresiva que habrá de establecer la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación previa consulta con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y el Consejo de la Magistratura de la Nación, tal como resulta de las leyes 27146, 27150 y decreto 257/2015.

<sup>9</sup> Cfme., Valerga Aráoz (h), Jorge A.: "Sobreseimiento por duda", JA: diario del 20/03/2012, págs. 32 y 33.

<sup>10</sup> Vivas Ussher, Gustavo: Manual... cit., t. 2, pág. 267, para quien "subyace, con más brillo que en las otras causales, el principio de la seguridad jurídica".

<sup>11</sup> Binder, Alberto M.: Introducción al derecho procesal penal, 2ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013, pág. 252, donde señala que la solución por vía del sobreseimiento provisorio implica un castigo indirecto, la utilización inconstitucional del proceso y la pervivencia de las denominadas penas extraordinarias, ex post, no previstas. Sobre la relación entre penas extraordinarias y los delitos de sospecha, v. Macagno, Mauricio E.: "La supervivencia de los delitos de sospecha: el caso del artículo 259 del Código penal argentino", en Anales: año 8, n° 41, Nueva serie, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP, 2011, págs. 179-192.

<sup>12</sup> Vivas Ussher, Gustavo: Manual... cit., t. 2, pág. 268.

<sup>13</sup> Valerga Aráoz (h), Jorge A.: "Sobreseimiento..." cit., pág. 34.

<sup>14</sup> Vivas Ussher, Gustavo: Manual... cit., t. 2, pág. 268.

<sup>15</sup> Cfme., Valerga Aráoz (h), Jorge A.: "Sobreseimiento..." cit., pág. 32.

<sup>16</sup> Báez, Julio C.; Esquivel, Claudia: "Medios anormales de terminación del proceso", en Chiara Díaz, Carlos A. (director); La Rosa, Mariano R. (coordinador): Derecho procesal penal, Buenos Aires, Astrea, 2013, t. 1, pág. 584.

<sup>17</sup> Schiavo, Nicolás: Código procesal... cit., t. 2, pág. 206; Granillo Fernández, Héctor M.; Herbel, Gustavo A.: Código de procedimiento penal de la provincia de Buenos Aires, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2009, t. II, pág. 181.

<sup>18</sup> Así lo entiende Piedrabuena, Diego H.: Código procesal penal de la provincia de Neuquén. Comentado y anotado, Buenos Aires, Ábaco, 2013, t. 2, pág. 329.

<sup>19</sup> El plazo mínimo de dos años para que prescriba la acción penal de un delito reprimido con pena privativa de la libertad o multa, según el art. 62 incs. 2 y 5, CP, superan el plazo de la investigación y sus prórrogas con creces. El único caso en el que es visualizable lo contrario, es cuando la investigación por la presunta comisión de un delito

sancionado sólo con pena de inhabilitación temporal se hubieren dispuesto todas las prórrogas que prevén las normas de mención.

<sup>20</sup> La disposición catamarqueña ha sido criticada por violar el sistema acusatorio, al dejar en manos del juez de garantías la prórroga ordinaria y poner la decisión respecto de la prórroga extraordinaria en cabeza del superior del fiscal. V., Cabanillas, Alicia E.; Morabito, Mario R.: "Discordancias en torno a la prórroga extraordinaria de la investigación penal preparatoria en el Código procesal penal de Catamarca ¿a cargo del Ministerio Público?", LL NOA: 2010-595.

<sup>21</sup> Art. 341 CPPCtes.

<sup>22</sup> Art. 342 CPPCtes.

<sup>23</sup> Art. 344 CPPCtes.

<sup>24</sup> Art. 343, 2º párr., CPPCtes.

<sup>25</sup> En igual sentido, Romagnoli, Gustavo A. S.: "El derecho a ser juzgado en un plazo razonable", LL NOA: año 19, n° 8, septiembre de 2015, pág. 828.

<sup>26</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe 12/96, caso n° 11.245, "Giménez, Jorge A. vs. Argentina", del 1º de marzo de 1996, párr. 78.

<sup>27</sup> Báez, Julio C.; Cúneo Libarona (h), Mariano: "El archivo de la instrucción ¿acto administrativo o jurisdiccional?", LL: 2007-B-748, sostiene, aunque con otro soporte legal, que el archivo es facultad sólo de los jueces. Con sustento en el Código mendocino, Vega, Dante M.: Investigación penal preparatoria. Notas sobre el libro segundo del Código procesal penal de Mendoza, Córdoba, Mediterránea, 2008, pág. 409, estima, por el contrario, que "el fiscal como director de la etapa preliminar es quien mejor capacitado se encuentra para determinar inicialmente si existe un obstáculo que impida la investigación o si concurren elementos suficientes para formular el juicio de tipicidad en relación de su plataforma fáctica". Coincidimos completamente con Vega, más allá que las distintas opiniones hacen hincapié en diferentes leyes procesales. No obstante, en un proceso acusatorio o que tienda a ese paradigma, la función investigativa puesta en cabeza del Ministerio Público Fiscal hace necesario que la facultad de archivar la investigación esté a su entera disposición, con los consiguientes mecanismos de control que salvaguarden los intereses de víctimas y victimarios.

<sup>28</sup> Schiavo, Nicolás: Código procesal... cit., t. 2, pág. 207.

<sup>29</sup> *Ibidem*, pág. 207.

<sup>30</sup> *Ibidem*, pág. 207.

<sup>31</sup> Art. 83 inc. 8º CPPBA.

<sup>32</sup> De modo similar a lo establecido por el art. 334 bis CPPBA.

<sup>33</sup> Cafferata Nores, José I.: "El principio de oportunidad en el derecho argentino", NDP: 1996/A, pág. 12.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pág. 8.

<sup>35</sup> Por todos, Catalano, Mariana I.: "Criterio de oportunidad y reincidencia", LL: diario del 27 de diciembre de 2016, pág. 1.

<sup>36</sup> De igual modo, Edwards, Carlos: "La disponibilidad de la acción penal en el Código procesal penal de la Nación", LL: 2015-F-976.

<sup>37</sup> Impone el dictado del sobreseimiento el art. 45 CPPChu.

<sup>38</sup> Carbone, Carlos A.: "La pena natural como regla de oportunidad en los principios políticos del proceso penal", LL: 2011-B-756.

<sup>39</sup> Critica esta teoría por contradictoria Donna, Edgardo A.: Derecho penal. Parte especial, Santa Fe, 3ª ed., Rubinzal-Culzoni, 2007, t. I, pág. 284. Dice el autor: "La afectación del bien jurídico existe o no existe, se da o no se da. En esto no hay 'medias tintas'. Por más mínima que sea la lesión es indudable que en alguna medida el bien jurídico ha sido vulnerado".

<sup>40</sup> Adscribimos de este modo a la posición sustancialista, aun cuando debe concederse que el enfoque procesal es el lugar donde mayor desarrollo encontró esta idea. No obstante, desde la legislación procesal no se hace más que

reconocer que no existe substrato conflictivo para el ejercicio de la acción penal. De igual opinión, pero con sustento en la teoría de los elementos negativos del tipo, el interesante trabajo de Martínez Casas, Juan I.: "El principio de insignificancia y el tipo de injusto penal", en Arocena, Gustavo A.; Balcarce, Fabián I.; Cesano, José D. (directores): Tendencias modernas del derecho penal y procesal penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo, Buenos Aires, Hammurabi, 2013, págs. 177-204.

<sup>41</sup> Terradillos Basoco, Juan M.: Sistema penal y Estado de Derecho. Ensayos de Derecho penal, Lima, ARA Editores, 2010, pág. 135. De igual opinión, Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro: Derecho penal. Parte general, Buenos Aires, Ediar, 2000, pág. 472.

<sup>42</sup> Así, Carbonell Mateu, Juan C.: Derecho penal: concepto y principios constitucionales, 2ª ed, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, .pág. 202.

<sup>43</sup> Arts. 5 D.U.D.H.; 5.2 C.A.D.H.; 7 P.I.D.C.P.; 37.a) C.I.D.N., y 16 Conv. Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

<sup>44</sup> Comejo, Abel: Teoría de la insignificancia, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, pág. 56.

<sup>45</sup> Mir Puig, Santiago: Derecho penal. Parte general, 7ª ed., Montevideo, B de f, 2005, pág. 518.

<sup>46</sup> Art. 20 CPPSF.

<sup>47</sup> Art. 22 CPPSF.

<sup>48</sup> También contempla el sobreseimiento por insignificancia el art. 20 inc. 1º C.P.P. El Salvador.

<sup>49</sup> Arts. 353 CPPMza y 353 CPPT.

<sup>50</sup> Art. 31 incs. a) y b) CPPN –ley 27063-.

<sup>51</sup> Art. 30, últ. párr., CPPN –ley 27063-.

<sup>52</sup> Art. 236 inc. g) CPPN –ley 27063-.

<sup>53</sup> B.O. 18/06/2015.

<sup>54</sup> Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro: Derecho penal... cit., pág. 952.

<sup>55</sup> Art. 44 inc. 2º CPPChu.

<sup>56</sup> Art. 45 CPPChu.

<sup>57</sup> Art. 22 CPPSF.

<sup>58</sup> Art. 5 bis, inc. 3º, CPPT.

<sup>59</sup> Gouvert, Juan F.: "Actualidad y vigencia de la pena natural", ED: 230-948, estima que el mal sufrido puede ser presumido en algunas circunstancias con reconocimiento jurídico o social, como son el afecto del padre por su hijo, o de un esposo por su esposa. Sin embargo, es menester cierta cautela en tales supuestos ya que podrían emplearse como formas de exclusión o atenuación de la sanción punitiva de quienes no demostraron con actos tal sentimiento.

<sup>60</sup> Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro: Derecho penal... cit., p. 953.

<sup>61</sup> Cfme., Schiavo, Nicolás: Código procesal... cit., t. 1, pág. 306, estimando correctamente que es necesario completar la investigación si no es posible determinar la lesión generadora de la "pena natural" desde un inicio, pero omitiendo el caso en que ello es imprescindible porque sólo opera como pauta mensurativa de la pena.

<sup>62</sup> Ares, José L.: "Acciones que nacen del delito", en Bertolino, Pedro J.; Silvestrini, Alberto J. (coordinadores): Proceso y procedimientos penales en la provincia de Buenos Aires, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2013, pág. 131.

<sup>63</sup> Art. 19 inc. 4º CPPSF.

<sup>64</sup> También lo hace el art. 5 bis, inc. 4º, del CPP tucumano, pero sin incidencias para el dictado del sobreseimiento.

<sup>65</sup> También regula este supuesto el art. 5 bis, inc. 5º, CPPT.

<sup>66</sup> Sin las exigencias de reparación o conciliación impuestas a quien se ve beneficiado en un caso de insignificancia.

<sup>67</sup> Chiara Díaz, Carlos A.; Grisetti, Ricardo A.; Obligado, Daniel H.: La acción procesal penal. El rol del Ministerio Público Fiscal y las víctimas en el debido proceso, Buenos Aires, La Ley, 2012, pág. 440.

<sup>68</sup> Ratificada por ley 24632.

<sup>69</sup> Art. 25 CCyC.

---

<sup>70</sup> Art. 19 incs. 5 y 6 CPPSF.

<sup>71</sup> Sin distinción alguna respecto de la clase de pena.

<sup>72</sup> Art. 24 incs. 1 y 2 CPPBA.

<sup>73</sup> Art. 20 ley 13433.

<sup>74</sup> Critican la norma, Sosa Arditi, Enrique; Jaren Agüero, Luis N.: Código procesal penal de Mendoza. Ley 6730. Comentado. Anotado, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000, pág. 52.