



**UNCUYO**  
UNIVERSIDAD  
NACIONAL DE CUYO

**FACULTAD DE DERECHO**

TESIS DE MAESTRIA

**LA INSIGNIFICANCIA EN EL DERECHO PENAL**

MAESTRIA EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

**Tesista:**

Darío José NORA

**Director de Tesis:**

Gonzalo NAZAR BOULIN

MENDOZA - Mayo de 2019

Para Analía, Julia y Emma, lo más significativo de mi vida...

## INDICE SUMARIO

<b>I. INTRODUCCION.....</b>	<b>6</b>
<b>II. NOCIONES PRELIMINARES.....</b>	<b>12</b>
1. Qué se entiende por Derecho Penal.....	13
2. Origen de las normas penales.....	14
3. Concepto de insignificancia.....	16
4. Bien Jurídico. Importancia de su conceptualización. El tipo penal.....	18
5. Objetivos y fundamentos del principio de insignificancia.....	23
6. Aproximación de la cuestión de fondo.....	25
<b>III. TEORIA DE LA INSIGNIFICANCIA. UBICACION DOGMATICA Y COMO CRITERIO DE OPORTUNIDAD</b>	
1. La insignificancia como causal de atipicidad. Cuestionamientos.....	32
2. La insignificancia como excluyente de la antijuridicidad. Críticas.....	43
3. La insignificancia como eximente de pena –excusa absolutoria-.....	48

#### **IV. EL BINOMIO LEGALIDAD-OPORTUNIDAD. ACCION PENAL**

1. Principio de legalidad procesal y de oportunidad.....54
2. Acción penal como cuestión material.....60
3. Acción penal como cuestión procesal.....68

#### **V. LA INSIGNIFICANCIA EN LOS CODIGOS PROCESALES DE NUESTRO PAIS. EL ROL DE LA VÍCTIMA**

1. Consideraciones previas.....75
2. Sistemas provinciales que contemplan la insignificancia como criterio de oportunidad
  - a. Provincia de Buenos Aires.....80
  - b. Provincia de Chubut.....81
  - c. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.....82
  - d. Provincia de Entre Ríos.....83
  - e. Provincia de Santa Fe.....84
  - f. Provincia de Neuquén.....84
  - g. Provincia de Santiago del Estero.....85
  - h. Provincia de Mendoza.....85

3. Consecuencias de la aplicación del criterio de oportunidad por insignificancia. Plazos. Análisis de la situación en la Provincia de Mendoza.....	89
4. Intervención de la víctima.....	94
<b>VI. CONCLUSION.....</b>	<b>98</b>
<b>VII. BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>108</b>

# I

## INTRODUCCIÓN

Una de las cláusulas del nunca escrito contrato social prescribe que los ciudadanos entregan algunas libertades y algunos bienes a cambio de seguridad. Entre esas cesiones al Estado, el individuo entrega su propia violencia, esto es, renuncia a ejercerla por mano propia en defensa de sus intereses. Esta cesión conlleva algo más, porque es palpable que entregamos al Estado un número creciente de decisiones que tienen que ver con nuestros conflictos interpersonales. Es decir, delegamos en el Estado buena parte de la gestión de conflictividad<sup>1</sup>.

Con el abordaje del presente trabajo se intentará realizar un análisis de la situación actual sobre el tratamiento de los casos a los que puede aplicárseles lo que algunos autores denominan “teoría de la insignificancia”, por resultar la afectación al bien jurídico protegido por el delito en cuestión escasamente vulnerado.

Para ello se utilizará un método de investigación descriptivo, con análisis bibliográfico de los tratadistas de Derecho Penal y Procesal Penal, tanto nacionales como extranjeros, que han abordado el tema en cuestión, como así también se tendrá presente la normativa jurídica nacional sistematizada en la materia, tales como el Código Penal y los Códigos Procesales de nuestro país.

---

<sup>1</sup> NICORA, Guillermo, ¿El fin de la adolescencia?, Definiendo el rol del Ministerio Público en un proceso acusatorio, El Proceso Penal Adversarial, Tomo I, Revista de Derecho Procesal Penal, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, pág. 84.

Como primera cuestión, cabe preguntarse si para la aplicación de una pena basta que la conducta de un individuo encaje formalmente en lo descrito por una norma jurídica, o si debe haber algo más, que no es otra cosa que la afectación cierta y relevante de un bien jurídico, y aquí reside en esencia el principio de insignificancia.

Si la conducta no importa en definitiva una verdadera agresión, y es sólo violatoria de la norma, deberá preguntarse sobre la necesidad de la injerencia del estado en ese caso particular, y qué aporta su intervención en la seguridad de la vigencia de las normas, en el fortalecimiento de la confianza y en la intimidación o prevención del delito.

El problema está vinculado a determinar si ciertas conductas, dadas sus características, deberían quedar fuera del alcance del Derecho Penal, en la medida en que éste debe ser entendido como la *última ratio* del orden jurídico o, si para el caso de que se considere que deban ser abordadas por este fuero, en razón de que las mismas se encuentran tipificadas como delito, si su intervención debe tener como objetivo únicamente la obtención de una condena o si, en su defecto, deben encontrarse salidas alternativas a este tipo de criminalidad.

El abordaje de este tema, es decir, la problemática de la pequeña criminalidad y su penalización ha llevado tanto a la doctrina como a la jurisprudencia a elaborar diferentes criterios, muchos de los cuales se han buscado en el campo de la dogmática penal, y otros en el ámbito del derecho procesal penal, como un criterio de oportunidad.

Por lo expuesto, en primer lugar, se abordarían cuestiones previas relativas a los fines del Estado, qué debe entenderse por insignificancia, se realizará una aproximación al concepto de bien jurídico, que es en definitiva lo que la norma penal tutela,

contemplando los principios constitucionales en juego y refiriendo cuáles son los objetivos que se persigue con la aplicación de este principio.

Seguidamente, se analizarán cada una de las posturas en torno a la cuestión, expresando cuáles son los fundamentos en que se sustentan las mismas, las consecuencias que cada una de ellas acarrea, los cuestionamientos que su aplicación trae aparejada, como así también cuál resultaría más conveniente para atender a los intereses de todas las partes en juego.

Entre otras cosas, cabe analizar si el llamado principio de insignificancia, también comprendido en la expresión derecho penal de bagatela, ha sido receptado en el derecho penal argentino, y en su caso, cuál es la ubicación sistemática que en la teoría del delito se le ha dado como excluidor del castigo, y por otro lado, si su regulación procesal, como viene pasando en nuestro país, es constitucionalmente posible.

En lo que respecta a esto último es necesario estudiar cuáles son las consecuencias que la aplicación de un criterio de oportunidad por insignificancia tiene, en este aspecto, limitando fundamentalmente el análisis a la Provincia de Mendoza.

Necesariamente y por su vinculación con la temática estudiada, se abordará la discusión en torno a los principios de legalidad procesal y oportunidad.

Para ello, no podemos soslayar las últimas reformas que se han realizado en el Código Penal, como así también en los Códigos Procesales Penales que paulatinamente han ido realizando la mayoría de las provincias de nuestro país, regulando criterios de oportunidad para determinados casos, entre ellos, el abordado en esta investigación.



Así, ante la aquiescencia del Congreso Nacional para regular criterios de oportunidad en el Código de fondo, la mayoría de las provincias de nuestro país han incorporado disposiciones de este tipo en sus Códigos Procesales, generándose en torno a ello un importante debate en cuanto a la regulación de la acción penal.

En lo que a esto respecta, se ha polemizado en la doctrina si la acción penal es una cuestión de derecho de fondo o corresponde netamente a una cuestión procesal. De esto se derivan algunas consideraciones en cuanto a si la regulación de la acción penal corresponde a las provincias o en su defecto debe estar regulada en el Código Penal como ley sustantiva, tema que, por la vinculación que tiene con el presente, también se tratará oportunamente.

Ahora bien, en el abordaje de todo lo expuesto, no podemos dejar de reconocer que el conflicto es un dato de la realidad de las sociedades humanas, y que no es posible pretender el desarrollo de actividades sin conflictos interpersonales. La clave de la paz social no está en la ausencia de conflictos sino en la eficiencia de los mecanismos para gestionarlos.

Por otro lado, la experiencia indica que todo conflicto que no es resuelto tiende a crecer y deformarse. Esto es: si un conflicto es negado, ignorado o desatendido porque parece demasiado pequeño como para perder tiempo preocupándose en él, lo más probable es que crezca y cambie la forma en que se manifiesta, hasta que se torne lo suficientemente notable y molesto como para que no podamos permitirnos ignorarlo.

En el mismo orden de ideas, debemos tener en cuenta que cuando un conflicto golpea las puertas de las instituciones judiciales, lo hace en busca de alguna solución. Quien formula una denuncia penal no siempre busca la imposición de una pena, sino

antes bien, una respuesta a su problema. En realidad, la sociedad no precisa de tantas sentencias de condena, sino de soluciones.

Partimos de la base que siempre que se pueda aplicar al caso una solución sin punición que contemple los intereses de las partes, debe hacérselo, ello teniendo en cuenta los efectos que acarrea la imposición de una pena para la persona sometida a un proceso judicial, como así también, que esto no asegura que se hayan conseguido los objetivos que la imposición de la misma pretende, ni mucho menos que la víctima sienta que ha tenido una respuesta satisfactoria del sistema estatal. Por lo cual, corresponde buscar siempre que se pueda una solución integral, atendiendo también a los intereses de la víctima.

Lo expresado precedentemente, encuentra fundamento en el derecho que tiene toda persona que se considere afectada por un hecho delictivo a acceder a la jurisdicción y a obtener un pronunciamiento acorde a sus intereses. Con los nuevos derechos reconocidos a las víctimas a partir de la reforma constitucional del año 1994, que incorporó como bloque constitucional numerosos tratados internacionales de derecho humanos que contemplan importantes derechos a favor de la misma, ésta no puede ser ignorada. La víctima tiene derecho a recibir asistencia, información y una respuesta adecuada conforme el caso particular, para lograr atenuar, en la medida de lo posible, las secuelas del hecho delictivo que la afectó.

Por otro lado, no podemos obviar que existe por parte de la ciudadanía la necesidad y demanda de contar con una justicia ágil y eficiente, que se pronuncie en forma más o menos inmediata entre la comisión del hecho ilícito y el dictado de la resolución o sentencia del caso. Esto claramente no va a ser posible, desde el momento en que lejos de erigirse en el sitio donde se resuelven los conflictos, los tribunales están llenos de situaciones que llegan al colapso.

En esta misma línea de pensamiento, corresponde mencionar que no hay nada más alejado de la justicia que la demora en la tramitación de las causas, el mantenimiento de causas abiertas *sine die* sin resolución y la impunidad de ilícitos de entidad suficiente.

Por otro lado, sabido es que el intento de perseguir y castigar a todos los delitos por igual es una utopía, que se traduce en la falta de eficacia en la persecución penal, y que lo único que provoca es mayor retardo en la tramitación de las causas, atosigamiento de los juzgados, un dispendio inútil de recursos humanos y presupuestarios, la consolidación de criterios ocultos de selección, y que se desatiendan hechos de verdadera relevancia, abriéndoles la puerta a la impunidad.

Todos y cada una de estos temas serán abordados en la presente investigación, intentando arribar a una conclusión en torno a la situación actual de la cuestión, y sobre cuál se entiende que debería ser el abordaje que debe darse a estos delitos en el ámbito del derecho penal.

## II

### NOCIONES PRELIMINARES

Se tiene dicho que uno de los fines supremos del Estado es el de garantizar la convivencia pacífica y civilizada de los hombres. La actividad de dirimir conflictos y decidir controversias es uno de los fines primarios del Estado.

Enseña Karl Larenz que el ordenamiento jurídico es un ordenamiento de paz, lo que nos ponen de manifiesto ante todo sus comienzos. La paz y el Derecho aparecen juntos. El Derecho trae la paz y la paz es el presupuesto del desarrollo del Derecho. En todo lugar en que el Derecho se desarrolla, se reemplaza a la lucha violenta y en su lugar coloca la solución pacífica. Los procedimientos jurídicos ocupan el lugar de la autodefensa. La paz es, no sólo el fin último del Derecho, sino también el presupuesto de su desarrollo<sup>2</sup>.

En busca de una perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo, según la clásica definición, la justicia debe ser garantía del uso y goce de los derechos emanados de la Constitución y el freno a todo abuso que pretenda lesionar esas garantías.

La justicia contiene un valor superior que la hace indispensable al hombre en cuanto ser sociable. Sin justicia, cualquier cosa estaría permitida y se perdería por completo la noción misma de humanidad.

---

<sup>2</sup> LARENZ, Karl, "Derecho justo: fundamentos de ética jurídica", trad. de Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1985, pág. 43.

La noción de justicia tiene relación con el principio de insignificancia toda vez que como señala Legaz y Lacambra, donde la justicia se realiza es precisamente en el Derecho Positivo, y todo Derecho establece una cierta proporcionalidad entre los hechos y las consecuencias, entre lo que se da y lo que se recibe, entre lo que se exige y lo que se presta. Es, pues, la proporcionalidad en las penas al respecto de los delitos, la proporcionalidad de los contratos, la proporcionalidad en el reparto de cargas y tributos, etcétera; en cualquier aspecto de la vida jurídica que indagemos hallaremos siempre establecida una proporcionalidad sin la cual no existiría el Derecho<sup>3</sup>.

## **1. Qué se entiende por Derecho Penal**

Se considera que el Derecho Penal es la rama que regula la protesta pública de castigar y aplicar medidas de seguridad, o el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado.

La clásica definición de von Liszt<sup>4</sup> caracteriza al ordenamiento penal como conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho y la pena como legítima consecuencia. O bien como la rama del ordenamiento jurídico que agrupa las normas que el Estado impone bajo amenaza de sanción, limitando y precisando con ellas su facultad punitiva. Se sostuvo que la amenaza que acompaña a las normas penales es, en definitiva, la característica diferencial de las leyes represivas.

---

<sup>3</sup> LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, "Filosofía del Derecho", 5ª ed., Bosch, Barcelona, 1979, pág. 347.

<sup>4</sup> VON LITZ, Franz, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, p. 324/326 –Traducido por Jiménez de Asúa de la 20ª Ed. Alemana- Editorial Rens, Madrid, 1927.

Conforme a los criterios enunciados precedentemente parecería que la consecuencia y el fin del Derecho Penal quedan colmados con castigar, o responder con penas a ciertas conductas consideradas por ley como antijurídicas, y a raíz de ser reputadas socialmente como disvaliosas. Se reduce al Derecho Penal a Derecho coercitivo.

Suele olvidarse que la pena es la consecuencia jurídica del delito, y si se acepta este concepto, se deberá coincidir en que el fin de la pena no queda sólo en el castigo, sino en la prevención general del delito hacia la sociedad, y en la prevención especial sobre el culpable que en base a un tratamiento penitenciario adecuado puede rehabilitarse socialmente.

Según Hans Heinrich Jescheck, “La misión del Derecho Penal es la protección de la convivencia humana en la comunidad”. Por su parte, Adolfo Prunotto Laborde señala que “...el fin del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, tanto de la sociedad en general, como de los imputados de un injusto, conforme sostiene Zaffaroni; combinando ambas protecciones de un mismo objeto, que no son antagónicas, sino que combinadas representan lo que manda nuestra Carta Magna”. Por lo que podría decirse que el derecho en general y la rama penal en particular, intentan asegurar una convivencia social armónica.

## **2. Origen de las normas penales**

No podemos perder de vista que “...la fuente inmediata de producción y de conocimiento del Derecho Penal es la ley, que es una manifestación de la voluntad colectiva expresada mediante los órganos constitucionales y publicada conforme a los preceptos vigentes. En estas leyes se definen delitos, se establecen penas y medidas de

seguridad”. “El principio de legalidad queda vinculado esencialmente a la Constitución Nacional, especialmente a los artículos 18, 19, 76 inciso 13 y a los Tratados sobre Derechos Humanos incorporados a la Constitución Nacional mediante el artículo 75 inciso 22 –art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>5</sup>.

El legislador debe formular sus normas con tanta precisión como sea posible (mandato de certeza: *lex certa*), el legislador y los jueces penales no pueden aplicar las leyes de forma retroactiva en perjuicio del afectado (prohibición de retroactividad: *lex proevia*), el juez penal debe contar con una ley escrita para condenar o agravar penas (prohibición del derecho consuetudinario: *lex scripta*) y no puede aplicar el derecho en forma analógica en perjuicio del afectado (*lex stricta*). El conjunto de todo esto es designado por los juristas penales como “principio de legalidad”<sup>6</sup>.

El proyecto liberal en Derecho Penal, afirmaba Rivacoba y Rivacoba, tiene las siguientes características:

- a) La absoluta igualdad de todos los individuos ante la ley punitiva.
- b) La rigurosa legalidad de los delitos y de las penas, o sea su fijación minuciosa en la ley, como forma de hacer factible su conocimiento y garantizar por este medio la seguridad jurídica y la libertad individual.
- c) La consiguiente reducción del arbitrio judicial que, en momentos extremos, se pensó ingenuamente que podía ser eliminado y, en todo caso, someterlo a reglas muy estrictas.

---

<sup>5</sup> DONNA, Edgardo Alberto, “Derecho Penal. Parte General”. Tomo I, Rubinzal – Culzoni Editores, pág. 354.

<sup>6</sup> Ídem Ob. Cit., pág. 365.

- d) El escrupuloso respeto por el fuero interno de los individuos, el derecho a la disidencia y la expresión de las ideas.
- e) La consideración básica del delito, como un ataque objetivo a bienes jurídicos de interés general.
- f) La proscripción de la responsabilidad sin culpabilidad, entendiendo ésta no por la conformación de la personalidad o del carácter, sino referida al aislado acto delictuoso de que se trate.
- g) La humanización de las penas, rechazando aquellas que, estimadas de acuerdo con la sensibilidad y las valoraciones de la época, se revelen crueles en exceso o repugnen a la dignidad humana.
- h) Su proporcionalidad con la gravedad objetiva del respectivo delito.
- i) El fin retributivo de la penalidad desechando cualquier utilización del condenado, habiendo, sin embargo, que reconocer que numerosas doctrinas y legislaciones liberales han asignado a la punición una función preventiva, si bien dentro de límites muy precisos, que impiden que se desconozca la dignidad del sentenciado y se desvirtúe la retribución penal<sup>7</sup>.

### **3. Concepto de insignificancia**

Se entiende por insignificancia a aquel principio limitativo del poder punitivo estatal, según el cual, determinado hecho, pese a encuadrar formalmente en una figura delictiva, su escasa afectación del bien jurídico penal respectivo o disvalor del resultado,

---

<sup>7</sup> DONNA, Edgardo Alberto, Ob. cit., pág. 348.



o bien de un ínfimo valor de acción, obsta que el Estado considere la conducta en cuestión como penalmente reprochable...<sup>8</sup>.

El concepto “crímenes de bagatela” es utilizado concentradamente por todas las infracciones penales si hay un pequeño acto condenable, una ilicitud insignificante, una pequeña culpa y es por eso sinónimo del concepto de “pequeña criminalidad”. Se lo equipara, igualmente, o se lo asocia, conceptualmente, al “injusto insignificante”<sup>9</sup>.

Señala Abel Cornejo que el principio de insignificancia en materia penal permite no enjuiciar conductas socialmente irrelevantes, garantizando que la justicia esté más desahogada, permitiendo que hechos nimios no se erijan en una suerte de estigma prontuarial y contribuye a que se impongan penas a hechos que merecen ser castigados por su alto contenido criminoso, facilitando que se bajen los niveles de impunidad<sup>10</sup>.

Comparto con el autor mencionado que no existen delitos insignificantes sino que lo irrelevante son ciertos hechos que tipifican un delito, que considerados particularmente se estima que no alcanzan a vulnerar el bien jurídico, ni que merecen que se enerve la jurisdicción en pos de su investigación y ulterior castigo<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> MARTINEZ CASAS, Juan I., “El principio de insignificancia y el tipo de injusto penal” en Nuevos Paradigmas en la Persecución Penal, Criterios de Oportunidad, Publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponible on line.

<sup>9</sup> D`ALBORA, Francisco J. y MORELLO, Augusto Mario, “La justicia penal y sus alternativas”, en J.A. 1993-IV-782.

<sup>10</sup> CORNEJO, Abel, “Teoría de la Insignificancia”, Rubinzal-Culzoni Editores, 1º ed., Santa Fe, 2006, pág. 44.

<sup>11</sup> CORNEJO, Abel, Ob. Cit., pág. 26.

Cuando se habla de “insignificancia en la afectación del bien jurídico” se está refiriendo a lo pequeño del ataque al objeto de la acción: integridad corporal, patrimonio, etcétera, en tal forma que por ello se considera que no afecta al bien jurídico.

#### **4. Bien Jurídico. Importancia de su conceptualización. El tipo penal**

Se entiende que el derecho es norma y toda norma expresa un valor, en el caso del derecho penal ese valor es lo que el orden jurídico ha elevado a la categoría de valioso al otorgarle jerarquía de bien jurídico digno de protección penal. Por ello, se considera que todo acto judicial de aplicación del derecho que se limite exclusivamente a un proceso de verificación de tipicidad formal, con absoluta prescindencia de que se haya vulnerado o no el valor protegido en la norma: o sea el bien jurídico, es una interpretación incorrecta del orden jurídico: fragmentaria y estática.

El concepto de bien jurídico –enseña Jescheck- apareció en la historia dogmática recién a principios del siglo XIX, bajo el influjo de la teoría del contrato social, pues la ciencia jurídico-penal de la Ilustración entendía el hecho punible como lesión de derechos subjetivos: Feuerbach se vio, por ello obligado a probar la existencia en todo precepto penal de un derecho subjetivo del particular o del Estado como objeto de protección.

Von Liszt trasladó el concepto de bien jurídico del derecho subjetivo al “interés jurídicamente protegido” y vio en él un concepto central de la estructura del delito. En la actualidad –sostiene-, el concepto de bien jurídico se contempla, sobre todo, bajo el

prisma de la legitimación de preceptos penales; constituye en esencia, la base de la estructura e interpretación de los tipos<sup>12</sup>.

Siguiendo sus enseñanzas puede ser definido como un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico. Tales intereses no son creados por el derecho sino que éste los reconoce; ese interés que es fundamental en un determinado grupo social y en un determinado contexto histórico, puede no serlo en otro; el derecho penal no crea bienes jurídicos, sino que se limita a sancionar con una pena a ciertas conductas que lesionan ciertos bienes de cierta forma. El bien jurídico es creado por el Derecho constitucional y el Derecho Internacional.

Para Welzel, bien jurídico es un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente; es todo estado social deseable que el Derecho quiere resguardar de lesiones. La suma de los bienes jurídicos no constituye un montón atomizado, acota, sino el orden social, y, por eso, la significación de un bien jurídico no ha de apreciarse aisladamente en relación a él mismo, sino sólo en conexión con todo el orden social<sup>13</sup>.

En la dogmática penal se ha considerado que el bien jurídico constituye el punto de partida y la idea que preside la formación del tipo. Son bienes jurídicos aquellos intereses de la vida de la comunidad a los que presta protección el Derecho Penal. El fundamento de esa protección reside en la tutela de los intereses generales, es decir, que

---

<sup>12</sup> JESCHECK, H. H., "Tratado de Derecho Penal", trad. de Santiago Mir Puig y Francisco Muños Conde, Bosch, Barcelona, 1981, vol. 1, pág. 351.

<sup>13</sup> WELZEL, Hans, "Derecho Penal alemán", trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, pág. 15.

las normas penales prohíben bajo pena aquellas acciones que menoscaban de forma especialmente peligrosa los intereses de la vida en sociedad<sup>14</sup>.

Bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que lo afectan<sup>15</sup>.

Maurach y Zipf dicen que el Derecho Penal comparte con las demás ramas del Derecho la tarea de protección de la paz jurídica. Sin embargo, la especial función de protección del Derecho Penal deriva de la tarea de defensa represiva que sobre él recae, frente a las perturbaciones especialmente graves a la paz. Estas perturbaciones son las que, conforme a la dirección y la clase de la acción, afectan intereses que para la convicción general de la comunidad, aparecen como particularmente valiosos y por lo mismo, especialmente necesitados de protección. El bien jurídico es el núcleo material de toda norma de conducta y de todo tipo construido sobre ella<sup>16</sup>.

Se ha definido al tipo penal como un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> JESCHECK, H. H., Ob. Cit., pág. 351.

<sup>15</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Manual de Derecho Penal. Parte General", Ediar, Buenos Aires, 1987, pág. 389.

<sup>16</sup> MAURACH, Reinhart y ZIPF Heinz, "Derecho Penal. Parte General", Astrea, Buenos Aires, 1994, t. I, págs. 333 y ss..

<sup>17</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ob. Cit., pág.371.

El tipo penal consiste en la descripción por el legislador de una hipótesis de conducta, que se constituye en la condición que de operarse en la realidad, desencadenaría la posibilidad de aplicación de la pena que allí se prevé.

Señala Clariá Olmedo que “El delito consiste en un ataque a bienes jurídicos sociales o públicos protegidos por el ordenamiento jurídico. Por tal razón, es tarea esencial y función exclusiva del Estado la represión del delincuente<sup>18</sup>.”

El fin tuitivo del Derecho Penal es lo concerniente a la protección de bienes que el legislador considera socialmente valiosos, por cuanto, indudablemente, la noción de “bien jurídico protegido” tiene una profunda connotación axiológica. Es dable sostener que la razón de ser, el fundamento del tipo penal en cuanto conjunto de elementos que caracteriza a un comportamiento como contrario a una norma, es prohibir y amenazar con la imposición de una pena a las conductas socialmente disvaliosas. La relación entre un hecho y un tipo penal que permite afirmar la tipicidad se denomina subsunción<sup>19</sup>.

La lesión de un bien jurídico sería el contenido esencial de la infracción del orden jurídico que se caracteriza como delito. De ello se ha deducido que un principio fundamental del Derecho Penal es la exigencia de que todo delito constituya, por lo menos, la lesión de un bien jurídico<sup>20</sup>.

Enseña Bacigalupo que “El Derecho penal moderno (a partir de Binding) se ha desarrollado desde la idea de protección de bienes jurídicos. De acuerdo con ella, el

---

<sup>18</sup> CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo VIII, Actualización de los Tomos I a VII, Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 86.

<sup>19</sup> BACIGALUPO, Enrique, “Derecho Penal, Parte General”, Hammurabi, Buenos Aires, 1987, pág. 44.

<sup>20</sup> BACIGALUPO, Enrique, Ob. Cit., pág. 34.

legislador amenaza con pena las acciones que vulneran (o ponen en peligro) determinados intereses de una sociedad determinada. La vida, la libertad, la propiedad, etcétera, son intereses o finalidades de la sociedad que el legislador quiere proteger amenazando a quienes los ataquen con la aplicación de una pena; de esta forma, tales intereses se convierten, a través de su reconocimiento en el orden jurídico positivo, en bienes jurídicos. De la idea de protección de bienes jurídicos se deducen en la teoría límites para el *ius puniendi*, es decir para el derecho de dictar leyes penales...<sup>21</sup>.

Por su parte, Maximiliano Rusconi enseña que “Según esta teoría, es el concepto de la protección de bienes jurídicos el que debe transformarse en la idea rectora de la formación del tipo y en la legitimación de la intervención punitiva. El derecho penal, para este punto de vista, es el instrumento al que se acude sólo para la protección de los intereses vitales de la comunidad: vida, libertad, honor, propiedad, etc.”<sup>22</sup>.

Claro está entonces, que tal principio, en apariencia, no puede ser entendido sino como una garantía del individuo frente al poder estatal y nada más que eso; pues allí donde haya una pena deberá haber un bien jurídico lesionado, lo cual no significa que allí donde haya un bien jurídico lesionado deba haber una pena.

La puesta en marcha de la causalidad hacia la afectación de bienes jurídicos individuales o colectivos, constituye, en suma, un presupuesto mínimo de intervención del Estado en materia penal. Si resulta indiscutible que todo ilícito penal debe tender a afectar un bien jurídico, no es menos cierto que cualquier intento de afectación no es

---

<sup>21</sup> BACIGALUPO, Enrique, “Derecho Penal. Parte General”, 2º ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, págs. 43 y 44.

<sup>22</sup> RUSCONI, Maximiliano, “Derecho penal. Parte general”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, pág. 78.

suficiente para legitimar la injerencia del Estado en el ámbito penal, sino que, entre otras limitaciones, debe tratarse de un intento de afectación de cierta relevancia<sup>23</sup>.

El Derecho Penal tiene como único marco de actuación el de procurar evitar la comisión y repetición de actos que afecten en forma intolerable los bienes jurídicos penalmente tutelados<sup>24</sup>.

Afirma Santiago Mir Puig que el Derecho Penal deja de ser necesario para proteger a la sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales. Se trata de un principio de economía social coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social. El principio de “máxima utilidad posible” para las posibles víctimas debe combinarse con el de “mínimo sufrimiento necesario” para los delincuentes<sup>25</sup>.

## **5. Objetivos y fundamentos del principio de insignificancia**

Se tiene dicho que este principio intenta fundamentar porque ciertas conductas, cuya descripción típica coincide sin lugar a dudas con una descripción típica de conductas penalmente reprochables, en realidad no son tales, o de serlo no merecen ser

---

<sup>23</sup> VITALE, Gustavo, Principio de insignificancia y error, publicación de la Universidad Nacional de Comahue, 1988, pág. 36.

<sup>24</sup> VIRGOLINI, Julio E. S., El artículo 31 de la ley de vinos y un caso de aplicación del principio de insignificancia en la afectación del bien jurídico, en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, Año 7, N° 26, abril-junio de 1984, pág. 33 y ss.

<sup>25</sup> MIR PUIG, Santiago, “Derecho Penal. Parte general”, 3ª ed., Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1990, pág. 122.

llevadas a juicio, en su caso, ser penadas por inocuas. Es decir, estudia la exclusión del poder del estado en casos de inconsistente relevancia. Intenta corregir las desviaciones que la aplicación lisa y llana del tipo penal puede generar<sup>26</sup>.

Este principio comenzó su desarrollo cuando a partir de la crisis económica que circundó a las dos guerras mundiales un gran número de delitos menores generó serias perturbaciones en el funcionamiento del sistema de justicia penal, impidiendo el tratamiento de las causas con verdadera trascendencia social<sup>27</sup>.

Se considera que mientras no se haya mostrado con claridad que una determinada conducta humana produce efectos socialmente dañosos, debe quedar libre de amenaza penal<sup>28</sup>.

Menciona Winfried Hassemer<sup>29</sup> que no toda lesión de un interés humano (bien jurídico) exige una reacción mediante el Derecho Penal, sino tan sólo aquella que, además, presenta el carácter de socialmente relevante, es decir, que sus efectos lesivos van más allá del conflicto entre autor y víctima, y del daño individual que esta última sufre.

Sostiene Vitale que no cualquier conducta puede ser controlada por el Derecho Penal como sistema de control social, sino que, para ello, debe –al menos- estar dirigida

---

<sup>26</sup> RIBBA, Roxana Andrea y BORGARELLO, Paula Mariel, "Principio de Insignificancia", Revista Actualidad Jurídica Penal y Procesal Penal, Nuevo Enfoque Jurídico, nro. 205, pág. 6129.

<sup>27</sup> LAVADO, Diego Jorge y VEGA, Dante Marcelo, "Estudios sobre el nuevo Código Procesal Penal de Mendoza", Ediciones Jurídicas de Cuyo, 2000, pág. 188/189.

<sup>28</sup> HASSEMER, Winfried, Fundamentos del Derecho Penal, trad. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984, pág. 39.

<sup>29</sup> HASSEMER, Winfried, Ob. Cit., pág. 38.



a afectar un bien jurídico, encontrándose el contenido de bien jurídico en el artículo 19 de la Constitución Nacional, en tanto exige para legitimar la intervención del Estado la ejecución de una conducta que, por lo menos, perjudique los derechos de terceros.

La sanción penal no encontraría justificativo alguno en caso de ser impuesta a quienes han ejecutado conductas que, pese a concordar formalmente con la descripción en la ley penal, no estén destinadas a producir en los bienes jurídicos algún daño de determinada magnitud. Desde el punto de vista de la teoría de la pena, no puede afirmarse que, en relación a hechos mínimos, cumple alguna finalidad<sup>30</sup>, ello considerando como finalidad prioritaria del derecho penal la evitación de acciones lesivas.

La necesidad de apelar a la teoría de la insignificancia encuentra sustento en los principios de lesividad, de reserva, de mínima intervención, de intrascendencia de la pena, del bien jurídico, principio de oportunidad, entre otros<sup>31</sup>.

## **6. Aproximación a la cuestión de fondo**

Como primera cuestión, no soslayo las conclusiones arribadas por el Dr. Roberto Spinka en su publicación “Opúsculos de Derecho Penal y Criminología” de Editorial Lerner, bajo el título “El Principio de la insignificancia o de Bagatela-Una solución de base legal o de justicia abstracta”, del año 1986, en cuyas Conclusiones sentadas en la página 53 coloca “en conflicto el principio de insignificancia en nuestro sistema por su falta de sustento en éste”.

---

<sup>30</sup> VITALE, Gustavo, Ob. Cit., pág. 39.

<sup>31</sup> RIBBA, Roxana Andrea y BORGARELLO, Paula Mariel, Ob. Cit., pág. 6130.

Suele alegarse que el principio de insignificancia no se encuentra previsto en la legislación penal nacional y que, además, su aplicación fue descartada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Adami, Leonardo E. y otro”<sup>32</sup>, que data del 25/9/1986.

Allí se afirmó que el tipo penal de hurto protege el derecho de propiedad en el sentido amplísimo que le otorga la Constitución Nacional, de modo tal que cualquiera sea la magnitud de la afectación del bien jurídico, en tanto no se prevén grados ni límites, la conducta queda comprendida en aquella figura. En esa línea de razonamiento, se agrega que no se atiende a la entidad de la lesión, sino a la violación del derecho de propiedad.

De esta forma se concluye que el mayor o menor valor de la cosa sólo tendrá efectos a los fines de graduar la pena y que la insignificancia sólo puede jugar cuando es tal que lleva a despojar a la cosa de ese carácter.

Sin perjuicio de ello, no podemos soslayar que la conformación del Alto Tribunal varió desde entonces. Tiempo después, la Corte Suprema ha reconocido que el derecho penal debe funcionar como *ultima ratio* del ordenamiento jurídico (cfr. voto de la mayoría en el fallo “Acosta, Alejandro E.”, del 23/4/2008) y que, conforme a dicho criterio, el poder penal del Estado debe emplearse solamente frente a los ataques graves contra bienes jurídicos, lo que permite excluir del ámbito de lo punible aquellas conductas que los afectan en forma mínima.

---

<sup>32</sup> Fallos 308:1796.

Sucede que el principio de insignificancia es una derivación necesaria de principios constitucionales limitadores del poder punitivo estatal.

En efecto, el principio de lesividad (que se desprende del art. 19, CN, y es, por ende, insoslayable) impone que el juicio de verificación de la tipicidad de una conducta no se contente con la mera constatación de la concurrencia en ella de todos los elementos del tipo objetivo. Por el contrario, toda vez que la tipicidad (característica dogmática diseñada para fortalecer el principio constitucional de legalidad) tiene por función acotar el ámbito sobre el cual el Estado podrá ejercer violencia, sin perjuicio de que una acción pudiera parecer comprendida por el tipo, para habilitar el ejercicio del poder punitivo deberá corroborarse que produjo una afectación significativa al bien jurídico (conflicto de cierta gravedad) como para quedar subsumida por aquél. Sólo así podrá afirmarse una lesividad relevante a los fines de la tipicidad objetiva.

A su vez, el principio de proporcionalidad, derivado del principio republicano de gobierno (art. 1, CN), exige que exista siempre una cierta relación entre la lesión al bien jurídico y la punición estatal<sup>33</sup>.

De esta manera, puede colegirse que los argumentos positivistas esgrimidos en contra de la aplicación del precepto que tratamos no sólo pueden, sino que deben sortearse, pues el principio de insignificancia, como derivado directo de los principios de lesividad y proporcionalidad, tiene fundamento constitucional.

Los argumentos que se han esbozado para eliminar estas conductas de la órbita del poder punitivo del estado son diferentes: a) en algunos casos por ausencia de lesividad se excluye la tipicidad; b) hay quienes sostienen que se trata de un caso donde

---

<sup>33</sup> ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, "Derecho Penal, Parte General", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2002, pág. 495.

no existe antijuridicidad; c) y otros entienden que la desproporción entre la afectación y la sanción prevista, excluye la pena pues aún la aplicación del mínimo de la escala importaría un absurdo que lejos de solucionar el conflicto creado y asegurar la paz social generaría una injusticia con el consiguiente repudio colectivo por la desmedida injerencia del estado.

La primera de las posiciones considera que desde el punto de vista de la teoría del delito, la afectación del bien jurídico cumple una función limitante de la tipicidad, no integrándola, de modo tal que una lesión insignificante, resultaría, por ende atípica al no revestir entidad suficiente para demandar la intervención del Estado, haciendo mención a que no debe perderse de vista el carácter de última ratio del derecho penal. Cabe aquí recordar las palabras del Profesor Dr. Enrique García Vitor cuando enseña que: “el principio de insignificancia representa un criterio de índole interpretativa, restrictivo de la tipicidad de la conducta, partiendo de la consideración de bien jurídico –conceptualizado sobre la base de los principios de lesividad social y fragmentariedad–, y en la medida de su lesión o puesta en peligro concreto”.

El principio constitucional de lesividad (art.19, primer párrafo, CN), consagra el más importante límite material a la injerencia coactiva del estado en general y significa, básicamente, que ningún derecho puede legitimar la intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo<sup>34</sup>.

Se considera que, como regla general, esos comportamientos no han afectado el bien jurídico protegido, y por ende su castigo implicaría vulneración a la exigencia constitucional de “lesividad”.

---

<sup>34</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, “Derecho Penal, Parte General”, Editorial Ediar, Bs. As. 2002, pág. 120/121.

En este orden de ideas, se ha dicho que “...la tipicidad no significa solamente la exacta correspondencia entre la conducta y la descripción abstracta del tipo, sino que a ella debe adicionársele, como segundo elemento de la tipicidad, la afectación del bien jurídico protegido. Entonces, las hipótesis corrientes de adecuación social de la conducta o de insignificancia son, en rigor de verdad, supuestos de no afectación del bien jurídico, que impiden la realización del resultado jurídico del tipo”<sup>35</sup>.

Carlos Creus, a continuación de analizar la teoría de la adecuación social, dice: “..., se sostiene que el tipo penal sólo puede referirse a ataques a los bienes jurídicos que alcancen cierta entidad, pues los ataques de mínima incidencia, que no ponen en peligro la paz social que el orden jurídico trata de asegurar, no pueden ser objeto de pena...”<sup>36</sup>.

La segunda de las posiciones, que entiende que lo insignificante no es antijurídico, ha sido desarrollada por Abel Cornejo, quien refiere que una vez subsumido el hecho en una norma penal, lo siguiente es averiguar si generará reproche penal, constatando si es contrario a derecho, o sea, antijurídico. Considera que estas conductas no entran en contradicción con el orden jurídico, al igual que las amparadas por una causa de justificación.

La última postura entiende que si bien hay una adecuación del hecho objeto del proceso con la hipótesis de conducta general y abstracta que ha previsto el tipo penal, aparece esa conducta, no obstante su tipicidad legal, con la falta de entidad e importancia suficiente para justificar y fundar racionalmente el castigo penal,

---

<sup>35</sup> Garantías y Bien Jurídico –Gonzalo D. Fernández- Teorías Actuales en el Derecho Penal- 75º Aniversario del Código Penal- Ed. Ad-Hoc., pág. 425.

<sup>36</sup> CREUS, Carlos, “Derecho Penal. Parte General”, Ed. Astrea, pág. 166.

presentándose esos comportamientos como no merecedores de pena por la falta de proporcionalidad y razonabilidad entre la conducta y la pena.

Toda pena –afirma Beccaria- que no derive de la absoluta necesidad, es tiránica; y la proposición puede hacerse más general enunciándola así: todo acto de autoridad de hombre a hombre que no derive de la absoluta necesidad, es tiránico”. “Fue la necesidad lo que obligó a los hombres a ceder su propia libertad; y es también cierto que cada uno sólo quiere depositar en pública custodia la mínima porción posible, la suficiente para inducir a los demás a defenderle.” “Todo lo restante es abuso y no justicia, es mero hecho y no ya derecho”<sup>37</sup>.

Se tiene dicho que el Derecho Penal sólo se ocupa de un grupo reducido de conductas intolerables que, como decía Carrara, no sólo producen un daño inmediato a la víctima sino a todo los demás, lo que provoca que ese daño particular quede elevado a la categoría de delito. De allí, que el delito no puede ser entendido como una mera desobediencia sino que, además, reclama una ofensa<sup>38</sup>.

Esta postura permite indagar sobre la justificación moral del castigo, al preguntarse qué es lo que debe sancionarse. Quienes entienden que debe ser incluida como eximente de pena entienden que por más nimias que resulten las conductas igualmente son típicas. El castigo debe ser proporcional y equitativo y asegurar que no se impongan penas como fin último sino como resguardo permanente a las garantías constitucionales de la amplia mayoría, constituidas por simples ciudadanos. La imposición de la pena deber ser proporcional a la conducta que ha desplegado el autor, y

---

<sup>37</sup> BECCARIA, De los delitos y las penas cit., II. En realidad la expresión, como bien se dice, es de Montesquieu. DONNA, Edgardo Alberto. “Derecho Penal. Parte General”. Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 353.

<sup>38</sup> AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, Sobre nullum crimen sine injuria y algún otro principio, Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, T° 56, diciembre de 1996, pág. 29.

que un hecho nimio que no afecta ni lesiona un bien jurídico determinado no merece el castigo penal, pues ninguno de los fines se verían satisfechos con ellos. Es decir, que hay tipicidad, por cuanto la conducta contiene todos los elementos configurativos del tipo penal, pero por tratarse de un hecho nimio, irrelevante o insignificante no se hace merecedor de sanción. En conclusión, la pena irracional por su desproporcionalidad con el conflicto o lesión que la sustenta carece de toda justificación<sup>39</sup>.

En estos casos, en los cuales se utiliza el principio de insignificancia como parámetro para excluir la responsabilidad por falta de merecimiento de pena, se atiende, básicamente, a criterios procesales de oportunidad. Es decir, se renuncia a la punibilidad del hecho insignificante por puras razones político – criminales de merecimiento de pena, al sostener que tales casos de sanción penal violentaría la proporcionalidad ante una afectación ínfima del bien jurídico.

---

<sup>39</sup> RIBBA, Roxana y BORGARELLO, Paula Mariel, Ob. cit., pág. 6132.

### III

#### TEORIA DE LA INSIGNIFICANCIA

#### UBICACIÓN DOGMÁTICA Y COMO CRITERIO DE OPORTUNIDAD

##### 1. La insignificancia como causal de atipicidad. Cuestionamientos

Entre los que propician la aplicación de este principio es la postura que mayores adhesiones doctrinales y jurisprudenciales tiene.

El derecho romano contempló lo que hoy se conoce como principio de la insignificancia o bagatela, a través del enunciado *mínima non curat praetor*. Señala Eugenio Zaffaroni, “El viejo principio *mínima non curat praetor* es la base del enunciado moderno del llamado principio de insignificancia o de bagatela según el cual las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen una ofensa relevante a los fines de la tipicidad objetiva”.

Esto parte de analizar el orden jurídico como un sistema jerárquico y dinámico de normas, tal como fue desarrollado por Hans Kelsen en la formulación de la “Teoría Pura del Derecho”, donde se pronuncia en cuanto a la naturaleza y esencia del acto judicial de aplicación del Derecho:

“Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de



aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Esta es la función de las sentencias de los tribunales, lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de decir el derecho no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción. La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley<sup>40</sup>.

Se considera que una determinada acción deviene atípica cuando pese a coincidir formalmente con la descripción abstracta de la figura penal, produce una lesión ínfima o poco significativa al bien jurídico cuya afectación se exige en el caso concreto. En todos estos casos se sostiene que las lesiones que provocan son tan insignificantes que las conductas son objetivamente atípicas.

Entre los que sostienen la carencia de tipicidad se destaca Bustos Ramírez, quien señala que la piedra angular de lo injusto es el bien jurídico y no la acción. A partir de ello sostiene que el bien jurídico nos permite determinar materialmente la tipicidad, pues el tipo sólo puede comprender comportamientos desvalorativos (desvalor del acto) esto es comportamientos desviados o fallidos en su significación social y por ello mismo, entonces, necesariamente, tiene que recogerlos el bien jurídico en el tipo, en cuanto éste es una síntesis de dicha relación social. Por esto mismo el criterio de

---

<sup>40</sup> Kelsen Hans, "Teoría Pura del Derecho" –Eudeba, 1989, págs. 151/152.

significación social y de rendimiento social serán los fundamentales para precisar los contornos mismos del tipo, será el único criterio básico de interpretación teleológica. Continúa Bustos Ramírez remarcando que la relación fundamental que es necesario indagar es la relación de atribución del comportamiento dado al tipo, y esa relación de atribución se determina a partir del bien jurídico, por el criterio de significación social y rendimiento social<sup>41</sup>.

No se puede subsumir dentro del tipo todos aquellos comportamientos humanos que son significativos socialmente; en otras palabras, no es posible su atribución al tipo desde el punto de vista del bien jurídico. Ello, entonces, hace surgir dentro del criterio general de significación social como excluyente de tipicidad, diferentes criterios específicos. Uno de ellos es, justamente, la falta insignificante de significación social, donde caben todos aquellos comportamientos que afectan en forma insignificante al bien jurídico, donde evidentemente desde un punto de vista social resulta innecesaria su atribución al tipo<sup>42</sup>.

Zaffaroni ha introducido el tema en la doctrina argentina y ha considerado a la insignificancia como causal de atipicidad<sup>43</sup>. Lo enuncia conceptualmente así: “Conforme con el principio de insignificancia, son atípicas aquéllas conductas que importan una afectación insignificante al bien jurídico”. Allí comenta que Roxin fue quien enunció este principio por primera vez en 1964, y que también Tiedemann se ha referido a él llamándolo “principio de bagatela”, fundándolo en el principio de proporcionalidad que debe mediar entre el delito y la gravedad de la intervención estatal. Afirma este autor que se trata de un principio que sólo es aplicable en los casos concretos y que existe la posibilidad de considerarlo como una cuestión de

---

<sup>41</sup> BUSTOS RAMIREZ y HORMAZABAL MALARÉ, “Significación social y tipicidad”, *Doctrina Penal*, N° 11, 1980, Depalma, Buenos Aires, pág. 554.

<sup>42</sup> “Bases y críticas a un nuevo Derecho Penal”, Ediciones Jurídicas, Santiago de Chile, 1992, pág. 65.

<sup>43</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, Tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1981, pág. 553 y sgtes..

antijuridicidad material y, por ende, excluyente de la tipicidad, o bien, como un caso en que, aunque hay delito, se prescinde de la aplicación de la pena.

El antecedente más remoto data de 1960 cuando Hirsch lo conceptuara como menoscabo insignificante<sup>44</sup>.

El argumento puede sintetizarse en las siguientes premisas: el principio de lesividad impone que no puede haber tipicidad sin ofensa a un bien jurídico, que puede consistir en una lesión en sentido estricto o en un peligro. En este último caso siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real. Así, ante cada situación concreta se debe determinar si hubo o no peligro para un bien jurídico y, en caso negativo, no puede admitirse la tipicidad objetiva. La consecuencia de todo esto radica en que frente a casos de lesiones insignificantes la conducta deviene atípica.

En otras palabras se ha sostenido que el fundamento teórico que permite sostener la atipicidad penal de una conducta que no se ha traducido en una relevante afectación del bien jurídico, a pesar de su formal adecuación al dispositivo típico es la seguridad jurídica, ya que cuando ciertos bienes han sido afectados mínimamente, la reacción penal por su gravedad es de hecho injusta y ello afecta hondamente el sentimiento público de seguridad. No basta la adecuación de la conducta a un tipo penal si es que no tiene entidad para afectar al bien jurídico. El bien jurídico determina el injusto, si no se afecta o pone en peligro dicho bien, no existe delito.

Considera que la insignificancia es uno de los casos en que conductas encuadradas formalmente en el tipo legal no reúnen los requisitos de antinormatividad que excluyen la “tipicidad conglobada”, es decir mirada en relación con todo el sistema

---

<sup>44</sup>WELZEL, Hans, “Derecho Penal Alemán”, 11° ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, pág. 69.

normativo<sup>45</sup>. Es decir, el análisis conjunto de las normas que se deducen de los tipos penales muestra que tienden a prohibir conductas que provocan conflictos de cierta gravedad. No se trata solamente de una manifestación del principio de última ratio, sino del propio principio republicano, del que se deriva directamente el principio de proporcionalidad, como demanda de cierta relación entre la lesión al bien jurídico y la punición. Así, en casi todos los tipos en los que los bienes jurídicos admitan lesiones graduables, es posible concebir actos que sean insignificantes. Lo mismo sucede en los casos de delitos de peligro, por ser éste un concepto netamente graduable<sup>46</sup>.

En otras palabras, el principio republicano exige que las sentencias respeten el principio de coherencia y no contradicción y, para ello, deben elaborar el material legal como un orden o todo coherente, en el que juegan normas penales y no penales, como también las normas constitucionales e internacionales. Sin conglobar la norma deducida en el orden normativo es imposible determinar si el pragma típico afecta un bien jurídico, esto es, si es o no antinormativo.

Este autor ubicó sistemáticamente el tratamiento dogmático del “principio de la insignificancia”, y lo fundó en lo que debe ser “la función general del orden jurídico positivo y del derecho penal en particular” y con sujeción “a la regla incuestionada de la proporcionalidad entre la cuantía del delito y de la pena o reacción penal”<sup>47</sup>.

Afirma Zaffaroni que la insignificancia de la afectación excluye la tipicidad, pero la misma sólo se puede establecer a través de la consideración conglobada de la norma: todo el orden normativo persigue una finalidad, tiene un sentido que es el

---

<sup>45</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Ob. Cit., págs. 229 a 238- “El tipo penal: tipo legal más tipo conglobante”.

<sup>46</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, “Derecho Penal. Parte General”, Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 471/472.

<sup>47</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Ob. cit., pág. 556.

aseguramiento jurídico para posibilitar la coexistencia. La insignificancia, acota, sólo puede surgir a la luz de la finalidad general que le da sentido al orden normativo y, por ende, la norma en particular, y que nos indica que esos supuestos están excluidos de su ámbito de prohibición<sup>48</sup>.

Considera que un análisis conjunto de los tipos penales demuestra que, en general, tienden a prohibir conductas que provocan conflictos de cierta gravedad, lo que, además de ser una manifestación del principio de *ultima ratio*, es una expresión del principio republicano del que deriva el de proporcionalidad<sup>49</sup>.

Siendo Juez de primera instancia dijo: “Los tipos exigen afectaciones de bienes jurídicos; las penas reflejan el desvalor jurídico de la conducta típica y, por ende, deben guardar una cierta proporción con la magnitud de afectación al bien; cuando la magnitud de la afectación es muy ínfima, se quiebra esta proporcionalidad necesaria, revelando con ello que el tipo no ha querido abarcar esas conductas con afectaciones insignificantes”. También expuso: “...la racionalidad que impone el principio republicano a los actos del poder público obliga a entender los tipos penales en forma tal que no abarquen las conductas que aunque a la letra textual entren en su descripción, no presenten un mínimo racionalmente exigible de entidad de peligro o lesión”<sup>50</sup>.

Cabe recordar que la tipicidad objetiva es una construcción que abarca no solamente la adecuación de la conducta al tipo legal, sino también la demostración de la concreta ofensividad relevante de la acción analizada.

---

<sup>48</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Manual de Derecho Penal”, 5ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1986, pág. 474.

<sup>49</sup> ZAFFARONI, Eugenio, R.; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, Ob. Cit., pág. 494/5.

<sup>50</sup> Sentencia de Eugenio R. Zaffaroni, por entonces juez de primera instancia, en el caso “L”. Jurisprudencia comentada, 2° ed. actualizada, Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, págs. 279 y ss.

La tipicidad objetiva debe contener en su seno una instancia valorativa que merite la lesividad concreta de la acción, como forma de neutralizar el análisis allí cuando el espacio problemático nos sea cerrado.

No puede dejar de resaltarse que tanto el disvalor de la acción como el disvalor de resultado son traducciones dogmáticas de dos principios políticos que, como tales, no pueden excluirse recíprocamente. El uno hace estrictamente al principio de culpabilidad; y el otro, al de lesividad.

Es por ello que aun cuando exista un mínimo de disvalor de acción, si el de resultado es inferior al requerido por una tipicidad constitucionalmente orientada, pues entonces la imputación no podrá sostenerse sino en violación a los principios de lesividad y proporcionalidad.

Para que el hecho pueda ser atribuido al justiciable se requiere un mínimo de disvalor de acción y un mínimo de disvalor de resultado. Si ambos faltan o si sólo está presente uno de ellos, pues entonces la atribución ya no será constitucionalmente aceptable.

Si lo que resulta insignificante es el disvalor de la acción, tampoco la imputación podrá mantenerse, en la medida en que de otro modo se violaría el principio de culpabilidad.

Zaffaroni, Alagia y Slokar afirman que: “La criminalización alcanza un límite de irracionalidad intolerable cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derecho que importa es groseramente

desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto. Puesto que es imposible demostrar la racionalidad de la pena, las agencias jurídicas deben constatar, al menos, que el costo de derechos de la suspensión del conflicto guarde un mínimo de proporcionalidad con el grado de la lesión que haya provocado. A este requisito se lo llama principio de proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión<sup>51</sup>.

En palabras de Binder: “El primer significado del principio de proporcionalidad es que nunca, bajo ninguna circunstancia, la reacción punitiva puede causar más daño que el acto al cual responde. La intensidad del poder punitivo no se mide únicamente por los días de encarcelamiento que se impone, sino por el conjunto de circunstancias que rodean a ese encarcelamiento. En esta dimensión, ciertos actos que podrían ser ilícitos se vuelven irrelevantes frente a la reacción estatal, ya sea porque el daño que han provocado es menor que el mínimo daño que provoca la reacción punitiva o porque los otros componentes de utilidad, sumados al daño que provoca la reacción, hacen que sea preferible absorber los daños causados, aunque no sean tan pequeños”<sup>52</sup>. El autor agrega con relación a la insignificancia del daño que “la respuesta punitiva provoca siempre un grado de daño aunque se trate de la mínima intensidad prevista. Por eso existen conflictos que nunca pueden provocar una respuesta violenta por parte del Estado. Determinar esta relación no es sólo un problema abstracto que constituye una indicación del legislador, sino que depende de las características concretas del ejercicio de esa violencia en un momento dado... “irrelevante” no significa “en sí” o “en abstracto”, sino que carece de aptitud para provocar esa respuesta concreta que es la que el Estado efectivamente genera en ese momento dado. La relevancia (o insignificancia) del daño dependerá de esas circunstancias, porque se trata de una relación que debe ser proporcional”.

---

<sup>51</sup> ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandra y SLOKAR, Alejandro, ob. cit., pág. 130.

<sup>52</sup> BINDER, Alberto M., “Introducción al derecho penal”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pág. 192/3.

A criterio de Virgolini, el fundamento teórico que permite sostener la atipicidad penal de una conducta que no se ha traducido en una relevante afectación del bien jurídico, a pesar de su formal adecuación al dispositivo típico, es la seguridad jurídica, ya que cuando ciertos bienes han sido afectados mínimamente, la reacción penal por su gravedad es de hecho injusta y ello afecta hondamente el sentido público de la seguridad<sup>53</sup>.

El derecho penal irrumpe dentro de la vida de la ciudadanía cuando su intervención aparece como necesaria por haberse vulnerado la disponibilidad de un bien jurídico, pero tal afectación debe ser relevante, pues la aplicación de una pena es de por sí un hecho sumamente relevante. El principio de insignificancia corrige las desviaciones que la aplicación lisa y llana del tipo penal puede generar. Es necesario verificar en cada caso si el hecho, además de esa adecuación externa, viola al derecho en su totalidad, como una unidad.

Explica Rusconi que: La manifestación político-criminal del derecho penal en clave garantista debe superar algunos mitos como la tendencia a quitarle operatividad interna a aquellas garantías que surgen de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Pero quizás, el mito mayor y que ha causado el más grande daño a la administración de justicia de la región es la absurda creencia de que estas garantías o principios fundamentales del derecho penal sólo tienen por destinatarios a los legisladores al momento de producir el material legislativo. Nada más lejos de la realidad; hoy día el universo normativo incorpora en el punto más alto de su jerarquía a estos puntos de partida axiológicos y se transforman automáticamente en mandatos hermenéuticos para jueces y fiscales. Y ello en más de un sentido. En primer lugar, como normas automáticamente operativas; en segundo lugar, como parámetros de verificación de la legislación común y, en tercer lugar, como guías hermenéuticas de jerarquía indudable. La dogmática penal de un estado constitucional de derecho,

---

<sup>53</sup> VIRGOLINI, Julio E. S., "Las lesiones levisimas: un caso de atipicidad por insignificancia", pág. 122.



entonces, debe asegurar la aplicación (y, si es necesario, la directa aplicación) de las normas constitucionales, para posibilitar de ese modo el imperio de la ley fundamental”<sup>54</sup>.

Entiende García Vitor que cuando las conductas afectan en forma mínima el bien jurídico protegido por el tipo penal, resultan, en principio, atípicas, por no revestir la entidad suficiente que requiere el ilícito para demandar la intervención del Estado por su acontecer.<sup>55</sup>

También se considera que estos casos pueden resolverse acudiendo a la “teoría de la imputación objetiva”, que, de acuerdo a criterios normativos, intenta establecer qué acciones se hallan comprendidas en el ámbito del tipo en virtud del fin de la norma, es decir, se trata de determinar los alcances y límites del tipo penal. Roxin parte de que la función del poder punitivo es la prevención de riesgos para los bienes jurídicos, de modo tal que aspira a fundar la imputación objetiva de todas las formas típicas en la producción o en el aumento de esos riesgos y en la realización de ellos en el resultado típico. Así establece las siguientes reglas básicas: un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta ha creado un peligro para el bien jurídico, no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro se ha realizado en el resultado concreto. También construye otra regla correctiva, conforme a la cual no habría imputación cuando el alcance del tipo no abarca la evitación de los riesgos y sus repercusiones. De ambas reglas, se deducen, a su vez, otras a tener en cuenta para excluir la imputación<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> RUSCONI, Maximiliano, “Derecho Penal, Parte General”, 2º ed., Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, págs. 167/8.

<sup>55</sup> GARCIA VITOR, Enrique Ulises, “La insignificancia en el Derecho Penal: los delitos de bagatela”, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, pág. 19.

<sup>56</sup> ROXIN, Claus, “Derecho Penal. Parte General”, Tomo I, Fundamentos de la estructura de la Teoría del Delito, ed. Civitas, 1ra. edición, 1997, Madrid, págs. 362 y siguientes.

Claus Roxin<sup>57</sup> considera al tipo penal como una figura valorativamente neutra, y opina que podrían cumplirse todos los elementos del tipo sin que concurriera “un *typus* de lesión de un bien jurídico merecedor de pena” que, sin embargo, considera necesario por razones constitucionales para legitimar las conminaciones penales del Estado. Por eso quiere introducir la posibilidad de “atipicidad (exclusión del tipo) por falta de un elemento típico” dentro de una categoría, de nueva formación, de la “atipicidad (exclusión del tipo) por falta de lesión del bien jurídico”. Concluye que en toda interpretación del tenor legal hay que preocuparse de que concurra el “*typus* de una lesión de un bien jurídico merecedora de pena”.

Sostiene Juan I. Martínez Casas que un derecho penal sustantivo respetuoso de los principios de *ultima ratio*, proporcionalidad, lesividad, fragmentariedad –el derecho penal no puede utilizarse frente a toda situación so pena de convertirse el estado en un estado policial- y subsidiariedad, no puede renunciar a establecer en su seno los límites al poder punitivo del Estado, que de lo contrario, lo llevaría a cometer excesos indeseables, amén de las lógicas consecuencias económicas y perjudiciales para el sistema procesal, derivado de la escasez de recursos para su investigación que, incluso, se verifican aun cuando tiene que investigar delitos más graves<sup>58</sup>.

No desconozco que se ha rechazado la vigencia del precepto por el hecho de que la delimitación de los casos comprendidos en él quedaría en manos de los jueces, circunstancia que algunos estiman incompatible con las exigencias de la seguridad jurídica.

---

<sup>57</sup> ROXIN, Claus, Ob. Cit., pág. 290.

<sup>58</sup> MARTINEZ CASAS, Juan I., “El principio de insignificancia y el tipo de injusto penal” en Nuevos Paradigmas en la Persecución Penal, Criterios de Oportunidad. Publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponible on line.

En cuanto a esto, la jueza Garrigós de Rébora sostuvo: “La alegada inseguridad jurídica que acarrearía la utilización de este principio en tanto sería el intérprete quién, sin reglas claras –y léase por ello escritas por el legislador–, decidiría qué casos se encuentren contenidos por él y, por lo tanto, fuera del sistema penal, no resulta óbice para su utilización. Ello es así dado que, a diario, el juez se encuentra utilizando categorías que han sido creadas y desarrolladas por la doctrina penal nacional e internacional, a veces con reglas muy claras pero otras no tanto, y no por ello se crea inseguridad jurídica si las pautas son claras y las conclusiones son una derivación razonable de ellas. Repárese por ejemplo en el error en derecho penal; no hay hasta el momento reglas que sean indiscutibles para la determinación del carácter evitable o inevitable del error y, sin embargo, nadie discute lo correcto de su utilización en el análisis de la teoría del delito. Porque siempre es el juez quien, con su tarea interpretativa, no sólo de las normas sino también de las pruebas, conforma y dice cuál ha de ser el hecho objeto del proceso y cuál la norma aplicable al caso. Sin despreciar las capacidades técnicas de los juzgadores, es obvio que cualquier conocimiento estará influido de subjetividad y, por tanto, la pretensión de seguridad absoluta y estática es una quimera, impropia de las ciencias sociales como el derecho<sup>59</sup>.”

También se dice que es difuso el límite entre la insignificancia y la significación de la lesión. En cuanto a esto se ha expresado que no es válida tal objeción, puesto que las zonas grises nunca son pretexto para legitimar la extensión del poder punitivo a todos los casos<sup>60</sup>.

## **2. La insignificancia como excluyente de la antijuridicidad. Críticas**

---

<sup>59</sup> C. Nac. Crim. y Corr. Sala 5°, causa 32365, “Morales Sandoval, Sergio M. y otro”, del 20/6/2007.

<sup>60</sup> ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, Ob. Cit., pág. 495.

Partiendo de la base de que la antijuridicidad debe cumplir con una función garantizadora, no puede llenarse su contenido exclusivamente con la antijuridicidad formal –esto es, confrontación con el ordenamiento jurídico en su totalidad para comprobar la inexistencia de una norma permisiva-. Y es el desvalor de resultado el que llena ese vacío, dando contenido material a la antijuridicidad “no entran en consideración afecciones reales o presuntas de los bienes jurídicos, sino sólo las efectivas”...“lo que protege no son determinadas visiones del universo, sino al hombre concreto, dentro de una relación social concreta”<sup>61</sup>.

Sostiene Bustos Ramírez, el juicio de atribución, en cuanto valoración del acto, consiste en establecer si la objetiva situación concreta dada se puede incluir en el ámbito situacional abstracto y genérico del tipo. La antijuridicidad es el momento del juicio de imputación objetiva, consistente en determinar si la afectación al bien jurídico de puesta en peligro concreto o de lesión, se puede imputar objetivamente a la situación atribuida a un tipo legal.

Termina conceptualizando a la antijuridicidad diciendo que “es la contravención del hecho típico con todo el ordenamiento jurídico en virtud de una afección efectiva del bien jurídico”<sup>62</sup>.

Son estas definiciones las que permiten considerar que puede ubicarse el problema de la inexistencia de injusto en los casos de afectación insignificante de bien jurídico, dentro la categoría de la antijuridicidad, en su concepción material. En efecto, si partimos de la hipótesis de que el desarrollo precedente es correcto, sólo será posible considerar de manera consistente que la conducta que no produjo una afección efectiva

---

<sup>61</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Ob. Cit., pág. 273.

<sup>62</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Ob. Cit., pág. 279.

del bien jurídico no constituye injusto, en el momento de establecer si es antijurídica en un sentido positivo; o sea, si es contraria a Derecho en virtud de aquella afectación.

Los sostenedores de esta postura entienden que un hecho insignificante estaría amparado por una causal de justificación. Si un hecho es insignificante no es materialmente antijurídico, aunque sí lo sea formalmente. La esencia de la antijuridicidad material se pone de manifiesto en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. Se entiende, por una parte, que dicho ataque a los bienes jurídicos es un comportamiento socialmente dañoso, a la par que también se destaca el carácter de valor ideal o ético-social de bien jurídico.

Esto es así, por cuanto, una vez subsumido el caso de la realidad en el supuesto de hecho de una norma penal, el siguiente paso, en orden a la averiguación de si ese caso puede engendrar responsabilidad penal, es la determinación de la antijuridicidad, es decir, la constatación de que el hecho producido es contrario a derecho, injusto o ilícito. El término antijuridicidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico<sup>63</sup>.

Afirma Muñoz Conde que la antijuridicidad es el atributo con el que se califica una acción para denotar que es contraria al ordenamiento jurídico. El o lo injusto es un sustantivo que se emplea para denominar la acción misma calificada ya como antijurídica. Lo injusto es por lo tanto, la conducta antijurídica misma<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> CORNEJO, Abel, "Teoría de la Insignificancia", 1º ed. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006, pág. 50.

<sup>64</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, "Teoría general del delito", Temis, Bogotá, 1984, pág. 83.

Dado que el ordenamiento jurídico –dice Welsel<sup>65</sup>- quiere establecer, con sus normas y preceptos permisivos, un orden valioso de la vida social, la realización antijurídica del tipo es una conducta que contraría este orden valioso. Por ello, explica, se caracteriza frecuentemente a la antijuridicidad como un “juicio negativo de valor” o como “un juicio de desvalor” sobre la conducta típica. Las conductas socialmente adecuadas no son necesariamente ejemplares, sino conductas que se mantienen dentro de los marcos de la libertad de acción social.

Menciona Pascua que el camino de considerar los hechos insignificantes como casos que excluyen la antijuridicidad fue iniciado por Welzel, postulando “...el derecho penal sólo tipifica conductas que tienen cierta relevancia social puesto que de lo contrario no podrían ser delitos...”<sup>66</sup>. Aunque posteriormente lo consideró como un supuesto de atipicidad.

Para Santiago Mir Puig, antijuridicidad significa contrariedad al derecho. Cuando un hecho se halla prohibido por una norma directiva significa que se trata de un hecho desvalorado que la norma desea evitar. El Derecho Penal desea evitar lesiones en los bienes jurídicos más importantes, como la vida, la integridad física, la propiedad, la seguridad del Estado, etcétera. El hecho antijurídico ha de verse, ante todo, como un hecho que compromete la existencia de bienes jurídico: el principio de dañosidad o lesividad, vinculado al de exclusiva protección de bienes jurídicos, ha de ser el punto de partida de la antijuridicidad penal<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> WELSEL, Hans, “Derecho Penal alemán”, trad. por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, pág. 77.

<sup>66</sup> PASCUA, Francisco Javier, Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza”, Ed. de la Universidad del Aconcagua, Mendoza, 2006, pág. 76, nota 54.

<sup>67</sup> MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, Parte General, 3ª ed., Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1990, pág. 122.

Quiere decir, pues, que luego de tipificar formalmente una conducta, el juzgador debe realizar un juicio axiológico, y estimar si el proceder que llevó a cabo el autor es antijurídico, y sólo allí podrá examinar si efectivamente se trata de un hecho relevante que merezca que se dinamice la jurisdicción en pos de su juzgamiento; o en su caso considere que se trata de un hecho irrelevante, cuya entidad no resulta suficiente para lesionar o afectar un bien jurídico<sup>68</sup>.

Es decir, cuando el juzgador, luego de tipificar una conducta, estima si el obrar ha sido o no antijurídico, analizando si el hecho es o no irrelevante, y en este último caso no continuar la jurisdicción en miras a su juzgamiento, por ausencia de lesión o afectación al bien jurídico. Podría concluirse entonces que las conductas aquí estudiadas no entran en contradicción con el orden jurídico, al igual que las amparadas por una causal de justificación.

En cuanto a esto Zaffaroni expresa que no existen dos conceptos de antijuridicidad, dado que la misma resulta ser siempre material –en el sentido de que implica efectiva afectación del bien jurídico- y formal al mismo tiempo –porque no puede partir más que del texto legal<sup>69</sup>.

Esta postura no ha tenido mucha acogida en la jurisprudencia de nuestro país por cuanto se entiende que solamente las causales de justificación expresamente previstas por la ley pueden determinar la exclusión de la antijuridicidad del hecho, aun cuando deje de concurrir, en ese mismo hecho, el contenido material de lo injusto ante un eventual conflicto entre antijuridicidad formal y material.

---

<sup>68</sup> CORNEJO, Abel, Ob. Cit., pág. 52.

<sup>69</sup> ZAFFARONI, Eugenio R., "Tratado de Derecho Penal", Ediar, Buenos Aires, 1981, t. III, pág. 555.

En cuanto a esto afirma Abel Cornejo que nuestro derecho positivo no prohíbe la analogía *in bonam partem*, y por lo tanto la doctrina o la jurisprudencia pueden acudir a causales de justificación supralegales, puesto que, tal como enseña Jescheck: en primer lugar, en sentido político criminal de garantía propio del principio de legalidad aconseja limitar la prohibición de analogía a los casos en que se perjudique al reo; y en segundo lugar, en materia penal no existe ningún precepto que prohíba la analógica favorable al reo<sup>70</sup>.

### **3. La insignificancia como eximente de pena –excusa absolutoria-**

Dentro de esta posición encontramos autores como Ernesto Seguí que conectan el principio de insignificancia con la punibilidad. Sustentan su tesis en que, uno de los principios esenciales que rigen el Derecho Penal Liberal es el de proporcionalidad de la pena, el cual implica una proporción entre la lesión del bien jurídico y la pena.

Se basan en ciertos casos en que la pena no guarda una justa relación con el delito y sostienen que este tipo de conductas no pueden ser penadas, atento a que la aplicación de sanción –aún en su mínimo legal-, no guarda relación con el caso concreto, y bien es sabido que debe existir una relación inescindible entre la afectación del bien y la pena resultante del mismo, violándose este principio en estos supuestos.

Dejan sentado que los Magistrados no deben realizar una simple tarea de subsunción al adecuar la conducta al tipo, sino emitir, además, juicios de valor, por considerar a éste un tema de naturaleza axiológica<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> CORNEJO, Abel, Ob. Cit., pág. 53.

<sup>71</sup> SEGUÍ, Ernesto, “Límites al poder punitivo, coercitivo y normativo del Estado”, Juris, Santa Fe, pág. 35.



Bidart Campos enseña que la teoría de la insignificancia en Derecho Penal postula que las conductas triviales o inocentes que no alcanzan a dañar o dañan sólo muy levemente el bien jurídico penalmente tutelado, deben quedar exentas de sanción penal. Seguidamente acota: a lo mejor un tribunal, sin arrogarse la competencia desincriminatoria que es propia del Congreso, podrá aplicar la teoría de la insignificancia argumentando que es inconstitucional “aplicar” la ley penal al autor de una conducta que no tiene entidad para lesionar el bien jurídico tutelado penalmente y que está en juego, porque aun en el mínimo de la escala legal de la sanción se rompe el principio de la necesaria proporcionalidad razonable de la pena en relación con la gravedad (o levedad) de la conducta.

Concluye que lejos de sublevarse contra el principio de legalidad penal y de prescindir de él, y de invadir facultades del Congreso en desmedro de la división de poderes, lo que estaría haciendo ese juez sería tanto como afirmar que es intrínsecamente injusto punir al autor de una conducta cuya insignificancia impide tener por razonable la sanción<sup>72</sup>.

Para esta postura, la teoría de la insignificancia permite indagar sobre la justificación moral del castigo, al preguntarse qué es lo que debe sancionarse.

Quienes son partidarios de esta posición, entienden que por más nimias que resulten las conductas, igualmente son típicas. Sin embargo, el castigo debe ser proporcional y equitativo, y asegurar que no se impongan penas como fin último, sino como resguardo permanente a las garantías constitucionales de la amplia mayoría, constituida por simples ciudadanos.

---

<sup>72</sup> BIDART CAMPOS, Germán, “La teoría de la insignificancia”, en E. D. 150-1993-633 y ss.

Es necesario en cada caso verificar si el hecho examinado, además de cumplir ese requisito de adecuación externa, constituye una violación del derecho entendido en su totalidad. La acción debe ser valorada no solo por la norma que se limita a describirla sino por los fines y principios que le dieron sustento.

No cabe duda que la imposición de una pena debe ser proporcional a la conducta que ha desplegado el autor, y que un hecho nimio, que no afecta ni lesiona un bien jurídico determinado, no merece el castigo penal, pues ninguno de los fines se verían satisfechos con ello.

El fundamento se encuentra en la función retributiva de la pena, cuando se exige una adecuada proporcionalidad o equivalencia entre el mal causado por el delito y el impuesto al autor mediante la sanción penal. Tampoco desde la perspectiva utilitaria propia de las teorías de la prevención se justifica la intervención estatal cuando la lesión es insignificante, porque, por un lado, la prevención general no se logra mediante la sanción de hechos de escasa magnitud, y por el otro, las penas de corta duración que son consecuencia lógica en los delitos de escasa relevancia, lejos de fomentar la reinserción social producen graves efectos criminógenos y estigmatizantes<sup>73</sup>.

Se considera que al evaluar si una conducta es irrelevante, el juez debe tener en cuenta el contenido antijurídico que puede llegar a producir, y a través de él la afectación al bien jurídico, y si es irrisoria, no aplicar la sanción.

El tema se aborda desde la exención de pena, cuya apreciación en cada caso compete a los jueces. Es él quien deberá evaluar las circunstancias del acto para

---

<sup>73</sup> ROXIN, Claus, "Problemas básicos del Derecho Penal", Ed. Reus. Madrid, 1996, pág. 22.

establecer si ha significado una lesión relevante para el bien jurídico tutelado, o si su afectación es imperceptible.

Señala Lavado “el juzgador debe evaluar la conducta realizada por el causante, la figura penal aplicable, la situación socioeconómica de la víctima, la persistencia o no del conflicto generado por el delito, la entidad del resultado o el grado de afectación del bien jurídico penalmente tutelado, y la necesaria proporcionalidad que debe darse entre la lesión y la escala penal prevista (en especial su mínimo)”<sup>74</sup>.

El fundamento legal puede encontrarse en el art. 44 in fine del Código Penal, que si bien refiere a la exención de pena para el delito imposible, dentro de la escala delictiva es el proceder más leve. Cabría entender comprendida en esta hipótesis de ausencia de castigo, a la insignificancia o falta de lesividad. Es decir que hay tipicidad, por cuando la conducta contiene todos los elementos configurativos del tipo penal, pero por tratarse de un hecho nimio, irrelevante o insignificante, no se hace merecedor de una sanción.

Concluyen que la pena irracional por su desproporcionalidad con el conflicto que la sustenta, carece de toda justificación.

En estos casos, se renuncia a la punibilidad del hecho insignificante por puras razones político-criminales de merecimiento de pena, al sostener que en tales casos la sanción penal violentaría la proporcionalidad ante una afectación ínfima del bien jurídico, atendiendo básicamente a criterios procesales de oportunidad.

---

<sup>74</sup> LAVADO, Diego Jorge y VEGA, Dante Marcelo, Ob. Cit., pág. 203.

Empero, antes de la sanción de la ley 27.147, publicada en el Boletín Oficial el 18 de junio de 2015, que modificó, entre otros, al artículo 71 del Código Penal, se consideraba que nuestra legislación penal adoptaba el llamado principio de “oficiosidad” o “legalidad procesal” para la mayoría de las acciones penales por oposición al principio de “oportunidad”, que faculta al órgano del Estado correspondiente a no promover la acción penal desde los primeros momentos, a pesar de tener la potestad de hacerlo porque se encuentra frente a un caso que la ley reputa como delito.

Se considera a la acción penal como “un requisito previo a la sustanciación del proceso seguido contra una persona, a quien se le imputa la comisión de un hecho punible, con el objeto de establecer su responsabilidad y en su caso imponerle la pena legalmente prevista”<sup>75</sup>.

La acción penal pública y la dependiente de instancia privada, una vez removido el obstáculo de la instancia, se apoyan en los siguientes principios:

- son oficiosas, pues el Ministerio Público las impulsa de oficio, siendo además obligatoria su promoción y seguimiento, aspecto que se entiende como principio de legalidad;

- son públicas, porque su requerimiento tiene por objeto satisfacer un interés social, mediante un reclamo al Estado;

- son indivisibles, porque comprenden a todos los que han actuado en el hecho investigado;

- son irrevocables, porque no pueden ser desistidas por el fiscal ni por la víctima u otro interesado.

---

<sup>75</sup> RIGHI, Esteban y FERNANDEZ, Alberto A., “Derecho Penal. La Ley. El Delito. El proceso y la pena”, pág. 381.

La idea que subyace debajo de la concepción que hace imperativo el ejercicio de la acción penal es que cuando se viola una prohibición o un mandato penal previsto en la ley, ello debe conducir a la consecuencia jurídica allí conminada, la pena, sin que la voluntad de ningún órgano o sujeto procesal condicione tal actuación de la ley. Así, como se trataba de un imperativo o mandato de los representantes del pueblo (anterior art. 71 y art. 274 del Código Penal), la persecución desde el punto de vista procesal y práctico es obligatoria.

No existe acuerdo sobre si el asunto relacionado al ejercicio de las acciones es un asunto de derecho penal o procesal penal y, como somos un país federal (arts. 1 y 75 inc. 12, CN), ello ha llevado a varias provincias a dictar en sus respectivas leyes procesales normas que regulan el ejercicio de las acciones penales.

No soslayo que en el año 2006 una comisión convocada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, presentó un Anteproyecto de Código Penal que contemplaba criterios de oportunidad, y en lo que aquí respecta entendió<sup>76</sup>:

“...En relación a las penas se establece, ..., que éstas deben ser proporcionales al ilícito cometido y a la culpabilidad del autor. No puede haber pena que vaya más allá de la culpabilidad. Sin embargo, el juez podrá eximir de pena o determinarla por debajo del mínimo en los supuestos de insignificancia (atendiendo al principio de lesividad) o en los casos llamados de pena natural...”.

“... La reforma propuesta recepta criterios formales de oportunidad y apunta a ganar en efectividad, procurando que el sistema de justicia se ocupe de los casos relevantes y de su respuesta. Según estos criterios, cuando se toma conocimiento de la comisión de un hecho ilícito, la persecución penal puede no iniciarse o suspenderse por diversas

---

<sup>76</sup> Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal (Resoluciones de Ministerio de Justicia y Derechos Humanos N° 303/04 y N° 136/05, Expediente M.J.y D.H. N° 146.468/04), coordinada por Alejandro Slokar.

razones, procurándose racionalizar el sistema de selección y ganar en eficacia. De este modo la legalidad es la regla, y el principio de oportunidad queda como excepción”.

#### **IV**

### **EL BINOMIO LEGALIDAD – OPORTUNIDAD**

#### **ACCION PENAL**

El aparato de persecución penal mantiene inalterable la creencia de que todo delito debe ser investigado y castigado, sin importar quién lo haya cometido, ni su gravedad, ni otras circunstancias coyunturales. Debido a esa finalidad presuntamente igualitaria que resultaría intrínseca a la vigencia irrestricta del llamado principio de legalidad procesal, no se establecen prioridades de pesquisa, todos los delitos son investigados de igual forma y con los mismos recursos.

#### **1.- Principio de legalidad procesal y de oportunidad**

Soler señala que el principio de legalidad significa que el órgano encargado del ejercicio de la acción penal pública no puede dejarla de ejercer, siempre que concurren los presupuestos sustantivos de ésta; por el contrario, el principio de oportunidad se

basa en la admisión de un juicio apreciativo, por parte del órgano acusatorio, sobre la conveniencia o pertinencia de la acción<sup>77</sup>.

Siguiendo a Binder “el principio de legalidad” es expresión de un modelo político-criminal estatista, de tendencia totalitaria y la imposición fáctica de investigar todos los delitos no es mera incapacidad sino uno de los modos de encubrir la selectividad del interés del Estado”<sup>78</sup>.

El principio de oportunidad implica una opción de política criminal que configura el ejercicio de la acción penal con mayores o menores ámbitos de discrecionalidad.

En el moderno proceso penal es cada vez más evidente la tensión existente entre los principios de legalidad y de oportunidad, el uno presidido por las concepciones absolutas de la pena y el otro animado por las ideas utilitarias propias de las corrientes preventivas.

Tradicionalmente el sistema penal argentino, de acuerdo con la legislación vigente, en lo que respecta a la acción penal –salvo algunas excepcionales- se ha considerado que es pública y sometida al principio de oficiosidad en la persecución de los delitos, consecuentemente la posibilidad de disposición de la misma, por razones de oportunidad ha sido negada y la doctrina tradicional ha considerado que es atributo del Congreso de la Nación legislar sobre dicho régimen.

---

<sup>77</sup> SOLER, Sebastián, “Derecho Penal argentino”, act. por Guillermo J. Fierro, Tea, Buenos Aires, 2000, T. II, pág. 529.

<sup>78</sup> BINDER, Alberto, “Legalidad y oportunidad”, en AA. VV., Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, pág. 215.

El principio de legalidad procesal nacía del anterior art. 71 del C.P., el cual disponía “Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales”, con excepción de las dependientes de instancia privada y de las acciones privadas, en cuanto la obligación que tenía el fiscal de requerir la investigación de un hecho que *prima facie* aparece como delito y de no poder suspender la acción ni interrumpirla o hacerla cesar una vez promovida.

En tal sentido se había afirmado que esta norma, al establecer el ejercicio obligatorio y oficial de la acción penal, sanciona implícitamente los principios de legalidad e indivisibilidad de la acción penal pública<sup>79</sup>.

Así el principio procesal de legalidad ha sido definido como la automática e inevitable reacción del Estado a través de los órganos predispuestos que frente a la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo –de acción pública- se presenta ante los órganos jurisdiccionales reclamando –o realizando- la investigación, el juzgamiento y, si corresponde, el castigo del delito que se hubiera logrado<sup>80</sup>.

Este principio rigió durante buena parte del siglo pasado (hasta los 80) sin haber sido controvertido. Se ha entendido que era obligación esencial del Estado la persecución de toda conducta con capacidad de lesionar de especial manera determinados bienes jurídicos penalmente seleccionados por su aptitud de generar una mayor alarma social. Dentro de este esquema de pensamiento, cualquier hecho que

---

<sup>79</sup> SOLER, Sebastián, Ob. Cit., pág. 529.

<sup>80</sup> CAFFERATA NORES, José, “Cuestiones actuales sobre el proceso penal”, 3º ed. Actual, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, pág. 21.



reuniese características de tipicidad penal, obligatoriamente debía ser investigado y eventualmente sancionado<sup>81</sup>.

A este principio se lo enuncia simplificadaamente diciendo que “todo delito de acción pública debe ser ineludiblemente investigado, juzgado y castigado (por cierto, si corresponde)” y con igual compromiso de esfuerzos estatales<sup>82</sup>.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la misma ley penal señalaba casos en los que la persecución penal se encontraba enervada por criterios de oportunidad. Las previsiones de los arts. 72 y 73 del Código Penal en cuanto al ejercicio de las acciones, son buen ejemplo de ello pues se limita la posibilidad de persecución penal, exigiéndose instancia previa, o se limita esa posibilidad al delegar el ejercicio en el particular ofendido... Otro tanto cabe decir de la suspensión del juicio a prueba prevista en los arts. 76 bis y siguientes del Código Penal, introducidos por la ley 24.316<sup>83</sup>.

Sin perjuicio de ello, esto cambió con la reforma realizada al Código de fondo por la Ley N° 27.147, publicada en el Boletín Oficial para fecha 18 de junio de 2015. La actual redacción consigna que “Sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales...”, manteniéndose asimismo la excepciones nombradas.

Esto implica que la legislación de fondo admite expresamente la vigencia de reglas de disponibilidad de la acción penal, tema que generó en su momento una

---

<sup>81</sup> COUSSIRAT, Jorge, “Código Procesal Penal Comentado de la Provincia de Mendoza”, Editorial La Ley, Tomo I, pág. 123.

<sup>82</sup> CAFFERATA NORES, José, Ob. Cit., págs. 22/23.

<sup>83</sup> COUSSIRAT, Jorge, Ob. Cit., pág. 123.

aguerrida discusión que proponía la necesidad de un mandato de esta clase en el código sustantivo. Así, admite la disponibilidad de la acción penal en la ley procesal, en tanto que la reforma del art. 73 del mismo cuerpo legal, en su segundo párrafo establece que “son acciones privadas las que de conformidad con lo dispuesto por las leyes procesales correspondientes, surgen de la conversión de la acción pública en privada o de la prosecución de la acción penal por parte de la víctima”. Ergo, se autoriza el cambio de naturaleza de la acción penal pública en privada en aquellos casos que la ley procesal lo admita y también se ha habilitado a la víctima para proseguir la acción penal, siempre que se cumplan los requisitos que la legislación adjetiva establezca, ello con motivo del nuevo CPPN, pendiente de vigencia. La ley 6730 no contempla hasta ahora este supuesto<sup>84</sup>.

En consecuencia, en lo que respecta a la Provincia de Mendoza, no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar el ejercicio de la acción penal pública, salvo los supuestos previstos en el Código de rito u otra ley. Los casos se refieren a los arts. 12, 13 y 14 del CPP (prejudicialidad civil y penal); en caso que no se admita el pedido de desafuero a la Cámara Legislativa que corresponda, en una causa contra un legislador o para el supuesto que no se admita el proceso por parte del Tribunal de Enjuiciamiento correspondiente, en caso de funcionarios sujetos a juicio político o enjuiciamiento previo. Asimismo en los casos previstos y regulados por el art. 26 del CPP (Ley 6.730), cuando se ordena la aplicación de cualquiera de los criterios de oportunidad allí señalados, al igual que si se admite la suspensión del procedimiento a prueba conforme lo establece el art. 30 del mismo cuerpo legal...<sup>85</sup>.

Después de la sanción de dicha legislación no existe unanimidad respecto del principio adoptado por el Código Penal.

---

<sup>84</sup> PEÑASCO, Pablo Guido, “Código Procesal Penal Provincia de Mendoza”, Anotado-Comentado, Ley 6.730, T. I, 2º Ed. Ampliada-Corregida-Actualizada-Concordada, Biblioteca Popular Francisco Peñasco, pág. 93.

<sup>85</sup> PEÑASCO, Pablo Guido, Ob. Cit., pág. 94.

Por un lado, se ha sostenido que el artículo 71 del CP reconoce expresamente el criterio de oportunidad procesal como regla, y relativiza la legalidad procesal. En la misma línea se consideró que mediante la reforma se invierte la tradicional ecuación en materia de persecución penal, ya que las reglas de disponibilidad de la acción ganan primer plano, perdiendo el principio de legalidad procesal su otrora exclusivo protagonismo.

Por el contrario, se ha afirmado que el art. 71 del CP “mantiene la obligación estatal de iniciar de oficio todas las acciones penales públicas, sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción previstas por la ley procesal. Los órganos encargados de investigar están obligados a comenzar inmediatamente con las medidas precautorias, so pena de incurrir en delito (art. 274 CP); es decir, sólo pueden desistir de su cometido funcional (persecución del delito) por una “regla” procesal que así lo habilite y no por criterios personales, profesionales, ni aun institucionales; sólo pueden detener la acción, aplicando un dispositivo legal que permita encuadrar el caso. En otros términos, el fiscal no podrá entonces disponer discrecionalmente de la acción penal, sino por criterios de oportunidad reglados y sometidos a control de las partes.

En este sentido se puntualizó que la mentada legislación implicó la flexibilización del régimen de la acción penal; el cual, sin abandonar el principio de legalidad, habilita bajo las condiciones establecidas en cada reglamento procesal, un verdadero modelo alternativo, apoyado en la disponibilidad y discrecionalidad; posibilitando así, inclusive, que la Fiscalía pueda desistir de la acción ya promovida<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> DIAS, Horacio, “Código Penal de la Nación Argentina Comentado”, Parte General, Rubinzal-Culzoni Editores, 2018, pág. 620/621.

La ley 27.147 ha reformado este artículo a los fines de compatibilizar el Código Penal con las modernas tendencias en materia procesal penal..., el art. 71 busca homogeneizar el sentido y alcance del principio acusatorio en todo el territorio de la Nación, reconociendo al mismo tiempo las facultades privativas de los Estados provinciales para el dictado de sus códigos de forma en materia penal<sup>87</sup>.

El postulado de la legalidad que se venía repitiendo a través del tiempo como un dogma, con la evolución de los conflictos sociales que tienen su repercusión en el ámbito judicial, amén de la adopción cada vez más asidua del principio acusatorio ha puesto en crisis aquellos postulados que tradicionalmente se han ido repitiendo en la doctrina y en la jurisprudencia e incluso con mayor intensidad se discute a nivel constitucional. Es que la persecución oficial, en forma incondicionada y obligatoria por los órganos estatales, ha llegado a su fin por haber sido superada por la realidad ya que se ha demostrado temporalmente que el Estado tiene sus limitaciones para la persecución de todos los delitos y también visualizándolo desde el punto de vista de política criminal, se ha demostrado su inconveniencia. Uno de los resultados más tangibles es la prescripción de numerosas causas por delitos denunciados que ni siquiera han comenzado su etapa investigativa, ya sea por la superación de las estructuras organizacionales judiciales o por la nimiedad de las cuestiones llevadas a los estrados.

Podemos concluir que hay que combinar sabiamente los dos axiomas, pues como señala Hassemer, debe haber “tanta legalidad como sea posible; tanto oportunidad como (política y económicamente en la actualidad) sea necesario.

Al margen de estas disquisiciones existe una cuestión sobre la que se ha polemizado mucho en la doctrina y es la atinente a si la problemática de la acción penal

---

<sup>87</sup> ABOSO, Gustavo Eduardo, “Código Penal de la República Argentina”, Comentado, concordado con jurisprudencia, 3<sup>o</sup> edición, editorial B de f, 2016, pág. 426.

es una cuestión de derecho de fondo o corresponde netamente a un aspecto procesal de la cuestión. Este debate se abordará seguidamente.

## **2.- Acción penal como cuestión material**

Por una parte se ha asignado a la acción penal naturaleza material y no procesal. Ello con sustento en que la acción penal no es sino la potestad de castigar en sí misma, como derecho sustancial que constituye uno de los presupuestos de la imputación penal<sup>88</sup>.

Esta es la posición de la doctrina tradicional, entre los cuales se encuentra Soler, quien explicaba que la acción no es más que el momento dinámico de una pretensión punitiva preexistente y estática, a la cual la desencadena la comisión de un hecho y producido éste, la amenaza genérica de una pena se pone en relación con un sujeto determinado, por medio de la actividad de una serie de órganos, tendiente a producir la consecuencia amenazada, o sea la pena<sup>89</sup>. Continúa diciendo que dada nuestra forma de organización política, según la cual la facultad de dictar el Código Penal corresponde al Congreso, sólo éste tiene autoridad para fijar la extensión, duración y alcance de las penas, de manera que el Código Penal debe contener, necesariamente disposiciones que, en apariencia, presentan naturaleza procesal; pero que, en realidad, son de derecho sustantivo...<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar R., "Código Penal y leyes complementarias". Comentado, anotado y concordado, Astrea, Buenos Aires, 2007, T. I, 659.

<sup>89</sup> SOLER, Sebastián, "Derecho Penal argentino", T. II. Tea, Buenos Aires, 1970, pág. 439.

<sup>90</sup> SOLER, Sebastián, Ob. Cit., págs. 439/440.

Sostuvo que “siendo la acción penal un poder absolutamente limitado en su contenido por las figuras jurídicas delictivas, se hace necesario distinguir algunas condiciones y formas bajo las cuales la potestad punitiva es entregada a los órganos que la han de hacer efectiva”; tales condiciones y límites no son normas procesales, sino penales, toda vez que contienen autolimitaciones de la pretensión punitiva<sup>91</sup>.

Por su parte Núñez resalta que la acción penal representa, según los lineamientos del Código Penal, no un derecho puramente formal de solicitar justicia ante los tribunales requiriendo la actuación de la ley penal, sino la potestad de castigar en sí misma, como derecho sustancial constitutivo de uno de los presupuestos de la imputación penal. Esa es la concepción material de la acción penal. Por pertenecer a la punibilidad del delito, tratándose del Derecho penal común, su regulación corresponde al Congreso. A las legislaciones locales les cabe la facultad de reglar lo referente a la estructuración de los organismos públicos encargados de la acusación y de regular las formas procesales para que la potestad represiva se haga valer en juicio. La acción penal tiene siempre naturaleza pública, porque pertenece al Estado y persigue satisfacer un interés social, como es el castigo del delincuente para seguridad y tranquilidad de la sociedad...”<sup>92</sup>.

Fontán Balestra alega que aunque el tema aparece como de índole procesal, la clasificación de las acciones que nacen del delito está prevista por el Código Penal argentino, en el Título XI, que comprende los arts. 71 a 76. “... El distinto modo de ser ejercida la acción es, en término generales, consecuencia de la naturaleza del hecho delictuoso cuya sanción se persigue, siendo ésta la razón por la cual el Código penal

---

<sup>91</sup> SOLER, Sebastián, “Derecho Penal argentino”, act. por Guillermo J. Fierro, Tea, Buenos Aires, 2000, T. II, págs. 527 y 528.

<sup>92</sup> NUÑEZ, Ricardo, “Tratado de Derecho Penal”, T. II, Ed. Lerner, Córdoba, 1988, págs. 127/128.

debe contener disposiciones y normas que aparentemente presentan una estructura procesal, pero que, en realidad, son de derecho sustantivo”<sup>93</sup>.

Un procesalista como Maier alega que el régimen de las acciones penales, de su ejercicio y su extinción, pertenece al derecho material, no sólo porque sus reglas representan condiciones para la punibilidad de un hecho, sino porque se trata de decisiones políticas básicas que definen el sistema penal y que deben regir igualitariamente para toda la República, razón de ser racional de la delegación por las provincias del Poder Legislativo en el Congreso de la Nación para sancionar ciertas leyes comunes (art. 75 inc. 12 CN)<sup>94</sup>.

Este autor también ha expresado que cualquier razón política acerca del ingreso de criterios de discrecionalidad (oportunidad) para evitar la persecución penal de algunos hechos punible, por necesarios que ellos sean para gobernar el cúmulo de casos que ingresan al sistema penal, para mayor eficiencia de la persecución penal o por razones de justicia intrínseca del caso, colisiona con definiciones previamente determinadas por la ley penal nacional, para cuya sanción resulta competente, en principio, el Congreso de la Nación<sup>95</sup>.

D’Albora refiriéndose al artículo 71 del CP destaca que “Aquél determina el carril a transitar cuando se busca reprimir delitos más graves. El Estado, a través de los órganos públicos no debe esperar ningún requerimiento ajeno, para poner en marcha el proceso destinado a establecer si se han cometido”. Agrega “tales dispositivos son de

---

<sup>93</sup> FONTAN BALESTRA, Carlos, “Tratado de derecho penal”, T. III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, pág. 459.

<sup>94</sup> MAIER, Julio, “La renuncia a la acción penal privada y el abandono de la querella”, en NDP “B”, 1997, pág. 748.

<sup>95</sup> MAIER, Julio B. J., Transcripción de la Exposición de Motivos correspondiente al Anteproyecto de Código Procesal Penal para la Provincia de Chubut.

incumbencia exclusiva de la Nación y depara grave lesión al régimen constitucional tolerar que puedan hacerlo –como en el caso del art. 26 CPP de Mendoza- los gobiernos locales”. En su opinión, “una ley procesal no puede prevalecer frente a lo mandado en contrario por una ley nacional; los arts. 31 y 75 inc. 12, CN, establecen el principio de unidad de legislación común para todo el país<sup>96</sup>. Señala que “el principio de oportunidad es un mal necesario y que debe ser regulado por la ley nacional”<sup>97</sup>.

Este autor destaca “La naturaleza procesal es *per se* un dato insuficiente para sustentar la tacha de inconstitucionalidad de cualquier norma nacional. El poder de las provincias no es absoluto, pues siempre que resulte necesario establecer recaudos procesales a fin de asegurar la eficacia de las instituciones reguladas por los códigos de fondo, no puede desconocerse la facultad pertinente del Congreso nacional. Lo contrario significaría desnaturalizar instituciones propias del Derecho sustancial material”<sup>98</sup>.

Agrega que para hacer efectiva la aplicación del Derecho Penal sin alterar las jurisdicciones locales, en forma que no resulte violatoria del principio de igualdad ante la ley –artículo 16 de la CN-, no puede menos que reconocerse que las provincias han tenido que delegar al Congreso nacional algunas limitadas facultades procesales, que garanticen una pareja persecución penal de las conductas penadas<sup>99</sup>.

Afirman sobre este punto Cafferata y Tarditi que “Es una cuestión no discutida por la mayoría de nuestra doctrina y jurisprudencia, nacional y provincial, que la potestad acordada al Congreso de la Nación de dictar el Código Penal (art. 75 inc. 12)

---

<sup>96</sup> D’Albora, Francisco J., “Principio de oportunidad y ley procesal”, en Revista del Colegio de Abogados de la Capital Federal. Doctrina, Buenos Aires, 2000, vol. 2, pág. 18.

<sup>97</sup> D’Albora, Francisco J., Ob. Cit., pág. 21.

<sup>98</sup> D’ALBORA, Francisco J, Ob. Cit., pág. 21.

<sup>99</sup> D’Albora, Francisco J., Ob. Cit., pág. 19.



comprende no sólo la atribución de definir las conductas punibles y las sanciones que les correspondan, sino también otras normas sustanciales como las que establecen si la aplicación de las penas debe o no procurarse y lograrse en todos los casos, si de aquella actividad de procuración debe ocuparse sólo el Estado o si la debe compartir con la víctima o con otros ciudadanos, cuándo debe extinguirse la potestad represiva del Estado, etcétera<sup>100</sup>. Y agregan más adelante que el poder conferido al Congreso para regular lo relacionado con el ejercicio de las acciones impide a “...las provincias establecer por sí excepciones al principio de legalidad que respondan a criterios de oportunidad...”.

Horacio Días se pregunta si el Congreso Nacional posee legitimidad constitucional para disponer normas de naturaleza procesal con alcance en todo el territorio nacional, y no limitadas simplemente al ámbito de competencia federal (o nacional, en el caso de los tribunales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que aún no fueron transferidos a la órbita de su Poder Judicial).

Menciona que al comentar el artículo 23 del CP señaló de una manera un poco tangencial que efectivamente, en su opinión, el Poder Legislativo Nacional tiene dicha facultad, por lo que consideró infundadas las críticas que sobre esta cuestión se han formulado.

Agrega que en aquella ocasión hizo mención a un voto emitido en el precedente “Almada”<sup>101</sup>, explicando las consideraciones más importantes. Allí expuso que debía tenerse presente la diferencia existente entre los conceptos de proceso penal y de rito penal, y la división de competencias legislativas que nuestros constituyentes

---

<sup>100</sup> CAFFERATA NORES, José, TARDITTI, Aida, “Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba”, Comentado, Ed. Mediterránea, año 2003, t. I, pág. 74.

<sup>101</sup> Causa CCC 30665/2016/TO 1/CNC1, Caratulada “Almada, Emanuel y Rovera Pirozzi, Alan Agustín s/Reparación integral del perjuicio” (reg. 1204/2017), rta. el 22-11-1017 por la Sala II de la CNCCC.

diagramaron a partir del año 1853 para nuestro país entre el Estado federal y los distintos Estados provinciales en lo que hace a la materia penal, entendida ésta en términos generales.

Al mismo tiempo recordó que desde la doctrina clásica se definió al proceso penal como un actuar coordinado, concatenado y sucesivo; o sea, como una actividad convergente y progresiva que se erige como puente entre el delito y la sanción, convirtiendo a la imputación en una concreta punición. Y que, de igual manera, se lo diferencia de lo que se conoce por procedimiento, ya que este último alude a la forma o manera con que se plasma la actividad llamada proceso penal: es decir, el procedimiento es el rito legal.

Advierte que la problemática relativa a lo que podemos encuadrar como aquello que en un Estado de Derecho conduce a la aplicación legítima de un castigo penal presenta dos niveles bien diferenciados.

En tal sentido, por un lado, identificó la estructura que da vida a este sistema y que se nutre principalmente de la normativa constitucional –originalmente todo aquello tocante a la materia penal que se encuentra en la Capítulo Primero y, después de la reforma del año 1994, en el plexo de tratados internacionales de derechos humanos que se incorporaron a nuestro ordenamiento normativo con jerarquía constitucional en virtud de lo establecido por el segundo párrafo que integra el inciso 22 del artículo 75 de la CN-. Y, por el otro, cómo dicha estructura actuará en los hechos.

Afirmó que en el primer plano se encuentran –entre otros muchos elementos que componen el sistema procesal penal- el juicio previo, la garantía del juez natural, la prohibición de obligar a cualquier imputado a declarar contra sí mismo, el derecho de defensa en juicio (cfr. el art. 18 de la CN), el principio de reserva (art. 19 de la CN) o,

inclusive, el instituto del juicio por jurados (consagrado en el art. 24 de la CN); siendo que se trata de un decálogo de garantías que, como tales y al estar consagradas en nuestra CN en su sección de Declaraciones, derechos y garantías, alcanza y protegen a cualquier persona dentro de todo el país, estableciendo y ciñendo, asimismo, el programa al cual deberá sujetarse cada uno de los procesos penales que se lleven adelante –de manera legítima- dentro de los límites de la República Argentina.

Señaló luego que el segundo plano está integrado por todas aquellas normas que, ajustándose al programa constitucional trazado para realizar los procesos penales, permiten organizar y materializar dicha estructura; y que básicamente tales normas se encuentran en los códigos procesales, puesto que éstos constituyen “...un sistema de reglas que aseguran la concreción de un procedimiento –de un rito-, de acuerdo a las garantías constitucionales aplicables en la materia (principalmente, la del juicio previo), por medio del cual se realiza, se materializa, el Derecho Penal”.

Con posterioridad, recuerda que nuestra forma de organización estatal es federal (cfr. el art. 1º de la CN) y que en virtud de ello han tenido que diferenciarse las áreas de competencia para dictar normas entre el Estado nacional y los Estados provinciales; aclarando, a continuación, que tal distribución se encuentra caracterizada por la división entre lo que se denominan códigos de fondo y aquellos otros llamados códigos de forma. El dictado de los que conforman el primer grupo es tarea del Congreso nacional, en tanto que las legislaturas provinciales tienen a su cargo la sanción de los cuerpos normativos que integran el restante conjunto.

Y en esa misma línea de pensamiento, aclaró también que esta primera aproximación a dicha problemática podía conducir a pensar que, consecuentemente con tal esquema de distribución de tareas, todas las cuestiones vinculadas con el proceso penal son de competencia pura y exclusiva de los poderes legislativos locales, con excepción –claro está- de aquellos procesos que tengan por objeto hechos penalmente

relevantes de naturaleza federal, en cuyo caso serán los diputados y senadores nacionales (a través del CPPN) quienes las regulen; naturaleza que, por otra parte, se encuentra delineada –en última instancia también– por la misma CN, pues tales conductas típicas deberán conllevar siempre una afectación a intereses y bienes propios de la órbita del Estado nacional.

Sin embargo, sostuvo que tal conclusión no era acertada, al menos a la luz de la distinción de conceptos efectuada entre proceso penal y rito penal. Así, solamente aquello que haga estrictamente al ritual o procedimiento continuará bajo el ámbito de los poderes no delegados por las provincias a la Nación.

Concluye que la cuestión relativa al ejercicio de la acción penal hace fundamentalmente a la concepción que nuestros constituyentes han establecido para el proceso penal y, por ende, en última instancia también, a la garantía del juicio previo. Y, por ende, se trata de un instituto cuya regulación normativa se encuentra a cargo del Congreso nacional; ello, sin perjuicio obviamente de que la aplicación de toda la regulación concerniente a éste requerirá también de una normativa expresa que permita su canalización dentro del proceso –o sea, de disposiciones de naturaleza ritual-, determinando el cómo tendrá lugar ello en cada uno de los casos particulares que sean sometidos a la jurisdicción<sup>102</sup>.

Javier Esteban de la Fuente y Mariana Salduna expresan que “...existen muchas disposiciones que no son estrictamente de naturaleza penal (de fondo), pero que forman parte de la competencia del Congreso de la Nación, porque se trata de normas que se encuentran íntimamente ligadas a la competencia legislativa nacional. Esto es lo que

---

<sup>102</sup> DIAS, Horacio, “Código Penal de la Nación Argentina Comentado”, Parte General, Rubinzal-Culzoni Editores, 2018, págs. 250/256.

explica y también justifica que nuestro Código Penal contenga numerosas normas que son de naturaleza procesal<sup>103</sup>.

### **3. Acción penal como cuestión procesal**

En sentido contrario, se ha afirmado que toda vez que el ejercicio de la acción penal es un presupuesto del proceso, se debe entender que ésta es materia propia del Derecho Procesal, y no una cuestión de Derecho de fondo, aun cuando ella esté prevista en el CP y no en los códigos de procedimiento<sup>104</sup>. Entiende esta misma postura que las condiciones de ejercicio de la acción penal son materia procesal, aunque tan vinculadas al problema global de la pretensión punitiva, que es aconsejable que las regule el CP, cuyo dictado es una facultad del Congreso nacional<sup>105</sup>.

Entre los que le dan un sentido procesal a la acción, encontramos a Molinario que define a la acción como “el medio, instituido por la ley, para comprobar la efectiva existencia de un hecho criminoso, precisar las consecuencias de su comisión, individualizar a su autor o autores y someter a éstos a todas las consecuencias jurídicas de la infracción cometida”<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> DE LA FUENTE, Javier Esteban y SALDUNA, Mariana, “Principio de oportunidad y sistemas alternativos de solución del conflicto penal. La inconstitucionalidad de su regulación provincial”, Revista de Derecho Procesal Penal, 2008-2 “La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal - III, Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 85.

<sup>104</sup> RIGHI, Esteban y FERNANDEZ, Alberto A., “Derecho Penal. La Ley. El delito. El proceso y la pena”, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, pág. 382.

<sup>105</sup> Ídem ob. cit., pág. 383.

<sup>106</sup> MOLINARIO, Alfredo, “Interrupción de la prescripción de la acción penal”, en Revista de psiquiatría y criminología, T. V, 1940, pág. 383, citado por NUÑEZ, Ricardo, “Tratado de Derecho Penal, T. II, Ed. Lerner, Córdoba, 1998, pág. 128, nota 2).

También lo menciona Clariá Olmedo al sostener que aunque el poder de la acción puede tener su fuente en el derecho penal sustantivo o aunque no pueda explicarse sino en función de la existencia de normas de sancionabilidad penal, entiende que es equivocado confundirlo con el poder punitivo del Estado que, aunque éste sea el titular de ambos, no corresponde el enrolamiento en la corriente monista que unificaba el derecho con la acción. Expresa que “En realidad la acción es un poder del Estado distinto al punitivo o diverso del derecho penal sustantivo cuya actuación se persigue en el proceso. Esto los ubica en las doctrinas autonomistas en cuanto afirman un dualismo entre derecho subjetivo (poder punitivo) y acción. Por el poder punitivo el Estado debe castigar al infractor de la ley; por el de acción debe de exigir un pronunciamiento jurisdiccional acerca de si existe o no un infractor...”<sup>107</sup>.

Creus habla de “la acción procesal penal”, dando a entender que se trata de una cuestión adjetiva al mencionar: “La concreta posibilidad de ejercer la acción procesal se convierte en otro presupuesto de imposición de las penas. Tal función está condicionada por factores que se refieren a: la habilitación del ejercicio de la acción para determinados organismos o personas, y la posibilidad jurídica de que ese ejercicio produzca el efecto de impulsar obligatoriamente el proceso penal”<sup>108</sup>.

Uno de los que más se explya sobre este tema es Zaffaroni quien principia exponiendo que de acuerdo con lo dispuesto por el art. 67, inc. 11 de la CN (actual art. 75, inc. 12) el Congreso Nacional debe sancionar el Código Penal, pero de acuerdo con los arts. 5º (21), 105 (actual art. 122 (22)) y 106 (actual art. 123 (23)) de la Carta Magna se interpreta que la legislación procesal corresponde a las provincias, como poder no

---

<sup>107</sup>107 CLARIÁ OLMEDO, Jorge, “Derecho Procesal Penal”, T. I, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1984, págs. 158/159.

<sup>108</sup> CREUS, Carlos, “Derecho Penal, Parte general, 5ª ed. Actual y Ampl..., 1ª reimpr., Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004, pág. 273.

delegado (art. 104 de la CN –actual art. 121 (24)-) por lo tanto de ello surgiría que si el Código Penal legislase materias procesales estas disposiciones serían inconstitucionales. Las normas a la cual alude y que están fundamentalmente en estas circunstancias son las referidas al ejercicio de las acciones penales (arts. 71 a 76 del C.P.), a los requisitos de procedibilidad (art. 74, CP) y a la extinción de las acciones (arts. 59 a 63 y 67 del CP), al art. 58 en cuanto resuelve una cuestión de competencia y al inc. 2º del art. 41.

Aduce que “Por muchos que sean los esfuerzos dialécticos que se haga, nos parece demasiado evidente que estas cuestiones pertenecen al derecho procesal. No puede sostenerse otra cosa si se piensa que la teoría de la acción procesal forma uno de los capítulos más centrales, sino el más importante, de la teoría del derecho procesal. La jurisdicción y la competencia son claros problemas procesales. Decididamente, pretender que estas disposiciones tienen naturaleza penal es torcer las cosas... Por nuestra parte, creemos que de lo que aquí se trata es de condiciones o requisitos de procedibilidad en cuanto al ejercicio y extinción de las acciones procesales se refiere, que, como tales, corresponden a la ciencia del derecho procesal penal y no a la del derecho penal, por más que sean formalmente penales, por estar incorporadas al código penal... Las acciones penales no surgen del delito, sino que se ponen en funcionamiento cuando no se sabe si hay delito”.

Explica que si resulta verdadero que la Carta Magna reserva toda la materia procesal a la legislación provincial, es evidente que no se aprueba el test de constitucionalidad, pero observando la cuestión con más detenimiento se puede argumentar que esa reserva de la legislación procesal es un principio rector, pero no un límite en los términos absolutos que suele ser invocado “En ninguna parte de la Constitución Nacional dice expresamente que las provincias están facultadas para dictar los códigos procesal. Se puede argumentar, que dado que no delega esta facultad en el Congreso Nacional, se la reserva. En este juego es donde se halla el error de

razonamiento: las provincias no han delegado todas las facultades legislativas procesales, pero tampoco se han reservado todas”<sup>109</sup>.

Menciona que las provincias se dan sus leyes de procedimiento, pero aclara que de esa diversidad procesal que autoriza la Carta Magna no se puede derivar una desigual aplicación de los “códigos de fondo”, que resulte violatorio del art. 16 de la CN –principio de igualdad-. Concluye en que “Para hacer efectiva la aplicación del derecho penal sin alterar las jurisdicciones provinciales, en forma que no resulte violatoria del principio de igualdad ante la ley, no puede menos que reconocerse que las provincias han tenido que delegar al Congreso Nacional algunas limitadas facultades procesales, que garanticen una igualitaria persecución penal de las conductas penadas. El límite de la delegación es bien claro: se ha delegado lo necesario para que todos los delitos sean igualmente perseguibles y se han reservado lo que hace a las modalidades de esa persecución”<sup>110</sup>.

Este autor ha definido al ejercicio de las acciones penales como una de las “condiciones procesales de operatividad de la coerción penal”<sup>111</sup>. Destaca que el Código Penal, a los efectos de no lesionar el principio de igualdad ante la ley, contiene también disposiciones de carácter procesal.

Otro argumento en este sentido lo esboza Vitale al hablar del “principio de oportunidad procesal”. Menciona que “Lo que quiero marcar aquí es que nuestro sistema constitucional parece haber tomado partido por una política de persecución penal racional, necesitada de la vigencia del principio de oportunidad procesal. Ello

---

<sup>109</sup>ZAFFARONI, Eugenio, “Tratado de Derecho Penal”, Parte General, T. I, Ediar, Buenos Aires, 1998, págs. 194/197.

<sup>110</sup> Ídem ob. cit., pág. 198/199.

<sup>111</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Manual de Derecho Penal. Parte general”, Ediar, Buenos Aires, 2003, pág. 646.



surge del art. 1 de la Constitución Nacional argentina en cuanto adopta la forma de gobierno republicana, que exige racionalidad en los actos de gobierno. Una política de aplicación de la ley penal mínimamente racional debe responder al enunciado principio de oportunidad (pues, como es conocido, ningún Estado cuenta con medios suficientes como para afrontar el enjuiciamiento penal de todos los delitos que puedan ejecutarse, resultando todo intento en contrario una manifestación de irracionalidad manifiesta). Un aspecto constitucional relevante del principio de oportunidad procesal es el de la competencia –nacional o provincial- para legislarlo. Si bien viene siendo aceptada la competencia legislativa nacional sobre el punto, me parece importante comenzar a revertir esa suerte de dogma, tomando en cuenta la naturaleza procesal de la problemática relativa a la determinación de las políticas de aplicación de la ley penal emanada del órgano legislativo nacional”<sup>112</sup>.

La Sala II de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza al pronunciarse sobre un Recurso de Inconstitucionalidad planteado en el expediente 83.449, caratulado: “F.c/Sosa Morán, Juan Rafael y otros p/daño agravado”, para fecha 19 de septiembre de 2005, lo hizo en los siguientes términos: El Código Penal, a fin de que todos los delitos sean igualmente perseguibles, regula lo atinente al inicio y extinción de la acción penal, más lo relativo al modo de realización o aplicación del derecho de fondo, encuentra sustento, válido y legal, en las normas adjetivas. En consecuencia, es sólo aparente la contraposición o contradicción entre las normas contenidas en el Código Penal (artículos 71, 274 y concordantes) y las normas adjetivas (artículos 8, 26 y concordantes del Código Procesal Penal Ley 6.730 y sus modificatorias), pues mientras el artículo 71 del Código Penal dispone que la acción penal pública sea ejercida por el Ministerio Público y que su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar; es la norma adjetiva la que sistematiza los modos de aplicación o realización del derecho de fondo, cuando regula los supuestos, en los que el principio general –la oficiosidad o legalidad en el ejercicio de las acciones-, queda excepcionado por las previsiones contenidas en el artículo 26 del Código Procesal Penal (ley 6.730) referidas al principio

---

<sup>112</sup> VITALE, Gustavo, “Estado constitucional de Derecho y Derecho Penal”, en Teorías actuales al Derecho Penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, págs. 78/79.

de oportunidad o insignificancia. En definitiva, dicho en otros términos, principio de legalidad (oficiosidad) como regla y principio de oportunidad como excepción.

Agregan que el legislador provincial disciplina la dinámica de la pretensión punitiva en el marco del proceso penal y reglamenta a través del artículo 26 del Código Procesal, la modalidad de persecución; queda a resguardo lo vinculado al ejercicio de la acción penal, cuando imperativamente dispone que deberá iniciarse de oficio (art. 8) o bien que deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente (art. 26 1º párrafo). 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 propio sobre cuándo, cómo y en qué supuestos lleva adelante el ejercicio de la acción penal. Y resulta válida y legalmente sustentable, la posibilidad de que la persecución penal: se suspenda total o parcialmente, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho conforme art. 26 CPP –denominado principio de oportunidad reglada-. Esta posibilidad no se contrapone al principio de oficialidad, pues cuando se solicite la aplicación del principio de oportunidad ya la acción habrá sido iniciada de oficio.

Expresan que la Constitución Nacional en el artículo 18 prevé que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, pero no impone la obligatoriedad en la imposición de una pena, o de la persecución penal. Ello pone en evidencia la posibilidad de vigencia del principio de oportunidad, previsto en el art. 26 del Código Procesal Penal<sup>113</sup>.

---

<sup>113</sup> LS 356-171.

## V

### LA INSIGNIFICANCIA

#### EN LOS CODIGOS PROCESAL PENALES DE NUESTRO PAIS

### EL ROL DE LA VÍCTIMA

#### 1. Consideraciones previas

Como punto de partida, es preciso señalar que en nuestro sistema de justicia penal, la persecución es atribuida al Estado. Ello significa que, a diferencia de lo que ocurre en otras ramas del orden jurídico, en las que se resuelve un conflicto entre particulares, en materia penal es el Estado el que monopoliza la persecución.

En nuestro país, no hay normas constitucionales que impongan la adopción del principio de legalidad procesal. La manda venía impuesta, sin embargo en el Código Penal, que en su anterior artículo 71 establecía que debían iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes....

En cuanto a los fundamentos teóricos del principio de legalidad, se ha intentado justificar su vigencia a partir de los siguientes argumentos:

- a) En primer lugar, se sostiene que para lograr que el orden jurídico penal vulnerado por el delito sea reintegrado, hace falta que se imponga la sanción amenazada por la ley como consecuencia de su comisión, pues sólo así se afirmará la vigencia del Derecho en la realidad<sup>114</sup>.
- b) Paralelamente, se ha sostenido que es a través de este principio que puede cumplirse con el fin de la pena, dado que se vincula éste con la idea de retribución propia de las teorías absolutas;
- c) Finalmente, se ha argumentado que a través del principio de legalidad se garantiza en forma más plena el principio de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional, pues al establecer la obligación en cabeza de los órganos de ejercer la persecución y de llevar adelante la investigación en todos los casos, se acota la posibilidad de manipulación, corrupción y favoritismo<sup>115</sup>.

Sin embargo, varias han sido las críticas que se han efectuado contra este principio, en la medida en que se afirma que su vigencia en nada afecta la existencia –en la práctica- de diversos mecanismos de selección.

Por estas razones muchos autores concluyen que el principio de legalidad se enfrenta en cuanto a sus fundamentos teóricos y a su vigencia práctica a una verdadera

---

<sup>114</sup> CAFFERATA NORES, José, “El principio de oportunidad en el Derecho argentino”. Teoría, realidad y perspectivas, en Nueva Doctrina Penal, Instituto de Estudios Comparados de Ciencias Penales y Sociales, Buenos Aires, t. 1992-A, pág. 6.

<sup>115</sup> BINDER, Alberto M., “Legalidad y oportunidad”, en Estudios sobre la Justicia Penal, Homenaje al profesor Julio B. J. Maier, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, pág. 207.

crisis, frente a la cual se propone implementar una política de selección racional y transparente que permita el control del desempeño de la justicia penal sobre bases reales<sup>116</sup>.

Como todos sabemos, en las legislaciones procesales se han ido incorporando ciertas disposiciones que implican receptor directa o indirectamente el llamado principio de oportunidad, al otorgarle al órgano acusador la facultad de dejar de investigar ciertos delitos o de procurar mecanismos alternativos de solución de conflictos distintos al juicio penal.

Según expone Ángela Ledesma<sup>117</sup> esto comienza en la segunda etapa del proceso de reforma del Derecho Procesal en nuestro país, que se origina con el regreso del ejercicio constitucional del poder, tal como lo precisara Julio B. J. Maier, y se caracteriza por la búsqueda de mayor abreviación del proceso: simplificación de investigación penal preparatoria; reorganización del MP: fiscal y defensa, desformalización y flexibilización de sus estructuras organizativas, la creación de órganos especiales de investigación; principio de oportunidad; mayor participación de la víctima y redefinición de las vías de impugnación y de las nulidades procesales.

El eje distintivo esencial estuvo dado por los nuevos criterios exhibidos con relación al régimen de la acción.

Los dos cuerpos normativos que centraron el debate fueron, por un lado, el Anteproyecto de CPP para la Provincia de Neuquén, elaborado por iniciativa del

---

<sup>116</sup> BINDER, Alberto M., Ob. Cit., pág. 215.

<sup>117</sup> LEDESMA Ángela Ester, "Proceso de Reforma Procesal Penal y Judicial". Momentos y ejes rectores. El Proceso Penal Adversarial, Tomo II, Revista de Derecho Procesal Penal, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, págs. 26 y ss..

Superior Tribunal de Justicia y, por el otro, el Código elaborado para la Provincia de Chubut por el doctor Julio B. Maier, que luego se convirtiera en ley 4566 (reemplazado antes de entrar en vigencia por el Código ley 5478). Fue en el XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, realizado en San Martín de los Andes en 1999, donde se presentaron y debatieron ambas propuestas.

El anteproyecto para la Provincia de Neuquén introdujo nuevos temas de discusión, buscó sentar las bases de una política de persecución penal moderna y flexible, fijando criterio en tal sentido. Define criterios de oportunidad, autorizando al fiscal a prescindir de la persecución penal pública en casos de insignificancia, o cuando el imputado ha sufrido un daño físico o moral grave, o cuando la pena que pueda aplicarse carezca de importancia en consideración a otra ya impuesta o esperable, o para ciertos delitos, cuando exista conciliación y el imputado haya reparado el perjuicio causado.

Esas reglas orientaron las leyes que sobre el particular fueron sancionadas en las provincias sobre la base de los criterios antes citados; superando la hasta entonces pacífica posición –aunque con diferentes argumentos- de quienes sostenían la necesidad de intervención del Congreso nacional para la regulación de la materia y así resguardar la igualdad constitucional del artículo 16.

Sin embargo, el peso de la sobrecarga de tareas, la conciencia de que resulta imposible juzgar todos los casos, sumado a la mezquindad legislativa del Congreso, puesta de manifiesto en la ley 24.316, dio lugar al cuadro de situación actual. En este sentido se interpreta que la regulación en análisis integra la potestad legislativa provincial, aunque la Nación haya regulado en el Código Penal determinados aspectos procesales reservados al Derecho Público provincial.

Algunos autores prefieren la denominación de “criterios de oportunidad” porque con ella se abarca tanto el perfil dogmático como el procesal. En el primer caso, se contempla la definición del bien jurídico tutelado, la interpretación restrictiva de los tipos, la teoría del error, la mínima culpabilidad, etc. En el segundo, la *probation*, el juicio abreviado, la renuncia a la acción, la suspensión del juicio a prueba, el agente encubierto, el arrepentido, etc. Por ello, por criterios de oportunidad no debe entenderse tan sólo la renuncia a la acción penal por parte del fiscal sino, más bien todo tratamiento penal tabulado del conflicto social que representa el hecho delictivo<sup>118</sup>.

Claro está que los criterios de oportunidad intentan descongestionar el sistema penal de parte de los casos que ingresan al mismo. Así entonces, para suspender la persecución se toman en cuenta determinados estándares, entre ellos, los relacionados con la levedad del delito, con el grado de reproche que merece el autor, con la persistencia de la lesión jurídica.

Tenemos así que el principio de oportunidad es un instituto con aplicación en importantes jurisdicciones y considerado doctrinariamente de utilidad para solucionar la problemática de saturación de causas que afectan a la investigación penal<sup>119</sup>.

Este sistema puede tener las características ya sabidas, de ser puro o libre o reglado. El primero, es propio del sistema jurídico norteamericano que no admite que el fiscal pueda ser obligado a perseguir en un caso concreto, pues su área de trabajo –investigación y acusación- se encuentra dentro de la órbita del Poder Ejecutivo, en ese

---

<sup>118</sup> CHIARA DÍAZ, Carlos, CRISSETTI, Ricardo y OBLIGADO, Daniel, “La acción procesal penal. El rol del Ministerio Público Fiscal y las Víctimas en el debido proceso”, ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, pág. 231, citando a BACIGALUPO, Enrique, “Discriminización y Prevención” en Poder Judicial, 1987, nro. Especial II, pág. 14.

<sup>119</sup> SOSA ARDITI, Enrique, “Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza”, Ley 6.730 modificada por Ley 9.040, Comentado, Anotado, Concordado, Jurisprudencia, Juicio por Jurado, ASC Librería Jurídica S.A., 2018, pág. 96.

país. Se utilizan como criterios facultativos de disponibilidad de la acción procesal penal el denominado *plea bargaining*, instituto de negociación de penas, donde existe una amplitud facultativa por parte del órgano acusador, quien discrecionalmente dispone la resignación parcial de la acción penal de un determinado hecho en forma total o parcial por otros de menor entidad, a contrapartida del reconocimiento de la responsabilidad por parte del acusado o imputado, quien puede allanarse a los cargos. De esta forma se resuelven la gran cantidad de los delitos que no llegan al gran jurado.

El otro sistema de derecho continental europeo, opta por un sistema de legalidad como principio, admitiendo excepciones o reglas de oportunidad que se encuentran previstas en la ley, cuya aplicación en el caso concreto se realiza bajo la responsabilidad de los funcionarios judiciales predeterminados con el consentimiento del imputado, también a veces de la víctima. Ésta sería la modalidad que predomina en la legislación argentina<sup>120</sup>.

## **2. Sistemas provinciales que contemplan la insignificancia como criterio de oportunidad**

### **a. Provincia de Buenos Aires**

El art. 56 bis del CPPPBA –incorporado por ley 13.183- establece cuáles son los supuestos en los que pueden adoptarse criterios de oportunidad y proceder al archivo de las actuaciones, mencionado, entre ellos, el siguiente:

---

<sup>120</sup> CAFFERATA NORES, José, “Cuestiones actuales sobre el proceso penal”, 3º ed. actual, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, pág. 34.



- a) 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 seis años de prisión.

Esta norma establece que “El archivo deberá ser motivado y podrá estar sujeto a condiciones. El particular damnificado o la víctima serán notificados y podrán impugnar el archivo conforme al artículo 83, inciso 8°. Sin perjuicio de lo anterior podrán también el Fiscal General proceder de oficio a la revisión de la razonabilidad y legalidad del archivo, para lo cual resultará obligatoria su comunicación”.

En los casos contemplados cobra fundamental importancia la “reparación” a la víctima, pues según la ley, “Para aplicar estos criterios a un imputado, se considerará especialmente la composición con la víctima. El imputado deberá acreditar haber reparado el daño ocasionado o expresar la posibilidad de hacerlo.

## **b. Provincia de Chubut**

El Código Procesal de esta provincia –Ley 5478- consagra expresamente diversos criterios de oportunidad, al disponer, en el artículo 44, que el fiscal podrá plantear al tribunal el cese del ejercicio de la acción penal, total o parcialmente, o su limitación a alguna o varias infracciones, o a algunas de las personas que participaron en el hecho, en los siguientes casos:

- a) Siempre que no medie condena anterior, cuando se trate de un hecho que por su insignificancia,...., 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.

Según el Código, en este caso “será necesario que el imputado haya reparado el daño ocasionado, o firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido, o afianzado suficientemente esa reparación”.

Los efectos de la adopción de tales criterios de oportunidad se encuentran previstos en el artículo 45, donde se establece que “La solicitud de aplicación de un criterio de oportunidad debe serle comunicado por el juez a la víctima, por cualquier medio que garantice su recepción y adecuada oportunidad de ser oída.... Si la decisión se funda en la insignificancia del hecho, sus efectos se extienden a todos los intervinientes”.

### **c. Ciudad Autónoma de Buenos Aires**

El Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –Ley 2302, B.O. del 8-5-2007- contempla algunos supuestos de archivo que autorizan al órgano acusador a disponer de la acción penal.

Así, el fiscal se encuentra facultado a archivar las actuaciones, ejerciendo el principio de oportunidad, entre otros casos, cuando “La naturaleza e importancia del hecho no justifique la persecución, cuando la decisión no contraríe un criterio general de actuación” (art. 199, inc. e).

Sin perjuicio de ello, en estos casos “la víctima podrá plantear la revisión de la medida ante el/la Fiscal de Cámara dentro del tercer día. Si el/la Fiscal de Cámara confirmara la decisión del/la Fiscal de Primera Instancia, ésta se mantendrá. Si el/la Fiscal de Cámara considerase que los elementos reunidos son suficientes para promover

la investigación preparatoria, designará al/la Fiscal que deberá proceder en consecuencia” (art. 200).

Asimismo, el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (Ley n° 27.063), de vigencia actualmente suspendida por decreto del Poder Ejecutivo, ha tomado la senda del código germano, al establecer, entre los criterios de oportunidad que posibilitan a los representantes del Ministerio Público Fiscal prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública, o limitarla a alguna de las personas intervinientes en el hecho, en los casos en los que se trate de un hecho que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público (art. 31, inciso a).

Ello permitirá declarar extinguida la acción penal con relación a la persona en cuyo favor se decide (art. 32), sin perjuicio de la eventual habilitación de la víctima para la conversión de la acción pública en privada (art. 219).

#### **d. Provincia de Entre Ríos**

También esta provincia regula supuestos en los que pueden aplicarse criterios de oportunidad, mencionando entre otros a los casos de insignificancia. El artículo 5 establece: La acción penal pública se ejercerá por el Ministerio Público Fiscal, el que deberá iniciarla de oficio, siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá interrumpirse, hacerse cesar ni suspenderse salvo los casos expresamente previstos por la ley.

El Procurador Fiscal General podrá establecer pautas objetivas para la priorización de la investigación de determinados delitos, de acuerdo a las necesidades de cada circunscripción judicial, así como también teniendo especialmente en cuenta la

insignificancia de los hechos, la conciliación entre las partes, el expreso pedido de la víctima para que el Fiscal se abstenga de ejercer la acción penal y la reparación del perjuicio causado por parte del imputado. En ningún caso, estas pautas afectarán las investigaciones de los delitos cometidos contra la Administración Pública en las que los acusados fueran funcionarios o empleados públicos.

#### **e. Provincia de Santa Fe**

El Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe –Ley 12.734, B.O. del 31-8-2007- regula criterios de oportunidad en el artículo 19, donde dispone que el Ministerio Público podrá no promover o prescindir, total o parcialmente, de la acción penal, en los siguientes casos: “...; 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.... En los supuestos de los incisos 2º, 3º y 6º 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 tal sentido, o afianzado suficientemente esa reparación”.

#### **f. Provincia de Neuquén**

En la Provincia de Neuquén el 13 de enero de 2012 fue publicada la Ley 2.784, que deroga la ley anterior y establece criterio de oportunidad en el art. 106, el cual consigna: “Se podrá prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho, en los casos siguientes: 1) Cuando se trate de un hecho insignificante o un hecho que no afecte gravemente el interés público. 2)...”.

“No corresponderá la aplicación de un criterio de oportunidad en los casos de delitos dolosos cometidos por un funcionario público en el ejercicio de su cargo o por razón de él”.

El artículo 107 establece los efectos que la aplicación de estos criterios trae aparejado al mencionar: “La decisión que prescinda de la persecución penal pública por aplicación de criterios de oportunidad, determinará que el juez declare extinguida la acción pública con relación al participante en cuyo favor se decide”.

#### **g. Provincia de Santiago del Estero**

El Código de rito de esta provincia regula este supuesto en el artículo 61, bajo el título “Criterios especiales de archivo”, donde establece que: El Ministerio Público Fiscal podrá archivar las actuaciones respecto de uno o varios de los hechos imputados, o de uno o más de los partícipes, en los siguientes supuestos:

1. 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 seis años de prisión;...

Más adelante agrega, que “Para aplicar estos criterios a un imputado, se considerará especialmente la composición con la víctima. El imputado deberá acreditar haber reparado el daño ocasionado o expresar la posibilidad de hacerlo. A tales fines, se convocará a una audiencia en la que aquel deberá ser asistido por su Defensor”.

“El archivo deberá ser motivado y podrá estar sujeto a condiciones. Se notificará bajo sanción de nulidad al querellante particular, la víctima y al Fiscal General. Los dos

primeros podrán instar su revisión por ante el Fiscal General en los términos del artículo 102 inciso 8, quien además estará facultado a revisar su razonabilidad de oficio”.

#### **h. Provincia de Mendoza**

El Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza –Ley 6.730, B.O. 16-11-99- establece la necesidad de procurar una resolución del conflicto como directiva general. Así, en el artículo 5° establece: “los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas”.

Por otro lado, el art. 26 dispone que 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 a alguna de las personas que participaron en el hecho cuando: “1) Se trate de un hecho insignificante,..., salvo que afecte el interés público o lo haya cometido un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él; 2)...”.

La aplicación del criterio de oportunidad en tratamiento será viable siempre y cuando, amén de existir un hecho que pueda ser encuadrado como insignificante, el mismo no afecte el interés público –afectación del interés social-, o lo haya cometido un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él.

Sin perjuicio de lo expuesto, y siempre en relación a la insignificancia, aunque puede trasladarse a los casos de mínima culpabilidad del autor y aun, a los casos de solución del conflicto, el Procurador General de la Provincia ha dictado la resolución 148/12, en virtud de la cual invocando las facultades que le otorga la ley 8008, ha dado Directiva General a fin de que los miembros del Ministerio Público se abstengan de

propiciar la aplicación de criterios de oportunidad, previstos en el art. 26, y para que también se abstengan de prestar el consentimiento en todos los casos en los que el o los delitos investigados impliquen cualquier forma de violencia de género, familiar o doméstica<sup>121</sup>.

En cuanto a este punto, es importante destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para fecha 23 de abril de 2013, se pronunció en el precedente “Góngora”, en el cual entendió “que siguiendo una interpretación que vincula a los objetivos mencionados en la Convención de Belem do Pará con la necesidad de establecer un procedimiento legal, justo y eficaz para la mujer, que incluya un juicio oportuno, la norma en cuestión impone considerar que en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado al referido instrumento internacional, tal el caso de nuestro país, la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral es improcedente. Este impedimento surge, en primer lugar, de considerar que el sentido del término juicio expresado en la cláusula en examen resulta congruente con el significado que en los ordenamientos procesales se otorga a la etapa final del procedimiento criminal, en tanto únicamente, de allí puede derivar el pronunciamiento definitivo de la culpabilidad o inocencia del imputado, es decir, verificarse la posibilidad de sancionar esta clase de hechos exigida por la Convención”.

Sigue diciendo el pronunciamiento que “la concesión de la suspensión del proceso a prueba al imputado frustraría la posibilidad de dilucidar en aquél estado procesal la existencia de hechos que *prima facie* han sido calificados como de violencia contra la mujer, junto con la determinación de la responsabilidad de quien ha sido imputado de cometerlos y de la sanción que, en su caso, podría corresponderle. En segundo término, no debe tampoco obviarse que el desarrollo del debate es de trascendencia capital a efectos de posibilitar que la víctima asuma la facultad de

---

<sup>121</sup> COUSSIRAT, Jorge, Ob. cit., pág. 132.

comparecer para efectivizar el acceso efectivo al proceso de la manera más amplia posible, en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria.

Por lo cual, se entiende que prescindir en estos casos de la sustanciación del debate implicaría contrariar una de las obligaciones que asumió el Estado al aprobar la Convención de Belem do Pará para cumplir con los deberes de prevenir, investigar y sancionar sucesos como los aquí considerados.

Ahora bien, es necesario mencionar que la circunstancia de que los instrumentos internacionales, alguno de los cuales con jerarquía constitucional, determinen la obligación del Estado de investigar, no significa que se exija llegar inexorablemente a condenas sino, sólo, a dilucidar, con arreglo y observancia de pautas constitucionales, que obran en garantía de los derechos de los acusados, la existencia del hecho, su autoría por parte del imputado y, en su caso, si dicha conducta constituye delito.

En cuanto a esto, menciona Alberto Bovino<sup>122</sup> que en términos generales, los instrumentos internacionales establecen un programa político-criminal que reserva el uso de la sanción penal represiva para los casos más graves y, al mismo tiempo, incentivan medidas descriminalizadoras para los delitos de escasa o mediana gravedad.

Ahora bien, la obligación de investigar por parte del Estado es una obligación de medios, por lo cual no puede imponérsele a éste la obligación de condenar, a la luz del imperio de los principios inherentes al sistema penal en un estado de derecho, a saber, el principio de inocencia, de culpabilidad, de lesividad, de libertad y, en lo atinente al modo de juzgamiento, a la vigencia del sistema acusatorio.

---

<sup>122</sup> BOVINO, Alberto, "Justicia penal y derechos humanos", ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, pág. 241.



Por ello, conforme lo ha entendido el Tribunal Criminal N° 2 de San Salvador de Jujuy, al pronunciarse en la causa 33.051, “prudencia judicial mediante, la respuesta a proporcionar dependerá del caso concreto, así como será el resultado de la valoración comparativa de los derechos confrontados, sin que uno de ellos prevalezca sobre el otro al punto de hacerlo desaparecer de la constelación de titularidades que posee uno de los agonistas”<sup>123</sup>.

Volviendo al tema que venimos tratando en la presente sección, no puedo dejar de mencionar que los criterio de oportunidad, en cuyo supuestos se encuentran los casos de insignificancia, también han sido regulados por la provincia de Río Negro –art. 180 ter-; Corrientes –art. 36-; Jujuy –art. 101-; Misiones –art. 60/61-; La Rioja –art. 204 bis-; La Pampa –art. 15- y Chaco –art. 6 bis-.

### **3. Consecuencias de la aplicación del criterio de oportunidad por insignificancia. Plazos. Análisis de situación en la Provincia de Mendoza**

Debe entenderse por “suspensión de la persecución penal” el cese de la actividad procesal de la causa. De otro modo, si sólo se evita la realización de actos persecutorios (detención, prisión preventiva, acusación) pero no lo actividad probatoria, ésta se llevaría a cabo sin tener razón de ser ya que no tendría como finalidad determinar o descartar la necesidad de una acusación que se ha imposibilitado desde el momento mismo en que se decreta el cese de la persecución<sup>124</sup>.

---

<sup>123</sup> Cita online: RC J 785/19, Editorial Rubinzal Culzoni.

<sup>124</sup> COUSSIRAT, Jorge, Ob. Cit., pág. 150.

Ahora bien, el artículo 59 del Código Penal contempla los supuestos de extinción de la acción penal. La acción penal cesa frente a determinados acontecimientos enumerados por esta norma. Esto quiere decir que una vez operadas estas causales, la pretensión punitiva no puede ser ejercida en adelante contra el sujeto alcanzado por el supuesto de extinción.

Dicho artículo fue sustituido a partir de la vigencia de la ley 27.147, que agregó tres nuevos incisos, entre ellos el 5, que establece “Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes”. Por ello, esta ley incorporó la aplicación de un criterio de oportunidad al catálogo de causales de extinción de la acción.

Señala Aboso<sup>125</sup> que como atribución inherente al principio acusatorio, el agente fiscal tiene la facultad de no continuar con la persecución de la acción penal cuando existan razones válidas para dicha decisión. Agrega que el reconocimiento paulatino al principio acusatorio en las leyes procesales de nuestro país, junto al proceso de profundización de la garantía del juez imparcial, han derivado en un mayor grado de autonomía de la actividad del fiscal en consonancia con lo establecido en nuestra Constitución nacional y el bloque de convencionalidad.

El artículo 27 del CPP de Mendoza consigna que “Si el Tribunal admite la solicitud para aplicar un criterio de oportunidad, se produce la suspensión de la persecución penal con respecto al autor o partícipe en cuyo beneficio se dispuso. Si la decisión se funda en la insignificancia, sus efectos se extienden a todos los que reúnan las mismas condiciones...”.

---

<sup>125</sup> ABOSSO, Gustavo Eduardo, Ob. Cit., pág. 389.

Es decir, el efecto inmediato que resulta de admitir la aplicación de un criterio de oportunidad es la suspensión de la persecución penal con respecto al autor o partícipe en cuyo beneficio se dispuso. El cese de la persecución habrá de persistir hasta que se produzca la prescripción de la acción penal. Entretanto la causa deberá quedar “reservada en Secretaría” al igual que los elementos probatorios que se hayan secuestrado y que no sea posible entregar o devolver<sup>126</sup>.

La regla general de que se produce la suspensión de la persecución penal sólo para aquel respecto al que la peticona el Ministerio Público, encuentra una excepción contemplada en la misma ley. Esa excepción se aplica cuando el criterio de oportunidad es el de la insignificancia del hecho. Es evidente que si el hecho objeto del proceso es de naturaleza insignificante, esa característica que habilita el cese de la persecución penal es aplicable a todos lo que en él han tomado parte. Por ello, aun cuando sólo se haya petitionado respecto a uno de los imputados, la suspensión de la persecución debe alcanzar a todos los que se encuentran en las mismas condiciones.

Se ha interpretado que la postura mencionada precedentemente, en cuanto a que la causa queda paralizada hasta que se produce la extinción de la acción penal por prescripción, fue modificada con motivo de la reforma del art. 59 del Código Penal. En consecuencia, la posterior entrada en vigencia de las reformas introducidas al art. 59 por la ley 27.147 ha dado lugar a las siguientes posiciones:

1.- Sostiene que, admitida la aplicación de un criterio de oportunidad, debe suspenderse la persecución penal y corresponde la extinción de la acción penal una vez operada la prescripción....

2.- La otra posición considera que si el Ministerio Público Fiscal solicita la extinción de la acción penal por aplicación de un criterio de oportunidad y se constituyen los recaudos del art. 59 del CP, debe ordenarse el sobreseimiento de la

---

<sup>126</sup> COUSSIRAT, Jorge, Ob. Cit., pág. 150.

causa. Como fundamento de esta interpretación se dice que la naturaleza de la reforma de la legislación sustantiva amplió las causales de extinción de la acción penal, al tratarse de una ley nacional, que integra el Código Penal Argentino que es derecho de fondo; que además favorece la situación del imputado, implica que debe ser operativa de conformidad con lo previsto en las leyes procesales y tratados internacionales de derechos humanos<sup>127</sup>.

Sin embargo, en nuestra Provincia la solución vino de la mano de las reformas introducidas por la ley 8.896, que modificó diversas normas, entre ellas, el art. 353 de la ley 6.730, incorporando otras causales de procedencia del sobreseimiento, incluyendo en el 7 mo. párrafo, que deberá ser declarado cuando haya transcurrido el plazo de un año (1) desde la suspensión de la persecución penal, y no corresponda dejarse sin efecto en virtud del 4to párrafo del art. 27. Es decir, que no se haya producido la reiteración de un ilícito, supuesto en el cual el Fiscal de Instrucción podrá solicitar al Tribunal que se deje sin efecto la suspensión dispuesta.

Lo expuesto tiene mayor coherencia sistemática toda vez que implica ordenar la suspensión de la persecución penal cuando sea admitido un criterio de oportunidad y disponer la extinción de la acción penal cuando opere el vencimiento del plazo que confiere el art. 353 párrafo 7mo., en función del último párrafo del art. 27 del CPP.

El decir que el Código Procesal Penal de Mendoza no admite la extinción de la acción penal inmediatamente de conferido un criterio de oportunidad, sino que establece la suspensión de la persecución penal, tal es así que para el caso que el imputado reiterare un ilícito, el Fiscal de Instrucción podrá solicitar al Tribunal que ordenó suspender la persecución penal, dejar sin efecto la suspensión dispuesta. Si durante el

---

<sup>127</sup> PEÑASCO, Pablo Guido, Ob. Cit., pág. 201/202.

plazo de un año el imputado no incurre en reiteración de un ilícito, se dictará su sobreseimiento<sup>128</sup>.

El último párrafo del artículo 27 del Código Procesal Penal ha sido cuestionado por Coussirat<sup>129</sup> expresando, en primer lugar, que no advierte las razones de esta previsión legal. Ello es así puesto que si la aplicación del principio de oportunidad ha tenido lugar en virtud de los fines que este instituto procesal persigue (descomprimir el sistema judicial), no resulta atinado volver a poner en movimiento una causa que no es de gravedad o de importancia por la única razón de que haya recaído en el delito. Además carece de lógica que se otorgue al Fiscal de Instrucción la facultad de decidir si debe o no petitionarse la revocación del cese de la persecución penal.

Además agrega que es necesario precisar el significado de la locución “reiteración de un ilícito”, entendiéndolo que la correcta interpretación llevaría a concluir que para poder afirmar la reiteración de una conducta ilícita es necesario que exista sentencia condenatoria firme a su respecto.

En cuanto al momento para solicitar criterios de oportunidad, el artículo 28 del Código de rito establece que deberá realizarse durante la sustanciación de la causa y hasta la citación de juicio (art. 364), con excepción del juicio abreviado final (artículo 418).

Como los criterios de oportunidad se han introducido en la legislación como un medio de aliviar la congestión de los tribunales y del sistema penal en general, resulta atinado que la aplicación de los mismos pueda solicitarse en etapas procesales que

---

<sup>128</sup> PEÑASCO, Pablo Guido, Ob. Cit., pág. 202/203.

<sup>129</sup> COUSSIRAT, Jorge, Ob. Cit, p. 151/152.

verdaderamente permitan el cumplimiento de aquella finalidad de descongestionar el sistema.

Se considera que a partir de una interpretación *in bonam* parte, el vencimiento del plazo para presentar la solicitud de aplicación de un criterio de oportunidad opera al vencimiento del término de cinco días de citación a juicio a las partes conforme el art. 364 del CPP, excepto para el caso de juicio abreviado final que, de conformidad con el art. 418, el término para solicitarlo vence hasta el momento previsto por el art. 385, es decir hasta la apertura del debate <sup>130</sup>.

Con esta interpretación coincide Coussirat, puesto que la notificación del decreto de citación a juicio pone al imputado y a la víctima (querellante) en la situación de determinar ya en concreto su estrategia de defensa.

#### **4. Intervención de la víctima**

Desde la reforma constitucional de 1994 viene teniendo lugar una reinterpretación del Derecho interno a la luz de los tratados internacionales. En efecto, la reforma referida, en este punto tiene trascendental importancia al otorgarle jerarquía constitucional a los tratados internacionales (art. 75 inc. 22, CN) que otorgan un rol protagónico a la víctima dentro del proceso penal.

---

<sup>130</sup> PEÑASCO, Pablo Guido, Ob. Cit., pág. 203.

Allí se establecieron una serie de derechos fundamentales a la persona que sufre la infracción punible, consagrados en el art. 25 de la CADH, el art. XVII de la DADDH, los arts. 8 y 10 de la DUDH y los arts. 2 y 14 del PIDCP.

El art. 25 de la CADH establece que todo ciudadano tiene el derecho a presentarse ante el tribunal competente, a través de un recurso rápido y sencillo, cuando se vea afectado por un acto que lesione los derechos que le son reconocidos por la Constitución, los tratados o las leyes internas. En consecuencia, se puede afirmar que el Estado debe brindarle al ofendido el efectivo acceso a la justicia y una debida protección judicial que derive en una investigación llevada adelante frente a un tribunal imparcial e independiente en el marco de un proceso donde puede ejercer plenamente su derecho. De esta forma, la razón principal por la cual se debe iniciar la persecución penal es el derecho que tiene la víctima de obtener justicia. Es decir que, la tutela judicial efectiva, prevista por la CADH debe ser tomada “como la base insustituible de legitimación del ejercicio del poder punitivo”<sup>131</sup>.

En este mismo orden de ideas podemos decir que en el procedimiento penal, el concepto de “ley vigente” no se limita al Código Procesal Penal de la Nación o de las Provincias sino que abarca a la misma Constitución, los pactos internacionales con jerarquía constitucional y los informes y decisiones de los organismos regionales e internacionales. La cuestión ha sido tratada por la CSJN en los casos “Girolodi” y “Bramajo”, en cuanto han interpretado con qué alcance están vigentes los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Fácil resulta advertir que se trata de cuestiones que dan lugar a un sinnúmero de consecuencias, pues el problema planteado tiene directa relación con el rol que la víctima puede asumir dentro del proceso penal.

---

<sup>131</sup> CAFFERATA NORES, José I., “Proceso penal y derecho humanos”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 53.

Durante mucho tiempo la víctima había quedado fuera del proceso, no era considerada un sujeto indispensable o importante del esquema penal; el Estado había ocupado su lugar, perdiendo paulatinamente todas sus facultades de intervención en el mismo y requiriéndose su presencia sólo a fin de legitimar el castigo estatal.

En la actualidad no puede desconocerse que existe una tendencia dirigida claramente a revalorizar el rol de la víctima, tanto en el Derecho Penal como en el proceso penal.

Ferrajoli<sup>132</sup> sostiene que la única forma efectiva de reducir el ámbito del Derecho Penal para estructurar un sistema de justicia penal garantista del Derecho Penal mínimo, consiste en despenalizar todos aquellos casos que no signifiquen graves lesiones a bienes jurídicos fundamentales y que puedan ser resueltos por medios no punitivos, por ejemplo la reparación.

Este reconocimiento importa la obligación estatal de garantizar la participación en el proceso y una nueva tarea para el Ministerio Público, que deberá ser quién promueva y proteja los derechos de la víctima. Sostiene Binder<sup>133</sup> “El concepto de la acción pública significa también servicio del Estado a la víctima, servicio que se nutre de la intervención que tiene el Estado de controlar, de algún modo, la globalidad de la violencia estatal”.

---

<sup>132</sup> FERRAJOLI, “Justificación de la pena”, conferencia pronunciada en el Seminario de Derecho Penal realizado en Vaquería, Provincia de Córdoba, 8 y 9 de septiembre de 1996. Citado por BOVINO, “La participación de la víctima en el procedimiento Penal”, en Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, pág. 115.

<sup>133</sup> BINDER, Alberto, “Funciones y disfunciones del Ministerio Público Fiscal, en Política Criminal. De la formulación a la praxis, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, págs. 178/179.



Un ordenamiento adjetivo respetuoso de la Constitución Nacional debe permitir la participación plena de la víctima, aun cuando no se constituya en alguno de los sujetos procesales tradicionales (actor civil, querellante particular). Esta situación genera que el Estado tenga la obligación de brindarle la debida protección judicial, con el objeto de lograr una defensa más efectiva de sus intereses y evitar que el proceso incremente los daños que le han causado.

Por último, corresponde contemplar que el derecho de acceso a la justicia del damnificado no se puede equiparar con la simple facultad de denunciar, pues aquélla le corresponde a todo ciudadano. Con esa acción, no ejerce ninguna facultad persecutoria sino que simplemente pone en conocimiento de los órganos de persecución penal del Estado la noticia del delito<sup>134</sup>.

En cuanto a este punto, es importante mencionar que si bien el artículo 26 del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza no establece como requisito para la suspensión de la persecución penal en los supuestos de insignificancia que se haya ofrecido o realizado una reparación económica o composición a la víctima, como sí lo contemplan expresamente otros Códigos de rito de nuestro país, el artículo 108 del mencionado cuerpo legal enumera los derechos que tiene toda víctima de un delito, entre ellas, a recibir un trato digno y respetuoso, la de ser informada sobre el estado de la causa y la situación del imputado, y la de ser oída. Además el artículo 10 y sus concordantes reconocen a la víctima la facultad de integrarse al proceso en carácter de parte –querellante particular-.

---

<sup>134</sup> BINDER, Alberto, "Introducción al Derecho Procesal Penal", 2° ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pag. 214.

## VI

### CONCLUSIÓN

Desde que el poder de penar corresponde al Estado se planteó para el legislador el problema de si todos los hechos punibles, sin excepción, debían perseguirse, o si la persecución dependía, en cada caso, del arbitrio del acusador particular o estatal, o, cuando regía el procedimiento de oficio, del arbitrio judicial.

La mayoría de los autores consultados coinciden en que las conductas humanas que producen una afectación insignificante del bien jurídico protegido por la norma deben ser desincriminadas, pero llegan a esta conclusión por distintas vías explicativas.

Como analizamos durante el desarrollo de la cuestión, este tema ha sido abordado, por un lado, desde la dogmática penal, dentro de la teoría del delito, y por otro lado, como un criterio de oportunidad en los Códigos de rito.

Es decir, hay quienes sostienen que la desincriminación de estas conductas se debe a su atipicidad, otros a su juridicidad material y finalmente otros sostienen su no punibilidad por la innecesariedad, en el caso, de la prevención especial y general, y por ende de la aplicación de una pena.

Tanto lo que apelan a la ausencia de tipicidad como los que entienden que hay ausencia de antijuridicidad material postulan la inexistencia de injusto, acudiendo a la noción de bien jurídico que en el caso no será afectado.

Como primera cuestión, podemos advertir que si bien el desarrollo por parte de la doctrina desde el fundamento de la atipicidad y juridicidad material ha sido extenso, esto no se ha visto reflejado sustancialmente en la jurisprudencia de nuestro país. Son numerosas las causas donde se investigan esta clase de hechos durante extensos períodos de tiempo y en muchos de ellos se llega a sentencias condenatorias.

Por otro, en el hipotético caso que se aplicara alguna de estas posturas para la resolución del caso, la causa terminaría en un archivo o sobreseimiento porque el hecho denunciado no constituye delito, no teniendo la víctima ningún tipo de participación en el proceso ni en la resolución del caso.

Por otro lado, los que sostienen que estos casos deben quedar exentos de pena se apoyan fundamentalmente en la aplicación de criterios de oportunidad, que permiten la suspensión de la persecución penal en determinadas circunstancias, entre ellas, cuando el hecho investigado no reviste entidad suficiente.

Mayormente se considera que el tratamiento, enjuiciamiento y punición de conductas nimias resulta ajena y también contraria a los fines y fundamentos del derecho penal, toda vez que esta rama del derecho no sólo protege los bienes jurídicos de la víctima o de la sociedad, sino también al supuesto autor del acto lesivo, asegurando el cumplimiento de las garantías que tiene el ciudadano frente a la violencia estatal y al avance irracional de una indiscriminada aplicación de la ley que en definitiva importa desviación del estado de derecho.

En otras palabras, la seguridad y la libertad de los individuos no sólo están amenazada por los delitos tipificados, sino también por la aplicación de penas excesivas. Se entiende que la pena es retribución por el delito cometido y en consecuencia, con éste debe guardar justa proporción.

El *ius puniendi*, poder del estado para perseguir delitos, no puede ser nunca ejercido en forma abusiva, por ello deben respetarse, sin excepción alguna, el principio de protección de bienes jurídicos, principio de necesidad de la pena, de *ultima ratio*, etcétera, que constituyen en definitiva a la protección de las garantías constitucionales consagradas en la Constitución Nacional y en los tratados sobre derechos humanos incorporados a ella.

En la práctica siempre se aplicaron criterios de oportunidad en la selección de las conductas reprochables, pues luego de tomar intervención judicial, normalmente eran seleccionadas aquellas causas que resultaban más relevantes de acuerdo a su lesividad, o por haber sido cometidas en flagrancia y contar con personas detenidas, o por los antecedentes que tenga la persona denunciada, entre otras.

Como enseña Zaffaroni<sup>135</sup> se acostumbra a perseguir los casos sencillos, los delitos groseros, fáciles de investigar y cometidos, en su enorme mayoría, por personas que pertenecen a los sectores más desfavorecidos a nivel socioeconómico, donde tampoco –ni siquiera– se exhiben resultados destacables, pues si bien algunos son condenados, lo son tras la sustanciación de procesos largos, tediosos y para nada garantes de sus derechos, donde el castigo lo constituye la prisión preventiva más que la pena en sí.

---

<sup>135</sup> ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, "Derecho Penal, Parte General", 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, pág. 9.

La idea de persecución penal sin excepción de todo hecho punible tiene validez sólo respecto de la criminalidad grave. Con relación a los delitos menos graves, corresponde una persecución penal selectiva, que aplicando por parte de los operadores del sistema la sana crítica racional en el análisis de cada caso en concreto, lleven a buscarse mejores alternativas de solución del conflicto que la pena.

Con la acentuación de un sistema acusatorio y ante la fijación de roles concretos, se concentra el monopolio del ejercicio de la acción penal en el Ministerio Público Fiscal, y es allí donde debe examinarse si el hecho resulta relevante o irrelevante, como así también corresponde a este órgano del Estado diagramar la política criminal en la persecución penal.

Por otra parte, consideramos conveniente la incorporación en la legislación nacional de criterios de oportunidad que establezcan parámetros objetivos, racionales y uniformes al momento de seleccionar los casos que deben perseguirse penalmente.

En este mismo orden de ideas, tal como lo señala Valeria Lancman<sup>136</sup>, considero que si se lograra la consagración del denominado principio de oportunidad en la ley nacional o federal, satisfaría mucho mejor el postulado de igualdad ante la ley (art. 16, CN), pues hoy en día, dos personas que cometen un delito reprimido por la misma ley en diferentes jurisdicciones no pueden acceder a las mismas consecuencias sobre la extinción de las acciones penales.

---

<sup>136</sup> LANCMAN, Valeria A., "El principio de insignificancia", Suplemento La Ley, Penal y Procesal Penal, del 16-6-2011, pág. 34/35.

En consecuencia, la necesidad de incluir el denominado principio de oportunidad en la legislación penal podría coadyuvar a encontrar soluciones más transparentes a determinados casos en los que pueda presentarse algún supuesto de insignificancia.

Coincido con parte de la doctrina que el hecho de que cada provincia establezca disposiciones que tienen que ver con el ejercicio de la acción penal resulta, de alguna manera, contrario al principio de igualdad ante la ley e impide la aplicación uniforme de la legislación penal en todo el país.

El principio mencionado consiste en eliminar discriminaciones arbitrarias entre las personas, confiriendo un grado suficiente de razonabilidad y de justicia en el trato que se depara a los hombres. Tanto la Constitución Nacional como los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos exigen “que se trate del mismo modo a quienes se encuentran en iguales situaciones”, sin que “se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede en iguales circunstancias”. Si el Código Penal rige para todo el país, es evidente que su aplicación debe ser igualitaria y uniforme en todo el territorio argentino, lo que indirectamente se ve frustrado al reconocerse la facultad de las provincias de introducir disposiciones como las mencionadas.

El problema se presenta en aquellos supuestos en los que el sometido a proceso no puede hacerse acreedor de tales mecanismos, simplemente porque el ordenamiento procesal que se aplica a su respecto no los contempla en su articulado.

De las veintitrés provincias que tiene nuestro país, sumado a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, solamente quince han incluido, hasta el momento, en su legislación procesal criterios de oportunidad.

Por lo expuesto, si la incorporación de tales criterios se hiciera mediante una ley emanada del Congreso Nacional, se evitaría lo que pasa en la actualidad, pues el hecho de que estén previstos en algunos ordenamientos sí y en otro no da lugar a una aplicación despareja de tales criterios, lo que resulta lesivo del principio constitucional de igualdad.

Por lo expuesto, sería conveniente que esta clases de disposiciones sean introducidas en la legislación de fondo, es decir en el Código Penal de la Nación. Esta es la única forma en la que se logrará que los criterios de oportunidad sean aplicados de manera igualitaria y uniforme en todo el territorio nacional.

Si bien podría alegarse que el principio de insignificancia no constituye un parámetro preciso para resolver de modo uniforme todos los casos, pues, en definitiva, su aplicación depende de la interpretación del caso particular, es útil para reducir la selectividad con la que opera el poder punitivo en aquellos casos de lesiones a bienes jurídicos que admiten grados de afectación que pueden ser objetivizados.

La misión principal del procedimiento, como señala Binder, debe ser, además de evitar abusos de poder, “economizar violencia”<sup>137</sup>.

La aplicación de un principio de oportunidad en el ejercicio de la acción queda reservada al arbitrio de los fiscales, quienes deberán evaluar si el hecho reviste entidad para ser llevado a juicio, o en su caso, si resulta nimio, y por lo tanto solicitar a la jurisdicción la suspensión de la persecución penal.

---

<sup>137</sup> BINDER, Alberto, “Legalidad y Oportunidad”, Ob. Cit., pág. 211.

Esto no excluye ni ignora en modo alguno el interés general de la sociedad, ni mucho menos pretende la existencia de una solución uniforme para todos los conflictos penales. Al contrario, se postula resignificar y fortalecer el rol del Ministerio Público en la representación del interés general de la sociedad en la persecución del delito, a través de una adecuada ponderación de todos los intereses en juego en el conflicto social que está dado por el delito.

La aplicación de estos criterios no implica desentenderse completamente de la víctima del hecho investigado. Durante muchísimo tiempo la víctima fue un “convidado de piedra” en el proceso penal, y toda la atención se centró en el imputado.

Esto fue cambiando a partir de la segunda mitad del siglo XX y los códigos de rito fueron reconociéndole ciertos derechos, ello en consonancia con los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional que se incorporaron a la Constitución con la última reforma.

La mayoría de los Códigos Procesales Penales que han contemplado a la insignificancia como un criterio de oportunidad, han tenido presente a la víctima al momento de considerar la posible suspensión de la persecución penal, al contemplar que se considerará especialmente la composición de la misma, que el imputado deberá acreditar haber reparado el daño o expresar la posibilidad de hacerlo o afianzar la reparación. Asimismo, la víctima en muchos casos puede oponerse a esta medida y solicitar la revisión por parte del Fiscal de Cámara.

Las salidas alternativas deben orientarse a la búsqueda de soluciones de calidad. En muchos casos la sentencia condenatoria no es la respuesta preferente; por el contrario, la imposición coactiva de una solución para una de las partes patentiza el



fracaso del modelo de gestión de ese conflicto, casi tanto como el archivo o la prescripción implican el mantenimiento coactivo del *status quo* que motivó la denuncia.

Es necesario que exista conciencia en los operadores, desde el inicio del proceso, que su afán debe estar colocado en -si es posible- resolver el conflicto de una manera pacífica, pues ello también constituye una verdadera respuesta eficaz del sistema, y sólo en el caso de que esto no sea viable, poner en funcionamiento la maquinaria persecutoria. Como señala Herbel “No todos los litigios requieren de un proceso penal completo, juicio oral mediante; en muchas oportunidades la rápida intervención estatal puede disuadir a los contendientes y redefinir el conflicto en términos no penales o, al menos, no violentos”<sup>138</sup>.

El empleo de estos mecanismos permitirá utilizar el sistema penal para hallar la solución más adecuada al caso<sup>139</sup>, sin hacerlo ingresar forzosamente dentro de un procedimiento rígido que sólo permite dos tipos de respuestas, condena o absolución/sobreseimiento, a la que cabría agregar el olvido, mediante la paralización del expediente, lo que es una violación de derechos por partida doble: de la víctima, pues no se trata de brindar una solución al problema que planteó, y del imputado, quien no ve resulta jamás su situación procesal.

De esta forma podrá lograrse una efectiva racionalización y redistribución de los recursos con que cuenta el aparato estatal para perseguir los hechos delictivos, y el sistema podrá exhibir un nivel aceptable de respuesta, que lo legitime ante los ojos de la sociedad.

---

<sup>138</sup> HERBEL, Gustavo Adrián, “Constitución, acción penal y criterios de oportunidad” (la facultad de las provincias de fijar criterios de oportunidad en materia penal), en Nueva Doctrina Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, T. 2003/A, pág. 60.

<sup>139</sup> HERBEL, Gustavo Adrián, Ob. Cit., pág. 60.

Una justicia penal ordenada y con objetivos claros demanda tomar conciencia de que su finalidad no está en administrar violencia estatal a todo aquel que infrinja la ley, sino en tratar de disminuirla al mínimo posible. Asimismo, requiere admitir que no todos los casos podrán ser abarcados por ella, y a partir de allí, seleccionar de manera transparente cuáles son los más graves y cuáles son pasibles de ser resueltos de otras formas que no impliquen violencia.

Un proceso penal acorde con lo que manda la Constitución Nacional reclama otorgarle al ofendido la posibilidad de tener una activa participación en él, con el fin de que ésta pueda ejercer cabalmente su derechos de acceder a la justicia para que se le solucione el conflicto.

Por último, no podemos dejar de mencionar que, como todos sabemos, el proceso penal tiene un contenido estigmático innegable y muchas veces impone obligaciones que pueden llegar a ser insoportables. Sobre esto se ha pronunciado nuestra Corte Suprema de Justicia en la causa “Ángel Mattei”<sup>140</sup> al mencionar que “debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada por el art. 18 CN, el derecho de todo imputado a obtener, luego de un juicio tramitado en legal forma, un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal.

Por todo lo expuesto, consideramos que los casos de insignificancia deben ser abordados como un criterio de oportunidad y que su regulación debe hacerse a través del Congreso Nacional en el Código Penal, porque de esta manera nos aseguramos que

---

<sup>140</sup> Fallos 272:188, JA 2-1969-382, considerando 14.

toda persona sospechada de haber cometido un delito tenga las mismas herramientas para resolver su situación procesal.

Ahora bien, la aplicación de estos criterios que permiten al titular de la acción penal solicitar la suspensión de la persecución, debe concretarse con la participación de la víctima, dando cumplimiento de esta manera a los derechos que a la misma le asisten, en cuanto a la posibilidad de ser oída, como así también de ser compensada por las consecuencias que el hecho le ha provocado.

A esta conclusión arribamos, en el entendimiento de que es la mejor forma de contemplar los intereses de ambas partes, toda vez que le permitirá a la persona que se encuentra sospechada de haber cometido un delito, evitar la estigmatización que implica contar con una causa penal en trámite, pudiendo incluso terminar sobreseído y sin ningún tipo de antecedente, y por otro lado, a la víctima obtener la reparación material del daño causado por el delito, conforme lo regulado en la mayoría de las legislaciones de forma que han contemplado esta situación.

Asimismo, se le podrá dar una solución a la innumerable cantidad de casos cuya lesión al bienes jurídico tutelado por la norma violentada resulta nimio, en un plazo razonable y sin necesidad de acudir a la pena, con todas las consecuencias que la misma acarrea.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ABOSO, Gustavo Eduardo, Código Penal de la República Argentina, Comentado, concordado con jurisprudencia, 3° ed., editorial Bdef, 2016.

AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, Sobre nullum crimen sine injuria y algún otro principio, Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, T° 56, 1996.

BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal. Parte general, Hammurabi, Buenos Aires, 1987.

- Derecho Penal. Parte General, ed. totalmente renovada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

BIDART CAMPOS, Germán, Absolución en el proceso penal por desproporción entre el hecho juzgado y la pena prevista en la ley, en E. D. 120-635.

- La interpretación y el control constitucional en la jurisdicción constitucional, Ediar, Buenos Aires, 1988.

- La teoría de la insignificancia, en E. D. 150-1993-633 y ss.

BINDER, Alberto M., Funciones y disfunciones del Ministerio Público Fiscal, en Política Criminal. De la formulación a la praxis, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

- Introducción al Derecho Penal, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.

- Legalidad y Oportunidad, en AA. VV., Estudios sobre la Justicia Penal, Homenaje al prof. Julio B. J. Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.

BOVINO, Alberto, Justicia penal y derechos humanos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.

- La participación de la víctima en el procedimiento penal, en Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.

BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar R., Código Penal y leyes complementarias, Comentado, anotado y concordado, Astrea, Buenos Aires, 2007.

BUSTOS RAMIREZ y HORNAZABAL MALARÉ, Significación social y tipicidad, Doctrina Penal, N° 11, Depalma, Buenos Aires, 1980.

CAFFERATA NORES, José, El principio de oportunidad en el derecho argentino, Teoría, realidad y perspectiva, Nueva Doctrina Penal, Instituto de Estudios Comparados de Ciencias Penales y Sociales, Buenos Aires, t.1992-A.

- Proceso penal y derechos humanos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

- Cuestiones actuales sobre el proceso penal, 3° ed. Actual, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.

CAFFERATA NORES, José y TARDITTI, Aida, Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Comentado, Ed. Mediterránea, T. I, 2003.

CHIARA DÍAZ, Carlos; CRISSETTI, Ricardo y OBLIGADO, Daniel, La acción procesal penal. El rol del Ministerio Público Fiscal y las víctimas en el debido proceso, La Ley, Buenos Aires, 2012.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., Derecho Procesal Penal, T. I, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1984.

- Tratado de Derecho Procesal Penal, T. VIII, Actualización de los Tomos I a VII, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2011.

CORNEJO, Abel, Teoría de la Insignificancia, Rubinzal-Culzoni Editores, 1º ed., Santa Fe, 2006.

COUSSIRAT, Jorge, Código Procesal Penal Comentado de la Provincia de Mendoza, Editorial La Ley, T. I., 2013.

CREUS, Carlos, Derecho Penal, Parte General, 5º ed. Actualizada y Ampliada..., 1º reimpresión, Ed. Astrea, Buenos Aires.

D´ALBORA, Francisco J., Principio de oportunidad y ley procesal, Revista del Colegio de Abogados de la Capital Federal, Doctrina, Buenos Aires, 2000, vol. 2.

D'ALBORA, Francisco J. y MORELLO, Augusto Mario, La justicia penal y sus alternativas, en J.A. 1993-IV-732.

DE LA FUENTE, Javier Esteban y SALDUNA, Mariana, Principio de oportunidad y sistemas alternativos de solución del conflicto penal. La inconstitucionalidad de su regulación provincial, Revista Derecho Procesal Penal, 2008-2. La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal – III, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe.

DÍAS, Horacio, Código Penal de la Nación Argentina, Comentado, Parte General, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2016.

DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, t. I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2008.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D., Garantías y bien jurídico, Teorías Actuales en el Derecho Penal, 75° Aniversario del Código Penal, Ed. Ad-Hoc.

FONTAN BALESTRA, Carlos, Tratado de Derecho Penal, T. III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990.

GARCIA VITOR, Enrique Ulises, La insignificancia en el Derecho Penal: los delitos de bagatela, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.

HASSEMER, Windfried, Fundamentos del Derecho Penal, trad. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984.

HERBEL, Gustavo Adrián, Constitución, acción penal y criterios de oportunidad (la facultad de las provincias de fijar criterios de oportunidad en materia penal), en Nueva Doctrina, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, t. 2003/A.

JESCHECK, H. H., Tratado de Derecho Penal, trad. de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, vol. 1.

KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, Eudeba, 1989.

LANCMAN, Valeria A., El principio de insignificancia, Suplementos La Ley, Penal y Procesal Penal, del 16-6-2011.

LARENZ, Karl, Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica, trad. de Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1985.

LAVADO, Diego Jorge y VEGA, Dante Marcelo, Estudios sobre el nuevo Código Procesal Penal de Mendoza, Ediciones Jurídicas de Cuyo, 2000.

LEDESMA, Ángela Ester, Proceso de Reforma Procesal Penal y Judicial. Momentos y ejes rectores, El Proceso Penal Adversarial, T. II, Revista de Derecho Procesal Penal, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, Filosofía del Derecho, 5º ed., Bosch, Barcelona, 1979.



MAIER, Julio B. J., Derecho Procesal Penal argentino, t. 1b, Fundamentos, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

- Derecho Procesal Penal, I. Fundamento, t. I, editores Del Puerto, Buenos Aires, 1999, 2° edición, 1° reimpresión.

- La renuncia a la acción penal privada y el abandono de la querrela, en NDP "B", 1997.

- Transcripción de la Exposición de Motivos correspondiente al Anteproyecto de Código Procesal Penal para la Provincia de Chubut.

MARTINEZ CASAS, Juan I., El principio de insignificancia y el tipo de injusto penal en Nuevos Paradigmas en la Persecución Penal, Criterios de Oportunidad, Publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Disponible on line.

MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, Derecho Penal, Parte General, Astrea, Buenos Aires, 1994, t. I.

MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, Parte General, 3° ed., Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1990.

MUÑOZ CONDE, Francisco, Teoría general del delito, Temis, Bogotá, 1984.

NICORA, Guillermo, ¿El fin de la Adolescencia?, Definiendo el rol del Ministerio Público en un proceso acusatorio, El Proceso Penal Adversarial, T. I, Revista de Derecho Procesal Penal, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2008.

NUÑEZ, Ricardo, Tratado de Derecho Penal, T. II, Ed. Lerner, Córdoba, 1988.

PASCUAL, Francisco Javier, Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, Ed. de la Universidad del Aconcagua, Mendoza, 2006.

PEÑASCO, Pablo Guido, Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, Anotado, Comentado, Ley 6730, T. I, 2º ed., Ampliada-Corregida-Actualizada-Concordada, Biblioteca Popular Francisco Peñasco, 2018.

RECASÉNS SICHES, Luis, Tratado general de Filosofía del Derecho, 9ª ed., Porrúa, México, 1986.

RIBBA, Roxana Andrea y BORGARELLO, Paula Mariel, Principio de insignificancia, Revista Actualidad Jurídica Penal y Procesal Penal, Nuevo Enfoque Jurídico, nº 205.

RIGHI, Esteban y FERNANDEZ, Alberto A., Derecho Penal. La Ley. El Delito, El proceso y la pena.

ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General: fundamentos. La estructura de la teoría del delito, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, t. I.

- Problemas básicos del Derecho Penal, Ed. Reus, Madrid, 1996.

RUSCONI, Maximiliano, Derecho Penal. Parte General, 2º edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009.

SEGUÍ, Ernesto, Límites al poder punitivo, coercitivo y normativo del Estado, Juris, Rosario, 1993.

SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, TEA, Buenos Aires, T. II, 1983.

- Derecho Penal Argentino, act. por Guillermo J. Fierro, Tea, Buenos Aires, T. II, 2000.

SOSA ARDITTI, Enrique, Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, Ley 6730 modificada por Ley 9040, Comentado, Anotado, Concordado, Jurisprudencia, Juicio por Jurado, ASC Librería Jurídica S.A., 2018.

SPINKA, E. Roberto, El principio de la insignificancia o bagatela, Marcos Lerner, Córdoba, 1986.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, Derecho Procesal Penal, Marcos Lerner, Córdoba, 1982, t. II.

VIRGOLINI, Julio E. S., El artículo 31 de la ley de vinos y un caso de aplicación del principio de insignificancia en la afectación del bien jurídico, en Doctrina Penal, Depalma, Buenos Aires, Año 7, N° 26, abril-junio de 1984.

- Las lesiones levísimas: un caso de atipicidad por insignificancia, comentario al fallo “Correa, Orlando Angel s/Lesiones por culpa” de la C1ª de Tucumán, 11-6-84, en

Revista de Doctrina Penal, Depalma, Buenos Aires, Año 8, N° 29, enero-marzo de 1985.

VITALE, Gustavo, Principio de insignificancia y error, publicación de la Universidad Nacional de Comahue, 1988.

- Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal, Teorías actuales del Derecho Penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.

WELZEL, Hans, Derecho Penal alemán, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 11° ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, En busca de las penas perdidas, Ediar, Buenos Aires, 1989.

- Manual de Derecho Penal. Parte General, Ediar, Buenos Aires, 1987.

- Tratado de Derecho Penal, Ediar, Buenos Aires, 1981, t. III.

ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, Derecho Penal, Parte General, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2002.