

**Romero Berdullas, Carlos Manuel**

*Otras manifestaciones del principio de oportunidad*

*Others manifestations of prosecutorial discretion*

Prudentia Iuris, N° 84, 2017

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Romero Berdullas, C. M. (2017). Otras manifestaciones del principio de oportunidad. [en línea]. *Prudentia Iuris*, 84. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/manifestaciones-principio-oportunidad.pdf> [Fecha de consulta:....]

## OTRAS MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD *Others manifestations of prosecutorial discretion*

Carlos Manuel Romero Berdullas<sup>1</sup>

Recibido: 1° de marzo de 2017  
Aprobado: 12 de mayo de 2017

**Resumen:** Este trabajo completa lo desarrollado en la precuela publicada en *Prudentia Iuris*<sup>2</sup>, donde se procuró discernir si algunas novedosas figuras constituían manifestaciones del denominado principio de oportunidad; e intentó precisar si se ajustaban al bien común. Superado aquel peldaño de la trama investigativa, y en clave con el compromiso asumido de profundizar la investigación iniciada, el culmen de este artículo es ordenar el movimiento de la razón para escrutar si la mediación, conciliación y reparación; la enfermedad incurable en estado terminal y/o avanzada edad; el arrepentido; junto a otros institutos, son concreciones del llamado principio de oportunidad. Al igual que en la investigación anterior, escudriñada la primera cuestión, pondremos todos los medios en pos de determinar si éstos son medios ordenados al fin de la sociedad política. De modo que una vez más, pasaremos la criba por el ordenamiento positivo, y la doctrina contemporánea, además de necesariamente apelar al perenne magisterio del pensamiento clásico (en cuya cumbre se encuentra la obra de Santo Tomás de Aquino); como a los fecundos aportes brindados desde el realismo al Derecho Penal, especialmente a través de doctrinarios de la talla de Alfredo Repetto, Camilo Tale y Héctor Hernández. De esta manera, se pretende estudiar esta

1 Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA), Especialista en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) y Secretario de Cámara de la Secretaría General de Política Criminal y Planificación Estratégica del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Correo electrónico: romeroberdullascm@yahoo.com.ar.

2 Conf. Romero Berdullas, C. M. (2017). "Manifestaciones del principio de oportunidad". *Prudentia Iuris*, N° 83. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA).

temática de especial actualidad, a la luz de los principios fundamentales de la justicia y el orden natural, siempre iluminados por la Fe.

**Palabras claves:** Principio de oportunidad - Arbitrariedad - Bien Común.

**Abstract:** This complete work was developed in the prequel published in *Prudentia Iuris*<sup>3</sup>, where it was tried to discern if some novel figures were manifestations of the denominated principle of prosecutorial discretion; and tried to specify if they fit the common good. Overcome that rung of the investigative plot; and in the key with the commitment assumed to deepen the investigation initiated, the culmination of this article is to order the movement of the reason to scrutinize if the mediation, conciliation and repair; incurable disease in terminal condition and/or advanced age; the repentant; together with other institutes, are concretions of the so-called principle of prosecutorial discretion. As in the previous investigation, when we scrutinize the first question, we will put all means to determine if these are ordered means at the end of the political society. So, once again, we will pass the sieve by positive ordering, and contemporary doctrine, in addition to necessarily appeal to the perennial magisterium of classical thought (at whose summit is the work of St. Thomas Aquinas); As well as the fruitful contributions provided from realism to Criminal Law, especially through doctrinaires of the likes of Alfredo Repetto, Camilo Tale and Héctor Hernández. In this way, we intend to study this topic of special relevance, in the light of the fundamental principles of justice and natural order, always enlightened by the Faith.

**Keywords:** Prosecutorial discretion - Arbitrariness - Common Good.

Para citar este texto:

Romero Berdullas, C. M. (2017). "Otras manifestaciones del principio de oportunidad", *Prudentia Iuris*, N° 84, pp. 137-164.

## 1. Introducción

Este trabajo es una secuela de "Manifestaciones del principio de oportunidad", documento publicado en el número precedente de *Prudentia Iuris*<sup>4</sup>, que procuró llevar a término un estudio crítico sobre disímiles expre-

3 Ídem.

4 Ídem.

siones legislativas inseridas en nuestro país (en su mayoría recientemente), con el afán de discernir si aquellos criterios introducidos constituían (*stricto sensu*) genuinas proyecciones del denominado correcta o incorrectamente principio de oportunidad; y si estos institutos se ajustaban o no al bien común político.

Los menesteres aprontados en la investigación citada se centraron en el estudio de los delitos de acción privada, los delitos dependientes de instancia privada, la llamada conversión de la acción pública en privada, la insignificancia procesal, la intervención de menor relevancia y la pena carente de importancia. Así pues, superado el tamiz de aquel primer peldaño de nuestra trama investigativa, se advierte la significancia de ordenar el movimiento de la razón a discurrir e inferir conclusiones, respecto a otras potenciales concreciones del principio de oportunidad.

Tal como fuera anticipado oportunamente, en aras de no jalonar la extensión de aquel artículo por fuera de los confines de la extensión estatuida por las normas de publicación de la revista, se asumió el compromiso de profundizar en lo venidero el itinerario ya iniciado. De modo que, aquí, intentaremos concretar esa desiderata y recorrer el camino hacia un conocimiento cierto por las causas, para escrutar si integran el principio de oportunidad la mediación, conciliación y reparación; la enfermedad incurable en estado terminal y/o avanzada edad; la pena natural; los procedimientos abreviados; la suspensión del juicio a prueba; el arrepentido; el agente encubierto; la entrega vigilada; determinados supuestos de la ley penal tributaria y la ley de estupefacientes y psicotrópicos; como también la amnistía e indulto.

Por consiguiente, en este análisis sopesaremos cada una de estas figuras en clave con la concepción enseñada por la doctrina y la jurisprudencia sobre el principio de oportunidad, el cual refiere a las facultades del Estado (específicamente al fiscal), para no iniciar, suspender o interrumpir la persecución penal pública ante la noticia delictiva por razones de política criminal.

De ahí que, tal como se adelantara en “Manifestaciones del principio de oportunidad”, pasaremos la criba sobre estos institutos, en miras de determinar si son una auténtica expresión de un principio de oportunidad emparentado por algunos como excepción o antítesis del principio de legalidad procesal (que impide toda disposición, desistimiento, suspensión y/o retractación de la acción penal pública por parte del órgano encargado de la persecución penal ante la *notitia criminis*); asimilado por otros a una expresión de este último principio –cuando se trata de oportunidad reglada–; y categorizado por otra vertiente como todo tratamiento penal diversificado del conflicto social representado por el hecho delictivo<sup>5</sup>.

5 Conf. *in extenso* lo desarrollado en ob. cit. *ut supra*.

Por lo demás, a medida que se demuestre suficientemente cuál de estas manifestaciones es reflejo del iridiscente principio de oportunidad, nos plantearemos si cada uno de estos conceptos se ordenan o no al bien común. En otras palabras, haremos el intento de escudriñar si estas reformas son medios ordenados al fin de la sociedad política.

## **2. Análisis crítico**

### ***2.a. Mediación, conciliación y reparación***

Una verdadera innovación legislativa de los cuerpos normativos de las provincias y la Nación es el establecimiento de la mediación, la conciliación y/o reparación a la víctima (esta última prevista autónoma o de manera integrada a las otras dos alternativas apuntadas).

Así pues, nos topamos con su recepción en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 204, inc. 2º, CPPCABA); las Provincias de Buenos Aires (art. 2º, CPP) La Pampa (art. 15, inc. 4º, CPP), La Rioja (art. 204 bis, inc. 2º, CPP), Río Negro (art. 180, CPP), Santa Fe (art. 19, CPP), Mendoza (art. 26, inc. 2º, CPP), Chubut (art. 44, inc. 5º, CPP), Chaco (art. 6º bis, inc. 3º, CPP), Santiago del Estero (art. 103, CPP), Jujuy (arts. 101, inc. 5º, 104 y 105, CPP), Neuquén (art. 106, inc. 5º, CPP), Misiones (art. 60, incs. e y f, CPP) y Entre Ríos (art. 5º, CPP); y el Código Procesal Penal de la Nación aprobado por Ley N° 27.063, luego suspendido mediante Decreto PEN N° 257/2015.

Ha de remarcar, también, que entre las causas de extinción se incorporaron al Código Penal de la Nación (a través de la Ley N° 27.147) la: “[...] conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes [...]” (art. 59, inc. 6º, CP), por lo que vuelven a plantearse algunos interrogantes en torno a los límites de la potestad delegada y la regulación del principio de oportunidad.

Lo cierto es que estas nuevas vías de respuestas se relacionan con un paradigma denominado de “solución de conflictos”<sup>6</sup>, ligado a la llamada “justicia restaurativa”, e instaurado supuestamente en aras de procurar una resolución del conflicto originado en razón del hecho punible, privilegiando soluciones ponderadas como más adecuadas al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social.

De todo esto decanta una proyección del principio de oportunidad, por cuanto ante una problemática delictiva concreta, el fiscal posee la facultad

6 Basta con señalar en este punto la sustitución del término “delito” por “conflicto”, estrategia históricamente propugnada de modo expreso y sin miramientos por los más destacados exponentes del abolicionismo del Derecho Penal.

de proponer la mediación o conciliación a la víctima e imputado, para en caso de arribar a un acuerdo y/o reparación, disponer el archivo de las actuaciones sin más trámite y desistir de la persecución penal<sup>7</sup>. Ha de notarse, que no obstante variar el ámbito de aplicación del procedimiento de mediación según las provincias<sup>8</sup>, como también la existencia del deber del juez de homologar o no el acuerdo<sup>9</sup>, nos hallamos ante un marco de discrecionalidad del fiscal, en orden a suspender o renunciar a la persecución penal de determinadas conductas delictivas. De ahí, la palpable manifestación de un principio de oportunidad que podría caracterizarse de reglado, aunque la determinación final se encuentre librada a la autonomía de la voluntad del ofendido y el imputado –pues el denominado “conflicto” debe ser compuesto libremente.

Vale resaltar que su introducción se afina en una reconsideración del papel de la víctima originada por posiciones radicales tendentes a “devolver el conflicto a la víctima”<sup>10</sup>, repersonalizar el sistema penal y superar arquetipos retributivos, por intermedio del desplazamiento total del Derecho Penal (material-procesal) por un paradigma transaccional implementado mediante la reparación, conciliación y/o mediación<sup>11</sup>; mientras otras corrientes

7 Por ejemplo, esta salida contemplada en el art. 204, inc. 2º, del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, CPPCABA) no prevé la reparación del daño causado a la víctima; en tanto en otras provincias se exige, a su vez, como requisito (véase, a modo de ejemplo, el Código Procesal Penal de Río Negro, art. 180 ter y el Código Procesal Penal de Santa Fe, art. 19, inc. 5º).

8 Ejemplifica esto, que en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se excluyen del procedimiento en cuestión las causas dolosas previstas en el L. II, T. I, Cap. I y T. III del Código Penal, como también los casos subsumibles en el art. 91 del Código sustantivo (lesiones gravísimas), en tanto se realizaren dentro de un grupo familiar conviviente. Mientras que en la Provincia de Buenos Aires se restringe a delitos de competencia correccional.

9 A modo de ejemplo, en el CPPCABA y en el de la Provincia de Buenos Aires no se alude a homologación alguna del juez; en tanto sí se halla contemplado este acto en el símil cuerpo normativo de la Provincia de Río Negro, donde incluso es el juez quien declara extinguida la acción penal (art. 307, inc. 4º, del CPP).

10 Esta expresión proviene de Nils Christie (puntualmente de *Conflicts as Property*), tal como fuera alertado por en Silva Sánchez, J. M. (1998). *Perspectivas sobre la política criminal moderna*. 1ª ed. Buenos Aires. Ábaco, 195. Lo afirmado puede corroborarse de la lectura de Christie, N. (January 1977). *Conflicts as Property, The British Journal of Criminology*, vol. 17, Nº 1, 1-15; o su traducción con el título de “Los conflictos como pertenencia”, 159-182. En AA. VV. (1992). *De los Delitos y de las Víctimas*. 1ª ed. Buenos Aires. Ad Hoc.

11 Entre estas posturas radicales vale destacar, entre otras, las de Hulsman, Christie y Shumann. *Vide in extenso* Hulsman, L.; Bernat de Celis, J. (1984). *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*. 1ª ed. Barcelona. Ariel; Christie, N. (January 1977). “Conflicts as Property”. Ob. cit., vol. 17, Nº 1, 1-15; Christie, N. (1984). *Los límites del dolor*. México D. F. Fondo de la Cultura; y Shumann, K. F. (enero-junio 1991). “Una sociedad sin prisiones”. En *Doctrina penal. Teoría y práctica en las Ciencias Penales* (dir. Nuñez, R. C.). Año 14, Nº 53-53. Buenos Aires. Depalma, 109-128.

más temperadas<sup>12</sup> instan a sustituir la pena ante cierta clase de delitos, cuando se logra la composición entre la víctima y el imputado, de consuno a la consiguiente reparación; y/o una facultad extintiva de la persecución penal, con asidero en criterios de oportunidad<sup>13</sup>.

Desde luego, que la recepción de estas alternativas resulta por demás controversial. Puede adelantarse que frente a la aplicación de esta tercera vía subsistiría un interés público no restaurado, razón precisamente por la cual aquel injusto fue tipificado penalmente<sup>14</sup>. Por ello, Sancinetti rechaza de cuajo la posibilidad de la víctima de disponer del daño público provocado por el delito, con el postulado de pertenencia del conflicto y por intermedio de un acuerdo privado o cuasi-privado, pues incisivamente añade, que si bien ésta es dueña de ciertos derechos (por ej.: libertad, integridad corporal, etc.), no se encuentra en condiciones de decidir la disposición de algo no perteneciente a ella (léase el gravamen público generado por el delito)<sup>15</sup>.

Así pues, concluye el jurisconsulto mencionado, que la víctima:

“No puede disponer de la necesidad de reorientación que implica y supone la pena para el resto de los que no intervinieron en ese delito, ni como autor, ni como víctima. Ante el robo cometido contra X, todos los que no son X necesitan saber si esa norma sigue vigente; para eso, el Estado tiene que poder penar sin importar el perdón de X. Eso parece imponerse si se parte del fin de la resocialización. Pues es difícil de entender por qué el perdón o el acuerdo reparador

12 Entre las posturas menos radicales se encuentran, por ejemplo, las de Maier, Silva Sánchez, Roxin y Yacobucci. *Vide* Maier, J. B. J. (2011). *Derecho Procesal Penal, II. Parte General, Sujetos Procesales*. Buenos Aires. Editores del Puerto, 601-605; Silva Sánchez, J. M. (1998). *Ob. cit.*, cuestión 7; Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. 1<sup>a</sup> ed. Buenos Aires. Editores del Puerto, pp. 108-110; y Yacobucci, G. J. (2005). “Los desafíos de un nuevo Derecho Penal”. En AA. VV., *Revista Jurídica Logos* (Facultad de Derecho prof. Damásio de Jesús). San Pablo, N° 1.

13 La diferencia entre las posturas más radicales y las dosificadas sería que las primeras no confunden reparación con reacción penal, pues el ingreso de esta vía procura desplazar completamente el Derecho Penal. En cambio, las menos radicales buscan la despenalización de ciertos comportamientos delictivos, a través del ingreso de esta nueva vía resolutive. En realidad, puede apreciarse que el distingo comprende al ámbito de aplicación de una u otra, pero desde una perspectiva teórica las propuestas de ambas son idénticas. *Vide* Maier, J. B. J. *Derecho Procesal Penal, II...* *Ob. cit.*, 585 y 591; e *in extenso*, Silva Sánchez, J. M. *Ob. cit.*, cuestión 7.

14 *Vide* Maier, J. B. J. *Ob. cit. ut supra*, 592.

15 Sancinetti, M. (15 de agosto de 2012). *Avenimiento y mediación: ¿la pena como “objeto de negocios jurídicos”?* Publicado en blogspot de la materia “Régimen del Proceso Penal” (CPO), de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, a cargo del Prof. Bruzzone, G. A. Recuperado de <http://regimenprocesalpenal.blogspot.com.ar/2012/08/marcelo-sancinetti-avenimiento-y.html>, 7.

de la víctima de una agresión sexual deberían implicar la falta de necesidad de resocialización como medio para lograr la evitación de conductas similares en el futuro”<sup>16</sup>.

Al respecto, aquí cabe descansar en las atinadas apreciaciones formuladas por el profesor Repetto, quien nos enseña que la conducta antijurídica, conducta disvaliosa o axiológicamente negativa, implica:

- a) lo ilegal, como falta de adecuación a la norma;
- b) lo desigual, como desproporción respecto del merecimiento o título de otro;
- c) y, fundamentalmente, la desordenación de la conducta respecto del fin jurídico”<sup>17</sup>.

Así, de las lecciones de este exponente del realismo clásico, puede entreverse que no obstante la reparación del daño material provocado por el delito, es justo (natural) imponer una pena para restablecer la igualdad de trato alterada por el ofensor entre éste y el ofendido. Pues ante la comisión de un delito se incumplen dos deberes:

- a) uno que emana de la justicia conmutativa e impone el imperativo de respetar la relación del titular del bien jurídico con su bien (ya sea un objeto material o inmaterial), el cual resulta apto para su titular en orden a satisfacer una necesidad humana (tanto corporal, como espiritual)<sup>18</sup>; y
- b) otro enhiesto en la obligación de todos de no perturbar los derechos personales de los demás y respetar la paz o vida tranquila, imperativo de justicia general o legal destinado directamente a preservar el bien común<sup>19</sup>.

Con estas afirmaciones se evidencia que los delitos o actos humanos ejecutados en detrimento del otro irradian un perjuicio a toda la comunidad política<sup>20</sup>, pues si bebemos de los perennes odres de la sabiduría compartida por Santo Tomás de Aquino, necesariamente debemos concluir lo siguiente: “El mérito y demérito se dicen por orden a la retribución que se hace según justicia. Pero se le hace a uno retribución según justicia porque

16 Ídem.

17 Vide Repetto, A. (15 de jun. de 2007). “La importancia del Derecho y del Derecho Penal”. En *Diario de Política Criminal*, N° 11.780. Buenos Aires. El Derecho, acápite 3.4.

18 Ídem.

19 Ídem.

20 *Ibidem*, 4.2.

obra en provecho o en perjuicio de otro. Ahora bien, hay que tener en cuenta que cualquiera que viva en una sociedad es, en cierta medida, parte y miembro de toda la sociedad. Luego, quienquiera que hace algo para bien o para mal de alguien que vive en sociedad, esto redundará a toda la sociedad; como quien hiere una mano, consiguientemente hiere al hombre. Luego, cuando uno obra para bien o para mal de otra persona singular, le corresponde de dos modos razón de mérito o de demérito. Uno, porque le debe retribuir la persona singular a la que ayuda u ofende. Otro, porque le debe retribución todo el colectivo. Además, cuando uno ordena su acto directamente para bien o para mal de todo el colectivo, le debe retribución primero y principalmente todo el colectivo, en efecto, pero secundariamente todas las partes del colectivo”<sup>21</sup>.

De lo expuesto, podemos colegir, entonces, que al incurrir en el reduccionismo de atender sólo a la relación entre la víctima y el victimario, la denominada justicia restaurativa sume en el olvido el interés público, siempre comprometido en la perpetración de un delito de acción pública<sup>22</sup>.

Asimismo, una segunda crítica a esta justicia restaurativa podría argüirse sobre la premisa de que esta clase de respuestas puede menguar el valor preventivo general de las penas, por cuanto el autor de la conducta disvaliosa sabría de antemano que la impunidad se encuentra al alcance de la mano, con tan sólo reparar el perjuicio provocado. Resulta sumamente ilustrativa de esta cuestión la anécdota relatada por Soler y luego evocada por Maier. Aludo a la del ciudadano romano, quien en tiempos inflacionarios se solazaba alegremente por la Via Appia Antica, agraviando moralmente a quienes se cruzaban en su camino, pero entregando de inmediato veintiún ases, que precisamente constituían la pena prevista para los delitos contra el honor<sup>23</sup>.

En este acápite tan sólo basta añadir un tercer reparo que puede ofrecerse en base al peligro ínsito sobre estos procedimientos, consistente en las posibilidades de dar lugar a juegos extorsivos y/o presiones externas, donde quien posee la posición más endeble cargaría con grandes chances de perder<sup>24</sup>.

21 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q. 21, a. 3. Se siguen aquí y en adelante la ed. primera (1990) de la BAC (cuarta reimpresión del año 2001). Madrid.

22 Aquí seguimos de cerca a Tale, C. (2010). “Los legítimos fines de la pena jurídica”. En AA. VV., *Fines de la pena. Abolicionismo, impunidad*. Dirigido por Hernández, H. H., 1ª ed. Buenos Aires. Cathedra jurídica, cap. III.2.3.

23 Al respecto, puede verse lo explicado en Maier, J. B. J. *Derecho Procesal Penal, II...* Ob. cit., 592, nota al pie número 23.

24 *Vide* Maier, J. B. J. *Derecho Procesal Penal, II...* Ob. cit., 592.

## **2.b. Enfermedad incurable en estado terminal y/o avanzada edad**

Algunas provincias de nuestro país han incorporado como criterio de oportunidad la posibilidad de que el fiscal no promueva o prescinda (total o parcialmente) de la acción penal cuando el imputado padezca una enfermedad incurable en estado terminal (según dictamen pericial), o tenga más de 70 años de edad y no hubiera mayor compromiso para el interés público<sup>25</sup>.

El órgano encargado de adoptar esta decisión facultativamente y en un ámbito de discrecionalidad (aunque reglado), junto a la disponibilidad de la acción penal en delitos de acción pública, nos permiten asimilar este supuesto a una manifestación del principio de oportunidad.

Se alude que esta norma responde a diversos factores, entre los cuales podemos señalar la imposibilidad de que el proceso pueda esclarecer los hechos imputados, y si hubiera mérito para condenar, la inviabilidad de proponer un castigo; de consuno a la grima que causaría un proceso no ponderador de consideraciones de humanidad y el desmedro generado en orden a asegurar la paz social<sup>26</sup>.

En lo que importa al criterio de oportunidad estudiado, primero debemos puntualizar aquí la inexistencia de una contradicción entre un sentido retributivo de la pena y la humanidad del culpable si imperara el principio de legalidad procesal.

La retribución impuesta al autor de un delito, en reciprocidad por el mal provocado a la comunidad política, mediante un hecho injusto sumamente gravoso, y, por ende, tipificado como delito, contiene un sentido de índole deóntico, por cuanto lo justo es hacer el bien. Por consiguiente, la omisión de aplicar la pena e indiferencia del órgano persecutor ante la actividad delictiva constituye un mal ético, pues al dispensarse la persecución de un delito (por las condiciones personales analizadas) se impide la restauración del orden jurídico conculcado por el hecho penal, además de menguarse el valor justicia y/o el derecho de la comunidad política o las víctimas a saber la verdad respecto a esa conducta disvaliosa, el acceso a alguna reparación y la consecución de una sentencia justa por los acontecimientos sufridos.

25 Véase, a modo de ejemplo, los Códigos Procesales de las Provincias de Santa Fe (art. 19, inc. 7º) y Chubut (art. 44).

26 *Vide* Herzog, F. (2008). “¿No a la persecución penal de dictadores ancianos? Acerca de la función de la persecución penal de la criminalidad estatal”. En *Política Criminal*, N° 5, D1-5, 1-9, según cita de Aguad, D.; Bazán, N.; Biancotti, D.; Gorgas, M.; Olmedo, B. (junio de 2011). “La regulación del principio de oportunidad. Sistematización comparativa de las Legislaciones provinciales que receptan institutos de oportunidad procesal”. Córdoba. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Instituto de Ciencias Penales, 21-22.

Cabe añadir que, de esta forma, al no perseguirse y evitarse la emisión de un juicio de reproche sobre estas graves conductas, también se ve mermado el propósito pedagógico de la pena, que precisamente revela la trascendencia de fortalecer el juicio ético de los ciudadanos y fortalecer la conciencia jurídica sobre ciertos valores esenciales, en orden a afianzar el bien común de la comunidad política.

A la par, ha de advertirse que la edad de 70 años o el padecimiento de una enfermedad terminal incurable no disminuyen la culpabilidad del autor. En efecto, de la mayor vulnerabilidad física del autor no puede colegirse menor autodeterminación, y en consecuencia, tampoco menos culpa. Resulta evidente, que no es menos disvaliosa una acción delictiva o posee menor demérito un delito (por ej.: homicidio, abuso sexual de menores, etc.) si es cometido por una persona de 70 años o por alguien con una breve expectativa de vida, pues la culpabilidad se relaciona a otros presupuestos, tales como, a modo de ejemplo, el conocimiento de la norma y la capacidad para motivarse de conformidad con ésta<sup>27</sup>.

Ahora bien, la necesidad ético-jurídica de perseguir los delitos, aprontar el juicio de reproche e imponer la sanción penal no importa defender la aplicación de tratos-penas crueles o degradantes, sino más bien, propender hacia el culmen de una retribución temperada, acorde al bien común político y la dignidad de todo hombre.

Es oportuno señalar que la humanidad se encuentra amalgamada a una dignidad de carácter permanente, coexistente con una indignidad dinámica<sup>28</sup> y factible en todas las personas, por cuanto se vincula a la defectividad propia de la naturaleza humana. De lo contrario, si esta defectividad no se actualizara, el Derecho Penal se volvería vacuo de sentido, ya que no existirían delitos.

De esto puede inferirse, entonces, que esa indignidad mudable del ser humano constituye un presupuesto del Derecho Penal<sup>29</sup>. En consecuencia, puede afirmarse que una de las premisas antropológicas del Derecho Penal

27 Se sigue de cerca el crítico informe elaborado por la Comisión de la Universidad Católica de Cuyo con sede en San Luis, al analizar el Anteproyecto de Código Penal de la Nación delegado por Decreto N° 678/2012. En particular, se toma como faro los argumentos vertidos contra los atenuantes pretensamente instituidos por el art. 18.2 del mentado Anteproyecto.

28 Al situarse el hombre por fuera del orden de los fines naturales, y a modo de ejemplo asesinar a una persona, comete un hecho indigno. Tal es así, que esa conducta sumamente disvaliosa no origina derecho alguno a su respecto en su autor, y necesariamente debe ser sancionada.

29 Léase la lección de Hernández sobre indignidad en el sentido precisado, desarrollada en Hernández, H. H. (2013). *El garantismo abolicionista*. 1ª ed. Buenos Aires. Marcial Pons Argentina, cap. 18.

es la existencia de libertad en el hombre, en cuanto sustancia individual, racional y espiritual dotada de voluntad e inteligencia<sup>30</sup>.

De ahí que estos elementos especificadores de una dignidad humana única e intransferible de ese ser humano libre, son presupuestos del principio de “dar a quien delinque su pena”, imperativo de justicia enhiesto en el bien común político. Tal es así, que la exteriorización del acto humano parte del hombre. Es decir, se inicia en la chance de escoger entre perpetrar o no un delito (en otras palabras, hacer el mal o evitarlo), fundamento de una responsabilidad emparentada con la dignidad de todo hombre<sup>31</sup>.

En concreto, la pena es correlato de una responsabilidad del hombre originada en esa libertad esencial e intrínseca al ser humano. Por tanto, el binomio libertad-responsabilidad es un presupuesto ineludible del delito, que no puede interpretarse como un mero acontecer mecánico, natural, azaroso, fisiológico, nervioso o no libre<sup>32</sup>, pues en la co-posibilidad de la libertad se engendra la mismísima dignidad de la persona.

A raíz de lo expuesto, puede deducirse que este criterio de oportunidad lleva a un ínsito rechazo de esa dignidad connatural del hombre de 70 años o doliente de una enfermedad terminal e incurable. Es que, en definitiva, esa indiferencia hacia ese hecho penal no sólo aherroja una suerte de negación de responsabilidad personal fundada en la edad o las cuitas de la salud de la persona, sino un rechazo de la libertad y dignidad de esos sujetos de derecho. Así pues, sencillamente, en la incorrecta invocación de consideraciones humanitarias, no habría más que una soterrada negación del estatuto de esos seres humanos.

Puede apreciarse, entonces, con claridad, una manifestación del principio de oportunidad que en rigor de verdad plantea un adelantamiento y alteración de beneficios ya previstos en nuestra normativa sustantiva, posibles de ser implementados antes o luego del dictado de la condena por el juez competente. Simplificando, puede afirmarse que nuestra normativa

30 Tratado *in extenso* en Gamboa A. C.; Romero Berdullas, C. M. (2015). *Planteos actuales de la política criminal*. 1ª ed. Buenos Aires. Ad-Hoc, pp. 73 y sigs.

31 Cf. Hernández, H. H. Ob. cit., caps. 18 y 49.

32 No se desconoce que, si se partiera de visiones materialistas sobre el poder de auto-determinación, como de algún modo lo fueron las de Lenin, quien identificaba al pensamiento con “una secreción del cerebro, como la bilis lo es del hígado” [según Basso, D. M. (1997). *Los fundamentos de la Moral*. 2ª ed. Buenos Aires. EDUCA, 137], u otras explicaciones conductistas o del freudismo ortodoxo tendentes a emparentar la capacidad de autodeterminación a meras reacciones mecánicas, nerviosas o fisiológicas a disímiles estímulos sensibles, se incurriría en una supina contradicción. Es que, por un lado, se negaría la libertad personal; mientras, por otra parte, se postularía una serie de libertades individuales/políticas (por ej.: el derecho de autodeterminación de individuos/pueblos). El contrasentido es evidente, pues de no existir personas libres, no puede deducirse libertad colectiva alguna.

contempla soluciones para estos supuestos, concordantes con la finalidad retributiva o preventiva de la pena; y a la vez, respetuosas de cada ser humano.

Al respecto, ha de precisarse que ya los arts. 7° y 10 del Código Penal de la Nación y el art. 32 de la Ley Nacional de Ejecución (Ley N° 24.660, reformada por Ley N° 26.472) establecen las condiciones que deben respetarse para ejecutar la prisión preventiva o las penas, en clave con ponderaciones eminentemente humanitarias, la tutela de la salud y/o la protección de los ancianos.

Vale acotar que, aquí, podría avizorarse una colisión de normas de diversa jerarquía (nacional *vs.* provincial) y carácter (sustantivo *vs.* procesal), además de asomar la rediviva polémica en torno a la inconstitucionalidad de normas procesales, cuando legislan sobre cuestiones atinentes al Derecho Penal material.

Como corolario, en cuanto a la condición de procedibilidad de este criterio, determinada por una abstracta y de ardua objetivación fórmula (léase no comprometer el interés público), ha de señalarse que el temperamento no persecutorio adoptado por el fiscal, inexorablemente, enseñará una contradicción con la decisión adoptada por el legislador al tipificar ese hecho como delito de acción pública. Tal es la estulticia e inepticia, que el criterio desincriminador del fiscal contradirá el baremo aplicado por el legislador para definir la necesidad deóntica de introducir en el Código Penal esa conducta lesiva del interés público.

## ***2.c. Pena natural***

Otro de los supuestos contemplados en la normativa procesal<sup>33</sup> como criterio de oportunidad es la facultad del fiscal de prescindir del ejercicio de la acción penal o reducir la pena cuando el imputado hubiera sufrido como consecuencia del hecho penal un daño físico o moral, que por su gravedad tornara innecesaria y desproporcionada la aplicación de la sanción penal.

Aquí se contempla el daño físico o moral grave padecido por el encartado a raíz de su conducta disvaliosa<sup>34</sup>, que volvería desproporcionada la

33 Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 199, inc. i, CPPCABA); las Provincias de Buenos Aires (art. 56 bis, Ley N° 13.943), La Pampa (art. 15, inc. 2°, CPP), La Rioja (art. 204 bis, inc. 8°, CPP), Río Negro (art. 180 ter del CPP), Chubut (art. 44, CPP), Santa Fe (art. 19, CPP), Chaco (art. 6° bis, inc. 2°, CPP), Jujuy (art. 101, inc. 2°, CPP), Neuquén (art. 106, inc. 3°, CPP), Misiones (art. 60, inc. c, CPP) y Santiago del Estero (art. 61, CPP); y el art. 31, inc. c, del Código Procesal de la Nación aprobado por Ley N° 27.063, que a fines de 2015 fuera suspendido.

34 Es objeto de debate si la pena natural debe abarcar sólo los delitos culposos o también los dolosos. Así, por ejemplo, algunas provincias ciñen este supuesto a los delitos culposos

sanción penal. Ese gravamen configuraría de por sí un mal natural originado ante la comisión del ilícito penal, que oficiaría de elemento compensador de la culpabilidad y factor de redención (en algunos casos). Por ende, los principios de proporcionalidad y necesidad impondrían la aplicación de la conocida *poena naturalis*.

Con claridad meridiana trata este concepto Tale, quien a través de su magisterio nos enseña que el fundamento de este instituto es precisamente que la autora de la “[...] conducta delictiva culposa ya ha sufrido una *poena naturalis* bastante grave, como es la deficiencia que afecta de modo permanente a su propio hijo, y causada por ella misma, lo cual la hace más penosa; entonces con su agudo dolor ya pagó y pagará suficientemente por su delito [...]”; por lo cual concluye la ausencia de necesidad de aplicar en este caso una pena jurídica<sup>35</sup>.

Con independencia del orden jurídico positivo, vemos que en esta hipótesis el orden jurídico natural compensa la culpa y castiga al autor del delito mediante un grave daño. Se hace patente, entonces, que la ventaja obtenida por quien al hacer su voluntad quebrantó el orden jurídico (por ej.: exceder los límites de velocidad dispuestos por la norma) resulta compensada por la aflicción generada por la pena natural, que anula la culpa. Por ende, de acuerdo al fin retributivo de la pena, el principio de humanidad y el de proporcionalidad, no es necesario deónticamente la aplicación de la pena.

De modo que, en rigor de verdad, lo afirmado nos permite establecer la inexistencia de un criterio de oportunidad<sup>36</sup>, por cuanto en realidad la *poena naturalis* sería una causa eximente o reductora de la pena. En efecto, en estos casos no debería existir margen de discrecionalidad, pues el imperativo de justicia obligaría a eximir o reducir la pena, ya que, de lo contrario, se configuraría el injusto de sancionar penalmente a quien ya fue privado de un bien por el delito cometido, o de aplicar una sanción penal excesivamente severa, cuando la totalidad de la culpa no fue compensada mediante la retribución natural –pero sí una parte de ésta.

---

(v. gr., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Pampa, Río Negro, Chubut y Chaco) y otras la amplían a los delitos dolosos (v. gr., Provincia de Buenos Aires, Santiago del Estero y Santa Fe). Nosotros estimamos que sólo debe comprender los delitos culposos [tal como fuera preconizado oportunamente en Romero Berdullas, C. M. (mayo de 2008). “Pena natural”. En *El Derecho Penal, doctrina y jurisprudencia*, Rev. N° 5. Buenos Aires. *El Derecho*, pp. 26-30], pero la disputa argumental sobre esta cuestión exorbita el objeto de estudio de la tesis.

35 Tale, C. Ob. cit., 130-132.

36 Empero, algunos autores engloban a la pena natural como un criterio de oportunidad. Entre otros, cabe citar a Marchisio. Vide Marchisio, A. (2008). *Principio de oportunidad, Ministerio Público y política criminal*. 1ª ed. Buenos Aires. Ad-Hoc, pp. 296-297.

## 2.d. Procedimientos abreviados

La normativa contempla procedimientos abreviados<sup>37</sup> ante determinados presupuestos que varían en las diversas legislaciones procesales<sup>38</sup>, y son pasibles de ciertas críticas<sup>39</sup> no tratadas a continuación por exceder el marco de nuestra investigación. Sin más, lo que se establece es la posibilidad de que el fiscal y el imputado (asistido por su defensor) arriben a un acuerdo sobre la pena y las costas del proceso (acuerdo pleno)<sup>40</sup>; sobre los hechos (acuerdos parciales) o sobre la realización directa del juicio.

Si bien el juicio abreviado o avenimiento enseña su aquiescencia hacia ámbitos de consenso, tiende a simplificar el procedimiento al sortear el debate y entraña una facultad discrecional del fiscal su concreción, ciertamente todos estos aspectos aproximativos al principio de oportunidad no bastan para inferir una asimilación a éste, por cuanto no se configura un desistimiento, suspensión o interrupción del ejercicio de la acción penal pública. Es que el imperativo de promover de oficio la acción penal ante el conocimiento de la comisión de delitos de acción pública, su irrevocabilidad e indisponibilidad no resultan puestas en crisis en ninguna instancia de estos procedimientos abreviados. De hecho, la potestad-deber de reprimir al infractor de la norma penal se concreta en todo caso de acuerdo pleno; mientras en los convenios parciales sobre los hechos y los pactos de realización directa del juicio la indisponibilidad de la acción penal también impera.

37 Cf. arts. 288-292 del Código Procesal Penal de la Nación aprobado por Ley N° 27.063 (luego suspendido).

38 Por ejemplo, el Código Procesal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no limita la aplicación de este procedimiento a una escala penal, lo que sí ocurre en la normativa procesal penal de la Nación (pena de prisión inferior a seis años) vigente o el Código de rito aprobado por Ley N° 27.063 –actualmente suspendido.

39 Al respecto, pueden analizarse *in extenso* los estudios desarrollados en Bovino, A. (1988). “La persecución penal pública en el Derecho Anglosajón”. En *Lecciones y Ensayos*, N° 49. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 567-569 (recuperado de [http://www.icjsinaloa.gob.mx/medios/publicaciones/persecucion\\_penal.pdf](http://www.icjsinaloa.gob.mx/medios/publicaciones/persecucion_penal.pdf)); Carrió, A. D. (2015). 6ª ed. *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Buenos Aires. Hammurabi, 129-133; Pastor, D. R. (2005). *Recodificación penal y principio de reserva de código*. 1ª ed. Buenos Aires. Ad-Hoc, pp. 47-48; Sancinetti, M. Art. cit., 3-4; Binder, A. M. (2004). *Justicia penal y Estado de Derecho*. 2ª ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires. Ad-Hoc, 289-293; y Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid. Trotta, 568-4569.

40 *Vide* art. 266 del CPPCABA; y art. 431 bis del Código Procesal Penal de la Nación.

## 2.e. Suspensión del juicio a prueba

Hecha esta aclaración, cabe precisar que este instituto receptado en el Código sustantivo<sup>41</sup> y algunos Códigos provinciales<sup>42</sup> es una forma de extinguir la acción penal. Tal es así, que si luego de solicitar u ofrecer el imputado la suspensión del juicio a prueba, el juez adopta un temperamento a favor de su concesión, y durante el lapso probatorio, el interesado cumple tanto las reglas de conducta acordadas como los requisitos legales, la acción penal se extingue junto a la pretensión punitiva del Estado.

Por cierto, este instituto de origen anglosajón (*diversion*) permitiría –según algunos autores– ampliar el poder de disposición del imputado y otros actores sobre la persecución penal, orientar el sistema hacia respuestas divergentes a las ofrecidas por el sistema penal tradicional (es decir, más cercanas a la reparación como tercera vía) y sortear parte del desgaste jurisdiccional, en pos de encausar con eficiencia los recursos disponibles, para investigar de manera más eficaz delitos con un costo social mayor para la sociedad<sup>43</sup>.

De modo tal que parte de la doctrina observa, aquí, la existencia de una manifestación del principio de oportunidad<sup>44</sup>, por cuanto se simplifican las reglas procesales, descongestiona el sistema de casos ligados a delitos leves<sup>45</sup>, distiende el principio de legalidad procesal, y no sólo se sortean los

41 Conf. arts. 76 (ref. por Ley N° 27.147) y 76 bis a 76 *quater* del CP.

42 V. gr., art. 205 del CPPCABA.

43 Véase lo explicado en Maier, J. B. J. (2004). *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*. 2ª ed. Buenos Aires. Editores del Puerto, 176, 152 y 158.

44 Entre otros, Marchisio, Neuman, Chiara Díaz, Grisetti, Obligado, Marum, Bovino y Binder. *Vide* Marchisio, A. Ob. cit., 136-139; Neuman, E. (1997). *Mediación y conciliación penal*. Buenos Aires. Depalma, 101; Chiara Díaz, C. A.; Grisetti, R. A.; Obligado, D. H. (2012). *La acción procesal penal. El rol del Ministerio Público Fiscal y las víctimas en el debido proceso*. 1ª ed. Buenos Aires. La Ley, 267-352; Marum, E. (2013). “De la suspensión del juicio a prueba”. En AA. VV., Dir. D'Alessio, A. J. *Código Penal de la Nación, comentado y anotado*. 2ª ed. T. I. Buenos Aires. La Ley, 1092-1093; Bovino, A. (2009). *Principios políticos del procedimiento penal*. 1ª ed. Buenos Aires. Editores del Puerto, 31-36; y Binder, A. M. (2014). *Derecho Procesal Penal*. T. II. Buenos Aires. Ad-Hoc, 422-423 y 445-446.

45 Sobre la necesidad de que se trate de delitos leves se expresa Tale, quien a través de su magisterio enseña la posibilidad de admitir la aplicación de la suspensión del juicio a prueba por imperio del bien común político de la sociedad, pues la concesión de este beneficio a autores primarios frente a determinada clase de delitos leves desplazaría la justa retribución por el hecho penal perpetrado, por cuanto primaría la corrección del delincuente, junto a la evitación de delitos futuros pasibles de ser cometidos por el mismo; además de facilitar la imposición de una medida pronta, cuando tal vez finalizaría el caso por prescripción. Por tanto, en estas circunstancias, el bien común exigiría un sacrificio temperado y proporcionado de parte de quienes fueron ofendidos por delitos de leve gravedad, dado que deben tolerar la impunidad del infractor de estos hechos penales. Conf. Tale, C. Ob. cit., 204-205.

efectos perjudiciales de una condena, sino también se promueve la resocialización del encausado, de consuno a la reparación del daño provocado a la víctima.

Empero, otro sector de la literatura jurídica asevera que amén de resultar los criterios valorativos semejantes o idénticos, y concurrente la disposición del ejercicio de la acción penal, la suspensión del juicio a prueba ha adquirido una personalidad legal específica como causal extintiva de la acción penal, sometida a prueba y no resuelta por el acusador, sino por el órgano decisor (o sea, el jurisdiccional)<sup>46</sup>. De ahí que *stricto sensu*, no traduciría una expresión del principio de oportunidad.

No obstante estas polémicas, en sentido lato podemos inferir una aproximación de la suspensión del juicio a prueba al principio de oportunidad. Sin embargo, el instituto aludido posee una fisonomía y un grado de desarrollo propio, que no permiten subsumirlo en este principio desde una perspectiva estricta, pues, en definitiva, la resolución atinente a su concesión o revocación se encuentra condicionada siempre a una decisión judicial.

## **2.f. El arrepentido**

La figura del arrepentido versa sobre supuestos en donde se exime o reduce la pena del imputado, cuando colabora eficazmente en la investigación, ya sea mediante la revelación de la identidad de los autores, partícipes o encubridores del delito y/o el suministro de información de importancia para esclarecer el hecho, o investigar a otros sujetos estimados como más relevantes a los fines persecutorios.

Este instituto se suele asociar a un fundamento más bien de corte pragmático o utilitario, dado que su faro es ofrecer impunidad o una reducción de la pena para obtener información significativa, en orden a perseguir a un imputado de mayor trascendencia o resolver un hecho con más entidad social<sup>47</sup>.

Esta herramienta ha sido objeto de diferentes críticas, entre las cuales vale citar:

46 Conf. *in extenso* De la Rúa, J. (enero de 1996). "Disponibilidad de la acción". *Revista del Colegio de Abogados de Córdoba*; y Cesano, J. D. (sept.-dic. de 2003). "De la crítica a la cárcel a la crítica de las alternativas". En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XXXVI, núm. 108. México. Universidad Nacional Autónoma de México Distrito Federal, 880-881. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710803>.

47 Vide Binder, A. M. *Justicia Penal y...* Ob. cit., 211; Binder, A. M. (2009). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 221-222; y Binder, A. M. (2014). *Derecho Procesal Penal*. T. II. Ob. cit., 436-437.

- a) la dudosa verosimilitud de la declaración de quien se encuentra alentado por una reducción o eximición de la pena<sup>48</sup>;
- b) una posible afectación a la garantía de igualdad prevista en el art. 16 de la Constitución Nacional, al beneficiar la reducción o exención de la pena sólo a algunos, probablemente los de mayor responsabilidad en la organización delictiva, dado que son quienes usualmente poseen más posibilidades de aportar datos relevantes, en comparación con los integrantes de menor jerarquía<sup>49</sup>;
- c) la imposibilidad de conocer si se fingió ser el imputado menos relevante, cuando en rigor de verdad, resultaba el más importante<sup>50</sup>;
- d) la desnaturalización del funcionamiento de la pena, pues cesaría de funcionar como un juicio de reproche por el hecho perpetrado, y se volvería en un juicio de reprobación por la ausencia de delación de un sujeto más importante<sup>51</sup>;
- e) la viabilidad de que el conocimiento *ex ante* de la dinámica de esta alternativa para esclarecer un hecho como salvoconducto, para obtener impunidad, motive la integración de grupos criminales, en tanto uno tenga la garantía de no ser el de mayor jerarquía del entramado criminal<sup>52</sup>;
- f) las chances de inducción a la confesión pueden vulnerar la presunción de inocencia y la defensa en juicio (art. 18, Constitución Nacional); y
- g) el apartamiento del Estado de la ética, al echar mano a medios inmorales (por ej.: una traición que afectaría la dignidad de las personas), en miras de alcanzar la verdad<sup>53</sup>.

Más allá de las objeciones explicitadas, ha de resaltarse que el dinamismo propio del bien común político<sup>54</sup> puede imperar en ciertos casos de

48 Cf. Sancinetti, M. Art. cit., 2.

49 Conf. Ercolini, J. (1997). "La conducta procesal en la determinación de la pena (y el delator en la ley)". En *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año III, N° 6. Buenos Aires. Ad-Hoc, según cita de Culotta, J. M. (2013). "Régimen penal de estupefacientes". En AA. VV., Dir. D'Alessio, A. J. *Código Penal de la Nación, comentado y anotado*. 2° ed. T. III. Buenos Aires. La Ley, 1121.

50 Cf. Sancinetti, M. Art. cit., 2.

51 Ídem.

52 Ídem.

53 Conf. Ercolini, J. Art. cit., según cita de Culotta, J. M. Ob. cit., 1121.

54 Del magisterio de Sacheri se puede inferir el carácter esencialmente dinámico del bien común político, pues no es algo que se posea y reparta, sino un bien moral con el cual todos cotidianamente contribuyen en su realización, además de participar de éste y disfrutarlo en común. Así, la seguridad, el orden, la justicia y la ciencia son todos elementos principales del bien común político, por cuanto su realización redundará en la *pax tranquillitas ordinis* de

extraordinaria gravedad (actos de terrorismo, conspiración contra la autoridad, secuestros extorsivos, trata de personas, etc.) y complejidad, una reducción o eximición de la pena de un colaborador eficaz, en atención a los bienes jurídicos en juego y el interés público subyacente, en, por ejemplo, hallar una víctima todavía privada de su libertad o sancionar a los responsables de un atentado terrorista.

En estos supuestos excepcionales, es el mismo bien común político o temporal el que impera la concesión de este beneficio, puesto que todos los medios se ordenan a este fin (o causa final de la comunidad política). De hecho, por ejemplo, importaría una injusticia para con la comunidad que ha padecido un atentado contra su seguridad y la víctima aún secuestrada el no tolerar ese sacrificio proporcionado, moderado y ajustado a la especial gravedad de la situación.

Las leyes que instituyen la figura del arrepentido son medios convenientes, honestos, justos y necesarios, adoptados mediante el ejercicio de la prudencia legislativa para realizar el bien común. De hecho, se comprueba la justicia de estas leyes, por cuanto producen en mayor medida la felicidad y los elementos de la comunidad política, en pos de alcanzar la tranquilidad temporal de la ciudad, pues la reducción o eximición de pena de un partícipe menor que cumple un deber cívico al intentar rectificar el mal antes causado, a través del suministro de una colaboración proporcionada a la conquista del justo orden de la sociedad, nos acerca más perfectamente al bien común de ésta, al descubrir y sancionar a los autores más relevantes de una compleja organización criminal destinada a, por ejemplo, conspirar contra la seguridad nacional, secuestrar o explotar personas, o cometer actos de terrorismo.

Así pues, el bien común político impele aquí la concreta reducción de la pena o impunidad del colaborador eficaz, con el fin de evitar un mal mayor, por lo que en realidad nos hallamos ante una excusa absolutoria de responsabilidad<sup>55</sup> dispuesta por el legislador, mas no una manifestación del principio de oportunidad. En efecto, las excusas absolutorias no constituyen causas de extinción de la acción penal, dado que, en realidad, su poder liberatorio no radica en el cercenamiento de la potestad persecutoria del delito, sino más bien en una razón que actúa, amén de la subsistencia de esa *potestas*<sup>56</sup>.

---

una sociedad determinada. Vide Sacheri, C. A. (1975). *El orden natural*. Buenos Aires. EUDEBA, 151.

<sup>55</sup> Así lo entiende, por ejemplo, Núñez [cf. Núñez, R. C. (2009). *Manual de Derecho Penal*. Córdoba. Lerner, 233].

<sup>56</sup> Ídem.

En esta hipótesis, nos hallamos ante una conducta, típica, antijurídica y culpable, o sea, un delito. De modo que nos hallamos ante una exclusión de la responsabilidad resuelta por un juez y guiada por razones político-criminales, ajustadas a las justas exigencias del bien común político.

Y aquí vale resaltar la importancia de que sea un juez quien adopte esta clase de decisiones luego de un debido juicio previo. Pues de lo contrario, de anticiparse esta determinación mediante un archivo fiscal o un auto de sobreseimiento de un juez de garantías, habría una suerte de condena sin juicio previo, pues se establecería que un sujeto cometió un delito<sup>57</sup>, no obstante que después se proceda a reducir o eximir su pena debido a su arrepentimiento activo y/o colaboración eficaz.

En estas hipótesis, no existiría un apartamiento del Estado de la ética, por cuanto la comunidad política no echa mano a medio inmoral alguno. De hecho, la supuesta traición del partícipe que delata una organización criminal no afecta la dignidad de las personas. Por el contrario, la recta actuación de la voluntad del colaborador eficaz corona un acto virtuoso que tiende a su propia perfección, por cuanto la virtud hace bueno al hombre, quien en este caso se ordena a lo bueno en sí, o sea, el bien común.

De esta forma, como el orden de la dignidad sigue al orden del bien<sup>58</sup>, la *dignitatis moral* del arrepentido es reafirmada en virtud del mérito alcanzado por intermedio de su colaboración<sup>59</sup>. Tal es así, que luego de haber caído en una indignidad moral<sup>60</sup> –mediante la comisión de un delito–, el arrepentido es alentado por la ley a ejercitar la virtud y colaborar con la efectiva realización del bien en la sociedad. En otras palabras, el arrepentido cumple con el fin ético al cual todo hombre naturalmente aspira y que es conveniente en razón de su naturaleza por cuanto lo plenifica. De manera tal que, así, concreta el primer principio de la ley moral natural, que precisamente es “el bien ha de hacerse y buscarse, el mal ha de evitarse”<sup>61</sup>, pues

57 Cabe resaltar la importancia de este juicio de disvalor, independientemente de la posterior eximición de pena, pues de esta manera se fortalece el juicio ético de los ciudadanos, además de robustecerse la conciencia jurídica sobre la trascendencia de determinados valores para el bien común político.

58 Tal como lo enseña Félix Lamas, en Lamas, F. A. (2011). *Filosofía del Estado –Política y Tradición–*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, cap. titulado “El Bien Común Político”, acápite V.

59 Vale destacar, en clave con el magisterio de Hervada: “Lo debido por el individuo a la colectividad es su contribución al bien común”. Conf. Hervada, J. (1994). *Introducción crítica al Derecho Natural*. 8ª ed. Pamplona. EUNSA, 63.

60 Ha de señalarse que la dignidad ontológica de un santo y un delincuente es idéntica, pero no su dignidad moral, pues ésta requiere el mérito, tal como nos enseña Félix Lamas en Lamas, F. A. (2011). *Filosofía del...*, ibídem.

61 Vide Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q. 94, a. 2.

como enseña Lamas, este principio práctico se transforma, en materia jurídica, en la prescripción “debe realizarse el bien común temporal y evitarse aquello que lo impida”<sup>62</sup>.

Por este motivo, la ley del arrepentido tiende a hacer bueno al hombre (en este supuesto, al colaborador eficaz), pues el propósito del legislador se dirige al auténtico bien, es decir, el bien común al cual se ordena la justicia y los actos de virtud de las personas<sup>63</sup>.

Al respecto, puede objetarse que el colaborador eficaz no obra en rigor de verdad guiado por un sincero arrepentimiento, sino más bien aguijoneado por un interés en la reducción o eximición en la pena o el temor al castigo. Como es sabido, la ley humana sólo se refiere a actos exteriores, pues del pletórico magisterio de Santo Tomás de Aquino se puede concluir lo siguiente: “El juicio del hombre nada puede decir acerca de los movimientos interiores, que están ocultos, sino sólo acerca de los actos exteriores, que se pueden ver”<sup>64</sup>.

Es evidente que la perfección de la virtud requiere la rectitud de los actos humanos interior y exteriormente<sup>65</sup>. De ahí que si el colaborador eficaz no obrase impulsado por un honesto arrepentimiento no habría cumplido los deberes del hombre. Sin embargo, sí habría cumplido con los deberes del ciudadano, por cuanto su comportamiento exterior se ajustaría a los límites de la bondad política o civil (bien humano), al ejecutar un acto justo desde un modo material, aún sin tener una total intención de justicia necesaria para ser un hombre virtuoso<sup>66</sup>.

En cuanto a la dudosa verosimilitud de la declaración de quien se encuentra alentado por una reducción o eximición de la pena; y la imposibilidad de conocer si se fingió ser el imputado menos relevante, cuando, en

62 Lamas, F. A. (1991). *La experiencia jurídica*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 505.

63 *Vide* Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q. 92, a. 1, respuesta a obj. 3; 96.a.3; 99, a.2; 100, a.2.

64 *Vide* ibídem, I-II, q. 91, a. 4.

65 *Ídem*.

66 Esto lo explica magistralmente Basso, pues un hombre para ser plenamente virtuoso requiere ser un buen ciudadano en la línea de sus capacidades, ya que por naturaleza es parte de la comunidad civil y eso impera el deber moral de “serlo perfectamente, de una manera plenamente humana, es decir, virtuosa”. No obstante, la situación inversa exige ciertas precisiones, pues cuando un hombre cumple la ley civil mediante un comportamiento exterior sirve al bien común al cumplir con el deber cívico, amén de incumplir con los deberes del hombre. Simplificando, con independencia del ánimo del agente y su fin interno (miedo, interés, vergüenza), el hombre puede llevar a término un acto justo desde un modo material. Conf. Basso, D. (2005). *La fuente del equilibrio moral y jurídico*. Buenos Aires. EDUCA, 86 y sigs.; y Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, II-II (a), q. 32, a.1., respuesta a obj. 1. y q.57.a.1. Aquí se sigue de la *ST* la 1ª ed. de la BAC. Madrid, 1998.

rigor de verdad, resultaba el más importante, huelga señalar que son todas cuestiones sujetas a un prudente análisis de las circunstancias de cada caso, por lo que no es posible efectuar generalizaciones.

Lo mismo cabe respecto a la inducción a la confesión y posibles vulneraciones a la defensa en juicio (art. 18, Constitución Nacional), pues aquí se advierte la significancia tanto de la indispensable actuación del defensor, como del juez de garantías, quienes deberían impedir esas prácticas reñidas con el debido proceso<sup>67</sup>.

En lo que importa a la viabilidad, de que el conocimiento *ex ante* de la dinámica del instituto del arrepentido funcione como un salvoconducto para obtener impunidad y motive la integración de grupos criminales, en tanto uno tenga la garantía de no ser el de mayor jerarquía del entramado criminal, vale ofrecer ciertos reparos.

Primero, ha de señalarse que a esta afirmación también podría oponérsele la posibilidad de que frente a la alternativa dada por este instituto, justamente se desaliente la integración de asociaciones ilícitas, pues siempre existiría la chance de que alguien de menor grado delate a un integrante de superior jerarquía.

Asimismo, ha de precisarse la ausencia de demostración empírica de estas premisas, en el orden a determinar la voluntad de quienes deciden integrar organizaciones criminales, movidos fundamentalmente por el propósito de cometer cierta clase de delitos mediante sofisticadas metodologías, particularmente orientadas a eludir la persecución penal.

Por lo demás, la voluntad de delación no implica necesariamente la reducción o eximición de pena, pues ingresan al análisis disímiles factores y alternativas en la faz investigativa, que pueden descartar su utilización (tales como, a modo de ejemplo, otros elementos probatorios colectados, e incluso la colaboración de otro arrepentido).

En lo concerniente a una posible afectación a la garantía de igualdad prevista en el art. 16 de la Constitución Nacional, ha de negarse esta posibilidad puesto que la exigencia de igualdad de la justicia se da en tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales. De modo que aquí, en esta situación concreta (colaboración eficaz), lo justo es dar a quien colabora lo suyo. No se trata de una mera igualdad matemática, pues lo proporcionalmente igual a lo suyo de alguien en estas circunstancias se da respecto de la colaboración, desigualdad que justamente en el resto de los integrantes de la organización criminal no se da, al negarse a prestar su

67 Empero, vale destacar que en “Agüero Corbalán” la CSJN explicitó que exhortar al imputado a decir la verdad no constituye violación de garantía alguna. *Vide* CSJN, *Fallos*: 312:2146.

ayuda en la investigación. Por consiguiente, al hallarnos ante leyes que rigen para todos (es decir, todo aquel en condiciones y dispuesto a colaborar), y, a la vez, reconocerse la singularidad de cada situación, no puede afirmarse desigualdad<sup>68</sup>.

Por último, ha de destacarse la inexistencia de desnaturalización alguna en el funcionamiento de la pena, pues la retribución se instituye como consecuencia del mal (delito) realizado, no por la orfandad de delación (que de actualizarse puede o no operar como causa de reducción o eximición de la pena). La retribución penal importa la reprobación moral del hecho penal en reciprocidad por el mal perpetrado y la restauración del orden de justicia<sup>69</sup>.

68 Esta reflexión toma como faro las lecciones sobre la igualdad impartidas por Félix Lamas, quien sigue al Filósofo en Lamas, F. *La experiencia jurídica*. Ob. cit., 394-397.

69 Proyecciones del instituto del arrepentido pueden detectarse en el art. 217 del Código Penal, que prevé: “Quedará eximido de pena el que revelare la conspiración a la autoridad, antes de haberse comenzado el procedimiento”; y el art. 14 de la Ley N° 13.985 (delitos contra la seguridad de la Nación), en donde se estipula: “Quedará exento de sanción penal el que habiendo incurrido en los actos calificados como delito por esta ley, los denuncie ante las autoridades civiles o militares antes de haberlos consumado”.

“Podrá ser declarado exento de sanción penal todo aquel que luego de haber consumado el delito lo denuncie a las autoridades civiles o militares y procure el arresto de los coautores o cómplices”.

En todos los supuestos previstos nos hallamos ante excusas absolutorias o causales de cancelación de la punibilidad aplicables por los jueces luego de transitar todas las etapas del proceso y no manifestaciones del principio de oportunidad.

Especial actualidad reviste la Ley N° 27.304, del 19 de octubre del año 2016 (publicada en *BO* el 2-11-2016), que sustituye el art. 41 ter del Código Penal y contempla en la aplicación de la pena la reducción de la escala penal prevista al colaborador eficaz.

El instituto en cuestión opera antes del auto de elevación a juicio, cierre de la investigación penal preparatoria o acto procesal equivalente, frente a quien colaborase eficazmente en la investigación judicial; en tanto el delito en el que se encuentre involucrado el colaborador eficaz sea igual o más leve en comparación con aquél respecto del cual hubiere aportado su colaboración, pero no será aplicable ante procesos en donde se investiguen delitos de lesa humanidad (cf. art. 3° de la Ley N° 27.304).

Vale señalar, que si bien el acuerdo es entre el fiscal y el imputado arrepentido, debe homologarlo el juez y la modificación de la pena prevista es decidida por el tribunal del juicio al dictar la sentencia definitiva, en base a la eficacia, proporcionalidad y oportunidad de la colaboración. De lo expuesto se puede corroborar que nos hallamos ante una reducción de la escala penal dispuesta por el juez, tras el desarrollo de todo el proceso. De modo que aquí no se advierte una proyección estricta del principio de oportunidad.

Disímil es la recepción del instituto del eficaz colaborador en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en donde sí funciona como una manifestación estricta del principio de oportunidad, por cuanto el fiscal, con la conformidad del fiscal de Cámara, cuenta con la facultad discrecional de archivar la denuncia y las actuaciones de prevención cuando: “[...] fuera indispensable respecto de algún imputado para asegurar el esclarecimiento del hecho y/o el éxito de la pesquisa respecto de otros autores, coautores y/o partícipes necesarios que se consideren más relevantes y aquél hubiera dado datos o indicaciones conducentes al efecto [...]” (art. 199, inc. f, CPPCABA).

## **2.g. Agente encubierto**

Con independencia de las polémicas subyacentes respecto a si es una excusa absolutoria o una causa de justificación<sup>70</sup> la figura del agente encubierto incorporada en los arts. 31 bis y 31 ter de la Ley N° 23.737, ciertamente se advierte con claridad un obstáculo excluyente de la punibilidad constituido con anterioridad a la comisión del delito y en base a una autorización expresa de un juez, por lo que en consonancia con lo afirmado por Marchisio<sup>71</sup> y De la Rúa<sup>72</sup>, no vislumbramos aquí un criterio subsumible dentro del principio de oportunidad.

## **2.h. Entrega vigilada**

La entrega vigilada contemplada en el art. 33 de la Ley N° 23.737 es una técnica o estrategia de investigación de delincuencia organizada, no constitutiva de supuesto alguno de oportunidad, dado que no existe disponibilidad alguna de la acción penal. Lo único que se pospone, en este caso, es el momento de la detención y secuestro de las sustancias ilícitas, en pos de descubrir a todos los implicados en un delito con notables complicaciones en la faz investigativa, debido a, entre otros factores, su carácter transnacional<sup>73</sup>.

## **2.i. Ley Penal Tributaria (Ley N° 24.769, modificada por Ley N° 26.735)**

Antes de la reforma efectuada por la Ley N° 26.735 a la Ley N° 24.769, el art. 16 de la Ley Penal Tributaria preveía *ex ante* de la formulación del

---

Puede percatarse que en esta norma se conjugan la disponibilidad de la acción penal, el margen de discrecionalidad y la determinación en cabeza del fiscal, guiadas por la pragmática de no llevar a término la persecución penal respecto a un imputado, coautor o partícipe, en pos de recabar información significativa para investigar a otro sujeto de mayor envergadura.

Se evidencia, también, que este adelantamiento de una exclusión de punibilidad no concide con el art. 18 de la Constitución Nacional, pues al archivar el caso el fiscal y declarar la existencia de un delito cometido por el imputado, pero eximirlo de responsabilidad por su colaboración, se efectiviza un juicio de disvalor sin el debido juicio previo.

Semejante paradigma se avizora en las Provincias de la Rioja (art. 204 bis, inc. 6°, CPP) y Mendoza (arts. 40-41, CPP), aunque la decisión final de suspender (total o parcialmente) la persecución es adoptada por el juez o el tribunal.

70 *Vide* Marchisio, A. Ob. cit., 139; y Culotta, J. M. Ob. cit., 1136.

71 Cf. Marchisio, A. Ob. cit., 139-142.

72 Cf. *in extenso* De la Rúa, J. Art. cit.

73 En este aspecto, compartimos la perspectiva enseñada por Marchisio, A. Ob. cit., 142-144.

requerimiento fiscal de elevación a juicio el otorgamiento por única vez del beneficio de extinguir la acción penal ante la evasión tributaria y previsional simple, cuando el obligado aceptara la liquidación o, en su caso, la determinación realizada por el organismo recaudador, regularizarse y pagare el monto de la misma en forma incondicional y total.

Con independencia de las pasibles críticas a este instituto o las discusiones en torno a su carácter<sup>74</sup>, ha de señalarse que parte de la doctrina lo emparentó a un criterio de oportunidad<sup>75</sup>, en tanto otros rechazaron esta asimilación al supeditarse su aplicación a una decisión jurisdiccional<sup>76</sup>.

Sin embargo, Marchisio expresa atinadamente que la norma no contempla una proyección estricta del principio de oportunidad, pues no sólo no existe injerencia alguna del titular de la acción penal, sino también no se advierte margen de discrecionalidad alguno. Por el contrario, ante el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad descriptos en la normativa (art. 16), rige en forma automática la extinción de la acción<sup>77</sup>.

Idénticas valoraciones vale precisar respecto a la nueva redacción del art. 16 (modificado por el art. 14 de la Ley N° 26.735), que exime de responsabilidad penal a quien regularice espontáneamente su situación, dando cumplimiento a las obligaciones evadidas, en tanto su presentación no se produzca a raíz de una inspección iniciada, observación de parte de la repartición fiscalizadora o denuncia presentada vinculada directa o indirectamente con él.

## **2.j. Estupefacientes y psicotrópicos (Ley N° 23.737)**

En cuanto a las diversas manifestaciones de Ley de Estupefacientes (N° 23.737) que podrían encuadrar en criterios de oportunidad, vale apuntar que los supuestos contenidos en los arts. 17 y 21 evidentemente no constituyen expresiones del principio de oportunidad en sentido estricto, pues la determinación es potestativa del órgano decisor –no del persecutor– y requieren la sustanciación de todo el proceso<sup>78</sup>. Sencillamente, se trata de sustituciones de penas por medidas de seguridad. En cambio, la hipótesis prevista en su art. 18, en principio, se aproxima más a un criterio de oportu-

74 Ver Sancinetti, M. Art. cit., 2-3; y las aclaraciones previas colectadas en Ramos, F. H. (2013). "Ley N° 24.769. Régimen Penal Tributario". En AA. VV. *Código Penal de la Nación, comentado y anotado*, Dir. D'Alessio, A. J. 2ª ed. T. III. Buenos Aires. La Ley, 1483-1485.

75 Véase Chiara Díaz, C. A.; Grisetti, R. A.; Obligado, D. H. Ob. cit., 259.

76 Vide Cesano, J. D. Ob. cit., 881.

77 Vide Marchisio, A. Ob. cit., 135.

78 En igual sentido, véase Marchisio, A. Ob. cit., 132.

tunidad, pero no configura tal, por cuanto constituye una determinación entronizada en el juez (mas no en el fiscal), que además exige el consentimiento expreso del imputado.

## 2.k. *Amnistía e indulto*

Con acierto, Armenta Deu<sup>79</sup>, Montero Aroca<sup>80</sup> y De la Rúa<sup>81</sup> afirman que la amnistía<sup>82</sup> e indulto<sup>83</sup> no son instituciones relacionadas con el principio de oportunidad<sup>84</sup>, pues éstas son causas extintivas de la acción y la pena—según sea el caso—, dispuestas por las legislaturas o el Poder Ejecutivo ante circunstancias excepcionales no configuradoras del sistema regular de persecución penal.

La potestad de amnistiar es una facultad privativa del órgano legislativo<sup>85</sup>, a través de la cual el Congreso desiste circunstancialmente de la represión de ciertos delitos, mediante la extinción de la acción penal, la condena y sus efectos, en miras de afianzar la unidad y pacificación nacional<sup>86</sup>.

Este derecho caracterizado como de gracia<sup>87</sup> se justificaría en la necesidad de preservar el bien común político que imperaría a prescindir de la acción y la pena, por cuanto en este caso puntual, su aplicación produciría perjuicios gravísimos a la comunidad política (por ej.: guerra civil, disturbios, una discordia duradera en la sociedad)<sup>88</sup>.

79 Conf. Armenta Deu, T. (2008). “Estudios sobre el Proceso Penal”. En *Colección de Autores de Derecho Penal* (dirigida por Donna, Edgardo A.). 1ª ed. Santa Fe. Rubinzal Culzoni, 225.

80 Conf. Montero Aroca, J. (1997). *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. 1ª ed. Valencia. Tirant lo Blanch, 72.

81 Conf. *in extenso* De la Rúa, J. Art. cit.

82 *Vide* arts. 59 y 61 del Código Penal de la Nación.

83 *Vide* art. 68 del Código Penal de la Nación.

84 También Marchisio niega que los supuestos de amnistía e indulto y las excusas absolutorias constituyan una verdadera manifestación del principio de oportunidad, pues serían causas de cancelación de la punibilidad, en donde de antemano y ante ciertas circunstancias el Estado desiste de la pretensión punitiva, por intermedio de la legislación. Véase Marchisio, A. Ob. cit., 114-115.

85 *Vide* art. 75, inc. 20 de la Constitución Nacional.

86 Conf. CS, *Fallos*: 306:911 y 309:5, según cita de Otranto, G.; Vismara, S. “Extinción de acciones y penas”. En AA. VV., Dir. D'Alessio, A. J., *Código Penal de la Nación, comentado y anotado*. 2ª ed. T. I. Buenos Aires. La Ley, 950.

87 Conf. Armenta Deu, T. Ob. cit., 225.

88 Como bien explicita Hernández, si bien el principio retributivo de dar a quien delinque su pena por el delito perpetrado es un deber determinado por el bien común político, existen casos en donde éste impera a prescindir de ese *dar a cada uno lo suyo*, como a modo ejemplo lo son los supuestos de amnistías e indultos. Por su parte, Tale explica que la finalidad

Como puede apreciarse, el carácter excepcional de esta medida, sus fundamentos y el órgano designado para definir su aplicación evidencian la inexistencia de una manifestación del principio de oportunidad, a lo que cabe añadir la ausencia de economía procesal alguna cuando opera como causal de extinción de una sentencia condenatoria.

En lo tocante al indulto, atribución entronizada en el Poder Ejecutivo<sup>89</sup>, cabe replicar análogas consideraciones, además de precisar que en este supuesto se trata de una facultad de perdonar y extinguir la pena, de ahí la ausencia de disponibilidad de la acción, pues la causal extintiva actúa *ex post* de la aplicación de la sanción penal.

En este último supuesto, tal como enseña Hervada, la atemperación de lo debido a través del perdón de la pena procede de la benignidad o de la misericordia<sup>90</sup>. Sencillamente, nos hallamos ante una hipótesis en donde impera la equidad, o en otras palabras, la justicia matizada por otras virtudes y deberes, que en consideración a lo postulado por las circunstancias del caso favorecen el bien común, junto a la humanidad de las relaciones humanas<sup>91</sup>.

### 3. Conclusiones

En el decurso de este trabajo y su precuela<sup>92</sup>, hemos tratado de afinar nuestra comprensión sobre las diversas manifestaciones de un principio de oportunidad, que gradualmente se ha insuflado en el horizonte penal de la República Argentina, a través de un maremágnum de reformas recientes.

De manera congruente con la premisa *in utramque partem, audi alteram partem*, hemos repasado razones atendibles que podrían verterse en favor o en contra de la asimilación de los diversos institutos estudiados a verdaderas expresiones del principio de oportunidad; y a su vez, guiados por el buen lazarillo de la *disputatio* académica, hemos intentado recorrer un camino para alcanzar un recto entendimiento sobre si aquellos criterios se ajustan o no al bien común político.

---

retributiva de la pena impera a aplicarla, aunque no sea útil para la comunidad, pero este deber no es equipolente a la reprobable proposición prescriptiva de aplicar la pena, aun cuando fuera perjudicial a ésta, sin importar la naturaleza de los daños irrogados. Aquí se sigue de cerca el magisterio de Hernández en Hernández, H. H. Ob. cit., 1; y Tale en Tale, C. Ob. cit., 124 y 291-292.

89 *Vide* art. 99, inc. 5° de la Constitución Nacional.

90 Hervada, J. Ob. cit., 69-71.

91 *Ídem*.

92 Conf. Romero Berdullas, C. M. (2017). "Manifestaciones del principio de oportunidad". Ob. cit.

Así, en base a lo expuesto, se pudo evidenciar que tanto la mediación, conciliación y reparación, como la enfermedad incurable en estado terminal y/o avanzada sí constituyen proyecciones del principio de oportunidad, mas no comparten la misma suerte la pena natural, los procedimientos abreviados, la suspensión del juicio a prueba, el arrepentido, el agente encubierto, la entrega vigilada, los supuestos de la Ley Penal Tributaria y la Ley de Estupefacientes y Psicotrópicos estudiados, ni la amnistía o el indulto.

Coetáneamente, pudimos justipreciar que las auténticas expresiones del principio de oportunidad estudiadas a lo largo de toda nuestra investigación<sup>93</sup> se encuentran reñidas con el *bonum commune*. Por cierto, se pudo apreciar una banalización de la manda de justicia de “dar a cada uno lo suyo” y una contradicción con los fundamentos axiológicos del Derecho Penal, por cuanto los criterios de oportunidad impiden que la coacción jurídica se efectivice para preservar la existencia de la ley penal en tanto orden a fin.

Tampoco puede obviarse, que todas las concreciones del principio de oportunidad lo emparentan con un analogado del cesarismo, dado que al encumbrar al custodio de la legalidad (léase el fiscal) con el *summum* de un poder de decisión arbitrario sobre la disposición de la acción penal ante la comisión de un delito de acción pública, se propicia un personalismo exacerbado tendente a vaciar de certidumbre ese ligamen perdurable entre la infracción de la ley penal y su consecuente sanción. Tal es así, que el Derecho Penal ingresaría en una fase líquida, donde la solidez de los bienes jurídicos y la reafirmación irrevocable de su validez inexorablemente se disolverían<sup>94</sup>.

De modo que si añadimos a esto los peligros ínsitos a un principio de oportunidad reglado deficientemente y a una selectividad huera de contrapesos republicanos entronizada en el fiscal, no es difícil advertir que estos institutos conducen a una anárquica liquidez del Derecho Penal, al punto de volver a la ley penal y la justa retribución del delito en un juguete de la precaria fortuna<sup>95</sup>.

93 Se alude también a las manifestaciones ya tratadas en “Manifestaciones del principio de oportunidad”, precedente a este trabajo.

94 Conf. *in extenso* Romero Berdullas, C. M. (2016). “Derecho Penal Líquido: Derrame de la expresión constitucional”. En AA. VV. *Forum IV*. Buenos Aires. EDUCA, 119-182; Romero Berdullas, C. M. (2015). “#Proceso Acusatorio: ¿Hashtag Constitucional?”. En AA. VV. *Forum III*. Buenos Aires. EDUCA, 57-110; y Romero Berdullas, C. M. (2015). “Proceso penal en clave republicana: salvaguarda constitucional contra los analogados del cesarismo”. En AA. VV. *Prudentia Iuris*, N° 82. Buenos Aires. EDUCA.

95 Aquí se echa mano a la metáfora usada por William Shakespeare, quien alude a la fortuna en múltiples ocasiones a largo de toda su obra. Conf. Shakespeare, W. (1996). *El Rey Lear*. Buenos Aires. CS ediciones. También véase Shakespeare, W. (2005). “Romero y Julieta”. En *Romeo y Julieta – Julio César*. España. *La Maison de L’écriture*; y Shakespeare, W. (1997). *Hamlet –en sus tres versiones*. Buenos Aires. Losada.

Cumplido nuestro designio investigativo, sólo queda pendiente interrogarse si el llamado principio de oportunidad no es en realidad un anti-principio del Derecho Penal, y en definitiva, no hace las veces de caballo de troya de un abolicionismo, que vacuo de medida racional atenta contra el bien común político, al intentar actualizar la definición de Mallarmé sobre el *Hamlet* de Shakespeare, pero en nuestro caso respecto al Derecho Penal, pues con denuedo los expositores garanto-abolicionistas procuran convertirlo en el “Señor latente que no puede llegar a ser”<sup>96</sup>. La respuesta a esta pregunta excede el objeto de investigación de este artículo. Empero, se hace saber al lector, que en el camino por desandar en pos de culminar la tesis doctoral de quien suscribe, se pondrán todos los medios para alcanzar una respuesta cabal a esta cuestión.

96 Conf. Mallarmé. *Divagations*, 165-166, según cita de Ortega y Gasset, J. (1950). *El espectador*. Madrid. Biblioteca Nueva, 50.