UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA

Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas

Seminario Sobre Aportaciones Teóricas y Técnicas Recientes

TITULO: Constitucionalidad del principio de oportunidad en el Código Procesal Penal de La Pampa

Alumno: Badillo, Francisco José
Tarditi, Magalí Marilina
Valderrama Calvo, M. Andrea

Asignatura sobre la que se realiza el trabajo: Derecho procesal Penal

Encargado de curso Prof: Meana. José María

Año que se realiza el trabajo: 2008

INTRODUCCION

"Tanta legalidad como sea posible; tanta oportunidad como sea necesaria". Esta paráfrasis atribuida al profesor Caferatta Nores, con invocación en Wifrid Hassemer sintetiza el pensamiento penal actual.

Recientemente fue introducida la figura del principio de oportunidad en la legislación pampeana a través de la ley 2287 que modifica el Código Procesal Penal de la Provincia de La Pampa.

Esta Institución todavía no utilizada en la actualidad generará un cambio fundamental en la cultura procedimental penal. Este cambio en las funciones y facultades del fiscal y juez hace necesario el estudio y la ubicación de la mencionada figura dentro de la estructura del nuevo procedimiento penal para establecer el real alcance que puede tener al ser aplicado.

En el moderno proceso penal se evidencia la gran tensión existente entre el principio de legalidad y el de oportunidad, el uno presidido por las concepciones absolutas de la pena, pilar fundamental de sistema mixto con tendencia inquisitiva y el otro animado por las ideas de un sistema acusatorio y de prevención, conducente a una mejor administración de justicia, descongestionando el sistema y permitiendo la consideración de aquellas cuestiones de mayor interés social.

El trabajo abordará la implantación del principio de oportunidad en el procedimiento, su concepto, su evolución, la vigencia del mismo en distintas legislaciones y la jurisprudencia correspondiente al tema.

CAPITULO I

- MODELO INQUISITIVO VS. MODELO ACUSATORIO

El aspecto característico del sistema inquisitivo es la expropiación del poder de los sujetos involucrados en el proceso penal, especialmente el poder de la víctima, en la resolución de sus conflictos.

En la República Argentina y en Latinoamérica en general la historia penal es signada por el modelo de enjuiciamiento inquisitivo, propio de los sistemas políticos autoritarios, sistema o modelo donde un sujeto interroga frente a una persona que cumple el papel de objeto de conocimiento. Este modelo habilita al Estado a confiscar los conflictos de los particulares como si fueran propios, convirtiéndose él en la víctima de los males sociales; modelo creado a efectos de erradicar la venganza pública en el cual el sujeto que representa el poder público o soberano excluyó los intereses de las víctimas, para satisfacer los intereses del poder, dejando el juez de ser el

árbitro para transformarse, (como expresa Beccaría “en enemigo del reo y que no busca la verdad del hecho sino que busca en el preso el delito”), es decir en un funcionario que decide los conflictos, cuya finalidad procesal era conocer la verdad y ese conocimiento partiría del procesado, el cual estaría sometido a un interrogatorio violento, o sea que, o confesaba la verdad por propia voluntar o era torturado para tal fin.

La forma para concretar la expropiación del conflicto es mediante el llamado principio de legalidad procesal, que según Cafferatta Nores “se emparenta con la visión del delito como infracción (que requiere control estatal coactivo directo) y con las teorías absolutas sobre la pena (retribución mal por mal)”.

El monopolio legítimo de la fuerza del estado y el concepto de “bien jurídico tutelado” termina sirviendo para la anonimidad de la víctima y para llevar la tutela penal más allá del daño real provocado a los titulares de tales bienes jurídicos. El delito ya no se considera como un daño, sino

que es valorado como desobediencia y por ello como una suerte de ataque al soberano quien tenía la facultad de castigar para restablecer la autoridad y disuadir ejemplarmente la comisión de conductas semejantes.

Al decir de Zaffaroni el principio de lesividad importa que ningún derecho pueda legitimar una intervención punitiva cuando no existe un conflicto jurídico, entendido éste como la afectación de un bien jurídico ajeno individual o colectivo. Erróneamente se procede a equiparar el bien jurídico lesionado con el bien jurídico tutelado, identificando dos conceptos diferentes. El principio de que todo delito presupone la lesión de un bien jurídico, deriva en que todo bien jurídico lesionado por el delito está tutelado, y de allí se pasa rápidamente a que todo bien jurídico demanda una tutela, lo que instiga a la penalización sin lagunas. Detrás de esto queda un único bien jurídico, que es la voluntad del estado. La escasa relevancia de la voluntad de la víctima en el proceso penal, la cual es sustituida por la voluntad de los diversos

órganos estatales, contrasta también con el papel enorme que la voluntad de la víctima juega en el derecho penal material para establecer si un comportamiento es un ilícito penal o no lo es.

El principio de legalidad, afirma Duce y Riego, “constituye una de las herencias centrales del sistema inquisitivo”, lo que resulta coherente con su ideología “que pone énfasis en la lucha sin tregua en contra del pecado (en su formación canónica) o en contra del delito (en su formación laica), o sea, en la que no se puede dejar de perseguir y sancionar todo delito cometido”.

La imposibilidad de las agencias judiciales para hacer frente a todos los asuntos que llegan al sistema trae aparejada una selectividad estructural del sistema penal, la cual se ejerce con alto grado de arbitrariedad. La selección se produce de los modos más diversos, mientras unas causas avanzan con cierta celeridad otras quedan estancadas, prescriben o llegan a juicio con cierta orfandad probatoria. La priorización suele responder a la

existencia de personas detenidas, lo cual parece muy razonable, aunque otras veces responde a la simplicidad de la investigación, de modo que aquellas cuestiones relacionadas con prueba compleja o dificultosas por la cantidad de imputados o el número de delitos quedan en el camino hacia la prescripción o a demoras que desvirtúan el sentido de la acción punitiva estatal.

Coincidimos con Cafferatta Nores, en que en lugar de afectar los recursos (insuficientes pero existentes) a la investigación, juzgamiento y castigo de los delitos más graves, el sistema judicial afecta la mayor parte de sus esfuerzos a tratar los más leves.

Nuestro sistema jurídico (la ley penal) tipifica conductas punibles y amenaza con una sanción a quien incurra en ella. Toda conducta que encuadre en un tipo penal, requiere de un procedimiento mediante el cual sea posible la aplicación de la sanción prevista.

El proceso penal descrito por los principios y las normas de la Constitución Nacional es aquél que establece el juicio

oral, público, por jurados, contradictorio y, además, establece una estructura acusatoria. Sin embargo, desde antiguo el sistema penal argentino se ha basado en el monopolio persecutorio del Estado y la persecución penal es ejercida por el Ministerio Publico Fiscal, con excepción de los delitos de acción privada. Es así que nuestro sistema está regido por el principio de legalidad, lo cual implica que frente a un delito de acción pública el Ministerio Fiscal tiene la obligación de promover la persecución penal, la que una vez iniciada no puede ser interrumpida ni suspendida por mínima que sea la infracción o por inconveniente que parezca su persecución.

Surge pues, que el principio de legalidad no está impuesto por la Constitución Nacional, ya que aún cuando la misma establece la necesidad de acusación como presupuesto del juicio, no ordena que aquella se produzca en todos los casos. Tal principio sí se halla impuesto en el Código Penal Argentino, el cual refleja en su articulado el deber de

iniciar de oficio las acciones penales y reprime al funcionario público, que faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes.

-Con respecto al análisis del sistema acusatorio, puede decirse que dentro de él se engloban una amplia gama de modelos procesales, y sus contornos no son demasiados claros, pero vale decir que en nuestro país y en la región latinoamericana y en general se alude a un proceso penal que reconoce como pilares fundamentales la centralidad del juicio oral, público y contradictorio, la separación clara de roles y funciones (de acusar que corresponde al fiscal y la función de juzgar que corresponde al juez) y cierto estándar de vigencia concreta de garantías a favor del imputado.

La marcada separación de roles comporta dos aspectos:

Por una parte corresponde al fiscal una labor previa de investigación caracterizada por la recopilación de los elementos que le permitan formular una acusación cuando considere que el investigado ha incurrido en una infracción a la ley penal. Si el trabajo investigativo no arroja la prueba necesaria para la acusación, el fiscal se abstendrá de hacerlo y no se llevará a cabo un juicio penal. Para tomar su decisión de acusar o no, el fiscal elabora un raciocinio propio que no es equivalente a la valoración de la prueba que realiza un fiscal en el sistema procesal mixto con tendencia inquisitiva para dictar una resolución de preclusión o una resolución de acusación. En este sistema el fiscal decreta y practica pruebas que tienen el carácter legal de tales y que él mismo valora. En cambio en el sistema acusatorio, la única prueba legalmente válida es la decretada por el juez y practicada en el desarrollo del juicio, la cual será valorada como prueba por el juez para dictar sentencia.

Por otro lado, en el sistema acusatorio el fiscal no tiene facultad legal para adoptar por sí mismo medidas relativas a la persona investigada o a sus bienes, facultad que es exclusiva del juez. En consecuencia el fiscal no está facultado para allanamientos, detenciones o medidas cautelares, cualquiera de ellas requiere autorización judicial.

Los principios que acompañan a la aplicación del sistema acusatorio, las cuales son:

- Oralidad: Implica no sólo el uso del lenguaje sino la contraposición de argumentos entre el acusador y acusado en presencia del juez, quien debe decidir quien tiene la razón. Si bien la misma no es esencial en el sistema, la oralidad facilita la inmediación del juez con respecto a la prueba, ya que el debate oral tiende a crear una directa certeza acerca de la culpabilidad o no del procesado, con lo cual se acrecienta la posibilidad de acierto en la sentencia.

- Publicidad: En este sistema el acusador se ve obligado a presentar públicamente su acusación, la cual se ventila en un juicio público en donde la comunidad puede percibir el desenvolvimiento del proceso.
- Contradicción: Esta constituye una mejor manera de confrontación en la que puede darse una real dicción y una real contradicción a la manera auténticamente dialéctica, por la libertad que este sistema brinda al debate trabado en el juicio. Esta contradicción no se da únicamente en la confrontación argumentativa directa entre el fiscal acusador y el procesado, sino de manera indirecta pero igualmente efectiva en los contra-interrogatorios de los testigos y de los peritos.
- Celeridad: Este principio es una garantía complementaria para la defensa del procesado, ya que se trata de evitar en lo posible la

privación de la libertad del acusado antes que sobre él recaiga la sentencia.

- Inmediación: Las pruebas realizadas en el proceso deben practicarse frente al juzgador de forma que él pueda, con su presencia, garantizar el rigor de su recaudo y elaborar sus conclusiones valorativas.
- Concentración: Este principio pretende evitar que se diluya la responsabilidad por una decisión equivocada entre al funcionario investigador y los jueces, lo que ocurre muy frecuentemente en el proceso inquisitivo.
- Identidad del juzgador: Esta característica que acompaña al sistema se ve acrecentada con la obligación que se impone al juez de anunciar al final de la audiencia de juzgamiento cual será el sentido de su decisión.

Las excepciones a la obligación de perseguir el delito se justifican en razones de índole utilitaristas (descongestionar el sistema judicial, optimizar los recursos, procurar la punición de la criminalidad realizada, etc); pero también fundamentalmente en la necesidad de relegitimar el sistema penal evitando las desigualdades en contra de los vulnerables (orientar la selectividad, reducir la aplicación de instrumentos de violencia estatal, favorecer la reparación a la victima). La adopción de formas compositivas posiciona el conflicto penal como la controversia entre dos individuos (victima y victimarios) que el Estado procura encauzar y así, reducir los efectos nocivos de las penas, especialmente las privativas de libertad y, por último, proporcionar a la victima una alternativa para obtener la reparación de los perjuicios sufridos como consecuencia del delito.

En algunos códigos y proyectos modernos se recepta este criterio para los delitos menos graves, consagrando una

suerte de repliegue del Estado cuando la victima y el ofensor acuerdan sobre la solución del conflicto.

Esta alternativa ofrece un interesante punto de encuentro con la idea de profundizar el modelo acusatorio y reconsiderar el problema de acción penal, pues la intervención del ministerio público sólo encontraría legitimación cuando el hecho trasciende los intereses de las personas involucradas y afecta el interés público.

Se ha dicho que la historia de la legislación penal, “ es la de los avances y retrocesos de la confiscación de los conflictos (del derecho lesionado de la victima) y de la utilización de ese poder confiscador, y de mucho mayor poder de control y vigilancia que el pretexto de la necesidad de confiscación proporciona”.

Por ello es que el reconocimiento de la importancia del principio acusatorio, debe encontrar debido correlato en la consagración de los criterios de oportunidad en sentido amplio, comprendiendo las formas de autocomposición de aquellos conflictos en que los delitos afectan

primordialmente los intereses particulares de los protagonistas o afectados. La adopción del sistema acusatorio por ende debe conducir necesariamente a un replanteo sobre la persecución penal pública, para que esta contribuya y no interfiera negativamente con las formas de solución que las partes definan para zanjar el conflicto.

CAPITULO II

-PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. CONCEPTO Y ALCANCE.

El principio de oportunidad puede expresarse como la posibilidad que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en diversas razones de política criminal y procesal, de no iniciar la acción, de suspender la ya iniciada, o de limitar su

extensión subjetiva y objetiva o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia.

La aplicación de esta pauta de selección penal tiene dos grandes fundamentos:

El primero de ellos radica en una previsión de las consecuencias que genera el empleo de la herramienta penal, cuestión que tiene que ver con el derecho penal mínimo.

El segundo radica en la necesidad de formular prioridades de acciones dada la escasez de recursos de toda índole, además de la necesidad de descongestionar el saturado sistema judicial; la conveniencia de canalizar la enorme selectividad intrínseca de la persecución penal, evitando sus desigualdades en contra de los más débiles, ajustándola a criterios predeterminados y racionales; la utilidad de evitar la punición de algunos delitos cuando esto permite el descubrimiento y sanción de delitos de mayor gravedad; priorizar otros intereses sobre la aplicación de la pena.

El principio de oportunidad permite excluir una serie de situaciones que se presentan a diario que si bien se subsumen en un tipo penal, las circunstancias en que el caso se produce hacen que, por cuestiones de política criminal, no resulte conveniente poner en marcha el proceso penal posibilitando que operen otros mecanismos de resolución de conflictos.

La realidad nos muestra que en el mundo no existen sistemas judiciales que puedan dar tratamiento a todos los delitos que se cometen, ni siquiera a los que en ellos ingresan. En 1985 Cafferatta Nores cotejó, a efectos de lograr un cálculo ilustrativo, el número de delitos que aparecían como cometidos según las estadísticas oficiales, y su correlato en el número de sentencias judiciales; en Capital Federal los fallos representaban el 7,86% de los delitos perpetrados, y en Córdoba el 1,97%. Es así como el procedimiento penal debe, en opinión de Julio Maier, presentarse como un proceso de selección. Cuando los mecanismos de selección revisten carácter formal y

operan en virtud de facultades expresas o tácitamente otorgadas al órgano encargado de la persecución penal, nos hallamos frente al principio de oportunidad.

Existen dos clases de instrumentación del principio:

Oportunidad libre: como ocurre en el sistema anglosajón donde el fiscal decide cuales son los casos que llegan a juicio, el poder de selección está en manos del ministerio público fiscal.

Oportunidad reglada: es propio del sistema continental europeo, y significa que el principio de legalidad admite excepciones previstas en la legislación penal, cuya aplicación se realiza bajo la responsabilidad de funcionarios judiciales, contando con el consentimiento del imputado (por lo general) y de la víctima (en algunos casos) y con control jurisdiccional. El principio de oportunidad reglado se concreta en una excepción de legalidad funcionando de manera similar al plea guilty (confesión que evita el juicio) y el plea borgaining

(negociación entre el fiscal y el imputado) en el sistema anglosajón.

Esteban Righi expresó que no parece factible incorporar a nuestro sistema los criterios libres de disponibilidad que prevalecen en el derecho anglosajón. Lo que se ha propuesto es adoptar las pautas de oportunidad reglada, propia del derecho europeo, en las que, sobre la base de la vigencia del principio de legalidad, se admiten excepciones con fundamentos en razones de oportunidad.

-INSTITUTOS INTRODUCIDOS AL SISTEMA PENAL ARGENTINO QUE RESPONDEN A ESTE PRINCIPIO.

A juicio de distinguidos doctrinarios, las primeras excepciones al principio de legalidad y oficiosidad, fueron la incorporación de las acciones privadas y públicas dependientes de instancia privada en el código penal de 1921. Más tarde aparecieron diversos institutos tales como:

-La legislación sobre estupefacientes (Art.18 de la Ley 23.737) establece que cuando el acusado de tenencia de alcaloides para consumo personal sea un adicto dependiente psíquica o físicamente de la droga, se le puede imponer, si acepta, un tratamiento de rehabilitación que suspende el trámite procesal, y dictando el sobreseimiento en caso de éxito en el tratamiento.

-Suspensión del juicio a prueba. Instituto previsto para los delitos de pena menor, que suspende la aplicación de la pena (Art.76 bis del C.P. Ley 24.316), por medio del cual se suspende el ejercicio de la potestad punitiva estatal, en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, a la realización de un juicio y al eventual dictado y aplicación de una condena.

-El Código Penal exime de pena al partícipe del delito de conspiración por traición que le hiciera conocer a la

autoridad antes de comenzar el procedimiento (Art.217 del C.P.).

-La ley tributaria y previsional (Nro.23.771) dispuso que si se estimare procedente la condena condicional y el infractor acepta y satisface la pretensión fiscal o previsional, se extingue la acción penal.

-CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL DE LA PAMPA

El 27 de septiembre del año 2006, se aprobó en la provincia de La Pampa la ley Nº 2287 que sustituye y modifica el Código Procesal Penal. Con esta reforma se intenta reemplazar el sistema penal mixto con tendencia inquisitiva en el que se enrola el actual Código de Procedimientos, por un modelo penal acusatorio, con una marcada distinción de roles de los operadores del sistema. De este modo dejaría de ser el Juez quien Investigue y

Juzgue, desdoblándose dichas funciones en el Ministerio público fiscal, encargado de llevar a cabo la investigación preparatoria, y el Juez de control, a quien le corresponde velar por el cumplimiento de las garantías en el proceso.
El nuevo ordenamiento introduce una figura innovadora en cuanto a la disponibilidad de la acción penal, posibilitando la aplicación de criterios de oportunidad en ciertos casos que la ley prevé.
Nos parece importante el análisis de los artículos que consagran a dicho principio.

ART. 15.- CRITERIOS DE OPORTUNIDAD.-

"Los Fiscales tendrán la obligación de ejercer la acción pública en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley.-

No obstante, el Fiscal de oficio o a pedido de parte, podrá abstenerse de ejercer la acción penal en los siguientes casos, previo consentimiento de la víctima o el ofendido penalmente: 1º) Cuando se trate de un hecho que por su insignificancia no

afecte gravemente el interés público, o cuando la intervención del imputado se estime de menor relevancia, excepto que la acción atribuida tenga una pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda los tres (3) años.-

2º) Cuando el autor o partícipe de un delito culposo haya sufrido a consecuencia del hecho un daño físico, psíquico o moral grave que torne innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena.-

3º) Cuando la pena que pueda imponerse por el hecho de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena ya impuesta o a la que puede esperarse por los restantes hechos.-

4º) Cuando haya conciliación entre las partes y el imputado haya reparado en su totalidad el daño causado, en los delitos con contenido patrimonial cometidos sin violencia física o intimidación sobre las personas, o en los delitos culposos.-

El criterio de oportunidad se aplicara por única vez por cada

persona imputada. La resolución que declare extinguida la acción penal, será comunicada al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal.-

No corresponderá la aplicación del principio de oportunidad si el delito fue cometido por un funcionario o empleado público en el ejercicio de sus funciones o en razón de ellas."

ART.- 16.- EFECTOS.-

"La decisión que prescinda de la persecución penal pública por aplicación de criterios de oportunidad permitirá, según lo previsto en este Código, declarar extinguida la acción pública con relación al participante en cuyo favor se decide."

.Observaciones al Art.: 15.

En su primera parte se deja en claro que la aplicación de este instituto es una excepción al principio de oficiosidad y al deber de los fiscales de perseguir todas las conductas tipificadas penalmente; por lo que consideramos su interpretación debe ser restrictiva y debe proceder solo

cuando se den las circunstancias reguladas en los incisos del artículo.

La aplicación de los criterios regulados puede proceder a pedido de parte o de oficio. Cuando se habla de “parte” nos preguntamos si hace referencia al imputado o si la víctima también es considerada “parte” a este efecto. Esto último parecería razonable, a pesar de que el concepto de “parte” en el proceso penal muchas veces no incluye al damnificado debido a la expropiación del conflicto que ha llevado a cabo el Estado.

En el mismo renglón se establece que el Fiscal podrá no ejercer (aunque consideramos que sería mas apropiada la expresión “continuar”) la acción penal, siempre y cuando obtenga el consentimiento de la víctima. Este requisito puede resultar un obstáculo para la aplicación del principio, ya que en algunos casos, no en todos, podría implicar que un problema personal entre las partes obligue a investigar un hecho que el fiscal considere insignificante, logrando de esta forma que la víctima pueda llevar a cabo su afán

de venganza. Creemos que la decisión fiscal fundada en derecho sería suficiente para no ejercer la acción, y no debería darse tal atribución a la persona damnificada que ni siquiera debe fundamentar su postura y que muchas veces reacciona con fiereza o irritación sin poder vislumbrar una solución mas favorable del conflicto.

Por ello la Constitución Nacional en su artículo 120, procura evitar el riesgo de dejar la acusación en manos exclusivas de quien, por ser el perjudicado por el delito, puede guiar su actuación por un fuerte sentimiento de venganza. Es por eso que no le impide actuar en juicio, sino que sólo limita su actuación a través de la intervención obligatoria de un promotor público que será quien decidirá si existen razones jurídicas para promover la actuación de la justicia. Que la víctima pueda ser, en muchos casos, titular del bien jurídico afectado por el delito (y nunca “protegido”), tampoco quiere decir que sea titular del poder persecutorio penal.

Imaginamos que esta exigencia de lograr el acuerdo de la víctima tiene su razón de ser en la aceptación social que requiere un instituto tan innovador como éste, en el importante papel que quiere darse a la víctima, desoída durante tantos años, y en la recuperación de credibilidad que el sistema judicial ha ido perdiendo. Sin embargo, de esta forma se subordina una herramienta fundamental para la determinación de la política criminal, a la decisión de un particular.

-**Supuesto del inciso 1°)** hace referencia a los delitos de escasa lesión social, como el caso de los delitos de bagatela cuya matriz es por lo general de sustancia intrafamiliar o comunitaria, los cuales saturan al sistema penal, impidiendo la persecución de delitos de mayor gravedad. Debe considerarse que se trata de ilícitos cuya no persecución ni castigo resulta tolerable por las valoraciones sociales medias y en la medida que no se conviertan en privilegios personales.

No podrá aplicarse cuando se trate de delitos castigados con una pena privativa de libertad que cuyo máximo exceda de los tres años, lo que marca un límite objetivo.

-**Supuesto del inciso 2)** hace referencia a los casos de los delitos culposos en los cuales el autor del hecho recibío un castigo natural por la realización del mismo, como por ejemplo: el ladrón que pierde un pie o un brazo a consecuencia de un balazo que recibió cuando pretendía consumar la sustracción; o el caso del conductor ebrio que ocasiona la muerte de su hijo al perder el control del vehiculo. El daño sufrido por el autor puede ser físico, psíquico o moral grave. Este último requerirá de una valoración subjetiva del fiscal.

-**Supuesto del inciso 3)** se trata del autor que comete varios hechos y que ante la valoración de ellos la gravedad de la pena de uno hace que el menor castigo de los restantes se torne innecesario. Como ejemplo podría mencionarse el del sujeto que comete una violación de

domicilio y un homicidio, ante lo que se aplicaría el criterio de oportunidad con respecto al primero.

-**Supuesto del inciso 4)** este trata de delitos culposos y de contenido patrimonial en los que, de llevarse a cabo la conciliación entre las partes y la reparación integral del daño, resultaría procedente la aplicación de dicha medida.

Lo que se regula en la última parte del artículo en cuanto a la aplicación del principio por única vez por persona, nos resulta poco acertado ya que no encontramos razones para que no proceda nuevamente mientras se cumplan los requisitos exigidos y se encuadre en los casos enumerados en dichos incisos, ya que el delito no dejaría de ser de bagatela por el hecho de que esta persona hubiese reincidido. Esta situación podría ser considerada como derecho procesal penal de autor ya que se tiene en cuenta la reincidencia del imputado.

Se prevé, por último, que este procedimiento mínimo no es aplicable a los hechos producidos por funcionarios o empleados públicos, en el ejercicio de sus cargos o por razón de él. Esto sólo se explica si hay vinculación directa entre el hecho ilícito y la cosa pública. Pues, si la finalidad en este tipo de delito es evitar la impunidad, la relevancia del interés comprometido impide considerar la aplicación del criterio de oportunidad a estos casos.

-DEBATE SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

El ejercicio de la acción penal y, especialmente, el papel de la victima es uno de los temas centrales de la política criminal, pues atañe al sistema penal en su conjunto. En Argentina la discusión en torno al principio de oportunidad se ha ido profundizando recién en los últimos tiempos. Si bien se reconoce casi unánimemente que la pretensión de persecución total es uno de los factores de congestión del

sistema penal, la polémica gira hoy en orden a la naturaleza procesal o sustantiva de las normas que debe regular la persecución penal, lo que tiene gran importancia en nuestro país, con un régimen federal, para establecer la competencia del órgano legislativo que debe aportar la regulación normativa.

La cuestión se plantea en torno al Art. 71 del Código Penal, ya que para algunos constituye un obstáculo constitucional para que las provincias establezcan supuestos de disponibilidad de la acción penal.

Dicha norma establece la persecución penal de oficio en todos los casos y se entiende que excluye la posibilidad de que los funcionarios ejecutores de la ley puedan renunciar a su ejercicio. Tomar una postura u otra, en definitiva, significa en la práctica asumir o renunciar al diseño de una administración de justicia criminal adecuada a las necesidades locales, que es una de las responsabilidades que el art. 5º de la Constitución Nacional impone a las provincias.

Por este motivo, el movimiento reformista en Argentina ha instalado esta cuestión en el Centro del análisis y la controversia, pues los objetivos planteados en los distintos procesos de transformación del proceso penal (racionabilidad, eficacia, transparencia y justicia en las decisiones), no resultarán accesibles si no se prevé y reglamenta la disponibilidad de la persecución penal de un modo racional, reemplazando los actuales mecanismos de selección, que rigen de hecho, que se prestan a la extrema arbitrariedad y que son los que hoy conducen la práctica concreta y real de la justicia penal.

La imposición de perseguir *todos* los delitos que se cometen, incluida en el código actual sancionado en 1921, carece de antecedentes en los códigos penales nacionales anteriores, para los cuales las modalidades y oportunidad de ejercicio de la acción penal constituían materia propia de los ordenamientos procesales, tal como es la regla en los ordenamientos de Europa continental de los que abrevó nuestra legislación.

Las normas relativas al ejercicio de la acción establecidas en el código penal, sancionado en una época caracterizada por un fuerte empuje hacia la centralización de atribuciones en el Estado Nacional, no adquieren carácter sustantivo por esa sola circunstancia.

La Constitución Nacional impide a los códigos de fondo alterar *"las jurisdicciones locales"* (art. 75 inc. 12 CN). El criterio para establecer lo uno y lo otro en el tema que consideramos, no puede ser otro que la naturaleza sustancial o procesal de las normas, que competen respectivamente a la Nación o a las provincias, y no por la denominación de la ley en que se hallen.

La regulación del ejercicio de las acciones dentro del código penal implicó un exceso legislativo de las facultades delegadas, que siempre son expresas, desvirtuando el Congreso Nacional la concepción federal que exige la fórmula constitucional.

El código penal de 1887 *no incluía* el ejercicio de las acciones sino eventualmente en la parte especial, al

referirse a determinados delitos, quedando librada esta materia exclusivamente a las *leyes procesales*. En la misma línea se inscribe el Proyecto de 1881 (VILLEGAS, UGARRIZA Y GARCÍA) que no contempla el ejercicio de las acciones, consignando expresamente sus redactores que fue suprimida toda disposición relativa a los procedimientos, *ya que no era conciliable con las disposiciones constitucionales*. También el Proyecto de Peco, posterior al código vigente.

En cambio, el Código vigente reconoce como antecedente el Proyecto de 1906, que a su vez reprodujo en parte el contenido del de 1891, produciendo además un cambio sustancial ("pueden" por "deben iniciarse de oficio las acciones…."), que condicionó toda la interpretación posterior del art. 71.

A nuestro modo de ver dicho artículo es inconstitucional en cuanto entra a regular, en oposición a los artículos 75 inc 12 y 112 de la Constitución Nacional, cuestiones que las autonomías provinciales no delegaron a la congreso de la

nación, y que se reservaron expresamente. No obstante la tacha no es imprescindible, si existe una interpretación armónica que permite la subsistencia de la norma penal. Así parece apropiado pensar que en su Art. 71 el código solo esta prevaleciendo el carácter público de la acción penal como regla (principio de oficialidad), y que la acción privada y de instancia privada son las excepciones. En este sentido, Vázquez Rossi señala con rigurosidad que la letra del código no manda que siempre y-o en todos los casos y supuestos, de manera inexorable y sin discrecionalidad alguna deba actuarse. Si se acepta restringir el artículo 71 a la clasificación de las acciones penales por su titularidad, no hay obstáculo para que se entienda respetada la voluntad constituyente de librar el principio rector del ejercicio de la acción penal pública a la decisión de cada provincia.

Se ha sostenido también que el citado artículo indica que se debe “iniciar” la acción y nada más, lo que implica que el “modo” de ejercerla en concreto, esto es: su desarrollo

como pretensión y presupuesto de la imposición de una eventual sanción penal, queda librado a la regulación procesal que dicte cada provincia.

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza reconoció en el fallo “Fiscal c/ Sosa Moran, Juan Rafael y otros por daño agravado s/ casación”, la constitucionalidad del principio de oportunidad. Aquí el Dr. Salvini expresó “el principio de oportunidad en realidad juega además roles de distinto tipo, por un lado es un instrumento procesal realizador del derecho fundamental para que se defina en un plazo razonable el proceso y por otro lado es un estimulo para lograr la realización oportuna de los juicios más importantes que se encuentran en manos de los tribunales y esto evidentemente no es sustancial sino procesal”, siguiendo esta interpretación se estableció que el ministerio público debe ejercer la acción en todos los casos como indica el código penal, lo que supone que

cuando solicite el beneficio ya se ha ejercido la acción, que es la que inicia el proceso.

La decisión del fiscal de aplicar los criterios de oportunidad es un acto que necesariamente debe darse dentro de un proceso (lo que indica que ya se inicio la acción), debido a que tal actuar requiere una previa investigación de los hechos, una calificación jurídica y la comprobación de la existencia de los presupuestos que hacen viable la aplicación de tales criterios, siendo todos estos actos procesales.

Por todo lo expuesto, el art. 15 en su segundo párrafo (nuevo Código Procesal Penal de La Pampa) debería decir “continuar” en lugar de “ejercer”, ya que este último vocablo se presta a confusiones que llevan a sostener que el fiscal tiene la facultad de no iniciar el proceso.

El otro aparente escollo se encontraría en el art. 274 del Código Penal que reprime al “funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución de la represión y persecución de los

delincuentes”. Aquí no es tal el problema porque no esta dentro de la obligación del fiscal en mantener la persecución siempre e indefectiblemente, sino hacerlo en base a los criterios, deberes y facultades de los principios y garantías propios del sistema penal, plasmado también en la normativa orgánica que lo rige. Si dentro de esos criterios, deberes y facultades el legislador coloca previsiones especiales donde el fiscal esta facultado u obligado a deponer la acusación, estará actuando dentro de la obligación de su cargo.

En un sistema donde impere la oficialidad y la legalidad en la promoción y ejercicio de las acciones penales sin admitirse otras excepciones que las previstas en el propio Código Penal, el agente fiscal que solicitaba la suspensión de la persecución penal argumentando criterios de discrecionalidad política y el juez que lo concedía podría incurrir en el tipo referido. Se implementa el principio de oportunidad por la simple razón de coherencia en el

ordenamiento jurídico en general que no puede facultar por un lado lo que prohíbe el otro.

CONCLUSIÓN.

Como hemos expresado, en línea con el pensamiento de reconocidos doctrinarios, interpretamos que el debate sobre la manera en que puede llegarse a un mejor funcionamiento en la administración de justicia, debe partir de las bases establecidas por la Constitución Nacional, desde cuya ubicación podrán darse las soluciones, que por supuesto no serán mágicas, ni debe pensarse que darán por tierra con todos los inconvenientes que en la actualidad traban su desarrollo, pero al menos encausarán su accionar incorporando a su manejo, las modernas concepciones relativas a este tema que en nuestro País tiene especiales características.

Esto en gran medida permitirá adecuar la actual normativa penal a la génesis del pensamiento que los constituyentes originales trataron de imprimir a nuestra Carta Magna, que por error o por un acentuado interés centralista fue desvirtuado con la sanción de leyes que no respetaron o,

dicho con mayor indulgencia, no lo interpretaron correctamente.

Esto así, corresponde en consecuencia, pensar decididamente en analizar con el mayor celo y conocimiento nuestras leyes penales sustantivas, enmarcando dicho análisis en nuestra realidad como país federal, con el necesario respeto hacia la autonomía que la constitución observa hacia los estados provinciales, que por otra parte han dejado de ser hace mucho tiempo los necesitados del paternalismo centralista que ha quedado impreso en las normas penales (y otras) que se encuentran vigentes.

Este análisis que proponemos deberá llevar necesariamente a la modificación de esas normas, siguiendo ejemplos valederos que el derecho comparado puede aportar, sin caer en el exceso de copiar regímenes que por nuestra propia idiosincrasia resultarían impropios y acarrearían más problemas que soluciones.

Se podrá decir con acierto, que estas reflexiones volcadas en un trabajo con incipiente contenido científico, hacen aparecer a la cuestión como un simple trámite consistente en la modificación de algunas normas. Es necesario entonces manifestar que estamos contestes de las dificultades que deberán sortearse, pero además confiamos en la amplitud de pensamiento que han demostrado, tanto los doctrinarios como los juristas con que cuenta “el interior del país”, que han dado con creces, muestras que es posible implementar políticas aplicables en función de modalidades distintas, que se dan en nuestro País que pretende ser federal como lo dispone la ley fundamental, sin desvirtuar por ello el principio de igualdad ante la ley establecido en la misma.

Como lo han expresado grandes maestros del Derecho, esta es una ciencia que se caracteriza por su dinamismo y que si ello no es tomado en consideración, la arbitrariedad y la injusticia se adueñan de los sistemas judiciales sin que sus protagonistas lo perciban hasta que su evidencia

obligue a pensar en un cambio. Sin duda entonces que la actual línea de pensamiento de numerosos doctrinarios y juristas, inclinada a mirar con detenimiento las normas constitucionales para procurar el encuadramiento de nuestras leyes sustantivas a las mismas, dará lugar también a la modificación de nuestra estructura judicial.

Pensamos que el debate ya ha sido planteado, ya que varias provincias, entre ellas La Pampa, han incorporado a sus códigos procesales el principio de oportunidad, interpretando que ello no implica alterar disposiciones constitucionales, sino todo lo contrario, reivindica el derecho de los estados provinciales, de disponer sobre los procedimientos a seguir en su jurisdicción.

Resta ahora, mantener el entusiasmo, la dedicación y la perseverancia necesarios que permita involucrar a quienes interesa avanzar hacia una concepción de la administración de justicia verdaderamente realista, actual y ajustada a los preceptos constitucionales.

Se debe dar entonces a nuestra vapuleada administración judicial y a quienes son sus auxiliares fuera de ella, la oportunidad de demostrar que es posible mejorar a partir de la modificación, también de fondo, de un sistema penal que prácticamente obliga a la persecución prioritaria del más débil.

Concluimos pues que tantas veces repetido axioma de “volver a las fuentes” no sólo que no es malo, sino que es necesario en este caso y que de algún modo quienes han optado por el estudio de la ciencia del Derecho, nosotros entre ellos, deberán participar activamente en esta tarea que sin duda está pendiente.

BIBLIOGRAFIA.

- **Julio B. J. MAIER**, Derecho Procesal Penal, Tomo I, ed. Del Puerto srl, 2ª edición 3ª reimpresión, año 2004.
- **Justo LAJE ANAYA**, Estudios de Derecho Penal 1, ed. Marcos Lerner.
- **José CAFFERATA NORES,** Introducción al Derecho Procesal Penal. Marcos Lerner Editora Córdoba, Año 1.987.

"*El Principio de Oportunidad en el Derecho Penal Argentino. Teoría, realidad y perspectivas*", en Nueva Doctrina Penal, t. 1996.

- **Alberto Antonio SPOTA,** Análisis de la viabilidad constitucional del principio de oportunidad en el ámbito penal. N° 11. Ponencia a las XII Jornadas Nacionales de Derecho Penal.
- **Julio B. MAIER**, "*La víctima y el sistema penal*", en De los Delitos y las Penas.
- **Mauricio DUCE, Cristian RIEGO**, "*Introducción al nuevo sistema Procesal Penal*", año 2002.

- **Fabricio GUARIGLIA**, "*Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad"* , en Doctrina Penal, Año 1993.
- **David BAIGUN**, "Garantías, medidas cautelares e impugnaciones en el proceso penal"
- **Esteban RIGHI**, "Teoría de la Pena", Ed. Hammurabi, año 2001.
- **Teresa ARMENTA DEU**,"Estudio sobre el Proceso Penal", Coordinador Edgardo A. DONNA, año 2008.
- **Jorge A. CLARIÁ OLMEDO**, "Derecho Procesal Penal", Tomo I, Ed. Rubinzal-Culzoni, año 1998.
- **Edgardo Alberto DONNA**, Revista de derecho Procesal Penal, "La actividad procesal del ministerio público fiscal".
- **Pablo José DESCALZI**, Revista del colegio de Abogados y Procuradores de la Provincia de La Pampa, N| 75, año 2008.

Páginas Web Consultadas:

www.cejamericas.org

www.laleyonline.com.ar

www.pensamientopenal.com.ar

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN ----------pág. 01

CAPÍTULO I

Modelo Inquisitivo vs. Modelo Acusatorio ----------pág.03

CAPÍTULO II

Principio de Oportunidad. Concepto y alcance -------pág. 16

Institutos Introducidos al Sistema Penal Argentino que Responden a Este Principio ---------- pág. 20

Criterios de Oportunidad en el Nuevo Código Procesal Penal de La Pampa ---------- pág. 22

Debate Sobre la Constitucionalidad del Principio de Oportunidad ---------- pág. 31

CONCLUSIÓN ---------- pág. 41

BIBLIOGRAFÍA ---------- pág. 46

INTEGRANTES:

BADILLO, Francisco José, C.E. 7.364.009

TARDITI, Magalí Marilina, DNI 31.613.496

VALDERRAMA CALVO, María Andrea, DNI 32.614.689

INTRODUCCION

"Tanta legalidad como sea posible; tanta oportunidad como sea necesaria". Esta paráfrasis atribuida al profesor Caferatta Nores, con invocación en Wifrid Hassemer sintetiza el pensamiento penal actual.

Recientemente fue introducida la figura del principio de oportunidad en la legislación pampeana a través de la ley 2287 que modifica el Código Procesal Penal de la Provincia de La Pampa.

Esta Institución todavía no utilizada en la actualidad generará un cambio fundamental en la cultura procedimental penal. Este cambio en las funciones y facultades del fiscal y juez hace necesario el estudio y la ubicación de la mencionada figura dentro de la estructura del nuevo procedimiento penal para establecer el real alcance que puede tener al ser aplicado.

INTRODUCCION

"Tanta legalidad como sea posible; tanta oportunidad como sea necesaria". Esta paráfrasis atribuida al profesor Caferatta Nores, con invocación en Wifrid Hassemer sintetiza el pensamiento penal actual.

Recientemente fue introducida la figura del principio de oportunidad en la legislación pampeana a través de la ley 2287 que modifica el Código Procesal Penal de la Provincia de La Pampa.

Esta Institución todavía no utilizada en la actualidad generará un cambio fundamental en la cultura procedimental penal. Este cambio en las funciones y facultades del fiscal y juez hace necesario el estudio y la ubicación de la mencionada figura dentro de la estructura del nuevo procedimiento penal para establecer el real alcance que puede tener al ser aplicado.

En el moderno proceso penal se evidencia la gran tensión existente entre el principio de legalidad y el de oportunidad, el uno presidido por las concepciones absolutas de la pena, pilar fundamental de sistema mixto con tendencia inquisitiva y el otro animado por las ideas de un sistema acusatorio y de prevención, conducente a una mejor administración de justicia, descongestionando el sistema y permitiendo la consideración de aquellas cuestiones de mayor interés social.

El trabajo abordará la implantación del principio de oportunidad en el procedimiento, su concepto, su evolución, la vigencia del mismo en distintas legislaciones y la jurisprudencia correspondiente al tema.

CAPITULO I

- MODELO INQUISITIVO VS. MODELO ACUSATORIO

El aspecto característico del sistema inquisitivo es la expropiación del poder de los sujetos involucrados en el proceso penal, especialmente el poder de la víctima, en la resolución de sus conflictos.

En la República Argentina y en Latinoamérica en general la historia penal es signada por el modelo de enjuiciamiento inquisitivo, propio de los sistemas políticos autoritarios, sistema o modelo donde un sujeto interroga frente a una persona que cumple el papel de objeto de conocimiento. Este modelo habilita al Estado a confiscar los conflictos de los particulares como si fueran propios, convirtiéndose él en la víctima de los males sociales; modelo creado a efectos de erradicar la venganza pública en el cual el sujeto que representa el poder público o soberano excluyó los intereses de las víctimas, para satisfacer los intereses del poder, dejando el juez de ser el

árbitro para transformarse, (como expresa Beccaría “en enemigo del reo y que no busca la verdad del hecho sino que busca en el preso el delito”), es decir en un funcionario que decide los conflictos, cuya finalidad procesal era conocer la verdad y ese conocimiento partiría del procesado, el cual estaría sometido a un interrogatorio violento, o sea que, o confesaba la verdad por propia voluntar o era torturado para tal fin.

La forma para concretar la expropiación del conflicto es mediante el llamado principio de legalidad procesal, que según Cafferatta Nores “se emparenta con la visión del delito como infracción (que requiere control estatal coactivo directo) y con las teorías absolutas sobre la pena (retribución mal por mal)”.

El monopolio legítimo de la fuerza del estado y el concepto de “bien jurídico tutelado” termina sirviendo para la anonimidad de la víctima y para llevar la tutela penal más allá del daño real provocado a los titulares de tales bienes jurídicos. El delito ya no se considera como un daño, sino

que es valorado como desobediencia y por ello como una suerte de ataque al soberano quien tenía la facultad de castigar para restablecer la autoridad y disuadir ejemplarmente la comisión de conductas semejantes.

Al decir de Zaffaroni el principio de lesividad importa que ningún derecho pueda legitimar una intervención punitiva cuando no existe un conflicto jurídico, entendido éste como la afectación de un bien jurídico ajeno individual o colectivo. Erróneamente se procede a equiparar el bien jurídico lesionado con el bien jurídico tutelado, identificando dos conceptos diferentes. El principio de que todo delito presupone la lesión de un bien jurídico, deriva en que todo bien jurídico lesionado por el delito está tutelado, y de allí se pasa rápidamente a que todo bien jurídico demanda una tutela, lo que instiga a la penalización sin lagunas. Detrás de esto queda un único bien jurídico, que es la voluntad del estado. La escasa relevancia de la voluntad de la víctima en el proceso penal, la cual es sustituida por la voluntad de los diversos

órganos estatales, contrasta también con el papel enorme que la voluntad de la víctima juega en el derecho penal material para establecer si un comportamiento es un ilícito penal o no lo es.

El principio de legalidad, afirma Duce y Riego, “constituye una de las herencias centrales del sistema inquisitivo”, lo que resulta coherente con su ideología “que pone énfasis en la lucha sin tregua en contra del pecado (en su formación canónica) o en contra del delito (en su formación laica), o sea, en la que no se puede dejar de perseguir y sancionar todo delito cometido”.

La imposibilidad de las agencias judiciales para hacer frente a todos los asuntos que llegan al sistema trae aparejada una selectividad estructural del sistema penal, la cual se ejerce con alto grado de arbitrariedad. La selección se produce de los modos más diversos, mientras unas causas avanzan con cierta celeridad otras quedan estancadas, prescriben o llegan a juicio con cierta orfandad probatoria. La priorización suele responder a la

existencia de personas detenidas, lo cual parece muy razonable, aunque otras veces responde a la simplicidad de la investigación, de modo que aquellas cuestiones relacionadas con prueba compleja o dificultosas por la cantidad de imputados o el número de delitos quedan en el camino hacia la prescripción o a demoras que desvirtúan el sentido de la acción punitiva estatal.

Coincidimos con Cafferatta Nores, en que en lugar de afectar los recursos (insuficientes pero existentes) a la investigación, juzgamiento y castigo de los delitos más graves, el sistema judicial afecta la mayor parte de sus esfuerzos a tratar los más leves.

Nuestro sistema jurídico (la ley penal) tipifica conductas punibles y amenaza con una sanción a quien incurra en ella. Toda conducta que encuadre en un tipo penal, requiere de un procedimiento mediante el cual sea posible la aplicación de la sanción prevista.

El proceso penal descrito por los principios y las normas de la Constitución Nacional es aquél que establece el juicio

oral, público, por jurados, contradictorio y, además, establece una estructura acusatoria. Sin embargo, desde antiguo el sistema penal argentino se ha basado en el monopolio persecutorio del Estado y la persecución penal es ejercida por el Ministerio Publico Fiscal, con excepción de los delitos de acción privada. Es así que nuestro sistema está regido por el principio de legalidad, lo cual implica que frente a un delito de acción pública el Ministerio Fiscal tiene la obligación de promover la persecución penal, la que una vez iniciada no puede ser interrumpida ni suspendida por mínima que sea la infracción o por inconveniente que parezca su persecución.

Surge pues, que el principio de legalidad no está impuesto por la Constitución Nacional, ya que aún cuando la misma establece la necesidad de acusación como presupuesto del juicio, no ordena que aquella se produzca en todos los casos. Tal principio sí se halla impuesto en el Código Penal Argentino, el cual refleja en su articulado el deber de

iniciar de oficio las acciones penales y reprime al funcionario público, que faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes.

-Con respecto al análisis del sistema acusatorio, puede decirse que dentro de él se engloban una amplia gama de modelos procesales, y sus contornos no son demasiados claros, pero vale decir que en nuestro país y en la región latinoamericana y en general se alude a un proceso penal que reconoce como pilares fundamentales la centralidad del juicio oral, público y contradictorio, la separación clara de roles y funciones (de acusar que corresponde al fiscal y la función de juzgar que corresponde al juez) y cierto estándar de vigencia concreta de garantías a favor del imputado.

La marcada separación de roles comporta dos aspectos:

Por una parte corresponde al fiscal una labor previa de investigación caracterizada por la recopilación de los elementos que le permitan formular una acusación cuando considere que el investigado ha incurrido en una infracción a la ley penal. Si el trabajo investigativo no arroja la prueba necesaria para la acusación, el fiscal se abstendrá de hacerlo y no se llevará a cabo un juicio penal. Para tomar su decisión de acusar o no, el fiscal elabora un raciocinio propio que no es equivalente a la valoración de la prueba que realiza un fiscal en el sistema procesal mixto con tendencia inquisitiva para dictar una resolución de preclusión o una resolución de acusación. En este sistema el fiscal decreta y practica pruebas que tienen el carácter legal de tales y que él mismo valora. En cambio en el sistema acusatorio, la única prueba legalmente válida es la decretada por el juez y practicada en el desarrollo del juicio, la cual será valorada como prueba por el juez para dictar sentencia.

Por otro lado, en el sistema acusatorio el fiscal no tiene facultad legal para adoptar por sí mismo medidas relativas a la persona investigada o a sus bienes, facultad que es exclusiva del juez. En consecuencia el fiscal no está facultado para allanamientos, detenciones o medidas cautelares, cualquiera de ellas requiere autorización judicial.

Los principios que acompañan a la aplicación del sistema acusatorio, las cuales son:

- Oralidad: Implica no sólo el uso del lenguaje sino la contraposición de argumentos entre el acusador y acusado en presencia del juez, quien debe decidir quien tiene la razón. Si bien la misma no es esencial en el sistema, la oralidad facilita la inmediación del juez con respecto a la prueba, ya que el debate oral tiende a crear una directa certeza acerca de la culpabilidad o no del procesado, con lo cual se acrecienta la posibilidad de acierto en la sentencia.

- Publicidad: En este sistema el acusador se ve obligado a presentar públicamente su acusación, la cual se ventila en un juicio público en donde la comunidad puede percibir el desenvolvimiento del proceso.
- Contradicción: Esta constituye una mejor manera de confrontación en la que puede darse una real dicción y una real contradicción a la manera auténticamente dialéctica, por la libertad que este sistema brinda al debate trabado en el juicio. Esta contradicción no se da únicamente en la confrontación argumentativa directa entre el fiscal acusador y el procesado, sino de manera indirecta pero igualmente efectiva en los contra-interrogatorios de los testigos y de los peritos.
- Celeridad: Este principio es una garantía complementaria para la defensa del procesado, ya que se trata de evitar en lo posible la

privación de la libertad del acusado antes que sobre él recaiga la sentencia.

- Inmediación: Las pruebas realizadas en el proceso deben practicarse frente al juzgador de forma que él pueda, con su presencia, garantizar el rigor de su recaudo y elaborar sus conclusiones valorativas.
- Concentración: Este principio pretende evitar que se diluya la responsabilidad por una decisión equivocada entre al funcionario investigador y los jueces, lo que ocurre muy frecuentemente en el proceso inquisitivo.
- Identidad del juzgador: Esta característica que acompaña al sistema se ve acrecentada con la obligación que se impone al juez de anunciar al final de la audiencia de juzgamiento cual será el sentido de su decisión.

Las excepciones a la obligación de perseguir el delito se justifican en razones de índole utilitaristas (descongestionar el sistema judicial, optimizar los recursos, procurar la punición de la criminalidad realizada, etc); pero también fundamentalmente en la necesidad de relegitimar el sistema penal evitando las desigualdades en contra de los vulnerables (orientar la selectividad, reducir la aplicación de instrumentos de violencia estatal, favorecer la reparación a la victima). La adopción de formas compositivas posiciona el conflicto penal como la controversia entre dos individuos (victima y victimarios) que el Estado procura encauzar y así, reducir los efectos nocivos de las penas, especialmente las privativas de libertad y, por último, proporcionar a la victima una alternativa para obtener la reparación de los perjuicios sufridos como consecuencia del delito.

En algunos códigos y proyectos modernos se recepta este criterio para los delitos menos graves, consagrando una

suerte de repliegue del Estado cuando la victima y el ofensor acuerdan sobre la solución del conflicto.

Esta alternativa ofrece un interesante punto de encuentro con la idea de profundizar el modelo acusatorio y reconsiderar el problema de acción penal, pues la intervención del ministerio público sólo encontraría legitimación cuando el hecho trasciende los intereses de las personas involucradas y afecta el interés público.

Se ha dicho que la historia de la legislación penal, “ es la de los avances y retrocesos de la confiscación de los conflictos (del derecho lesionado de la victima) y de la utilización de ese poder confiscador, y de mucho mayor poder de control y vigilancia que el pretexto de la necesidad de confiscación proporciona”.

Por ello es que el reconocimiento de la importancia del principio acusatorio, debe encontrar debido correlato en la consagración de los criterios de oportunidad en sentido amplio, comprendiendo las formas de autocomposición de aquellos conflictos en que los delitos afectan

primordialmente los intereses particulares de los protagonistas o afectados. La adopción del sistema acusatorio por ende debe conducir necesariamente a un replanteo sobre la persecución penal pública, para que esta contribuya y no interfiera negativamente con las formas de solución que las partes definan para zanjar el conflicto.

CAPITULO II

-PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. CONCEPTO Y ALCANCE.

El principio de oportunidad puede expresarse como la posibilidad que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en diversas razones de política criminal y procesal, de no iniciar la acción, de suspender la ya iniciada, o de limitar su

extensión subjetiva y objetiva o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia.

La aplicación de esta pauta de selección penal tiene dos grandes fundamentos:

El primero de ellos radica en una previsión de las consecuencias que genera el empleo de la herramienta penal, cuestión que tiene que ver con el derecho penal mínimo.

El segundo radica en la necesidad de formular prioridades de acciones dada la escasez de recursos de toda índole, además de la necesidad de descongestionar el saturado sistema judicial; la conveniencia de canalizar la enorme selectividad intrínseca de la persecución penal, evitando sus desigualdades en contra de los más débiles, ajustándola a criterios predeterminados y racionales; la utilidad de evitar la punición de algunos delitos cuando esto permite el descubrimiento y sanción de delitos de mayor gravedad; priorizar otros intereses sobre la aplicación de la pena.

El principio de oportunidad permite excluir una serie de situaciones que se presentan a diario que si bien se subsumen en un tipo penal, las circunstancias en que el caso se produce hacen que, por cuestiones de política criminal, no resulte conveniente poner en marcha el proceso penal posibilitando que operen otros mecanismos de resolución de conflictos.

La realidad nos muestra que en el mundo no existen sistemas judiciales que puedan dar tratamiento a todos los delitos que se cometen, ni siquiera a los que en ellos ingresan. En 1985 Cafferatta Nores cotejó, a efectos de lograr un cálculo ilustrativo, el número de delitos que aparecían como cometidos según las estadísticas oficiales, y su correlato en el número de sentencias judiciales; en Capital Federal los fallos representaban el 7,86% de los delitos perpetrados, y en Córdoba el 1,97%. Es así como el procedimiento penal debe, en opinión de Julio Maier, presentarse como un proceso de selección. Cuando los mecanismos de selección revisten carácter formal y

operan en virtud de facultades expresas o tácitamente otorgadas al órgano encargado de la persecución penal, nos hallamos frente al principio de oportunidad.

Existen dos clases de instrumentación del principio:

Oportunidad libre: como ocurre en el sistema anglosajón donde el fiscal decide cuales son los casos que llegan a juicio, el poder de selección está en manos del ministerio público fiscal.

Oportunidad reglada: es propio del sistema continental europeo, y significa que el principio de legalidad admite excepciones previstas en la legislación penal, cuya aplicación se realiza bajo la responsabilidad de funcionarios judiciales, contando con el consentimiento del imputado (por lo general) y de la víctima (en algunos casos) y con control jurisdiccional. El principio de oportunidad reglado se concreta en una excepción de legalidad funcionando de manera similar al plea guilty (confesión que evita el juicio) y el plea borgaining

(negociación entre el fiscal y el imputado) en el sistema anglosajón.

Esteban Righi expresó que no parece factible incorporar a nuestro sistema los criterios libres de disponibilidad que prevalecen en el derecho anglosajón. Lo que se ha propuesto es adoptar las pautas de oportunidad reglada, propia del derecho europeo, en las que, sobre la base de la vigencia del principio de legalidad, se admiten excepciones con fundamentos en razones de oportunidad.

-INSTITUTOS INTRODUCIDOS AL SISTEMA PENAL ARGENTINO QUE RESPONDEN A ESTE PRINCIPIO.

A juicio de distinguidos doctrinarios, las primeras excepciones al principio de legalidad y oficiosidad, fueron la incorporación de las acciones privadas y públicas dependientes de instancia privada en el código penal de 1921. Más tarde aparecieron diversos institutos tales como:

-La legislación sobre estupefacientes (Art.18 de la Ley 23.737) establece que cuando el acusado de tenencia de alcaloides para consumo personal sea un adicto dependiente psíquica o físicamente de la droga, se le puede imponer, si acepta, un tratamiento de rehabilitación que suspende el trámite procesal, y dictando el sobreseimiento en caso de éxito en el tratamiento.

-Suspensión del juicio a prueba. Instituto previsto para los delitos de pena menor, que suspende la aplicación de la pena (Art.76 bis del C.P. Ley 24.316), por medio del cual se suspende el ejercicio de la potestad punitiva estatal, en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, a la realización de un juicio y al eventual dictado y aplicación de una condena.

-El Código Penal exime de pena al partícipe del delito de conspiración por traición que le hiciera conocer a la

autoridad antes de comenzar el procedimiento (Art.217 del C.P.).

-La ley tributaria y previsional (Nro.23.771) dispuso que si se estimare procedente la condena condicional y el infractor acepta y satisface la pretensión fiscal o previsional, se extingue la acción penal.

-CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL DE LA PAMPA

El 27 de septiembre del año 2006, se aprobó en la provincia de La Pampa la ley Nº 2287 que sustituye y modifica el Código Procesal Penal. Con esta reforma se intenta reemplazar el sistema penal mixto con tendencia inquisitiva en el que se enrola el actual Código de Procedimientos, por un modelo penal acusatorio, con una marcada distinción de roles de los operadores del sistema. De este modo dejaría de ser el Juez quien Investigue y

Juzgue, desdoblándose dichas funciones en el Ministerio público fiscal, encargado de llevar a cabo la investigación preparatoria, y el Juez de control, a quien le corresponde velar por el cumplimiento de las garantías en el proceso.
El nuevo ordenamiento introduce una figura innovadora en cuanto a la disponibilidad de la acción penal, posibilitando la aplicación de criterios de oportunidad en ciertos casos que la ley prevé.
Nos parece importante el análisis de los artículos que consagran a dicho principio.

ART. 15.- CRITERIOS DE OPORTUNIDAD.-

"Los Fiscales tendrán la obligación de ejercer la acción pública en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley.-

No obstante, el Fiscal de oficio o a pedido de parte, podrá abstenerse de ejercer la acción penal en los siguientes casos, previo consentimiento de la víctima o el ofendido penalmente: 1º) Cuando se trate de un hecho que por su insignificancia no

afecte gravemente el interés público, o cuando la intervención del imputado se estime de menor relevancia, excepto que la acción atribuida tenga una pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda los tres (3) años.-

2º) Cuando el autor o partícipe de un delito culposo haya sufrido a consecuencia del hecho un daño físico, psíquico o moral grave que torne innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena.-

3º) Cuando la pena que pueda imponerse por el hecho de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena ya impuesta o a la que puede esperarse por los restantes hechos.-

4º) Cuando haya conciliación entre las partes y el imputado haya reparado en su totalidad el daño causado, en los delitos con contenido patrimonial cometidos sin violencia física o intimidación sobre las personas, o en los delitos culposos.-

El criterio de oportunidad se aplicara por única vez por cada

persona imputada. La resolución que declare extinguida la acción penal, será comunicada al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal.-

No corresponderá la aplicación del principio de oportunidad si el delito fue cometido por un funcionario o empleado público en el ejercicio de sus funciones o en razón de ellas."

ART.- 16.- EFECTOS.-

"La decisión que prescinda de la persecución penal pública por aplicación de criterios de oportunidad permitirá, según lo previsto en este Código, declarar extinguida la acción pública con relación al participante en cuyo favor se decide."

.Observaciones al Art.: 15.

En su primera parte se deja en claro que la aplicación de este instituto es una excepción al principio de oficiosidad y al deber de los fiscales de perseguir todas las conductas tipificadas penalmente; por lo que consideramos su interpretación debe ser restrictiva y debe proceder solo

cuando se den las circunstancias reguladas en los incisos del artículo.

La aplicación de los criterios regulados puede proceder a pedido de parte o de oficio. Cuando se habla de “parte” nos preguntamos si hace referencia al imputado o si la víctima también es considerada “parte” a este efecto. Esto último parecería razonable, a pesar de que el concepto de “parte” en el proceso penal muchas veces no incluye al damnificado debido a la expropiación del conflicto que ha llevado a cabo el Estado.

En el mismo renglón se establece que el Fiscal podrá no ejercer (aunque consideramos que sería mas apropiada la expresión “continuar”) la acción penal, siempre y cuando obtenga el consentimiento de la víctima. Este requisito puede resultar un obstáculo para la aplicación del principio, ya que en algunos casos, no en todos, podría implicar que un problema personal entre las partes obligue a investigar un hecho que el fiscal considere insignificante, logrando de esta forma que la víctima pueda llevar a cabo su afán

de venganza. Creemos que la decisión fiscal fundada en derecho sería suficiente para no ejercer la acción, y no debería darse tal atribución a la persona damnificada que ni siquiera debe fundamentar su postura y que muchas veces reacciona con fiereza o irritación sin poder vislumbrar una solución mas favorable del conflicto.

Por ello la Constitución Nacional en su artículo 120, procura evitar el riesgo de dejar la acusación en manos exclusivas de quien, por ser el perjudicado por el delito, puede guiar su actuación por un fuerte sentimiento de venganza. Es por eso que no le impide actuar en juicio, sino que sólo limita su actuación a través de la intervención obligatoria de un promotor público que será quien decidirá si existen razones jurídicas para promover la actuación de la justicia. Que la víctima pueda ser, en muchos casos, titular del bien jurídico afectado por el delito (y nunca “protegido”), tampoco quiere decir que sea titular del poder persecutorio penal.

Imaginamos que esta exigencia de lograr el acuerdo de la víctima tiene su razón de ser en la aceptación social que requiere un instituto tan innovador como éste, en el importante papel que quiere darse a la víctima, desoída durante tantos años, y en la recuperación de credibilidad que el sistema judicial ha ido perdiendo. Sin embargo, de esta forma se subordina una herramienta fundamental para la determinación de la política criminal, a la decisión de un particular.

-**Supuesto del inciso 1°)** hace referencia a los delitos de escasa lesión social, como el caso de los delitos de bagatela cuya matriz es por lo general de sustancia intrafamiliar o comunitaria, los cuales saturan al sistema penal, impidiendo la persecución de delitos de mayor gravedad. Debe considerarse que se trata de ilícitos cuya no persecución ni castigo resulta tolerable por las valoraciones sociales medias y en la medida que no se conviertan en privilegios personales.

No podrá aplicarse cuando se trate de delitos castigados con una pena privativa de libertad que cuyo máximo exceda de los tres años, lo que marca un límite objetivo.

-**Supuesto del inciso 2)** hace referencia a los casos de los delitos culposos en los cuales el autor del hecho recibío un castigo natural por la realización del mismo, como por ejemplo: el ladrón que pierde un pie o un brazo a consecuencia de un balazo que recibió cuando pretendía consumar la sustracción; o el caso del conductor ebrio que ocasiona la muerte de su hijo al perder el control del vehiculo. El daño sufrido por el autor puede ser físico, psíquico o moral grave. Este último requerirá de una valoración subjetiva del fiscal.

-**Supuesto del inciso 3)** se trata del autor que comete varios hechos y que ante la valoración de ellos la gravedad de la pena de uno hace que el menor castigo de los restantes se torne innecesario. Como ejemplo podría mencionarse el del sujeto que comete una violación de

domicilio y un homicidio, ante lo que se aplicaría el criterio de oportunidad con respecto al primero.

-**Supuesto del inciso 4)** este trata de delitos culposos y de contenido patrimonial en los que, de llevarse a cabo la conciliación entre las partes y la reparación integral del daño, resultaría procedente la aplicación de dicha medida.

Lo que se regula en la última parte del artículo en cuanto a la aplicación del principio por única vez por persona, nos resulta poco acertado ya que no encontramos razones para que no proceda nuevamente mientras se cumplan los requisitos exigidos y se encuadre en los casos enumerados en dichos incisos, ya que el delito no dejaría de ser de bagatela por el hecho de que esta persona hubiese reincidido. Esta situación podría ser considerada como derecho procesal penal de autor ya que se tiene en cuenta la reincidencia del imputado.

Se prevé, por último, que este procedimiento mínimo no es aplicable a los hechos producidos por funcionarios o empleados públicos, en el ejercicio de sus cargos o por razón de él. Esto sólo se explica si hay vinculación directa entre el hecho ilícito y la cosa pública. Pues, si la finalidad en este tipo de delito es evitar la impunidad, la relevancia del interés comprometido impide considerar la aplicación del criterio de oportunidad a estos casos.

-DEBATE SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

El ejercicio de la acción penal y, especialmente, el papel de la victima es uno de los temas centrales de la política criminal, pues atañe al sistema penal en su conjunto. En Argentina la discusión en torno al principio de oportunidad se ha ido profundizando recién en los últimos tiempos. Si bien se reconoce casi unánimemente que la pretensión de persecución total es uno de los factores de congestión del

sistema penal, la polémica gira hoy en orden a la naturaleza procesal o sustantiva de las normas que debe regular la persecución penal, lo que tiene gran importancia en nuestro país, con un régimen federal, para establecer la competencia del órgano legislativo que debe aportar la regulación normativa.

La cuestión se plantea en torno al Art. 71 del Código Penal, ya que para algunos constituye un obstáculo constitucional para que las provincias establezcan supuestos de disponibilidad de la acción penal.

Dicha norma establece la persecución penal de oficio en todos los casos y se entiende que excluye la posibilidad de que los funcionarios ejecutores de la ley puedan renunciar a su ejercicio. Tomar una postura u otra, en definitiva, significa en la práctica asumir o renunciar al diseño de una administración de justicia criminal adecuada a las necesidades locales, que es una de las responsabilidades que el art. 5º de la Constitución Nacional impone a las provincias.

Por este motivo, el movimiento reformista en Argentina ha instalado esta cuestión en el Centro del análisis y la controversia, pues los objetivos planteados en los distintos procesos de transformación del proceso penal (racionabilidad, eficacia, transparencia y justicia en las decisiones), no resultarán accesibles si no se prevé y reglamenta la disponibilidad de la persecución penal de un modo racional, reemplazando los actuales mecanismos de selección, que rigen de hecho, que se prestan a la extrema arbitrariedad y que son los que hoy conducen la práctica concreta y real de la justicia penal.

La imposición de perseguir *todos* los delitos que se cometen, incluida en el código actual sancionado en 1921, carece de antecedentes en los códigos penales nacionales anteriores, para los cuales las modalidades y oportunidad de ejercicio de la acción penal constituían materia propia de los ordenamientos procesales, tal como es la regla en los ordenamientos de Europa continental de los que abrevó nuestra legislación.

Las normas relativas al ejercicio de la acción establecidas en el código penal, sancionado en una época caracterizada por un fuerte empuje hacia la centralización de atribuciones en el Estado Nacional, no adquieren carácter sustantivo por esa sola circunstancia.

La Constitución Nacional impide a los códigos de fondo alterar *"las jurisdicciones locales"* (art. 75 inc. 12 CN). El criterio para establecer lo uno y lo otro en el tema que consideramos, no puede ser otro que la naturaleza sustancial o procesal de las normas, que competen respectivamente a la Nación o a las provincias, y no por la denominación de la ley en que se hallen.

La regulación del ejercicio de las acciones dentro del código penal implicó un exceso legislativo de las facultades delegadas, que siempre son expresas, desvirtuando el Congreso Nacional la concepción federal que exige la fórmula constitucional.

El código penal de 1887 *no incluía* el ejercicio de las acciones sino eventualmente en la parte especial, al

referirse a determinados delitos, quedando librada esta materia exclusivamente a las *leyes procesales*. En la misma línea se inscribe el Proyecto de 1881 (VILLEGAS, UGARRIZA Y GARCÍA) que no contempla el ejercicio de las acciones, consignando expresamente sus redactores que fue suprimida toda disposición relativa a los procedimientos, *ya que no era conciliable con las disposiciones constitucionales*. También el Proyecto de Peco, posterior al código vigente.

En cambio, el Código vigente reconoce como antecedente el Proyecto de 1906, que a su vez reprodujo en parte el contenido del de 1891, produciendo además un cambio sustancial ("pueden" por "deben iniciarse de oficio las acciones…."), que condicionó toda la interpretación posterior del art. 71.

A nuestro modo de ver dicho artículo es inconstitucional en cuanto entra a regular, en oposición a los artículos 75 inc 12 y 112 de la Constitución Nacional, cuestiones que las autonomías provinciales no delegaron a la congreso de la

nación, y que se reservaron expresamente. No obstante la tacha no es imprescindible, si existe una interpretación armónica que permite la subsistencia de la norma penal. Así parece apropiado pensar que en su Art. 71 el código solo esta prevaleciendo el carácter público de la acción penal como regla (principio de oficialidad), y que la acción privada y de instancia privada son las excepciones. En este sentido, Vázquez Rossi señala con rigurosidad que la letra del código no manda que siempre y-o en todos los casos y supuestos, de manera inexorable y sin discrecionalidad alguna deba actuarse. Si se acepta restringir el artículo 71 a la clasificación de las acciones penales por su titularidad, no hay obstáculo para que se entienda respetada la voluntad constituyente de librar el principio rector del ejercicio de la acción penal pública a la decisión de cada provincia.

Se ha sostenido también que el citado artículo indica que se debe “iniciar” la acción y nada más, lo que implica que el “modo” de ejercerla en concreto, esto es: su desarrollo

como pretensión y presupuesto de la imposición de una eventual sanción penal, queda librado a la regulación procesal que dicte cada provincia.

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza reconoció en el fallo “Fiscal c/ Sosa Moran, Juan Rafael y otros por daño agravado s/ casación”, la constitucionalidad del principio de oportunidad. Aquí el Dr. Salvini expresó “el principio de oportunidad en realidad juega además roles de distinto tipo, por un lado es un instrumento procesal realizador del derecho fundamental para que se defina en un plazo razonable el proceso y por otro lado es un estimulo para lograr la realización oportuna de los juicios más importantes que se encuentran en manos de los tribunales y esto evidentemente no es sustancial sino procesal”, siguiendo esta interpretación se estableció que el ministerio público debe ejercer la acción en todos los casos como indica el código penal, lo que supone que

cuando solicite el beneficio ya se ha ejercido la acción, que es la que inicia el proceso.

La decisión del fiscal de aplicar los criterios de oportunidad es un acto que necesariamente debe darse dentro de un proceso (lo que indica que ya se inicio la acción), debido a que tal actuar requiere una previa investigación de los hechos, una calificación jurídica y la comprobación de la existencia de los presupuestos que hacen viable la aplicación de tales criterios, siendo todos estos actos procesales.

Por todo lo expuesto, el art. 15 en su segundo párrafo (nuevo Código Procesal Penal de La Pampa) debería decir “continuar” en lugar de “ejercer”, ya que este último vocablo se presta a confusiones que llevan a sostener que el fiscal tiene la facultad de no iniciar el proceso.

El otro aparente escollo se encontraría en el art. 274 del Código Penal que reprime al “funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución de la represión y persecución de los

delincuentes”. Aquí no es tal el problema porque no esta dentro de la obligación del fiscal en mantener la persecución siempre e indefectiblemente, sino hacerlo en base a los criterios, deberes y facultades de los principios y garantías propios del sistema penal, plasmado también en la normativa orgánica que lo rige. Si dentro de esos criterios, deberes y facultades el legislador coloca previsiones especiales donde el fiscal esta facultado u obligado a deponer la acusación, estará actuando dentro de la obligación de su cargo.

En un sistema donde impere la oficialidad y la legalidad en la promoción y ejercicio de las acciones penales sin admitirse otras excepciones que las previstas en el propio Código Penal, el agente fiscal que solicitaba la suspensión de la persecución penal argumentando criterios de discrecionalidad política y el juez que lo concedía podría incurrir en el tipo referido. Se implementa el principio de oportunidad por la simple razón de coherencia en el

ordenamiento jurídico en general que no puede facultar por un lado lo que prohíbe el otro.

CONCLUSIÓN.

Como hemos expresado, en línea con el pensamiento de reconocidos doctrinarios, interpretamos que el debate sobre la manera en que puede llegarse a un mejor funcionamiento en la administración de justicia, debe partir de las bases establecidas por la Constitución Nacional, desde cuya ubicación podrán darse las soluciones, que por supuesto no serán mágicas, ni debe pensarse que darán por tierra con todos los inconvenientes que en la actualidad traban su desarrollo, pero al menos encausarán su accionar incorporando a su manejo, las modernas concepciones relativas a este tema que en nuestro País tiene especiales características.

Esto en gran medida permitirá adecuar la actual normativa penal a la génesis del pensamiento que los constituyentes originales trataron de imprimir a nuestra Carta Magna, que por error o por un acentuado interés centralista fue desvirtuado con la sanción de leyes que no respetaron o,

dicho con mayor indulgencia, no lo interpretaron correctamente.

Esto así, corresponde en consecuencia, pensar decididamente en analizar con el mayor celo y conocimiento nuestras leyes penales sustantivas, enmarcando dicho análisis en nuestra realidad como país federal, con el necesario respeto hacia la autonomía que la constitución observa hacia los estados provinciales, que por otra parte han dejado de ser hace mucho tiempo los necesitados del paternalismo centralista que ha quedado impreso en las normas penales (y otras) que se encuentran vigentes.

Este análisis que proponemos deberá llevar necesariamente a la modificación de esas normas, siguiendo ejemplos valederos que el derecho comparado puede aportar, sin caer en el exceso de copiar regímenes que por nuestra propia idiosincrasia resultarían impropios y acarrearían más problemas que soluciones.

Se podrá decir con acierto, que estas reflexiones volcadas en un trabajo con incipiente contenido científico, hacen aparecer a la cuestión como un simple trámite consistente en la modificación de algunas normas. Es necesario entonces manifestar que estamos contestes de las dificultades que deberán sortearse, pero además confiamos en la amplitud de pensamiento que han demostrado, tanto los doctrinarios como los juristas con que cuenta “el interior del país”, que han dado con creces, muestras que es posible implementar políticas aplicables en función de modalidades distintas, que se dan en nuestro País que pretende ser federal como lo dispone la ley fundamental, sin desvirtuar por ello el principio de igualdad ante la ley establecido en la misma.

Como lo han expresado grandes maestros del Derecho, esta es una ciencia que se caracteriza por su dinamismo y que si ello no es tomado en consideración, la arbitrariedad y la injusticia se adueñan de los sistemas judiciales sin que sus protagonistas lo perciban hasta que su evidencia

obligue a pensar en un cambio. Sin duda entonces que la actual línea de pensamiento de numerosos doctrinarios y juristas, inclinada a mirar con detenimiento las normas constitucionales para procurar el encuadramiento de nuestras leyes sustantivas a las mismas, dará lugar también a la modificación de nuestra estructura judicial.

Pensamos que el debate ya ha sido planteado, ya que varias provincias, entre ellas La Pampa, han incorporado a sus códigos procesales el principio de oportunidad, interpretando que ello no implica alterar disposiciones constitucionales, sino todo lo contrario, reivindica el derecho de los estados provinciales, de disponer sobre los procedimientos a seguir en su jurisdicción.

Resta ahora, mantener el entusiasmo, la dedicación y la perseverancia necesarios que permita involucrar a quienes interesa avanzar hacia una concepción de la administración de justicia verdaderamente realista, actual y ajustada a los preceptos constitucionales.

Se debe dar entonces a nuestra vapuleada administración judicial y a quienes son sus auxiliares fuera de ella, la oportunidad de demostrar que es posible mejorar a partir de la modificación, también de fondo, de un sistema penal que prácticamente obliga a la persecución prioritaria del más débil.

Concluimos pues que tantas veces repetido axioma de “volver a las fuentes” no sólo que no es malo, sino que es necesario en este caso y que de algún modo quienes han optado por el estudio de la ciencia del Derecho, nosotros entre ellos, deberán participar activamente en esta tarea que sin duda está pendiente.

BIBLIOGRAFIA.

- **Julio B. J. MAIER**, Derecho Procesal Penal, Tomo I, ed. Del Puerto srl, 2ª edición 3ª reimpresión, año 2004.
- **Justo LAJE ANAYA**, Estudios de Derecho Penal 1, ed. Marcos Lerner.
- **José CAFFERATA NORES,** Introducción al Derecho Procesal Penal. Marcos Lerner Editora Córdoba, Año 1.987.

"*El Principio de Oportunidad en el Derecho Penal Argentino. Teoría, realidad y perspectivas*", en Nueva Doctrina Penal, t. 1996.

- **Alberto Antonio SPOTA,** Análisis de la viabilidad constitucional del principio de oportunidad en el ámbito penal. N° 11. Ponencia a las XII Jornadas Nacionales de Derecho Penal.
- **Julio B. MAIER**, "*La víctima y el sistema penal*", en De los Delitos y las Penas.
- **Mauricio DUCE, Cristian RIEGO**, "*Introducción al nuevo sistema Procesal Penal*", año 2002.

- **Fabricio GUARIGLIA**, "*Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad"* , en Doctrina Penal, Año 1993.
- **David BAIGUN**, "Garantías, medidas cautelares e impugnaciones en el proceso penal"
- **Esteban RIGHI**, "Teoría de la Pena", Ed. Hammurabi, año 2001.
- **Teresa ARMENTA DEU**,"Estudio sobre el Proceso Penal", Coordinador Edgardo A. DONNA, año 2008.
- **Jorge A. CLARIÁ OLMEDO**, "Derecho Procesal Penal", Tomo I, Ed. Rubinzal-Culzoni, año 1998.
- **Edgardo Alberto DONNA**, Revista de derecho Procesal Penal, "La actividad procesal del ministerio público fiscal".
- **Pablo José DESCALZI**, Revista del colegio de Abogados y Procuradores de la Provincia de La Pampa, N| 75, año 2008.

Páginas Web Consultadas:

www.cejamericas.org

www.laleyonline.com.ar

www.pensamientopenal.com.ar

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN ----------pág. 01

CAPÍTULO I

Modelo Inquisitivo vs. Modelo Acusatorio ----------pág.03

CAPÍTULO II

Principio de Oportunidad. Concepto y alcance -------pág. 16

Institutos Introducidos al Sistema Penal Argentino que Responden a Este Principio ---------- pág. 20

Criterios de Oportunidad en el Nuevo Código Procesal Penal de La Pampa ---------- pág. 22

Debate Sobre la Constitucionalidad del Principio de Oportunidad ---------- pág. 31

CONCLUSIÓN ---------- pág. 41

BIBLIOGRAFÍA ---------- pág. 46

INTEGRANTES:

BADILLO, Francisco José, C.E. 7.364.009

TARDITI, Magalí Marilina, DNI 31.613.496

VALDERRAMA CALVO, María Andrea, DNI 32.614.689

En el moderno proceso penal se evidencia la gran tensión existente entre el principio de legalidad y el de oportunidad, el uno presidido por las concepciones absolutas de la pena, pilar fundamental de sistema mixto con tendencia inquisitiva y el otro animado por las ideas de un sistema acusatorio y de prevención, conducente a una mejor administración de justicia, descongestionando el sistema y permitiendo la consideración de aquellas cuestiones de mayor interés social.

El trabajo abordará la implantación del principio de oportunidad en el procedimiento, su concepto, su evolución, la vigencia del mismo en distintas legislaciones y la jurisprudencia correspondiente al tema.

CAPITULO I

- MODELO INQUISITIVO VS. MODELO ACUSATORIO

El aspecto característico del sistema inquisitivo es la expropiación del poder de los sujetos involucrados en el proceso penal, especialmente el poder de la víctima, en la resolución de sus conflictos.

En la República Argentina y en Latinoamérica en general la historia penal es signada por el modelo de enjuiciamiento inquisitivo, propio de los sistemas políticos autoritarios, sistema o modelo donde un sujeto interroga frente a una persona que cumple el papel de objeto de conocimiento. Este modelo habilita al Estado a confiscar los conflictos de los particulares como si fueran propios, convirtiéndose él en la víctima de los males sociales; modelo creado a efectos de erradicar la venganza pública en el cual el sujeto que representa el poder público o soberano excluyó los intereses de las víctimas, para satisfacer los intereses del poder, dejando el juez de ser el

árbitro para transformarse, (como expresa Beccaría “en enemigo del reo y que no busca la verdad del hecho sino que busca en el preso el delito”), es decir en un funcionario que decide los conflictos, cuya finalidad procesal era conocer la verdad y ese conocimiento partiría del procesado, el cual estaría sometido a un interrogatorio violento, o sea que, o confesaba la verdad por propia voluntar o era torturado para tal fin.

La forma para concretar la expropiación del conflicto es mediante el llamado principio de legalidad procesal, que según Cafferatta Nores “se emparenta con la visión del delito como infracción (que requiere control estatal coactivo directo) y con las teorías absolutas sobre la pena (retribución mal por mal)”.

El monopolio legítimo de la fuerza del estado y el concepto de “bien jurídico tutelado” termina sirviendo para la anonimidad de la víctima y para llevar la tutela penal más allá del daño real provocado a los titulares de tales bienes jurídicos. El delito ya no se considera como un daño, sino

que es valorado como desobediencia y por ello como una suerte de ataque al soberano quien tenía la facultad de castigar para restablecer la autoridad y disuadir ejemplarmente la comisión de conductas semejantes.

Al decir de Zaffaroni el principio de lesividad importa que ningún derecho pueda legitimar una intervención punitiva cuando no existe un conflicto jurídico, entendido éste como la afectación de un bien jurídico ajeno individual o colectivo. Erróneamente se procede a equiparar el bien jurídico lesionado con el bien jurídico tutelado, identificando dos conceptos diferentes. El principio de que todo delito presupone la lesión de un bien jurídico, deriva en que todo bien jurídico lesionado por el delito está tutelado, y de allí se pasa rápidamente a que todo bien jurídico demanda una tutela, lo que instiga a la penalización sin lagunas. Detrás de esto queda un único bien jurídico, que es la voluntad del estado. La escasa relevancia de la voluntad de la víctima en el proceso penal, la cual es sustituida por la voluntad de los diversos

órganos estatales, contrasta también con el papel enorme que la voluntad de la víctima juega en el derecho penal material para establecer si un comportamiento es un ilícito penal o no lo es.

El principio de legalidad, afirma Duce y Riego, “constituye una de las herencias centrales del sistema inquisitivo”, lo que resulta coherente con su ideología “que pone énfasis en la lucha sin tregua en contra del pecado (en su formación canónica) o en contra del delito (en su formación laica), o sea, en la que no se puede dejar de perseguir y sancionar todo delito cometido”.

La imposibilidad de las agencias judiciales para hacer frente a todos los asuntos que llegan al sistema trae aparejada una selectividad estructural del sistema penal, la cual se ejerce con alto grado de arbitrariedad. La selección se produce de los modos más diversos, mientras unas causas avanzan con cierta celeridad otras quedan estancadas, prescriben o llegan a juicio con cierta orfandad probatoria. La priorización suele responder a la

existencia de personas detenidas, lo cual parece muy razonable, aunque otras veces responde a la simplicidad de la investigación, de modo que aquellas cuestiones relacionadas con prueba compleja o dificultosas por la cantidad de imputados o el número de delitos quedan en el camino hacia la prescripción o a demoras que desvirtúan el sentido de la acción punitiva estatal.

Coincidimos con Cafferatta Nores, en que en lugar de afectar los recursos (insuficientes pero existentes) a la investigación, juzgamiento y castigo de los delitos más graves, el sistema judicial afecta la mayor parte de sus esfuerzos a tratar los más leves.

Nuestro sistema jurídico (la ley penal) tipifica conductas punibles y amenaza con una sanción a quien incurra en ella. Toda conducta que encuadre en un tipo penal, requiere de un procedimiento mediante el cual sea posible la aplicación de la sanción prevista.

El proceso penal descrito por los principios y las normas de la Constitución Nacional es aquél que establece el juicio

oral, público, por jurados, contradictorio y, además, establece una estructura acusatoria. Sin embargo, desde antiguo el sistema penal argentino se ha basado en el monopolio persecutorio del Estado y la persecución penal es ejercida por el Ministerio Publico Fiscal, con excepción de los delitos de acción privada. Es así que nuestro sistema está regido por el principio de legalidad, lo cual implica que frente a un delito de acción pública el Ministerio Fiscal tiene la obligación de promover la persecución penal, la que una vez iniciada no puede ser interrumpida ni suspendida por mínima que sea la infracción o por inconveniente que parezca su persecución.

Surge pues, que el principio de legalidad no está impuesto por la Constitución Nacional, ya que aún cuando la misma establece la necesidad de acusación como presupuesto del juicio, no ordena que aquella se produzca en todos los casos. Tal principio sí se halla impuesto en el Código Penal Argentino, el cual refleja en su articulado el deber de

iniciar de oficio las acciones penales y reprime al funcionario público, que faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes.

-Con respecto al análisis del sistema acusatorio, puede decirse que dentro de él se engloban una amplia gama de modelos procesales, y sus contornos no son demasiados claros, pero vale decir que en nuestro país y en la región latinoamericana y en general se alude a un proceso penal que reconoce como pilares fundamentales la centralidad del juicio oral, público y contradictorio, la separación clara de roles y funciones (de acusar que corresponde al fiscal y la función de juzgar que corresponde al juez) y cierto estándar de vigencia concreta de garantías a favor del imputado.

La marcada separación de roles comporta dos aspectos:

Por una parte corresponde al fiscal una labor previa de investigación caracterizada por la recopilación de los elementos que le permitan formular una acusación cuando considere que el investigado ha incurrido en una infracción a la ley penal. Si el trabajo investigativo no arroja la prueba necesaria para la acusación, el fiscal se abstendrá de hacerlo y no se llevará a cabo un juicio penal. Para tomar su decisión de acusar o no, el fiscal elabora un raciocinio propio que no es equivalente a la valoración de la prueba que realiza un fiscal en el sistema procesal mixto con tendencia inquisitiva para dictar una resolución de preclusión o una resolución de acusación. En este sistema el fiscal decreta y practica pruebas que tienen el carácter legal de tales y que él mismo valora. En cambio en el sistema acusatorio, la única prueba legalmente válida es la decretada por el juez y practicada en el desarrollo del juicio, la cual será valorada como prueba por el juez para dictar sentencia.

Por otro lado, en el sistema acusatorio el fiscal no tiene facultad legal para adoptar por sí mismo medidas relativas a la persona investigada o a sus bienes, facultad que es exclusiva del juez. En consecuencia el fiscal no está facultado para allanamientos, detenciones o medidas cautelares, cualquiera de ellas requiere autorización judicial.

Los principios que acompañan a la aplicación del sistema acusatorio, las cuales son:

- Oralidad: Implica no sólo el uso del lenguaje sino la contraposición de argumentos entre el acusador y acusado en presencia del juez, quien debe decidir quien tiene la razón. Si bien la misma no es esencial en el sistema, la oralidad facilita la inmediación del juez con respecto a la prueba, ya que el debate oral tiende a crear una directa certeza acerca de la culpabilidad o no del procesado, con lo cual se acrecienta la posibilidad de acierto en la sentencia.

- Publicidad: En este sistema el acusador se ve obligado a presentar públicamente su acusación, la cual se ventila en un juicio público en donde la comunidad puede percibir el desenvolvimiento del proceso.
- Contradicción: Esta constituye una mejor manera de confrontación en la que puede darse una real dicción y una real contradicción a la manera auténticamente dialéctica, por la libertad que este sistema brinda al debate trabado en el juicio. Esta contradicción no se da únicamente en la confrontación argumentativa directa entre el fiscal acusador y el procesado, sino de manera indirecta pero igualmente efectiva en los contra-interrogatorios de los testigos y de los peritos.
- Celeridad: Este principio es una garantía complementaria para la defensa del procesado, ya que se trata de evitar en lo posible la

privación de la libertad del acusado antes que sobre él recaiga la sentencia.

- Inmediación: Las pruebas realizadas en el proceso deben practicarse frente al juzgador de forma que él pueda, con su presencia, garantizar el rigor de su recaudo y elaborar sus conclusiones valorativas.
- Concentración: Este principio pretende evitar que se diluya la responsabilidad por una decisión equivocada entre al funcionario investigador y los jueces, lo que ocurre muy frecuentemente en el proceso inquisitivo.
- Identidad del juzgador: Esta característica que acompaña al sistema se ve acrecentada con la obligación que se impone al juez de anunciar al final de la audiencia de juzgamiento cual será el sentido de su decisión.

Las excepciones a la obligación de perseguir el delito se justifican en razones de índole utilitaristas (descongestionar el sistema judicial, optimizar los recursos, procurar la punición de la criminalidad realizada, etc); pero también fundamentalmente en la necesidad de relegitimar el sistema penal evitando las desigualdades en contra de los vulnerables (orientar la selectividad, reducir la aplicación de instrumentos de violencia estatal, favorecer la reparación a la victima). La adopción de formas compositivas posiciona el conflicto penal como la controversia entre dos individuos (victima y victimarios) que el Estado procura encauzar y así, reducir los efectos nocivos de las penas, especialmente las privativas de libertad y, por último, proporcionar a la victima una alternativa para obtener la reparación de los perjuicios sufridos como consecuencia del delito.

En algunos códigos y proyectos modernos se recepta este criterio para los delitos menos graves, consagrando una

suerte de repliegue del Estado cuando la victima y el ofensor acuerdan sobre la solución del conflicto.

Esta alternativa ofrece un interesante punto de encuentro con la idea de profundizar el modelo acusatorio y reconsiderar el problema de acción penal, pues la intervención del ministerio público sólo encontraría legitimación cuando el hecho trasciende los intereses de las personas involucradas y afecta el interés público.

Se ha dicho que la historia de la legislación penal, “ es la de los avances y retrocesos de la confiscación de los conflictos (del derecho lesionado de la victima) y de la utilización de ese poder confiscador, y de mucho mayor poder de control y vigilancia que el pretexto de la necesidad de confiscación proporciona”.

Por ello es que el reconocimiento de la importancia del principio acusatorio, debe encontrar debido correlato en la consagración de los criterios de oportunidad en sentido amplio, comprendiendo las formas de autocomposición de aquellos conflictos en que los delitos afectan

primordialmente los intereses particulares de los protagonistas o afectados. La adopción del sistema acusatorio por ende debe conducir necesariamente a un replanteo sobre la persecución penal pública, para que esta contribuya y no interfiera negativamente con las formas de solución que las partes definan para zanjar el conflicto.

CAPITULO II

-PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. CONCEPTO Y ALCANCE.

El principio de oportunidad puede expresarse como la posibilidad que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en diversas razones de política criminal y procesal, de no iniciar la acción, de suspender la ya iniciada, o de limitar su

extensión subjetiva y objetiva o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia.

La aplicación de esta pauta de selección penal tiene dos grandes fundamentos:

El primero de ellos radica en una previsión de las consecuencias que genera el empleo de la herramienta penal, cuestión que tiene que ver con el derecho penal mínimo.

El segundo radica en la necesidad de formular prioridades de acciones dada la escasez de recursos de toda índole, además de la necesidad de descongestionar el saturado sistema judicial; la conveniencia de canalizar la enorme selectividad intrínseca de la persecución penal, evitando sus desigualdades en contra de los más débiles, ajustándola a criterios predeterminados y racionales; la utilidad de evitar la punición de algunos delitos cuando esto permite el descubrimiento y sanción de delitos de mayor gravedad; priorizar otros intereses sobre la aplicación de la pena.

El principio de oportunidad permite excluir una serie de situaciones que se presentan a diario que si bien se subsumen en un tipo penal, las circunstancias en que el caso se produce hacen que, por cuestiones de política criminal, no resulte conveniente poner en marcha el proceso penal posibilitando que operen otros mecanismos de resolución de conflictos.

La realidad nos muestra que en el mundo no existen sistemas judiciales que puedan dar tratamiento a todos los delitos que se cometen, ni siquiera a los que en ellos ingresan. En 1985 Cafferatta Nores cotejó, a efectos de lograr un cálculo ilustrativo, el número de delitos que aparecían como cometidos según las estadísticas oficiales, y su correlato en el número de sentencias judiciales; en Capital Federal los fallos representaban el 7,86% de los delitos perpetrados, y en Córdoba el 1,97%. Es así como el procedimiento penal debe, en opinión de Julio Maier, presentarse como un proceso de selección. Cuando los mecanismos de selección revisten carácter formal y

operan en virtud de facultades expresas o tácitamente otorgadas al órgano encargado de la persecución penal, nos hallamos frente al principio de oportunidad.

Existen dos clases de instrumentación del principio:

Oportunidad libre: como ocurre en el sistema anglosajón donde el fiscal decide cuales son los casos que llegan a juicio, el poder de selección está en manos del ministerio público fiscal.

Oportunidad reglada: es propio del sistema continental europeo, y significa que el principio de legalidad admite excepciones previstas en la legislación penal, cuya aplicación se realiza bajo la responsabilidad de funcionarios judiciales, contando con el consentimiento del imputado (por lo general) y de la víctima (en algunos casos) y con control jurisdiccional. El principio de oportunidad reglado se concreta en una excepción de legalidad funcionando de manera similar al plea guilty (confesión que evita el juicio) y el plea borgaining

(negociación entre el fiscal y el imputado) en el sistema anglosajón.

Esteban Righi expresó que no parece factible incorporar a nuestro sistema los criterios libres de disponibilidad que prevalecen en el derecho anglosajón. Lo que se ha propuesto es adoptar las pautas de oportunidad reglada, propia del derecho europeo, en las que, sobre la base de la vigencia del principio de legalidad, se admiten excepciones con fundamentos en razones de oportunidad.

-INSTITUTOS INTRODUCIDOS AL SISTEMA PENAL ARGENTINO QUE RESPONDEN A ESTE PRINCIPIO.

A juicio de distinguidos doctrinarios, las primeras excepciones al principio de legalidad y oficiosidad, fueron la incorporación de las acciones privadas y públicas dependientes de instancia privada en el código penal de 1921. Más tarde aparecieron diversos institutos tales como:

-La legislación sobre estupefacientes (Art.18 de la Ley 23.737) establece que cuando el acusado de tenencia de alcaloides para consumo personal sea un adicto dependiente psíquica o físicamente de la droga, se le puede imponer, si acepta, un tratamiento de rehabilitación que suspende el trámite procesal, y dictando el sobreseimiento en caso de éxito en el tratamiento.

-Suspensión del juicio a prueba. Instituto previsto para los delitos de pena menor, que suspende la aplicación de la pena (Art.76 bis del C.P. Ley 24.316), por medio del cual se suspende el ejercicio de la potestad punitiva estatal, en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, a la realización de un juicio y al eventual dictado y aplicación de una condena.

-El Código Penal exime de pena al partícipe del delito de conspiración por traición que le hiciera conocer a la

autoridad antes de comenzar el procedimiento (Art.217 del C.P.).

-La ley tributaria y previsional (Nro.23.771) dispuso que si se estimare procedente la condena condicional y el infractor acepta y satisface la pretensión fiscal o previsional, se extingue la acción penal.

-CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL DE LA PAMPA

El 27 de septiembre del año 2006, se aprobó en la provincia de La Pampa la ley Nº 2287 que sustituye y modifica el Código Procesal Penal. Con esta reforma se intenta reemplazar el sistema penal mixto con tendencia inquisitiva en el que se enrola el actual Código de Procedimientos, por un modelo penal acusatorio, con una marcada distinción de roles de los operadores del sistema. De este modo dejaría de ser el Juez quien Investigue y

Juzgue, desdoblándose dichas funciones en el Ministerio público fiscal, encargado de llevar a cabo la investigación preparatoria, y el Juez de control, a quien le corresponde velar por el cumplimiento de las garantías en el proceso.
El nuevo ordenamiento introduce una figura innovadora en cuanto a la disponibilidad de la acción penal, posibilitando la aplicación de criterios de oportunidad en ciertos casos que la ley prevé.
Nos parece importante el análisis de los artículos que consagran a dicho principio.

ART. 15.- CRITERIOS DE OPORTUNIDAD.-

"Los Fiscales tendrán la obligación de ejercer la acción pública en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley.-

No obstante, el Fiscal de oficio o a pedido de parte, podrá abstenerse de ejercer la acción penal en los siguientes casos, previo consentimiento de la víctima o el ofendido penalmente: 1º) Cuando se trate de un hecho que por su insignificancia no

afecte gravemente el interés público, o cuando la intervención del imputado se estime de menor relevancia, excepto que la acción atribuida tenga una pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda los tres (3) años.-

2º) Cuando el autor o partícipe de un delito culposo haya sufrido a consecuencia del hecho un daño físico, psíquico o moral grave que torne innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena.-

3º) Cuando la pena que pueda imponerse por el hecho de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena ya impuesta o a la que puede esperarse por los restantes hechos.-

4º) Cuando haya conciliación entre las partes y el imputado haya reparado en su totalidad el daño causado, en los delitos con contenido patrimonial cometidos sin violencia física o intimidación sobre las personas, o en los delitos culposos.-

El criterio de oportunidad se aplicara por única vez por cada

persona imputada. La resolución que declare extinguida la acción penal, será comunicada al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal.-

No corresponderá la aplicación del principio de oportunidad si el delito fue cometido por un funcionario o empleado público en el ejercicio de sus funciones o en razón de ellas."

ART.- 16.- EFECTOS.-

"La decisión que prescinda de la persecución penal pública por aplicación de criterios de oportunidad permitirá, según lo previsto en este Código, declarar extinguida la acción pública con relación al participante en cuyo favor se decide."

.Observaciones al Art.: 15.

En su primera parte se deja en claro que la aplicación de este instituto es una excepción al principio de oficiosidad y al deber de los fiscales de perseguir todas las conductas tipificadas penalmente; por lo que consideramos su interpretación debe ser restrictiva y debe proceder solo

cuando se den las circunstancias reguladas en los incisos del artículo.

La aplicación de los criterios regulados puede proceder a pedido de parte o de oficio. Cuando se habla de “parte” nos preguntamos si hace referencia al imputado o si la víctima también es considerada “parte” a este efecto. Esto último parecería razonable, a pesar de que el concepto de “parte” en el proceso penal muchas veces no incluye al damnificado debido a la expropiación del conflicto que ha llevado a cabo el Estado.

En el mismo renglón se establece que el Fiscal podrá no ejercer (aunque consideramos que sería mas apropiada la expresión “continuar”) la acción penal, siempre y cuando obtenga el consentimiento de la víctima. Este requisito puede resultar un obstáculo para la aplicación del principio, ya que en algunos casos, no en todos, podría implicar que un problema personal entre las partes obligue a investigar un hecho que el fiscal considere insignificante, logrando de esta forma que la víctima pueda llevar a cabo su afán

de venganza. Creemos que la decisión fiscal fundada en derecho sería suficiente para no ejercer la acción, y no debería darse tal atribución a la persona damnificada que ni siquiera debe fundamentar su postura y que muchas veces reacciona con fiereza o irritación sin poder vislumbrar una solución mas favorable del conflicto.

Por ello la Constitución Nacional en su artículo 120, procura evitar el riesgo de dejar la acusación en manos exclusivas de quien, por ser el perjudicado por el delito, puede guiar su actuación por un fuerte sentimiento de venganza. Es por eso que no le impide actuar en juicio, sino que sólo limita su actuación a través de la intervención obligatoria de un promotor público que será quien decidirá si existen razones jurídicas para promover la actuación de la justicia. Que la víctima pueda ser, en muchos casos, titular del bien jurídico afectado por el delito (y nunca “protegido”), tampoco quiere decir que sea titular del poder persecutorio penal.

Imaginamos que esta exigencia de lograr el acuerdo de la víctima tiene su razón de ser en la aceptación social que requiere un instituto tan innovador como éste, en el importante papel que quiere darse a la víctima, desoída durante tantos años, y en la recuperación de credibilidad que el sistema judicial ha ido perdiendo. Sin embargo, de esta forma se subordina una herramienta fundamental para la determinación de la política criminal, a la decisión de un particular.

-**Supuesto del inciso 1°)** hace referencia a los delitos de escasa lesión social, como el caso de los delitos de bagatela cuya matriz es por lo general de sustancia intrafamiliar o comunitaria, los cuales saturan al sistema penal, impidiendo la persecución de delitos de mayor gravedad. Debe considerarse que se trata de ilícitos cuya no persecución ni castigo resulta tolerable por las valoraciones sociales medias y en la medida que no se conviertan en privilegios personales.

No podrá aplicarse cuando se trate de delitos castigados con una pena privativa de libertad que cuyo máximo exceda de los tres años, lo que marca un límite objetivo.

-**Supuesto del inciso 2)** hace referencia a los casos de los delitos culposos en los cuales el autor del hecho recibío un castigo natural por la realización del mismo, como por ejemplo: el ladrón que pierde un pie o un brazo a consecuencia de un balazo que recibió cuando pretendía consumar la sustracción; o el caso del conductor ebrio que ocasiona la muerte de su hijo al perder el control del vehiculo. El daño sufrido por el autor puede ser físico, psíquico o moral grave. Este último requerirá de una valoración subjetiva del fiscal.

-**Supuesto del inciso 3)** se trata del autor que comete varios hechos y que ante la valoración de ellos la gravedad de la pena de uno hace que el menor castigo de los restantes se torne innecesario. Como ejemplo podría mencionarse el del sujeto que comete una violación de

domicilio y un homicidio, ante lo que se aplicaría el criterio de oportunidad con respecto al primero.

-**Supuesto del inciso 4)** este trata de delitos culposos y de contenido patrimonial en los que, de llevarse a cabo la conciliación entre las partes y la reparación integral del daño, resultaría procedente la aplicación de dicha medida.

Lo que se regula en la última parte del artículo en cuanto a la aplicación del principio por única vez por persona, nos resulta poco acertado ya que no encontramos razones para que no proceda nuevamente mientras se cumplan los requisitos exigidos y se encuadre en los casos enumerados en dichos incisos, ya que el delito no dejaría de ser de bagatela por el hecho de que esta persona hubiese reincidido. Esta situación podría ser considerada como derecho procesal penal de autor ya que se tiene en cuenta la reincidencia del imputado.

Se prevé, por último, que este procedimiento mínimo no es aplicable a los hechos producidos por funcionarios o empleados públicos, en el ejercicio de sus cargos o por razón de él. Esto sólo se explica si hay vinculación directa entre el hecho ilícito y la cosa pública. Pues, si la finalidad en este tipo de delito es evitar la impunidad, la relevancia del interés comprometido impide considerar la aplicación del criterio de oportunidad a estos casos.

-DEBATE SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

El ejercicio de la acción penal y, especialmente, el papel de la victima es uno de los temas centrales de la política criminal, pues atañe al sistema penal en su conjunto. En Argentina la discusión en torno al principio de oportunidad se ha ido profundizando recién en los últimos tiempos. Si bien se reconoce casi unánimemente que la pretensión de persecución total es uno de los factores de congestión del

sistema penal, la polémica gira hoy en orden a la naturaleza procesal o sustantiva de las normas que debe regular la persecución penal, lo que tiene gran importancia en nuestro país, con un régimen federal, para establecer la competencia del órgano legislativo que debe aportar la regulación normativa.

La cuestión se plantea en torno al Art. 71 del Código Penal, ya que para algunos constituye un obstáculo constitucional para que las provincias establezcan supuestos de disponibilidad de la acción penal.

Dicha norma establece la persecución penal de oficio en todos los casos y se entiende que excluye la posibilidad de que los funcionarios ejecutores de la ley puedan renunciar a su ejercicio. Tomar una postura u otra, en definitiva, significa en la práctica asumir o renunciar al diseño de una administración de justicia criminal adecuada a las necesidades locales, que es una de las responsabilidades que el art. 5º de la Constitución Nacional impone a las provincias.

Por este motivo, el movimiento reformista en Argentina ha instalado esta cuestión en el Centro del análisis y la controversia, pues los objetivos planteados en los distintos procesos de transformación del proceso penal (racionabilidad, eficacia, transparencia y justicia en las decisiones), no resultarán accesibles si no se prevé y reglamenta la disponibilidad de la persecución penal de un modo racional, reemplazando los actuales mecanismos de selección, que rigen de hecho, que se prestan a la extrema arbitrariedad y que son los que hoy conducen la práctica concreta y real de la justicia penal.

La imposición de perseguir *todos* los delitos que se cometen, incluida en el código actual sancionado en 1921, carece de antecedentes en los códigos penales nacionales anteriores, para los cuales las modalidades y oportunidad de ejercicio de la acción penal constituían materia propia de los ordenamientos procesales, tal como es la regla en los ordenamientos de Europa continental de los que abrevó nuestra legislación.

Las normas relativas al ejercicio de la acción establecidas en el código penal, sancionado en una época caracterizada por un fuerte empuje hacia la centralización de atribuciones en el Estado Nacional, no adquieren carácter sustantivo por esa sola circunstancia.

La Constitución Nacional impide a los códigos de fondo alterar *"las jurisdicciones locales"* (art. 75 inc. 12 CN). El criterio para establecer lo uno y lo otro en el tema que consideramos, no puede ser otro que la naturaleza sustancial o procesal de las normas, que competen respectivamente a la Nación o a las provincias, y no por la denominación de la ley en que se hallen.

La regulación del ejercicio de las acciones dentro del código penal implicó un exceso legislativo de las facultades delegadas, que siempre son expresas, desvirtuando el Congreso Nacional la concepción federal que exige la fórmula constitucional.

El código penal de 1887 *no incluía* el ejercicio de las acciones sino eventualmente en la parte especial, al

referirse a determinados delitos, quedando librada esta materia exclusivamente a las *leyes procesales*. En la misma línea se inscribe el Proyecto de 1881 (VILLEGAS, UGARRIZA Y GARCÍA) que no contempla el ejercicio de las acciones, consignando expresamente sus redactores que fue suprimida toda disposición relativa a los procedimientos, *ya que no era conciliable con las disposiciones constitucionales*. También el Proyecto de Peco, posterior al código vigente.

En cambio, el Código vigente reconoce como antecedente el Proyecto de 1906, que a su vez reprodujo en parte el contenido del de 1891, produciendo además un cambio sustancial ("pueden" por "deben iniciarse de oficio las acciones…."), que condicionó toda la interpretación posterior del art. 71.

A nuestro modo de ver dicho artículo es inconstitucional en cuanto entra a regular, en oposición a los artículos 75 inc 12 y 112 de la Constitución Nacional, cuestiones que las autonomías provinciales no delegaron a la congreso de la

nación, y que se reservaron expresamente. No obstante la tacha no es imprescindible, si existe una interpretación armónica que permite la subsistencia de la norma penal. Así parece apropiado pensar que en su Art. 71 el código solo esta prevaleciendo el carácter público de la acción penal como regla (principio de oficialidad), y que la acción privada y de instancia privada son las excepciones. En este sentido, Vázquez Rossi señala con rigurosidad que la letra del código no manda que siempre y-o en todos los casos y supuestos, de manera inexorable y sin discrecionalidad alguna deba actuarse. Si se acepta restringir el artículo 71 a la clasificación de las acciones penales por su titularidad, no hay obstáculo para que se entienda respetada la voluntad constituyente de librar el principio rector del ejercicio de la acción penal pública a la decisión de cada provincia.

Se ha sostenido también que el citado artículo indica que se debe “iniciar” la acción y nada más, lo que implica que el “modo” de ejercerla en concreto, esto es: su desarrollo

como pretensión y presupuesto de la imposición de una eventual sanción penal, queda librado a la regulación procesal que dicte cada provincia.

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza reconoció en el fallo “Fiscal c/ Sosa Moran, Juan Rafael y otros por daño agravado s/ casación”, la constitucionalidad del principio de oportunidad. Aquí el Dr. Salvini expresó “el principio de oportunidad en realidad juega además roles de distinto tipo, por un lado es un instrumento procesal realizador del derecho fundamental para que se defina en un plazo razonable el proceso y por otro lado es un estimulo para lograr la realización oportuna de los juicios más importantes que se encuentran en manos de los tribunales y esto evidentemente no es sustancial sino procesal”, siguiendo esta interpretación se estableció que el ministerio público debe ejercer la acción en todos los casos como indica el código penal, lo que supone que

cuando solicite el beneficio ya se ha ejercido la acción, que es la que inicia el proceso.

La decisión del fiscal de aplicar los criterios de oportunidad es un acto que necesariamente debe darse dentro de un proceso (lo que indica que ya se inicio la acción), debido a que tal actuar requiere una previa investigación de los hechos, una calificación jurídica y la comprobación de la existencia de los presupuestos que hacen viable la aplicación de tales criterios, siendo todos estos actos procesales.

Por todo lo expuesto, el art. 15 en su segundo párrafo (nuevo Código Procesal Penal de La Pampa) debería decir “continuar” en lugar de “ejercer”, ya que este último vocablo se presta a confusiones que llevan a sostener que el fiscal tiene la facultad de no iniciar el proceso.

El otro aparente escollo se encontraría en el art. 274 del Código Penal que reprime al “funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución de la represión y persecución de los

delincuentes”. Aquí no es tal el problema porque no esta dentro de la obligación del fiscal en mantener la persecución siempre e indefectiblemente, sino hacerlo en base a los criterios, deberes y facultades de los principios y garantías propios del sistema penal, plasmado también en la normativa orgánica que lo rige. Si dentro de esos criterios, deberes y facultades el legislador coloca previsiones especiales donde el fiscal esta facultado u obligado a deponer la acusación, estará actuando dentro de la obligación de su cargo.

En un sistema donde impere la oficialidad y la legalidad en la promoción y ejercicio de las acciones penales sin admitirse otras excepciones que las previstas en el propio Código Penal, el agente fiscal que solicitaba la suspensión de la persecución penal argumentando criterios de discrecionalidad política y el juez que lo concedía podría incurrir en el tipo referido. Se implementa el principio de oportunidad por la simple razón de coherencia en el

ordenamiento jurídico en general que no puede facultar por un lado lo que prohíbe el otro.

CONCLUSIÓN.

Como hemos expresado, en línea con el pensamiento de reconocidos doctrinarios, interpretamos que el debate sobre la manera en que puede llegarse a un mejor funcionamiento en la administración de justicia, debe partir de las bases establecidas por la Constitución Nacional, desde cuya ubicación podrán darse las soluciones, que por supuesto no serán mágicas, ni debe pensarse que darán por tierra con todos los inconvenientes que en la actualidad traban su desarrollo, pero al menos encausarán su accionar incorporando a su manejo, las modernas concepciones relativas a este tema que en nuestro País tiene especiales características.

Esto en gran medida permitirá adecuar la actual normativa penal a la génesis del pensamiento que los constituyentes originales trataron de imprimir a nuestra Carta Magna, que por error o por un acentuado interés centralista fue desvirtuado con la sanción de leyes que no respetaron o,

dicho con mayor indulgencia, no lo interpretaron correctamente.

Esto así, corresponde en consecuencia, pensar decididamente en analizar con el mayor celo y conocimiento nuestras leyes penales sustantivas, enmarcando dicho análisis en nuestra realidad como país federal, con el necesario respeto hacia la autonomía que la constitución observa hacia los estados provinciales, que por otra parte han dejado de ser hace mucho tiempo los necesitados del paternalismo centralista que ha quedado impreso en las normas penales (y otras) que se encuentran vigentes.

Este análisis que proponemos deberá llevar necesariamente a la modificación de esas normas, siguiendo ejemplos valederos que el derecho comparado puede aportar, sin caer en el exceso de copiar regímenes que por nuestra propia idiosincrasia resultarían impropios y acarrearían más problemas que soluciones.

Se podrá decir con acierto, que estas reflexiones volcadas en un trabajo con incipiente contenido científico, hacen aparecer a la cuestión como un simple trámite consistente en la modificación de algunas normas. Es necesario entonces manifestar que estamos contestes de las dificultades que deberán sortearse, pero además confiamos en la amplitud de pensamiento que han demostrado, tanto los doctrinarios como los juristas con que cuenta “el interior del país”, que han dado con creces, muestras que es posible implementar políticas aplicables en función de modalidades distintas, que se dan en nuestro País que pretende ser federal como lo dispone la ley fundamental, sin desvirtuar por ello el principio de igualdad ante la ley establecido en la misma.

Como lo han expresado grandes maestros del Derecho, esta es una ciencia que se caracteriza por su dinamismo y que si ello no es tomado en consideración, la arbitrariedad y la injusticia se adueñan de los sistemas judiciales sin que sus protagonistas lo perciban hasta que su evidencia

obligue a pensar en un cambio. Sin duda entonces que la actual línea de pensamiento de numerosos doctrinarios y juristas, inclinada a mirar con detenimiento las normas constitucionales para procurar el encuadramiento de nuestras leyes sustantivas a las mismas, dará lugar también a la modificación de nuestra estructura judicial.

Pensamos que el debate ya ha sido planteado, ya que varias provincias, entre ellas La Pampa, han incorporado a sus códigos procesales el principio de oportunidad, interpretando que ello no implica alterar disposiciones constitucionales, sino todo lo contrario, reivindica el derecho de los estados provinciales, de disponer sobre los procedimientos a seguir en su jurisdicción.

Resta ahora, mantener el entusiasmo, la dedicación y la perseverancia necesarios que permita involucrar a quienes interesa avanzar hacia una concepción de la administración de justicia verdaderamente realista, actual y ajustada a los preceptos constitucionales.

Se debe dar entonces a nuestra vapuleada administración judicial y a quienes son sus auxiliares fuera de ella, la oportunidad de demostrar que es posible mejorar a partir de la modificación, también de fondo, de un sistema penal que prácticamente obliga a la persecución prioritaria del más débil.

Concluimos pues que tantas veces repetido axioma de “volver a las fuentes” no sólo que no es malo, sino que es necesario en este caso y que de algún modo quienes han optado por el estudio de la ciencia del Derecho, nosotros entre ellos, deberán participar activamente en esta tarea que sin duda está pendiente.

BIBLIOGRAFIA.

- **Julio B. J. MAIER**, Derecho Procesal Penal, Tomo I, ed. Del Puerto srl, 2ª edición 3ª reimpresión, año 2004.
- **Justo LAJE ANAYA**, Estudios de Derecho Penal 1, ed. Marcos Lerner.
- **José CAFFERATA NORES,** Introducción al Derecho Procesal Penal. Marcos Lerner Editora Córdoba, Año 1.987.

"*El Principio de Oportunidad en el Derecho Penal Argentino. Teoría, realidad y perspectivas*", en Nueva Doctrina Penal, t. 1996.

- **Alberto Antonio SPOTA,** Análisis de la viabilidad constitucional del principio de oportunidad en el ámbito penal. N° 11. Ponencia a las XII Jornadas Nacionales de Derecho Penal.
- **Julio B. MAIER**, "*La víctima y el sistema penal*", en De los Delitos y las Penas.
- **Mauricio DUCE, Cristian RIEGO**, "*Introducción al nuevo sistema Procesal Penal*", año 2002.

- **Fabricio GUARIGLIA**, "*Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad"* , en Doctrina Penal, Año 1993.
- **David BAIGUN**, "Garantías, medidas cautelares e impugnaciones en el proceso penal"
- **Esteban RIGHI**, "Teoría de la Pena", Ed. Hammurabi, año 2001.
- **Teresa ARMENTA DEU**,"Estudio sobre el Proceso Penal", Coordinador Edgardo A. DONNA, año 2008.
- **Jorge A. CLARIÁ OLMEDO**, "Derecho Procesal Penal", Tomo I, Ed. Rubinzal-Culzoni, año 1998.
- **Edgardo Alberto DONNA**, Revista de derecho Procesal Penal, "La actividad procesal del ministerio público fiscal".
- **Pablo José DESCALZI**, Revista del colegio de Abogados y Procuradores de la Provincia de La Pampa, N| 75, año 2008.

Páginas Web Consultadas:

www.cejamericas.org

www.laleyonline.com.ar

www.pensamientopenal.com.ar

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN ----------pág. 01

CAPÍTULO I

Modelo Inquisitivo vs. Modelo Acusatorio ----------pág.03

CAPÍTULO II

Principio de Oportunidad. Concepto y alcance -------pág. 16

Institutos Introducidos al Sistema Penal Argentino que Responden a Este Principio ---------- pág. 20

Criterios de Oportunidad en el Nuevo Código Procesal Penal de La Pampa ---------- pág. 22

Debate Sobre la Constitucionalidad del Principio de Oportunidad ---------- pág. 31

CONCLUSIÓN ---------- pág. 41

BIBLIOGRAFÍA ---------- pág. 46

INTEGRANTES:

BADILLO, Francisco José, C.E. 7.364.009

TARDITI, Magalí Marilina, DNI 31.613.496

VALDERRAMA CALVO, María Andrea, DNI 32.614.689