

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA

Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas

Seminario Sobre Aportaciones Teóricas y Técnicas Recientes

TITULO: El principio de oportunidad

Alumno: Corti, María Cecilia
González, Cristian Andrés
Bruno, Sebastián

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

Encargado de curso Prof: Marull, Francisco

Año que se realiza el trabajo: 2008

**SEMINARIO SOBRE APORTACIONES TEORICAS Y TÉCNICAS
RECIENTES.-**

**I- El principio de oportunidad: una herramienta para solucionar la
ineficacia del sistema penal.**

Introducción:

La idea rectora para la confección del presente trabajo se encuentra signada por la gran acumulación de expedientes penales que existen en los diferentes Tribunales del país - sean estos de fuero ordinario o de excepción – y, que hacen que gran parte de la sociedad vea a la justicia penal como un poder del estado que presenta como sus notas mas distintivas: la lentitud y poca eficacia para la resolución de los conflictos que se ventilan en la misma.

En base a ello hemos decidido adentrarnos en el estudio del principio de oportunidad a los fines de determinar si su implementación y aplicación puede servir para brindar un mejor servicio de justicia, sin que se avasallen principios fundamentales contenidos en nuestra Carta Magna y en los Tratados Internacionales que legalmente se han incorporado a ella (art. 75 inc. 22 C. N.).

Para la realización del trabajo se tomo como base de cotejo el proyecto del nuevo Código Procesal de la Nación, como así también se analizaron los Códigos Procesales de Costa Rica, Guatamela y Perú y, a nivel local, los Códigos Procesales de Chubut y Mendoza.

II- Diferentes definiciones del Principio de Oportunidad.

“El principio de oportunidad significa la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos temporal o definitivamente, condicionada o incondicionalmente, por motivos de utilidad o razones político criminales”
(1).

“(…) como la posibilidad que tienen los órganos encargados de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o delimitaba en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aún cuando concurren las condiciones para perseguir y castigar” (2).

III- El dilema legalidad-oportunidad ¿debe ser materia de regulación del derecho penal o del procesal penal?.

Si realizamos un análisis teniendo en cuenta el derecho comparado veremos que en general los países que legislan el ejercicio de las acciones y especialmente las condiciones y excepciones para su ejercicio lo hacen en los ordenamientos procesales.

Ahora bien, en la legislación actual vemos que los artículos 71 y siguientes del Código Penal Argentino son los encargados de establecer las condiciones vinculadas al ejercicio de las acciones.

Así, el art. 71 del Código de fondo reza: “Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes:

1- Las que dependieren de instancia privada;

2- Las acciones privadas.”.

En aras de justificar la decisión de que la acción penal se encuentre regulada en el código de fondo se intentó entablar una pugna entre el principio federal plasmado en la no delegación de la potestad legislativa procesal y el principio de igualdad ante la ley (art. 16 de la C.N.), argumentado a modo de ejemplo que el principio de igualdad exige que dos ciudadanos argentinos que residen en provincias vecinas deban recibir idéntico tratamiento al considerarse su derecho excarcelatorio.-

Esta demanda de igualdad sin embargo fue fuertemente cuestionada por gran parte de la doctrina, así Alberto Binder sostiene: “Sin duda en todo régimen federal el problema de la desigualdad en la aplicación de la ley es un problema intrínseco a la propia estructura federal (...) Para ello existe un órgano encargado de preservar la aplicación igualitaria de las normas constitucionales y en especial de los derechos individuales, que es la Corte Suprema de Justicia Nacional, y un recurso que sirve especialmente para poner en manos de los litigantes el remedio para esas situaciones, que es el

recurso extraordinario. Por lo tanto, el argumento de la desigualdad es aplicable a muchas otras instituciones y es un problema central de los regímenes federativos que no tiene por qué influir específicamente en la regulación de la acción” (3).-

Asimismo y, en igual posición, el Profesor Eugenio Zaffaroni ha sostenido al analizar el peligro de asimetría que produce la libre regulación procesal por cada jurisdicción, concluyendo: “no es posible salvar siempre la coherencia legislativa y sacrificar a ésta el principio federal, porque se llegaría a su cancelación. Por ende, se impone concluir que en el sistema federal argentino existen asimetrías, porque la Constitución no admite que, para salvar la coherencia entre ambas, se sacrifique el principio federal, que tiene prioridad, por ser principio rector del texto” (4).-

Del análisis reseñado se advierte palmariamente que el principio federal es el eje rector de toda interpretación constitucional en materia competencial y que las decisiones sobre cuándo iniciar, interrumpir, suspender o cesar el ejercicio de la acción penal pública deben ser materia regulada por los Estados Provinciales.

En este entendimiento el nuevo proyecto del Código Procesal Penal de la Nación se hace eco de esta situación y en su artículo 9 establece: “La acción penal pública se ejercerá por el Ministerio Público Fiscal, sin perjuicio de las facultades que este Código le confiere a la víctima. El

Ministerio Público Fiscal deberá iniciarla de oficio, siempre que no dependa de instancia privada ...”.

Asimismo, en su artículo 12 regula expresamente el principio de oportunidad. Dicho artículo menciona que: “En los casos expresamente autorizados por el Código Penal, el fiscal, en dictamen fundado, y en cualquier momento previo a formular la acusación, podrá plantear al juez la no promoción o el cese del ejercicio de la acción penal, total o parcialmente.

La solicitud será comunicada por el juez a la víctima (...) Si el juez admitiere la solicitud, declarará extinguida la acción penal con respecto a la persona en cuyo beneficio se dispuso (...) Si el juez no admitiere la solicitud, requerirá la opinión del fiscal superior, la cual, si es coincidente con la del fiscal a cargo del caso obligará al juez a resolver en la forma peticionada. (...) Cuando la víctima manifestara su voluntad de instar la persecución penal y el fiscal no continúe el ejercicio de la acción penal, aquélla podrá promover la correspondiente querrela, dentro del plazo de SESENTA (60) días desde la comunicación de la decisión del juez que convierta la acción pública en privada, bajo apercibimiento de dictarse el sobreseimiento del imputado”.

Vemos aquí la importancia que adquiere el fiscal –ya que puede no promover el ejercicio de la acción penal en determinados casos expresamente autorizados-, como así también la víctima, quién en primer

lugar debe ser notificada por el juez de la negativa del fiscal en promover la acción y, en segundo lugar, tiene derecho a promover dentro del plazo de 60 días, la correspondiente querrela en caso de que el fiscal desista de la persecución.

Por último, y en sintonía con esta tendencia, consideramos que la Constitución Nacional al disponer en su art. 5 que: “Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, ...”, otorga a las provincias las facultades de creación y establecimiento de tribunales, como así también la asignación a éstos de competencias y el dictado de los códigos procesales respectivos donde, como venimos sosteniendo, debiera estar regulada el ejercicio de la acción penal, ya que de lo contrario por un lado se conspira contra la autonomía de que gozan las provincias y, por el otro, se crean serias dificultades de aplicación en el ejercicio de la acción penal por las disparidades económicas, de población y hasta de idiosincracia que existen entre las provincias de la República.-

IV- Principio de oportunidad vs. Principio de Legalidad.

El actual sistema de enjuiciamiento penal, de notable naturaleza inquisitiva, ha sido uno de los factores más importante que ha llevado a la crisis que padece el sistema penal actual.

Debemos remontarnos al año 1992 para encontrar la última gran reforma procesal penal -Ley 23.984-, que puso en vigencia el actual Código Procesal Penal de la Nación, destacándose como punto saliente la instalación del juicio penal oral y público en los tribunales nacionales.

Sin perjuicio de que resulta innegable el éxito que generó la oralidad en la etapa del plenario, es bueno advertir que el transcurso del tiempo y el incremento delictivo, entre otras cuestiones, hizo necesario una nueva reforma estructural.

No se debe perder de vista que luego de la reforma del año 1992 solo se introdujeron varias reformas “parciales” al Código.

Los problemas actuales que se advierten como mas importantes podríamos agruparlos en tres ítems a saber: a) duración excesiva de los procesos, b) la figura del Juez como “hombre orquesta” en la Instrucción, c) la existencia de un complejo y entramado régimen recursivo y de nulidades.

En este sentido nos encontramos con procesos eternos, donde los jueces buscan y valoran sus propias pruebas, donde existe una desatención extrema hacia las víctimas de los delitos y, donde la sanción penal de privación de la libertad, opera casi como una única salida para las personas que cometen ilícitos, lo que hace que el actual sistema se torne totalmente ineficaz y que deba ser modificado.

En este entendimiento se han generado procesos de reforma que han alcanzado a varios países de América Latina, a varias provincias

argentinas y, como se dijera, también existe el proyecto de reforma del Código Procesal Nacional. En todos los casos se establece, entre otras cuestiones, criterios de oportunidad que se imponen principalmente por razones de utilidad pública o interés social.

La totalidad de autores que avalan este principio son contestes en afirmar que no se puede perseguir ante la existencia de una “notitia criminis”, la totalidad de delitos.

A raíz de ello, siempre se hace una selección y la pregunta que debe plantearse es cómo se realiza la misma. En la gran mayoría de los casos se arriba a conclusiones similares, afirmando que existe una gran cifra negra de delitos que directamente no llegan al sistema. En este sentido existe una diferencia porcentual muy importante entre delitos cometidos y denuncias que llegan a la justicia. Asimismo, consideramos aún más preocupante la denominada “cifra dorada” o “ámbito de disponibilidad negra” del delito, siendo éstos casos que llegan al sistema pero se utiliza la aplicación de criterios de oportunidad selectivos, los cuales no se encuentran regulados en ningún ordenamiento procesal y generalmente para su utilización se toman en cuenta, en algunos casos, el tipo de delito y, en otros, la calidad de su autor, lo que si resulta gravemente estigmatizante y lesivo al principio de igualdad ante la ley (art. 16 C.N.).

El principio de oportunidad en palabras de Alberto Bovino: “es un mecanismo dirigido a reducir la actividad procesal y a otorgar una salida

alternativa a la sanción penal. Se pretende beneficiar la situación del imputado, satisfacer los intereses de la víctima, posibilitar la aplicación de medidas preventivo-especiales y, por último, reducir la carga de trabajo de la justicia penal” (5).-

Por su parte, José I. Cafferata Nores determina que la finalidad del instituto en estudio: “... persigue facilitar –en infracciones menores- la resocialización de delincuentes primarios y la reparación de la víctima, a través del cumplimiento de ciertas condiciones, evitando recurrir a la inútil estigmatización de una condena penal”(6).

En la vereda opuesta a este noble principio se encuentra el principio de legalidad que se estructura sobre la base kantiana de convicción ética que establece que todos los delitos deben ser investigados, juzgados y castigados judicialmente para restaurar el imperio del Derecho vigente, desafiado por el comportamiento ilícito. Es compatible con las teorías absolutas de la pena y pretende dar solución a todos los casos justiciables a través del proceso, brindando igualdad de tratamiento a los individuos y respeto a la división de funciones o Poderes en el estado de Derecho, persiguiendo con ello lograr en la comunidad un punto de equilibrio que haga factible la justicia para los hombres y la seguridad de los bienes tutelados por el ordenamiento legal (7).

V- Oportunidad libre y Oportunidad reglada.

Hoy en día coexisten en el mundo dos tipos de modelos ampliamente conocidos. Uno de ellos es el de oportunidad libre, en el cual la oportunidad es la regla elevada a principio rector de la persecución penal, este sistema es propio de los países anglosajones, pudiendo citar, por ser el ejemplo más conocido, el principio que rige en los Estados Unidos.-

En este sistema el respeto irrestricto al principio de oportunidad implica que los fiscales, titulares de la acción pública, ejercen facultades persecutorias con una discrecionalidad ilimitada, en algunos casos casi llevada al borde del descontrol.

Se debe tener presente que la imagen que se tiene del proceso penal americano, en el sentido de que el acusado sólo puede ser condenado por un jurado luego de un proceso contradictorio, en el que la defensa puede discutir con el Ministerio Público acerca del fundamento de la acusación, sólo tiene un valor simbólico. La realidad demuestra que en más del noventa por ciento de los casos criminales, ese juicio previo a la decisión no tiene lugar (8).

En un primer momento la declaración del inculpado en un proceso penal americano no eximía al Estado de celebrar el juicio oral con todas las garantías (caso “Wigh v. Rindskop”, año 1877), pero debido a lo costoso de la tramitación de los juicios y el tiempo que insumía su sustanciación, comenzó a imponerse la concepción contraria.

Resulta necesario destacar que en este sistema, el carácter ejecutivo de la persecución penal deriva del poder genérico para ocuparse de la aplicación de las leyes, que de acuerdo al artículo II de la Constitución Federal de los Estados Unidos, corresponde al Poder Ejecutivo. Consecuentemente, la posibilidad de que las decisiones del fiscal puedan ser controladas por un órgano ajeno al Poder Ejecutivo representaría un problema constitucional, vinculado al principio de la división de poderes (9).

El “Plea of guilty” es una declaración que implica reconocimiento de culpabilidad, pudiendo ser prestada ante el tribunal por el propio imputado o su defensor.

El reconocimiento de culpabilidad que haga el imputado del delito, implica en el sistema americano, una renuncia expresa a derechos fundamentales, como por ejemplo a ser juzgado por un jurado, a tener un careo con testigos que puedan declarar en su contra, a examinar públicamente el fundamento de la acusación, a la presunción de inocencia.

Para la aceptación del “guilty plea” es necesario un acuerdo celebrado por escrito y que debe constar en los autos procesales, como así también el acusado debe comprender los cargos que se le imputan, la pena del delito y las consecuencias que trae aparejadas.

Con respecto a la presencia del defensor en el acuerdo, ésta resulta necesaria, salvo supuestos excepcionales en los cuales el acusado haya dado muestras de conocer las consecuencias de su admisión.

Otro punto a destacar es que el acusado no tiene derecho a negociar su plea, esto quiere decir que si el Fiscal no quiere negociar, el acusado no tiene recursos para impedirlo.

Con respecto a la participación del Juez, debemos tener en cuenta que la misma resulta muy escueta, ya que veremos que los magistrados no participan en las negociaciones que llevan adelante las partes. En este sentido la Rule 11 de las Federal Rules of Criminal Procedure lo prohíbe expresamente, aunque algunos Estados como por ejemplo el de Florida admiten la participación del juez.

En prieta síntesis, el juez se convierte en un mero ratificador de lo que las partes han convenido, expropiándole en verdad su carácter de órgano decisor (10).

El otro modelo -oportunidad reglada-, se adopta en el sistema continental europeo, en general en los países que siguieron tradicionalmente el principio de legalidad en la persecución pública, permitiendo en algunos casos definidos por la ley, prescindir de la persecución penal pública obligatoria.

En definitiva se parte del principio de legalidad adoptándose criterios de oportunidad en determinadas excepciones en que la obligatoriedad pueda ser dejada de lado por el Ministerio Público, pero ello debe estar siempre reglado y no existe la discrecionalidad imperante en el sistema anglosajón.

En base a lo expuesto y, siguiendo al Profesor Cristian Salas Beteta, haremos una enunciación de los requisitos que se deben tener en cuenta para la aplicación de este principio, ello tomando en forma general, los sistemas donde se ha implementado:

a) Convencimiento de que se ha cometido un delito: es decir que de la investigación surjan suficientes indicios sobre la existencia del delito y la vinculación del denunciado en su comisión; caso contrario, deberá archivarse definitivamente.

b) Falta de necesidad de pena: se da en aquellos casos en que el imputado ha sido afectado gravemente, sea física o psicológicamente, a consecuencia del delito que él mismo provocó, consecuentemente ya no sería necesario aplicar una pena.

c) Falta de merecimiento de pena: que el delito sea insignificante o poco frecuente y, que a su vez, estos no afecten gravemente el interés público (también llamados delitos de bagatela o de poca monta), donde la pena privativa de libertad debe ser leve.

d) Mínima culpabilidad: cuando se presenten circunstancias atenuantes que permitan una rebaja sustancial de la pena, vinculada entre otros factores, a los móviles y finalidad del autor, a sus características personales, a su comportamiento luego de la comisión del delito, con exclusión de la confesión. Se tendrá en consideración, además, aquellos supuestos vinculados a las causas de inculpabilidad incompletas, al error (de tipo y de

prohibición vencibles y comprensión culturalmente condicionada disminuida) y al arrepentimiento sin éxito; la contribución a la perpetración del delito será mínima en los supuestos de complicidad secundaria.

e) Consentimiento del imputado: el imputado debe prestar su consentimiento expreso para la aplicación del principio de oportunidad, a fin de iniciarse el trámite correspondiente, dicha circunstancia no implica la aceptación de su responsabilidad o culpabilidad en el hecho que se le imputa, puesto que de lo contrario se estarían vulnerando principios básicos como el derecho de defensa y la presunción de inocencia.-

f) Exclusión de funcionarios públicos: en ningún caso puede aplicarse estos supuestos con funcionarios públicos en ejercicio de su cargo. Es decir está expresamente excluido el imputado que sea funcionario público y el delito cometido que haya sido cuando se encontraba en ejercicio de una función pública.

g) Obligación de pago: a modo de ejemplo vale citar lo que establece el art. 2 del Código Procesal del Perú respecto al tema que nos ocupa: “El Ministerio Público, con consentimiento expreso del imputado, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos: 1) (...); 2) cuando se tratare de delitos que por insignificancia o su poca frecuencia no afecten gravemente el interés público (...); 3) cuando la culpabilidad del agente en la comisión del delito (...) sean mínimos (...). En

los supuestos previstos en los incisos 2) y 3) será necesario que el agente hubiera reparado el daño ocasionado o exista un acuerdo con la víctima respecto de la reparación civil”. Es decir que para la aplicación del principio de oportunidad se debe dar como uno de sus presupuestos la reparación del daño o un acuerdo respecto de la reparación civil entre el imputado y la víctima, a la par de ello los delitos no deben afectar gravemente el interés público y deben ser mínimos o popularmente conocidos como “delitos de bagatela”. En sintonía con esta postura el proyecto del nuevo Código Procesal Argentino establece en los arts. 14 y 15 instancias de conciliación y reparación entre imputado y víctima.

VI- Criterios de Oportunidad en el Sistema Penal Argentino.

Durante los últimos años dentro del sistema penal argentino se han introducido de forma aislada distintos criterios de oportunidad que iremos enunciando, desarrollando y marcando sus principales características a saber:

a) Suspensión del Juicio a Prueba: se encuentra regulado en el art. 76 bis del C. P., este instituto presenta dos objetivos que se encuentran bien delimitados, en primer lugar intenta quitar del sistema penal, por su poca importancia, ciertos delitos para los que se establece una pena privativa de la libertad determinada; y en segundo término, descongestionar la administración de justicia, permitiendo el reordenamiento más racional de

los recursos con los que cuenta el sistema, todo ello a los efectos de dotarlo de mayor eficacia y eficiencia.

¿La “probación” es equiparable a una pena? Este punto es muy importante ya que si la consideramos una pena evidentemente se la está aplicando antes de una sentencia, violándose de esta manera el principio constitucional de que nadie puede ser penado sin juicio previo.

Este conflicto según una parte de la doctrina, nace de la suspensión del juicio a prueba, no de la suspensión de la sentencia condenatoria, toda vez que en este caso, si se tramitó íntegramente el juicio y lo que se suspendió fue la ejecución de la sentencia condenatoria.

b) Juicio Abreviado: una simple lectura del art. 431 bis del C. P. P. N. nos permite determinar que el fin rector que se tuvo en cuenta fue descongestionar la acumulación de asuntos penales a la espera del juicio, ello cuando se logra un acuerdo entre el Ministerio Público Fiscal, el imputado y su defensor, respecto de los hechos delictivos y la pena a aplicar.

Una de las objeciones que se le hace a este instituto es que veda al Juez –en el caso de delitos correccionales- o, al Tribunal –en casos de delitos criminales- de la posibilidad de discrepar en los hechos, calificación legal, responsabilidad penal y pena, con lo acordado por las partes (Ministerio Público Fiscal e imputado y defensor).

Asimismo, y al no llevarse a cabo el juicio propiamente dicho donde debe estar presente la acusación, defensa y prueba para poder dictarse una sentencia, muchos autores consideran que se encuentran violadas las garantías establecidas en el artículo 18 de la C.N., relacionadas al debido proceso y defensa en juicio, obsérvese, y no resulta ser un dato menor, que en los acuerdos referidos a delitos criminales las penas aplicables son de efectivo cumplimiento e implican el encarcelamiento de la persona.

c) Ley 23.737 (estupefacientes): el artículo 18 prevé la posibilidad de la suspensión del proceso a favor del imputado adicto al estupefaciente que acepte someterse a un tratamiento, asimismo el artículo 21 establece que para el caso de tratarse de un principiante o experimentador, el juez por única vez puede sustituir la pena por una medida de seguridad educativa en la forma y modo de que judicialmente se determine.

Los artículos mencionados precedentemente se pueden aplicar en el caso de que el Juez considere inequívocamente que la sustancia incautada es para uso personal (art. 14, 2º párrafo, de la Ley 23737).

El fin jurídico de la ley es la protección de la “salud pública” en general, siendo un delito de peligro abstracto, pero el caso del art. 14, 2º párrafo, de la Ley 23.737 no supone un interés general, en tanto y en cuanto el material estupefaciente permanezca en la esfera privada de la persona, debido a ello muchos autores, con razón, consideran al artículo inconstitucional.

d) Ley 24.769 (Régimen penal tributario): En su artículo 16 prevé la

extinción de la acción penal en el caso de los delitos de evasión simple relativos al pago de tributos al Fisco Nacional (art. 1) y de evasión simple de los recursos del Sistema de Seguridad Social de la Nación (art. 7), para el infractor que acepte y satisfaga la pretensión fiscal o previsional, quedando excluidos todos los otros, entre ellos la evasión agravada (arts. 2 y 8 de la mencionada Ley). Se trata de una excusa absolutoria, dado que el accionar evasivo está en principio acreditado para los organismos de recaudación, pero la incriminación y castigo son resignados en función del pago de la obligación fiscal. En opinión minoritaria algunos autores argumentan que esta figura fue creada por el Estado en su propio beneficio, basándose en un criterio oportunista y con un único objetivo, conseguir recaudar con rapidez y en mayor medida.-

e) Artículo 132 del Código Penal: se prevé la causal extintiva de la acción penal con el “avenimiento” entre la víctima y el imputado. El avenimiento es una institución de “conciliación”, tratándose de una causal de extinción de la acción, y no de la pena. También el artículo prevé el caso de la aplicación y suspensión del proceso a prueba de los arts. 76 ter y quater.

Para la convalidación del avenimiento se deben verificar los siguientes extremos: a) que la víctima sea mayor de 16 años; b) que la propuesta haya sido libre y voluntariamente formulada por aquélla; c) que preexista una relación afectiva entre las partes, y d) que resulte el modo más efectivo de armonizar el conflicto.

Como vemos estos criterios de oportunidad fueron introducidos por los legisladores de manera aislada ya sea en la legislación penal, procesal y en leyes especiales, respondiendo, en la mayoría de los casos, a necesidades que se daban en el momento, ejemplo de ello es el Juicio Abreviado que se implementó ante la imposibilidad de los Tribunales de realizar debates con el concerniente peligro de que de muchas causas en trámite se prescriban.-

VII- El Rol de la Víctima en el principio de oportunidad.

Un punto a destacar es el papel preponderante que adquiere la víctima en el principio de oportunidad. Así, vemos que en los diferentes ordenamientos procesales analizados a la víctima se le da la posibilidad de conciliar y llegar a un acuerdo con el imputado.

En este sentido en el nuevo proyecto del Código Procesal Penal de la Nación la conciliación se encuentra expresamente prevista en su artículo 14 donde se establece: “En los casos expresamente autorizados por el Código Penal, el imputado y la víctima podrán realizar acuerdos conciliatorios (...) La acreditación del cumplimiento del acuerdo extinguirá la acción penal, mientras tanto el legajo será archivado ...”.

También, en su artículo 15, se encuentra prevista la reparación integral del perjuicio. En este caso será el imputado quién deba solicitarlo y no podrá ser propuesta después de dictado el auto de apertura del juicio oral.

Estas propuestas logran que se redescubra a la víctima y encuentran su relación con las distintas propuestas de atenuación e incluso de exención de responsabilidad del autor en función de una posible reparación material del daño causado.

El poder de la voluntad de la víctima sobre la penal estatal, representada por sus facultades para inhibir la actuación del sistema penal, total o parcialmente, y la configuración de la pena misma o de sus fines, es lo que se conoce como reparación como tercera vía del derecho penal (11).

Lo que se propone es la reparación del daño como el instrumento realizador de una tercera vía del Derecho Penal, junto a las penas y a las medidas de seguridad. La reparación obtiene legitimación político-criminal en el principio de subsidiariedad y en la necesidad de sustituir o de atenuar la pena sin resignar la realización de los fines de la pena para responder a las necesidades de la víctima (12).

En suma vemos que en los últimos años muy lentamente la víctima va adquiriendo un papel importante en la resolución de conflictos, principalmente en los de casos de delitos que registran penas mínimas.

VIII- Diferenciación entre los criterios de oportunidad y el principio de oportunidad reglada.

Por último, y antes de adentrarnos en las conclusiones finales del trabajo, es preciso establecer la diferencia existente entre el principio de

oportunidad en sentido estricto y los criterios de oportunidad que oportunamente se estuvieron analizando. El principio de oportunidad, según la unánime doctrina, está dado para que el Ministerio Público Fiscal lo utilice como una herramienta para racionalizar, ordenar y planificar una política persecutoria en materia penal; los criterios de oportunidad analizados son mecanismos aislados que fueron introducidos por los legisladores para la simplificación de determinados conflictos penales, y que en algunos casos –artículo 14, segundo párrafo, de la Ley 23737-, presentan una dudosa constitucionalidad.-

CONCLUSION:

En base al trabajo expuesto creemos que la implementación del principio de oportunidad en el régimen procesal reviste una vital importancia para: a) descongestionar y agilizar, en algunos casos, el sistema penal, b) descriminalizar hechos menores.

Sin perjuicio de ello debemos confesar que la sola implementación de este principio no logrará dar rápidas y efectivas respuestas a todos los inconvenientes que presenta el actual sistema procesal penal, resultando a nuestro criterio, sólo un “remedio” útil que ayudará a calmar el dolor, pero en definitiva no llegará a quitar la enfermedad.

Desde nuestro punto de vista creemos que el verdadero camino para la solución de la problemática penal reside en una serie de medidas a saber:

a) un gran cambio en la legislación procesal –que desde hace un tiempo pareciera que se viene forjando, en los que se deberá incluir la implementación del principio de oportunidad, la oralidad en la instrucción, un nuevo régimen recursivo y de nulidades y la creación de la figura del Juez de Garantías y del Fiscal de Investigación, entre otros-; b) la aplicación de otro principio del derecho de extraordinaria importancia, el principio de subsidiariedad o comúnmente conocido como de intervención penal mínima, que entiende la aplicación del Derecho Penal como último recurso frente a una situación de conflicto.

No debemos perder de vista que el Derecho Penal debe intervenir como ultima ratio, cuando las demás formas de resolución de conflictos fracasen es decir sanciones administrativas, mediación, conciliación, etc.

Es de fundamental importancia la vigencia de lo que numerosos autores llaman “núcleo duro” del Derecho Penal, conformado por las conductas que constituyan una gran dañosidad social y lesividad, y, a medida que éstas conductas se alejen de ese núcleo duro, buscar la solución por otros instrumentos de control social; para ello darle una participación activa a la víctima -que pareciera ser que a resurgido en los últimos tiempos- será de vital importancia y ello favorecerá la cultura de la conciliación, en contrapartida con la cultura imperante en nuestros días que es la cultura del litigio.

- 1- MAIER, JULIO. “DERECHO PROCESAL PENAL ARGENTINO”, Bs. As., Hammurabi, 1997, T-b, p. ss.
- 2- CAFFERATA NORES, JOSE I.: “INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL PENAL”. Marcos Lerner, Editora Córdoba, Año 1987, pág. 12.
- 3- BINDER, ALBERTO M., “INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL PENAL”, 1999, Ed. Ad-Hoc, pag. 216.
- 4- ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR. “DERECHO PENAL PARTE GENERAL” Ediar, año 2000, pág. 160.
- 5- BOVINO, ALBERTO – HURTADO, CHRISTIAN “PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y PROCESAO DE REFORMA EN AMERICA LATINA. ALGUNOS PROBLEMAS DE POLÍTICA CRIMINAL”. Ponencia presentada en el XIV Congreso de Derecho Penal y Criminología, año 2002.
- 6- CAFFERATA NORES, JOSÉ I. “CUESTIONES ACTUALES SOBRE EL PROCESO PENAL”, pág. 32.
- 7- CHIARA DÍAZ, CARLOS ALBERTO, “LEY PENAL TRIBUTARIA Y PREVISIONAL N° 24.769”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1997, pag. 307.
- 8- CARRIÓ, ALEJANDRO, “EL ENJUICIAMIENTO PENAL EN LA ARGENTINA Y EN LOS ESTADOS UNIDOS”, ed. Eudeba, 1990, pag. 98 y ss.

9- BOVINO, ALBERTO, "LA PERSECUCIÓN PENAL PÚBLICA EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN", *Revista Pena y Estado*, n.II, "Ministerio Público", 1997, pag. 35 y ss.

10- BARONA VILLAS, SILVIA, "LA CONFORMIDAD EN EL PROCESO PENAL", *Tirant Lo Blanch*, Valencia 1994, pág. 156.

11- CONF MAIER JULIO, "DE LOS DELITOS Y DE LAS VÍCTIMAS. LA VÍCTIMA Y EL SISTEMA PENAL". Ed. Ad-Hoc. 1992 pág. 187.

12- CONF. ROXIN, CLAUS, "LA REPARACIÓN EN EL SISTEMA DE LOS FINES DE LA PENA", en A.A.U.U., *de los delitos y de las víctimas*, pág. 324.

María Cecilia CORTI

Cristián Andrés GONZÁLEZ

Sebastián BRUNO