

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA

FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS Y JURIDICAS

Seminario sobre Aportaciones Teóricas y Técnicas Recientes

TITULO: "El Principio de Oportunidad"

Apellido y Nombre de los alumnos: Marcelo Fabián MIGLIO

Cristian Luján MEDERO

Jorge Alberto EPIFANIO

ASIGNATURA: Derecho Procesal Penal I

PROFESOR: Dr. José María MEANA

AÑO: 2.008

SUMARIO:

CAPITULO I - NOCIÓN GENERAL DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD;

CAPITULO II - CASOS EN QUE PROCEDE EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD;

CAPITULO III - CRITERIOS DE OPORTUNIDAD ESTABLECIDOS EN NUESTRA LEGILACIÓN;

CAPITULO IV – LA RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD A NIVEL INTERNACIONAL.

CAPITULO V- LA REFORMA PROCESAL PENAL EN LA PAMPA

CAPÍTULO PRIMERO

NOCION GENERAL DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Concepto general del principio de oportunidad

El principio de oportunidad es un instituto conciliatorio del Derecho Procesal Penal que permite a los sujetos activos y pasivos de determinados delitos arribar a un acuerdo sobre la reparación civil a efectos que el Fiscal se abstenga del ejercicio de la acción penal o el Juez dicte auto de sobreseimiento.

Implica la “posibilidad” de que el órgano público encargado de la persecución penal, en casos expresamente establecidos por la ley, decida no desarrollar la pretensión punitiva en forma plena.

El rol del Ministerio Público en este punto será sumamente relevante. Con la reforma tendrá a su cargo el desarrollo de la investigación penal preparatoria; también podrá efectuar una valoración preliminar del hecho ilícito que llega a su conocimiento, para determinar si –por su poca gravedad o por el tipo de hecho o la

sanción aplicable- justifica el “esfuerzo” de poner en funcionamiento de todo el aparato jurisdiccional.

La introducción en el ordenamiento de este principio tiene como fin llevar al sistema hacia un descongestionamiento que va a permitir el tratamiento adecuado de cada delito, según la entidad que tenga; por un lado, para la no equiparación de estos delitos menores con los que deben ser perseguidos prioritariamente, y por otro, para que no se vulnere la igualdad en la aplicación. Tanto los criterios distintos de persecución, la diferenciación de delitos según su gravedad y primordialmente la igualdad para realizar la selección racionalmente, constituyen a grandes rasgos los fundamentos del principio de oportunidad.

En conclusión podemos referirnos a este principio haciendo alusión *“a la posibilidad que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal- fundada en diferentes razones de política criminal y procesal- de **no iniciar** la acción, o de **suspender provisionalmente** la acción iniciada, de **limitarla** en su extensión objetiva y subjetiva o **de hacerla cesar definitivamente** antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar”*.

Breve reseña histórica:

Así, debemos partir desde la antigüedad en donde regía el sistema acusatorio. En este sistema, la característica fundamental es la división de poderes, la persecución penal se coloca en manos de una persona de existencia visible (no en un órgano del Estado), el acusador; sin él y la imputación que dirige a otra persona, no existe el proceso; el tribunal tendrá como límite de su decisión el caso y las circunstancias por él planteadas (*nenio iudex sine actore* - *ne precedat iudex ex officio*).

Luego de la caída de Roma, el sistema acusatorio fue reemplazado por el inquisitivo. Ello se debió al cambio en la concepción del poder del Estado. Todo el poder recae sobre una persona. Es así que el ejercicio de la acción penal no pudo quedar al margen de este fenómeno. La persecución penal pasa a ser pública y obligatoria, y no depende de la voluntad del ofendido. Este poder pasa a manos del inquisidor quien, además, detenta el poder de juzgar, confundiendo ambos.

Con el nacimiento de la nueva república representativa - producto de la Revolución Francesa- los Estados abandonan el sistema inquisitivo y pasan a enrolarse en el denominado sistema mixto o inquisitivo reformado.

Afirma Maier que del inquisitivo han sobrevivido sus máximas fundamentales: por un lado la averiguación de la verdad histórica

como objeto principal del procedimiento y, por el otro, la persecución penal pública. Ello se debe a que ante la comisión de un delito -considerado como el máximo exponente del comportamiento desviado en el seno social- se quebranta el orden y la paz social, y es tarea del Estado comenzar la persecución penal, sin atención a ninguna voluntad particular. Es en este orden de ideas que surge el Ministerio Público Fiscal como el órgano del Estado encargado de ejercer la acción penal pública.

Sin embargo, las nuevas tendencias de política criminal han dado un nuevo empuje a la víctima, con el fin de que adquiriera nuevamente el rol que había perdido cuando el Estado asumió la persecución penal.

Naturaleza jurídica

Mediante el principio de legalidad y su "contrario" principio de oportunidad podemos conocer en el ámbito del Derecho procesal penal cuándo y bajo qué condiciones debe incoarse, no incoarse, continuar ó no continuar la persecución penal.

Por tal razón puede afirmarse, "que un sistema procesal penal está regido por el principio de legalidad, cuando el procedimiento penal ha de iniciarse inevitablemente ante la sospecha de la comisión de cualquier hecho punible con la

correspondiente intervención de la Policía, de la Fiscalía General de la República o del Juez, sin que tales órganos persecutores estén facultados para hacer cesar la persecución penal, en tanto subsistan los presupuestos materiales que la han provocado y se haya descubierto al presunto autor. Sin temor a equivocarse, podemos decir que, la legislación procesal penal opta por el principio de legalidad al establecer la obligación a las citadas autoridades para ejercer de oficio la acción penal pública al tener conocimiento de la comisión de un hecho delictivo".

Frente al principio de legalidad se sitúa su antitético, es decir, el principio de oportunidad por el cual los titulares de la acción penal están autorizados, bajo ciertos presupuestos previstos por la ley, a hacer uso de su ejercicio, evitando o impidiendo la persecución penal de hechos punibles. En definitiva el principio de oportunidad supone que, en determinados supuestos, aunque el hecho tenga naturaleza penal y el autor sea con probabilidad culpable del mismo, no se producirán otras actuaciones que aquella, conducente a evitar o cesar el ejercicio de la acción penal.

Fundamento de su aplicación:

En lo que concierne a los fundamentos para la aplicación del principio de oportunidad, existen criterios en la doctrina como el de

Sánchez Velarde para quien éste fundamento se encuentra en la escasa relevancia social de la infracción. En estos casos considera que no existe un interés social de punición y que pueden ser resueltos por los sujetos de la relación procesal sin poner en marcha el aparato judicial o dando por concluido el ya iniciado. Por su parte Gimeno Sendra establece que el fundamento se encuentra en la escasa entidad del daño social producido o en la personalidad del inculpaado que no podría justificarse mediante criterios discriminatorios de índole económico, sociológico o político, ya que los principios constitucionales de igualdad y de seguridad jurídicas podrían ser cuestionadas.

En su opinión, éste principio también tiene un fundamento político; su innovación legislativa obedece a la necesidad no de lucha contra la delincuencia, sino de solucionar problemas de saturación de los procesos penales.

Para Oré Guardia desde el punto de vista social el fundamento del principio de oportunidad radica en la escasa relevancia social del ilícito penal. En tal caso existe un interés colectivo en la persecución penal, de modo que el conflicto puede muy bien resolverse entre los sujetos de la relación procesal, sin que intervenga el órgano judicial. Citando a Silvia Barona, el principio de oportunidad contribuye a la consecución de la justicia material por encima de la formal,

favoreciendo el derecho a un proceso sin demoras indebidas, constituyéndose así, en un instrumento que permite llevar a cabo un tratamiento diferenciado entre hechos punibles que deben ser perseguidos, y otros con un mínimo de interés social y en los que la pena carece de significación.

Coincide Oré con Gimeno Sendra en que desde el punto de vista político gravita en la necesidad de solucionar problemas de saturación, como la acumulación de procesos, retardo procesal, y deficiencias en cuanto a infraestructura e ineficacia administrativa. Reflexiona en que el fundamento político criminal de la oportunidad radica, por un lado, en la necesidad de evitar procedimientos que puedan aparecer como innecesarios y facilitar el uso de penas alternativas a la privación de la libertad, que pueden tener importantes efectos preventivos sin causar los estragos que sobre la libertad personal provoca aquella.

En síntesis entre los fundamentos para la aplicación de esta pauta de selección penal podemos mencionar los siguientes:

- Previsión de las consecuencias que genera el empleo de la herramienta penal, cuestión esta que tiene que ver con el Derecho Penal mínimo.

- Necesidad de formular prioridades de acciones, dada la escasez de recursos de toda índole.
- Evitar total o parcialmente la punición de algunos delitos cuando esto permita el descubrimiento y sanción de ilícitos de mayor gravedad.
- Tener prioridad de otros intereses sobre el de aplicación de la pena, sobre todo en delitos de mediana gravedad.

Nuestro sistema no niega el principio de legalidad sino que por el contrario, lo recepciona. Dicho principio es la regla general, salvo excepciones fundadas en criterios de oportunidad reglados.

“El límite al principio de oportunidad es el principio de legalidad, siendo necesario controlar que el mismo no sea transgredido.”

Justificación

Para cierta parte de la doctrina, dicho principio está ligado a teorías utilitarias sobre legitimación, el fin y los límites de la pena estatal, que persiguen por sobre todo la readaptación del delincuente, vinculado a criterios más realistas de orientación a fines y consecuencias de la represión delictiva estatal y a conseguir la efectividad real, no ficticia, del sistema de control social.

Como señala Maier, podemos justificar la aplicación del principio de oportunidad como herramienta eficaz para la descriminalización de hechos punibles, en aquellos casos donde otras formas de reacción frente al comportamiento desviado pueden alcanzar mejores resultados ó, no es necesaria su aplicación; ó para contribuir a la eficiencia del sistema penal como método de control social y fórmula de descongestionamiento de la Administración de Justicia, a los efectos de lograr un tratamiento preferencial de los casos de mayor gravedad que necesariamente deban ser resueltos por el sistema.

Los criterios de oportunidad priorizan otras soluciones por sobre la aplicación de la pena, sobre todo en delitos de poca y hasta mediana gravedad, autores primarios, ó mínima culpabilidad o participación, ó cuando el bien lesionado por el delito sea disponible. Se encuentran dentro de estas soluciones, la reparación de la víctima, que hoy se plantea como el tercer fin del derecho penal, o la resocialización del autor por tratamientos alternativos o su rehabilitación, ó la pérdida del interés de castigar; ó .cuando la pena impuesta por otros delitos hace irrelevante perseguir el nuevo; ó cuando concurre la misma razón por la gran cantidad de hechos imputados, entre otras propuestas. También se proponen excepciones por razones utilitarias. La aplicación de tales criterios permitirá, por un lado, canalizar la enorme

selectividad intrínseca de la persecución penal, evitando desigualdades en contra de los más débiles, ajustándola a criterios predeterminados y racionales, y asignándole controles. Y por otro, satisfacer la necesidad de descongestionar el saturado sistema judicial, para así evitar los irracionales efectos que en la práctica suele provocar el abarrotamiento de causas. En resumen, algunos argumentos sobre los que se apoya la aplicación del principio de oportunidad y que compartimos son, la escasa lesión social producida por ciertos delitos; el favorecimiento de la pronta reparación de la víctima; la idea de evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad; el objetivo de impulsar la rehabilitación del delincuente mediante su voluntario sometimiento a un proceso de readaptación; lograr un proceso justo, que tenga un desarrollo temporal, adecuado a la gravedad del caso; establecer un tratamiento diferenciado para la criminalidad menor, que permita aplicar mayores recursos a los delitos más graves y complejos.

Constitucionalidad:

Respecto a su constitucionalidad, la mayoría de los autores se pronunciaron a su favor, es decir, que dicho principio sería constitucional.

Las primeras excepciones a los principios de legalidad y oficialidad fueron la incorporación de las acciones privadas y publicas dependientes de instancia privada. Mas tarde apareció el instituto de la *“suspensión del juicio a prueba”* en el artículo 76 bis del Cod. Penal de 1921, al que se lo relaciona íntimamente con el Principio de Oportunidad.

Se cuestiona también si corresponde a las provincias o a la nación establecer este criterio. Podemos decir que la ausencia del tema del texto constitucional fue una de las causas por las que fue tratado con preeminencia en el Cod. Penal., pero esto no significa que tomando un criterio científico se afirme que en realidad las pautas fundamentales y mínimas que hacen a la promoción y ejercicio de la acción, correspondan al Derecho Procesal. Teniendo en cuenta el carácter federal de nuestra constitución, se extrae que *“el Estado Federal podrá determinar en abstracto las normas aplicables en ciertas áreas, lo que llamamos legislación común, y luego deben ser los Estados Provinciales los que se ocupan de la aplicación de esa Ley”*.

CAPITULO SEGUNDO

Casos en que procede el principio de oportunidad

El Art. 19 del Código Procesal Penal, establece que el "Ministerio Público con consentimiento del tribunal competente, podrá prescindir de la persecución penal de los delitos: 1) por la insignificancia del hecho, por el reproche reducido del participante, cuando no exista interés público en la persecución; 2) cuando sea pertinente la prescindencia de la pena; 3) Por la saturación de penas, impuestas o en expectativas; 4) Cuando se halla extraditado o expulsado el imputado.

Interés público:

En los incisos 1 y 2 del citado artículo se contempla la estrecha vinculación establecida con el Código Penal. En el inciso 1, tanto la caracterización de insignificancia como de reproche reducido del autor o partícipe, exigen un interés público reducido en la persecución. En legislaciones similares, los autores han destacado la mala redacción de este inciso, en el sentido de que todo hecho punible implica un interés público. El Código Público para Iberoamérica, principal fuente, dice en el texto correspondiente: "..no afecten gravemente el interés público" (Art. 231.1). Frase en la que implícitamente se acepta que todo delito significa una lesión del interés público. De allí que el texto en cuestión debamos interpretarlo en el sentido señalado anteriormente, o sea, referido a situaciones en que la afectación del interés público sea escasa o de poca

importancia y no en los casos, de por si imposibles, en que el delito no afecte ese interés.

Sin embargo, el interés público aparece vinculado a aspectos propios de las teorías relativas de la pena (prevención general y especial), pues sólo pueden ser circunstancias a tener en cuenta para valorar la existencia del interés público aquellas que sirvan, asimismo, para determinar la finalidad de la pena. Por consiguiente, puede ocurrir, en casos concretos, que pese a la nimiedad del hecho, exija contribución del partícipe o mínima reprochabilidad, esté presente un interés público que aconseje la no aplicación de un criterio de oportunidad, es decir, que la prudencia recomienda la persecución penal. Por ejemplo, el interés público se justificaría, en general, cuando la falta de sanción pueda provocar previsiblemente la comisión de más hechos punibles. Una valoración de esta índole debe ser fijada de manera inteligente por la fiscalía, pues un peligro oculto si se utiliza mecánicamente este poder discrecional es que, puede generar la sensación de falta de seguridad en la ciudadanía, con el consiguiente efecto negativo de eventuales reacciones de autotutela. En torno al concepto de interés público se ha sostenido de manera general, que éste surge cuando el daño causado por el delito trasciende ó sobrepasa la esfera de intereses del particular ofendido, es decir,

cuando el hecho punible aparte de lesionar un interés privado perturba la paz y seguridad jurídica de la colectividad defendida a través de la persecución penal.

En la apreciación del interés público se tendrá en cuenta, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no pueden en ningún caso anteponerse la mera conveniencia.

Es necesario advertir que, algunas consideraciones de prevención general podrían privar o tener mayor relevancia sobre otras dentro del ámbito del interés público. En este mismo sentido, consideramos posible la concurrencia de asunto de escasa culpabilidad en los que resulten necesarios promover la acción penal cuando razones de prevención general así lo demandan. Asimismo, consideraciones de prevención especial podrían justificar el interés público en la persecución, cuando resulte previsible que la omisión de la sanción alentará al infractor a la comisión de más delitos, especialmente tratándose de imputados reincidentes.

La fórmula interés público se relaciona estrechamente con la política criminal o política penal. El interés público puede darse en departamentos, regiones, de acuerdo al interés que genere en la

sociedad. Ejemplo: en comisión de hechos punibles de mínima criminalidad, se aplica el criterio de oportunidad, pero habiendo un auge delictual de éstos, la sociedad siente un manto de impunidad, por lo que el interés público revierte y deja sin efecto la aplicación del criterio de oportunidad.

Insignificancia del hecho

La introducción del principio de oportunidad en el nuevo Código Procesal Penal, Ley n° 1.286 de 1999, Paraguay, trae una serie de consecuencias para la práctica actual de la administración de la justicia penal, muy especialmente para el Ministerio Público, el cual adquiere ahora nuevas facultades para el examen de algunos supuestos en los cuales es posible no continuar con la persecución penal. Como lo establece el artículo 19 inciso 1° del nuevo C.P.P., la "insignificancia del hecho", entre otros supuestos, acarrea la posibilidad de que el Ministerio Público decida no continuar con la persecución penal. En tal sentido, la declaratoria sobre la "insignificancia" implica para los efectos del caso concreto una decisión sobre el contenido del hecho, así como también un análisis de la proporcionalidad de la enervación del proceso penal.

La discusión en torno a este problema implica el análisis de dos aspectos de interés: por una parte, lleva al intérprete a un examen de

los criterios a considerar para valorar la insignificancia del hecho; y desde otra perspectiva, a la consideración de cuáles son los elementos que entran en juego para justificar la eventual proporcionalidad entre el carácter del hecho y los medios dispuestos para la persecución penal, a fin de cuantificar o de dimensionar la eventual necesidad del archivo de las actuaciones.

Insignificancia: Concepto

Entiéndase con este término aquellas infracciones penales cuya reprochabilidad al autor del ilícito es mínima y cuyo daño al bien jurídico tutelado se considera de ínfima relevancia; mínima afectación de bienes jurídicos, por consiguiente, no debe entenderse que el hecho carece de las características del hecho penal. La consideración de los hechos como una insignificancia ó bagatela se efectúa atendiendo a "índices de nimiedad o de falta de significación" tales como: el valor económico del daño ocasionado; la ausencia de grave disvalor de resultado del hecho.

En el derecho comparado es posible diferenciar en este grupo de casos las siguientes hipótesis: a) insignificancia del hecho; b) exigua contribución del partícipe, y c) culpabilidad mínima. En los tres supuestos se considera que la persecución puede carecer de

fundamento, no solamente por la mínima insignificancia del hecho, la escasa participación criminal o el poco grado de reprochabilidad jurídico penal, sino porque además en la persecución de la misma, no debe existir interés público.

El criterio de Insignificancia del hecho y su definición

La insignificancia, a nuestro modo de ver, pertenece a ese grupo de conceptos legales que dejan la sensación, en una primera instancia de ser determinables a partir de ideas o de presunciones propias del sentido común, pero que en el fondo contienen tal grado de porosidad que se convierten en una puerta abierta para que, en el ejercicio de poder implícito en la definición, se integren o interpreten con meras opiniones de economía procesal o de racionalización administrativa.

El criterio de insignificancia del hecho al que hace referencia el artículo 19 del C.P.P. de 1998, debe ser definido, y esto como reacción a las posibles opiniones eficientistas, a partir de dos criterios: a) por una parte, debe buscarse una definición práctica que combine las consecuencias de la aplicación de este principio con la realización de los fines del derecho penal material, que son

también los fines del derecho procesal, en tanto y en cuanto es derecho constitucional aplicado. Un segundo criterio b) refiere a la necesidad de buscar argumentos que contribuyan a la evitación de la arbitrariedad en el ejercicio del poder definitorio que pueden ser utilizados por los órganos encargados de determinar cuál hecho es insignificante. Para responder a la pregunta de cuál hecho es insignificante, se puede acudir a diferentes aspectos de la teoría del delito: I) desde la teoría de la acción podría discutirse si lo insignificante es precisamente aquello que tiene poco disvalor de acción; II) desde el punto de vista del resultado, podría discutirse si, por el contrario, lo insignificante es aquello que tiene poco disvalor de resultado; III) desde el punto de vista de la pena, podría plantearse que es insignificante aquella lesión del bien jurídico que en una confrontación con la pena a imponer resulte desproporcional; IV) este último aspecto lleva también a discutir si lo que es insignificante puede averiguarse desde la perspectiva del bien jurídico tutelado, y en tal caso buscar su contenido en el principio de lesividad; V) desde el punto de vista de la culpabilidad, podría declararse insignificante lo que contiene un mínimo grado de reproche (concepto de la mínima culpabilidad); VI) desde la teoría de la participación podría analizarse el grado de participación o de aporte del partícipe a fin de cuantificar una eventual insignificancia y de allí una aplicación del principio de

oportunidad a los partícipes que no representen un papel significativo en la realización del hecho.

Como elementos de la sistemática de la teoría del delito entendemos aquí, no sólo los conceptos de tipicidad, antijuridicidad, y reprochabilidad, que en la mayoría de los textos de derecho penal se encuentran expuestos; sino también otros elementos que tienen que ver con la pena y las condiciones en que ésta puede ó no ser ejercida, así como también los elementos referidos al trabajo judicial de medición o cuantificación del monto de pena a aplicar. De aquí resultan entonces incluidos los siguientes elementos: las condiciones objetivas de culpabilidad (causas personales de exención y de exclusión de pena); los presupuestos procesales de perseguibilidad, así como también, los impedimentos sancionatorios; la determinación de los marcos penales; la medición de la pena y los aspectos correlativos de la medición de la pena, aspectos todos, que se encuentran regulados en la Parte General del Código Penal vigente.

La pregunta sobre cuál hecho es insignificante y cuál no, es una cuestión que no puede resolverse con un mero ejercicio interpretativo de las normas procesales. Se trata de una pregunta central que atiende al contenido material del hecho y, por ende, a su significado acorde con las reglas del derecho penal material. Atender

al argumento de que, al estar "la insignificancia" como un criterio incluido en la ley procesal, debe ser interpretado únicamente de acuerdo con los extremos típicos de estas normas, haría olvidar esta decisión legislativa, el carácter realizador del derecho procesal de las normas del derecho penal material. Por otra parte, una aceptación de este argumento sería defender una supuesta subordinación del derecho sustantivo al procesal, que no existe ni desde un punto de vista constitucional, como tampoco desde un punto de vista práctico. De este primer punto de vista, resultarán insignificantes aquellos hechos que por su mínima lesión al bien jurídico, o su escasa entidad desde el punto de vista de su dimensión en términos político-criminales, no deban ser perseguidos, a fin de mantener un nivel mínimo de racionalidad en el ius puniendi estatal. Esta definición de insignificancia brota, entonces, de la razón de ser, de la base de legitimidad del sistema penal, por lo que puede caracterizarse como una definición sistemática, acorde con el fin de realización de los principios que orienten todo el derecho penal.

El Art. 19 del Código Procesal Penal distingue por un lado la insignificancia del hecho y el reproche reducido, que en cuanto al primero se refiere a que debe tenerse en consideración el escaso disvalor de resultado del hecho: considerando que el Bien Jurídico

protegido por la Ley Penal no fue lesionado ni estuvo en peligro serio de ser dañado. Por ejemplo, en el caso de una tentativa inacabada (tentativa propiamente dicha), no existe un resultado, por lo que debe considerarse la importancia del daño a producirse.

La cuantía del daño, como pauta general, es útil para excluir la persecución de los hechos bagatelarios (hurtos famélicos). Un criterio objetivo consiste en perseguir la acción penal cuando el delito se refiera a una cosa de valor menor de diez jornales mínimos, (Art. 172 C.P.). No obstante corresponderá al Juez fundamentar cuándo considera al hecho particular como insignificante. No es suficiente el valor objetivo del daño o la cosa objeto del delito, sino en conjunto con la consideración del efecto causado a la víctima del hecho de acuerdo a sus circunstancias personales.

Procedimiento y plazo para la aplicación del principio de oportunidad

De conformidad con el artículo 19 del Cod. de Proc. Penales, la solicitud de prescindencia de la persecución penal se podrá presentar hasta el momento de la audiencia preliminar.

Según la Ley N° 1444/99 se puede plantear hasta antes de la presentación del Libelo Acusatorio.

Según la Ley N° 1444/99 para la aplicación del criterio de oportunidad se requiere el consentimiento de la víctima.

Al referirse al principio expresa claramente que, el Fiscal al formular su requerimiento ante el Juez Penal o el Juez de Paz, según el caso, podrá solicitar la prescindencia de la persecución penal cuando se den los supuestos previstos en el artículo 19 del Código de Procedimientos. La *etapa preparatoria* tiene por finalidad comprobar mediante diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad, la existencia de hecho delictuoso, individualizar a los autores y particulares, recolectar los elementos probatorios que permitan fundar, en su caso, la acusación fiscal o del querellante así como la defensa del imputado, y verificar las condiciones personales, antecedentes y estado psíquico del imputado (Art. 279, CPP). Se realizan cuatro clases de actos: diligencias propias de investigación, resoluciones que diligencian la marcha del proceso, la realización de anticipo jurisdiccional de pruebas, resoluciones que puedan afectar garantías procesales o derechos constitucionales. En dicha etapa se podrá aplicar el criterio de oportunidad a través del requerimiento fiscal ante el juez penal o el juez de paz, según el caso (Art. 301 CPP). El juez decidirá declarando extinguida la acción penal o suspendiendo el procedimiento según el caso, cuando la ley permita la aplicación del criterio de oportunidad (Art. 307 CPP). Cuando el juez no admita lo

solicitado por el fiscal en el requerimiento, le remitirá nuevamente las actuaciones para que modifique su petición en el plazo máximo de diez días. Si el fiscal ratifica su requerimiento y el juez insiste en su oposición se enviarán las actuaciones al Fiscal General del Estado, o al fiscal superior que él haya designado, para que peticione nuevamente o ratifique lo actuado por el fiscal inferior. Cuando el Ministerio Público insista en su solicitud, el juez deberá resolver conforme a lo peticionado sin perjuicio de la impugnación de la decisión por el querellante ó la víctima, en su caso (Art. 314 CPP). La etapa preparatoria podrá concluir por la aplicación del criterio de oportunidad (Art. 347 y 351 CPP).

Etapas intermedias. En cuanto al procedimiento, se deben analizar los Arts. 351 y 352 referente a la audiencia preliminar, presentada la acusación o las otras solicitudes del Ministerio Público y del querellante, el juez notificará a las partes y pondrá a su disposición las actuaciones y evidencias reunidas durante la investigación, para que puedan examinarlas en el plazo común de cinco días, en la misma resolución convocará a las partes a una audiencia oral y pública, que deberá realizarse dentro de un plazo no menor de diez días ni mayor de veinte días. Dentro del plazo previsto, las partes pondrán, por escrito proponer la aplicación de un criterio de oportunidad, sólo y cuando se alegue que se ha aplicado a casos análogos al imputado y

siempre que demuestre esa circunstancia (Art. 353 inc. 5°, CPP). El Juez inmediatamente de finalizada la audiencia, al termino del debate, deberá resolver todas las cuestiones planteadas, y en este caso, deberá resolver la aplicación del criterio de oportunidad, si correspondiere (Art. 356 inc. 5°).

Al respecto el primero de los artículos citados se refiere a que, el Ministerio Público podrá solicitar la aplicación de criterios de oportunidad y previamente para arribar a una petición de tal naturaleza, es lógico que el Fiscal deba realizar anticipadamente una valoración inicial de cada caso apenas llegue a su conocimiento, o sea, que cuando el Fiscal avanza con las diligencias iniciales de investigación pueda adoptar un criterio concreto respecto del curso que habrá de darle al procedimiento.

Lo anterior significa que el fiscal al recibir las diligencias debe valorar si continúa con la investigación, ó solicita, entre otras vías posibles la aplicación de un principio de oportunidad. La fiscalía con una valoración previa con los elementos incriminatorios de cargos de que disponga en ese momento y tras un análisis global de la tipicidad del hecho, podrá solicitar la aplicación del criterio de oportunidad de conformidad a los presupuestos establecidos en el Art. 19 del Código de Procedimientos Penales.

Con relación a los Jueces de Paz, el Art. 44 del Código de Procedimientos Penales establece en su inc. 2° "De la autorización de la rescindencia de la acción penal pública en los casos de los incisos 1) al 2) del artículo 19 de éste Código, cuando a ellos les sea planteada la solicitud por el Ministerio Público, sin perjuicio de la competencia del juez penal".

Los Jueces de Paz entienden exclusivamente cuando se dan los presupuestos del Art. 19 inc. 2°, no así cuando se refiere a saturación de penas.

La Ley 1444 en su Art. 2°, inc. 2° establece que el fiscal de la causa podrá solicitar la aplicación de los artículos 19, 20 y 25 inc. 5°, hasta antes de la presentación del libelo acusatorio, en todos los casos en que la víctima del hecho punible lo consienta.

Efectos procesales de la aplicación del criterio de oportunidad

La decisión por la que se prescinde de la persecución penal trae como efecto la extinción de la acción pública para el imputado o partícipe en cuyo favor se decida. Esto significa que es de naturaleza personal. Debe agregarse que cuando la decisión se funda en la insignificancia del hecho, sus efectos extintivos se extiende a todos los que han participado en el hecho (autores o partícipes) (Art. 20

CPP). La extinción de la acción penal aparece, entonces, como el efecto jurídico conclusivo de la persecución penal. El Art. 25 inc. 5° del CPP., establece que la acción penal se extinguirá "por la aplicación de un criterio de oportunidad, en los casos y formas previstas por este Código" y el Art. 359 inc. 3ero. CPP., establece que "corresponderá el sobreseimiento definitivo por extinción de la acción penal", en consecuencia el efecto procesal último es el sobreseimiento definitivo en favor del imputado o partícipe.

Recursos contra la resolución

Aspecto importante en la regulación legal del principio de oportunidad es determinar si es recurrible la resolución que lo decide.

Afirmamos que es recurrible en virtud de lo establecido en el Art. 449 del CPP., en la que expresa: "Las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos, siempre que causen agravio al recurrente". El Art. 461 inc. 11 del CPP., expresa: "El recurso de apelación procederá contra todas aquellas que causen un agravio irreparable, salvo cuando expresamente se la haya declarado irrecurrible por este Código", en consecuencia como no se establece lo contrario, es apelable.

Juicio Abreviado

Características sobresalientes:

Los Códigos de Procedimientos Penales de Córdoba, Buenos Aires y Nacional, entre otros, han regulado un procedimiento en el que se suprime por voluntad de las partes y con aprobación del tribunal la realización del debate oral.

En consonancia con los sistemas procesales examinados, el imputado en el juicio abreviado, renuncia a la publicidad del juicio, a interrogar públicamente a los testigos de cargo, o cuestionar también públicamente el fundamento de la acusación.

Este tipo de procesos se inscribe en lo que se denomina "legislación de emergencia", con la que se pretende combatir la morosidad judicial descongestionando el número de casos penales a la espera del juicio. Al mismo tiempo, el juicio oral y público se reserva para los casos más trascendentes, evitándole al acusado la pena del banquillo, y convirtiendo de esta manera a la publicidad en un derecho disponible.

Característica de este sistema es que, luego de prestada la conformidad del imputado con la calificación del delito y con el pedido de pena formulado por la Fiscalía (art. 396 CPr. Bs. As. ley 11922 y 431 bis CPr.Cr. Nación, este último exige se extienda la conformidad también a la existencia del hecho y a la participación del imputado), se somete el acuerdo a la aprobación de la jurisdicción.

Y ello resulta una pauta a tener en cuenta, en tanto marca una acentuada filiación con el patteggiamento italiano y muy tenue con el plea bargaining.

Lo expuesto en el párrafo que antecede se fundamenta en que nuestro sistema no reconoce hasta ahora el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, razón por la cual rige, justamente, el contrario: el de obligatoriedad (art. 71 CP.), que impide dejar espacios para que los poderes dispositivos de las partes puedan configurar el objeto del proceso.

En esta inteligencia entonces, a diferencia del derecho americano, que no faculta a los tribunales a ejercer controles sobre el ejercicio de la acción penal, ya que ello afectaría la independencia de los poderes, recuérdese que el ejercicio de la acción penal constituye una actividad propia del Poder Ejecutivo, en nuestro sistema tal control debe ser estricto, toda vez que rigen en plenitud los principios de legalidad o sujeción a la ley de toda la función judicial, indisponibilidad de las situaciones penales, e igualdad .

Ello impediría, a diferencia del derecho americano, que fiscal y defensa acordaran la pena correspondiente al delito de exhibiciones obscenas (art. 129 CP.) frente a un hipotético abuso deshonesto (art. 127 CP.). La jurisdicción penal es inderogable.

El fundamento del derecho americano al reconocer la discrecionalidad fiscal en el ejercicio de la acción penal, resulta del carácter tendencialmente privado que tenía la persecución penal en sus orígenes, que autorizaba los pactos con el imputado como consecuencia del principio de libre acusación. Pero al adjudicársele al derecho penal el cumplimiento de finalidades preventivo generales, se le encomienda la persecución penal a un órgano público, lo que lleva aparejada la obligatoriedad de su ejercicio. En suma, la acción penal pasa a ser irrevocable, lo que no violenta el principio acusatorio que sólo exige separación entre juez y acusación e igualdad entre acusación y defensa. Entonces que, la discrecionalidad que reconoce el derecho americano, incompatible con el modelo teórico acusatorio, sólo identificable como se dijo en el plano histórico, obedece a la imposibilidad de llevar a juicio todos los casos penales.

Se reitera entonces, que ese poder de negociación implícito en la libertad de actuación del Ministerio Público, que en la más pura aplicación del principio de oportunidad, toma la decisión de determinar cuándo hay que llevar a cabo una investigación, de establecer las situaciones en que se puede negociar una declaración de culpabilidad del acusado, qué recomendaciones hacer al tribunal y en definitiva decidir, si, cuándo, cómo y por qué cargos acusar a un sujeto, pudiendo renunciar a la acción penal después de haberla iniciado, resulta

incompatible con nuestro derecho procesal penal, por lo menos por ahora.

Se ha argumentado que el consenso de las partes en este tipo de procedimientos sustituye a la verdad real o verdad correspondencia como fin del proceso penal, por una verdad consensuada.

Debe aprobarse la opinión de Bertolino, cuando señala que "el Estado no puede ser agnóstico frente a la verdad"... "lo que en realidad sucede es que, en punto al procedimiento abreviado podemos decir se contenta, al igual que con el juicio, con una verdad suficiente".

Con anterioridad, reflexionaba Ferrajoli "la seguridad penal nunca puede ser absoluta"... "la verdad procesal es sólo aproximativa", la palabra verdadero no se la puede usar ni siquiera en sentido cercano, todo lo cual indica que el tema de la verdad como meta del procedimiento penal constituye una aspiración difícilmente alcanzable.

Siguiendo esta línea de pensamiento, lo importante será que la jurisdicción no se convierta en un mero ejercicio de la represión, o que la pena sea, la expresión de un derecho penal "sin verdad" y "sin saber". El juicio abreviado no debe anidar criterios puramente potestativos, reclama una intervención dinámica por parte de la jurisdicción.

Se ha estimado por un sector de la doctrina que la conformidad prestada por el acusado implica una confesión de su parte. Ello no podría discutirse en el juicio correccional ya que la exige (Nac. art. 408, Prov. Bs. As., art. 378); pero en este sistema, en el que al acusado no se le piden explicaciones acerca del hecho que se le acrimina.

En el derecho italiano se ha sostenido que al solicitar el patteggiamento, el imputado está determinando, el íter procesal que va a seguir su causa, y como señalamos con anterioridad, con la richiesta está reconociendo implícitamente su culpabilidad, pero sea ésta aceptada o rechazada, no puede considerarse como un acto de naturaleza procesal penal, como una confesión en sentido estricto, que sirva de base para demostrar la culpabilidad del acusado. Hay que darle a este acto un significado estrictamente procedimental, puesto que las motivaciones que han llevado al acusado a solicitar el patteggiamento son variadísimas, intentando como ocurría en el caso del plea bargaining, evitar el tener que enfrentarse ante un verdadero y propio procedimiento, con todas las consecuencias dañosas que derivan de él.

Si la etapa instructoria en el Código Nacional, o la Investigación Penal a cargo del fiscal en el código bonaerense, son preparatorias del ejercicio de la acción penal, razón por la cual

no se asegura la contradicción, es justamente por su valor provisional.

Y lo dicho no es una cuestión menor, ya que si lo obrado en la etapa preparatoria es prueba, ¿por qué no podría optar el tribunal a la hora de dictar sentencia por lo consignado en las actas en desmedro de la prueba recibida en la audiencia oral, si estima que aquélla refleja mejor la realidad del suceso juzgado?. Esta interpretación es insostenible. No hay prueba sin contradicción. Menos en el código bonaerense ya que la investigación queda en poder de una de las partes, y en un proceso partivo, o que tiende a ello, debe asegurarse el equilibrio de las mismas. Por lo tanto, las registraciones o filmaciones previstas en el art. 59 de la ley de Ministerio Público, no constituyen pruebas, ya que no han sido recibidas por el juez bajo la forma de los actos definitivos e irreproducibles, ni han sido controladas por la defensa (art. 274 CPr. Bs. As.). Sólo podrán engrosar el legajo del agente fiscal, pero no podrán ingresar al debate si no fueron recibidas, como se dijo, por el juez bajo el control de la defensa.

Señalan los distintos textos legales mencionados que una vez acordada la pena, el tribunal no puede penar más allá de lo que el actor requirió. El razonamiento es correcto pero no tiene que ver con el

principio acusatorio, que en este caso sería dispositivo, sino con principios de política criminal que inciden en la conminación penal.

Aún cuando algunos convenios internacionales determinen que las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social del condenado (art. 6 Convención Americana sobre Derechos Humanos) (LA 1994-B- 1615), con lo cual parece reforzarse el criterio preventivo especial -tratamiento rehabilitador o repersonalizador -ello no autoriza al juez a rechazar el acuerdo por estimar la pena insuficiente.

En este sentido no podría cuestionarse la constitucionalidad del procedimiento, tal como lo hizo la Corte Constitucional italiana según vimos, porque la proporcionalidad de la pena, prevista por la ley con carácter general con relación a un hecho punible, es competencia del legislador. A los tribunales de justicia "sólo le corresponde según la Constitución la aplicación de las leyes y no verificar si los medios adoptados por el legislador para la protección de los bienes jurídicos son ó no adecuados a dicha finalidad".

Por ello basta que la pena coincida con el mínimo legal para que se cumpla con el principio de sujeción a la ley. La dosificación de la pena en su menor cuantía ya conlleva los criterios preventivos

generales y especiales que al legislador le parecieron dignos de consideración.

No puede fijar el tribunal una orden de prelación entre las finalidades preventivo-generales y especiales que autoricen rechazar el acuerdo. En muchos casos el límite inferior del marco penal atiende a los fines preventivos generales. Y las finalidades preventivo-especiales deben tener preferencia sólo hasta donde la necesidad mínima preventivo-general todavía lo permite.

CAPITULO TERCERO

Criterios de oportunidad establecidos en nuestra legislación

Vamos a comenzar con el estudio de esta cuestión señalando que, con el fin de economizar recursos humanos y técnicos, el 21 de mayo de 1997, el Congreso de la Nación aprobó la ley 24.825 - juicio penal abreviado-. La doctrina ha expresado que esta ley es una de las manifestaciones del principio de oportunidad, ya que ha introducido el instituto de la "conformidad", pero sin olvidar el principio de legalidad que domina nuestro proceso penal. En este orden de ideas, se ha manifestado que resulta adecuado recordar que estamos en presencia de una 'oportunidad reglada', en el sentido de que los márgenes de discrecionalidad del Fiscal están pautados en la misma

ley, y es dentro de ellos que debe manejarse el acuerdo con las partes, dependiendo de los controles jurisdiccionales pertinentes, siendo que, de lo contrario, dicho acuerdo carecerá de sentido y no causará efecto alguno en el procedimiento.

Otro caso donde se verifica expresamente el principio en la legislación nacional es en la suspensión del juicio a prueba. La diversión o suspensión de la persecución penal es un instrumento de derivación de causas penales por otros conductos formales de control. Esta facultad está a cargo de los fiscales que la disponen por aplicación de los criterios de oportunidad. Es decir, este instituto suspende la persecución penal pública bajo la condición de que aquel contra quien se lleva adelante el proceso se someta -durante un período determinado- a un programa de rehabilitación sin encarcelamiento, y de que cumpla con las obligaciones que el juez estipule.

El artículo 18 de la ley 23.737 establece que en los casos en los que el perseguido penalmente por tenencia de estupefacientes para consumo personal sea adicto -tanto psíquica como físicamente- a la droga que se le secuestra, se le puede suspender el trámite procesal y ordenársele la realización de un tratamiento. Si el mismo termina con éxito, el delito no se castiga y corresponderá el sobreseimiento del imputado.

La reforma de la citada ley de estupefacientes (que lleva el número 24.424) introduce la figura del arrepentido o testigo de la

corona. Por razones utilitarias o de política criminal se puede evitar total o parcialmente la punición de algunos delitos, cuando gracias a la información brindada por un imputado se logre el descubrimiento y sanción de ilícitos de mayor gravedad o el desbaratamiento de organizaciones delictivas.

Otro criterio de oportunidad regulado en la legislación positiva lo encontramos en la Ley Penal Tributaria (24.769). La citada norma establece, en su artículo 16, que en los casos de evasión tributaria simple -artículo 1- y evasión simple con relación a los recursos de la seguridad social -artículo 7-la acción se extinguirá si el imputado acepta la liquidación efectuada, regulariza su situación y abona el total de la deuda antes de que se formule el requerimiento de elevación a juicio. Asimismo, la normativa en cuestión establece que dicho beneficio se aplicará en una sola oportunidad a la persona -física o jurídica- que resulte obligada.

Otro caso de eximición de la pena es el previsto en el art, 217 del Código Penal -respecto del partícipe del delito de conspiración por traición-y del art. 14 de la ley 13.985 -referido al atentado contra la seguridad de la Nación. En ambos artículos se presentan casos de oportunidad llamados utilitarios, porque se pondera el interés superior de evitar una traición o atentado, a la pena y castigo del partícipe si

este último denuncia el hecho antes de que suceda ó colabora con el arresto de los cómplices.

Finalmente, la ley 25.087 -delitos contra la integridad sexual- en su artículo 15, deja abierta la posibilidad de extinguir la acción penal si la víctima propone un avenimiento con el imputado. El Tribunal deberá considerar que la propuesta ha sido realizada en total libertad e igualdad de condiciones y probada la relación afectiva preexistente.

Dos intentos de implementar el principio de oportunidad: los proyectos del poder ejecutivo de 1986 y 1999.

Como lo hemos visto, nuestra legislación ha adoptado el principio de legalidad como precepto rector de la persecución penal. Sin embargo, existieron distintos proyectos que pretendieron establecer un criterio racional en la persecución. Vamos a estudiar específicamente los proyectos del Poder Ejecutivo del año 1986 y el correspondiente al año 1999.

El primero de ellos, proyecto de Código Procesal Penal elaborado por el Dr. Julio B. J. Maier, establecía que la persecución penal debía ser promovida y proseguida por el representante de la vindicta pública y no podía cesar o suspenderse sino en los casos expresamente regulados por la ley (artículo 229). En este mismo

orden de ideas, el artículo 230 establecía que "en los casos que la ley penal permita la aplicación de criterios de oportunidad para evitar la promoción de la persecución penal o para hacerla cesar, el ministerio público... pedirá el archivo al juez de instrucción...".

Para justificar su inclusión, el autor del proyecto señalaba que "nuestro derecho se aferra todavía al llamado 'principio de legalidad', que pretende perseguir todas las acciones punibles, según una regla de obligación". Continúa exponiendo Maier que "pese a ello, en la práctica operan diversos criterios de selección informales y políticamente caóticos, incluso dentro de los órganos de persecución penal y judiciales del Estado. De allí que sea necesario introducir criterios que permitan conducir esta selección de casos razonablemente y conforme las decisiones políticas convenientes".

En el año 1999, el Ministerio de Justicia de la Nación elevó al Congreso un proyecto de Código Penal que introducía criterios de oportunidad.

En su artículo 74 el anteproyecto reza que: "la acción penal es pública, y debe ser ejercida de oficio excepto en lo supuestos previstos en la ley". Asimismo, la norma dispone en tres incisos los supuestos en que puede renunciarse o suspenderse la persecución.

El inciso primero permite la disposición de la acción penal en los casos en los cuales exista una ley especial que lo prevea. De esta

manera, queda en manos del legislador la introducción de nuevos criterios de oportunidad de acuerdo con la política criminal que lleve adelante el Estado.

Respecto del segundo inciso, la norma establece que sólo será procedente cuando el delito se encuentre amenazado con una pena menor de tres años, y además el imputado no registre condena, ó se trate de un hecho insignificante, ó el imputado haya reparado el daño causado u ofreciere hacerlo en la medida razonable de sus posibilidades.

El último inciso del artículo 74 establece que, si existe una pena natural como consecuencia directa del accionar culposo del imputado y no hay interés en la persecución pública del delito, se autoriza a renunciar a la acción penal.

Finalmente, la última cuestión de relevancia que prevé el proyecto, está dada por la facultad que se le otorga a la víctima en el caso de que el Estado renuncie a la persecución pública del delito. El artículo analizado expresa que, en el supuesto de oposición del ofendido, el expediente debe ser elevado al Superior -sin establecer claramente quién debería intervenir-.

Objetivos

-Descriminalización

Respecto a hechos punibles, evitando la aplicación del poder sancionador de la norma penal, cuando otras formas de reacción frente al comportamiento desviado pueden alcanzar mejores resultados o donde resulte innecesaria su aplicación.

-Resarcimiento a la víctima

Como segundo objetivo del principio de oportunidad se señala el resarcimiento rápido y oportuno a la víctima por el daño ocasionado, de tal manera que no haya necesidad de esperar los más de uno o más años que dura un proceso, para que el afectado o víctima obtenga una reparación.

Esta rapidez y oportunidad en el resarcimiento a la víctima, tiene suma importancia, en cuanto va a permitir a ésta contar con los medios económicos para tratar de alguna manera sobrellevar o amenguar el dolor o perjuicio provocado, pues si éste resarcimiento no es oportuno no tendría mayor trascendencia.

-Eficiencia del sistema penal

Otro de los objetivos del principio de oportunidad sería la búsqueda de la eficiencia del sistema penal en aquellas situaciones en las que resulta indispensable su actuación como método de control social,

procurando el descongestionamiento de una justicia penal saturada de procesos, que no permiten el tratamiento preferencial de aquellos delitos considerados graves o de mayor lesividad social.

LA ACCIÓN PENAL COMO TEMA DEL DERECHO DE FONDO ARGENTINO

En el ordenamiento jurídico penal argentino el problema de la acción procesal penal tiene un claro matiz sustancial debido a que el tema esta regulado dentro del código de fondo y a que la mayoría de la doctrina lo considera al tema como académica, legislativa y científicamente parte del derecho penal.

El artículo 71 del Código Penal regula el régimen de la acción penal e instaura el principio de obligatoriedad e irrevocabilidad de la promoción de la acción penal pública por parte del Ministerio Público Fiscal (principio de legalidad procesal, de oficialidad, de indisponibilidad, etc.).

Mientras que muchos Códigos Procesales Penales de las Provincias Argentinas receptan el principio de oportunidad procesal, *entendido como la facultad concedida al ministerio público fiscal para desistir de perseguir ciertas infracciones, de acuerdo a las directivas político criminales que el legislador plasma, lo que se llamado la 'oportunidad reglada'*. Es decir, las provincias que han instituido el

principio de oportunidad manifiestan la competencia del legislador provincial de administrar el *ius perseguendi* con criterios de discrecionalidad propios de un poder político.

En un primer momento fueron las Provincias las que resignaron parte de su poder y lo delegaron a la Nación. Luego, el devenir de las instituciones, pone en cabeza del Gobierno Federal además de las delegaciones expresas, poder autónomo y originario.

La cuestión de división de competencias entre las provincias y la Nación dista de ser simple y se amalgama a intereses políticos e institucionales. Temas como por ejemplo la prisión preventiva urgen el tratamiento conjunto para todas las provincias para evitar la desigualdad jurídica dentro del mismo país. El principio de oportunidad, si bien no tiene la urgencia de la privación de libertad durante el proceso, trae discusión constitucional e histórica.

El principio de oportunidad, redundante sobre la posibilidad de no iniciar la acción penal o de desistirla o de limitar sus efectos. Fundamentan la necesidad del establecimiento del principio de oportunidad motivos tales como la eficiencia en la persecución penal, evitando el agotamiento o la saturación de recursos judiciales en delitos insignificantes, pero principalmente la urgencia de dar racionalidad a la selectividad punitiva. Cuando estamos frente a la persecución de delitos de bagatela se “evidencia de un modo

contundente la necesidad de la vigencia del principio de oportunidad”.

El debate disperso en opúsculos y revistas especializadas sobre si es constitucional o no la instauración de criterios de oportunidad en la persecución penal por parte de los estados provinciales, redundando en dos grandes ejes: a) la naturaleza procesal o sustancial de la acción penal, y b) la potestad reservada por las provincias o delegada a la Nación de legislar sobre materia procesal.

El art. 71 del Código Penal sería inconstitucional en cuanto entra a regular, en contra de los arts, 75 inc. 12 y 112 de la Constitución Nacional, cuestiones que las autonomías provinciales no delegaron al Congreso de la Nación, y se reservaron expresamente.

Parece apropiado pensar que cuando el art. 71 dice que “Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes...” el Código sólo está estableciendo el carácter público de la acción penal como regla (lo que suele llamarse principio de oficialidad), y que la acción privada y la dependiente 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 art. 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.

Selectividad

Sin perjuicio de lo que venimos sosteniendo, existen dos límites a la discrecionalidad del ministerio fiscal en los cuales se le permite al tribunal controlar la actividad del fiscal: los denominados persecución selectiva y persecución vindicativa. Respecto de la primera de ellas, la Corte Federal de los Estados Unidos, en el precedente *Wayte v.*

Resulta necesario que esta se opere en forma transparente, racional e igualitaria. "Si no se establecen los mecanismos de control que garanticen fehacientemente que ello así suceda, se corre el riesgo de suplantar un proceso selectivo arbitrario, por otro, seguramente más claro, 'más prolijo' si se quiere, pero igualmente arbitrario.

Este principio ha sido dividido por la doctrina como oportunidad libre y como oportunidad reglada o adopción de criterios de oportunidad. .

Oportunidad libre

La oportunidad libre es el principio por antonomasia que rige la persecución penal en el derecho anglosajón. El fiscal es la figura que tiene la autoridad de seguir o desistir con la acción.

La discrecionalidad que goza el ministerio público es la característica más sobresaliente en el sistema norteamericano. "Las facultades discrecionales del ministerio público en este modelo son, en consecuencia, de una envergadura tal, que en la práctica es el fiscal quien domina por completo el procedimiento. Estas facultades no se limitan a la posibilidad de desistir libremente de la acusación..., sino que también cubren un amplio espectro de actos 'intermedios',..., como es la potestad del fiscal de plantear una reducción en los cargos...". Esta facultad subsiste también para los casos en que la imputación formal ya ha sido presentada, agregando cargos desestimados o alterando el contenido de la imputación anterior.

Ese dominio del proceso que tiene el acusador estatal posibilita que las decisiones político-criminales tomadas por éste no puedan ser revisadas. Así, en los casos en que se ha solicitado un nuevo estudio del dictamen fiscal desestimatorio de la acción, "no sólo se ha destacado el carácter ejecutivo del ejercicio de la acción penal, sino que también se llama la atención acerca de la

inidoneidad intrínseca del poder judicial para evaluar ese tipo de decisiones".

Oportunidad reglada o adopción de criterios de oportunidad

La oportunidad reglada es el sistema donde se autorizan ciertas excepciones al principio de legalidad, para determinados casos en los cuales el fiscal puede disponer de la acción penal. En estos sistemas "los poderes discrecionales del Ministerio Público se circunscriben a la posibilidad de renunciar a la persecución penal, no promoviendo la acción correspondiente, o desistiendo de su ejercicio, cuando este le es permitido, si hubiera sido promovida; asimismo, las condiciones para la aplicación del principio de oportunidad se hayan taxativamente enumeradas en la ley, sea procesal o sustantiva y, por regla general, su ejercicio está sujeto a la aprobación del tribunal".

Para definir el principio de oportunidad reglada, citamos a Cafferata Nores: "sobre la base de la vigencia del principio de legalidad, se admiten excepciones por razones de oportunidad, que se encuentran previstas en la legislación penal, cuya aplicación en el caso concreto se realiza bajo la responsabilidad de funcionarios judiciales predeterminados, generalmente con el consentimiento del imputado, a veces también de la víctima y requiere el control del

órgano jurisdiccional”¹⁹. Para Bovino la rigidez de los supuestos de oportunidad reglados y la asentada cultura inquisitiva que lleva a exagerar los controles judiciales sobre las decisiones no persecutorias del acusador estatal, conspiran contra la necesidad del Ministerio Público de establecer pautas genéricas de organización de la persecución.

Inevitabilidad o Disponibilidad

El Estado moderno que históricamente construyó poder sobre la incautación del conflicto a la víctima, y la reemplazó en su papel de ofendido, difícilmente puede reconocer discursivamente que siempre hay criterios de oportunidad política de persecución detrás de un sistema punitivo. Pero en la práctica judicial se ven los resultados del abuso que el Poder Judicial impone en la administración de justicia.

Mientras la Constitución Nacional Argentina no contiene norma alguna sobre la persecución penal, nuestro Código Penal de 1921 posee una regulación general de la acción, que aparece por vez primera en el Proyecto de 1891 de Rivarola, Piñero y Matienzo¹⁴, producto de la recepción descircunstanciada de la doctrina europea (con sistema unitario de gobierno) y de la actitud desfederalizante del legislador post-constitucional.

El principio de legalidad procesal en realidad se refiere a la indisponibilidad de la acción por parte del órgano estatal encargado de la persecución, la “automática e inevitable reacción del Estado a través de los órganos predispuestos”. José Cesano lo define como “el deber de ejercer la acción penal, por parte de los órganos estatales predispuestos para cumplir con esa función, sin la posibilidad de que, éstos, se inspiren en criterios políticos o de utilidad. Dichos órganos carecen de toda facultad discrecional para juzgar sobre la oportunidad y conveniencia de promover o proseguir (esto es: disponer de) la acción penal: son ‘*esclavos de la ley*’, en el sentido de que tienen el deber de provocar o solicitar la actuación de aquélla”.

El principio de oportunidad le otorga al Ministerio Público Fiscal el poder político de decidir y, en su caso, prescindir de la acusación pública, motivado en razones de política criminal o utilidad social. Cuando el órgano acusador dispone de un libre poder de disposición de la acción penal, como en el derecho anglosajón, estamos frente a una ‘oportunidad no reglada’. En cambio, en nuestros países de tradición de derecho continental europeo, la oportunidad es la excepción y la legalidad la regla, por encontrarse los criterios de oportunidad taxativamente determinados por el legislador, cuidando que la discrecionalidad no sea arbitrariedad. Lo

que se otorga es una facultad política de decisión en base a medidas lo más precisas posible para limitar o contener ese poder acusador que ahora actuará en base a criterios de oportunidad.

Otro de los puntos a tratar se encontraría en el artículo 274 del Código Penal, que reprime al “funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes”. Respecto a esto podemos deducir que nadie duda que cuando un Fiscal solicita un sobreseimiento o absolución porque a su juicio se verifican los recaudos legales para dicha resolución, no está cometiendo este delito; tampoco cuando decide no apelar una sentencia absolutoria, o no mantiene el recurso de un fiscal de instancia anterior. Ello es claro e indudable porque no está dentro de la obligación de su cargo el 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, plasmados también en la normativa orgánica que lo rige. Si dentro de esos criterios, deberes y facultades, el legislador coloca previsiones especiales donde el fiscal está facultado u obligado a deponer la acusación, estará actuando dentro de la obligación de su cargo.

Así pues, y aún cuando sería más constructivo para la salud del régimen federal, expulsar de los códigos de fondo las muchas

normas procesales que contienen, se debe reconocer que las provincias argentinas pueden (y deben) legislar sobre el ejercicio de la acción penal conforme las realidades locales y las modalidades que según cada Constitución Provincial haya adoptado el organismo encargado de la persecución penal, como de hecho lo vienen disponiendo los códigos procesales más modernos (Mendoza, Neuquén, Chubut).

Pero desde otro punto de vista, -refiriéndonos a la promoción y ejecución de la acción penal- otros afirman que la trascendencia del tema debe estar dada en toda reforma procesal y que dado el impacto práctico que tiene el régimen de la acción sobre todos los aspectos dinámicos del sistema jurídico, es preferible que se regule en el Cod. Procesal Penal.

Como ejemplo podemos citar el artículo 26 del Código Procesal Penal de Mendoza que recepta el principio de oportunidad procesal, entendido como la facultad concedida al ministerio público fiscal para desistir de perseguir ciertas infracciones, de acuerdo a las directivas político criminal que el legislador plasmó en los incisos del mismo artículo.

Fallo Comentado: Sup. Corte Just. Mendoza, sala 2ª, 19/09/2005- Fiscal v. Sosa Morán, Juan F. y otros.

La sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, reconoce la constitucionalidad de los incisos primero y segundo del artículo 26 del código ritual local, es decir, la competencia del legislador provincial de administrar el *ius persecuendi* con criterios de discrecionalidad propios de un poder político.

CAPITULO CUARTO

LA RECEPCION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD A NIVEL INTERNACIONAL

Unos de los marcos de referencia para implementar el principio de oportunidad fue el derecho alemán, en este último el fiscal está vinculado a la rama ejecutiva y no a la judicial.

En el sistema estadounidense existen dos figuras, el *Plea Guilty* que es la confesión dirigida a evitar el juicio y el *Plea Bargaining* que es la negociación entre el fiscal y el imputado para pactar la acusación en toda su extensión y de este modo reducirla o

cambiarla, el juez solo decide sobre los términos de la negociación, las partes en especial el fiscal teniendo en cuenta la utilidad o interés del ejercicio de la acción penal pueden disponer del objeto del proceso, la fiscalía tiene la opción de renunciar a la acción penal o revocarla, el imputado cuando se declara culpable exonera automáticamente al ente acusador de probar el fundamento de la acusación.

En algunos países de Europa han introducido criterios de oportunidad teniendo como referencia a Alemania esta contempla los casos en los cuales se puede suspender el proceso o declinar la persecución penal, las razones son iguales en todas las legislaciones, la alta congestión producida por delitos de bagatela, el concepto de mínima gravedad, la pena natural, etc. Desde 1980 una corriente reformatoria de los sistemas procesales el latinoamerica auspiciada por los estados unidos se ha inclinado por los sistemas acusatorios y el juicio oral en defensa de los derechos humanos.

En el derecho comparado se hace necesaria la adopción de criterios de oportunidad que son recopilados por ROXIN:

- 1) El reproche es insignificante y no existe interés en la persecución, son casos de inexistente afectación al bien jurídico.
- 2) EL interés en la persecución penal puede ser satisfecho de otro modo

3) Estimular la reparación de las víctimas, con ello se deja sin efecto la conducta punible

Estos son algunos ejemplos en los cuales el fiscal podría evitar perseguir determinados delitos

Principio de oportunidad en Colombia

Es la facultad que tiene la fiscalía general de la nación de poder suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal.

Causas que originaron la aplicación del principio:

El desbordamiento de la delincuencia produjo congestión judicial lo que a su vez obligo a la justicia a concentrarse en ciertos delitos dejando sin respuesta a crímenes que eran denunciados pero no atendidos. Incorporar el principio de oportunidad ocasionaría la celeridad procesal al abstenerse de investigar hechos de mínima lesividad.

Constituye una excepción al principio de legalidad y un mecanismo apto para canalizar la selectividad espontánea de todo sistema penal.

En este proceso existen causales enumeradas en la cuales es posible aplicar el principio de oportunidad:

Son por ejemplos:

- 1) Delitos de criminalidad mínima y media
- 2) Culpabilidad disminuida
- 3) Suspensión del proceso a prueba
- 4) Infima importancia

Son algunos de los ejemplos receptados por el ordenamiento.

Como regla general podemos decir que son delitos que no excedan un máximo de pena de 6 años.

En consideración del principio de oportunidad en Perú-Lima

Podemos observar que su recepción es de gran ayuda para el estado, de modo que, mas allá de cuestiones formales que se pueden discutir, es un mecanismo útil para la mejora de la administración de justicia, descongestionando el recargado proceso judicial y logrando una asistencia a la victima de una manera mas eficaz, el estado se encuentra imposibilitado de perseguir todos los casos penales que se le presentan, por lo cual para asegurar la eficacia de la persecución penal, la solución más acertada es la que va dirigida a buscar mejores y eficaces métodos para que puedan alcanzar mejores resultados o cuando resulte innecesaria su aplicación, sin dejar de controlar como un ente protector de la sociedad. Algunos puntos que apoyan al principio son:

- Principio de Celeridad.-

Permite cumplir con efectividad el principio de eficacia y celeridad procesal, buscando una pronta solución a un conflicto penal y evitar ocasionar mayores perjuicios.

- Principio de Economía Procesal.-

Es un ahorro para el estado ya que no tendría que seguir generando gastos en logística, en empleados y podría destinarlo en asistencia a la víctima

- Principio de la *Ultima Ratio*

Sólo debe utilizarse el derecho penal como un último recurso o de estricta necesidad (*última ratio*). Pero el Estado no debe intervenir en toda situación, sino en hechos que la ley penal ha determinado específicamente, constituyendo la pena, tan solo un instrumento subsidiario.

- Principio de Mínima Intervención.-

Este principio sostiene que el derecho penal a través del Estado, a quien se le ha conferido el *jus puniendi*, debe reducir su intervención a aquellos casos en los que sean estrictamente necesario en el término de utilidad social general, es decir habrá de intervenir sólo en aquellos casos cuando no queden otros medios para la protección social. El poder punitivo del Estado debe estar

regido y limitado por el Principio de Intervención Mínima. O sea, el derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del derecho. De ahí que se diga también que el derecho penal tiene carácter subsidiario frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico.

- Principio de Insignificancia.- Este principio denominado también “Principio de Bagatela”

Sostiene que deben considerarse atípicas aquellas conductas que importan una afectación superficial del bien jurídico.

En resumen, las razones y ventajas de la adopción y aplicación del Principio de Oportunidad a nuestro ordenamiento legal residen en el ámbito de la efectividad de la administración de justicia. Entre éstas se destacan el buscar la eficacia del sistema a través de una minuciosa selectividad.

El principio de oportunidad en el Derecho Procesal Penal Inglés (Persecutorial Discretion)

En este nos ocuparemos de las distintas formas en las que se puede manifestar la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal en el Derecho Procesal Penal Inglés. Así, lo primero que debe

destacarse es que en este no existe un principio de legalidad que obligue al Servicio de Acusaciones de la Corona a acusar o a continuar la investigación de un delito. Al momento de tomar una decisión sobre tal punto, el Servicio de Acusaciones de la Corona debe evaluar no solo los elementos probatorios con los que se cuenta, sino también debe considerar si el interés público requiere o no la continuación de la acción penal.

Países de la región en que se produjeron reformas constitucionales:

Paraguay (1992), Argentina (1994), Bolivia (1995), Chile (1997), Ecuador (1998), Venezuela (2000) y Colombia (2002), ello implicó en cada país la modificación de la organización y estructura de su Ministerio Público o la creación de los mismos.

CAPITULO QUINTO

LA REFORMA PROCESAL PENAL EN LA PAMPA

La Provincia de La Pampa, por ley 2287 del 27 de septiembre de 2006, reformó su Código Procesal Penal. Introdujo cambios de

política procesal substanciales, con repercusión en el tratamiento de la relación entre el individuo y la sociedad en lo penal.

La reforma implica un nuevo rol para el Ministerio Público, ya que tendrá a su cargo realizar la investigación penal preparatoria. También se ha previsto el principio de oportunidad para ejercer la acción penal a cargo de los mismos.

Breve referencia de la situación actual

La reforma actual viene a consolidar la experiencia acumulada, para reflejar los nuevos modos de interpretación de los derechos y garantías constitucionales.

El Código prevé entre las garantías fundamentales de interpretación y aplicación de la ley: juez natural, juicio previo, estado de inocencia, interpretación restrictiva, entre otras.

La regulación pampeana del principio de oportunidad esta establecida en el artículo 15 del Código Procesal de La Pampa, así como también sus efectos en el artículo 16, de dicha norma.

CONCLUSION

La instrumentación del Principio de Oportunidad a nuestro entender, es una de las posibilidades reglamentarias que prevé la

participación de los sujetos necesarios de la relación procesal, sin que nieguen ni modifiquen sus derechos sustanciales. El representante del Ministerio Público Fiscal con un rol protagónico, debe decidir si, frente al caso concreto, continúa la acción penal en forma plena o si sería procedente el procedimiento mínimo. Además, el imputado y la víctima deben conciliar y concurrir a la aplicación de los criterios de oportunidad.

Hemos observado a lo largo de este trabajo que las causales por las que surge este principio, son similares en cuanto a que se refieren al congestionamiento de los tribunales provocando en la mayoría de los casos la paralización del proceso y el dispendio de los recursos procesales de manera innecesaria, logrando con este instituto la agilización, eficacia y economía del proceso.-

En la Provincia de La Pampa en el año 2009 va a entrar a regir en el nuevo Código Procesal el Principio de Oportunidad:

“El tiempo, en última instancia, será testigo del empleo concreto de los criterios de oportunidad para aplicar las penas; también permitirá juzgar si la reforma en este punto fue, precisamente, oportuna”

BIBLIOGRAFIA:

CAFFERATA ÑORES, JOSÉ I.: El principio de oportunidad en el derecho argentino en "Cuestiones actuales sobre el proceso penal". Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1997, pág. 4 y 16.

BOVINO, ALBERTO: La persecución penal pública en el derecho anglosajón en Revista Pena y Estado nro. 2 "Ministerio Público", Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 60.

CLARIÁ OLMEDO, JORGE A.: Derecho Procesal Penal Tomo L, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1984, p. 159.

CREUS, CARLOS: Derecho Penal, Parte General Tercera Edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 280 y ss.

FONTÁN BALESTRA, CARLOS: Tratado de Derecho Penal Tomo III Parte General, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, p.459.

CAVALLERO, RICARDO JUAN: Disponibilidad de la Acción en "Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal", Nro. 8 A, Editorial Ad Hoc, Bs. As. 1998, p. 188. .

Hassemer, Winfried, La persecución penal: legalidad y oportunidad, en *Hacia una nueva justicia penal*, publicación del Consejo para la Consolidación de la Democracia, Buenos Aires, 1984, cit. por Cafferata Nores, J. *op. cit.*, p. 32.

Vázquez Rossi, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, p. 361

MAIER, JULIO B. J.: *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, fundamentos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, p. 832 y 833.

MAIER, JULIO B. J.: La Ordenanza Procesal Penal Alemana, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 55.

MAIER, JULIO B. J.: Exposición de motivos del Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación en AA.VV. "Hacia una nueva Justicia Penal", Tomo II, Edición Oficial, Buenos Aires, 1989, p. 171.

NUÑEZ, RICARDO C.: Derecho Penal Argentino, Parte General, Tomo II, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1965, p. 129.

ROXÍN, CLAUS: Derecho Procesal Penal traducción de la 25a edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, § 14, p.89.

ROXIN, CLAUS: Derecho Penal Parte General Tomo I.

SAID, JOSÉ LUIS: Sobre la facultad de las provincias para reglar el principio de oportunidad en la persecución penal, en *Revista Jurídica La Ley* 1997-F, pp. 1041 y 1042

SOLER, SEBASTIAN: Derecho Penal Argentino, Tomo JJ, T.E.A., Buenos Aires, 1970, p. 439.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1995, p.196.

INDICE GENERAL

CAPITULO PRIMERO

NOCION GENERAL DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Concepto general del Principio de Oportunidad.....	pag.3
Breve reseña histórica.....	pag.4
Naturaleza Jurídica.....	pag.6
Fundamento de su aplicación.....	pag.7
Justificación.....	pag.10
Constitucionalidad.....	pag.12

CAPITULO SEGUNDO

CASOS EN QUE PROCEDE EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Interés Publico.....	pag.14
Insignificancia del hecho.....	pag.17
Insignificancia. Concepto.....	pag.18
El criterio de insignificancia del hecho y su definición.....	pag.19
Procedimiento y Plazo para la aplicación del principio de oportunidad.....	pag.23
Efectos procesales de la aplicación del criterio de Oportunidad.....	pag.27
Recursos contra resolución.....	pag.28
Juicio Abreviado.....	pag.28

CAPITULO TERCERO

CRITERIOS DE OPORTUNIDAD ESTABLECIDOS EN NUESTRA LEGISLACION

Dos intentos de implementar el principio de oportunidad Proyectos del Poder Ejecutivo de 1986 y 1999.....	pag.39
Objetivos.....	pag.41
La acción penal como tema del derecho de fondo argentino...	pag.43
Selectividad.....	pag.46
Oportunidad libre.....	pag.46
Oportunidad reglada o adopción de criterios de oportunidad...	pag.48
Inevitabilidad o Disponibilidad.....	pag.49

CAPITULO CUARTO

RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD A NIVEL INTERNACIONAL

Principio de oportunidad en Colombia.....	pag.55
En consideración del principio de oportunidad en Perú-Lima...	pag.56
El principio de oportunidad en el derecho procesal penal Inglés (Persecutorial-Discretion).....	pag.58
Países de la región en que se produjeron reformas contitucionales	pag.59

CAPITULO QUINTO

LA REFORMA PROCESAL PENAL EN LA PAMPA

Breve referencia de la situación actual.....	pag.60
Conclusión.....	pag.60

Firmas

Marcelo Fabián MIGLIO Cristian Luján MEDERO Jorge Alberto EPIFANIO