

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA

Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas

Seminario Sobre Aportaciones Teóricas y Técnicas Recientes

TITULO: Principio de Oportunidad en el nuevo Código Procesal penal

Alumno: Martínez, Claudio Alñejandro

Hermua, Juan José

Sacco, Luciano Oscar

Asignatura sobre la que se realiza el trabajo: Derecho Procesal I

Encargado de curso Prof: Meana, José María

Año que se realiza el trabajo: 2007

INDICE

APRECIACIONES	
PRELIMINARES.....	1

PARTE PRIMERA ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN PAMPEANA

CAPÍTULO I	
ANÁLISIS DEL CODIGO PROCESAL	
PENAL.....	4
Marco Histórico	
Código de procedimiento Acusatorio	

PARTE SEGUNDA ANÁLISIS DOCTRINARIO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

CAPÍTULO I	
GENERALIDADES.....	14

CAPÍTULO II	
PRINCIPIOS EN	
CUESTIÓN.....	15
Principio de Indisponibilidad	
Principio de Obligatoriedad	
Principio de Indivisibilidad	
Principio de Necesidad	
Principio de Irretroactividad	

CAPÍTULO III	
FUNDAMENTO DE LOS CRITERIOS DE	
OPORTUNIDAD.....	19
Teoría de lo Insignificante	
Teoría de la Proporcionalidad	
Teoría de la Estigmatización Social	
Rescate de la victima	
Reparación Oportuna	

CAPÍTULO IV	
MODELOS DE	
OPORTUNIDAD.....	27
Modelo Discrecional Absoluto	
Modelo de la Oportunidad Reglada	

CAPÍTULO V	
CONCESIÓN DE LA FACULTAD AL MINISTERIO	
PÚBLICO.....	29

CAPÍTULO VI	
CONCEPTUALIZACIÓN.....	30

CAPÍTULO VII	
CARACTERISTICAS DE LOS CRITERIOS DE	
OPORTUNIDAD.....	31
Taxatividad	
Excepcionalidad	
Cosa Juzgada	
Solución de Equidad	
Evita el Proceso Penal	

PARTE TERCERA

DISCUSIONES SOBRE LA OPORTUNIDAD PENAL

CAPÍTULO I	
LEGALIDAD Y	
OPORTUNIDAD.....	38

CAPÍTULO II	
DESEMBARCO EN AMERICA	
LATINA.....	41

CAPÍTULO III	
DOCTRINA EN EL DERECHO COMPARADO LATINO-	
AMERICANO.....	44

CONCLUSIÓN.

BIBLIOGRAFIA.

APRECIACIONES PRELIMINARES

Habiendo pasado poco más de un año desde que se ha sancionado la Ley 2.287 por la Legislatura provincial, muchas son las dudas que se han sembrado respecto del funcionamiento del nuevo sistema de Enjuiciamiento Penal. Tanto en la sociedad jurídica de la Provincia, como en los claustros estudiantiles se nota cierta expectativa acompañada de un temor fundado en la incertidumbre que trae aparejado "lo nuevo" del sistema. Varias son las modificaciones estatuidas en el Nuevo Código Ritual, algunas relevantes, otras meramente de forma. Entre las primera, lo mas destacable es la instauración del denominado "Principio de Oportunidad", como una interpretación mas realista del Principio de Legalidad Procesal; como así también es mayormente destacable la imposición en cabeza del Fiscal de la investigación preparatoria, terminando con el vestigio inquisitivo del Juez de Instrucción.

A través del presente estudio, este grupo de alumnos, emprende la complicada tarea de analizar en base a lineamientos generales las consecuencias de esta importante evolución hacia un sistema de

enjuiciamiento mas acorde con la forma republicana de gobierno consagrada por nuestra Carta Magna. Aún así, estamos convencidos que el cambio que estamos por afrontar no solamente se refleja en una Ley, sino en la sociedad toda. El proceso penal no solamente interesa al justiciable, creemos que forma parte del entorno social en que desarrollamos nuestras vidas y como tal, debemos como ciudadanos, controlar que no se convierta en un arma utilizada por los poderosos para imponer su idea.-

Los Códigos Procesales son la reglamentación mas acabada del artículo 18 de nuestra Constitución Nacional, allí se estatuyen las condiciones que se deben cumplir para quebrantar la presunción de inocencia mediante una sentencia firme que declare a una persona culpable de un delito, menoscabando un de los Derechos esenciales de la existencia de la persona, cual es la libertad. Es por tal razón que como objetivo primordial de este trabajo, nos planteamos el desafío de dar una mera interpretación a la reforma del sistema de Enjuiciamiento Penal, haciendo un análisis de unos de los institutos más revolucionarios en la materia que se acaba de incorporar, cual es el criterio de oportunidad.-

Comenzaremos por explicar en un pequeño marco histórico la

importancia de la reforma del Código Ritual en base al ejercicio de la Acción Penal, si dejar de mencionar a la modificación sustancial del procedimiento en base a la “nueva” investigación Fiscal Preparatoria, posteriormente se hará un pormenorizado estudio del Principio de Oportunidad, para finalizar con las conclusiones a las que arriba este grupo en cuanto a la acogida que puede llegar a tener la nueva reglamentación procedimental en nuestra provincia.-

PARTE PRIMERA

ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN PAMPEANA

CAPITULO I

ANALISIS DEL CODIGO PROCESAL PENAL (LEY 2287)

1) Marco Histórico

Desde antaño el sistema procesal de una sociedad ha sido uno de los puntos más discutidos de la relación individuo-sociedad o individuo-estado. Como lo afirma el maestro Beling: “El Derecho Penal no le toca un pelo al delincuente, es el Derecho Procesal Penal el que tiene que vérselas con el hombre de carne y hueso”. En un primer momento las sociedades tuvieron un procedimiento de acusación penal privada en el que el que el titular de la acción y el que elegía el castigo al reo era la misma persona ofendida por un delito o familiares de ella. Este sistema usado por el derecho germánico, los griegos y los romanos en un primer momento de su organización, sufrió el impacto del nacimiento de los estados nacionales, que se convirtieron en actores fundamentales del proceso penal. A partir de su nacimiento los estados han monopolizado, en general, todos los aspectos del sistema penal expropiándole el conflicto a la víctima, procediendo a la creación de

determinadas conductas como delictivas a partir de la sanción de los códigos penales, y a la reglamentación del procedimiento y también la aplicación de la pena. No obstante ello, el juicio por jurados, la introducción de la figura del querellante particular en el proceso penal y los derechos de la víctima permiten hoy la participación privada en el proceso penal, fundamentalmente a partir de que los estados han mostrado sus falencia en algunos puntos ante las respuestas esperadas por los justiciables.

A cada sistema político imperante le corresponde un sistema procesal penal acorde. Así, difícilmente exista una dictadura con un derecho penal liberal o una democracia con sistema procesal penal inquisitivo.

Es raro que algunos de estos sistemas se den en forma pura, por lo que en la realidad las legislaciones adoptan preponderantemente uno de ellos, con algunos matices del otro. En nuestra Provincia con el actual Código existe una etapa procesal preponderante inquisitiva, destinada a la recolección de pruebas para preparar el juicio, la instrucción y el juicio propiamente dicho que es sobre todo acusatorio, destinado a determinar a culpabilidad o inocencia del imputado.

2) Código de Procedimiento Acusatorio

En nuestro concepto el derecho procesal penal de la Constitución es acusatorio, aunque los sucesivos códigos procesales no siguieron con esa línea. En nuestro país el sistema constitucional obliga a las provincias a asegurar la administración de justicia, en su artículo 5º, de allí que deban dictar los códigos procesales bajo las mismas premisas mínimas de la Constitución Nacional, lo establece el artículo 31º y esto es que no hay pena sin ley previa fundado en ley anterior al hecho que motiva el proceso, artículo 18º de la Constitución Nacional.

Bajo estas condiciones debe dictarse la legislación procesal penal provincial y así se logra en este nuevo Código cuando siguiendo al anterior recepta todas las garantías constitucionalmente consagradas. Este Código Procesal Penal para la Provincia observa los preceptos constitucionales, tanto de fuente interna como externa, pues tanto la doctrina como la jurisprudencia han establecido que, desde la reforma constitucional de 1994, los Tratados Internacionales, en este supuesto, sobre derechos humanos poseen la misma jerarquía que las normas insertas en nuestra Constitución.

Si tuviéramos que proponer una definición modesta de lo que significa un código procesal, como ya adelantáramos, podríamos utilizar la fórmula que los más encumbrados doctrinarios nos enseñan en su

libros: todas las normas que hallamos en un código de forma tienden a reglamentar el artículo 18º de la Constitución Nacional, y los preceptos que específicamente se refieran al tema de los Tratados Internacionales. En efecto, en este Nuevo Cuerpo Legal se observan acabadamente las garantías tradicionales del Juez Natural, Debido Proceso, Juicio Previo, del Non bis in Ídem, Inviolabilidad de la Defensa en Juicio, entre otras.-

En cuanto al régimen del ejercicio de la acción penal, que es la parte que hace a este trabajo, si bien continua siendo pública y sigue colocada en cabeza del titular del Ministerio Público Fiscal, se le otorga a éste la posibilidad de abstenerse de ejercer dicha acción en la observancia de los criterios de oportunidad previstos por el artículo 15º. El principio de oportunidad, del que aquí lo trataremos efímeramente en razón de elegir desarrollarlo mas adelante, puede definirse en contraposición con el de legalidad, como aquél que otorga al representante del Ministerio Público Fiscal la posibilidad de no perseguir penalmente un hecho, cuando las circunstancias del mismo o la calidad de sus autores, lo lleven a estimar que actuar de otra manera sería contraproducente. Es evidente que en el ejercicio del mismo deben observarse criterios de política criminal que permitan aplicarlo en forma

equitativa sin dejar de tomar en consideración el previo consentimiento de la víctima.

En este estado corresponde otorgar la posibilidad al Fiscal de hacer uso del criterio de oportunidad cuando el hecho perseguido resultare insignificante, no afectando en consecuencia el interés público, o la intervención del imputado no hubiere tenido casi relevancia, no pudiendo superar en ningún caso la pena hipotéticamente a imponer el término de tres años (Art. 15 inc. 1).

En el inciso 2) del artículo se introduce el principio de la denominada “pena natural”, es decir aquella sanción que alejada de su imposición por cualquier autoridad judicial, se da simplemente por el daño físico, psíquico o moral grave que haya sufrido el autor o partícipe del hecho. El mejor ejemplo de ello es cuando en delitos de naturaleza culposa, generalmente accidentes de tránsito, quien maneja un automotor tiene la desgracia de que por su intervención causa la muerte de un ser querido.

Como inciso 3) del mismo artículo se establece la posibilidad de no ejercer actividad persecutoria cuando el hecho a investigar carezca de importancia “en consideración a la pena ya impuesta o a la que pueda esperarse por los restantes hechos”. El fundamento de este criterio está

dado por la ausencia de utilidad que tendría la investigación de un suceso endilgado a un mismo sujeto que tiene condenas muy graves o procesos de igual magnitud, si nos atenemos al esfuerzo personal y material que eso conlleva y a la insignificancia que tendría en una hipotética unificación de penas.

Por último, se fija un criterio de oportunidad cuando, en delitos con contenido patrimonial ejercidos sin violencia física ni intimidación en las personas, existiera conciliación entre víctima y victimario, y éste último haya reparado en su totalidad el daño causado. Resulta sumamente acertada la inclusión de este último criterio, pues ello nos pone ante una nueva alternativa que significaría excluir del sistema penal aquellos ilícitos -y por supuesto a sus autores-, que tienen significación económica, estableciendo en consecuencia la reparación como tercera vía y otorgando de tal manera al conflicto penal una solución que hoy difícilmente puede observarse.

El sistema penal tiende a resolver un conflicto suscitado entre partes, la solución del mismo estaría dada si la intervención estatal pudiera lograr, tal como lo hace en un proceso civil, que la situación se retrotraiga al estado anterior al hecho causado. En lo penal ni aún lográndose la condena del imputado a la víctima se le resuelve favorablemente el

conflicto pues, difícilmente pueda recuperar la situación que tenía con anterioridad. En consecuencia la posibilidad de lograr la reparación económica significa la efectiva solución del conflicto planteado y en estricta justicia la víctima logra recuperar lo perdido por el accionar ilícito de un tercero.

Cabe destacar por último respecto de este tema, que los criterios de oportunidad no son aplicables cuando el delito fuere cometido por un funcionario o empleado público en ejercicio de sus funciones o en razón de ellas.

A partir de ahora la investigación quedará en manos del Ministerio Público Fiscal, quien por otra parte dirigirá a la policía en su función judicial, dejando para los Jueces de Control la misión de actuar como sujetos imparciales e imparciales, ajenos tanto a las partes como a la recolección del material probatorio que deberá analizar para dictar una decisión de mérito. Su competencia, establecida por el artículo 37º será no sólo durante el tramo procesal aludido, sino, también en el Procedimiento Intermedio, ejerciendo su función como garantizador de legalidad del proceso.

Lo mas destacable del mentado cuerpo legal está dado en la Etapa de Investigación -actualmente Instrucción-, que no sólo ha cambiado de

manos en cuanto al sujeto procesal que la lleva adelante, sino también en su naturaleza, pues se ha pasado de un sistema sacramental donde todo constaba en actas, a un proceso marcadamente acusatorio, por ende desformalizado, en el cual lo sucedido se refleja en actos orales en los que necesariamente deberán estar presentes el Juez y las partes.

Esta última actividad procesal, es la que permite llevar a cabo un avance significativo respecto a la resolución de las incidencias que se plantean durante el proceso, pues el Juez realmente actuará en esa condición, merituando los elementos que le acerquen las partes, y decidiendo en forma personal y pública, dejándose de lado aquella sensación que en innumerables oportunidades tenía el justiciable, en lo referente, al verdadero conocimiento que de lo actuado tenía el Juez Instructor al momento de resolver su situación procesal, atento que toda la tramitación del expediente se había llevado ante un empleado.

La transparencia de un proceso por actos significará asimismo, el pleno conocimiento que la víctima podrá adquirir en lo referente al avance en la investigación del hecho que lo tuvo por actor, circunstancia ésta que se ve reforzada por la posibilidad cierta que se le acuerda de intervenir en el proceso en esa condición, aún cuando no se hubiere constituido

en querellante particular.

Por otra parte, la modificación en cuanto al sujeto procesal que llevará adelante la investigación, Fiscal en lugar de Juez de Instrucción, no significa meramente un cambio de roles, muy por el contrario tiende a lograr un notable mejoramiento en la actividad pesquisante, dado que el titular del Ministerio Público Fiscal es quién trazará los lineamientos tendientes a conseguir la dilucidación del hecho en cuestión, siendo el único responsable de dicha tarea, la cual estará destinada indudablemente, a permitirle requerir la apertura a juicio mediante la acusación, artículo 294º del nuevo Código, cuando existieran elementos para ello o solicitar el sobreseimiento, artículo 288º en caso contrario.

Pero la naturaleza de la actividad investigativa en esta primera etapa del proceso contiene otra modificación substancial respecto del actual código, ello es, la absoluta falta de formalidad en los actos del representante del Ministerio Fiscal, pudiendo exhibirse como única excepción a esta regla la prueba jurisdiccional anticipada, que regula el artículo 270º, que es aquella cuya producción necesariamente deben solicitar las partes al Juez de Control, atenta la calidad de que la misma está revestida y su posible incorporación en el debate oral por lectura. La figura del Juez de Control restablece la verdadera naturaleza jurídica

del proceso, pues la hallamos sobre las partes y decidiendo en consonancia con las probanzas que las mismas le aportan, convirtiéndose de tal modo en un sujeto imparcial, es decir, ajeno a la adquisición de pruebas que con posterioridad merituará adecuadamente.

Esta nueva actividad de juzgamiento que deberá observar el Juez de Control, en modo alguno podrá analizar la pertinencia de las medidas procesales solicitadas por el titular del Ministerio Público Fiscal, dado que cuando éste peticione la concreción de actos procesales ajeno a sus facultades, en especial aquellos denominados de coerción como por ejemplo: detención, prisión preventiva, allanamientos de morada o de domicilio, interceptación de correspondencia, intervenciones telefónicas, etcétera, aquél deberá únicamente resolver su procedencia a partir de parámetros formales, dejando de lado la viabilidad o no que los mismos pudieran tener en la investigación.

Cabe hacer notar la importancia que en la labor del Juez de Control tendrá la audiencia de formalización prevista por el artículo 263º del nuevo cuerpo legal, dado que en la misma podrán resolverse cuestiones que permitan acortar considerablemente el tiempo del proceso, e incluso, se podrá llegar a la finalización del mismo a través

del dictado de una sentencia a la que se arriba después de un acuerdo de juicio abreviado.

No obstante ello, será en la etapa intermedia en la cual su protagonismo será mayor, pues en ese tramo procesal establecerá si existe mérito para dictar el auto de apertura a juicio, artículo 304^o, en el cual se indican en forma detallada los hechos por los cuales se abre el juicio y su calificación jurídica. Previo a esta decisión de mérito podrá recibir en una audiencia oral y pública las pruebas que el imputado estime se han omitido practicar por parte del Fiscal en la etapa interior, momento procesal en el cual también podrán alegar las partes acerca de sus pretensiones, siempre que las mismas no sean propias del juicio oral. Si por el contrario nadie ofreciere pruebas, la resolución del Juez de Control procederá sin la sustanciación de la indicada audiencia. En esta etapa procesal deberá asimismo resolver otras cuestiones, en tanto y en cuanto las mismas le fueren planteadas, como por ejemplo: constitución del querellante particular, excepciones o suspensión del juicio a prueba.

En base a lo antes expuesto, esa ha sido un pequeño análisis de los institutos más importantes, según nuestro criterio, de la reforma, por lo que no podíamos dejar pasar por alto una breve mención a ellos antes

de introducirnos al desarrollo amplio y detallado del Criterio de Oportunidad.-

PARTE SEGUNDA

ANÁLISIS DOCTRINARIO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

CAPITULO I

GENERALIDADES

La adopción de criterios de oportunidad, para evitar el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público y dar nacimiento, innecesariamente a procesos penales, constituye un cambio trascendental en nuestro sistema procesal penal. Por primera vez apareció entonces, en nuestro medio, un espacio compositivo para dar solución a los conflictos penales.

¿Qué es lo que ha mediado a nivel del Derecho Penal y Procesal Penal entre los principios de obligatoriedad e indisponibilidad del ejercicio de la acción penal y la aparición del criterio de oportunidad? Probablemente tendríamos que sostener que la realidad ha golpeado duramente a la teoría, de modo tal que su insoslayable concreción, ha motivado, no sólo reflexiones sino también ha servido para retomar y redefinir institutos.

Lo que ocurre es que la oportunidad no es una institución tan nueva en el mundo, sino que, antiguamente, fue utilizada conforme al interés de quienes detentaron el poder, esgrimiendo para su uso razones de

conveniencia. Así fue que por “razones de estado”, y estando el Ministerio Público vinculado al rey o al Poder Ejecutivo, se logró, durante el absolutismo, evitar el ejercicio de la acción penal o dar fin a procesos ya iniciados.

Fue, precisamente, en razón de paralizar tales iniciativas, perturbadoras de la división de poderes y su equilibrio, y particularmente de la independencia de la decisión judicial, en procura también de igualdad, que se generaron y guardaron, conforme al principio de legalidad, erigido por la Revolución Francesa, los principios de indisponibilidad de la acción penal, obligatoriedad de su ejercicio e indivisibilidad de la misma, entre otros.

Hoy, la tendencia de volver a los criterios de oportunidad, ciertamente se reviste de concepciones humanitarias y de interés público social, de ofrecer una oportunidad a quien tiene la desgracia de incurrir en el delito y queda sometido por ello a los resultados de un proceso penal, que de cualquier modo estigmatiza.

CAPITULO II

PRINCIPIOS EN CUESTION

La introducción de criterios de oportunidad en nuestro Código de procedimiento ha supuesto el rompimiento de diversos esquemas de dogmática penal y política criminal así como de principios procesales penales, en los cuales fuimos formados. Ahora bien, las modificaciones introducidas con la oportunidad, poniendo en cuestión diversos principios, importan cambios notables en la actuación funcional diaria del fiscal y/o del juez. En el caso del fiscal, se posibilita variar su actuación a nivel PRE procesal, pero también devienen variaciones, tanto en el actuar del fiscal como del juez, al interior del mismo proceso penal formal.

1) Principio de Indisponibilidad

La indisponibilidad del ejercicio de la acción penal, es un principio dirigido al representante del Ministerio Público, conforme al cual, dicha autoridad no puede disponer libremente de tal ejercicio, en cuanto no esta entregado a su opinión o consideraciones, por lo que producido el ilícito penal y conocido por él, que da vinculado a denunciarlo de modo

inexorable.

El ejercitar la acción penal ante las agresiones a los bienes jurídicos protegidos penalmente constituye en nuestro país un encargo funcional dado al Ministerio Público. Ahora bien, tal acción penal en poder del fiscal, que es el órgano concreto que puede ejercitarla, posee carácter público, ya que es una potestad que el Estado moderno ha tomado para sí, tal como la misma administración de justicia, y, es en tal medida que requiere ejercer de modo riguroso.

Precisamente el carácter de indisponibilidad diferencia el proceso penal del civil, donde las partes poseen disponibilidad de los derechos en disputa. En lo penal, en principio no hay disponibilidad sobre los bienes afectados y el órgano estatal encargado de la persecución, actuando en representación de la sociedad (agraviada con el ilícito penal), no puede dejar de perseguir.

Este principio se rompió en los casos en que se concede facultad al fiscal, par que, ejerciendo su criterio discrecional, pueda abstenerse de accionar personalmente a pesar de la existencia del ilícito penal.

2) Principio de Obligatoriedad

Este principio de obligatoriedad, también se le llama de inevitabilidad del ejercicio de la acción penal o inexcusabilidad.

El principio de obligatoriedad, caracteriza al modelo procesal penal en el cual, originalmente, solo ante el hecho con apariencias delictivas y luego, modernamente, ante la *notitia criminis* cierta y fundamentada devendrá el inicio de una denuncia y un proceso penal formal.

La promoción de la acción penal y la apertura del proceso penal resultan así ineludibles ante la aparición material de los presupuestos del delito que aparecen en la ley. Puede claramente apreciarse que el accionar de este principio obliga tanto al fiscal como al juez en lo penal.

Algunos autores lo denominan principio de oficialidad, en tanto el ejercicio de la acción es obra de un órgano publico. Nosotros entendemos por oficialidad el hecho que no se precisa requerimiento y se puede accionar de *motu proprio* en cumplimiento de la obligación funcional. Los criterios de oportunidad específicamente permiten contradecir al principio de obligatoriedad posibilitando que el fiscal no tenga que accionar penalmente, requiriendo la tutela jurisdiccional.

3) Principio de Indivisibilidad

El principio de indivisibilidad supone que el ejercicio que se hace de la acción penal, en cuanto inicio formal de la persecución comprende a todos los presuntos autores que hubieran participado en la comisión del presunto ilícito penal, sin que puedan seleccionar y denunciar sólo a

algunos, la parte agraviada o el Ministerio Público. De lo anterior se desprende que no puede existir un trato diferenciado, cuando se formaliza la persecución, para alguno de los partícipes en un mismo ilícito penal. La idea es que no se acciona contra algunos de ellos y se deja de lado a uno o algunos otros, pues la acción penal es única e indivisible ante la comisión del hecho punible.

Contra lo referido, sabemos bien que la oportunidad faculta a que se aplique a alguna persona, en su favor, a pesar de que no pueda aplicarse a los demás coautores del ilícito. Esto supone que aplicado algunos de los criterios de oportunidad, el ejercicio de la acción penal deberá dejar de lado a quien se benefició con aquel.

4) Principio de Necesidad

También es tocado, en cierto modo, el principio de necesidad que funciona alrededor de la formalidad que supone el proceso penal, conforme a lo cual no corresponde a los sujetos del proceso facultad alguna en relación a la elección del medio para reparar la lesión causada ni en relación con el mantenimiento o terminación del proceso. El principio de necesidad, también supone que el proceso penal es obligatorio para averiguar la infracción criminal, descubrir al autor, juzgarle, y sobre todo, imponer la pena. Precisamente la satisfacción

del principio de necesidad, que ocurre en la investigación a lo largo del proceso penal, es lo que legitima y legaliza la consecuencia jurídica del delito.

La aplicación de los criterios de oportunidad, por su lado, supone de algún modo haber cumplido los supuestos del principio de necesidad sin la actuación del proceso penal, pues debe existir certeza en el fiscal de que el agente fue autor del ilícito y sólo por aquella razón es que le impone el pagar una reparación.

5) Principio de Irretractabilidad

El principio de irretractabilidad del proceso penal implica que una vez iniciado un proceso penal aquel que no puede suspenderse o interrumpirse o terminar de ningún otro modo que mediante un pronunciamiento del juez sobre el fondo del asunto, esto es condenando o absolviendo (salvo el caso del sobreseimiento). Por ende, iniciando el proceso penal no cabrá, con posterioridad, ningún desistimiento o renuncia al ejercicio de la acción penal.

La irretractabilidad importa que el tiempo del proceso penal es lineal, pues se compone de secuelas orientadas hacia el futuro, y el automatismo pregonado por el sistema preestablece su último acto, como que toda imputación implica una sentencia. La existencia de este

principio representa el interés público en la represión del delito luego de que aquel es descubierto y ventilado en el proceso penal significando el rigor de la sociedad entera contra aquel. A pesar de lo dicho, como bien se ha expresado, el principio de obligatoriedad y el principio de indisponibilidad se mantienen como la regla general en relación a los deberes funcionales de los fiscales en lo penal, así como el principio de irrevocabilidad, el principio de indivisibilidad, y el principio de necesidad, se mantienen como regla en relación a la labor de los fiscales y los jueces.

CAPITULO III

FUNDAMENTOS DE LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD

Los criterios de oportunidad no han surgido en el mundo, tal como algunos autores han sostenido, fundamentalmente, por el fracaso de la administración de justicia, la sobrecarga procesal o la congestión penitenciaria y ni siquiera como manifestación de la crisis del principio de legalidad, sea por el problema de la selectividad de los casos

procesados o por el de la cifra oscura.

Por otro lado, la sobrecarga procesal constituye un problema en cualquier realidad, tanto de países desarrollados como de los que están en vías de desarrollo, que se correlaciona, lógicamente, con el constante aumento poblacional y de la cantidad de los delitos que se cometen así como con las falencias presupuestaria que se reflejan en el poco número de magistrados en comparación con la población a atender.

Por ello es que, en el mundo, y en todos los sistemas procesales, penales, se han creado procedimientos alternativos a los judiciales, y en lo jurisdiccional procesos sumarísimos, terminaciones anticipadas y otros muchos modos de atacar el problema. Igualmente el principio de oportunidad no deviene a aminorar la congestión penitenciaria, pues su aplicación, precisamente, gira alrededor de asuntos en los cuales se considera que sus presuntos autores no serán sancionados con penas privativas de libertad.

Asimismo, el Principio de Oportunidad no se opone al principio de legalidad, pues los criterios de oportunidad, por el hecho de constituir excepciones que, discrecionalmente podrán ser aplicadas por los fiscales, son tan legales como cualquier otra institución procesal penal

vigente.

Se advierte que el principio de legalidad, llevado a lo penal, configura un límite al *ius puniendi*, pero presupone, también, el deber del Estado tanto de señalar los delitos por escrito como de castigar las violencias contra las normas buscando el cumplimiento de la ley misma. Así la legalidad se convierte también en fundamento del *jus puniendi*.

Resulta claro, finalmente, que la adopción del Principio de Oportunidad en el Código procesal, por coherencia normativa, reconfigura el significado puramente retributivo que se le pudo dar al principio de legalidad, dando espacio y lugar al principio de obligatoriedad. Otra cosa es la que sucede en Italia, allá el mandato constitucional señala la obligación imperativa del Ministerio Público de ejercitar la acción penal; por ende, en tal país, la legalidad asimila y comprende a la obligatoriedad.

La selectividad y la cifra oscura tienen explicaciones sociológicos, psicológico valorativas, antropológico culturales y, quizás hasta de política criminal. Su producción y realidad ni siquiera araña a una debida concepción de la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, a penas conocida sea la producción de un presunto ilícito penal. El principio de obligatoriedad, en nuestra opinión, no posee preocupación

ni responsabilidad alguna por los problemas de comunicación sobre los sucesos que desconoce y sólo el fracaso ante los que devienen a conocidos, lo pondría en cuestión.

Precisamente, abundando sobre lo dicho, es que pretendemos exponer, no una si no varias líneas de desarrollo de ideas en las que se expresó, por diversas razones, la necesidad y utilidad racional de crear o adoptar alternativas al tratamiento procesal penal de todos los ilícitos producidos en la sociedad, determinando a la larga la puesta al día de criterios de oportunidad que por lo demás no aparecen conectados, necesariamente, con el modelo acusatorio.

1) Teoría de lo Insignificante

En nuestra consideración, la adopción de criterios de oportunidad ha tenido que ver más, desde lo dogmático, con la temática que devino de la teoría de la adecuación social de la conducta y que cristalizó en el Derecho Penal de lo insignificante. Este tema planteaba el problema de que un hecho “insignificante” aparecía en el tipo y la sociedad se mostraba conformista ante ello, a pesar de que sancionarlo fuera de lo negativo que individualmente podría ser, acarreaba entorpecimiento a la tarea jurisdiccional y desmerecimiento de la función de control preventivo del Derecho Penal.

ZAFFARONI, ha sido categórico al decir: “aquellos que rechazan el principio de insignificancia o de bagatela en nombre de la “seguridad jurídica” caen en la falacia, porque llamándola por su verdadera denominación, el rechazo se operaría en nombre de la realización incondicional de una voluntad irracional del Estado, que sería el único bien jurídico que ése derecho penal tutelaría. Se trata de un problema de relevancia social del delito que explica así “Es necesario tener en cuenta que cuando se habla de delitos insignificantes” nos referimos a las infracciones penales de menor potencial, ofensa insignificante. Los primeros deben entrar en el sistema penal (aunque no se justifique la prisión). Los últimos deben quedar fuera (porque en ellos se excluye la tipicidad o se hayan justificados).

2) Teoría de la Proporcionalidad

Entre los alemanes el encuentro con el principio de BAGATELA llevó a que se fijarán en el principio de proporcionalidad que debería regir, razonablemente, entre el delito en sí y la gravedad de la intervención estatal ante la producción de aquel. Así surgió una preocupación general por desarrollar el principio de proporcionalidad en el proceso penal.

Evidente es que al compulsar el hecho acontecido y sus actores, se

desprenderán actuaciones con diversos niveles de compromiso, interés y violencia en los ilícitos, de tal modo que manifiesta y la ilicitud leve o mínimamente atentatoria de los bienes jurídicos protegidos, resultará lógico, razonable y coherente, tratar de disminuir la fuerza con el Derecho Penal y Procesal Penal salen a solucionar la comisión delictiva en cada uno de los delincuentes.

Se recomienda tener en cuenta los factores vinculados a la determinación de la magnitud del injusto tales como: a) la naturaleza de la acción: importancia y afectación del bien jurídico protegido por el tipo penal, b) los medios empleados en la comisión del delito, observando la entidad lesiva de los mismos o su capacidad para vulnerar bienes jurídicos; c) la extensión del daño o peligro causados; y d) las circunstancias del Código Penal.

Resulta claro que se tienen que hacer apreciaciones objetivas respecto la gravedad del hecho ilícito. Descomponiéndose ello, debe analizarse la forma en que se ejecutó la conducta, la importancia de los bienes jurídicos afectados, la culpabilidad del agente y su peligrosidad para uno o varios públicos. También deben valorarse las circunstancias modificativas de la responsabilidad (eximentes y atenuantes), las causas de extinción de responsabilidad, la forma y medios de la

comisión delictiva, el grado de participación del agente, entre otras normas penales.

Con la aparición de criterios de oportunidad entonces aparece un espacio para que se pueda calibrar tanto la acción como la personalidad del autor de algunos ilícitos con el objetivo de evitar el proceso penal y aplicar con la celeridad la reparación como alternativa a la sanción, que en él se podría acordar.

3) Teoría de la Estigmatización Social

Resulta, ciertamente, relevante y útil la posibilidad de salvar a los ciudadanos del estigma social que significa ser “cliente” del sistema penal. Hay estudios que han determinado que las sanciones legales y el rechazo social que aquellas traen, determinan, en la percepción personal de los condenados, a asumir que, efectivamente, son seres “desviados” y hasta les impulsan a vivir de este modo, como si estuvieran al margen.

El sistema, pues, fuera de provocar perturbación psicológica, inquietud y taladrante incertidumbre sobre el desenlace devendría, en modo grave, a interiorizar en la persona afectada la etiqueta legal y social que se le puso. Y por tanto, en ciertos casos, la pena sólo contribuiría a iniciar carreras delictivas que bien pudieran evitarse.

La abstención fiscal de formalizar la acción penal en un sentido principista humanitario se encuentra acorde, en esta concreta materia, a combatir los efectos criminógenos que tienen las penas cortas privativas de libertad. Igualmente resulta coherente a los posibles efectos positivos de la prevención especial, entendiéndose que la persona favorecida no volverá a incurrir en delito.

4) Rescate de la Víctima

El procedimiento de aplicación del Principio de Oportunidad tiene también como virtud la capacidad de conceder espacio a la víctima, ampliando el esquema del procesalismo tradicional, según el cual la actividad penal debía moverse entre los intereses, el colectivo, representado por el Estado y el individual, el imputado por la comisión del delito.

El vocablo víctima (de vinciere, animales que se sacrifican a los dioses o vincere: sujeto vencido) conceptúa bien la situación de abandono y/o marginación de que han sido objeto los principales afectados por el delito. Ha sido el desarrollo de la victimología lo que abrió nuevas perspectivas y conceptualizó que, en muchos casos, el proceso penal se convertía en un mecanismo institucionalizado de “victimación secundaria” o de “revictimización” del afectado por el ilícito. Esta,

también fue una crítica razonable de los abolicionistas, quienes sostenían que solo se usaba como sofisma, el que a la víctima “también le interesa la imposición de un castigo”.

Como bien apunta CREUS, la tendencia “víctimizadora” se apoya en la constatación de que el sistema penal, tal como viene funcionando, “hace fracasar los intereses de la víctima”, por lo cual se demanda la necesidad de una política criminal que tome atención respecto las consecuencias sobre aquella y que no siga siendo algo secundario su interés en la reparación del daño sufrido. Convocar a la víctima importa una reformulación del sistema penal que, por lo menos en ese espacio, supone prestar toda la atención posible al interés de aquella, enfatizando la reparación sobre la pena, con la pretensión de tender, en lo posible, a volver las cosas al estado anterior al hecho delictivo. La conclusión podrá ser entonces el suavizar la reacción estatal ante el delito, desde el punto de vista de la víctima, permitiendo espacios de diálogo para los intereses y dificultades de la “pareja penal” (víctima y victimario), con miras a la mayor recomposición posible de la armonía social.

Así ocurre pues, que ante el Ministerio Público y mediante los criterios de oportunidad, aparecerá un privilegiado interés de actuar en pro de la

víctima del delito. Ello importa lo que deviene en llamarse “la repersonalización” del conflicto, por destacarse el interés del indiciado y el de la víctima, y así, la intervención estatal imprime una orientación hacia la ayuda efectiva, individual y social.

5) Reparación Oportuna

Constituye un lugar común en consabido aserto de que la justicia tardía no es justicia, y lamentablemente, en los casos concretos de nuestra realidad, las sentencias tardan en demasía y, peor aún, las reparaciones que allí figuran casi nunca ocurren. El tema de que la reparación no se efectúa luego del proceso, deviene a ampliar el daño ocasionado y a deslegitimar en modo grave al sistema, mostrándolo tanto ineficaz como ineficiente.

Se aprecia, muy concretamente en relación a la víctima y específicamente en materia de la reparación, que el proceso penal debe superar las formas y lograr sustancias. Por ello, como dice CREUS, citando a SERRANO GOMEZ, se trata de encontrar una “fórmula para conseguir que sea el propio autor del delito el más interesado en que la víctima sea compensada”. Y obvio es que mientras más pronto, mejor.

Originalmente, el apartar a la víctima del proceso penal sirvió para darle mayor racionalización a aquel y desdramatizarlos. Ahora es casi

unánime la idea de satisfacer más a la víctima, abriendo espacio a la reparación como sanción penal autónoma o como presupuesto de la no imposición de ciertas sanciones.

A Nuestro entender, una respuesta a la demanda de conceder beneficios a la víctima aparece ofreciéndola el principio de oportunidad.

CAPITULO IV

LOS MODELOS DE OPORTUNIDAD

Modernamente, en el derecho comparado occidental, existen dos vertientes de aplicación de la oportunidad. Una es la europea continental y la segunda, la anglosajona, cuya expresión más radical es la angloamericana. En primer caso, al instituto se le conoce como oportunidad o Principio de Oportunidad, en alusión al poder de disponer en sí de la acción penal y, a los casos particulares en que puede aplicarse, se les denomina, criterios de oportunidad.

Entre los angloamericanos, a la misma facultad, se la conoce como *discretion* y constituye una facultad tan amplia y sin control que se le ha traducido como oportunidad no reglada o discrecionalidad absoluta.

1) Modelo Discrecional Absoluto

Es el que existe en Estados Unidos y conforme indica GUARIGLIA se habría conformado en el tiempo sin mandato expreso y sólo merced a la tolerancia de los tribunales y las legislaturas, habiendo sido sellado por una resolución de la Corte Suprema, que rechazó un recurso contra una decisión de no acusar y que consagró que la acusación está completamente sujeta a la discrecionalidad del fiscal. En realidad algo que ocurre en el modelo acusatorio norteamericano es que la carga resulta sumamente abundante, tanto que se dice que funciona a nivel de colapso. Ante ello es que urge la discrecionalidad fiscal, pretendiendo hacer una selectividad formal, ya que existe conciencia que ante la inoperatividad del sistema existen múltiples formas de selectividad informal, motivando que muchos casos no ingresen al sistema.

Ahora bien, el alto grado de libertad dejado al fiscal, sin control, ha motivado cuestionamientos, pues se dice que “ni el juez ni el público e inclusive, a veces, ni siquiera el imputado, pueden saber con certeza quien obtuvo qué, de quién o cambio de qué”. Y habida cuenta que a partir del ser fiscal se inician carreras políticas, ello añade suma preocupación.

2) Modelo de la Oportunidad Reglada

Es el adoptado en la Europa continental y también el que se ha desarrollado en América Latina, donde están efectuándose reformas procesales penales. Los fundamentos que han dado existencia al Principio de Oportunidad son muchos dispersos y, por ende, devendrían a generar modelos distintos. Mauricio DUCE y Cristian RIEGO, basándose en MAIER, los han clasificado en tres grandes criterios que albergan distintos mecanismos de oportunidad. Según estos autores, ellos son: criterio de descriminalización de la eficiencia y el de la priorización de interés. El criterio de la descriminalización tiene por objeto despenalizar conductas delictivas al estimarse que otros modos de reacción producirían mayores resultados y comprende situaciones de adecuación social de la conducta, casos de insignificancia, de mínima culpabilidad y de pena natural. El criterio de la eficiencia tiene como intención descongestionar el sistema y para ello se renuncia a perseguir quienes delatan en casos de arrepentimiento activo y otros. El criterio de la priorización de intereses, permite poner término a la persecución por haberse encontrado una solución más óptima, en pro de la víctima o de la sociedad. Es el caso de la suspensión del procedimiento y los

acuerdos

reparatorios.

CAPITULO V

CONCESIÓN DE LA FACULTAD AL MINISTERIO PÚBLICO

En los países en que el Estado toma para sí la resolución de los conflictos penales, tal como un servicio público, para evitar la autodefensa violentista, el *ius puniendi* y el *ius perseguendi* adquieren naturaleza pública. El fundamento, por lo demás, de tal apropiación es que el *ius perseguendi*, el ejercicio de la acción penal o la acción penal en sí, tienen como razón de existencia el satisfacer un interés público, general o colectivo.

La idea central de la acción penal es que el orden social alterado por la agresión al bien jurídico tutelado se restaure, componga o compense de un modo legal, legítimo y formal, bajo tutela del Estado. Resulta obvio entonces que el interés en tal composición, valga decir la pretensión que contiene el ejercicio de la acción penal, es colectivo y general, en la misma medida en que el ilícito penal atenta contra todo el orden jurídico

societal.

Ahora bien, el encargar la facultad de aplicar los criterios discrecionales al Ministerio Público, resulta evidente que constituye una decisión de política criminal convencional, pero que puede ser bastante coherente con el sistema procesal penal y generador de un deseable equilibrio de poderes y facultades en pro de los justiciables. Para el caso peruano, la concesión al Ministerio Público puede tener varias líneas de sustento.

CAPITULO VI

CONCEPTUALIZACION

En sentido estricto, el principio de oportunidad u oportunidad a secas, se trata de la facultad que se otorga a los fiscales para cerrar aquellos casos en los que aún habiendo antecedentes para investigar o incluso acusar, se considere que los hechos son de una gravedad muy reducida y no comprometen gravemente el interés público.

En general, entendiendo la aplicación por parte de los integrantes del Poder Judicial, Ministerio Público, la Oportunidad es la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella.

Conceptualmente, de acuerdo al desarrollo de las ideas penales y políticos criminales, advertimos que la oportunidad constituye un mecanismo de solución de un conflicto penal, mediante fórmulas de consenso o solución presentada o definida por el fiscal o el juez en lo penal.

El Código Procesal Penal, asumiendo la Oportunidad, faculta al fiscal, ante la presencia de determinados conflictos penales, a abstenerse de ejercitar acción penal o solicitar el sobreseimiento del proceso existente, en caso de haberlo promovido, fundamentándose en principios de interés social y público, logrando la composición, mediante la aplicación de la equidad, previa la concurrencia de ciertos requisitos señalados en la ley.

En conclusión, lo que la oportunidad genera es un procedimiento de abstención fiscal de ejercitar la acción penal, en virtud del cual, vía la aplicación de alguno de los criterios de oportunidad concretos, el fiscal se apartará discrecionalmente de su función persecutoria.

CAPITULO VII

CARACTERISTICAS DE LOS CRITERIOS DE

OPORTUNIDAD

La aplicación, en nuestra realidad, de criterios de oportunidad no está librada totalmente a la discrecionalidad del fiscal y su mismo resultado adopta ciertas condiciones y características interesantes que implica el superar los cargos que se hacen a la discrecionalidad absoluta norteamericana. Ante los defectos de aquella el modelo europeo continental, adoptado en nuestro caso, aparece en su selectividad, en mejores condiciones de igualdad, transparencia y control.

1) Taxatividad

Esta característica importa que el fiscal no puede aplicar o solicitar la aplicación de la oportunidad en presencia de cualquier hecho delictuoso sino que deberá atenerse a que se presenten específicamente los casos indicados en la ley. La facultad, por ende, se entiende que se ajusta a lo que dicen las normas vigentes, y cuando ello no ocurriera, será obligatorio iniciar el ejercicio de la acción penal en caso de la presencia del delito. Otra cosa implicaría la arbitrariedad por parte del Ministerio Público que es algo que no concede la ley. La taxatividad impone que el fiscal no puede escapar en el ejercicio de su discrecionalidad a los parámetros que le pone la ley y, por ende, no

puede inventar por sí mismos nuevos criterios, ante los cuales pueda aplicar la oportunidad. Se supone también que debe conocer los fundamentos de la aplicación de este criterio, es decir los casos que hacen útil su aplicación, pues ello, orientará el uso de la discrecionalidad.

Asimismo el fiscal debe desarrollar conceptualmente el significado de los términos expresados en la ley: “consentimiento expreso”, “afectación grave”, consecuencia de su delito, pena inapropiada, insignificancia del delito, poca frecuencia, interés público, contribución mínima, reparación del daño, funcionario público, etc. Precisamente el desarrollar con claridad estas nociones le permitirán al fiscal respetar la taxatividad.

2) Excepcionalidad

La adopción de los criterios de oportunidad en ningún caso revoca la existencia de la regla según la cual, en todos los demás casos, los operadores jurídicos deben acatar todos los principios, que en el capítulo II de este trabajo, hemos sostenido que quedaban en cuestión. La posibilidad de aplicar criterios de oportunidad quedará librada a las características con que se presenta el hecho denunciado como delito, las condiciones de la agente, las posibilidades y viabilidad del diálogo y la reparación, todo lo cual alimentará el criterio del fiscal y posibilitará la

aplicación excepcional que deberá ser, además, debidamente fundamentada.

La excepcionalidad no quiere decir que sólo en pocos casos se aplicará la Oportunidad, sino que deberá ser aplicarse en los casos que se ajusten a la ley y pueda sustentarse uno o más fundamentos de utilidad objetiva que hagan razonable aplicar un criterio de oportunidad. En nuevos casos, similares al favorecido, se entiende que deberá aplicarse también el principio salvo que existan circunstancias o elementos distintos que fundamente impidan ello. Tales causas deben explicarse detalladamente para evitar que se interprete como una arbitrariedad.

3) Cosa Juzgada

El efecto de la aplicación de los criterios de oportunidad es generar algo muy parecido a la cosa juzgada y que la denominamos cosa decidida, para asemejarla a lo administrativo. Aquella denuncia que el fiscal archivó definitivamente aplicando un criterio de oportunidad no podrá ser reabierta ni por él mismo ni por otro fiscal.

Esta circunstancia de la actuación fiscal, abre un espacio distinto a todos los demás pronunciamiento del fiscal, en que no hay decisión final formal. En este caso en particular, si el agente paga la reparación, se entiende que lo hace para poner fin a una circunstancia especialmente

gravosa para él y, por ello, la solución dada debe sellarse con una eficiencia definitiva.

La aplicación de los criterios de oportunidad sólo encontrará espacio para su debido uso cuando se pueda prescindir razonablemente de la persecución represiva que sigue siendo la regla general. Si los criterios se aplican, ello ocurre sólo en casos que selectivamente se aprecia que su imposición será más benéfica que los fines penales de las clásicas, prevención general y especial.

4) Solución de Equidad

Se aprecia que, en sentido contrario al proceso penal formal donde se trata de hallar la verdad de los hechos y sólo en función de ello, condenar o absolver, en el caso de la aplicación de los criterios de oportunidad lo perseguido es una solución de equidad al conflicto penal. El proceso penal siempre ha perseguido el hallar la verdad del hecho delictual. Bien podemos referir, conforme a Winfried HASSEMER, que la investigación busca una “verdad realizada con las formas de la justicia”, lo que no quita que su orientación siga siendo la búsqueda de la verdad. En cambio, ante los criterios de oportunidad lo que se privilegia es la composición de conflicto, mediante fórmulas de consenso que no se dirigen a resolver respecto a la verdad, en los

mismos términos que en el proceso penal.

Esto quiere decir que si un fiscal trató de aplicar el principio de oportunidad por tener convicción respecto a la responsabilidad del denunciado pero, en la entrevista con aquel, dicha persona es reacia a reconocer su culpabilidad y resulta convincente en su dicho, motivando a que el fiscal retroceda en su intención, e inclusive a que no encontrando responsabilidad en aquel archive la denuncia, ello no será reprochable al fiscal, como una actuación maliciosa sin más. Como justificación para el actuar del fiscal se presentan los siguientes hechos:

Cuando fiscal califica y abre el procedimiento de aplicación de la oportunidad lo hace básicamente con la denuncia y los recaudos alcanzados, todavía no ha entrevistado al denunciado, hecho que podría significarle nuevos elementos de juicio que le permitirán variar de parecer.

La certeza, respecto a la responsabilidad en el hecho ilícito, es cierto que debe originarse de los recaudos que se acompañen, pero es lógico que se consolide durante el procedimiento de aplicación y sobre todo en las entrevistas. Esto quiere decir que la motivación original para tratar de aplicar la oportunidad es una convicción sincera de autora que

equivale a una gran probabilidad, tal como asevera ROXIN, citado por CESAR SAN MARTIN.

La aplicación del principio de oportunidad es una solución de equidad, fundamentalmente, y no requiere la verdad a rajatabla.

Se presume una actuación fiscal de buena fe y la malicia sancionable debe de aparecer, en el peor de los casos, con claridad.

5) Evita el Proceso Penal

La aplicación de estos criterios tiene como norte alguna o varias razones de utilidad, sin embargo, algo claramente concreto es que también se evita el inicio o apertura del proceso penal formal. Y, por ello, lo coherente y razonable es que el fiscal, desde un inicio, si lo piensa viable, lo intente aplicar y no que lo haga, por ejemplo, después de su acusación.

Esto es que un intento tardío de la aplicación de los criterios de oportunidad, salvo que aparezca clara un fallo de información inicial, resulta sospecha, en tanto puede obedecer a cálculo del agente, primero reacio a reconocer su responsabilidad; pero que asumiendo conciencia de su inminente condena, trata de reducirla a última hora; o peor aún, podría obedecer a estrategias de buscar la prescripción o inclusive a repudiabiles componendas. Por ende, lo mejor son los

intentos tempranos de su aplicación.

PARTE TERCERA

DISCUSIONES SOBRE LA OPORTUNIDAD PENAL

CAPITULO I

LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD

El Principio de Legalidad se entiende como la obligación que tiene el Fiscal de promover necesaria e inmediatamente la acción penal, una vez llegada a su conocimiento la *notitia criminis*. Sin embargo, es aquí en donde difieren los autores que advierten la supuesta contradicción entre el Principio de Legalidad y la utilización de los Criterios de Oportunidad. Para algunos de ellos, la facultad otorgada al Fiscal para que se abstenga de ejercitar la acción penal colisiona directamente con el Principio de Obligatoriedad. De esta manera, equiparan el Principio de Legalidad con el de Obligatoriedad. Para otros, en cambio, la utilización de tales Criterios de Oportunidad vulnera el carácter indisponible de la acción penal. El Principio de Obligatoriedad se sustenta, en:

1. El derecho a la jurisdicción y al acceso a la justicia penal.
2. El Principio de Igualdad Jurídica, el cual implica en que no se debe ni

puede seleccionar en forma arbitraria a los ciudadanos que deben ser acusados ante la jurisdicción penal.

3. La independencia del Poder Judicial, en la medida en que se justifica que quien asume la función de acusador, aunque no lo haga a ultranza en forma obligatoria, sea un sujeto distinto al juzgador. Vinculadas a las Teorías Absolutas de la Pena se encuentran: la obligación de ejercitar la acción penal, impulsar el desarrollo del proceso y formular la acusación necesaria para la aplicación del *ius puniendi*. Específicamente, con las Teorías de la Pena de Kant y Hegel en cuanto que, en forma ineludible, todo hecho en apariencia delictivo debería traducirse, necesaria y obligatoriamente, en una acusación y en un proceso penal. Las concepciones Kantianas y Hegelianas de la pena no se adecuan al modelo de Estado Democrático de Derecho establecido en la Constitución. Hoy no se puede dejar de lado las Teorías Utilitarias y Resocializadoras de la Pena, pues la búsqueda de un mero ideal de justicia o la función de reafirmación del derecho vulnerado por el delito no están dirigidos a satisfacer los intereses reparatorios de la víctima o a posibilitar un margen de negociación entre el imputado y el Ministerio Público. Por lo que, en mérito a lo expuesto, podemos señalar que no cabe duda que la obligatoriedad irrestricta constituye una herramienta

necesaria para la vigencia de las Teorías Absolutas de la Pena, empero, esto que se observa en el campo del discurso teórico y en el plano legal –en donde rige el Principio de legalidad u Obligatoriedad– no se evidencia en la praxis del sistema penal. Para nadie es un secreto que el sistema represivo actúa selectivamente. Siendo, pues, que esta selectividad no siempre se gobierna por los parámetros legales, sino que se pone en práctica en forma arbitraria y caótica. No obstante, la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal ha perdido la rigidez que otrora la caracterizaba. Criterios de selección legales, en base a los cuales, el Fiscal puede abstenerse de impulsar la acción penal. Siendo, pues, el Principio de Obligatoriedad la regla, la ley prevé nuevos filtros para racionalizar la intervención del sistema penal en casos que no merecen su concurso. Tales filtros se hallan previstos en la ley, por lo que su introducción no contradice el Principio de Legalidad, sino, únicamente, actúan como una excepción a la regla de la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal.

Gran parte de la doctrina concuerda en señalar que el Principio de Obligatoriedad ha sido atenuado con la introducción de los Criterios de Oportunidad. El Fiscal, ante el conocimiento de la noticia criminis no promoverá más, en forma automática, el ejercicio de la acción penal.

Esto, porque se le ha dotado con la facultad de aplicar un filtro legal para seleccionar los casos en los que se precisa impulsar el proceso. Estas condiciones, cuya legalidad ha sido necesaria establecer, para que pueda hacerse efectiva la institución de la Oportunidad, requieren, ineludiblemente, que se otorgue al Fiscal la facultad de disponer, aunque sea en forma limitada, de la acción penal. Y es en este punto en donde se bifurcan las posturas doctrinarias. En un extremo, encontraremos aquél sector para el cual, la disponibilidad debe otorgarse sólo cuando los delitos que llegan a conocimiento del Fiscal han originado una mínima afectación a los bienes jurídicos o cuando la participación del imputado en su comisión revela una escasa culpabilidad. En otro, hallamos aquél sector que está de acuerdo con aquellos requisitos, pero restringe sus alcances al sostener que la posibilidad de la acción se efectivice sólo ante delitos cuyos bienes jurídicos pueden ser reparados o resarcidos materialmente, por ejemplo: la disponibilidad de la acción penal tratándose de un Delito contra el Patrimonio como el Hurto Simple, en donde el imputado tendría la posibilidad de devolver el bien sustraído o pagar una reparación equivalente a su valor. En los demás casos, la disponibilidad de la acción estaría sujeta al control jurisdiccional.

En la misma dirección, Binder define los Criterios de Oportunidad como aquellos casos legales en los que el Estado puede prescindir de la persecución penal. Estos casos legales normalmente se basan:

- a) Criterios Cuantitativos (insignificancia del hecho, escasa culpabilidad),
- b) Criterios Cualitativos (determinados tipos de delitos o condiciones especiales del caso).
- c) Criterios de Economía (multiplicidad de hechos imposibles de investigar o cuya investigación no produce modificaciones sobre la pena esperable) o
- d) Criterios de Mayor Interés (colaboracionismo).

CAPITULO II

DESEMBARCO EN AMERICA LATINA

Desde la supresión de las hostilidades particulares y la venganza privada en la Europa medieval, ostenta el Estado el derecho a juzgar los crímenes y castigar a los responsables. El monopolio estatal en la imposición de la pena ha sido desde entonces una constante

prácticamente universal fundada en el interés público de persecución de los delitos. Pero la cuestión acerca de la definición de los delitos que debían castigarse fue resuelta de distinto modo, según el sistema jurídico en que se aplicó. La tradición jurídica continental europea instauró el principio de Legalidad, según el cual todo hecho que aparezca como delictivo debe ser investigado y sus autores acusados y juzgados penalmente. Una vez iniciada la persecución penal, no puede suspenderse, interrumpirse o hacer cesar. El sistema jurídico anglosajón, por el contrario, implantó el principio de Oportunidad, que consiste en la disposición de la acción penal al criterio del ente estatal al que se encomienda la persecución penal, teniendo en cuenta el mejor interés de la justicia y la utilidad o conveniencia del ejercicio de la acción. Puede citarse como ejemplo el sistema procesal penal estadounidense, donde el Fiscal puede elevar la acción o abstenerse de hacerlo, cuando hay gran probabilidad de que el acusado ha cometido un delito, e incluso puede negociar con él su pena, sin sujeción a limitaciones (plea bargaining), y el juez sólo decide sobre los términos de la negociación. Adicionalmente, el imputado puede declararse culpable (guilty plea) para evitar ser juzgado por un jurado y ser condenado por un hecho más grave o por una pena mayor. Mediante el

uso de estas figuras asociadas al principio de Oportunidad, se resuelven la mayoría de los casos en Estados Unidos. En los años 1980 y 1990 un movimiento reformador se difundió por Latinoamérica, en la búsqueda de un juicio oral y la instauración de un sistema acusatorio que se adaptara a las nuevas realidades políticas de estos países. El Código Modelo para Ibero América es un ejemplo de estos esfuerzos. Varias instituciones jurídicas propias del sistema anglosajón fueron tenidas en cuenta a la hora de elaborar los nuevos Códigos de procedimiento penal, entre ellas, las relacionadas con el principio de Oportunidad, y gradualmente se ha ido adoptando en las legislaciones del continente, generalmente como excepción al principio de Legalidad.

Varios factores explican este cambio. De un lado, el desbordamiento de la delincuencia produjo congestión judicial, lo que a su vez obligó a la justicia a concentrarse en ciertos delitos, dejando sin respuesta crímenes que eran denunciados pero no atendidos. Los sistemas judiciales aplicaban de facto el principio de Oportunidad. Entre más limitados fueran los recursos en el país, mayor era el espectro de delitos que no eran investigados. Ello a su vez tenía un impacto sobre la comunidad, que no ponía en conocimiento de la justicia diversos crímenes que presumía que no serían investigados, generando de este

modo un círculo vicioso de impunidad. Incorporar el principio de Oportunidad significaría reconocer que en la práctica se efectúa tal selección, y que es mejor que la misma la realice el legislador y no arbitrariamente el sistema judicial. También propendería por la celeridad procesal, al abstenerse de investigar hechos de mínima lesividad.

Para evitar una colisión con el principio de Legalidad, se prefirió en los países de tradición jurídica continental europea instaurar el principio de Oportunidad como excepción al de Legalidad. La regla general es la persecución de todos los delitos; los casos en que puede aplicarse el principio de Oportunidad están taxativamente consagrados en la ley.

Sistema en el cual, el inicio del proceso o su no impulso se encuentra determinado por la negociación a que llegan las partes: prosecutor e imputado, sin ninguna intervención del Juez. La disponibilidad de la acción penal es una facultad irrestricta del Fiscal en el proceso norteamericano y a ello se trata de llagar en Latinoamérica.

CAPITULO III

DOCTRINA EN EL DERECHO COMPARADO

LATINOAMERICANO

La ley constituye el marco infranqueable en donde se desenvuelve la aplicación de los Criterios de Oportunidad. Esta es la opinión más aceptada en la doctrina del proceso penal. Sobre todo en la elaborada por autores en cuyo país rige la codificación propia del sistema europeo-continental.

Desde la misma óptica, el uso de los Criterios de Oportunidad se encuentra incluido en el Principio de Legalidad. Suponen la atribución al Fiscal, por parte del ordenamiento jurídico, de un margen de disponibilidad de la acción penal, configurado por una pluralidad de soluciones, todas ellas válidas en la medida que se adecuan a la legalidad. El Ministerio Público se halla sujeto a la ley tanto si ejercita la acción penal como cuando se abstiene de hacerlo.

La misma ley le confiere un margen de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal al Ministerio Público –en base a pautas o criterios de oportunidad taxativamente– no habrá mella alguna al carácter legal de la acción penal y menos al de Legalidad en materia procesal penal.

García del Río (Jurista colombiano).

De Diego Diez (Jurista chileno) indica que la oportunidad no arbitraria, sino “reglada” (esto es, concebida no como una facultad libre

del Fiscal, sino sujeta a normas preestablecidas cuyo acatamiento puede ser controlado por el órgano jurisdiccional), no supone contradicción alguna con la legalidad.

En forma similar opina **Moreno Catena** para quien la legalidad no impide ni contradice la posibilidad de implantación de una oportunidad reglada en el proceso penal, sobre todo para la persecución de los delitos menos graves. La mayoría de ordenamientos procesales basados en la legalidad acogen el uso de la discrecionalidad fijándose diversos límites. Estos últimos se plasman, por ejemplo, en una taxativa determinación legal de los supuestos en los que el Fiscal se puede abstener de ejercitar la acción penal, en la posibilidad de aplicar esta institución sólo para delitos que merecen una pena mínima de dos años o estableciendo un control jurisdiccional sobre la decisión de no denunciar a la que está facultado el Ministerio Público. Se defiende así la introducción de Criterios de Oportunidad.

Raúl Washington Abalos, contrariamente, afirma que la pretensión represiva del Estado derivada de un delito debe hacerse valer siempre que concurren las condiciones que la ley exige, para que aquella se ponga en movimiento mediante la promoción de la acción a través del Ministerio Público. La regla de la legalidad de la acción penal surge de

una obligación de la ley, y no por un acto de discrecionalidad o de oportunidad del titular de llevar a cabo tal tarea. Cuando se presume que un hecho delictuoso se ha cometido, resulta necesario promover la acción penal porque así lo establece la ley. La Legalidad es lo contrario a la Oportunidad o Discrecionalidad.

Por su parte, **Ricardo Levene** señala que el Principio de Indiscrecionalidad o de Legalidad se opone al de Oportunidad. La indiscrecionalidad obliga a ejercitar la acción penal siempre que concurren las condiciones legales y, por tanto, el Ministerio Público no está facultado de abstenerse por motivos de oportunidad o conveniencia y debe perseguir siempre los hechos delictuosos que llegan a su conocimiento, sin poder resistir ni renunciar a los recursos, aunque sí puede aceptar, como consecuencia de la investigación realizada, que la acción carece de fundamento y, por lo tanto, solicitar sobreseimiento, vale decir, que posee una discrecionalidad técnica para valorar si el hecho es o no delictuoso, o si el acusado es o no culpable.

Clariá Olmedo comparte esta tesis al concluir que el Principio de Oportunidad es opuesto al de Legalidad.

En este sentido **Gómez Colomer**, refiriéndose al caso español, afirma que el Principio de Legalidad obliga a la persecución del Ministerio

Fiscal en todo caso habiéndose producido un delito o falta que no tengan naturaleza privada.

Catacora Gonzáles, en el mismo sentido manifiesta: "...el Principio de Legalidad que se enuncia en el derecho positivo, en el derecho procesal se manifiesta en el Principio de Obligatoriedad. El Principio de Obligatoriedad significa, en primer lugar, que nadie que pretenda la acción punitiva del Estado puede sustraerse a las leyes del procedimiento, desde la denuncia del hecho criminoso hasta la culminación con la sentencia. En segundo lugar, dispone que el proceso penal debe incoarse necesariamente ante la comisión o sospecha de comisión de un delito perseguible de oficio y de continuarlo en tanto subsistan los presupuestos fácticos que provocaron su iniciación y exista autor individualizado.

Respecto al Principio de Legalidad, **Del Valle** lo equipara con el Principio de Indisponibilidad señalando que "este principio establece que una vez iniciado el proceso, éste continúa, y que el órgano jurisdiccional del Estado está obligado a iniciar la acción de tal manera que una vez en conocimiento del hecho debe proceder conforme a sus atribuciones, no pudiendo en forma alguna disponer del proceso. En igual condición se encuentra el Juez, el Ministerio Público y las demás

personas del proceso”.

Al respecto, **Alberto Binder** afirma que los sistemas procesales modernos tienden a abandonar una versión estricta del Principio de Legalidad. La vigencia irrestricta de este principio ha causado no sólo la sobrecarga endémica de los tribunales penales, sino que produce además un efecto de impunidad selectiva, que funciona de hecho y generalmente en desmedro de los sectores más humildes de la sociedad, ya que los tribunales sólo se preocupan de los hurtos y robos, y acaso de algún homicidio.

CONCLUSIÓN

En este marco histórico en donde nuestra provincia esta día a día creciendo, el grueso de la sociedad está erróneamente convencida de que la problemática social se soluciona en los estrados de un tribunal, por esa razón invaden las comisarías a los fines de expresar sus deseos de denunciar cuanta situación cree que no le favorece. Es así que los Tribunales se abarrotan con centenares de causas en que los justiciables lo único que buscan es el cese del problema que lo afecta y no la imposición de una pena a su oponente de turno, sabiendo que va a llegar muy tarde –si es que llega-.

Gracias a nuestro Código Penal y a la Acción Penal Pública los Juzgados tienen la obligación legal de investigar todo, obviamente para no resolver nada ya que se torna imposible ante la falta de la infraestructura adecuada y la carencia de los recursos humanos necesarios para investigar todos los hechos que llegan a sus conocimientos.

Por tal razón vemos con agrado la acogida del principio de oportunidad como un medio de brindar mas seguridad a la sociedad, ya que a través de este mecanismo la Justicia va a dedicar sus máximos esfuerzos para

satisfacer los pedidos de Equidad de la sociedad que realmente la afectan, dejando de lado los casos que no son solucionables frente a los estrados de un Tribunal.

Mediante el mecanismo que estudiamos en el desarrollo de este trabajo, el fiscal –ahora el verdadero titular de la acción- va a poder decirle a la comunidad: “el problema que usted tiene no es necesario llevarlo a los estrados de un Tribunal, basta con una mediación o una reparación para que se solucione” o bien: “a la sociedad no le interesa investigar su caso porque es totalmente insignificante”. Esto lo entendemos así porque hay casos en que la víctima no quiere que el ladrón esté preso, quiere que le devuelvan lo que le robaron, evitando así procesos interminables para que después se “arregle” con una suspensión del juicio a prueba. Con este mecanismo, la víctima va a conseguir lo que desea, sin dejar de asegurar al perseguido penalmente sus plenas garantías.

La imposición del principio de oportunidad no va a conseguir que la justicia trabaje menos, muy por el contrario creemos que la justicia va a trabajar mas y mejor sobre las causas que son de interés para la convivencia en sociedad.

A su vez toda la modificación en la faz investigativa del proceso, en especial el rol del “nuevo fiscal”, deja a salvo la garantía de juez imparcial, ya que no el magistrado solo tiene que decidir y no coleccionar prueba como en el actual proceso. En tal sentido, estamos convencidos de que si cada uno de los sujetos que actúan en el proceso cumple su rol apegado a las nuevas normas la justicia va a ganar en celeridad, agilidad, y equidad, logrando que cada justiciable consiga lo que quiera bajo la luz de la Ley.-

BIBLIOGRAFIA

Julio B.J MAIER: Derecho Procesal Penal Tomo 1 y 2 Editores del puerto S.R.L 2004.

Claus ROXIN: Derecho Procesal Penal Editores del puerto S.R.L 2000.

CAFERATA NORES, J.: Procesal Penal y Derechos Humanos Editores del puerto S.R.L 2000.

BIENDER, Alberto: Introducción al Derecho Procesal Penal AD HOC 1999.

CLARIA OLMEDO, Jorge: Tomo 1 y 2 del Proceso Penal ED Lerner 1984.

VELEZ MARICONDE Alfredo: Derecho Procesal Penal Tomo 1, 2 y 3 ED Lerner.