

## PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PROCESAL

Dra. Juana F. Juarez<sup>1</sup>

### SINTESIS DE LA PROPUESTA:

Entiendo que resulta imprescindible la incorporación del principio de oportunidad procesal a nuestro sistema penal, como una excepción al principio de legalidad. (Principio de oportunidad relativo)

La ley debe establecer claramente cuales son los supuestos que permitan al fiscal dejar de perseguir los hechos delictivos.

En esta regulación se deben contemplar a todos los sujetos o personas que se encuentran interesadas en el conflicto nacido a consecuencia del hecho delictivo, especialmente a la víctima.

El procedimiento debe prever medios de control de la decisión del fiscal.

Que no existen problemas de constitucionalidad para que esta ley puede ser dictada por la legislatura provincial.

### INTRODUCCION

Desde los últimos veinte años se asiste al reconocimiento desde la doctrina ,operadores judiciales y políticos ,que el sistema penal actual con los principios y formatos clásicos se encuentra fuertemente cuestionado, que a pesar de los esfuerzos que seguramente efectúan los factores de poder interesados en el funcionamiento, no se ha podido dar las respuestas esperadas por la ciudadanía, tanto en la prevención, persecución, juzgamiento

---

<sup>1</sup> Docente en Derecho Procesal Penal en: Facultad de Derecho de la U.N.T y U.N.S.T.A. Sede capital y Concepción. Magistrado: Vocal de la Excma. Cámara Penal de Tucumán

y castigo del delito, como también a la efectividad de las sanciones que se aplican.

El incremento en cantidad y gravedad de los hechos delictivos, produce la saturación de las estructuras judiciales de investigación y juzgamiento, lo que conduce inexorablemente a la ineficiencia de la respuesta estatal, así procesos judiciales que se prolongan en el tiempo, algunos que se prescriben, entre otras nefastas consecuencias. Por lo que se hace necesario intentar nuevos caminos para revertir este panorama, siendo la adopción del principio de oportunidad procesal uno de ellos.

Debo destacar que ha sido una constante preocupación la introducción del principio de oportunidad procesal, especialmente en los encuentros nacionales de Ministerio Público en el país y otros eventos jurídicos como congresos y jornadas de derecho procesal. Entre los primeros se destacan las jornadas de Ministerio Público realizada en la provincia de San Luis, año 2000, las de Santiago del Estero 2001, las de Jujuy 2006, las de la provincia de Córdoba 2008, en todas ellas se ha receptado la necesaria incorporación, así como en el Congreso Nacional de Derecho Procesal de Mendoza del año 2005, entre otros.

Intentaré, dentro del acotado límite de esta ponencia, abordar los temas que más interesan a los fines de la convocatoria, así el concepto, sistema a adoptar, bases dogmáticas para la incorporación, supuestos en los que procedería, ventajas y críticas, también hare referencias a la legislación comparada internacional concentrándome en la nacional.

#### PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PROCESAL

Abordar la temática del principio de oportunidad procesal, requiere una previa y necesaria referencia al principio de legalidad, en atención a que el primero, como luego veremos, constituye la contracara de este.

El principio de legalidad presupone la persecución oficial, a cargo del Estado, para lo cual se ha instituido un órgano estatal distinto al jurisdiccional, este órgano es el Ministerio Público Fiscal.

A-Principio De Legalidad: Es aquel por el cual los miembros del Ministerio Público están obligados a promover la persecución penal, toda vez que se tenga conocimiento del acaecimiento en la realidad de una acción humana que se configure como delictiva y continuar con este ejercicio hasta su agotamiento en la sentencia, sin necesidad de algún impulso extraño.

La primera consecuencia de este principio, es la promoción necesaria de la acción penal pública por el Ministerio Fiscal, siempre que suceda en la realidad un hecho que se presente como delictivo, se prohíbe utilizar cualquier criterio de discrecionalidad. Concretamente existe el deber de perseguir y de acusar, salvo las excepciones previstas en la ley y que son las acciones privadas, dependientes de instancia privada y obstáculos que impiden el ejercicio, conforme, Clariá Olmedo<sup>2</sup>.

Nuestro país consagra este principio en materia de persecución penal, lo establece en el Art. 71 del Código Penal ( C.P.) bajo la clásica formula de:

“Deben iniciarse de oficio todas las acciones penales con excepción: ... se trata de las acciones `privadas y las de instancia privadas previstas en el art. 72 y 74 del C.P. El Ministerio Publico Fiscal,( MPF) es el órgano estatal creado al efecto, según surge del art. 72 del C.P. y hoy por el art. 120 de la Constitucional Nacional, en tanto atribuye al M. P. F.”la defensa de la legalidad y los intereses de la sociedad”

Esta obligación del Fiscal de promover la acción se completa con la disposición del art. 274, también del C. P. que erige en injusto penal la omisión de perseguir y de reprimir los delitos, dice así: “El funcionario Publico que faltando a la obligaron de su cargo dejare de promover la persecución y la represión de los delincuentes, a menos de que pruebe que tuvo un inconveniente insuperable”.

Siguiendo la línea marcada por la ley material, las leyes procesales, disponen que corresponde el ejercicio de la acción penal pública al Ministerio

---

2

Claria Olmedo "*Derecho Procesal Penal*" T 1. Editorial Marcos Lerner Córdoba S. R. L. año 1.984. Pág. 242

Publico y que ese ejercicio debe ser obligatorio y de oficio, tal como lo dispone el 5 C.P.P Tucumán.:

”Art.5º.: La acción penal pública será ejercida por el Ministerio Público, el que deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada (Código Penal, artículo 72). Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, salvo expresa disposición legal en contrario.( lo destacado me pertenece)

Sencillamente, este principio implica que el Fiscal deba perseguir, tanto un hecho grave, gravísimo o leve, determinado esto por el daño causado o por la modalidad de ejecución del hecho, por ej criminalidad organizada con pluralidad de víctimas, homicidios simples o agravados, robo, robos agravado, así como una mínima lesión física a una persona, o la mínima agresión al patrimonio, como es el hurto de un celular, la rotura de una ventana, entre varios ejemplos que la realidad tribunalicia presenta diariamente.

Es que en base a este principio, por más insignificante que sea el hecho en cuanto a la afectación del bien jurídico; o por cualquier otro motivo racional, que no resulte conveniente la persecución penal, igualmente se debe promover y mantener la acción penal pública.

También se prohíbe, en principio toda renuncia a la acción penal, cualquier desistimiento o transacción con el imputado, en definitiva el funcionamiento de la autonomía de la voluntad<sup>3</sup>, como lo sostiene también Maier, de allí que la acción penal debe agotarse recién en la sentencia.

La base ideológica de este principio es la idea retribucionista de la pena, causar un mal por el mal provocado, de allí que la pena siempre habrá que aplicarse, sin necesidad de considerar la utilidad o necesidad de esas sanciones.

#### A1-Vigencia del principio de legalidad:

---

<sup>3</sup> Julio B. J.Maier en: "*Derecho Procesal Penal*" T I- Editorial. Editores del Puerto, Bs. As. Año 2.004, 2º edición, 3º reimpresión. Pág. 829.

La vigencia real de este principio de legalidad en el país sin duda constituye una falacia, al punto que ya desde hace mucho tiempo se habla de la crisis de este principio, como lo señala Cafferata Nores<sup>4</sup>, entre otros.

En efecto la premisa que postula este principio choca con la realidad. Así hay numerosos casos que ni siquiera se denuncian, otros que no se investigan, otros en que sí se inicia la actividad persecutoria pero luego se abandona. Situaciones que se producen por diversas razones entre las que figuran la imposibilidad material, "la falta de medios", -tanto humanos como técnicos- "el desinterés de los afectados" etc., de lo cual volveremos mas adelante.

Como acertadamente lo afirma Fabricio O. Guariglia<sup>5</sup>: "El hecho de que no se admita en nuestro país la posibilidad de aplicar criterios de oportunidad en nada afecta a la existencia de mecanismos de selección, ellos funcionan siempre dado que el sistema es incapaz de hacer frente al cúmulo de casos que a el ingresan, pero al no existir control lo hacen en forma caótica, informal e irracional".

#### B- Principio De Oportunidad:

Roxin nos enseña que: "el principio de oportunidad es la contracara al principio de legalidad, mediante el cual se autoriza al Fiscal a elevar la acción o abstenerse de hacerlo -archivando el proceso- cuando las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado, con gran probabilidad, ha cometido el delito".

Existen dos clases de principios de oportunidad procesal, el principio de oportunidad absoluto en virtud del cual el sistema penal pone en las manos del Fiscal el poder absoluto de decidir qué hechos penales perseguirá, solicitará juicio y castigo, sin ningún tipo de control de partes ni judicial. Mientras el

---

4 José I.Cafferata Nores "Cuestiones Actuales Sobre El Proceso Penal" Editores del Puerto S. R. L. Bs.As. año 1.998, 2da. edición actualizada. Pág. 28.

5 Fabricio O.Guariglia "Facultades Discrecionales Del Ministerio Publico E Investigación Preparatoria: El Principio De Oportunidad" en "El Ministerio Publico En El Proceso Penal" Compilador Julio B. J. Maier. Editorial AD-HOC S. R. L. Buenos Aires Año 2.000. Pág. 83 y ss.

denominado relativo, es aquel en el principio de legalidad es la regla y el de oportunidad es la excepción, generalmente se aplica con control de partes y o judicial.

El principio de oportunidad absoluto es el sistema de persecución que rige en los Estados Unidos.

No siendo el propósito de esta ponencia, hablar del origen y crítica de este sistema, que las tiene y muchas especialmente desde las organizaciones de víctimas y de teóricos del derecho, lo que expreso a modo de síntesis es que este se asienta en una larga tradición heredada de un sistema acusatorio puro, que regia en el derecho anglosajón, en el que directamente la víctima era la que perseguía el delito, en el entendimiento que el delito afectaba a las personas individuales. No habían llegado a esa región los cambios de la edad media, -inquisitorismo- que traía consigo la idea de que el delito era considerado una desobediencia a la autoridad y como tal no podía ser dejado de perseguir y castigar. Los colonos lejos de los cambios producidos en Inglaterra- que introdujo la figura del Fiscal en 1879 - trasladaron la práctica tradicional en la investigación, anterior a 1879. Cuando les fue complicado ejercer la persecución al imputado en forma individual, las víctimas, delegaban esas funciones en terceros, apareciendo la figura del alguacil del pueblo, persona a quienes se abonaba una suma de dinero por esos servicios, hasta que apareció el Ministerio Público, primero en el estado de Virginia y en el ámbito federal en el año 1789. Principio duramente criticado, especialmente por las organizaciones de víctimas ya que estas, no tienen ninguna injerencia, ni en la iniciación, prosecución y agotamiento de la acción. No existe en el sistema norteamericano, la figura del querellante en la elección popular de estos miembros. La autonomía total del Fiscal se sostiene en la actualidad por la elección popular y la responsabilidad pública.

El principio de oportunidad relativo, parte, como nuestro derecho, del principio de legalidad, con el alcance delimitado más arriba, por el que al lado de la obligación de perseguir, existen las excepciones, tal lo que sucede con

las legislaciones procesales del derecho continental europeo, como Alemania, Italia, España, Francia.

Hipel, citado por Teresa Armenta Deu, expresa que el principio de oportunidad es aquel en atención al cual el Fiscal debe ejercitar la acción con arreglo a su discrecionalidad en unos determinados supuestos regulados legalmente. Este concepto nos sitúa en la acertada comprensión de lo que es la oportunidad ( relativo) y no como erróneamente puede interpretarse que frente a cualquier denuncia el Estado debe poner en movimiento el poder de persecución.

En virtud de este principio, en un caso concreto podemos estar en presencia de todos los elementos que indican la existencia de un hecho delictivo y de un autor responsable, pero no se inicia o no se continúa con el proceso por diversos motivos

Como primera conclusión previa, decimos, que en nuestro sistema jurídico, la incorporación del principio de oportunidad tiene que ser el relativo, en atención a la disposición del art. 71 del C.P. y del art. 274, también del C.P, que lo complementa, norma que deja a salvo que puede haber excepciones.

Si por ley se establece la obligatoriedad también por ley pueden establecerse las excepciones, en el propio C.P. se establecen algunas así la suspensión del juicio a prueba del art. 76 bis, el ex art. 132, algunas establecidas en leyes especiales, como la reparación en delitos impositivos.

Pero no solo la ley impide la adopción de un cambio total de paradigma, así una larga tradición histórica en nuestro país, heredera del derecho continental europeo, distinta en cuanto a la conquista y colonización con lo que sucedió en los Estados Unidos- como lo vimos mas arriba- avala la prohibición de la discrecionalidad absoluta por parte del Ministerio Público, en el sentido de que el y solo el decidirá en que casos ejercerá la persecución penal y la agotara en la sentencia.

Es así que mientras subsista esta normativa, nacional sustancial no podrá admitirse la persecución penal estatal absolutamente discrecional por el

Ministerio Público, mucho más ahora, cuando el art. 120 de la Constitución Nacional, legitima al Ministerio Público Fiscal para actuar en defensa de la legalidad y de los intereses de la colectividad. Así como la interpretación de los órganos creados por la Convención Americana de Derechos Humanos, a través de sus resoluciones y sentencias.

En ese orden la Comisión<sup>6</sup> a dicho también que: “la razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas”. Y La Corte I. de D. H. caso en el caso Bulacio<sup>7</sup>, expresó: “Esta Corte a señalado reiteradamente que la obligación de investigar debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa”. La investigación que el Estado lleve a cabo en cumplimiento de esta obligación “debe tener un sentido y ser asumida por el mismo como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares...”

Es por ello, que todo lo que se desarrolle sobre este tema será en esta inteligencia de incorporación de criterios de oportunidad procesal por ley, como excepción al principio de legalidad.

Ahora bien establecida la conclusión anterior, surge otro interrogante, ¿si la incorporación del principio de oportunidad tiene que ser a través de una cláusula general que permita al Ministerio Público Fiscal ejercer cierta discrecionalidad o, por el contrario, los supuestos en que se autoriza deben estar lo más concretamente determinados, desde luego dentro de la abstracción que implica toda descripción legal?

Entendemos que a fin de evitar la posible arbitrariedad en la selección de casos y que en definitiva se termine depositando todo el peso de la represión en los hechos menos graves o en las personas más vulnerables, que las excepciones al principio de legalidad tienen que estar expresa y específicamente determinadas en la ley. Es un dato de la realidad fácilmente constatable que las elevaciones y condenas en su mayoría son por hechos de menor importancia y

---

<sup>6</sup> Comisión I.D.H Informe 34/96C 11228.

<sup>7</sup> Caso Bulacio c/ Argentina sentencia del 18 de Septiembre de 2.003. puntos 112 y 114.

en su mayoría también condenados personas de los extractos sociales más desprotegidos socialmente dentro de una comunidad, como en todo el país y latinoamerica.

Ideológicamente este principio reposa en la concepción que la pena tiene un sentido o utilidad para la sociedad y para el condenado, entonces será posible que esta utilidad pueda ser cumplida de otra manera que el puro mal al autor por el mal causado.

### C-Necesidad de la incorporación del principio de oportunidad

Ya habíamos expresado, que la vigencia del principio de legalidad en el sistema penal, es una falacia, tanto en nuestro país, como en otros que parten del mismo principio, ya que fuera de las excepciones que la propia ley de fondo establece, en la realidad diaria, de hecho, existe selección de casos a perseguir.

Así hay numerosos hechos delictivos que ni siquiera se denuncian, otros que se denuncian y no se investigan, en otros si se inicia la actividad persecutoria pero luego se abandona. Situaciones que se producen por diversas razones entre las que figuran la imposibilidad material “la falta de medios” -tanto humanos como técnicos- “el desinterés de los afectados” etc.

La experiencia diaria en un Juzgado o Fiscalía de Instrucción, muestra el ingreso de numerosas causas, que por el escaso daño causado a las víctimas -en atención al bien jurídico protegido- seguramente su investigación y juzgamiento posterior provocan indudablemente mayores daños a la administración de justicia y desde luego a la comunidad, porque el recurso humano y económico se distrae de la atención de los casos más graves, hacia los de menor entidad, esto sucede por ejemplo con toda la instrucción y posterior juzgamiento de la criminalidad de bagatela o media.

Por otro lado la persecución formal puede afectar los intereses de la víctima, como lo expresarlos mas arriba.

Tómenos a título de ejemplo los hechos delictivos mas comunes: las numerosas lesiones leves o levísimas, no en pocos casos entre amigos o conocidos, se denuncian y se abre la consecuente instancia persecutoria estatal, pero en la mitad de camino o al final de la instrucción, aparece el desinterés del ofendido, se retracta de la acusación, generalmente expresan que ya han solucionado del problema con el acusado, que han vuelto a la amistad, etc. ¿Como llega esta causa a juicio? Generalmente ni concurre la víctima a los debates y si lo hace destruye con su afirmación lo que costó mucho construir, horas, papeles, etc. ¿y para que? La “reconciliación o redefinición del conflicto”, en los hechos, no pueden concretarse en el proceso e influir en su devenir, porque el agresor exige o condiciona la “composición” a la conclusión de la persecución y como para esto, el principio de legalidad es un obstáculo, para receptar la posición desincriminatoria de la victima y así solucionar el conflicto en menor tiempo.

En situaciones como la anterior se presenta hasta el cuestionamiento a la legitimidad de una condena, -(según la idea que se tenga de la finalidad del derecho en general y en especial del penal) cuando justamente quienes son los verdaderos interesados en el conflicto, -personas de carne y hueso- se manifiestan totalmente desinteresados por diversos motivos. Creo que en estos casos corremos el riesgo de que en aras de la “justicia” cometamos una injusticia generando un nuevo conflicto y tal vez más grave del que intentamos solucionar. -el condenado perderá su trabajo, no tendrá con que alimentar a sus hijos etc. -y la victima experimentara una nueva perdida-. ¿A quién se está protegiendo con un proceder así?

D- Ventajas del principio de oportunidad procesal: Son muchas las ventajas que señala la doctrina para la aplicación del principio de oportunidad procesal. Esto hace que se reconozca la necesidad de la recepción de este principio en el sistema actual, como excepción al de legalidad, aunque no escapa a las críticas las que han sido rebatidas por la doctrina, aquí algunos de los beneficios que aportaría al sistema penal:

a- Contribuir a una humanización del derecho penal, porque permitiría ajustarlo a los límites estrictamente necesarios, para lograr la paz social, excluyendo los efectos negativos del efectivo cumplimiento de las penas privativas de la libertad, en especial en las penas cortas.

b- Siendo el campo de aplicación del principio de oportunidad procesal la criminalidad de bagatela o la leve e incluso la media, que son los que abarrotan diariamente las fiscalías y juzgados, como lo expresáramos mas arriba, son los innumerables casos de violencia física, que se traducen en delitos de lesiones leves o levísimas, las denuncias por amenazas de muerte, cuyo trasfondo en su mayoría son la discusiones o diferencias entre persona o grupos, los atentados contra la propiedad como los hurtos simples o robos con violencia mínima y mínimo daño etc, lo que permitirá: gestionar mas adecuadamente los recursos humanos y materiales – siempre escasos frente al incremento de la criminalidad- concentrando estos en la investigación de la criminalidad más grave que es en definitiva la que nos interesa a todos, además de la víctima.

Con la aplicación de un criterio de oportunidad procesal, se busca descomprimir el colapsado sistema investigativo penal y el logro de una respuesta más rápida y eficaz a las víctimas y a la sociedad.

c- También que con los procesos penales puedan aplicarse sanciones que produzcan alguna utilidad - prevención general y especial, teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos en los que se aplicará, el principio de oportunidad van acompañado de la conciliación o acuerdo con la víctima y la reparación del daño. Lo cual conduce a la solución del conflicto que entiendo, aporta más legitimidad a la intervención estatal porque en principio habrá satisfecho ambos intereses que se exponen en la comisión de un hecho delictivo.

#### E- Críticas al Principio de Oportunidad procesal:

a-Se expresa que el principio de Oportunidad Procesal afectaría el principio de Legalidad constitucional o de Reserva de la ley penal, con el mandato de ley cierta y determinada toda vez, se dice, que los ciudadanos no sabrán que sanción les corresponde en caso de infringirla.

Esta crítica carece de sentido, por un lado, porque el principio de legalidad o de reserva se refiere a la determinación de los tipos penales que contienen las conductas prohibidas por la ley, mientras que el principio de oportunidad procesal, al ámbito de la persecución y represión de los delitos. Como las excepciones se establecen por razones de política criminal, la que es variable según las circunstancias de tiempo y el lugar, en modo alguno implica derogación de la ley.

Por otro lado el principio de reserva, es una limitación al estado para no castigar en forma indeterminada y la aplicación de un criterio de oportunidad procesal, como dice Maier, es lo inverso, no someter a un imputado a la persecución estatal, sino liberarlo.

Las incertidumbres que pueden presentarse respecto a la aplicación de un criterio de oportunidad, se eliminan, si estos criterios se encuentran claramente delimitados en la ley procesal.

b- Que se ataca el principio constitucional de igualdad ante la ley ya que en unos casos se aplicaría sanción y en otros no, por los mismos hechos.

Como lo dijimos en el punto anterior esta crítica se desvanece, si los criterios de oportunidad procesal, con todos los requisitos de admisión se establecen en la ley que lo regule. Si bien para algunos supuestos se exigen el acuerdo o la reparación de la víctima.

Contrariamente, según muy bien los destaca Maier, puede servir para corregir el efecto selectivo y clasista del sistema por aplicación del principio de legalidad. Lo dijimos ya en este trabajo que la selección de hecho se dirige a los sectores más vulnerables de la sociedad.

c- También se critica porque la aplicación de un criterio de oportunidad puede afectar los derechos de las víctimas, ya dijimos que la falta de intervención de la víctima en la aplicación de un criterio de oportunidad procesal, fue una de sus principales críticas que recibió la Ordenanza Procesal Alemana, cuando lo puso en práctica por lo que fue rápidamente reformado en ese orden. Así como luego veremos los códigos que lo adoptan, escuchan a la víctima e incluso le reconocen un remedio para oponerse.

#### SUPUESTOS EN QUE PROCEDE EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PROCESAL.

Como lo venimos expresando se hace necesario reglamentar los supuestos, en los que el Ministerio Público Fiscal podrá aplicar el principio de oportunidad procesal.

Establecer, cuáles serán los supuestos o los criterios a tener en cuenta por el legislador, es una tarea no sencilla, tratándose de una cuestión de política criminal diseñada por el legislador, es por eso que resulta conveniente tener en cuenta diversas variables sobre la base de la realidad del lugar donde se aplicará, como ser: los delitos más frecuentes en la región; el sectores de la población que lo sufren, la incidencia tienen la gran cantidad de delitos en la opinión de la colectividad, qué incidencia tiene en la economía del lugar. Qué resultados brinda el encierro de la mayoría de delitos, cual es el costo del encierro en la económica general de la región y de la provincia, entre seguramente muchas otras.

Así existe cierto consenso en la doctrina, el que se proyecta y en legislaciones comparadas provinciales, sobre algunos criterios, tales como la insignificancia, el desinterés de la víctima, el exiguo aporte del imputado en los hechos, casos en que los fines de la pena pueden cumplirse de manera distinta a la pena, también se puede decir que no existe una tajante delimitación entre

los distintos grupos entre si, ya que algunas características de uno pueden repetirse en el otro, estos son:

A-Cuando se pueda apreciar en los hechos concretos, una escasa reprochabilidad en relación a la intensidad de ofensa al bien jurídico afectado y el modo en cómo se llevó a cabo dicha afectación. Se trata aquí de la insignificancia en el desvalor de la acción y del resultado del hecho presuntamente criminoso. Quedando comprendidos los casos de criminalidad de bagatela, así la gran cantidad de delitos contra la propiedad producidos sin el uso de la fuerza y objeto de escaso valor, como son los hurtos de mercaderías en los supermercados, de animales domésticos o rodados de escaso valor, la gran cantidad de lesiones levísimas, al igual que las también abundantes denuncias por amenazas.

Este criterio es seguido por la Ordenanza Procesal Alemana en el art.153 y entre nosotros es receptado por todos los códigos que legislan sobre el principio de oportunidad procesal. Citamos la normativa de algunos:

El nuevo C.P.P de Santa Fe, que en su art. 10 inc. 2 “Cuando se trate de hechos que por su insignificancia no afecten gravemente el interés público, salvo que fuesen cometidos por un funcionario público en el ejercicio o en razón de su cargo”

El art 172 inc1º del C.P.P. de Río Negro dice: “Cuando se trate de un hecho que por su insignificancia no afecte gravemente el interés público.”

El art 44 inc. 1 del C.P.P. de Chubut dice “...cuando se trate de un hecho que por su insignificancia...no afecte el orden publico salvo que haya sido cometido por un funcionario publico con abuso de autoridad ”

El art. 231 del C.P.P. de Salta... a) “... cuando se trate de un hecho que por su insignificancia,...no afecte el interés publico o haya sido cometido por un funcionario publico con abuso de autoridad.. ”

En igual sentido, el C.P.P. de Mendoza, el de Jujuy y el de la provincia de Buenos Aires.

B-Culpabilidad disminuida del imputado o escaso aporte en el hecho, pero con dos limitaciones: que no se afecte el interés público y que el delito no se supere la pena que se establece en la normativa.

Aquí lo que se tiene en cuenta es el escaso aporte que al hecho en general, ha efectuado el imputado. Quedan comprendidos en primer lugar, los casos de participación secundaria, o si fuera coautor, si su aporte fuera mínimo, como también la escasa reprochabilidad de la acción concreta del imputado, analizado ya en el estadio de la culpabilidad, es decir la posibilidad del sujeto de actuar de otra manera. Lo interesante, es que se pone límite a la aplicación de este criterio, determinándolo por el monto de la pena conminada en abstracto. Así los códigos procesales penales de:

Chubut en el inc. 1 del art. 44 cuando dispone : “.. por lo exiguo de la contribución del partícipe o por su mínima culpabilidad, no afecte mayormente el interés público salvo que haya sido cometido por un funcionario público con abuso de su cargo o que la pena privativa de libertad mínima prevista para la acción atribuida exceda los tres años...”

Salta: art 231inc a) “... por lo exiguo de la contribución del partícipe o por su mínima culpabilidad, no afecte mayormente el interés público.. .o que la pena privativa de libertad mínima prevista para la acción atribuida exceda los tres (3) años.

El art. 101 inc. 1 del C.P.P. de Jujuy cuando dice :”.. o el aporte del imputado en el hecho fuera insignificante y siempre que la pena máxima del delito imputado no supere los seis años de prisión.

El C.P.P de Rio Negro, en tanto establece en su art. 172 inc, “2º. Cuando la intervención del imputado se estime de menor relevancia, excepto que la acción que se le atribuye tenga prevista una sanción que exceda los seis (6) años de pena privativa de la libertad.”

C- En un tercer grupo situamos aquellos casos en que el interés en la persecución, pueda cumplirse a través de medios diferentes a la imposición y cumplimiento de la pena.

Aquí pueden agruparse supuestos en los que la víctima ha demostrado desinterés en la persecución, por ej cuando no vuelve más a reclamar; casos en se haya producido la conciliación y la reparación del daño a la víctima por parte del imputado, como lo prevé el C.P.P de Santa Fe en su art. 10 inc. 5; el C.P.P de Rio Negro, que refiriéndose a los delitos de contenido patrimonial no cometidos con violencia grave, entiende que puede prescindirse de la continuación de la acción, siempre que haya sobrevenido la reparación del daño. El art. 172 inc. 5, del C.P.P. de Salta, y el de Chubut que lo refieren para las lesiones leves. El C.P.P. de Mendoza en el art. 26, además de contemplar los casos en que se haya solucionado el conflicto, también se refiere a los supuestos de suspensión del juicio a prueba.

Aunque alguno de los códigos lo contemplan en párrafos distintos, quedan comprendidos en este grupo, los delitos culposos, especialmente lesiones, siempre que haya sobrevenido el desinterés de la víctima.

Entiendo que en esta categoría, como criterio general podría incluirse cualquier medio alternativo de solución del conflicto, siempre que haya sobrevenido un acuerdo conciliatorio, en tanto el imputado haya efectuado un esfuerzo reparatorio, que permita sustituir el interés o función de la pena.

Respecto a estos supuestos entiendo que las legislaciones deben poner un límite máximo a la clase y monto de la pena para el delito imputado para que se haga efectiva la aplicación del principio de oportunidad procesal.

D-También encontramos en las legislaciones comparadas supuestos que dependen del estado personal del imputado en orden a su salud física, tales la disposición de los C.P.P. de Jujuy, de Salta, de Chubut y de Santa Fe, que autorizan al Fiscal a dejar de lado la persecución penal cuando “ el imputado sufra una enfermedad terminal... y no exista interés publico comprometido”. También como lo dispone el C.P.P. de santa Fe en su art. 10 inc. 3ª “Cuando las consecuencias del hecho sufridas por el imputado

sean de tal gravedad que tornen innecesaria desproporcionada la aplicación de una pena, salvo que mediaren razones de seguridad o interés público”.

## PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN CONCRETA DE UN CRITERIO DE OPORTUNIDAD PROCESAL.

Bajo este título abordaremos, el tema de las facultades del Fiscal para aplicar un criterio de oportunidad procesal. Así si tiene libertad total a la hora de adoptar un criterio, previamente establecido en la ley, o si por lo contrario, debe existir un control de parte o judicial, sea previo o posterior.

Prácticamente todos los códigos procesales de las provincias argentinas, prevén un control, en algunos casos previo, en otros posterior, por la víctima y en su caso del Juez o del Fiscal Superior.

Los Códigos más antiguos prevén la intervención previa del juez, así el C.P.P. de Rio Negro en su articulado, establece que antes de cualquier decisión debe escucharse a la víctima, notificarle de lo que se resuelva, la decisión la toma el juez a pedido del fiscal, pudiendo consulta al Fiscal de Cámara.

El C.P.P. de Chubut, exige que el Fiscal lo solicite al Juez y si hay discrepancia entre estos dos sujetos, se consulte al Fiscal de Cámara.( art 45)

El art. 10 del C.P.P. de Santa Fe, establece que el Fiscal le solicitará al juez, con fundamento la aplicación de un criterio de oportunidad procesal. El juez deberá comunicar a la víctima lo solicitado aunque no se haya constituido en querellante, debiendo ser oída y además puede formular oposición.

El imputado también puede solicitar con fundamento y sin recurso alguno al Fiscal la aplicación de un criterio de oportunidad.

El C.P.P. de Salta, claramente prevé la posibilidad de que el Fiscal aplique directamente un criterio de oportunidad procesal, pero que previamente notifique a la víctima. La víctima puede oponerse en cuyo caso las

actuaciones serán elevadas al Fiscal de Cámara. Lo que dictamine este funcionario será vinculante y si es ratificada, el juez debe dictar el sobreseimiento.

¿Qué sucede cuando la víctima se opone y es vencida en la oposición? los códigos procesales de Rio Negro, de Santa Fe, de Jujuy y Chubut, prevén la conversión de la acción penal de publica en privada. Así el art. 10 del C.P. Santa Fe establece que en esos casos la víctima tendrá 60 días para formular la querrela. Algo muy importante es que el Estado debe proporcionarle a la víctima, asesoramiento cuando no tuviere medios.

Así el C.P.P. de Chubut en su art. 45 tercer párrafo. “En caso que la víctima decidiera continuar la persecución penal, ella deberá concretar esa decisión, bajo las reglas de la querrela privada, dentro de los tres meses siguientes, computándose días inhábiles, bajo apercibimiento de dictarse el sobreseimiento del imputado. Vencido el plazo, el sobreseimiento procede de pleno derecho”

Los códigos procesales de Chubut y de Salta, cuando la víctima es vencida en la oposición, directamente dispone el Sobreseimiento del imputado, quedando a la víctima la acción civil.

Así el art. 233 del C.P.P. Salta expresa: “ La decisión fiscal de prescindir de la persecución penal por aplicación de criterios de oportunidad, impedirá una nueva persecución por el Ministerio Público Fiscal por el mismo hecho con relación a la persona en cuyo favor se decide. Si la decisión se funda en la insignificancia del hecho, sus efectos se extienden a todos los intervinientes...En caso que la aplicación del criterio de oportunidad resulte ratificada, se remitirán las actuaciones al Juez de Garantías para que dicte el respectivo sobreseimiento, quedando expedita la vía civil.”

Entiendo que será una tarea del legislador determinar cuál será el procedimiento adecuado a nuestra realidad, sin dejar de considerar que en una república, ningún poder es absoluto y se debe tener en cuenta los intereses de

la víctima, permitiendo que si no es dentro del proceso penal, pueda encontrar otro tipo de solución.

#### COMPETENCIA LEGISLATIVAS PARA DICTAR LA LEY QUE INCORPORE EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PROCESAL.

Si bien la incorporación del principio es aceptado por la doctrina, pero debidamente regulados legalmente los supuestos que lo autorizan, surge una nueva cuestión y es la de si, sólo puede emanar del legislador nacional e incorporarse al Código Penal, como cuestión referida a la acción penal, ó también las legislaturas provinciales es en sus respectivos códigos procesales penales.

Ambos modos de legislar han tenido su soporte doctrinario que se vieron plasmados en proyectos legislativos. En la última década hubo dos proyectos de reforma al Código Penal que pretendieron incorporar, como son, los proyectos de los años 1.999 y el reciente del año 2006.

Algunas provincias ya lograron incorporarlo en sus legislaciones procesales. Así encontramos legislado el principio en los códigos de Río Negro, Neuquén, Mendoza, Chubut, Santa Fe, Salta, Jujuy, Buenos Aires y otros se encuentran aún en proyecto.

Si bien por el C.P efectúa una regulación sustancial de la acción penal, como ya lo dijimos en los art. 71, ello no quita la naturaleza procesal del ejercicio.

La C.S.J.de Mendoza trato el tema del principio de oportunidad procesal, ya que al poco tiempo de entrada en vigencia de la ley procesal, en el caso Fiscal C/ Sosa Moran Juan Rafael y Otros S/ Daños Agravados del 19 de Setiembre de 2005, en el que se cuestiono la constitucionalidad del art. 26 del C.P.P.M. La Corte defendió la constitucionalidad de esta norma por el voto de la mayoría : “El legislador provincial disciplina la dinámica de la pretensión punitiva en el marco del proceso penal y reglamenta a través del Art. 26, la modalidad de la persecución; queda a resguardo lo vinculado al ejercicio de la acción penal, cuando imperativamente dispone que deberá iniciarla de oficio ( art. 8) o bien

que deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente. ( art. 26 1º párrafo C.P.P.), lo que me permite compartir las palabras del Sr Procurador cuando sostiene: " que art. 26 del C.P.P., no se opone a la legislación de fondo, por cuanto, el Código Penal indica que las acciones deben iniciarse de oficio, salvo excepciones por él contempladas, y en el caso de los artículos de nuestro Código Procesal que regula el principio de oportunidad, taxativamente se indica que el Ministerio Público deberá ejercer la acción en todos los casos, lo que supone que cuando solicite el beneficio, ya se encuentra iniciada de oficio la misma. ( Dictamen, fs. 203 vta.).-

En la medida en que no se nieguen ni modifiquen, derechos sustanciales, el Ministerio Público, titular de la acción penal y en relación a este aspecto dinámico ya aludido, puede disponer de márgenes de decisión propia sobre cuándo, cómo y en qué supuestos lleva adelante el ejercicio de la acción penal.

-

Sobre esta base, el código procesal penal, ha implementado válidamente mecanismos que imprimen movimiento a la acción penal y así resulta válida y legalmente sustentable, la posibilidad de que la persecución penal "se suspenda total o parcialmente, que se la limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho "-( cfm. Art. 26 C.P.P.).-

#### CONCLUSION:

1- Entiendo la necesaria y urgente implementación del principio de Oportunidad Procesal en nuestro sistema procesal. Ello contribuirá a gestionar de otra manera los recursos humanos y materiales de las estructuras de persecución y juzgamiento, concentrando el esfuerzo en los delitos más graves. Así se aspira a que la justicia estatal sea más eficiente y genere mayor credibilidad en la ciudadanía.

2-Debe ser la ley, la que determine clara y específicamente los supuestos o criterios de oportunidad procesal, evitando así la posible arbitrariedad del Fiscal.

3-Que se prevean mecanismos de control, previo o posterior a la actividad del Fiscal, para no afectar derechos de las víctimas y de la sociedad, sin dejar de considerar que en una república, ningún poder es absoluto.

4- No deben descuidarse los intereses de las víctimas, priorizando la reparación, permitiendo que si la victima no satisface su pretensión dentro del proceso penal, pueda encontrar solución en otros ámbitos estatales o privados.