

Principio de oportunidad y proceso de reforma en América latina. Algunos problemas de política criminal*

Por Alberto Bovino y Christian Hurtado

Hay que castigar severamente el pecado de desobediencia al inquisidor. Sin embargo, cuando se trate de concejales y de notables, siempre conviene imponerles penas menos duras. Se les hará, por ejemplo, que paguen una suma importante para la edificación de un lugar sagrado, o de otro fin de manera que el delito no quede sin castigo y los demás aprendan a temer...

Por otra parte, ¿cómo se hará obedecer al inquisidor en las villas libres, en que los concejales y príncipes no reconocen autoridad superior a la suya?
El manual de los inquisidores por el hermano Nicolau Eimeric, dominico, Aviñón, 1376.

1. Introducción

a) La terrible crisis de la administración de justicia penal de la gran mayoría de los países de nuestra región –además de diversos factores políticos, sociales y culturales– ha generado un proceso de reforma que hoy ha alcanzado a casi todos los países de América latina, y también a varias provincias argentinas¹.

Estos procesos de transformación de los órganos judiciales, para poder alcanzar un grado mínimo de realización práctica, requieren una reforma sustancial que alcance a todos los órganos públicos y operadores jurídicos que de algún modo intervienen en el programa de persecución penal estatal.

Nos limitaremos a señalar aquí, de modo harto simplificado, los cambios estructurales que la justicia penal requiere con urgencia: 1) un procedimiento común en el cual el juicio se constituya en la etapa central del proceso penal; 2) la estricta división de funciones requirentes y persecutorias propias del Ministerio Público, de las funciones decisorias propias de la función judicial; 3) la desformalización y simplificación de la etapa de investigación; 4) la regulación de una serie de mecanismos alternativos a la aplicación del procedimiento común y a la sanción punitiva; 5) el estricto respeto de los derechos y garantías fundamentales del imputado, del condenado, y de la víctima, y 6) el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados parte en instrumentos convencionales de derechos humanos².

* Ponencia presentada en el XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, Valparaíso, 25 al 28 de septiembre de 2002.

¹ En la década de 1990 el proceso se extendió por diversos países. Así, por ej., se aprobaron los Códigos Procesales Penales de Guatemala (1992), Costa Rica (1996), El Salvador (1996), entre otros. Sobre el desarrollo de este proceso durante esa década, ver, Maier, Julio B. J. - Struensee, Eberhard, *Introducción*, en Maier, Julio B. J. - Ambos, Kai - Woischnik, Jan (coords.), *Las reformas procesales penales en América latina*, Bs. As., Ad-Hoc, 2000, p. 23 y siguientes.

² En este sentido, se puede afirmar que la administración de justicia penal de nuestros países, en general, es una fuente de violación sistemática de los más fundamentales derechos humanos reconocidos en los textos constitucionales y en los instrumentos internacionales (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Sistemas penales y derechos humanos en América latina. Informe final*, Bs. As., Depalma, 1986.

La administración de justicia penal ha resultado incapaz de atender las necesidades sociales mínimas que se supone debe satisfacer, en particular las siguientes: 1) dar respuesta a todos o a gran parte de los casos incorporados al sistema; 2) dar respuesta a conflictos sociales que presenten, mínimamente, mayor complejidad que los casos comunes procesados por el sistema –v.gr., delitos contra la propiedad–; 3) dar respuesta a los delitos más graves –especialmente aquellos cometidos por órganos estatales–; 4) dar respuesta a las nuevas formas de criminalidad –v.gr., económica, ecológica, informática–; 5) satisfacer los intereses legítimos de quien ha resultado víctima del delito, y 6) brindar soluciones alternativas a la sanción penal o a la pena privativa de libertad.

El esquema de enjuiciamiento penal inquisitivo es, en este sentido, uno de los principales responsables de la situación actual. Decisiones legales expresas que estructuran un procedimiento penal fundado en principios autoritarios y obsoletos, que establecen la persecución estatal obligatoria de todos los hechos punibles –*principio de legalidad procesal* de los delitos de acción pública– y que imponen la sanción penal de privación de libertad como respuesta casi inevitable frente al comportamiento delictivo, constituyen una valla insuperable para la realización de una política de persecución penal eficaz, racional y respetuosa de los derechos humanos.

b) Reiteramos, entonces, que la reforma debe alcanzar todos los órganos, prácticas, instituciones y operadores de la administración de justicia penal³. Sin embargo, aquí sólo nos ocuparemos del “remedio” generado por el derecho procesal de nuestra tradición jurídica para neutralizar –o reducir a parámetros tolerables– las consecuencias negativas del principio de la persecución penal pública obligatoria –legalidad procesal–, esto es, del principio de oportunidad. Frente a la magnitud de la crisis de la justicia penal en los países de nuestra región, suele afirmarse que el principio de oportunidad no basta para provocar los cambios estructurales imperiosos. Por ello –se agrega– resulta necesario que, además de regular el principio de oportunidad, se regulen otros mecanismos que –según se sostiene– *potenciarían* las consecuencias valiosas que podría producir la adopción del principio de oportunidad⁴.

El objeto de este ensayo consiste en señalar que, según la regulación normativa del principio de oportunidad y, además y especialmente, de los nuevos mecanis-

³ A pesar de que discrepamos, en su momento, con el modelo de Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación presentado por el profesor Maier en 1986, lo cierto es que la adopción del Código cordobés de 1939, mal copiado por un miembro de la Corte Suprema argentina cuyo mérito más relevante ha sido el hecho de haber tenido por padre al doctor Ricardo Levene, no llamaba a la discrepancia sino a la desesperación. En el Proyecto cuya redacción estuvo a cargo de Maier, se analizó y se trabajó seriamente para promover una reforma verdaderamente integral de la justicia. Ver sobre este Proyecto, Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Hacia una nueva justicia penal*, Bs. As., Presidencia de la Nación, 1989.

⁴ Estos mecanismos adicionales, que diversos autores mencionan como supuestos de oportunidad en sentido amplio, son considerados de manera casi unánime como “complementarios” del principio de oportunidad en sentido estricto –v.gr., suspensión de la persecución penal a prueba–. Ver, en este sentido, Bovino, Alberto, *Temas de derecho procesal penal guatemalteco*, Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1996, p. 116; Houed Vega, Mario, *Suspensión del proceso a prueba*, en “Reflexiones sobre el nuevo proceso penal”, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 2ª ed., San José, 1996, p. 152; Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, Bs. As., Editores del Puerto, 1996, t. I., p. 839 y siguientes.

mos que hoy se han extendido a casi todos los países de la región, las nuevas disposiciones legales podría terminar por *frustrar los fines propios de la oportunidad*, como también los de estos nuevos mecanismos de simplificación del procedimiento. Para ello, describiremos cómo opera el principio de legalidad y los problemas que acarrea su aplicación práctica. A continuación, analizaremos cuáles son los fines político-criminales del principio de oportunidad y, finalmente, justificaremos por qué motivos determinadas maneras de regular su aplicación producen, inevitablemente, más problemas que soluciones.

2. Legalidad vs. oportunidad

a) Concepto y alcance de legalidad procesal

1) El principio ha sido regulado en el art. 71 del Cód. Penal argentino⁵. El texto de esa disposición dice:

“Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes:

- a) las que dependieren de instancia privada;
- b) las acciones privadas”.

De ese texto se interpreta que dicho artículo establece el principio de legalidad procesal. Así, por ejemplo, la doctrina más actualizada señala: “Se ha conceptualizado a la legalidad como la *automática e inevitable reacción del Estado a través de órganos predispuestos...* A este principio se lo enuncia simplificadaamente diciendo que ‘todo delito de acción pública debe ser ineludiblemente, investigado, juzgado y castigado (por cierto, si corresponde)’ y con igual compromiso de esfuerzos estatales”⁶.

De la manera en que ha sido interpretado en nuestro derecho, el *principio de legalidad procesal* impone a los órganos estatales correspondientes el *deber* de promover la persecución penal en todos los casos en que se tenga conocimiento de la posible comisión de un hecho punible. El mismo principio exige que, una vez promovida la persecución penal, ésta no se pueda suspender, interrumpir o hacer cesar. Ningún criterio utilitario, o relacionado con la escasa gravedad del hecho, puede ser utilizado para no iniciar –o para no continuar– la persecución⁷.

El principio de legalidad procesal implica que la promoción de la acción penal constituye un imperativo para el Ministerio Público. Este imperativo, como veremos, se funda en presupuestos de dudosa validez y, además, produce consecuencias prácticas particularmente negativas.

⁵ En idéntico sentido, el art. 53, párr. 1º del Cód. Proc. Penal de Chile, establece: “La acción penal pública para la persecución de todo delito que no esté sometido a regla especial deberá ser ejercida de oficio por el Ministerio Público. Podrá ser ejercida, además, por las personas que determine la ley, con arreglo a las disposiciones de este Código. Se concede siempre acción penal pública para la persecución de los delitos cometidos contra menores de edad”.

⁶ Cafferata Nores, José I., *El principio de oportunidad en el derecho argentino*, en “Cuestiones actuales sobre el proceso penal”, 3ª ed., Bs. As., Editores del Puerto, 2000, p. 22 y siguientes.

⁷ Maier, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 828.

2) Dos de sus presupuestos, según algunos autores, se sustentan en las teorías absolutas de la pena, por un lado, y en el principio de igualdad ante la ley, como también en el principio de legalidad sustantivo, por el otro. El último presupuesto del principio de legalidad –que es el que interesa en esta discusión– consiste en la errónea creencia de que resulta posible, prácticamente, guiar a los órganos de persecución para que ellos apliquen el derecho penal de forma igualitaria y en todos los casos⁸.

La aplicación del principio, por lo demás, contribuye al desarrollo regular de prácticas de la justicia penal completamente ilegítimas. La persecución penal obligatoria, al no permitir distinción alguna en el tratamiento de los casos penales, satura la justicia penal y contribuye a determinar un proceso de selección manifiestamente irracional. Así, se reafirma la tendencia de la justicia penal de ocuparse de los hechos menos graves de criminalidad común –v.gr., delitos contra la propiedad–, y de orientar la persecución de manera discriminatoria hacia determinados sectores de la población –v.gr., los más débiles–. En consecuencia, el principio de legalidad procesal opera como un serio *obstáculo* para racionalizar la política de persecución penal estatal.

Otra consecuencia negativa del principio de legalidad procesal consiste en el hecho de que éste exige, con independencia de las circunstancias particulares del hecho, la imposición necesaria de la sanción penal como única alternativa para la solución del caso. De esta manera, el principio impide dar un tratamiento distinto a la respuesta punitiva, aun cuando todas las circunstancias del caso así lo recomienden. Al mismo tiempo, la aplicación necesaria de la respuesta sancionatoria deja de lado toda consideración de los intereses y necesidades de la víctima del delito.

En conclusión, en la actualidad se admite que el principio de legalidad procesal no sólo carece de fundamentos teóricos y de posibilidades de realización efectiva sino que, además, contribuye a la generación y consolidación de prácticas aberrantes en el marco de la justicia penal.

b) Oportunidad en sentido estricto

1) Frente al reconocimiento de la imposibilidad fáctica de perseguir todos los delitos, surge el principio de oportunidad, según el cual, cuando se toma conocimiento de hechos punibles, puede no iniciarse o suspenderse la persecución penal, por razones de conveniencia, de utilidad o de asignación de recursos. A través de su aplicación, se pretende racionalizar la selección que necesariamente tendrá lugar en la práctica, a partir de criterios distintos –explícitos y controlables– de los que aplica informalmente todo sistema de justicia penal.

El modelo de principio de oportunidad de nuestra tradición jurídica es el de los países que tradicionalmente adoptaron como regla casi absoluta el sistema de legalidad en la persecución⁹. En estos países, la oportunidad opera como excepción a la

⁸ En términos empíricos, esta idea se ha demostrado como claramente irrealizable, pues el programa político-criminal de nuestros Estados resulta imposible de alcanzar. Cualquier investigación sobre la “cifra negra” de la criminalidad es una buena prueba de ello (Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI, 1986, p. 101 y siguientes).

⁹ No parece correcto, como afirman muchos autores, asimilar el principio de oportunidad de nuestra tradición jurídica con el principio dispositivo de los fiscales anglosajones, como dos modelos

regla de legalidad y permite, en algunos casos definidos por la ley, prescindir de la persecución penal pública¹⁰: “Oportunidad significa, en este contexto, la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivos de utilidad social o razones político-criminales”¹¹.

2) Instrumentado de este modo, el principio persigue dos objetivos principales: “la *descriminalización* de hechos punibles, evitando la aplicación del poder penal allí donde otras formas de reacción frente al comportamiento desviado pueden alcanzar mejores resultados o donde resulte innecesaria su aplicación; la *eficiencia* del sistema penal en aquellas áreas o para aquellos hechos en los que resulta indispensable su actuación como método de control social, en procura del *descongestionamiento* de una justicia penal sobresaturada de casos, que no permite, precisamente, el tratamiento preferencial de aquellos que deben ser solucionados indiscutiblemente por el sistema, y como intento válido de revertir la desigualdad que, por selección natural, provoca la afirmación rígida del principio de legalidad”¹².

Para poder lograr los objetivos que tradicionalmente se asignan al principio de oportunidad, se debe reconocer que se trata de una herramienta pensada para ser administrada por el *órgano encargado de la persecución penal estatal*: el Ministerio Público. Además y especialmente, debe ser regulado para permitir al Ministerio Público, en primer lugar, el establecimiento de *pautas generales* de políticas persecutorias.

Dado que las consecuencias negativas producidas por el principio de legalidad constituyen prácticas generalizadas de la justicia penal, sólo un mecanismo que permita establecer criterios genéricos para diseñar prácticas persecutorias de alcance también generalizado, podrá revertir aquellas consecuencias negativas.

diferentes de instrumentar la oportunidad. En realidad, el régimen de disposición casi absoluto de la acción que caracteriza al sistema de justicia penal de los países de la tradición jurídica del *common law* en nada se parece a nuestro principio de oportunidad. Sobre las profundas diferencias entre principio de oportunidad y principio dispositivo, ver, Bovino, Alberto, *La persecución penal pública en el derecho anglosajón*, en “Pena y Estado”, Bs. As., Editores del Puerto, 1997, n° 2, p. 54 y ss.; Langer, Máximo, *La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*, en Hendler, Edmundo S. (comp.), “Las garantías penales y procesales. Un enfoque histórico-comparado”, Bs. As., Editores del Puerto, 2001, p. 256 y siguientes.

¹⁰ Hassemer, Winfried, *La persecución penal: legalidad y oportunidad*, p. 13 y ss.; Maier, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 834 y siguientes.

¹¹ Maier, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 836 (destacado en el original).

¹² Maier, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 837 (destacado en el original). Es importante señalar que este mecanismo no sólo es propuesto desde el derecho procesal penal. También el derecho internacional de los derechos humanos reafirma la necesidad de aplicar este tipo de excepciones al principio inquisitivo de la persecución penal pública obligatoria. Así, las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)*, bajo el título de “Disposiciones previas al juicio” disponen: “Cuando así proceda y sea compatible con el ordenamiento jurídico, la policía, la fiscalía u otros organismos que se ocupen de casos penales deberán estar facultados para retirar los cargos contra el delincuente [imputado] si consideran que la protección de la sociedad, la prevención del delito o la promoción del respeto a la ley y los derechos de las víctimas no exigen llevar adelante el caso” (regla 5). La regla 2.1 aclara que la utilización del término “delincuente” abarca, también, al imputado, en aquellas disposiciones que admitan ambas acepciones.

En síntesis, para que el principio de oportunidad funcione de manera efectiva, debemos tener en cuenta que:

a) Se trata de una herramienta al servicio de las necesidades del Ministerio Público de organizar la política persecutoria;

b) Debe permitir al Ministerio Público el establecimiento de *pautas genéricas* de organización de las prácticas persecutorias;

c) Debe permitir, también, la consideración de circunstancias relevantes de las diferentes necesidades regionales o locales, como también factores propios de la coyuntura política y social, y

d) Más allá de esto, el principio debe ser aplicado a todo caso concreto cuyas particulares circunstancias lo exijan.

c) “Oportunidad” en sentido amplio

1) Frente a esta realidad, se reconoce la necesidad de transformar el modelo de enjuiciamiento penal que, por su carácter inquisitivo, ha causado la profunda crisis que afecta a la justicia penal. Esta transformación exige, entre otras cuestiones, el abandono del rígido principio de legalidad procesal. Los desarrollos del derecho procesal penal más avanzados, en este sentido, comprenden el establecimiento de un nuevo modelo de enjuiciamiento y, también, la incorporación de mecanismos que, como la suspensión del procedimiento penal a prueba, son contrarios a los principios tradicionales del derecho penal moderno.

La admisión de criterios de oportunidad –en sentido estricto–, se sostiene, no resulta suficiente para resolver los problemas originados por la persecución penal pública y por el principio de legalidad procesal. Ello ha generado una propuesta casi unánime de la doctrina más actualizada, que apoya estos mecanismos análogos a la oportunidad, en el sentido de que representan principios opuestos a los que hoy estructuran el derecho penal del Estado moderno –v.gr., publicidad y obligatoriedad de la acción penal–.

2) Al respecto se señala que no debemos entender por principio de oportunidad sólo su versión tradicional, sino, más bien, todo tratamiento diversificado del conflicto social representado por el hecho delictivo¹³.

Ante la crisis de las instituciones de la justicia penal, se ha provocado un repentino reclamo de medidas que hagan frente a la necesidad de dar rápida respuesta a un número cada vez mayor y más complejo de conflictos. En consecuencia, junto con la regulación de un nuevo procedimiento común más eficiente, se afirma la necesidad de incorporar mecanismos de simplificación del procedimiento.

Por mecanismos de simplificación del procedimiento en sentido amplio, entendemos todas aquellas opciones que representan la obtención de una solución para el caso, a través de procesos menos complejos que el procedimiento común. Se tra-

¹³ Dentro de este contexto, es posible introducir la perspectiva que aboga para que la administración de justicia penal otorgue un tratamiento distinto a la víctima del delito y, al mismo tiempo, evite la respuesta punitiva sobre el imputado.

ta, por un lado, de mecanismos alternativos al tratamiento penal del caso, y por el otro, de mecanismos más sencillos para resolver la aplicación de sanciones penales.

3) Si bien estos mecanismos son claras excepciones al principio de legalidad, no constituyen, en verdad, manifestaciones del principio de oportunidad. Hay cuatro institutos novedosos del derecho procesal penal que, en sentido genérico, representan mecanismos de simplificación del procedimiento: a) la suspensión del procedimiento penal a prueba; b) el procedimiento abreviado; c) la conversión de la acción, y d) la reparación-conciliación como causa de extinción de la acción penal.

Un buen ejemplo de este tipo de mecanismos es, indudablemente, el instituto de la *suspensión del procedimiento penal a prueba*. Desde este aspecto, constituye uno de los mecanismos posibles de simplificación para establecer excepciones al rígido principio de legalidad procesal propio de nuestro derecho penal.

El instituto analizado difiere del procedimiento ordinario porque no requiere cumplir con todas sus etapas para obtener la solución jurídica del caso y, además, porque evita la aplicación de la respuesta tradicional del derecho penal: la pena. El mecanismo de la suspensión del procedimiento a prueba también representa la simplificación de las reglas procesales. Al mismo tiempo, deja de lado dos principios básicos de los sistemas de justicia penal de los Estados modernos: la persecución penal como obra del Estado y el principio de legalidad procesal. En este caso se exige que el imputado haya reparado el daño, que haya afianzado la obligación reparatoria, que haya demostrado su imposibilidad de reparar o que haya asumido la obligación de hacerlo.

En palabras de Cafferata Nores, el instituto “persigue facilitar –en infracciones menores– la resocialización de delincuentes primarios y la reparación de la víctima, a través del cumplimiento de ciertas condiciones, evitando recurrir a la inútil estigmatización de una condena penal”¹⁴.

Las consideraciones previas indican, entonces, la justificación, las particularidades y el sentido político-criminal del instituto de la suspensión del procedimiento penal a prueba. Su adopción se comprende, como vimos, en el marco de la grave crisis que afecta a la justicia penal. Se señala, en este sentido, que la suspensión del procedimiento penal a prueba: “es una figura que encuentra sustento en la nueva concepción del derecho penal y el procesal penal que sirve de marco para la inmensa transformación a que está siendo sometido el sistema de justicia penal en diversos países del orbe”¹⁵.

Se trata de un mecanismo dirigido a reducir la actividad procesal y a otorgar una salida alternativa a la sanción penal. Se pretende beneficiar la situación del imputado, satisfacer los intereses de la víctima, posibilitar la aplicación de medidas preventivo-especiales y, por último, reducir la carga de trabajo de la justicia penal.

4) Como se puede apreciar luego de esta somera revisión de las finalidades y particularidades del instituto de la suspensión de la persecución penal a prueba difieren con las del principio de oportunidad en sentido estricto. Lo mismo sucede con los demás mecanismos, tales como la conversión de la acción, el procedimiento abreviado y la reparación.

¹⁴ Cafferata Nores, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, p. 26.

¹⁵ Houed Vega, *Suspensión del proceso a prueba*, p. 148.

En efecto, tanto el mecanismo de la suspensión de la persecución penal a prueba como los demás citados, a diferencia del principio de oportunidad, atienden fines que contemplan los intereses de más de un actor procesal y, además, dan una solución determinada al caso. Por otra parte, en todos estos mecanismos, también a diferencia del principio de oportunidad, es necesaria la iniciativa –o, al menos, el consentimiento expreso– de alguna de las partes ajenas al Ministerio Público para su aplicación.

El principio de oportunidad como herramienta de política persecutoria a cargo del Ministerio Público, en cambio, depende exclusivamente de la decisión del acusador estatal y, además, sólo consiste en la decisión de retirar el caso de la justicia penal, sin brindar ni proponer solución alguna. En este sentido, el principio de oportunidad puede ser utilizado para establecer activamente reglas generales que orienten la política estatal de persecución penal –v.gr., decisión de que sea aplicado de manera automática y como regla para cierto tipo de delitos–.

En los demás mecanismos de simplificación, aun si la opinión del Ministerio Público pudiera tener relevancia –v.gr., procedimiento abreviado, conversión de la acción–, la respuesta del Ministerio Público sólo puede ser “reactiva”, en el sentido de que dependerá de las decisiones concretas de otros actores procesales en cada caso particular. Si tenemos en cuenta, finalmente, los diversos intereses que protegen estos mecanismos de simplificación, resulta claro que la aplicación del principio de oportunidad por parte del Ministerio Público a los casos concretos, en muchas ocasiones, puede generar conflictos con otros sujetos procesales –v.gr., la víctima–.

3. Oportunidad vs. simplificación

a) Regulación legal del principio de oportunidad

1) Como hemos señalado, existe una fuerte tensión entre el principio de oportunidad en sentido estricto –esto es, como herramienta útil de diseño de políticas persecutorias generales al servicio del Ministerio Público–, y los demás mecanismos de simplificación del procedimiento propios del movimiento de reforma. Vale la pena citar el art. 22 del nuevo Cód. Proc. Penal de Costa Rica, que establece los siguientes criterios de oportunidad: “*Principios de legalidad y oportunidad*. El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal pública en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley.

No obstante, previa autorización del superior jerárquico, el representante del Ministerio Público podrá solicitar que se prescinda, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho, cuando:

a) Se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o del partícipe o exigua contribución de éste, salvo que afecte el interés público o lo haya cometido un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él.

b) Se trate de asuntos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja y el imputado colabore eficazmente con la investigación, brinde información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren

otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados, siempre que la acción penal de la cual se prescinde resulte considerablemente más leve que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita.

c) El imputado haya sufrido, a consecuencia del hecho, daño físico o moral grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena, o cuando concurren los presupuestos bajo los cuales el tribunal está autorizado para prescindir de la pena.

d) La pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho o la infracción de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta, o a la que se debe esperar por los restantes hechos o infracciones, o la que se le impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero. En estos últimos casos, podrá prescindirse de la extradición activa y concederse la pasiva.

La solicitud deberá formularse por escrito ante el tribunal, el que resolverá lo correspondiente, según el trámite establecido para la conclusión del procedimiento preparatorio”.

La regulación legal costarricense reconoce dos grandes tipos de casos:

a) Falta de necesidades preventivas (incs. a, c y d)¹⁶, y

b) Incentivos para resolver casos complejos (inc. b)¹⁷.

2) En el Código Procesal Penal de Chile, en cambio, la descripción de los supuestos de oportunidad es más sencilla. Así, el párr. 1° del art. 170 del nuevo ordenamiento establece: “*Principio de oportunidad*. Los fiscales del Ministerio Público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones”.

Si bien el Código Procesal Penal de Chile define de manera más laxa las ocasiones en las cuales el Ministerio Público podrá recurrir al principio de oportunidad, lo cierto es que la regulación continúa presentando problemas. Si aceptamos el presupuesto de que uno de los principales problemas del principio de legalidad procesal es su *amplitud*, no parece demasiado razonable intentar contrarrestar sus efectos con un mecanismo regulado de modo tan rígido y estrecho.

Si se pretende utilizar el principio de oportunidad como un mecanismo maleable y útil para responder rápida y eficazmente a las necesidades persecutorias, atendiendo a las circunstancias locales y regionales de nuestros vastos países, a los cambiantes requerimientos preventivos de cada coyuntura, y a las siempre mutables condiciones de nuevas y viejas formas de criminalidad, el principio debe ser articulado de otro modo.

¹⁶ Ver, en idéntico sentido, los cuatro supuestos del art. 31 del Código Orgánico Procesal Penal de la República de Venezuela (1998).

¹⁷ Ver, en idéntico sentido, el supuesto del art. 33 del Código Orgánico Procesal Penal de la República de Venezuela (1998).

b) La falta de control del Ministerio Público sobre el principio de oportunidad

1) Sin embargo, no es sólo la rigidez de los supuestos de oportunidad regulados legalmente el principal problema para su efectiva aplicación. Un problema adicional para su utilización está dado, por una parte, por un elemento cultural que persiste en nuestra inquisitiva tradición jurídica y, por la otra, por una de las innovaciones del proceso de reforma.

El elemento cultural que persiste en nuestra cultura jurídica se vincula con el *exceso de controles judiciales sobre decisiones no persecutorias del acusador estatal*. Aquí se genera un problema grave, pues muchas veces no se comprende cuál es el papel del Ministerio Público y cuál es el papel del Poder Judicial en el nuevo modelo de procedimiento. La letra de los textos legales tampoco ayuda demasiado a solucionar el entuerto.

Si bien nuestro sistema de oportunidad requiere control judicial, ello no significa que los tribunales pueden *reemplazar* las decisiones de los fiscales vinculadas a la oportunidad y conveniencia político-criminales de iniciar o continuar con la persecución penal. En este sentido, hemos sostenido que el control judicial debe limitarse a los requisitos legales, pero que no deben reemplazar los criterios valorativos del fiscal –v.gr., el juicio sobre la afectación del interés público–. Sin embargo, la mejor doctrina costarricense ha respondido a esa propuesta del siguiente modo: “A pesar de lo dicho por Bovino el Código Procesal no establece límites al tribunal con respecto al control de la aplicación del criterio de oportunidad reglado siendo en realidad todos los supuestos, incluso los que implican un juicio valorativo, requisitos legales”¹⁸.

Y la interpretación citada se refiere al Código Procesal Penal de Costa Rica, cuyo texto requiere menos controles que, por ej., los del Código Procesal Penal de Chile. Veamos, ahora qué problemas puede plantear el ordenamiento jurídico chileno.

2) El mayor problema que plantea el texto chileno es, en este punto, la multiplicidad de controles. Así, para aplicar el principio de oportunidad previsto en el art. 170 del Cód. Proc. Penal de Chile se debe seguir los siguientes pasos:

- a) El fiscal emite una decisión motivada que comunica al juez de garantías;
- b) El juez notificará a los eventuales intervinientes;
- c) El juez, de oficio o a pedido de parte puede dejar sin efecto la decisión fiscal si éste excediera sus atribuciones legales;
- d) El juez dejará sin efecto la decisión fiscal si “la víctima manifestare de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal”;
- e) Si el juez no deja sin efecto la decisión fiscal que hubiera sido impugnada, los intervinientes pueden reclamar nuevamente ante las autoridades del Ministerio Público.

De esta manera, si el Ministerio Público quisiera implementar pautas genéricas persecutorias para racionalizar los esfuerzos dirigidos a la persecución penal estatal

¹⁸ Llobet Rodríguez, Javier, *Proceso penal comentado*, San José, Editorial Jurídica Continental, 1998, p. 174.

–v.gr, como regla, no perseguir hurtos en supermercados–, dicha decisión podría fracasar debido a las siguientes circunstancias: a) la restringida regulación legal de los criterios de oportunidad; b) el excesivo control judicial, que posee una tendencia intrínseca a reemplazar los juicios de conveniencia que pertenecen al ámbito exclusivo de la discreción del Ministerio Público, y c) la intromisión de los criterios de otros actores procesales, tales como la víctima, cuya opinión torna más compleja la efectividad del principio como herramienta de política pública del Ministerio Público.

c) Tensión entre oportunidad y simplificación

1) Si el principio de oportunidad en sentido estricto pretende jugar un papel trascendente en el proceso de reforma, deberíamos discutir responsablemente cómo debería funcionar para cumplir con la finalidad político-criminal que le es propia. Y ello no porque exista alguna finalidad “esencial” de este principio, sino porque consideramos valiosa la finalidad que se le ha asignado tradicionalmente.

En primer lugar, es necesario poner en claro que lo único que comparte el principio de oportunidad con los demás mecanismos de simplificación es que todos ellos representan un quiebre al arraigado principio de la persecución penal pública y obligatoria.

Fuera de ello, nada tiene en común con los demás mecanismos procesales de simplificación –v.gr., reparación del daño, conciliación, suspensión de la persecución penal a prueba, conversión de la acción, procedimiento abreviado–. El objeto y fin del principio de oportunidad exige que sea utilizado como una herramienta necesaria y útil al servicio del Ministerio Público para racionalizar, ordenar y planificar *criterios genéricos de política persecutoria* en materia penal.

En este sentido, el principio de oportunidad –más allá de su eventual aplicación a casos concretos que presenten peculiaridades– sólo puede operar como una herramienta para diseñar e instrumentar *políticas públicas* si no depende de los arbitrarios valores de un juez, o del comportamiento de víctimas concretas. Si se pretende satisfacer los intereses de todas las partes, no se debe acudir a mecanismos tales como el principio de oportunidad, bajo riesgo de caer en la irracional regulación del Código Procesal Penal de Guatemala¹⁹.

2) Pensemos, por otra parte, que en caso de que la víctima rechace la aplicación del principio de oportunidad, recurrir al mecanismo de conversión de la acción puede no resultar una solución adecuada. Volvamos al ejemplo de una decisión genérica del Ministerio Público de no perseguir hurtos en supermercados. Si una cadena de supermercados pretendiera utilizar la justicia penal para “proteger” sus bienes, contratando abogados para que utilicen la conversión de la acción, de todas maneras se deben dedicar recursos escasos de la administración de justicia penal, aun cuando no intervenga el Ministerio Público.

En muchas ocasiones, las grandes corporaciones, asumiendo el papel de “víctimas”, utilizan la administración de justicia penal para reducir sus costos y maximizar

¹⁹ En 1997, el Congreso reformó el Código Procesal Penal de Guatemala (1992) agregando la exigencia de reparar el daño, de someterse a reglas de conducta, y otra serie de requisitos absurdos en el contexto del principio de oportunidad (art. 25 y ss.) que transformaron al instituto en un mecanismo más complejo que la suspensión de la persecución penal a prueba (art. 27 y ss.).

zar sus ganancias a costa del erario público. Así, por ej., algunas empresas de telefonía celular obligan a sus clientes a hacer una denuncia policial ante la pérdida de un aparato telefónico, con el objeto de prevenir fraudes. Tales denuncias provocan la apertura de una causa penal que no llegará a ningún lado y, que además, carece de fundamentos legítimos.

De este modo, si no asumimos que el principio de oportunidad debe ser —especialmente— una herramienta de *política pública* al servicio del Ministerio Público, creemos que su aplicación puede no producir resultados positivos y, en todo caso, incrementará, a través de decisiones *ad hoc*, la irracionalidad del sistema.

d) La experiencia salvadoreña

1) En un estudio reciente sobre el nuevo Código Procesal Penal de El Salvador, se midieron las resoluciones dictadas en casos penales desde el 20 de abril de 1998 —fecha de entrada en vigencia del nuevo Código— hasta el 30 de junio de 2000. Los resultados llaman particularmente la atención.

Del total de 51.719 causas resueltas en ese período de tiempo, el 32,21% —esto es, 19.447 causas— se clausuraron por conciliación entre imputado y víctima. Teniendo en cuenta que más del 45% de la causas resueltas terminaron en desestimaciones y sobreseimientos —esto es, 26.041 causas—, y que sólo un 3,32% terminaron en sentencia condenatoria, no se comprende cómo el porcentaje de casos que fueron cerrados por aplicación de criterios de oportunidad sólo alcanzó, para el mismo período, un 1,47% —esto es, 888 causas—.

Si bien la investigación empírica citada no tuvo en cuenta las variables que mencionaremos a continuación, resulta razonable sostener que, de haber utilizado en un porcentaje de casos sustancialmente mayor el principio de oportunidad, habría resultado posible variar los altísimos porcentajes de sobreseimientos y los exiguos porcentajes de sentencias condenatorias.

Una explicación posible para la situación expuesta consiste —así lo afirmaron de manera intuitiva los operadores jurídicos salvadoreños en el seminario donde se presentó el informe citado— en el temor a la exposición pública que sienten los fiscales por la aplicación del principio de oportunidad. Ello provoca ciertos problemas:

- a) La decisión persecutoria que fracasa es “despolitizada”.
- b) La “despolitización” de las decisiones persecutorias reafirma prácticas inquisitivas que neutralizan el carácter político de todo diseño de persecución penal.
- c) El sistema de administración de justicia penal, al evitar la aplicación de criterios de oportunidad, no sólo disminuye la posibilidad de implementar políticas públicas de persecución más racionales sino que, además, tiende a tratar casos que deberían salir del sistema por criterios de oportunidad a través de prácticas de dudosa legitimidad y a un costo económico mucho mayor.

4. Algunas conclusiones

Sin pretensiones de exhaustividad, resulta posible esbozar algunas conclusiones provisorias a partir del análisis propuesto. A continuación, señalaremos brevemente algunas de ellas.

a) Los recientes procesos de reforma del sistema de enjuiciamiento penal en los países de la región han intentado atribuir papeles sustancialmente distintos a los actores procesales. En especial, la tendencia al modelo acusatorio ha distinguido las funciones persecutorias propias del Ministerio Público de las funciones decisorias propias del Poder Judicial.

b) Sin embargo, respecto de muchas cuestiones, el peso de cinco siglos de cultura inquisitiva ha operado como obstáculo para la consolidación de una reforma realmente acusatoria.

c) Una de estas cuestiones se manifiesta en la regulación legal y aplicación práctica del principio de oportunidad.

d) Por estas razones, los mecanismos de simplificación distintos al principio de oportunidad no operan como complemento de éste sino, en todo caso, como uno de los factores que impiden su aplicación eficaz.

e) Para que el principio de oportunidad opere como mecanismo de diseño, elaboración e implementación de políticas públicas de persecución penal debería ser regulado y administrado de otro modo y, además, no debería competir con los demás mecanismos de simplificación del procedimiento que atienden a otros intereses.

© Editorial Astrea, 2003. Todos los derechos reservados.

