

Principio de oportunidad,

Ministerio Público y Política Criminal

Adrián Marchisio

*Secretario General de Coordinación Institucional
de la Procuración General de la Nación, Argentina*
AMarchisio@mpf.gov.ar



One obstacle to the success of criminal procedure reform is the failure to adequately manage workload, particularly the case flow of public prosecutor's offices in adversarial systems. We have established the importance of making the adversarial procedure design compatible with appropriate use of prosecutorial discretion, alternative outcomes and simplified procedures. As a result, and given the range of possibilities incorporated into the procedure reform, one can identify a lack of prosecutorial discretion in the Argentine system. This article presents a brief analysis of theoretical and practical aspects of the reform's implementation in the context of current legislation and the cultural barriers that have limited the success of the initiatives that have been implemented in this area to date.

1. Introducción

En el marco del Curso Interamericano de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal 2004 se analizaron las distintas cuestiones teórico-prácticas que inciden concretamente en la adecuada implementación de la reforma procesal penal, más allá de las particularidades concretas del diseño procesal seleccionado por cada país.

En este contexto, uno de los elementos comunes que se ha logrado identificar como un obstáculo para el óptimo funcionamiento de la reforma, ha sido la incapacidad de manejar adecuadamente la carga de trabajo, y en particular el manejo del volumen de casos que pasan a manos del Ministerio Público Fiscal en un sistema acusatorio. En particular se ha detectado la importancia de compatibilizar el diseño procesal de tipo adversarial con un adecuado uso del principio de oportunidad, salidas alternativas y mecanismos de simplificación del proceso.

Por esta razón, y advirtiendo que en el abanico de posibilidades incorporado en la reforma procesal iniciada –y aún incompleta– en la República Argentina, se encuentra ausente el principio de oportunidad. El presente trabajo analizará sintéticamente los distintos aspectos teóricos y prácticos que hacen a su implementación en el marco de la legislación actual de este país y, los inconvenientes de tipo cultural que han obstaculizado hasta el momento todas las iniciativas ensayadas al respecto.

2. Ubicación institucional del Ministerio Público en el marco de la reforma procesal penal

El análisis de la evolución del Ministerio Público Fiscal en el marco de la reforma procesal penal resulta de interés en orden al desvanecimiento de algunos obstáculos que hacen a la implementación de criterios de oportunidad en la República Argentina.

En efecto, la autonomía e independencia que goza actualmente el Ministerio Público en la República Argentina –y la evolución que ha sufrido hasta la fecha–, permite eliminar todas las objeciones que giran en torno a la imposibilidad de otorgarle a dicho organismo facultades discrecionales, por cuanto integraba el Poder Ejecutivo, y en consecuencia se hallaba influenciado por intereses políticos ajenos al ámbito judicial. Fundamento esencial que a lo largo de la historia ha justificado que la actividad del Ministerio Público debía sujetarse estrictamente al principio de legalidad procesal.

En particular, ésta es la argumentación que llevó en Austria a la implementación de manifestaciones de oportunidad en el Código Penal, pero como eximentes de punibilidad, dado que si bien se basan en razones de insignificancia y objetivos de prevención especial y general, se aplican al final de la sustanciación de todo el proceso y sólo por el juez. Como señala la doctrina de ese país, tuvo influencia decisiva la salvaguarda del principio de legalidad y la referencia a la falta de independencia del fiscal respecto

del poder ejecutivo. En este sentido se indicó que “...en círculos de la oposición se teme que el Ministerio Público pueda abusar de su derecho para cubrir a políticos o a determinadas acciones ordenando el sobreseimiento según el pgf.42, a pesar de que no fuera dudosa la posibilidad de probar la culpabilidad y de obtener una condena...”¹

En efecto, quizás deban reforzarse los controles internos y externos del Ministerio Público, pero evidentemente la evolución que ha sufrido este organismo en el seno del proceso argentino, lo sitúa en un lugar privilegiado que desvanece las sospechas de injerencia externa, y en consecuencia fortalece la idea de otorgarle un estrecho campo de discrecionalidad a la hora de promover la acción penal pública.

El proceso de reforma del sistema de enjuiciamiento penal federal tiene su punto de partida el 5 septiembre de 1992, fecha en la que empezó a regir el nuevo proceso penal (ley 23.984) que incorporó el juicio oral y público.² Proceso que se inscribe dentro de un modelo mixto o acusatorio formal que deja atrás el proceso netamente inquisitivo que caracterizaba el denominado código Obarrio vigente hasta esa fecha (ley 2372)³.

Es evidente que a partir de ese punto inicial, se han producido hasta la fecha diversas modificaciones parciales, que no han transformado en lo sustancial la estructura y funciones del Poder Judicial, pero que sí marcaron un camino de sucesivas reformas en lo que hace a la estructura y funcionamiento del Ministerio Público Fiscal.

El citado organismo comienza a tener un rol protagónico a partir de la reforma constitucional del año 1994, que le otorgó su verdadera independencia, autonomía funcional y autarquía financiera, en lo que ha pasado a ser considerado por gran parte de la doctrina como un cuarto poder –y por otros como un órgano extrapoder–, con un claro mandato de promover la acción penal pública en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad.

En este sentido es importante tener en cuenta que, si bien el Ministerio Público existía desde mucho antes de la reforma constitucional, sus funciones estaban dispersas en distintas normas,⁴ y además su ubicación institucional era discutida entre los que lo situaban dentro del Poder Ejecutivo y los que lo hacían como parte del Poder Judicial.⁵

La reforma constitucional instituyó al MP como un órgano autónomo, autárquico e independiente del resto de los poderes (art. 120 de la Constitución Nacional), y lo ubicó dentro del texto constitucional en una sección especial –la cuarta–, sin referencia a ninguno de los otros tres poderes del Estado, a diferencia de los órganos extrapoder que creó la misma reforma, como por ejemplo el Consejo de la Magistratura, la Jefatura de Gabinete, el Defensor del Pueblo, etc., organismos que sí fueron ubicados dentro de la órbita de alguno de los tres clásicos poderes: Ejecutivo, Legislativo o Judicial.

De modo tal que como señala Bianchi, el Ministerio Público tiene acta de creación como poder formal del Estado en el citado artículo 120 y a partir de allí es que no queda ninguna duda de que el constituyente lo ha instituido como “cuarto poder”. En consecuencia ahora es esencialmente el *poder del control y de defensa de la legalidad*, función de gobierno que la doctrina constitucional ha reconocido en forma independiente en la segunda mitad del siglo XX.⁶ *Y como tal, es contradictorio negarle la posibilidad de implementar el principio de oportunidad, so pretexto de la posibilidad de ser influenciado por el poder político o de no defender los intereses de las víctimas.*

Sin embargo, no se puede dejar de señalar que para un sector minoritario de la doctrina, aún después de la reforma constitucional, el Ministerio Público integra la categoría de los denominados “órganos extrapoder”, tal como lo sostienen por ejemplo Masnatta⁷, Quiroga Lavié⁸ y Natale,⁹ extremo frente al cual, tampoco persistirían las objeciones apuntadas.

¹ Nowakowski. *Die Behandlung der Bagatelkriminalität in Österreich*, en *ZStW*, 1980, pág. 255 citado por Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*: Alemania y España, Ed. PPU, Barcelona, 1991, pág. 232.

² También denominado Proyecto Levene, que junto con el tan comentado Proyecto de 1986 de Julio Maier, polarizaron las opciones de la época. Lamentablemente si bien este último por cuestiones coyunturales no logró su aprobación, es evidente que resulta un código que ha sido tomado como referencia por las restantes provincias del país y también por el resto de Latinoamérica.

³ Maier, Julio *“Derecho Procesal Penal”* Tomo I, Fundamentos, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1999, págs.454 y 462.

⁴ Ley 1893; 4055; 15.464; 17.516; 18.345; 19.539; 23.183, entre otras, problema hoy solucionado con la Ley Orgánica 24.946 del año 1998..

⁵ Entre los que se inclinaban por su pertenencia al Poder Ejecutivo estaban Alsina, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Ediar, Buenos Aires, 1957, T. II, p. 329; Jofre, Tomás: *Manual de Procedimiento Civil y Penal*, Buenos Aires, 1924, T. I, p. 228; Oderigo, Mario. *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1973, p. 218, n. 205. Respecto de los partidarios de la ubicación institucional del MP dentro del Poder Judicial se hallaban Vanossi, Jorge. “El Ministerio de Justicia y el Poder Judicial”, *Separata de la Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1965-VIII, p. 85; y también en “Otra vez sobre el Ministerio Público”, *El Derecho* 101-528; Palacio, Lino. *Derecho Procesal Civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979, T. II, p. 594; Rubianes, Carlos. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1977, T. II, p. 31; Bianchi, Alberto B.: “La Conveniencia de que el Ministerio Público sea un órgano del Poder Judicial”, *El Derecho* 106-845 y “Cese de Funciones de Agentes del Ministerio Público Dispuesto por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional”, *El Derecho* 119-947.

⁶ Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*, traducción al español de Alfredo Gallego Anabitarte, 2ª edición, Ariel, Barcelona, 1976.

⁷ Masnatta, Héctor “Régimen del Ministerio Público en la Nueva Constitución”, *La Ley* 1994-E.

⁸ Quiroga Lavié, Humberto. *Estudio Análítico de la Reforma Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 65 y “Nuevos Organos de Control en la Constitución: el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público”, en la obra colectiva titulada *La Reforma de la Constitución*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, pp. 267/290, esp. p. 289.

⁹ Natale, Alberto. *Comentarios sobre la Constitución, La Reforma de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 153.

El camino que está recorriendo actualmente es la construcción del poder; la construcción de un poder real allí donde la Constitución ha creado un poder formal. El Ministerio Público tiene todos los atributos formales de un poder del Estado –el cuarto poder–, lo que está en marcha es la función de gobierno que la Constitución y la Ley Orgánica le asignan y que se sintetiza en “*promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad*”¹⁰, y en ese marco analizar la posibilidad de introducir el principio de oportunidad se traza como un postulado insoslayable que dotará de racionalidad y eficiencia a este ejercicio de poder en construcción. Evidentemente, como se observa en la experiencia comparada, el éxito de la gestión del Ministerio Público también estará dado en la medida que sus integrantes puedan desarrollar un adecuado sentido de liderazgo.

El camino que está recorriendo actualmente es la construcción del poder; la construcción de un poder real allí donde la Constitución ha creado un poder formal. El Ministerio Público tiene todos los atributos formales de un poder del Estado (...) y en ese marco analizar la posibilidad de introducir el principio de oportunidad se traza como un postulado insoslayable que dotará de racionalidad y eficiencia a este ejercicio de poder en construcción.

La organización refleja del Ministerio Público con el Poder Judicial representa dos inconvenientes bien identificados: por un lado el conocimiento repetitivo de un mismo tipo de hechos sólo lleva a generar un trabajo rutinario, donde después de un tiempo “la especialización” se transforma en “saturación” frente a la similitud de respuestas. Así el rol de investigador que tiene el fiscal se desdibuja porque pasa a concebir a todos los casos como una repetición de hechos donde burocráticamente se realiza el mismo tipo de pesquisa.

Por otra parte cuando se habla de fiscales de primera instancia o fiscales de cámara

se asiste a la transferencia de conceptos como el de competencia, que no tienen ninguna relevancia en la organización del Ministerio Público, sino que están ligados a garantías judiciales como el juez natural o la imparcialidad, que no se identifican con las funciones y objetivos propios del órgano acusador.¹¹

En este sentido, la insistencia que se hace del concepto de “fiscal natural” adscripto siempre a determinado juzgado, no sólo cristaliza esta sensación rutinaria del trabajo –dado que se sabe que es lo que va a resolver el tribunal ante cada planteo– sino que además, propicia una potencial promiscuidad entre estos órganos, y de esta forma se hace difícil que se controlen recíprocamente.

Esta idea no es nueva, Ferrajoli señala con claridad la necesidad de que la función de los encargados de resolver los conflictos no resulte contaminada por la *promiscuidad del sistema* y, que los órganos investigadores sean desplazados a un orden distinto del judicial, aunque tengan las mismas garantías de independencia, de modo que no pueda formarse entre ellos un espíritu de cuerpo común para que en vez de influenciarse, se controlen unos a otros.

Al respecto el profesor italiano remarcar que uno de los problemas más importantes que derivan de la institucionalización de los órganos de justicia es el espíritu de cuerpo, la influencia paralegal, la autolimitación en el ejercicio de la función causada por solidaridades, miedos, costumbres y prácticas automáticas que poseen, a veces más fuerza que los rituales legales, y que deciden la suerte de un proceso por reglas que no sólo no son las previstas en los códigos, sino que muchas veces son contrarias a éstas¹².

3. La cultura judicial y principio de oportunidad

El éxito de una reforma reside especialmente en la sensibilización de sus operadores y en la lucha por traspasar las barreras de una cultura reticente a los cambios. Y en este sentido, lo importante para avanzar hacia la consolidación de un proceso de reforma es la identificación de los elementos que poseen intrínsecamente más dinamismo, dado que a través de su transformación pueden provocar un efecto de contagio hacia el resto del sistema, movilizándolo las estructuras estáticas que generalmente se hallan en las bases del sistema judicial.

Desde que se creó la justicia nacional y federal en la República Argentina, hace más de 150 años, la estructura de los órganos que intervienen en el proceso no ha sufrido modificaciones de importancia.

En efecto, el sistema continúa con órganos judiciales dispuestos de modo vertical, fijo, burocrático y en ello, el Ministerio Público lo acompañó con una organización que refleja a la judicial.

Teniendo en cuenta esto, y advirtiendo que se pasó de un sistema netamente inquisitivo a uno mixto con la misma organización judicial, allí se encuentra la respuesta a algunos de los defectos de la reforma del año 1992, que hoy se advierte que quedó a medio camino.

¹⁰ Bianchi, Alberto B. "El Ministerio Público o la construcción de un Poder del Estado", *Revista El Derecho* (12-2-02).

¹¹ Binder, Alberto "Funciones y disfunciones del Ministerio Público Fiscal", en *Política Criminal. De la formulación a la praxis*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, pág. 170.

¹² Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trota, Madrid 1997, pág. 582 y sgtes.

Michael Reisman¹³ definió claramente este fenómeno como la existencia de dos códigos: un código “mítico” que *se supone* que es el que se aplica y un código “práctico” que es el que *se aplica en la realidad*, de modo tal que los postulados del código mítico terminan siendo tergiversados por la costumbre judicial. El autor señala que aunque esta divergencia no resulta funcional al organismo, sucede porque sirve para proteger lazos del individuo con éste, o para favorecer determinados intereses ligados a esa pertenencia, dándose generalmente en situaciones monopólicas, en donde habría una especie de presión tácita para no cuestionar el código práctico ni sancionar su aplicación, como por ejemplo sucede con la delegación de funciones.

Al revisar estos conceptos, resulta ilustrativo el documento elaborado por la Universidad de Chile y la Universidad Diego Portales donde se analiza la evolución de la reforma que está operando en ese país, y donde se hace especial referencia a la incapacidad del sistema para asimilar cambios y para pensar a la administración de justicia como una empresa más que presta servicios y que debe guiarse por criterios de eficiencia.¹⁴

En particular se resaltan los inconvenientes generados para lograr una buena compatibilización entre las funciones asignadas al Administrador del Tribunal en la gestión de casos y la actividad de los jueces. Allí se aclara que si se toma en serio la idea de profesionalizar la administración de justicia, la autoridad e independencia de los jueces debiera comenzar sólo en el momento en que toman asiento en la sala de audiencias, pero en cuanto a gestionar el trabajo del tribunal, la autoridad recaería en el administrador profesional que se encuentra guiado por criterios de eficiencia. Sin embargo, pese a que se trata de dos profesionales altamente calificados cada uno para su función, según esa investigación, la distribución de tareas así planteada no resulta fácil, *especialmente porque choca contra una cultura judicial de muchos años.*

Evidentemente esta cultura, instalada desde la vigencia de un sistema netamente inquisitivo, es la que ha hecho raíz no sólo en Argentina sino en varios países de la región. Pero que indefectiblemente deberá ser corregida desde diversos aspectos, incluso el organizacional, para adecuar la intervención estatal en el campo de la administración de justicia, bajo parámetros más racionales y con criterios de eficiencia como eje rector de la actividad.

Difícilmente pueda funcionar correctamente el principio de oportunidad con una estructura y concepción de trabajo construida sobre las bases del sistema inquisitivo, porque precisamente esta cultura es la que ha impedido durante muchos años la introducción de esta herramienta. *Por esta razón, desde una visión multidimensional del problema es que se propone para una adecuada incorporación del principio de oportunidad avanzar no sólo en el campo normativo, sino también en el orden estructural y orgánico, que será el que indirectamente también irá modelando la cultura judicial, y preparando el terreno para un uso apropiado del instituto en cuestión.*

Teniendo en cuenta los diversos tópicos desarrollados, la experiencia en particular de la República Ar-

...
resulta ilustrativo el documento elaborado por la Universidad de Chile y la Universidad Diego Portales donde se analiza la evolución de la reforma que está operando en ese país, y donde se hace especial referencia a la incapacidad del sistema para asimilar cambios y para pensar a la administración de justicia como una empresa más que presta servicios y que debe guiarse por criterios de eficiencia.

gentina y, los progresos obtenidos en la materia por los países de la región, es importante remarcar que la modificación de los textos legales, por más novedosos que sean, no lograrán una verdadera transformación del sistema judicial ni una mayor eficiencia, sino no van acompañados de algo que es incluso más importante que la virtuosidad de esos textos: una adecuada distribución de recursos económicos y humanos para su implementación y, fundamentalmente, criterios organizativos y estructurales de los órganos involucrados, en especial del Ministerio Público Fiscal, que no repitan los defectos de una organización rígida y refleja al Poder Judicial, falencia que por

tanto tiempo nos ha postergado en una cultura de tipo inquisitiva difícil de superar.

Sin embargo, estos objetivos tienen un alto costo, si no van acompañados de una firme voluntad política de transformación y con un programa de implementación serenamente planificado, donde se establezcan objetivos a corto, mediano y largo plazo. Para lo cual evidentemente habrá que dejar de lado las mezquindades políticas y rescatar —si son valiosas— aún las iniciativas intentadas por la gestión anterior.

Por otra parte, es preciso tener muy presente que desaprender las costumbres del sistema —especialmente teñidas por el largo proceso inquisitivo de herencia colonial—, es una tarea difícil, pero que puede lograrse profundizando la capacitación, jerarquizando la carrera judicial y apuntando a estrategias que generen un cambio de concepción en la labor cotidiana de los operadores judiciales, estableciendo incentivos y mecanismos de planificación y

¹³ Reisman, Michael *¿Remedios contra la corrupción?*, Brevarios de Fondo de Cultura Económica, México, 1981, pág. 34.

¹⁴ Baytelman, Andrés. *Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena*, Ed. Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y Centro de Estudios de la Justicia, Escuela de Derecho de la Universidad de Chile.

control de gestión comunitarios. Y en este sentido pareciera que por su organización, estructura, funciones, y su *juventud institucional*, el Ministerio Público es el terreno más apto para fomentar estos cambios. Son muchos los hombres y mujeres de bien, con amplia capacidad intelectual y experiencia que se desempeñan en el ámbito judicial y que realmente desean seguir apostando todos sus esfuerzos para mejorar el servicio que prestan a la sociedad.

Como señala Binder con sentido positivo, si bien es cierto que los problemas de implementación han sido un importante escollo en la reforma de los sistemas penales de Latinoamérica, no es menos cierto que ningún país ha retrocedido.¹⁵

Teniendo presente ello, corresponde aspirar a la consagración de un Ministerio Público Fiscal organizado bajo parámetros flexibles, como si se tratara de un bufete de abogados organizado como equipo de trabajo con criterios más horizontales, y dotado de un espacio de discrecionalidad que le pueda aportar el principio de oportunidad, de modo tal de adecuar su actuación a las necesidades del sistema y las exigencias de estos tiempos, y así entender el rol del Ministerio Público, como lo que realmente es, "un custodio de la ley al servicio a la comunidad."

...
el principio de oportunidad impone nuevas exigencias, porque no está pensado exclusivamente para aliviar el caudal de trabajo del Ministerio Público y en general de todo el sistema, sino precisamente para destinar los esfuerzos de estos órganos en la investigación más eficiente de la delincuencia compleja.

4. Principio de oportunidad y nuevos desafíos para el Ministerio Público

Agotar las consideraciones de tipo teóricas en orden al binomio legalidad-oportunidad excedería el marco del presente, por esa razón en este punto, y partiendo del presupuesto de la viabilidad constitucional del mentado principio, se desarrollarán algunos desafíos que deberá enfrentar el Ministerio Público a la hora de implementar este instituto, a efectos de evitar la conocida precariedad que poseen nuestros sistemas penales —en referencia al contexto latinoamericano— para poner en marcha la aparición de nuevos institutos.

4.1 Desafíos para los fiscales

En primer lugar es preciso tener presente que el principio de oportunidad impone nuevas exigencias, porque no está pensado exclusivamente para aliviar

el caudal de trabajo del Ministerio Público y en general de todo el sistema, sino precisamente para destinar los esfuerzos de estos órganos en la investigación más eficiente de la delincuencia compleja.

Si no se tiene en cuenta este eje, el principio de oportunidad se convertirá en un sello de goma que tan sólo servirá para archivar casos de modo más elegante.

También es preciso tener presente que esa herramienta debe ser combinada con alguna formulación que permita a la víctima convertir la acción penal pública en privada. De modo tal de dejar la puerta abierta para devolver el conflicto penal a sus verdaderos protagonistas. Esto último debe ser complementado con un buen sistema de asistencia

jurídica gratuita, para no caer en una suerte de *privatización de la delincuencia de menor cuantía*, que quedaría reservada a los sectores de mayores recursos que pueden contar con asesoramiento jurídico privado. Y en este punto, el desafío no es sólo del Ministerio Público sino del Estado en general, que debe garantizar el acceso a la justicia, y en relación con el cual, los colegios de abogados podrían brindar un apoyo inestimable.

La otra tarea importante consiste en dotar a los fiscales de la suficiente seguridad para utilizar la selectividad, sin temor al cuestionamiento del vecino que reclama por su caso —insignificante quizás para el sistema en su conjunto— pero el más importante para la víctima. Esta circunstancia que para un sistema centralizado y donde el fiscal que decide la selección se encuentra desdibujado en el aparato burocrático pareciera insustancial, resulta muy importante en sistemas de justicia descentralizada, donde el funcionario posee contacto directo y periódico con el denunciante, y es un problema que ya lo están experimentando algunos países de la región que en los primeros años de vigencia han notado un bajo índice de aplicación de este instituto, precisamente por la misma reticencia fiscal a enfrentar este tipo de situaciones.¹⁶ En este punto es preciso tener en cuenta que los comportamientos que en ocasiones se definen como criminalidad de bagatela, no son necesariamente menos dañosos e inquietantes para el afectado directamente por ellos, especialmente cuando tienen una frecuencia importante.¹⁷

¹⁵ Binder, Alberto. *Ideas y Materiales para la Reforma de la Justicia Penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000 pág. 152.

¹⁶ Confr. los informes nacionales de estos países en Marchisio, Adrián y Stippel, Jörg en *Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina*, Ed. Ah-Hoc, Buenos Aires, 2002.

¹⁷ Hulsman, Louk "Die Behandlung der Bagtellkriminalität in den Niederlanden", en ZStW, N° 92, 1982, pág. 568, cit. por Bacigalupo "Descriminalización y prevención" en Poder Judicial, Número especial II, Madrid, 1987. pág. 15.

Frente a ello es preciso aplicar diversas estrategias: primero, capacitar adecuadamente al funcionario para que pueda tener una visión global del sistema, de modo tal que exista claridad sobre la categoría de casos que pueden ser pasibles de selección.

En segundo lugar, la capacitación también tiene que brindar las herramientas necesarias para poder analizar si en el caso en concreto resulta conveniente la aplicación del principio de oportunidad, así como también otorgarle otras instancias de reparación para que pueda intentar la recomposición del conflicto, ya sea a través de la mediación penal o de un acuerdo reparatorio.

4.2 Desafíos para los organismos de gobierno del Ministerio Público

También hay tareas que deben enfrentar directamente los organismos centrales del Ministerio Público. La primera consiste en establecer pautas de carácter general basadas en estrategias político-criminales y de persecución penal, acordes a los objetivos que se planteen para el ejercicio, y para ello las instrucciones, recomendaciones o circulares del Procurador General de la Nación o de los Fiscales Generales, llevan a considerar la necesidad de garantizar su publicidad, no sólo para el resto de los operadores judiciales, sino para toda la ciudadanía, como un mecanismo adecuado de coadyuvar a la igualdad ante la ley, la transparencia en el diseño de la política criminal, y por sobre todo, en orden al carácter público que detentan los actos de gobierno en una sociedad democrática construida sobre el principio republicano de gobierno (art. 1 CN).

En este sentido es preciso tener en cuenta que cuando se pretende compatibilizar una organización del Ministerio Público de tipo jerárquica y las reglas que son su consecuencia (facultad de instruir, de sustituir y de devolución), con el principio de legalidad que incluye el deber de ajustarse a la verdad histórica que revela el caso, los problemas surgen por doquier.¹⁸

En este sentido existe cierta resistencia natural en el par conceptual *legalidad-organización jerárquica* (que implica la facultad de dictar instrucciones), porque pareciera innecesario que en un sistema donde se deben perseguir todos los delitos, y donde todos los magistrados sólo se deben guiar por lo dispuesto por la ley, existan diferentes jerarquías, donde algunos hagan valor su criterio de actuación sobre los otros. De la misma manera que existe cierta afinidad en el par conceptual *legalidad-organización horizontal* (con independencia funcional para

quien es titular del poder en el caso), porque teniendo en cuenta lo expresado en el párrafo anterior, en un esquema de máxima legalidad, parecerían no necesitarse criterios de actuación más allá de los indicados por la propia legislación. Tal resistencia o afinidad no es consecuencia necesaria del principio de legalidad, sino en todo caso, una secuela cultural o política de la construcción habitual, que nos reconduce siempre a pensar en la independencia judicial, tanto externa como interna, como sinónimo de garantía para el Estado liberal.

Como señala Maier, es más sencillo pensar en una organización jerárquica, cuando ella resulta gobernada en gran medida por el principio de oportunidad, siendo en este caso recomendable que no todos los funcionarios de una fiscalía posean el mismo poder, sino que al contrario, respondan a las órdenes de quien carga con la responsabilidad política por el funcionamiento del Ministerio Público. En ocasiones esta responsabilidad emerge del mandato popular (elecciones) o político, como ocurre con el caso de la provincia de Córdoba, según lo dispuesto en el art. 117 de la Constitución provincial.¹⁹

La segunda tarea que se debe enfrentar consiste en generar estrategias de comunicación para llevar a la población información adecuada respecto de este instrumento, y no dejar que los objetivos e intención que persigue el Ministerio Público, sean mal interpretados por la prensa no especializada, que con buena o mala intención seguirá insistiendo con mensajes de “tolerancia cero”, que hasta el momento han generado más inconvenientes que beneficios.

Vale la pena recordar que el criterio de tolerancia cero al que estamos acostumbrados no está orientado a combatir la corrupción, las prácticas policiales ilegales, la evasión fiscal, o las desigualdades sociales, sino que generalmente es utilizada como un justificativo para violar garantías constitucionales que deben ser respetadas por encima de toda política estatal, por más estado de emergencia de que se trate. Porque justamente ante esas situaciones extremas es cuando más se requiere velar por el respeto de la Constitución.

Pero estas tareas no son fáciles de emprender si no se cuenta internamente con información cuantitativa y cualitativa del sistema. Y esto es un defecto por costumbre del sistema de justicia, ya que no existe conciencia de la importancia que posee la información estadística, y porque en muchos casos se carece de lo que Binder denomina “observatorios judiciales”, espacios dedicados no sólo a recolectar información sino a analizar la evolución del sistema, sus prácticas y las distorsiones.²⁰ De modo tal de

¹⁸ Maier, Julio. *Derecho Procesal Sujetos Procesales. Vol II* Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pág.330.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Binder, Alberto. *Ideas y materiales...*, op. cit.

evitar entre otras cosas, la acostumbrada lejanía entre el poder penal y la ciencia penal, dado que la experiencia indica que hasta el momento el poder penal no ha sido suficientemente racionalizado por la ciencia penal.²¹

Estas herramientas contribuyen a la necesaria transparencia que requiere un sistema judicial inserto en un Estado democrático. Transparencia que no se vincula exclusivamente a la publicidad de los actos procesales, sino también a los sistemas de administración judicial, que como señala Binder, han sido históricamente deficientes incluso para los propios administradores. En tal inteligencia, los tribunales deben tener sistemas administrativos claros que permitan un monitoreo constante de su tarea y de los casos que procesa y deja de procesar, de los recursos humanos y materiales involucrados y su utilización.²²

Debe ser posible, en fin, documentar de un modo transparente la gestión administrativa de los tribunales para que el control popular no sólo se limite a la tarea judicial propiamente dicha, sino también al control de la forma en que los tribunales administran los recursos que la sociedad pone a su disposición, y en consecuencia con su grado de efectividad.²³

Esto es indispensable para en el futuro poder evaluar si el principio de oportunidad es utilizado simplemente para aliviar la carga de trabajo, o si en efecto genera mayor eficiencia en la investigación de casos complejos. Esa será la mejor respuesta que se puede dar a la crítica de aquellos que no conciben que el Estado aplique prioridades a la hora de administrar justicia. Objeción que parece inclusive contradictoria con la misión aludida, cuanto en realidad dentro del concepto de administración está

incluida la posibilidad de practicar un ordenamiento económico de los medios de que se dispone y uso conveniente de ellos para proveer a las propias necesidades.²⁴

En esencia, si no se establecen observatorios judiciales que permitan ejercer un control directo y en tiempo real sobre la aplicación del principio de oportunidad—y su correlato en el aumento de la eficiencia para obtener mejores resultados en la investigación de la criminalidad mayor y organizada—, el principio de oportunidad pierde sustento desde el punto de vista político criminal. Puesto que no sólo debe actuar como un corrector de la pretensión punitiva

estatal sobre la base de racionalidad y proporcionalidad, sino que además debe operar como un factor catalizador de la proporcionalidad que se debe mantener en materia de persecución penal, y ello se traduce en la racionalidad y equilibrio que debe sostener el sistema.

Esos son algunos de los desafíos que se deben enfrentar si realmente se pretende aumentar los niveles de eficiencia del sistema y estar orgullosos de la tarea que el Ministerio Público realiza como poder del Estado integrado por funcionarios al servicio de la comunidad.

Son muchos los problemas y para enfrentarlos se requiere un gran esfuerzo y decisión política, pero ya se ha mencionado que “para que la justicia sea injusta, no hace falta que se equivoque, basta con que no juzgue cuando debe juzgar”²⁵. Ello es precisamente lo que ocurre cuando el sistema tan sólo puede procesar los hechos de delincuencia menor, y es ineficaz en hechos complejos donde se encuentran en juego bienes jurídicos que afectan a gran parte de la población y que muchas veces caen bajo el límite de la prescripción.²⁶

...
si no se establecen observatorios judiciales que permitan ejercer un control directo y en tiempo real sobre la aplicación del principio de oportunidad - y su correlato en el aumento de la eficiencia para obtener mejores resultados en la investigación de la criminalidad mayor y organizada-, el principio de oportunidad pierde sustento desde el punto de vista político criminal.

²¹ Binder, Alberto. *Política Criminal...*, op. cit. pág.25.

²² En parte esta motivación es la que ha llevado a establecer en el ámbito de la Procuración General de la Nación una Oficina de Investigación y Estadísticas Político Criminales, que no sólo compila la información estadística del organismo, tanto a nivel cuantitativo y cualitativo, sino que además practica investigaciones criminológicas, doctrinarias, seguimiento de las líneas político criminales que posee el organismo, y un relevamiento actualizado de la forma en que se encuentran distribuidos los recursos. Tarea que en los últimos años ha sido concretada especialmente en los análisis del funcionamiento del MPF que anualmente se eleva al Congreso de la Nación (análisis de gestión y delictual), y a través del Mapa del Ministerio Público Fiscal (ambos pueden consultarse en www.mpf.gov.ar y son producto del trabajo realizado por el autor de este trabajo como director de dicha área).

²³ *Ibidem*, pág. 77.

²⁴ Osorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Ed. Eliasta, Buenos Aires, 1986, pág. 36.

²⁵ Aída Kemelmajer de Carlucci “Principios procesales y tribunales de familia” *JA Bs.As.* 1993, 5851, pág. 14.

²⁶ De hecho es por todos conocido que en la mayoría de las jurisdicciones del interior del país, prácticamente no se celebran debates en “causas sin detenidos”, y precisamente en este tipo de causas sin detenido, es en la que se involucran los delincuentes de cuello blanco y la delincuencia sofisticada, que en los hechos siguiendo este criterio de selección va a parar al “casillero de prescripción”. Esta grave situación fue advertida ya en el año 1999 en el ámbito federal por el Dr. Alberto Lozada, titular de la Fiscalía ante el Tribunal Oral de Córdoba, con motivo de la no celebración de debates en “causas sin presos”, y que concluyó en un ploteo que llegó hasta la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, que en el precedente “Rios, Mariano s/recurso de casación” llegó a admitir como secuela de juicio los reiterados pedidos del fiscal para que se fije audiencia de debate. Circunstancia que como bien señala el propio fiscal, luego generó que en esa jurisdicción se realicen debates para todas las causas (tengan o no personas privadas de libertad). Confr. Informe Anual del MPF del año 2000, pág. 754 y año 2001, pág.982.

5. El principio de oportunidad como un cambio de paradigma. Inconvenientes coyunturales para su incorporación

Manteniendo una continuidad temática con el punto anterior, en cuanto a la resistencia al cambio que caracteriza a la cultura judicial, hoy en día es reconocido a todas voces que el Estado carece de capacidad de acercarse a la persecución de todos los delitos. Son pocos los casos, con relación al número de hechos cometidos que llegan a conocimiento del sistema de administración de justicia, algunos estudios hablan de un 75%²⁷ de cifra negra, sin contar además con la cifra dorada de la que no hay prácticamente datos. Menos aún son los casos que llegan a la etapa de juicio (generalmente no se superan el 10 % de los hechos denunciados) y de ellos sólo un ínfimo porcentaje obtiene condena (3% de los casos iniciados).

Ya se remarcó que la pretensión estatal de “hacer justicia” en todo injusto penal cometido, obligaría al mantenimiento de una estructura policial y de administración de justicia sencillamente descabellada, que ni siquiera las naciones más ricas están en condiciones de solventar, en perjuicio de otros sectores como la educación, salud, asistencia social, y por supuesto mucho menos en las actuales condiciones de la República Argentina, donde aún existe una importante porción de la población que posee necesidades básicas insatisfechas.²⁸

Sin embargo esta obligación de naturaleza inquisitiva, en nuestro caso heredada de la colonia, desembocó en una administración de justicia que, del mismo modo que una empresa deficiente, es ejemplo de mala utilización de los recursos de la sociedad.

El proceso penal se encuentra colmado de casos que consisten en infracciones mínimas y de bajo costo social, y es altamente deficiente para resolver aquellos casos donde la infracción provoca un costo económico de dimensiones trascendentes para nuestro pueblo. De este modo somos espectadores de la priorización inversa de los esfuerzos estatales, es decir la combinación de un proceso de criminalización intensivo de “bagatelas” con un proceso de descriminalización de hechos delictivos de impacto social muy importante. Hechos tan graves de delincuencia no tradicional como lo son la socioeconómica, el terrorismo, narcotráfico, lavado de dinero, la corrupción en función pública, por mencionar algunos ejemplos.

De modo que, a la incapacidad “cuantitativa” se agrega la “cualitativa”, es decir la imposibilidad de

lograr perseguir eficazmente los delitos socialmente más graves, la delincuencia más sofisticada que, por esa misma característica pasa desapercibida, pero genera efectos mucho más dañinos que la violencia urbana. Esta circunstancia evidentemente demuestra la existencia de una expectativa social insatisfecha, de la que el Estado, y en especial los órganos que integran el sistema de administración de justicia penal, deben hacerse cargo en forma inminente.

Este diagnóstico no es nuevo, pero lamentablemente sigue siendo actual y ha llevado no sólo a la República Argentina, sino a todo el movimiento reformista de América Latina a plantear alternativas para aumentar los niveles de eficiencia en la persecución penal. Alternativas que también han generado algunos “mitos” que, precisamente como la palabra lo indica, están más en el plano de la fantasía que de la realidad.

En este sentido, uno de los más comunes es la idea de que “*la investigación a cargo del fiscal es más eficiente*”. Pero esto aisladamente expuesto no deja de ser una expresión de deseo, puesto que no hay razones desde el punto de vista técnico-procesal, ni desde la visión empírica del problema que puedan sostener sin más esta afirmación.

Evidentemente la investigación a cargo del fiscal es necesaria y resulta conveniente, pero no específicamente en términos de eficiencia, sino para exaltar el carácter contradictorio que debe tener el proceso en toda su extensión y en consecuencia fortalecer un sistema de enjuiciamiento penal de carácter acusatorio que garantice la imparcialidad del juzgador. De modo tal de poder contar durante las investigación penal con actores que cumplan papeles distintos y claramente separados: un órgano independiente que se encargue de recoger toda la prueba de cargo necesaria para fundar una acusación; una defensa fuertemente consolidada que refute esa acusación en igualdad de condiciones; y finalmente un juez que custodie las garantías constitucionales y el debido proceso, y que será el que en un plano de imparcialidad resolverá la confrontación de ambas hipótesis.

En síntesis, terminar con un sistema inquisitivo donde los roles están confundidos y se vulneran las garantías constitucionales que históricamente tanto han costado conseguir.

Por eso, más allá de que el Ministerio Público es un órgano relativamente nuevo, con integrantes comprometidos con su función y con gran entusiasmo por brindar un mejor servicio de justicia, la investigación a cargo del fiscal, por sí sola no garantiza una mayor eficiencia, el problema es más com-

²⁷ Estadísticas del Ministerio de Justicia, publicadas el martes 5 de noviembre de 2002 en el diario CLARIN.

²⁸ Por ejemplo de acuerdo a los resultados del Censo 1991, en el conurbano bonaerense hay un promedio del 30% de los habitantes con necesidades básicas insatisfechas. Esta circunstancia es aún más crítica en las mediciones practicadas en el censo 2001, que aumenta considerablemente estos porcentajes.

plejo. El traspaso de las funciones investigativas a manos del fiscal requiere dotarlo de otras “herramientas procesales” y de recursos “tanto humanos como materiales” que específicamente estén orientados a esa finalidad.

Ello lleva a sostener que si se modifica un proceso penal se debe hacer desde una visión multidimensional del problema, y teniendo en cuenta que la modificación de una de las piezas de este complejo rompecabezas, va necesariamente a repercutir en las restantes. Por ello si el objetivo esencial es mejorar la eficiencia del sistema, hay que observarlo en su conjunto y utilizar diversas estrategias.

Seguramente no todas estas estrategias tienen que ver con el aspecto normativo, sino también con cuestiones de gestión y organización, de buena utilización de los recursos, de capacitación, técnicas de sensibilización e incentivos para generar mayor compromiso de los operadores judiciales, etc.

Pero desde el aspecto normativo, las últimas reformas de la región no han dudado en establecer junto con el juicio oral, alternativas al proceso y criterios de selección, como el principio de oportunidad, la suspensión condicional del proceso, conciliación, mediación penal, etc.

Así lo han entendido la mayoría de los países de América Latina que emprendieron la transformación de sus sistemas hace ya un tiempo, como Costa Rica, Guatemala, etc., y así lo siguen demostrando las recientes modificaciones del proceso en Bolivia, Paraguay, Chile, Venezuela, República Dominicana, entre otros tantos. En todas ellas se continúa comprobando que las salidas alternativas al juicio oral y los criterios de selección ocupan un lugar privilegiado.

Sin embargo, en el ámbito federal, y prácticamente en todo el país, salvo escasas excepciones, se continúa con el clásico principio de “legalidad”, que como demuestra este trabajo, existe sólo en el texto del Código Penal, pero no en la realidad cotidiana.

Paradójicamente, Argentina fue pionera en la reforma procesal de América Latina, y sus juristas intervinieron en la mayoría de esos procesos de transformación, pero sin embargo actualmente en materia de criterios de selección está a la zaga de toda la región.

En efecto, evidentemente la única salida posible en la regulación normativa de nuestro país para con-

tar con una herramienta político criminal, tan importante como es el principio de oportunidad, es optar por una reforma legislativa que lo incorpore al Código Penal.

En tal sentido, teniendo en cuenta el rol institucional que posee el Ministerio Público en el desarrollo del proceso y en el diseño de la política criminal y de persecución penal del Estado, resulta atinado pensar que tal iniciativa debe partir de este órgano, o por lo menos éste es el que debería insistir en la aprobación del instituto.

En este contexto pareciera que no hay muchas alternativas, y en consecuencia se presenta una disyuntiva interesante. O se continúa con la hipocresía de mantener discursos de legalidad e igualdad ante la ley, mientras que silenciosamente los operadores del sistema se ven obligados a inventar distintos artilugios para archivar los casos que no pueden abordar —y así mantienen una selectividad encubierta, sin criterios de política criminal y ajena a todo control—,

O se continúa con la hipocresía de mantener discursos de legalidad e igualdad ante la ley, mientras que silenciosamente los operadores del sistema se ven obligados a inventar distintos artilugios para archivar los casos que no pueden abordar -y así mantienen una selectividad encubierta, sin criterios de política criminal y ajena a todo control-, o se provoca un sinceramiento institucional y político y se empieza por reconocer las limitaciones del Estado, tal como lo están haciendo la mayoría de los países que quieren un sistema más eficiente, y se establecen reglas de juego claras.

o se provoca un sinceramiento institucional y político y se empieza por reconocer las limitaciones del Estado, tal como lo están haciendo la mayoría de los países que quieren un sistema más eficiente, y se establecen reglas de juego claras.

¿Realmente puede pensarse que con la desorganización judicial que posee el sistema, la introducción de criterios de oportunidad puede quebrar el principio de igualdad?

Como se analizó en este trabajo, las desigualdades pasan por otras falencias de la Justicia y no porque se pretenda establecer prioridades en la investigación penal. Dado que ello sólo consiste en establecer claramente la primacía de lo sustancial por sobre lo formal, y lo sustancial no es más ni menos que el conflicto humano que subyace al proceso.

Pero este cuadro de situación está enmarcado en un contexto institucional donde los conflictos generados por la violencia urbana han desatado una corriente política muy fuerte, que pretende dar solución al tema de la mano de las campañas de “ley y orden” o como se la conoce vulgarmente “*políticas de mano dura*”. De este modo se importaron modelos de países denominados centrales, donde en muchos casos estas estrategias tampoco surtieron verdadero efecto, y fueron motivo de aspiraciones políticas que concentraron la atención de la ciudadanía bajo determinados postulados, que con el paso del tiempo se ha podido demostrar que no brindaron una respuesta definitiva a los problemas sociales profundos. Tal como lo demuestran, por ejemplo, las políticas de

este tipo implementadas en la provincia de Buenos Aires en los últimos años, pese a lo cual sigue siendo el territorio más peligroso del país.

En efecto, los problemas de seguridad conjugados con el fracaso en las políticas de prevención del delito, la corrupción en el ámbito de las fuerzas de seguridad y en diversos estamentos del Estado, la miseria generalizada, la desocupación, y el clientelismo político que profundiza la cultura del subsidio, etc, no representan un terreno propicio para el tratamiento y análisis profundo de un tema tan trascendente y conflictivo a la vez, como es el principio de oportunidad. Pero no porque sea inapropiado hacerlo en esta oportunidad o porque no resulta una prioridad, sino porque frente a los difusos intereses políticos y electoralistas, la introducción del principio de oportunidad se presenta como una estrategia estatal impopular, cuando en realidad debería ser vista como una herramienta otorgada al Ministerio Público en pos de mejorar el servicio de administración de justicia en beneficio del pueblo.

Como lo intenta demostrar en forma sintética este trabajo, el principio de oportunidad posee varias aristas, algunas difíciles de transitar, particularmente porque hay que modificar estructuras de pensamiento de larga data, no sólo de los operadores judiciales, sino también de los legisladores, funcionarios del Poder Ejecutivo y de la sociedad en su conjunto.

El adecuado conocimiento sobre la temática permite observar que el principio de oportunidad no es sólo una herramienta útil para descongestionar el sistema de administración de justicia, sino para aumentar el nivel de esclarecimiento de aquellos casos complejos que afectan más sensiblemente a la sociedad, en especial de la denominada delincuencia de “cuello blanco” y delincuencia organizada, que produce un perjuicio social de tal magnitud que afecta a una importante porción de la sociedad.

En este sentido, puede afirmarse que existe un problema en la presentación de la temática, porque su tratamiento generalmente no abarca los mecanismos de contralor que generaría el sistema, para asegurar que esta herramienta sea utilizada de modo adecuado, coherente y en beneficio de la investigación más eficiente de hechos delictivos que poseen suma trascendencia social. Si de algún modo no se aseguran estos extremos, es evidente que frente a un contexto endurecido por la crisis de seguridad exis-

tente, la respuesta coyuntural sea negativa. De ello se deduce la necesidad de transpolar el concepto de mano dura, generalmente vinculado con una disminución de las garantías constitucionales, y generar a través del principio de oportunidad, una política de tolerancia cero respecto de la delincuencia organizada y la corrupción institucional. De modo tal que el colapso judicial, deje de ser el problema o en algunos casos la excusa que calza como anillo al dedo para evitar poner énfasis en lo realmente importante y dañoso para la sociedad en su conjunto.

Este es el valor agregado que pretende incorporar este trabajo, para que desde el punto de vista político y académico, el principio de oportunidad comience a ser considerado como una alternativa adecuada y necesaria para que el Estado pueda cumplir con la obligación de *afianzar la justicia*.

Para ello se observa como necesario partir del “*sinceramiento del sistema*”, como el camino más legítimo y constructivo para lograr el mandato que otorgaron los constituyentes de 1994 al Ministerio Público, en orden a promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad. Y así verificar si cada

uno de los subsistemas que involucra la política criminal —el penal, el procesal y el penitenciario—, responden plenamente a los objetivos fijados por la Constitución y los pactos internacionales.

Lo expuesto no implica constituir al principio de oportunidad como la “panacea” para curar los males de nuestro sistema penal, porque sino se caería en la ya tan criticada visión “unidimensional” del problema.²⁹

Pero existen sobradas razones para afirmar que este instituto, junto con la suspensión del proceso aplicada en sentido amplio, la mediación penal regulada adecuadamente, los acuerdos reparatorios, el juicio abreviado, la investigación preliminar a cargo del fiscal —desformalizada y ágil—, la implementación de vías que permitan mayor participación ciudadana, procesos temporalmente limitados, y con otras tantas estrategias recomponedoras del conflicto que se han desarrollado en los últimos tiempos, constituye un núcleo de herramientas capaces de echar luz, allí donde pese a los esfuerzos individuales que los operadores judiciales puedan hacer todos los días, aún existen muchas sombras.

el principio de oportunidad posee varias aristas, algunas difíciles de transitar, particularmente porque hay que modificar estructuras de pensamiento de larga data, no sólo de los operadores judiciales, sino también de los legisladores, funcionarios del Poder Ejecutivo y de la sociedad en su conjunto.

²⁹ Conforme claramente lo expusiera Alberto Binder en la Conferencia inaugural del Curso Interamericano para la Implementación de un Sistema Procesal Penal Oral y Acusatorio, destinado para operadores judiciales y organizado por el Centro de Justicia de las Américas, celebrado en La Serena, Chile, marzo de 2003.

6. Algunas referencias empíricas que revelan cierta selectividad informal

Resulta claro que ningún sistema judicial puede abordar todos los casos que le son sometidos a su conocimiento, y que no se trata tan sólo de una decisión de aumentar la dotación de las dependencias del Poder Judicial, Ministerio Público y demás operadores del sistema judicial, sino que también hace a la naturaleza misma del conflicto penal, a la inflación de normas penales que existe en el mundo entero y a la incapacidad o inconveniencia de abordar por este medio toda esa conflictividad.

Sin embargo, pareciera que los sistemas que no aceptan el principio de oportunidad niegan esta realidad y pasan por alto las referencias empíricas de sus propios sistemas, que dan cuenta de esta realidad que pretende sincerar el principio de oportunidad.

A modo referencial se puede tomar el caso del sistema federal de la República Argentina, que de acuerdo a las mediciones del último período arrojó los siguientes resultados.³⁰

Durante el año 2003, la cantidad total de causas que han ingresado al sistema penal (fuero federal del interior del país y ciudad de Buenos Aires) han sido 296.930. Dicha cifra, desagregada por su forma de ingreso, indica que las causas con autor ignorado representan el 52% (153.267 casos) y las causas con autor identificado el 48% restante (143.663).

Sobre los valores totales se observa que en el mismo período se elevaron a juicio 13.767 casos, que representan el 4,6% del total de sumarios iniciados, y el 9,6% si se toma como referencia tan solo los casos con autor.

En el mismo período se observa que en la etapa de juicio se han obtenido 2.177 condenas como producto de debates orales, prácticamente el doble como resultado de los 4.812 juicios abreviados celebrados, y se han concedido 2.833 suspensiones del proceso a prueba.

Traducido en porcentajes estos número indican que del total de casos elevados a la etapa de juicio, las condenas obtenidas ascienden al 51% (el 34% fueron obtenidas por medio de debate y el 66% por medio de acuerdo de juicio abreviado), mientras que las suspensiones del proceso a prueba representan el 21% de las elevaciones a juicio formuladas en el mismo período.

A modo referencial se observa que las 6.989 condenas a las que se arribó en el período representan el 4,9% del total de casos con autor iniciados en ese lapso y el 2,4% respecto del total de casos (con y sin autor).

Si se comparan estos datos con los valores registrados en el año 2002, se observa que en todos los supuestos han aumentado los niveles de respuesta. En efecto, el porcentaje de elevaciones a juicio sobre el total iniciado pasó del 4,3% al 4,6%; el porcentaje de condenas sobre elevaciones aumentó del 42% al 51%, y el porcentaje de condenas sobre iniciados con autor ascendió del 4,6 al 4,9% y en relación al total de casos iniciados el porcentaje de condenas aumentó del 1,8% al 2,4%.

Sin embargo, es fácil advertir que en el camino hacia la resolución definitiva de los casos, queda un importante número de investigaciones que son seleccionadas informalmente por el sistema, a excepción de los supuestos de sobreseimiento por inexistencia de delito o rebeldía de los imputados.

En el cuadro N° 1 se detallan los valores totales de cada uno de los fueros que integran el sistema penal de la ciudad de Buenos Aires y el sistema federal del interior del país. En esta oportunidad se destacaron los datos más significativos para obtener un panorama básico del funcionamiento del sistema y los resultados obtenidos.

En el cuadro N° 2 se exhiben estos mismos datos, pero en vez de representarlos en valores totales, a efectos de obtener un valor referencial que aporte una idea concreta de cada dependencia – sin perjuicio de la simplificación que implica–, se han distribuido por la cantidad de dependencias que integran cada fuero y por mes.

En el cuadro N° 3 en términos generales se toma como referencia la cantidad de casos iniciados con autor o sin autor, y también la cantidad de elevaciones a juicio y condenas, analizando en términos porcentuales la incidencia de cada ítem.

³⁰ Cabe recordar que se trata de un sistema regido por el principio de legalidad y que la información es un extracto del documento elaborado por la Procuración General de la Nación como "Análisis empírico de la actividad del Ministerio Público Fiscal - enero -diciembre 2003" y referencias al Informe Anual 2004 presentado por el mismo organismo ante el Congreso Nacional en marzo de 2005.

CUADRO N° 1: TOTALES DE LOS FUEROS PENALES DE TODO EL PAIS

			FUEROS						
			CORRECCIONAL	FEDERAL	INSTRUC- CION	MENORES	PENAL ECONOMICO	FEDERAL INTERIOR	
Año			2003	2003	2003	2003	2003	2003	
			Total	Total	Total	Total	Total	Total	
Investigación preliminar	Ingresadas	Con autor identificado (*)	40257	19916	38846	5241	1752	37651	
		NN (*)	45520	3121	99444	209	227	4746	
		Total	85777	23037	138290	5450	1979	42397	
	Formas de iniciación c/ autor ident.	Prevención	12740	14169	18648	3319	254	18884	
		Requerim. Inst.	14243	1780	5583	594	734	9256	
		Deleg. por 196	11680	2138	14884	365	734	3930	
		Inst. sumaria	1505	273	2076	945	0	5261	
	Elevaciones a juicio		1473	551	4965	988	413	5377	
	Juicios abreviados		NO	1	29	68	2	579	
	Denuncias recibidas en fiscalía		33	35	76	16	2	2882	
	Denuncias realizadas de oficio		46	11	71	22	0	160	
	Etapa de juicio	Ingresadas		1473	549	5699	1011	524	3187
		Ofrecimiento. Prueba		NO	457	4067	1066	309	2524
Instrucción Suplementaria		NO	266	1428	385	301	844		
Juicios abreviados		188	172	2466	401	154	752		
Suspensiones**		947	75	1317	NO	10	474		
Debates		385	102	1139	192	135	1233		
Condenas solicitadas		221	68	868	178	99	1063		
Condenas obtenidas		174	62	722	163	76	980		
Recursos interpuestos		3	4	26	10	0	20		
Cumplimiento (***)			93%	97%	88%	100%	95%	98%	

* Los totales en las causas ingresadas "Con Autor" en los fueros de Instrucción y Federal (datos de la CSJN) y las causas "NN" en los fueros de Instrucción y Correccional (datos del MPF) y Federal (datos de la CSJN), corresponden a la totalidad de las fiscalías de los mismos, incluyendo las fiscalías de circuito (Fueros Instrucción y Correccional). Los restantes valores están relacionados con la cantidad de informes entregados de cada fuero con esta oficina al momento del presente estudio.

** La carencia de suspensiones del proceso a prueba obedece a la aplicación del art. 4° de la ley 22.278.

***Se basa en los informes trimestrales presentados por las fiscalías de ambas instancias (primera y oral) de cada fuero.

**CUADRO N° 2: PROMEDIO DE LOS FUEROS PENALES DE TODO EL PAIS
(PROMEDIO POR FISCALIA Y POR MES)**

Datos al 29/10/2004

			FUEROS					
			CORRECCIONAL	FEDERAL	INSTRUC- CION	MENORES	PENAL ECONOMICO	FEDERAL INTERIOR
Año			2003	2003	2003	2003	2003	2003
Investigación preliminar	Ingresadas	Con autor identificado	258	141	63	62	19	49
		NN	258	22	175	2	3	6
		Total	516	163	239	65	22	56
	Formas de iniciación c/ autor ident.	Prevención	82	100	30	40	3	25
		Requerim. Inst.	91	12	11	7	8	12
		Deleg. por 196	75	15	30	4	8	5
		Inst. sumaria	10	2	4	11	0	7
	Elevaciones a juicio		9	4	10	12	5	7
	Juicios abreviados		NO	0.01	0.06	1	0.02	1
	Etapa de juicio	Ingresadas		9	8	17	28	15
Ofrecimiento. Prueba		NO	7	12	30	9	7	
Instrucción Suplementaria		NO	4	4	11	8	2	
Juicios abreviados		1	3	8	11	4	2	
Probation		6	1	4	NO	0	1	
Debates		2	2	3	5	4	3	
Condenas solicitadas		1	1	3	5	3	3	
Condenas obtenidas		1	1	2	5	2	3	
Recursos interpuestos		0.02	0.06	0.08	0.28	0.00	0.1	
Cumplimiento (*)			93%	97%	89%	100%	95%	98%

*Se basa en los informes trimestrales presentados por las fiscalías de ambas instancias (primera y oral) de cada fuero.

* El total en las causas ingresadas "Con Autor" en los fueros de Instrucción y Federal (datos de la CSJN) y las causas "NN" en los fueros de Instrucción y Correccional (datos del MPF) y Federal (datos de la CSJN), corresponden a la totalidad de las fiscalías de los mismos, incluyendo las fiscalías de circuito (Fueros Instrucción y Correccional). Los restantes valores están relacionados con la cantidad de informes entregados de cada fuero con esta oficina al momento del presente estudio

CUADRO N° 3

		FUEROS						
		CORRECCIONAL	FEDERAL	INSTRUCION	MENORES	PENAL ECONOMICO	FEDERAL INTERIOR	
Año		2003	2003	2003	2003	2003	2003	
INVESTIGACIÓN PRILIMINAR	NN sobre iniciados	53%	14%	72%	4%	11%	11%	
	Elevaciones sobre iniciados	2%	2%	4%	18%	21%	12%	
	Elevaciones sobre iniciados c/ autor	4%	3%	13%	19%	24%	14%	
	Causas delegadas con autor sobre iniciadas	15%	10%	12%	24%	37%	22%	
	Causas delegadas sobre iniciadas	68%	24%	84%	27%	46%	26%	
ETAPA DE JUICIO	Sobr total de resoluciones de juicio (1)	Debates	25%	28%	23%	29%	45%	36%
		Juicios abreviados	12%	46%	50%	71%	52%	34%
		Suspensiones	62%	26%	27%	0%	4%	30%
	Sobre total de sentencias (2)	Porcentaje de condenas (3)	63%	85%	88%	96%	80%	90%
		Porcentaje de absoluciones	37%	15%	12%	4%	20%	10%
	Condenas (3)	Condenas s/ iniciadas	0.4%	1%	2%	12%	12%	6%
		Condenas s/ iniciadas c/ autor	1%	1%	8%	12%	13%	6%
		Condenas s/ elevadas	25%	43%	65%	64%	56%	46%

*Se obtienen sumando los datos de las fiscalías de primera instancia con los datos de las fiscalías ante los tribunales orales de cada fuero / (1) Debates + Juicios abreviados + Suspensiones / (2) Debates + Juicios abreviados / (3) Condenas obtenidas + Juicios abreviados

7. El principio de oportunidad como una opción de política criminal democrática

Una definición posible de política criminal es aquella que la vincula con la tarea de configurar al derecho penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir su función de protección de la sociedad. Por ello dirige su mirada en las causas del delito, intenta comprobar la eficacia de las sanciones empleadas por el Derecho Penal, pondera los límites hasta dónde puede el legislador extender el derecho penal para coartar lo menos posible el ámbito

de libertad de los ciudadanos, discute cómo pueden configurarse correctamente los elementos de los tipos penales para corresponder a la realidad del delito y comprueba si el derecho penal material se halla configurado de tal forma que puede ser verificado y realizado en el proceso penal.³¹

En términos más amplios, Delmas Marty sostiene que se trata del conjunto de métodos por medio de los cuales el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal.

En esencia esta subclase de política, procura que la integración funcional entre derecho penal y derecho procesal, tenga una coherencia intra sistemática,

³¹ Jescheck. *Tratado de derecho penal*, Tomo II, 1981, Barcelona, pág. 29.

es decir que además de ser compatibles tengan una coherencia interna. Binder explica esto con el siguiente ejemplo, si una de las grandes decisiones de política criminal consiste en desarrollar una política de prevención o reacción ante el delito, pero respetando determinado nivel de derechos humanos y valorando de cierto modo a la persona humana, el subsistema penal y el subsistema procesal penal tienen que trasladar esas decisiones a cada caso concreto de un modo claro, cosa que no siempre ocurre.

En ocasiones existe un divorcio entre los objetivos fijados por la política criminal y la actitud que se asume ante cada caso en concreto. Por ello, resulta imprescindible analizar si cada uno de los subsistemas (penal, procesal, penitenciario, etc.) responden plenamente a los objetivos fijados en la Constitución o por ejemplo en el Pacto de San José de Costa Rica.³²

En este sentido es importante tener en cuenta que de acuerdo a lo sostenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, así como también la del Tribunal Constitucional³³ de ese país, si bien la política criminal es una cuestión de legislación ordinaria, ello no significa que esta sustraída del control de conformidad con la constitución. Al contrario, la Constitución fija el marco para la política criminal del Estado, más allá de que este marco, es muy amplio.

Como señala Silva Sánchez, el control de la política criminal del legislador ordinario se centra en el examen de su adecuación con algunos principios generales, cuya formulación es muy abstracta, de modo que resulta difícil constatar su infracción.³⁴ Al respecto Bacigalupo Zapater como ponente del Tribunal Supremo español ha señalado que "...la jurisprudencia constitucional en esta materia³⁵ excluye un control judicial del diseño de la política criminal que compete al legislador. Aunque se admita que cabe un control material sobre la pena, ya que el ámbito de la legislación penal no es un ámbito constitucionalmente exento, este control no puede ir más allá de la relevancia constitucional del fin perseguido por la norma, la idoneidad y la necesidad de la medida adoptada por el legislador...".³⁶

...
la política criminal en sí no es una ciencia (...). En esencia se trata simplemente de una política del Estado, tal como ocurre con la política educativa, la política económica, la internacional, etc. De modo tal que consiste en un sistema de decisiones, que está vinculado con un sector de la realidad que involucra específicamente cuatro conceptos: conflicto, poder, violencia y Estado.

En realidad es importante tener en cuenta que la política criminal en sí no es una ciencia, más allá que tal como hace con la criminología, o la sociología jurídica, se nutre de este tipo de conocimientos. En esencia se trata simplemente de una política del Estado, tal como ocurre con la política educativa, la política económica, la internacional, etc. De modo tal que consiste en un sistema de decisiones, que está vinculado con un sector de la realidad que involucra específicamente cuatro conceptos: conflicto, poder, violencia y Estado.³⁷

En América Latina en la última parte del siglo XX se presentó un escenario donde fue evidente que ha habido un avance hacia un derecho penal eficaz, es decir marcado por el signo de la contundencia. Si era necesario manifestar un mensaje fuerte a la opinión pública, el camino elegido generalmente se hacía a través del recorte de derechos constitucionales y mediante la creación de nuevos delitos con penas cada vez más desproporcionadas.

En este proceso de cambio se han configurado como claves para el sistema de enjuiciamiento penal no sólo la eficiencia y contundencia, sino también la funcionalidad de la administración de justicia penal y el llamado *derecho fundamental a la seguridad*, que se convirtió en un verdadero derecho supra-individual, oponible ante cualquier derecho individual de los ciudadanos.

En esta evolución, nada parece saciar los incontenibles deseos del legislador por mostrar una rápida reacción a los cambiantes escenarios de la criminalidad. Ni siquiera la aceptación tácita del contexto general de libertades parece limitar la acción legislativa, pues se razona que si el ciudadano desea seguridad debe entregar su libertad, y esto con el objetivo de perseverar en esta verdadera lucha entre el bien y el mal.

Paradójicamente todo es parte de una lucha simple por una política criminal de prevención que echa mano del valor de cambio que tienen los mensajes de severidad en el campo del proceso penal. El aumento de las facultades policiales, los delitos de peligro abstracto, y la tendencia a un derecho penal de los deberes, permiten una amplia vía de desarrollo para la policización del proceso penal.

³² Binder, Alberto. *Política Criminal...*, op. cit. pág.27.

³³ Auto del Tribunal Constitucional 319/1996, de 29 de octubre, que subraya la potestad exclusiva del legislador en materia penal.

³⁴ Silva Sánchez, José María "Observaciones sobre la relación entre derecho constitucional y derecho penal en España" en *Revista Mas Derecho*, N° 2 año 2002, Ed. Di Plácido, pág.110.

³⁵ Ver sobre todo STC 65/1986, 160/1987 y sin perjuicio de otras, la reciente de 28 de marzo de 1996.

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1996.

³⁷ Binder, op. cit, pág. 29.

En este derecho penal simbólico, cada vez hay menos espacio para referirse al proceso penal como un derecho constitucional aplicado. Por eso se ha dado en llamar esta época de la historia como el *signo de la apariencia*.³⁸ *Y en este esquema de apariencia encaja perfectamente el principio de legalidad procesal, más allá de que sea de imposible cumplimiento.*

Las leyes que se han puesto en vigencia para garantizar el combate efectivo contra la criminalidad organizada son cheques en blanco, para ampliar las intervenciones de los órganos del proceso penal en la esfera de derechos de los ciudadanos, pero en modo alguno una legislación con efectos directos en la criminalidad, por lo que sólo puede anotarse en su favor un dudoso efecto simbólico.³⁹ Es notoria la confianza ciega en las disposiciones sobre seguridad, que en realidad solo traen en sí mismas nuevas razones para generar inseguridad.⁴⁰

Máxime cuando estas tendencias van acompañadas de un aumento de penas, como si los delincuentes antes de salir a cometer un hecho leyeran el código penal para ver las posibles consecuencias de su comportamiento disvalioso. En este sentido ya se ha señalado que lo único que desea el delincuente es no ser descubierto, de modo que un efecto preventivo es la posibilidad de que ello efectivamente ocurra.⁴¹

Y en este punto, si se habla de un Estado organizado democráticamente, para revertir esta tendencia—tan sintéticamente descripta—, también hay que referirse a una política criminal que en la cúspide de sus decisiones tenga como valor esencial el respeto de los valores democráticos y los objetivos que se persigue con este ideal.

Circunstancia que se traduce en una política criminal que en primer lugar restrinja el uso del poder penal a los casos verdaderamente graves, en el sentido de aquellos que causan mayor daño social o que afecten bienes reconocidos universalmente como básicos para el desarrollo de la persona humana (principio de mínima intervención).⁴² Como señala Jakobs, las limitaciones del derecho penal son constitutivas para un Estado libre, quien las elimina y sacrifica. La existencia de un derecho penal para los enemigos no es, un signo del poder del Estado libre, sino más bien un signo de que éste ya no está más presente.

En palabras de Roxin, si bien la tensión entre la lucha preventiva contra el delito y la salvaguarda de

la libertad individual es un problema que actualmente adquiere relevancia, no lo es en cambio la contraposición entre la política criminal y el derecho penal, y en este caso el derecho procesal penal: la propia limitación del ius puniendi es también un objetivo importante de la política criminal de un Estado de Derecho.⁴³

Otros indicadores de una política criminal democrática son el *reconocimiento de límites absolutos para el ejercicio del poder penal* (tanto en el ámbito penal, procesal, como penitenciario); *la transparencia en el ejercicio del poder penal*, en el sentido de luchar por la eliminación de un sistema oculto; la máxima judicialización del ejercicio del poder penal; *el control de las instituciones* encargadas del ejercicio del poder penal; la admisión de *mecanismos de participación ciudadana* en las instituciones encargadas del ejercicio del poder penal, entre otros.⁴⁴

Entre todos estos indicadores que deberían caracterizar una política criminal democrática, existen dos denominadores comunes: el *principio de mínima intervención*, que debe operar a través de mecanismos racionalizadores del poder punitivo del Estado—que lo hagan más eficiente allí donde debe ser—, y la *transparencia* en la toma de estas decisiones.

Sobre estos dos denominadores es posible afirmar que el principio de oportunidad, y obviamente el Ministerio Público Fiscal como representante de la acción penal pública tienen mucho que ver.

En efecto, el tan mentado principio, colabora con el primero de los denominadores, en el sentido que permite racionalizar la respuesta punitiva en el caso concreto, frente a los problemas que genera la criminalidad menor, y la necesidad de establecer prioridades ante la inevitable limitación de medios que posee cualquier sistema judicial. Pero su función no se limita a ello, sino que a la hora de establecer el diseño político criminal procura establecer prioridades entre lo sustancial y lo formal.

De hecho, la ingeniería que implica establecer criterios de actuación coherentes, para que la aplicación del principio de oportunidad mantenga los rasgos de certeza, coherencia institucional e igualdad ante la ley, se debe retroalimentar con el diseño político criminal del sistema penal en el que se inserta. Evidentemente en esta misión de priorizar las investigaciones de los casos que poseen mayor trascendencia social, no deja de estar presente el principio

³⁸ Llobet Rodríguez y Chirino Sánchez. *Principio de oportunidad y persecución de la criminalidad organizada*, Ed. Arecé, San José de Costa Rica, 2000, pág. 11.

³⁹ Véase sino lo que esta ocurriendo con el terrorismo, que en muchos casos es la excusa ideal para no sólo avanzar sobre los derechos individuales de los ciudadanos, sino sobre las fronteras de otras naciones, aún en contra de la opinión de la comunidad jurídica internacional. Decisiones que toman como parámetro la lucha contra un tipo de delincuencia tan aberrante, que nadie se anima a contradecir, por miedo a recibir el mote de *terrorista*.

⁴⁰ Narr, Wolf *Staatsgewalt*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1990, pág. 58 citado por Alfredo Chirino Sánchez en *Principio de oportunidad y persecución de la criminalidad organizada*, op. cit. pág. 189.

⁴¹ Roxin, Claus, "La parte general del Código Penal sustantivo" en *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*, Madrid, 1989, pag. 62.

⁴² Idem, pág. 46.

⁴³ Roxin, Claus. *Derecho Penal*, Parte General, Tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 223.

⁴⁴ Binder, op. cit. pág. 46.

de mínima intervención, concebido anteriormente como una característica de una política criminal democrática.⁴⁵

Pero a su vez, el principio de oportunidad, también se halla vinculado con el otro denominador común, la transparencia en la toma de decisiones, cualidad que debiera ser común en todos los actos de un gobierno republicano, pero que paradójicamente no es tan usual como se quisiera en el ámbito de la administración de justicia.

En este sentido, y vinculado con lo expuesto anteriormente, la selección de casos que se pretende con el principio de oportunidad, de hecho ya se practica, y no es cosa nueva, sino que ya encontramos vestigios en el orden local antes de la Asamblea del año XIII. Pero en todos ellos la característica común es *el ocultamiento, la disimulación, en síntesis la hipocresía de un sistema que no quiere o no puede transparentar sus decisiones*, que evidentemente se contraponen a la idea de la oportunidad reglada que precisamente tiene entre sus objetivos la intención de transparentar los procesos de selección internos.

En este orden cabe recordar que la política criminal de un Estado, se concreta a través de la realidad social en tres tipos de normas: las propiamente penales (que definen los conflictos sociales y la solución material), las que establecen las formas procesales, y las que organizan los tribunales y demás órganos del sistema. De modo tal que resulta evidente que la política criminal no es ajena a la gestión judicial, y que precisamente, el margen de distorsión entre las políticas planificadas y las políticas efectivamente realizadas, dependen de la gestión de los jueces, y de las personas involucradas en la administración del sistema judicial.

El sinceramiento de los criterios de selección que conlleva el principio de oportunidad, obliga a transparentar el fundamento de tales decisiones. También implica para el Ministerio Público adqui-

rir responsabilidades políticas, que son una carga inevitable, si se tiene en cuenta que en un sistema de monopolio de la acción pública —como el vigente en nuestro país—, dicho órgano *está operativizando la violencia más importante que puede aplicar el Estado a los ciudadanos, la pena*.

En otras palabras, el Ministerio Público está operando el poder penal, que es poder puro y simple, que se manifiesta al ser humano de la manera más

drástica, como es el poder de encerrarlo por buena parte de su vida con base en la decisión de otro ser humano.⁴⁶ Y por ello, en toda decisión de política criminal, en sus diversos niveles operativos: tanto sea en el diseño normativo, en la transformación de la justicia, como en la aplicación de los institutos procesales, es imprescindible visualizar como criterio rector, la dignidad humana. No sólo en lo que hace al tratamiento del delincuente, sino también a los intereses de la víctima, que es la principal damnificada por el conflicto que genera el delito.

Y en este camino hacia lo que se podría denominar *humanización de la política criminal*, el principio de oportunidad también puede colaborar, al

ofrecer alternativas de reparación distintas a la respuesta punitiva.⁴⁷ En efecto, ya se indicó que soluciones conciliatorias, mediación penal, y las distintas modalidades alternativas del proceso, son difícilmente aplicables en un sistema de estricta legalidad, por ello la insistencia en la inclusión de algunas excepciones a través del principio opuesto.

El olvido de la víctima del delito deshumaniza el proceso y aunque se lograron avances en el reconocimiento de las garantías del imputado, ello no alcanza. Se requiere una transformación ideológica orientada desde la victimología que se concrete en una nueva estructura comprensiva del hombre (víctima-victimario). Objetivo que sólo podrá obtenerse mediante la implementación, por una parte de instrumentos que otorguen espacios a las víctimas, que permitan el uso —dentro y fuera del proceso— de

El sinceramiento de los criterios de selección que conlleva el principio de oportunidad, obliga a transparentar el fundamento de tales decisiones.

También implica para el Ministerio Público adquirir responsabilidades políticas, que son una carga inevitable, si se tiene en cuenta que en un sistema de monopolio de la acción pública (...) dicho órgano está operativizando la violencia más importante que puede aplicar el Estado a los ciudadanos, la pena.

⁴⁵ Un desarrollo extenso sobre los principios intra y extrasistemáticos que conforman el principio de mínima intervención, con especial acento en los derechos humanos puede consultarse en Baratta, Alessandro "Principios del derecho penal mínimo" *Doctrina Penal*, Año 10, N° 40, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1987, pág.623-650.

⁴⁶ Idem, pag.25.

⁴⁷ En la medida que el proceso penal sea resolutorio, en el sentido de resolver el conflicto intersubjetivo creado por el delito, la cárcel como privación de la libertad sin ninguna otra finalidad que la mera retribución -como es hoy día-, será cada vez más deslegitimada, porque pone en evidencia que no es una solución ni para las víctimas, ni para la sociedad, ni para el infractor, y menos aún para el Estado. No es solución para la víctima en la medida que permanezca en el desamparo y sin posibilidades de reparación posible; no es solución para el infractor porque sólo va a consolidar su actividad delictiva y su segregación social; tampoco lo es para la sociedad que contempla el continuado costo de los servicios carcelarios, que amén de prestar un servicio deficiente, sólo propician un ámbito ideal para el desarrollo de más violencia; y que además, ahonda en el divorcio entre el discurso penológico, plagado de buenas intenciones, y la práctica penológica, cada vez más marginadora y retroalimentada por el discurso de la seguridad y el orden.

métodos alternativos para la solución de conflictos; y por la otra, a través de la atribución de nuevos roles a los protagonistas del drama criminal, y la intervención de profesionales de diversas disciplinas –criminólogos, victimólogos, psicólogos, psiquiatras, médicos, trabajadores sociales, etc.– que permita superar su condición de adversarios para convertirse en complementarios. Complementarios que han de recrear, el orden destrozado por el delito de ayer, para construir el orden jurídico social del mañana.⁴⁸

Desde una visión crítica se ha señalado que el monopolio estatal del ejercicio de la acción penal ha fracasado en su fundamento pacifista (el monopolio estatal evita la venganza), porque en muchos casos el mismo Estado fue el proveedor de una violencia social quizás mayor que la que pudiera provocar la violencia particular. Y también fracasó en su intento de subrogar el interés de la víctima, porque lo único que ha logrado es que la víctima expropiada de su conflicto, no sea atendida por el Estado, y deba sacrificar sus intereses a un dudoso interés general. El doble proceso de victimización es una realidad dolorosa, consecuencia de una premisa falsa. Todo ello implica una modificación profunda del régimen de la acción penal.⁴⁹

En un desarrollo más profundo sobre estos temas Binder reafirma el nexo que existe entre la *política criminal, la reforma judicial y la consolidación democrática*. Nexos que actúan en dos niveles: el de la vigencia del respeto a la dignidad humana, y el de la lucha contra la impunidad.⁵⁰

Los conceptos aquí desarrollados permiten verificar que ese nexo, aplicado al nivel específico de la resolución del caso concreto, tiene en el principio de oportunidad una correlación inmediata, o al menos muy próxima. La introducción de esta alternativa, constituye la apertura hacia el camino de la humanización del sistema penal, dado que representa un instrumento que proporciona el *espacio procesal adecuado para la reparación a las víctimas y la resolución consensuada del proceso*, devolviendo de algún modo el conflicto a las partes.

En efecto, ante la violencia generada no sólo por el delito, sino también por el propio proceso, y luego por la aplicación de la pena, resulta más importante el diseño de un sistema que aporte una solución clara, real y creativa al problema, de tal manera que –prescindiendo del uso indiscriminado del aparato formal de administración de justicia–, se escuche y atienda a las necesidades e inquietudes de

las víctimas, objetivo que puede lograrse mediante la recepción del principio de oportunidad.

Por todo lo expuesto hasta aquí, es evidente la necesidad de replantear la discusión del Ministerio Público como responsable del diseño de la política criminal y de persecución penal del organismo, en particular después de la reforma constitucional del año 1994, y la sanción de la ley Orgánica 24.946.

En primer lugar se debe partir de la idea de que, de acuerdo a nuestra organización política, *en el primer nivel de realización, la política criminal la fija el Poder Legislativo*, como legítimo representante de la sociedad que adoptará de la Constitución los límites necesarios para sancionar una política criminal respetuosa de los valores democráticos que fija el Estado de Derecho. En tal sentido, determinará cuáles son las conductas que merecen ser castigadas como delitos y en qué medida. Asimismo, para hacer viable la aplicación de esta normativa, aprobará los procedimientos adecuados para la realización del derecho penal. De modo tal de conservar un proceso penal y penitenciario, acorde a los postulados de los dos niveles de normas antedichos, la Constitución y el Código Penal.

En un segundo nivel de realización de la política criminal, se ubica el Poder Ejecutivo, como el conductor de un proceso más amplio, que es la política en términos generales del gobierno. Vale decir que es el poder que tomará el conjunto de decisiones adecuadas para delinear los rumbos de la política criminal, en orden a las prioridades estatales que existen respecto de las restantes áreas de la política gubernamental. Precisamente por esta razón, el Poder Ejecutivo, tiene dentro de sus facultades la de remitir los proyectos de ley que estima convenientes para la conducción de la República. Tarea que usualmente realiza a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, y que justifica precisamente que dentro de esta área exista una Secretaría de Justicia, y una de Política Criminal.

Pero estos dos niveles de realización de la política criminal, en realidad son niveles que *aportan elementos en abstracto*, vale decir que *son las usinas donde se generan las grandes líneas de acción*, pero salvo en la faz preventiva –que puede articular el Poder Ejecutivo a través de las fuerzas de seguridad–, no bajan a la realidad judicial. En otras palabras, estos dos niveles practican un análisis coyuntural y proveen de los medios y herramientas necesarias para la aplicación de la ley, pero en definitiva esta última tarea y si se quiere esencial, esta en manos de la Administración de Justicia.⁵¹

⁴⁸ Beristain Ipiña, Antonio. *Criminología y victimología. Alternativas re-creadoras al delito*, Ed. Leyer, Bogotá, Colombia, 1983.

⁴⁹ Idem, pág. 145.

⁵⁰ Idem, pág. 60.

⁵¹ Se utiliza la denominación de administración de justicia y no Poder Judicial, para evitar confusiones en orden a la inclusión del Ministerio Público, por el carácter de cuarto poder o extrapoder que actualmente detenta. Y porque además es más abarcativa de todos los órganos que integran el sistema judicial.

A partir de la reforma procesal nacional del año 1992 que fortaleció el principio de *ne procedat ex officio* y otorgó la exclusividad de la acción penal del Ministerio Público Fiscal (art. 5 CPPN); la reforma constitucional del año 1994 que instituyó a este órgano como un cuarto poder o un órgano extrapoder –independiente de los demás poderes del Estado–; y la Ley Orgánica 24.946 del año 1998, que reguló específicamente sus funciones, se produce una distinción importante –todavía no enteramente delineada– entre las funciones del Ministerio Público Fiscal como órgano requirente y representante de los intereses generales de la sociedad, y el Poder Judicial, como encargado de administrar Justicia y velar por la aplicación de la ley y el respeto de las garantías constitucionales en juego (en particular *debido proceso y defensa en juicio*).⁵²

Por eso cuando se indicó que mientras el país se encontraba totalmente atrapado por el sistema inquisitivo –en sus dos versiones pura y mixta– el problema de la acción era un problema de menor importancia. Sólo cuando aparecen las nuevas funciones del Ministerio Público y la necesidad de fijar políticas de persecución penal, sobre la base de razones de política criminal, y frente a la evidente ineficiencia del sistema, el régimen de la acción adquiere nuevamente importancia. En esa inteligencia se descubre que es imposible lograr una política de persecución penal eficaz y una investigación moderna, sin una nueva teorización sobre la acción y su lugar en la distribución constitucional de poderes y en el ejercicio descentralizado de la política criminal.⁵³

Por ello, ante este nuevo reparto constitucional y orgánico de funciones, se justifica la disposición del art. 33 inc d) de la LOMP, en cuanto otorga a la máxima autoridad del organismo fiscal, la facultad de *formular la política criminal y de persecución penal del organismo, que en atención al monopolio acusatorio que detenta en el sistema de delitos de acción pública, resulta de suma trascendencia para la aplicación concreta de la ley, y lo constituye en el operador más*

relevante de la política criminal, en lo que se puede denominar su “tercer nivel”. Es decir, que en este nivel se visualiza al Ministerio Público como el encargado de hacer operativa la criminalización gestada por los dos poderes anteriores (legislativo y judicial), y en tal función resulta esencial como herramienta la facultad otorgada de dictar instrucciones generales.⁵⁴

Pero además resulta interesante que precisamente como principal operador directo del sistema penal, en la Ley Orgánica (art. 33 inc. j) se le ha reconocido la posibilidad de proponer al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo, las reformas reglamentarias y legislativas que de acuerdo a su experiencia en la función requirente, estime convenientes. De modo tal, que también en este nivel, no sólo se le otorga la facultad de opinar ante los distintos proyectos de ley o reglamentación que le

puedan girar los restantes poderes del Estado, sino que además se le reconoció iniciativa legislativa.

De modo tal que la construcción efectuada respecto a estos *tres niveles de realización de la política criminal*, demuestran que ésta no es una elaboración exclusiva del Poder Legislativo, ni siquiera del Poder Ejecutivo, sino que en ella participa activamente el Ministerio Público Fiscal, no sólo al nivel operativo de concretizar la actuación penal en el proceso penal, como exclusivo titular de la acción, sino además como formulador del diseño político criminal a través de los proyectos de ley que puede directamente elevar al Congreso de la Nación.

La relevancia especial que tiene esta tarea desde el lugar que ocupa el Ministerio Público, consiste en que al constituirse en el nivel más próximo a la aplicación concreta de la ley, su decisión y operatividad resulta decisivas en la práctica judicial. En otras palabras, es el órgano con mayores posibilidades de hacer efectiva la pretensión punitiva y en particular, de controlar la selectividad informal que opera en el

...
la construcción efectuada respecto a estos tres niveles de realización de la política criminal, demuestran que ésta no es una elaboración exclusiva del Poder Legislativo, ni siquiera del Poder Ejecutivo, sino que en ella participa activamente el Ministerio Público Fiscal, no sólo al nivel operativo de concretizar la actuación penal en el proceso penal, como exclusivo titular de la acción, sino además como formulador del diseño político criminal a través de los proyectos de ley que puede directamente elevar al Congreso de la Nación.

⁵² Se afirma que aún no se halla totalmente delineada porque existen diversos espacios en los que la doctrina y la jurisprudencia no son pacíficas en cuanto a si se trata de funciones que corresponden al juez o al fiscal, como ocurre con el procedimiento de consulta del art. 348 del CPPN, o con el diseño mismo del proceso que en parte esta a cargo del juez de instrucción, y parte puede estar a cargo del fiscal si el primero (art. 196 CPPN) y la ley (art. 353 bis y 196 bis) decide otorgarle tal función.

⁵³ Binder, Alberto. *Ideas y Materiales...*, op. cit. pág. 292.

⁵⁴ Sobre el particular puede consultarse el documento oficial elaborado por la Oficina de Investigación y Estadísticas Político Criminales de la Procuración General de la Nación, denominado *La política criminal del Ministerio Público Fiscal a través de las resoluciones del Procurador General de la Nación - síntesis de los últimos 20 años-*, Publicación oficial.

ámbito judicial, incluso antes de que llegue a la instancia judicial, es decir ya desde el contacto de la *notitia criminis* con la agencia judicial o administrativa de que se trate.

En esta inteligencia, es que el diseño de una política criminal democrática debe partir en este nivel de operatividad de las líneas de gestión que diseñe el Ministerio Público Fiscal, como titular de la acción, y responsable político de la persecución penal.⁵⁵ Diseño que sobre la base del principio democrático de mínima intervención, indefectiblemente debe tender a racionalizar la actividad persecutoria, de modo tal de obtener un nivel de eficiencia acorde al mandato entregado. Así, cabe disponer todos los esfuerzos institucionales para mantener vigente una persecución penal racional, coherente y que priorice los esfuerzos estatales de modo tal que satisfaga en la mayor medida posible los intereses generales de la sociedad.

Por ello, si se tiene en cuenta que la intensidad de una reforma procesal penal se mide por la intensidad de las modificaciones o innovaciones en cuanto al régimen de la acción, por ser estas normas las grandes reguladoras del poder penal; y por ende las que más claramente deben reflejar los postulados de una política criminal democrática; la introducción de excepciones al principio de legalidad, se presentan como una opción impostergable para hacer frente al mandato constitucional otorgado de defender los intereses generales de la sociedad.

Ello realmente ocurrirá cuando se logre una persecución eficaz de los delitos que más dañosidad social producen, más allá de que para lograr este fin sea necesario establecer de modo pautado, transparente y democrático, criterios de selección que se expresen a través el principio de oportunidad.

En este sentido, se puede afirmar que el principio de oportunidad es una opción de política criminal democrática que otorga mayor racionalidad en términos de eficiencia, transparencia y coherencia institucional. Y que por tanto, integra el conjunto de decisiones que se adoptan desde el poder estatal, en orden a las prioridades que existen respecto de las restantes áreas de la política gubernamental, para responder al mandato constitucional de afianzar la justicia en el marco de un Estado de Derecho.

Finalmente sólo resta señalar que sobre la base de un estado federal como el argentino, para obtener herramientas que permitan un diseño político criminal y en particular, de persecución penal, coherente en todo el país (no sólo al nivel de la Justicia Federal —que sería lo más sencillo—, sino especial-

mente en orden a la delincuencia común que corresponde a cada provincia y es ámbito que en gran medida merece constantes correcciones), se requiere un compromiso conjunto de todos los estados provinciales y el estado federal. En este punto, recientemente se han esbozado manifestaciones en sentido positivo, que tienden a convalidar acciones conjuntas en materia de política criminal, que hacen a la necesidad una interacción de todos los operadores del sistema en las distintas provincias del país.

Pero para no generar mayores expectativas que las que le corresponden a este instituto, cabe coincidir con Maier, en el sentido que el principio de oportunidad, las salidas alternativas al proceso, los mecanismos de simplificación y otras alternativas de este tipo, al igual que la pena como correctora ilusoria de problemas sociales, *apenas alcanzan para mitigar el dolor de la enfermedad temporalmente, pero no erradican definitivamente la enfermedad, ni el dolor*. Por ello, frente a la crucial pregunta de si aún es posible la realización del proceso penal en el marco de un estado de derecho, el profesor cordobés plantea que el verdadero camino hacia la practicabilidad del procedimiento penal conforme a la Constitución y adecuado al Estado de Derecho, reside en que se considere seriamente el principio de subsidiariedad.

Si partimos de la base que el Derecho penal debe estar unido, necesariamente a un pensamiento fiel al Estado de Derecho, entonces él no puede ser una herramienta que nos permita someter cualquier acción u omisión —es decir, un número infinito de acciones u omisiones— al control estatal, riguroso y formal, que significa la pena.

Al respecto, el principio de subsidiariedad puede ser realizado material y procesalmente. En el primer sentido a través de la reducción de los comportamientos punibles y una sistematización de las restantes normas en un código único, y en el segundo a través de la reparación y el principio de oportunidad.⁵⁶

Este camino hacia la descriminalización de conductas punibles que retome el principio de subsidiariedad del derecho penal, como corresponde a su concepción original, es una decisión de política criminal que debe ser emprendida en forma inminente. Como se indicó, no sólo con la incursión del principio de oportunidad —que ya sería un avance muy importante en términos simbólicos de sincerar el sistema y concluir con la hipocresía de la legalidad que no existe—, sino de modo abarcativo de otras estrategias procesales y sustanciales. ■

⁵⁵ Sin embargo, es posible coincidir con Bruzzone en cuanto a que esta responsabilidad, sería mejor vista si los fiscales fueran elegidos por voto popular. En esencia el autor señala que *"la política criminal debe quedar en manos del órgano que detenta el poder político, porque es el que ha sido legitimado con el voto popular para conducir la política toda del Estado..."*, en "Fiscales y política criminal..." op. cit. pág. 203.

⁵⁶ Maier, Julio "¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho", en *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?*, N° 1, Buenos Aires, 2001, pág. 283.