

XXXII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL
PONENCIA GENERAL

El principio de oportunidad en el CPP Federal

**¿Avance hacia un proceso penal más racional o apertura velada
a la discrecionalidad estatal?**

Comisión: Derecho Procesal Penal

Autor: Ignacio Pelegrina Calí

Introducción

Desde que el principio de oportunidad procesal es una realidad del ordenamiento procesal penal federal argentino, se han efectuado múltiples y muy variados análisis a su respecto. Surge de la lectura de ellos, la conveniencia de adentrarse en un aspecto cuya exploración aparece como insuficientemente abordada por la doctrina procesalista: el de la racionalidad de las decisiones que se toman fundadas en el principio en cuestión.

Con este trabajo se intentarán describir sumariamente, algunas de las maneras en que la aplicación del principio de oportunidad quita o concede márgenes de arbitrariedad y discrecionalidad a las decisiones jurisdiccionales. Así, mientras más susceptible de refutación lógica sea y control empírico de sus fundamentos admita, se entiende que es más racional la decisión jurisdiccional.

Por el contrario, mientras la discrecionalidad en su actuación del órgano estatal expanda los montos inexorables de violencia que contiene la sola restricción a las libertades individuales llevada a cabo durante la sustanciación del proceso penal, se las considerará más irracionales.

En otros términos, racionalidad a los efectos de las próximas páginas, es entendida como la tendencia democrática y republicana a una intervención mínima, controlable y justificada sobre las libertades individuales.

Independientemente del modo en que se vinculen dogmáticamente en un sistema jurídico concreto, no puede hablarse de principio de oportunidad sin mencionar al principio de legalidad. Esto más por una cuestión de claridad conceptual, ya que como se verá, son principios que se ubican en una misma instancia del proceso penal y respecto de una misma decisión, pero que se pueden concebir de modo excluyente o complementario.

En segundo lugar, se llevará a cabo una exploración sobre la fundamentación constitucional del principio de oportunidad procesal. Esto, porque por bienintencionadas que sean las normas, estas devienen en irracionales si sus beneficiarios, no pueden hacerlas valer. Se vuelven fuente de inseguridad jurídica y burocracia judicial, tierra fértil para la toma de determinaciones arbitrarias.

Conviene adelantar que se considera tan importante al instituto jurídico como a su forma de implementación. Así, las condiciones bajo las que se regule el principio en cuestión, deberán responder a las mismas motivaciones liberales por las que se creó.

Para la indagación enunciada, se tomará como punto de referencia, el Código Procesal Penal Federal argentino. No obstante, se espera lograr conclusiones que lo trasciendan y abrir cuestionamientos que vayan más allá de su deontología.

I Legalidad y Oportunidad. Breve conceptualización y reseña de sus fundamentos

Los principios políticos de legalidad y oportunidad procesal son susceptibles de algunas matizaciones conceptuales. Para evitar vaguedades han de esbozarse las nociones desde las que se realizarán las reflexiones que siguen.

Entiéndase como legalidad procesal ...” *El deber que tienen ciertos representantes estatales como el Ministerio Público Fiscal de promover y mantener la investigación de todo hecho con suficiente apariencia delictiva en la búsqueda de una resolución de carácter jurisdiccional que ponga fin a dicha investigación y, en su caso, atribuya responsabilidades*”.¹

El mentado principio de legalidad, es hijo, del de oficialidad que indica que el Estado tiene el monopolio de la persecución penal de los delitos.²

También es derivado del principio de oficialidad, el de oficiosidad, en virtud del cual, ante la existencia de signos compatibles con la comisión de un hecho punible, los agentes estatales que correspondan deberán actuar de oficio.³

Por su parte, de acuerdo a Cafferata Nores, el principio de oportunidad es la atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política

¹ Borinsky, M. H. y Catalano, M. I. “Sistema Acusatorio. Lineamientos del Código Procesal Penal

² Vivas Ussher, G., Manual de derecho procesal penal, 1ª ed., Alveroni, Córdoba, 1999, ps. 214 y ss.

³ Baumann, J., Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos, 1ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 44.

criminal y procesal, de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar.⁴

Complementariamente debe mencionarse que en el sistema de enjuiciamiento penal argentino rigen el principio de acción penal pública consagrado en el art.71.CP⁵ como regla. Respecto de la misma, se regulan dos excepciones en el mismo cuerpo normativo: las acciones dependientes de instancia privada Art. 72 y las acciones privadas Art 73.⁶

Son pertinentes los postulados de este título al objeto del trabajo en tanto, para proseguir con el análisis, debe tenerse presente que la ley 27.147 por la que se da vigencia al CPP Federal no modifica la consagración del principio de oficialidad, admitiendo a su vez, los criterios de oportunidad que se abordarán *ut infra*.

Por último, el titular de la acción penal pública, privada o dependiente de instancia privada, sigue siendo el Ministerio Público fiscal, lo que está establecido en el artículo 25 del CPP Federal que recepciona la jurisprudencia de la CSJ del fallo “Quiroga”.⁷

Resulta oportuno adelantarse al título en que se tratará el tema *in extenso* y dejar desde ya establecida la postura por la que se sostiene que el principio de oficialidad tal como se lo definió no constituye un obstáculo constitucional para la aplicación del principio de legalidad. Para sostener la compatibilidad de la vigencia de ambos principios, es necesario fundamentar la recepción constitucional del principio de oportunidad, de modo tal que su orden de prelación jurídica sea el mismo. Tal justificación se convierte por tanto en parte necesaria de las indagaciones a realizar.

⁴ Cafferata Nores, José I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 16-19.

⁵ Maier, J., *Derecho procesal penal T I: Fundamentos*, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p.825.

⁶ Fierro, G., “Del ejercicio de las acciones. Artículos 71/73. Regla de la oficialidad y sus excepciones. Acciones dependientes de instancia privada. Excepciones a su régimen. Acciones privadas”, en Baigún D., y Zaffaroni, E. (comps.), *Código Penal y sus normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial 2 B artículos 59/78 bis. Parte General*, 3ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2012, ps.375 y ss.

⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN], fallo “Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa 4302”, considerando 1º, 12º 33º y 35º, Argentina, 23/12/2004.

II Críticas al principio de legalidad. Su inherente discrecionalidad.

En la medida en que los recursos de que disponen las agencias estatales que se encargan de la persecución penal, son ampliamente inferiores que los necesarios para reaccionar eficazmente como manda el principio bajo análisis, se produce una selectividad de hecho.⁸

Esta, lleva el germen de la discrecionalidad tanto por ser determinada subjetivamente, como por ser impasible de control.

De acuerdo al pensamiento criminológico crítico, la selección recae sobre los delitos y las personas ligadas con los ámbitos más vulnerables de la sociedad.⁹¹⁰

Se entiende que el problema de la selectividad, no recae en la selectividad *per se*, sino en la violencia inherente que tiene que esta no pueda ser controlada y contestada de acuerdo a un parámetro más o menos razonable de toma de decisión.

En lo concerniente al principio de igualdad, del que se deriva el de legalidad, es interesante la postura de Bovino, quien sostiene que, si se la mira como una garantía constitucional, la igualdad opera en favor de los imputados por lo que la ampliación de facultades persecutorias a instancia del mismo implicaría la desnaturalización del principio. Los derechos y garantías constitucionales no pueden ser utilizados en contra de aquellos a quienes protegen.¹¹

Desde la perspectiva de este trabajo, el razonamiento del autorizado jurista es inexacto. Aquí el problema no es el hecho de que se haya dejado de perseguir a determinadas personas por el mismo hecho que fundó la persecución de otras. La igualdad ante la ley implica una actitud previa y constante de todo Estado de derecho¹². Por la misma, nadie debe ser

⁸ Zaffaroni, E., y otros, Derecho penal. Parte general, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2011, ps. 9 y ss.

⁹ Zaffaroni, E., La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar, 1ª ed., Ediar, 2011, ps. 506y ss.

¹⁰ Foucault, M., Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión, 2ª ed., Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2009, ps. 316 y ss.

¹¹ Bovino, A., Principios políticos del procedimiento penal, 1ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 3.

¹² Apaza, Hugo. Ineficacia del principio de igualdad ante la ley. *Revista Científica Investigación Andina*, 2019, vol. 19, no 1.

tratado distinto a otro que se encuentre en una circunstancia igual. Y este principio basal de todo Estado de derecho, trasciende a la materia penal. Cuestionable o no, lo que propone el principio de legalidad al exigir la “investigación oficial de todos los hechos típicos”, es que la persecución penal no sea discriminatoria, lo que resulta un postulado de cuya razonabilidad es muy difícil contestar.

Por lo tanto, el gran problema de la legalidad es su imposibilidad de realización material que lleva a una selectividad criminal encubierta, lo que niega de pleno la igualdad real ante la ley en el proceso penal.

III Críticas al principio de oportunidad ligadas a su irracionalidad procesal

Se critica de este principio, que el órgano de persecución no se somete a control legal. De este modo, puede decidir cuáles presuntas acciones típicas han de ser perseguida y cuáles no. El carácter de discrecional de la decisión aquí proviene de que esta, (en sentido persecutorio o no) se toma fuera de la esfera de fiscalización pública o privada.¹³

Habría aquí un desconocimiento del principio republicano de la publicidad de los actos de gobierno¹⁴

Desde la perspectiva de Ferrajoli, se afecta la seguridad jurídica en la medida en que en los procesos en que impera el principio de oportunidad termina por volver imprevisibles las consecuencias de la comisión de un hecho punible.¹⁵

En último lugar, alguna doctrina sostiene que los derechos de las víctimas se verían afectados en la medida en que estas sean incapaces de imponer sus criterios al Estado cuando quieran ver una respuesta retributiva al delito.¹⁶ por ser este el único modo de obtener un reconocimiento judicial

¹³ Armenta Deu, T., Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2012, p 203.

¹⁴ Constitución de la Nación Argentina [CN], Art.1, Argentina, 22 de agosto de 1994

¹⁵ Armenta Deu, T., Estudios sobre el proceso penal, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, ps. 203 y 206.

¹⁶ Ferrajoli, op. cit., p. 568.

de la verdad de su versión, derecho que por otra parte está consagrado en la CADH que nos obliga.¹⁷

Cualquiera fuere el principio que se adoptase respecto de la disponibilidad o indisponibilidad de la acción penal pública por parte del Ministerio Público Fiscal, en los superadores sistemas acusatorios, este sigue siendo su titular y, por lo tanto, en un modelo en que el principio de legalidad tuviera plena y exclusiva aplicación, la situación del ofendido no sería diferente.¹⁸ Si bien puede constituirse como querellante y hacerlo con mayor o menor injerencia en el proceso según cómo esté regulada la figura del sujeto procesal en el código de que se trate, no podrá evitar que el Ministerio Público Fiscal priorice su compromiso con determinadas investigaciones por sobre otras. A decir verdad, la víctima tiene el derecho a ser escuchada, pero eso no implica que su voluntad sea vinculante para orientar la política criminal.¹⁹²⁰

IV La razonabilidad del principio de oportunidad. Motivos plausibles pero impertinentes para la presente discusión

Antes se aclaró el sentido que se le daría al término “racionalidad” a los efectos del presente análisis.

Aquí se manifiestan otras acepciones jurídicas de la palabra. En cualquier caso, la racionalidad entendida como refutabilidad lógica y verificabilidad empírica de la decisión estatal²¹, idea medular de cualquier modelo garantista, no está totalmente escindida de las otras racionalidades, que contribuyen indirectamente a la elusión del componente discrecionalidad en los actos procesales estatales.

En primer orden ha de mencionarse la “racionalidad criminológica”. Desde esta perspectiva el principio de oportunidad es un instrumento idóneo

17 Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH], art 5, San José de Costa Rica, 18 de julio de 1978.

18 Ferrajoli, op. cit., p. 568.

19 Código Procesal Penal Federal [CPPF], Ley 27063, Art.2, Argentina, 8 de Febrero de 2019.

20 Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH], Art 8.1, San José de Costa Rica, 18 de julio de 1978.

21 Ferrajoli, L., Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, 10ª ed., Trotta, Madrid, 2011.

para reemplazar las penas cortas y el paso del imputado por el sistema carcelario, por otras soluciones con menos monto de violencia.²²

Desde el punto de vista sociológico, puede decirse que la oportunidad como principio procesal contribuye al sinceramiento de la selectividad que efectúa el sistema, lo que permite obtener datos más precisos al respecto, entender sus causas y avocarse al desarrollo del control jurídico y político del fenómeno.²³

Por último, de adoptarse una postura funcionalista, el principio de oportunidad aparece como una ventaja en términos de ahorro de esfuerzo y recursos. Esto porque permitiría evitar iniciar o continuar persecuciones penales en las que difícilmente se llegue a una sentencia condenatoria.²⁴

V Argumentos en favor de la racionalidad que promueven el principio de oportunidad

La doctrina que se pronuncia en el sentido del título, lo hace desde diversas perspectivas.

Para Maier la oportunidad no implica un desentendimiento estatal del caso en cuestión, sino el uso de herramientas no violentas para la neutralización de infracciones de menor gravedad. Esto permitiría una persecución a fondo y con la mayor circunspección de los hechos más graves.²⁵

A juicio de la presente obra, la problemática de la justificación del principio de oportunidad que esgrime el jurista cordobés, reside en que la búsqueda la verdad histórica como objeto del proceso penal tiene rango

²² Becker, H., *Outsiders. Hacia una sociología de la desviación*, 1ª ed., Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2010, ps. 28 y ss.

²³ Maier, J., op. cit., p. 841.

²⁴ Hassemer, W., "La persecución penal: legalidad y oportunidad", *Lecciones y Ensayos*, n. 50, Astrea, 1988, p.17

²⁵ Maier, J. *"Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos"*, páginas 793 y 794. (2016) Editorial Ad-Hoc.

constitucional.²⁶²⁷ Y el problema epistemológico de averiguación del hecho histórico que significa el proceso penal, debe ser resuelto en una sentencia, producto de la audiencia pública que la antecede.

A. Binder considera que la falta de recursos que imposibilita la efectiva persecución de todos los hechos con apariencia delictiva, puede volverse un modo de encubrir la selectividad interesada del Estado.²⁸ La razón lo asiste, toda vez que mientras la elección no sea blanqueada, tampoco se instrumentarán los resortes normativos para establecer las directrices que deben motivar el sentido de la decisión persecutoria.

Atendiendo a las críticas al principio de oportunidad, reseñadas en el capítulo III, a ellas se les responde de la siguiente manera: el principio de publicidad y transparencia no se ven salvaguardados por la aplicación del principio de legalidad ya que este encubre la selección arbitraria de hecho. Ha de agregarse que para que la oportunidad cumpla con el requisito de posibilidad de control de la decisión que la contiene, esta última debe ser tomada siempre en audiencia pública con posibilidad efectiva de participación de las partes.

En cuanto a los derechos de las víctimas, Binder sostiene que, por ser velada la selección, estos se ven más afectados en la legalidad que en la oportunidad.²⁹ Es menester agregar que el hecho de que el Ministerio Público Fiscal consagre que prioriza un hecho por sobre otro en miras a cumplimentar con una estrategia de política criminal, no racionaliza la selectividad. La estrategia de política criminal es concebida en miras a un interés estatal, con lo que, su sola enunciación no alcanzaría para satisfacer la necesidad de racionalidad desde la perspectiva del imputado. Habría que

²⁶ “La declaración de certeza procesal relativa a la pretensión punitiva del Estado se hace en virtud del principio de la investigación de la verdad real. Es ésta una consecuencia necesaria del hecho de que la pretensión punitiva del Estado sólo es realizable en cuanto un delito haya sido efectivamente cometido por un individuo imputable y responsable” Manzini, Tratado de derecho procesal penal, t. 1, *Historia, principios fundamentales, la ley procesal penal, el objeto del proceso penal* p. 259. (1951)

²⁷ Fiorenza, A. *¿De qué hablamos cuando hablamos de prueba?* Sistema argentino de Información jurídica, Argentina, 23 de abril de 2019, recuperado de www.saij.gob.ar

²⁸ Binder, A. “Sentido del Principio de Oportunidad en el Marco de la Reforma de la Justicia Penal de América Latina”.

²⁹ Binder, A., *Análisis...*, op. cit., p.217.

fundar también, que el acto selectivo, no vulnera la igualdad ante la ley y el derecho de defensa.³⁰

Binder también sostiene que el principio de oportunidad es una reacción racional del Estado a un aparente hecho punible por estar aquél informado por el principio de *última ratio* y ser concordante con la división de poderes.³¹ En la misma obra, conceptualiza el principio de *última ratio* como la garantía de que el Estado no ejercerá violencia más allá de cuando fuere estrictamente necesario³². Idea que comparte Ferrajoli.³³ Por último, asevera que el principio de oportunidad no implica la institucionalización de la arbitrariedad del Ministerio Público Fiscal, ya que, para disponer de la acción penal, el órgano de persecución debe acreditar que está dando una respuesta al conflicto delictivo menos violenta que la privación de la libertad.³⁴

Sobre ello han de apuntarse tres consideraciones: el delito es más que un conflicto, de hecho, no es sólo ni siempre un conflicto.³⁵ En segundo lugar, en caso de que lo fuere cabe preguntarse si se trata de un conflicto sólo entre la víctima y el imputado e, igualmente importante, si la misión del derecho penal es la de resolver conflictos entre individuos.

Por plausibles que sean las intenciones del legislador, resulta dudosa la legitimidad de la atribución de fines al proceso penal mediante legislación adjetiva, cuando estos fines dejen de lado la realización del derecho penal material.³⁶

Por último, resulta pertinente preguntarse sobre la potestad de determinar cuándo se entiende resuelto el conflicto. ¿Esta recae en el

³⁰ Finocchiaro, E. La investigación penal preparatoria y la etapa de control en el sistema acusatorio. *Argentina: Pensamiento penal. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/42114-investigacion-penalpreparatoria-y-etapa-control-sistema-acusatorio>*, 2004.

³¹ Binder, A., Legalidad..., op. cit., ps. 212 y ss.

³² Binder, A., Análisis..., op. cit., p. 216.

³³ Ferrajoli, L., op. cit., p. 465.

³⁴ Binder, A., Legalidad..., op. cit., ps. 212 y ss.

³⁵ Fernández R, Sergio. El delito como Identidad social. Reflexiones sobre la comunidad y su proceso de integración. 2017.

³⁶ Vera Sánchez, J. Sobre la relación del derecho penal con el derecho procesal penal. *Revista chilena de derecho*, 2017, vol. 44, no 3, p. 831-855.

Ministerio Público, en un organismo Jurisdiccional de Control o en las partes?³⁷

Esto no es sólo una cuestión de organización de la administración de justicia, ya que es posible que aquí se juegue la vocación más o menos inquisitiva con la que se haya decidido implementar el principio de oportunidad procesal.³⁸

VI La recepción dogmática constitucional del principio de Oportunidad

Se considera que el principio de oportunidad procesal, tal y como ha sido incorporado al Código Procesal Penal Federal³⁹ es respetuoso de la constitución y de los tratados que ella incorpora.

Asimismo, se entiende que la regulación que se hace de la legalidad y la oportunidad es la propia de un sistema mixto donde el primero de los principios constituye la regla mientras que el segundo, la excepción.

Desde la posición de Spota, la constitucionalidad del principio de oportunidad procesal, se basa en que constituye una delegación de facultades del poder Legislativo al Judicial, por la cual se le permite a este último desincriminar ciertas conductas en pos del bienestar general.⁴⁰

Por otro lado, el principio de oportunidad contribuye al cumplimiento del principio de *ultima ratio* o necesidad, lo que abreva en su respaldo constitucional.^{41,42}

Un párrafo aparte merece la solución propuesta por Luigi Ferrajoli y el motivo por el que se la entiende equivocada. En resumidas cuentas, el maestro italiano sostiene la aplicación del principio de legalidad, aunque

³⁷ Gascón Inchausti F. Características de los grandes sistemas de investigación penal del derecho comparado. 2011.

³⁸ *Idem*

³⁹ Código Procesal Penal Federal [CPPF], Ley 27063, Art.31, Argentina, 8 de febrero de 2019.

⁴⁰ Spota, Alberto, “Análisis de la viabilidad constitucional del principio de oportunidad en el ámbito penal”. Ed. La Ley, Buenos Aires, 1988-E-988.

⁴¹ Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano [DDHC], Art.8 París, Francia, 9 de julio de 1789.

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH], Opinión consultiva 8/87, considerando 22, san José de Costa Rica, 1987.

reconoce sus defectos. Afirma que para corregir el colapso del sistema procesal que la legalidad adjetiva implica, debe apelarse a una disminución radical del quantum de acciones típicas. De este modo, promueve que el legislador reduzca la cantidad de delitos de acción pública a su mínima expresión posible. Propone que el resto de las acciones típicas pasen a la órbita de la acción privada, entrando en esta categoría entre otros, los delitos contra la propiedad.⁴³

Se discrepa con la propuesta reseñada por diversas razones. En primer lugar, y sin perjuicio de reconocer la enorme inflación legislativa en materia penal, la cantidad de delitos que se han tipificado en un ordenamiento jurídico determinado no debe obedecer a cuestiones de política criminal o a motivos procesales. Los tipos penales son el resultado de procesos sociales complejos, mediante los cuales se cristalizan los valores más encumbrados y las conductas que una sociedad entiende que ponen en riesgo tales⁴⁴ valores. El catálogo de delitos no es materia de la que pueda disponerse al margen de tal proceso.

Va de suyo que en las democracias republicanas la construcción axiológica que hace la población y de la que surge que determinada conducta sea un injusto, se concretiza en el Poder Legislativo.⁴⁵

En otros términos, lo delictivo no puede construirse en función de los recursos con los que se cuenta para perseguirlo. El delito es un fenómeno que va mucho más allá de su persecución.

Por otro lado, desde aquí se entiende que los problemas ligados al principio de oportunidad y al de legalidad, son problemas relativos al derecho procesal penal en tanto afectan el ejercicio de la acción penal, y que la decisión por uno u otro o la aplicación conjunta de ambos, responde a necesidades de política criminal como motivo principalísimo.

En esa medida es que las necesidades que impone la coyuntura delictiva (por formación de bandas nuevas, delitos que aparecen como más redituables por temporadas, lugares en los que se presenten condiciones

⁴³ Ferrajoli, L., op. cit., p. 573.

⁴⁴ Martínez JL et al. *Temas de sociología criminal*. Sociedad, delito, víctima y control social. Editorial UNED, 2011

⁴⁵ De Vicente Martínez Rosario. *El principio de legalidad penal*. Triant lo Blanch, 2004.

favorables para la comisión de uno o varios delitos, etc.); son altamente volátiles y requieren de organismos aptos para tomar decisiones de forma expeditiva, además de una interacción permanente con las fuerzas de seguridad⁴⁶.

Todo ello hace del poder legislativo una institución imposibilitada para cumplimentar las necesidades dinámicas relativas a una eficaz estrategia para efficientizar la persecución penal de los delitos. A la lentitud intrínseca de su función legiferante, se agrega la magnitud del territorio que abarcan, dentro del cual siempre hay circunscripciones con realidades variopintas, que necesitan simultánea y diversa atención respecto del fenómeno delictivo.

VII Conclusión y propuesta

Surgen como conclusión de la indagación realizada los siguientes postulados:

1) Respecto a la racionalidad del principio de oportunidad procesal

La oportunidad procesal fundada en el principio de *ultima ratio* resulta un valioso aporte para desarrollar instrumentos de reacción estatal ante hechos que aparecen como delitos, en la medida en que promueve minimizar la violencia. Dado que la habilitación de poder punitivo sobre el individuo es un hecho irracional por su naturaleza violenta, toda alternativa que tienda a la composición o a la pacificación resulta superadora. Además, el Código Procesal Penal en su Art 22⁴⁷ promueve la pacificación social.

Expresada la posición en general, huelga hacer consideraciones específicas sobre los aspectos respecto de los cuales resultaría deseable una profundización analítica para evitar cualquier forma de discrecionalidad que desvirtúe las intenciones garantistas que motivan la consagración del principio de oportunidad:

⁴⁶ Conclusiones del XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, III. Derecho procesal penal.1.4, Argentina, 2023.

⁴⁷ Código Procesal Penal Federal [CPPF], Ley 27063, Art.22, Argentina, 8 de febrero de 2019.

1.a_ Debe custodiarse la separación de funciones del sistema adversarial. El principio de oportunidad no puede ser utilizado para que el Ministerio Público Fiscal usurpe funciones judiciales. Esto resultaría una regresión inquisitiva inadmisibles. En Estados Unidos, al ser electivo el cargo de Fiscal y el poder de elegir los casos, absoluto, sucede este extremo de arbitrariedad. En rigor de verdad, se han dictado una serie de normas éticas no vinculantes para los fiscales, pero no operan como un control efectivo de sus decisiones.⁴⁸

Esto demuestra que la aplicación del principio de oportunidad no hace más acusatorio el sistema, no garantiza la imparcialidad per se.

1.b_ Es deseable profundizar en la cuestión del principio de inocencia y el modo en que este es afectado por la aplicación de criterios de oportunidad.

También suscita interrogantes la cuestión del principio de inocencia en la medida en que el CPPF en su Art. 31, faculta al Fiscal a prescindir parcialmente de la acción.⁴⁹ En este sentido, el principio de oportunidad como una de las formas de disponibilidad de la acción penal (siendo las otras: conversión de la acción, conciliación, suspensión del proceso a prueba) que regula el código, en caso de servir como fundamento para que al imputado se le imponga alguna conducta, por mínimamente lesiva que le resulte, implicará la aplicación de una pena sin previa sentencia judicial que la habilite.⁵⁰

1.c_ El rango constitucional de la verdad como garantía del imputado y derecho de la víctima

Por último, el derecho al acceso a la verdad de la víctima⁵¹ la verdad como objetivo del proceso penal constituyen preceptos constitucionales.

⁴⁸Podgor, E., "the ethics and professionalism of prosecutors in discretionary decisions", Fordham Law Review, volume 68, año 2000, p. 1511, disponible en: <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3634&context=lr>.

⁴⁹ ibíd

⁵⁰ Armenta Deu, Teresa "Justicia Restaurativa y Principio de Oportunidad ¿Mediación en el Proceso Penal?." *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* 45 (2017).

⁵¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH], Art 13, San José de Costa Rica, 18 de julio de 1978.

2) Respecto a la implementación del principio de oportunidad procesal

Es clave orquestar una implementación consecuente vocación garantista del principio para que la institución funcione.

De este análisis pueden señalarse algunos criterios: la necesidad de crear una política criminal con suficiente publicidad y que promueva la seguridad individual y el ejercicio de control por las partes⁵², la aplicación plena del principio de necesidad o *última ratio* por sobre cualquier estrategia de combate contra el delito, la importancia de que la decisión de aplicar el principio tenga siempre en cuenta la posibilidad de reparación del daño sufrido por la víctima cuando esto sea posible.

3) Respecto a la pena y sus fines

La pena por mandato constitucional y convencional debe tener una finalidad resocializadora.⁵³ Hay situaciones como la prevista en el delito de bagatela y sobre todo, la del inc. d del Art 31 del CPP Federal en que se admite el desistimiento de la acción penal, y por lo tanto, del conocimiento legal del hecho histórico porque “la pena que pudiera corresponderle al imputado carecería de relevancia en relación a la ya impuesta”. En esta situación, a la hora de determinar la ejecución penal, la verdad sobre el hecho cuya persecución se omite, resulta un elemento clave para individualizar la pena y los requerimientos que se impondrán al individuo durante la ejecución para tenerlo por resocializado.⁵⁴

Se entiende por todo ello que la errónea aplicación de este inciso puede dar lugar a pena ilícita.

⁵² Conclusiones del XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, III. Derecho procesal penal.1.5 y 1.3, Argentina, 2023.

⁵³ Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH], Art.5, San José de Costa Rica, 18 de julio de 1978.

⁵⁴ Vacani, P. La representación jurídica del castigo en la fase ejecutiva de la condena. En *X Jornadas de Sociología*. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 2013.

Bibliografía

Apaza, Hugo. Ineficacia del principio de igualdad ante la ley. *Revista Científica Investigación Andina*, 2019, vol. 19, no 1.

Armenta Deu, T., Estudios sobre el proceso penal, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008

Armenta Deu, Teresa “Justicia Restaurativa y Principio de Oportunidad ¿Mediación en el Proceso Penal?” *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* 45 (2017).

Armenta Deu, T., Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2012.

Baumann, J., Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos, 1ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1986

Becker, H., Outsiders. Hacia una sociología de la desviación, 1ª ed., Siglo XXI Editores, Buenos Aires.

Binder, A. “Sentido del Principio de Oportunidad en el Marco de la Reforma de la Justicia Penal de América Latina”.

Borinsky, M. H. y Catalano, M. I. “Sistema Acusatorio. Lineamientos del Código Procesal Penal, 2021

Bovino, A., Principios políticos del procedimiento penal, 1ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.

Cafferata Nores, José I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

Código Procesal Penal Federal [CPPF], Ley 27063, Argentina, 8 de febrero de 2019.

Conclusiones del XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, III. Derecho procesal penal, Argentina, 2023

Constitución de la Nación Argentina [CN] Argentina, 22 de agosto de 1994

Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH], Art 8.1, San José de Costa Rica, 18 de julio de 1978.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, [CSJN] fallo “Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa 4302”, considerando 1°, 12° 33° y 35°, Argentina, 23/12/2004.

Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano [DDHC], París, Francia, 9 de julio de 1789.

De Vicente Martínez Rosario. *El principio de legalidad penal*. Triant lo Blanch, 2004.

Fierro, G., “Del ejercicio de las acciones. Artículos 71/73. Regla de la oficialidad y sus excepciones. Acciones dependientes de instancia privada. Excepciones a su régimen. Acciones privadas”, en Baigún D., y Zaffaroni, E. (comps.), Código Penal y sus normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial 2 B artículos 59/78 bis. Parte General, 3ª ed., Hammurabi, Buenos Aires

Fernandez R, Sergio. El delito como Identidad social. Reflexiones sobre la comunidad y su proceso de integración. 2017.

Ferrajoli, L., Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, 10ª ed., Trotta, Madrid, 2011.

Finocchiaro, E. La investigación penal preparatoria y la etapa de control en el sistema acusatorio. *Argentina: Pensamiento penal*. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar>.

Fiorenza, A. *¿De qué hablamos cuando hablamos de prueba?*. Sistema argentino de Información jurídica, Argentina, 23 de abril de 2019, recuperado de www.saij.gob.ar

Foucault, M., Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión, 2ª ed., Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2009.

Gascón Inchausti F. Características de los grandes sistemas de investigación penal del derecho comparado. 2011.

Hassemer, W., “La persecución penal: legalidad y oportunidad”, Lecciones y Ensayos, n. 50, Astrea, 1988.

Maier, J., Derecho procesal penal T I: Fundamentos, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.

Manzini, Tratado de derecho procesal penal, t. 1, *Historia, principios fundamentales, la ley procesal penal, el objeto del proceso penal*, 1951.

Martínez JL et al. *Temas de sociología criminal*. Sociedad, delito, víctima y control social. Editorial UNED, 2011.

Podgor, E., “he ethics and professionalism of prosecutors in discretionary decisions”, Fordahm Law Review, volume 68, año 2000, recuperado de: <http://ir.lawnet.fordham.edu>.

Vacani, P. La representación jurídica del castigo en la fase ejecutiva de la condena. En *X Jornadas de Sociología*. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 2013.

Vera Sánchez, J. Sobre la relación del derecho penal con el derecho procesal penal. *Revista chilena de derecho*, 2017, vol. 44, no 3.

Vivas Ussher, G., Manual de derecho procesal penal, 1ª ed., Alveroni, Córdoba, 1999.

Zaffaroni, E., y otros, Derecho penal. Parte general, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2011.

Zaffaroni, E., La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar, 1ª ed., Ediar, 2011, ps. 506y ss.

Spota, Alberto, “Análisis de la viabilidad constitucional del principio de oportunidad en el ámbito penal”. Ed. La Ley, Buenos Aires, 1988-E-988.