

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN NUESTRO SISTEMA PROCESAL PENAL

Roger E. Yon Ruesta

Los desarrollos de la política general de los distintos gobiernos han sido semejantes. Los problemas de la inseguridad ciudadana, de la inoperancia de los órganos de control y del recurso permanente a un derecho penal simbólico, no han sido superados.

(Prado Saldarriaga, Víctor, Derecho Penal y Política. Ed. Edili, pág. 84, 1990).

I. INTRODUCCION

Aun cuando algunas fórmulas de aplicación del principio de oportunidad se encuentran recogidas en el vigente artículo segundo del nuevo Código Procesal Penal, la parte inculpada en los procesos y el Ministerio Público han hecho, hasta el momento, poco uso de este importante dispositivo. Por ello, urge llamar la atención sobre la enorme utilidad que puede brindar su aplicación práctica cuando resulte innecesario el ejercicio de la acción penal o su prosecución, según lo proponga el caso en concreto.

El Decreto Legislativo Nº 052 —Ley Orgánica del Ministerio Público— recoge por mandato constitucional (art. 250) el principio acusatorio, según el cual la persecución penal a cargo del Estado opera a nivel resolutivo mediante la actividad jurisdiccional, mientras que la función acusatoria recae en el Ministerio Público. La Fiscalía, como titular de la acción penal, ha tenido y tiene el “deber” de intervenir y perseguir los hechos punibles. Esto, en virtud del principio de legalidad procesal.

Dentro de este marco referencial, y no obstante sus modificaciones, el

sistema procesal penal no contemplaba las variables contenidas en el precitado artículo segundo referentes al principio de oportunidad, variables que constituyen verdaderas excepciones al principio de legalidad procesal.

Sin embargo, la gran cantidad de casos de absoluta o relativa irrelevancia para el interés público, que desbordan la atención eficiente de los órganos de control penal, viene distorsionando la condición de “última ratio” del Derecho Penal. Por ello, el legislador ha incorporado en la legislación adjetiva el principio de oportunidad a través de la recepción de algunas fórmulas de aplicación conocidas en la legislación comparada. Esta decisión político-legislativa, constituye en nuestra coyuntura una válvula de escape frente a la ingente cantidad de procesos que esperan ser resueltos.

II. DEFINICION

El *principio de oportunidad* se incorpora a los principios relativos a la iniciación del proceso, expresándose como contrapuesto al principio de legalidad. Conforme a este último, la Fiscalía debe practicar las investigaciones en caso de que existan sospechas de haberse perpetrado un delito, estando además obligada a formular la denuncia si permanecen los indicios de responsabilidad penal.

Según lo expresan las estadísticas, el Derecho Penal presenta un criterio de selección “encubriendo, algunas veces, verdadera corrupción y, otras, un trato desigual del sistema a quienes lo sufren, contrario al Estado de Derecho” (Maier, Julio, Derecho Procesal Penal Argentino vol. 1b, pág. 555 Ed. Hammurabi, 1989), a lo cual debe aunarse la tristemente famosa “cifra negra”, la que concentra el criterio de selección de “delincuentes” en los más pobres. Entonces, los criterios de oportunidad provenientes de teorías utilitarias proponen un Derecho Penal más justo, ya sea porque el interés se centra en la necesidad de recordar los valores, expresados en bienes jurídicos, para una mejor integración social, o ya sea porque se intenta derivar comportamientos punibles, el tratamiento del conflicto y sus soluciones, a fórmulas extrapenales.

Conforme lo señala el tratadista argentino Julio Maier, el principio de oportunidad:

“... significa la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente...”

De acuerdo a esta definición, el principio de oportunidad extiende sus alcances a los casos donde resulta “innecesaria” la iniciación de la acción penal e inclusive a aquellos en los que la acción penal ya hubiese sido ejercida.

III. FUNDAMENTACION

1. Ineficiencia del sistema

El sistema formal, sobre todo en las sociedades subdesarrolladas como la nuestra, deviene en incapaz, por los mínimos recursos de los que dispone, para procesar todos los casos penales bajo su competencia. Esto conlleva, por ejemplo, a la duración extraordinaria de los procesos penales, provocando una distorsión cronológica de los plazos procesales, y haciendo inclusive que la afectación a los bienes jurídicos parezca disminuir ante la “antigüedad” de los procedimientos.

Dicha incapacidad, sumada a la ausencia de criterios de selección jurídicamente determinados de las causas que merecen la actuación de los órganos jurisdiccionales, hace que la actuación del sistema penal opere únicamente con criterios de selección extrajurídicos, esto es, según factores de poder y desigualdades reales, ponderación que no siempre se adecúa a valores jurídicos sociales.

2. Sobrecriminalización

El sistema penal opera a través de procesos de criminalización primaria y secundaria. La criminalización primaria se verifica mediante decisiones político-criminales orientadas a la agravación de tipos penales ya existentes como a la creación de nuevas figuras delictivas. La criminalización secundaria, entre otros factores, contempla la actividad de los órganos de control penal dirigida a la aplicación de las normas penales sustantivas y adjetivas.

En nuestro país, la sobrecriminalización primaria responde a una reiterada práctica del legislador orientada a la aplicación del poder penal, ahí donde otras formas de control social pueden alcanzar mejores resultados y mayor efectividad en la solución de los conflictos. La actitud del Estado de hacer del Derecho Penal la “primera ratio” del control social, conlleva a la exageración en la creación de tipos penales y a la agravación de las penas de los comportamientos ya criminalizados, lo cual agudiza la problemática de la cantidad de causas por resolver.

La situación se agrava si se tiene en consideración que el legislador se preocupa en reprimir las conductas que la misma coyuntura socio-económica ha generado. Así por ejemplo, el inciso primero del artículo 272 del Código Penal reprime con pena privativa de la libertad no mayor de un año, “... a los que se dediquen a una actividad comercial sujeta a autorización sin haber cumplido los requisitos que exijan las leyes o reglamentos...”. De este modo se estaría comprendiendo al grueso sector de comerciantes informales. Esto “implica no sólo una muestra más de la tendencia a criminalizar a los sectores sociales de menos recursos económicos, sino también un grave desconocimiento de la realidad peruana (...), con lo cual, resulta que el Estado peruano no solamente no es capaz de brindar trabajo a sus ciudadanos, sino que además, cuando éstos buscan sus propias alternativas de sobrevivencia, los persigue como si fueran delincuentes” (Ugaz, José Carlos. En: *Análisis Tributario*. Vol. IV Nº 43, agosto 1991, pág. 9).

Este “desborde” en los procesos de criminalización primaria determina que la actividad de criminalización secundaria coadyuve a la ineficiencia del sistema penal. Dicha afirmación no resulta exagerada frente a la realidad carcelaria, por ejemplo.

3. *El principio de legalidad procesal*

El principio de legalidad procesal prescribe la obligación del Ministerio Público —como titular de la acción penal— de perseguir el delito. La irrestricta afirmación de este principio provoca que la actuación de los órganos de control penal no se ajuste a los objetivos para los cuales fueron creados.

Cuando el Estado adopta la decisión de formalizar la persecución penal, fundamenta principios como el de “promoción necesaria” al asignarle al

Ministerio Público la obligación de promover la persecución penal ante la noticia de un evento punible. Esta obligación se extiende a la intervención de dicho organismo en el desarrollo del procedimiento judicial. Precisamente el principio de “irretractabilidad” compromete a que, una vez promovida la acción penal, ésta no se pueda suspender, interrumpir o cesar sino en virtud de lo dispuesto por la ley adjetiva.

En nuestro sistema jurídico, el principio de legalidad procesal está establecido como regla general en el artículo 1º del Decreto Legislativo 52, en concordancia con el artículo 250 del texto constitucional.

La aplicación irrestricta del principio de legalidad resulta costosísima, y además no tiene vigencia práctica.

4. *Legitimación del principio de oportunidad*

El principio de legalidad procesal encuentra su excepción en un comportamiento contrario al deber de persecución, denominado *principio de oportunidad*.

En efecto, la incapacidad del sistema y sus consecuencias, la sobrecriminalización a nivel primario y secundario, y la obligación del Ministerio Público de iniciar o continuar la persecución penal, han convertido al proceso penal en un funesto paradigma kafkiano, en el que, paradójicamente, el propio sistema obliga a sus operadores a la persecución delictiva sin tener en cuenta sus propias limitaciones.

Frente a ello el principio de oportunidad opera como correctivo de las disfunciones generadas por la irrestricta aplicación del principio de legalidad. El principio de oportunidad, entonces, contraviene al principio de promoción necesaria y al de irretractabilidad. Se fundamenta en:

- A) *Utilidad de la pena.* El principio de oportunidad revitaliza los objetivos de la pena; esto resulta así de ubicarnos en la prevención general positiva para reafirmar la protección a los bienes jurídicos que, a su vez, sin el sustento de la integración social. Es decir, la aplicación de la pena —luego de ejercitar los criterios de oportunidad—, tiene sentido toda vez que ésta se aplica a acciones realmente disvaliosas.

- B) *Utilidad político-criminal.* Importa la descriminalización al evitar la aplicación del poder penal dando paso a otras formas de control social, lo cual trae como consecuencia el descongestionamiento del saturado sistema penal. A su vez, este descongestionamiento beneficia de manera directa a la economía procesal.
- C) *Ratificación del principio de igualdad.* Al operar como fórmula alternativa ante los criterios de selección extrajurídicos con la incorporación de criterios predeterminados normativamente de modo racional y coherente. No cabe duda que ello contribuye a la transparencia del sistema al orientar la selección a fines político-utilitarios plausibles en un Estado social y democrático de derecho.

Las excepciones al principio de legalidad, fundamentadas en criterios de oportunidad, operan como condiciones de cancelación de punibilidad, en razón de que las causas de la cancelación de punibilidad (político-criminal y económica) sobrevienen al hecho punible.

IV. EL ART. 2° EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL

Nuestra legislación adjetiva contempla tres fórmulas de aplicación del principio de oportunidad. Para que cualesquiera de estas tres fórmulas sean accionadas, resulta imprescindible que:

1. El caso en concreto se ajuste a cualquiera de los presupuestos del art. 2° del Código Procesal, ameritando un juicio de valor del Ministerio Público (exigencia de razonabilidad), que lo lleve a no ejercitar la acción penal. En caso que ésta ya se haya ejercitado, el Ministerio Público debe ser quien solicite el sobreseimiento. Esto último nos lleva a pensar que, en caso de recurrirse directamente al juez, o que el fiscal desestime el caso por considerar que éste no se adecúa al principio de oportunidad, el juez de motu proprio no puede sobreseer la causa por este criterio. Por el contrario, si el fiscal y el juez coinciden en aplicar el principio de oportunidad, con la resolución final el caso asumirá el carácter de *cosa juzgada*.

Amerita nuestra crítica la facultad otorgada al Ministerio Público para “archivar” la imputación —con ocasión del principio de oportunidad—, cuando aún no se ha ejercido la acción penal. Consideramos que tal facultad usurpa funciones y prerrogativas señaladas para el juez. A la vez, crea con-

fusión en la aplicación del principio acusatorio. Lo adecuado hubiera sido disponer que la opinión fiscal, para archivar la imputación de un delito, se consultara con el juez. Tal como está redactado el dispositivo, el fiscal no sólo acusa, sino que, además, tiene la facultad de juzgar.

Coincidimos parcialmente con Cafferata cuando afirma:

“Me parece más conveniente (atendiendo a nuestra particular idiosincracia), plantear las excepciones al principio de legalidad en el área del posterior ejercicio de la acción penal, pues las resoluciones al respecto, se adoptarán en un proceso ya iniciado, lo que facilitará su conocimiento público y dará bases ciertas a la responsabilidad de los funcionarios que la suscriban”.

(Cafferata Nores, José, *Temas de Derecho Procesal Penal*, Editorial de Depalma, pág. 34, 1988).

2. Es necesario el consentimiento expreso del imputado, ya que, siendo éste el sujeto procesal que ostenta la mayor expectativa en la resolución de la causa, puede ser que, convencido de obtener una resolución absolutoria, le sea de mayor conveniencia la prosecución de la causa. (Derecho de defensa).

Creemos que los supuestos que recogen el principio de oportunidad no podrían ser aplicados a delitos pluriofensivos, como los de narcotráfico o terrorismo, por el mayor interés público que despierta su comisión. Para estos casos, los criterios de oportunidad cederían paso al Derecho Premial con supuestos específicos (llámese arrepentimiento, información fidedigna de actos punibles, etc). Como es sabido, el Derecho Premial tiene por objeto la motivación normativa, la misma que se materializa en opciones de atenuación o redención de la pena, para quienes colaboran con el control y la efectividad de sus órganos operativos. En este sentido el artículo 85a de la Ley 24651, y posteriormente, la Ley 25103, tendrían objetivos político-criminales diferentes a los contemplados en el principio de oportunidad.

Como ya se expresara, cada uno de los incisos del artículo segundo del Código Procesal Penal operan de manera individual. Veamos cuándo se presentan:

A) *Por la propia afectación en la comisión del delito.* El inciso primero exige que la perpetración del ilícito haya afectado al agente. Esta afec-

tación no es válida si se da a través de otro, debe ser directa y, además, grave. Por ejemplo, la acción imputada al agente por delito de lesiones, cuando a su vez ha sido lesionado gravemente por quien actuó en legítima defensa. Este, como otros hechos, haría que el imponerle una pena devenga en acto semejante a la doble sanción por el mismo hecho.

Para este supuesto, el cuántum de la pena puede ser, inclusive, mayor al previsto en el inciso 2°.

- B) *Delitos de bagatela o de insignificante afectación del interés público.* El inciso 2° puede ser aplicado a algunos delitos contra la vida (aborto), patrimoniales, económicos, de peligro común (conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad o drogadicción), contra la paz pública (apología de un delito), entre otros, en los que el mismo revierte una absoluta o relativa relevancia del interés público.

Este supuesto resulta inaplicable cuando la pena privativa de libertad mínima prevista para el delito supera los dos años (en la legislación alemana, de donde se recoge el principio de oportunidad, se exige que la pena privativa de libertad mínima sea inferior a un año). De igual modo, es inaplicable cuando el agente es funcionario público y el delito ha sido cometido durante el ejercicio de su cargo. Una tercera limitación radica en la exigencia de reparación del daño causado o que, por lo menos, exista un acuerdo con el agraviado en este sentido.

En cuanto a la limitación de aplicación del presupuesto por la pena mínima no superior a los dos años, nos parece conveniente toda vez que con ello se comprende a una mayor diversidad de delitos. En lo que respecta a la inaplicación por tratarse de un funcionario público creemos que la restricción, estando justificada (utilización de un cargo funcional que exalta la afectación del interés público), no puede ser aplicada ciegamente. Ello, porque para los grados de autoría y participación debe tenerse en consideración el principio de incomunicabilidad previsto en el artículo 26 del Código Penal. La exigencia de reparación del daño causado no es absoluta, ya que es suficiente el simple acuerdo en este sentido. Acuerdo considerado como la expresión de conformidad del agraviado respecto de la no prosecución de la acción penal y su satisfacción aunque sea espectativa en lo referente a la reparación civil.

- C) *Casos de mínima culpabilidad.* Este supuesto procede cuando la participación del beneficiado con el principio de oportunidad ha sido mínima en la comisión del ilícito. Tampoco aquí interesa el cuántum de la pena, sino la evaluación personal que se hace respecto de la contribución del agente a la perpetración del delito. También este supuesto contempla requisitos en su aplicación, como son: que no se trate de funcionario público, que el delito se haya perpetrado en el ejercicio de su cargo, y además, que se haya reparado el daño ocasionado o que, por lo menos, medie acuerdo al respecto.

A modo de conclusión, diremos que el principio de oportunidad constituye un avance hacia la solución de la complejidad de las disfunciones procesales, cuya utilidad dependerá del conocimiento y manejo racional que de él se haga. Creado el instrumento de alivio a la sobresaturación de causas por resolver, esperamos que el principio de oportunidad no devenga en letra muerta.

BIBLIOGRAFIA

- CAFFERATA NORES, José
1988 Temas de Derecho Procesal Penal. Ed. Depalma.
- CERVINI, Raúl
1991 El costo del crimen como factor descriminalizador en Derecho Penal. Ediciones Jurídicas.
- FENECH, Miguel
1952 Derecho Procesal Penal. Ediciones Labor.
- GONZALES, Daniel
1986 La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense. Ed. Colegio de Abogados.
- HASSEMER, Winfried
1982 La renuncia a la pena como instrumento político-criminal. *En* Política Criminal y Reforma del Derecho Penal. Ed. Temis.
- HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE
1989 Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Ed. Tiranti lo Blanch.
- GOMEZ COLOMER, Juan Luis
1985 El proceso alemán. Introducción y normas básicas. Ed. Bosch.
- HURTADO POZO, José
1982 El Ministerio Público. Ed. Sentor.

- JESCHECK, Hans
1978 Tratado de Derecho Penal. Tomo I, Ed. Bosch.
- LUZON PEÑA, Diego Manuel
1982 Antinomias penales y medición de la pena. *En Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*. Ed. Temis.
- MAIER, Julio
1989 Derecho Procesal Penal argentino. Ed. Hammurabi.
- MIXAN MASS, Florencio
1988 Derecho Procesal Penal. Tomo, I, Ed. Jurídica.
- MIR PUIG, Santiago
1990 Derecho Penal, Parte General. Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias.
1977 Introducción a las bases del Derecho Penal. Ed. Bosch.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor
1990 Derecho Penal y política. Ed. Edili.
1987 Notas críticas a la política criminal del Gobierno “de todos los peruanos”. *Revista Debate Penal*. Editores Importadores S.A.
- TIEDEMANN, Klaus
1989 Introducción al Derecho Penal y el Derecho Penal Procesal. Ed. Ariel.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl
1989 En busca de las penas perdidas. Ed. Efa.
1987 Manual de Derecho Penal. Ed. Ediar.