

El principio de oportunidad en el Código Procesal Penal peruano ()*

Alberto Bovino

Abogado. Master in Laws, Columbia University. Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Palermo (Buenos Aires).

I. INTRODUCCIÓN.

Esta exposición estará dedicada fundamentalmente, a los problemas que surgen de dos características básicas de los sistemas de administración de justicia penal propios de los estados modernos pertenecientes a la tradición jurídica continental europea. Nos referimos a la persecución penal como obra del Estado, esto es, a la persecución pública de los hechos punibles y, además, al principio de legalidad procesal, que obliga a los órganos de persecución a atender todos aquellos casos en los cuales se tenga noticia de que se ha cometido un hecho punible.

En primer lugar, nos dedicaremos a analizar los presupuestos sobre los que se fundan y los problemas que presentan los principios de oficialidad y legalidad en la persecución penal. Luego nos detendremos en la solución que ofrecen los distintos modelos para quebrar el principio de legalidad procesal y orientar los procesos de persecución penal bajo criterios utilitarios de oportunidad. En tercer lugar, analizaremos el modelo de oportunidad adoptado en el Proyecto de Código Procesal Penal peruano (en adelante, CPP) y sus características particulares. Finalmente, dedicaremos nuestra atención a una nueva tendencia que pretende cambiar sustancialmente el problema originado por la opción entre los modelos de principio de oportunidad tradicionales, esto es, la tendencia que

aboga por el ingreso de la víctima al Derecho Penal y Procesal Penal.

II. LA PERSECUCIÓN PENAL PÚBLICA Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

A pesar de que en la actualidad nos parece un principio «natural», el principio de la persecución penal pública, en términos históricos, es relativamente joven en el sistema jurídico europeo-continental y mucho más joven aun en el sistema anglosajón (en el cual recién aparece en el siglo XVII). En el ámbito de Europa continental, el sistema de persecución oficial de aquellos hechos considerados delictivos surge recién en el siglo XIII, acompañando el movimiento de concentración de poder político que terminaría en la formación y consolidación de los estados nacionales en su primera forma, esto es, el Estado absoluto. La irrupción de este principio en el sistema de enjuiciamiento penal, además, estructuró por completo el procedimiento y cambió íntegramente las bases que sustentaban el derecho a imponer castigo.

La decisión por la persecución de oficio de los delitos implica que ésta es promovida por órganos del Estado. El interés público ante la gravedad del hecho y el temor a la venganza privada justificaron históricamente esta intervención⁽¹⁾. La consideración del hecho punible como hecho que presenta **algo más** que el

(*) Este texto fue preparado para una exposición realizada en el Centro Cultural de la Pontificia Universidad Católica del Perú en el marco del Seminario Internacional de Derecho Procesal Penal, en julio de 1995.

(1) Cf. BAUMANN, Jürgen. Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, págs. 42 y ss.

daño concreto ocasionado a la víctima justifica la decisión de castigar y la necesidad de que sea un órgano estatal quien lleve adelante la persecución penal. Un conflicto entre particulares se redefine como conflicto entre el autor del hecho y la sociedad o, dicho de otro modo, entre el autor del hecho y el Estado. De este modo se expropia el conflicto que pertenece a la víctima⁽²⁾.

Tomada la decisión político-criminal por la persecución de oficio de los delitos, resta decidir si, además, la persecución se debe iniciar frente a todo hecho que aparezca como delictivo. En aquellos países en que rige el principio de legalidad procesal, la balanza se inclina a favor de perseguir toda conducta que pueda ser considerada como delito. Éste es el caso de Argentina, en cuyo Código Penal se establece que «deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales», con excepción de aquellas que dependieran de instancia privada y de las acciones privadas (artículo 71). De todos modos, estas excepciones –propias de nuestros sistemas– no alteran, por su escaso número y por el tipo de figuras que incluyen, la base de la persecución oficial.

El principio de legalidad procesal trae consigo el deber de promover la persecución ante la noticia de un hecho punible. De allí que una vez promovida la persecución penal, no se pueda suspender, interrumpir o hacer cesar. Ningún criterio utilitario o relacionado con la escasa gravedad del hecho puede ser utilizado para no iniciar o para no continuar la persecución⁽³⁾.

De este modo, el principio de legalidad procesal estructura un sistema de persecución que obliga a los órganos estatales a intervenir frente a **todo** hecho punible. En este sistema, es el legislador quien se ocupa de orientar y dirigir en forma casi exclusiva la aplicación del programa político-criminal establecido en el Derecho vigente, pues, como es obvio, no queda espacio de decisión para los órganos concretos de persecución penal. El sistema descansa, como veremos, sobre diversos presupuestos.

El principio de legalidad procesal implica que la promoción de la acción penal constituye un imperativo para el ministerio público. Como afirma Guariglia, citando a Schmidt, «de los preceptos del derecho penal material nace no sólo una pretensión penal pública, sino que, a la par de ésta, surge el deber absoluto de las autoridades estatales de realizar la persecución y el castigo de los culpables»⁽⁴⁾. La interpretación de esta facultad estatal para perseguir penalmente como imperativo, a su vez, se funda en ciertos presupuestos de dudosa validez.

En primer lugar, se afirma que la vigencia del **principio de legalidad** halla fundamento en las teorías absolutas de la pena, esto es, en aquellas teorías que entienden la pena como expiación o retribución del hecho delictivo. Sin embargo, como afirma Maier, frente al «rechazo, al menos parcial, en el Derecho Penal, de las teorías absolutas o retributivas sobre la pena y el ingreso masivo de teorías utilitarias para legitimar la pena y acordarle su fin, **el principio de legalidad** pierde todo sustento ideológico»⁽⁵⁾. Dado que las teorías absolutas de la pena exigen la imposición del castigo independientemente de toda utilidad social, se ha cuestionado actualmente la posibilidad de que, en el marco de un Estado de Derecho, se aplique la solución más violenta prevista por el ordenamiento jurídico, la pena estatal, sin ningún fin social útil⁽⁶⁾.

Un segundo presupuesto del principio de legalidad consiste en considerar a este principio como una derivación del principio de igualdad ante la ley (Constitución Peruana de 1993, artículo 2, inciso 2) y, también, de la necesidad de determinación legislativa de los hechos penalmente prohibidos –principio de legalidad material (Constitución Peruana de 1993, artículo 2, inciso 24, literal d)–. Según esta visión del problema que nos ocupa, el principio de legalidad cumpliría con la función de que sea «la ley (el legislador), y no la decisión particular de los órganos (funcionarios) de la persecución penal, quien determine, en

(2) Cf. CHRISTIE, Nils. «Los conflictos como pertenencia». En: AA.VV. De los delitos y de las víctimas. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992. Este autor describe el proceso de exclusión de la víctima que genera el Derecho Penal.

(3) Cf. MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. Segunda edición. Tomo I. Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1995, pág. 828.

(4) Cf. GUARIGLIA, Fabricio O. «Facultades discrecionales del ministerio público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad». En: AA.VV. El ministerio público. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pág. 87.

(5) Cf. MAIER. Op. cit., pág. 831.

(6) «De todos modos, la teoría de la retribución hoy ya no es sostenible científicamente. Si (...) la misión del derecho penal consiste en la protección subsidiaria de los bienes jurídicos, entonces, para el cumplimiento de esa tarea, no puede servirse de una pena que prescinda de toda finalidad social (...). Dicho de otro modo: el estado como institución humana, no está capacitado ni legitimado para realizar la idea metafísica de justicia». ROXIN, Claus. «Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad». En: AA.VV. Determinación judicial de la pena. Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993, pág. 19.

los casos concretos, cuándo una persona debe ser sometida a una pena o viceversa»⁽⁷⁾. Según esta exigencia, entonces, se cumpliría con el principio de igualdad a través del impedimento de los órganos de persecución penales de ejercer cualquier grado de discrecionalidad en la promoción de la acción penal pública.

Desde esta perspectiva, el programa político-criminal del Estado, en lo referido a las políticas concretas de persecución, sólo es atribución del poder legislativo y ningún espacio queda para el órgano estatal encargado de la persecución. También este presupuesto puede ser criticado. Piénsese, si no, en cuál sería el resultado si exigiéramos que el resto de las políticas a cargo del Estado (educativa, impositiva, sanitaria, etc.) estuvieran determinadas exclusivamente por el legislador y los órganos encargados de su implementación no tuvieran discrecionalidad alguna para actuar. Resulta manifiesto que en las demás actividades a cargo del Estado, la Constitución y la ley sólo pueden brindar principios y pautas generales para su implementación, pero no pueden, en cambio, como se pretende en el caso de la política de persecución penal, desarrollar un programa acabado e inflexible que quite toda discrecionalidad a sus órganos de aplicación.

Finalmente, el último presupuesto del principio de legalidad consiste en la creencia de que resulta posible, prácticamente, guiar a los órganos de persecución para que ellos apliquen el Derecho Penal de forma igualitaria y en todos los casos. En términos empíricos, la posibilidad de perseguir todos los hechos punibles es irrealizable, pues el programa político-criminal de nuestros Estados resulta imposible de alcanzar, dada la cantidad de hechos que podrían ser considerados punibles, y dados los recursos limitados de la administración de justicia.

Cualquier investigación sobre la «cifra negra» de la criminalidad es una buena prueba de ello⁽⁸⁾.

De esta manera, el principio de legalidad procesal no sólo carece de fundamentos teóricos sino que, además, es de realización imposible. Por estas razones, se propone en la actualidad dejar de lado este rígido criterio de persecución a través de la introducción del principio de oportunidad. Veamos, entonces, qué formas puede adoptar este principio.

III. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD COMO REGLA.

Frente al reconocimiento de la imposibilidad fáctica de perseguir todos los delitos que supone la vigencia del principio de legalidad procesal, surge el principio de oportunidad, según el cual, cuando se toma conocimiento de hechos punibles, puede no iniciarse o suspenderse la persecución penal. A través de su aplicación se pretende racionalizar la selección que necesariamente tendrá lugar, a partir de criterios distintos de los que regular e informalmente aplica todo sistema de justicia penal.

“ Un conflicto entre particulares se redefine como conflicto entre el autor del hecho y la sociedad o, dicho de otro modo, entre el autor del hecho y el Estado. De este modo se expropia el conflicto que pertenece a la víctima ”

Existen dos modelos de aplicación del principio de oportunidad. Para el primero de ellos la oportunidad es la regla, elevada a principio rector de la persecución penal. Éste es el sistema propio de los países anglosajones, tales como, por ejemplo, los Estados Unidos de América.

El Derecho de los EE.UU. desconoce el principio de legalidad procesal propio del Derecho continental. El principio de oportunidad es la regla absoluta del sistema, pues los tribunales han respetado el principio a pesar de que algunas leyes establecen el carácter obligatorio de la persecución penal, en términos similares a los de nuestro Derecho⁽⁹⁾. La legislación federal, por ejemplo, establece que «cada fiscal de distrito (...) debe (...) perseguir todos los delitos contra los Estados

(7) Cf. MAIER. Op. cit., pág. 831.

(8) Cf. BARATTA, Alessandro. Criminología crítica del Derecho Penal. Ed. Siglo XXI, México, 1986, págs. 101 y ss.

(9) WELLING, Sarah N. «Victims in the criminal process: an utilitarian analysis of victim participation in the charging decision». En: Arizona Law Review. Volumen 30, 1988, pág. 106.

Unidos ...»⁽¹⁰⁾. La idea de que el fiscal pueda ser obligado a iniciar la persecución en términos generales resulta inimaginable para un jurista estadounidense, dado que el sistema no admite siquiera que el fiscal pueda ser obligado a perseguir en un caso concreto. Aun los autores más críticos de la amplitud del principio de oportunidad no imaginan la posibilidad de que el Congreso dicte una ley estableciendo la persecución obligatoria de ciertos delitos de extrema gravedad.

El respeto irrestricto al principio de oportunidad implica que los fiscales ejercen sus facultades persecutorias con una discrecionalidad ilimitada⁽¹¹⁾. Por ello, se considera que una «de las características más asombrosas del sistema estadounidense es el amplio rango de discreción, casi completamente incontrolada, que ejercen los fiscales»⁽¹²⁾.

La decisión de iniciar la persecución es una de las funciones más importantes del fiscal. Pero esa decisión es sólo uno de los aspectos de su discreción, pues en tanto él supere el obstáculo de demostrar que existe causa probable para creer que alguien ha cometido un delito, tiene amplia autoridad para decidir si investiga, si inicia formalmente la persecución, si garantiza inmunidad a un imputado, si negocia con el imputado; también para elegir qué cargos formula, cuándo los formula y dónde los formula⁽¹³⁾.

Una de las razones consideradas más importantes para impedir el control judicial de las decisiones del fiscal es el principio de la división de poderes, pues, al ser considerada, en los EE.UU., la persecución penal una tarea típicamente ejecutiva, el Poder Judicial no puede interferir con el libre ejercicio de los poderes discrecionales del fiscal⁽¹⁴⁾. En este sentido, se considera a la tarea persecutoria a cargo de los fiscales como un aspecto más de la facultad del Poder Ejecutivo de cómo hacerse cargo de la aplicación general de las leyes. Tampoco se admite, en el Derecho Federal, que la

víctima impugne judicialmente la decisión del fiscal de no perseguir⁽¹⁵⁾.

De este modo, la discreción del fiscal no está sometida a control alguno. El tribunal sólo puede impedir que la persecución siga adelante cuando algún presupuesto impide su continuación, pero no por motivos de oportunidad, que dependen exclusivamente del fiscal. Lo que de ningún modo puede hacer el tribunal es obligarlo a actuar positivamente.

A pesar de que el sistema estadounidense resulte completamente extraño a nuestro Derecho, resulta interesante destacar que a ningún tribunal se le ocurriría interpretar la disposición legal que obliga a los fiscales a ejercer la acción penal en el mismo sentido que le dan nuestros tribunales. Ello pues se considera en el sentido que no se puede obligar a los fiscales a realizar una tarea imposible, es decir, a perseguir todos los hechos punibles. Por lo demás, el resultado de la aplicación de este sistema también es criticable, no sólo por su alto grado de represividad sino también por la arbitrariedad con que se orienta empíricamente la persecución⁽¹⁶⁾.

IV. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD COMO EXCEPCIÓN.

El segundo modelo de principio de oportunidad es el de países que tradicionalmente adoptaron el sistema de legalidad en la persecución. En estos países, la oportunidad opera como excepción a la regla de legalidad y permite, en algunos casos definidos por la ley, prescindir de la persecución penal pública.

En palabras de Guariglia, este sistema se diferencia sustancialmente del anterior, por cuanto «los poderes discrecionales del ministerio público se circunscriben a la posibilidad de renunciar a la persecución penal, no promoviendo la acción correspondiente,

(10) 28 USC § 547 (1966) (destacado nuestro). En términos similares la legislación de Kentucky, Ky. Rev. Stat. §15.725 (1) (1985).

(11) Sobre los aspectos más importantes de esa discrecionalidad y los problemas que ella plantea, cf. BREESE, Elisabeth A. «Prosecutorial discretion». En: *Georgetown Law Review*. Volumen 75. 1987, pág. 859.

(12) LA FAVE, Wayne R. «The prosecutor's discretion in the United States». En: *American Journal of Comparative Law*. Volumen 18. 1970, pág. 532.

(13) La Corte Suprema sostuvo que una vez que el fiscal obtiene causa probable, la decisión acerca de si inicia o no la persecución, o sobre qué cargos formula ante un tribunal o presenta ante un gran jurado queda generalmente a su entera discreción. Cf. *Bordenkircher v. Hayes*, 434 US 357,364 (1978).

(14) Cf., por ejemplo, *US v. Cox*, 342 F. 2d 167, 170-172 (5th Cir. 1965); *Newman v. US*, 382 F. 2d 479, 480 (D.C. Cir. 1967).

(15) Cf. *Linda R. S. v. Richard D.* 410 US 614 (1973). A pesar de que esta decisión de la Corte Suprema parece impedir en forma terminante toda posibilidad de que un individuo impugne la decisión sobre la persecución de un tercero, la Corte dejó abierta una posibilidad, pues rechazó el pedido porque en el caso, la víctima no demostró un «nexo directo» entre su interés y la aplicación de la ley penal.

(16) Una descripción detallada de estos dos aspectos del sistema de justicia penal estadounidense en CHRISTIE, Nils. *Crime control as industry*. Ed. Routledge, Londres-Nueva York, 1993.

o desistiendo de su ejercicio, cuando esto le es permitido, si hubiera sido promovida; asimismo, las condiciones para la aplicación del principio de oportunidad se hallan taxativamente enumeradas en la ley y, por regla general, su ejercicio está sujeto a la aprobación del tribunal»⁽¹⁷⁾.

El principio de oportunidad, en este ámbito, obtiene su justificación en las teorías utilitarias de la pena –las teorías preventivas– al reconocer la aplicación del Derecho Penal no como un imperativo metafísico de justicia sino, por el contrario, como un instrumento orientado a la prevención de aquellos hechos sociales considerados disvaliosos. «**Oportunidad** significa, en este contexto, la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivos de utilidad social o razones político-criminales»⁽¹⁸⁾.

El principio de oportunidad, en nuestro ámbito jurídico, se aplica en esta segunda forma, como excepción a la pauta básica del sistema, que continúa siendo la legalidad. «Genéricamente expresado, dos son los objetivos principales para los que la aplicación de criterios de oportunidad se pueda convertir en un auxilio eficaz: la **descriminalización** de hechos punibles, evitando la aplicación del poder penal allí donde otras formas de reacción frente al comportamiento desviado pueden alcanzar mejores resultados o donde resulte innecesaria su aplicación; la **eficiencia** del sistema penal en aquellas áreas o para aquellos hechos en los que resulta indispensable su actuación como método de control social, en procura del **descongestionamiento** de una justicia penal sobresaturada de casos, que no permite, precisamente, el tratamiento preferencial de aquellos que deben ser solucionados indiscutiblemente por el sistema, y como intento válido de revertir la desigualdad que, por selección natural, provoca la afirmación rígida del principio de legalidad»⁽¹⁹⁾.

Según la exposición que realiza Maier, son ejemplos de criterios orientados a la descriminalización de ciertos hechos punibles los siguientes: a) el concepto de **adecuación social del hecho** como expresión de un

comportamiento que, a pesar de coincidir formalmente con la descripción de un tipo penal, no es considerado como materialmente disvalioso (si un hecho no debe ser punible por su adecuación social, no resulta necesaria la sentencia de absolución como modo de expresión de ese juicio); b) aquellos hechos considerados ínfimos por tratarse de ofensas de escasa gravedad (delitos de bagatela) o bien aquellos casos de culpabilidad mínima del autor, en los cuales su escasa gravedad indica la conveniencia de derivar su tratamiento a otras formas de control social; y c) aquellos casos denominados de **retribución natural**, en los cuales el propio autor sufre el resultado de su propio comportamiento ilícito, sufriendo que supera con creces la posible pena a aplicar. En cambio, los criterios orientados a una mayor eficiencia son los siguientes: a) la posibilidad de prescindir de la persecución penal de quien participa en un hecho punible para procurar éxito en la persecución de otro partícipe (ya porque este último hecho es valorado como considerablemente más grave, ya porque interesa arribar a la condena de uno de los partícipes, para lo cual resulta imprescindible que el otro auxilie la averiguación); b) la posibilidad de prescindir de la persecución en aquellos casos en los cuales el autor no completa su obra delictiva ya iniciada (desistimiento de la tentativa punible) o bien «deshace» de algún modo su haber delictivo (arrepentimiento activo); c) la posibilidad de suspender la persecución de algunos hechos o de partes separables de un único hecho, para dedicar todo el esfuerzo a perseguir con éxito el hecho punible más grave, o el mejor probado, cuando aquello de lo que se prescinde no influirá considerablemente en la pena que se espera; d) la llamada suspensión de la persecución penal para el sometimiento a prueba del imputado, bajo la amenaza de retomar su persecución penal si se aparta considerablemente de las instrucciones y advertencias impuestas (por ejemplo, si comete un nuevo delito)⁽²⁰⁾.

Todos estos criterios de oportunidad son útiles para alcanzar ambos objetivos, esto es, tanto la descriminalización de ciertos hechos como el descongestionamiento de la carga de casos de la justicia penal.

Finalmente, se señala la necesidad de instrumentar mecanismos de «privatización» del Derecho Penal, esto es, mecanismos que reemplacen la per-

(17) Cf. GUARIGLIA. Op. cit., pág. 92.

(18) Cf. MAIER. Op. cit., pág. 836.

(19) Ibidem, pág. 837.

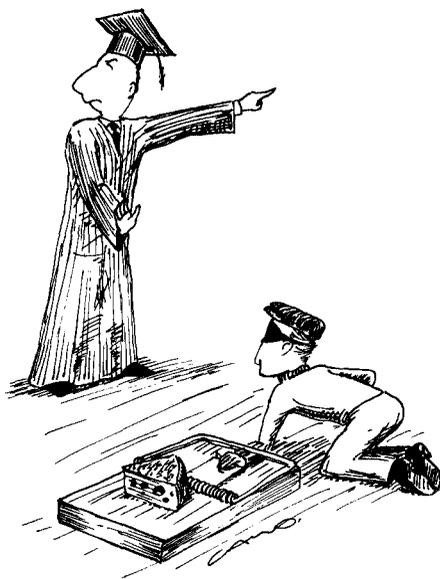
(20) Ibidem, págs. 837 y ss.

secución oficial por la participación del ofendido por el delito. De este problema nos ocuparemos en la última parte de este trabajo, al realizar un análisis crítico de las soluciones legislativas vinculadas al principio de oportunidad.

V. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL CPP PERUANO.

El proyecto de CPP peruano publicado en abril de 1995 que tiene como base el CPP aprobado en 1991, contiene la regulación expresa del principio de oportunidad en su artículo 2.

La disposición contiene tres supuestos diferentes de aplicación de criterios de oportunidad, y su primera parte establece que cada uno de ellos se puede aplicar de oficio, a requerimiento del ministerio público, o también a pedido del imputado. En los dos primeros casos, se requiere el consentimiento expreso del imputado para que el ministerio público se abstenga de ejercer la acción penal.



El primer supuesto contenido en este artículo abarca aquellos casos en los cuales se considera que existe una «retribución natural» que ha sido soportada por el autor del hecho, dentro de ciertos límites, según la escala penal del delito de que se trate. Así, se autoriza a no promover la acción cuando el autor del hecho «ha sido afectado directa y gravemente por las consecuencias de su delito culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte inapropiada».

Ninguno de los tres supuestos está previsto como derecho del imputado sino, antes bien, en el

sentido que se otorga cierto grado de discreción al fiscal. En el primer caso, la última frase del inciso, que hace referencia a la circunstancia de que la «pena resulte inapropiada», coloca el juicio sobre la propiedad de la pena, en el caso concreto, en manos del fiscal. El supuesto abarca aquellos casos en los cuales el autor del hecho ya ha sufrido, como consecuencia de su comportamiento punible, una retribución «natural», como por ejemplo, cuando el conductor de un automóvil, por imprudencia, provoca las lesiones o la muerte de su propio hijo.

El segundo supuesto incluye la posibilidad de no promover la acción penal en aquellos casos en los cuales el delito no afecte «gravemente el interés público», pero sólo cuando el hecho no encuadre en un tipo penal cuyo mínimo sea superior a dos años de privación de libertad. Se deja de lado, en este supuesto, aquellos delitos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de su cargo. La discrecionalidad del ministerio público, en este caso, se vincula con el interés público afectado por el delito. Sin embargo, se debe anotar que la disposición dice textualmente que ella se aplica a «delitos que no afecten **gravemente** el interés público», con lo cual, en principio, ella debería aplicarse a todos los delitos, a menos que alguna circunstancia **realmente excepcional** lo impida. Bajo este supuesto, entonces, quedan abarcados, genéricamente, todos los delitos de escasa gravedad.

El último supuesto, en cambio, se ocupa de hechos en los cuales el fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de diversas disposiciones del CPP, tales como error de tipo, error de prohibición, error de comprensión culturalmente condicionado, tentativa, imputabilidad disminuida, supuestos de ausencia de conducta, de causas de justificación o de causas de inculpabilidad incompletas, imputabilidad relativa o participación secundaria en el hecho de otro. En este supuesto, el ministerio público se puede abstener de promover la acción cuando advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido, pero sólo cuando se trate de un delito cuyo máximo no exceda los cuatro años de privación de libertad. Como en el supuesto anterior, quedan excluidos los delitos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de su función. La discrecionalidad del fiscal, por su parte, se vincula a la determinación del interés público «gravemente afectado».

Este último supuesto constituye una excepción al principio de legalidad en un sentido diferente. Ello pues este principio, el de legalidad, parece reposar en la tipicidad objetiva del hecho, razón por la cual todas las causas de exclusión de la responsabilidad penal fuera de la adecuación objetiva del comportamiento al tipo penal se determinan, por regla, dentro del procedi-

miento y no fuera de él (error, justificación, inculpabilidad o impunidad)⁽²¹⁾.

La diferencia entre el primer supuesto (retribución «natural») y los dos últimos es que, en el primero de ellos, la aplicación del principio de oportunidad, por parte del ministerio público, resulta «gratuita» para el autor del hecho punible, pues la abstención de promover la acción penal no acarrea ninguna consecuencia adicional. En los dos últimos supuestos, en cambio, la abstención de perseguir penalmente significa, a la vez, la necesidad de que el autor repare el daño ocasionado o de que llegue a un acuerdo con la víctima en este sentido. En los casos en los cuales no se haya producido daño alguno (por ejemplo, en un caso de tentativa), sin embargo, igual debe proceder la aplicación del criterio de oportunidad sin más, pues la ley no dice que ello no sea posible, y las condiciones de aplicación sólo son aquellas que ya hemos descrito para ambos supuestos. En este sentido, se debe recordar que el principio de legalidad material abarca todas las condiciones, positivas y negativas, para la aplicación de una pena o medida de seguridad. Por este motivo, no es posible agregar requisitos, para obtener una decisión que clausure la persecución penal, que la ley no exige⁽²²⁾.

El artículo 2 del CPP establece la forma en que se debe instrumentar el acuerdo entre el autor y la víctima, en cuanto al monto de la reparación y al plazo para su pago, posibilitando que el fiscal reemplace a la víctima si ella no asiste a la audiencia. Esta última posibilidad resulta razonable para que la víctima no impida, con su mera inasistencia, la posibilidad de utilizar este mecanismo. Una vez satisfecha la reparación, el fiscal dicta resolución de abstención, resolución que impide que otro fiscal pueda promover u ordenar la persecución penal por ese hecho. La disposición también permite que cese la persecución penal ya iniciada.

La implementación del principio de oportunidad del proyecto de CPP presenta dos características destacables. En primer lugar, los criterios de oportunidad se aplican antes de iniciar formalmente la persecución penal o, una vez iniciada, en sus etapas iniciales. Ello implica una gran ventaja para la administración de justicia penal, pues evita la utilización ineficiente de

recursos siempre escasos. De este modo, los casos que no requieren solución alguna (supuesto de la retribución «natural»), o los casos que tienen otra solución posible (reparación) fuera de la justicia penal son descartados rápidamente por el sistema, y le permiten orientar su actividad y sus recursos a aquellos casos que efectivamente deben ser atendidos. La rápida resolución del caso también beneficia al autor, que no se debe someter a un procedimiento para esperar la decisión del caso.

La segunda característica que se debe destacar de la manera en que se ha implementado el principio de oportunidad se vincula con el hecho de que se atiende los intereses de la víctima. Ello pues en los dos últimos supuestos previstos en el artículo 2, que serán los supuestos de aplicación más usuales, se obliga, cuando existe una víctima que ha soportado un daño, a que el autor repare ese daño o a que llegue a un acuerdo con la víctima en ese sentido. Este mecanismo, entonces, permite excluir el tratamiento penal del caso y, al mismo tiempo, atender los intereses de la víctima.

Hasta aquí las bondades del sistema previsto en el artículo 2. Sin embargo, ese sistema merece, al menos, dos objeciones. En primer lugar, se puede criticar el alcance de sus supuestos por estar dirigido sólo a los delitos de gravedad leve. Esta circunstancia podría ser evitada no sólo aumentando la cantidad de delitos a los que se aplica, aumentando las escalas penales allí utilizadas sino, también, permitiendo que se tenga en cuenta, además de la pena conminada en el tipo penal, la pena concreta que podría imponerse en el caso. Un ejemplo puede ayudar a comprender mejor el problema. En el último de los supuestos, sólo se permite prescindir de la persecución si el máximo conminado no supera los cuatro años. En este sentido, parece que un caso en el que se aplique la pena máxima prevista cuando la figura penal prevé hasta cuatro años, «vale» tanto, en relación a la magnitud del ilícito y la graduación de la culpabilidad, como un caso con una pena máxima mayor pero en el cual se impone una pena de sólo cuatro años. Si en ambos casos, el ilícito «vale» o «mide» lo mismo, se debería poder aplicar la misma solución.

En segundo término, también se debe criticar

(21) Cf. MAIER. Op. cit., pág. 859.

(22) En este sentido -si bien refiriéndose a una causa de extinción de la acción penal distinta, prevista en la legislación argentina para los delitos tributarios y previsionales-, sostiene claramente Virgolini que «el supuesto de hecho reconocido por el art. 14 representa un límite a la punibilidad y, como toda cuestión relativa a ella, se encuentra vinculada estrechamente al principio de legalidad penal: este principio se refiere no sólo a los supuestos fundadores de la pena, sino que con la misma intensidad alcanza a los supuestos excluyentes de la pena y, por lo tanto, fundadores de la libertad». Cf. VIRGOLINI, Julio E. S. «El artículo 14 de la ley penal tributaria como límite de la punibilidad». En: Revista de Derecho Penal Tributario. No. 4. Ed. Centro Argentino de Estudios en lo Penal Tributario. Buenos Aires, 1995, pág. 52.

la exigencia de reparación completa del daño en algunos casos. Si bien esta exigencia no se aplica cuando autor y víctima hayan llegado a un acuerdo, pues ese acuerdo puede significar un monto menor al daño efectivamente causado, cuando el daño es determinado por el fiscal, éste podrá obligar al pago de una reparación íntegra del daño. De este modo, el beneficio establecido en el artículo 2 podría ver reducida su aplicación respecto de quienes no gozan de una situación patrimonial que les permita afrontar la obligación de reparar el daño, a pesar de que hagan el máximo esfuerzo personal para ello. Esta circunstancia, entonces, se debe tener en cuenta al interpretar estas disposiciones para respetar al principio de igualdad ante la ley, sobre todo si tenemos en cuenta que aquí no podemos utilizar los principios comunes del Derecho privado, pues se trata de la decisión de aplicar o no aplicar una pena. En este sentido, si bien es claro que deben atenderse los intereses de la víctima, ellos, como intereses meramente patrimoniales, no pueden ser colocados por encima de los intereses del imputado (que comprenden su libertad) y de la administración de justicia (que comprenden la racionalidad en el proceso de selección de los casos penales más graves).

Luego de este breve repaso sobre las características de los sistemas de oportunidad tradicionales, de los cuales el sistema adoptado por el proyecto de CPP peruano es un típico exponente, debemos ahora analizar una tercera posibilidad, que podemos denominar, genéricamente, como la tendencia que pretende obtener una «privatización» del Derecho Penal.

VI. EL REINGRESO DE LA VÍCTIMA AL PROCEDIMIENTO PENAL.

El análisis de los dos modelos de implementación del principio de oportunidad sugiere los límites de cada uno de ellos.

En el sistema anglosajón, los estudios empíricos han demostrado en forma indiscutible el grado de arbitrariedad con el cual operan los órganos públicos vinculados a la promoción de la acción penal en los procesos de selección de casos que alimentarán la administración de justicia. La discrecionalidad casi ilimitada concedida a los fiscales, en el caso de los EE.UU., sólo ha

servido para montar un sistema altamente represivo y discriminatorio respecto de las minorías étnicas (en el sistema federal, el doce por ciento de la población negra nacional representa el cincuenta por ciento de los condenados⁽²³⁾). Por otra parte, el principio de oportunidad como regla del sistema resulta completamente extraño a todos los principios del Derecho Penal y Procesal Penal de nuestra tradición jurídica, y, por tal razón, políticamente poco viable.

En el marco de nuestra tradición jurídica, por su lado, se utiliza el principio de oportunidad reglado como excepción al principio de legalidad que funciona como pauta básica del sistema. Sin embargo, un autor alemán, Zipf, ha sostenido que, dada la magnitud de la selección que realizan los diferentes encargados de la justicia penal, el principio de oportunidad, por sí solo, ya no resulta apto para lograr correcciones que pongan un grado razonable de equidad en el sistema⁽²⁴⁾. Ello pues si nos detenemos a analizar los casos en que se permite al fiscal utilizar criterios de oportunidad, comprobaremos que, en los distintos países, estos criterios sólo pueden ser aplicados en muy pocas ocasiones, en general cuando se trata de hechos leves y también en otro tipo de supuestos de escasa relevancia práctica⁽²⁵⁾. Esta circunstancia permite afirmar que este principio no resulta adecuado para revertir la selección arbitraria del sistema de justicia penal. La magnitud de la «cifra negra» y las diferentes causas que producen la selectividad de las personas más expuestas a la acción de la justicia penal, entonces, implican que esta disfuncionalidad no puede corregirse con esta implementación de la persecución oficial. Ello no quiere significar que debemos descartar esos criterios de oportunidad, sino, simplemente, que debemos complementarlos.

En este sentido, resulta útil la opinión de Bacigalupo, quien sostiene que no debemos entender por principio de oportunidad sólo su versión tradicional. Así, señala este autor: «no debe entenderse exclusivamente una renuncia bajo ciertas condiciones a la acción penal por parte del fiscal, sino, más bien, un tratamiento diversificado del conflicto social representado por el hecho delictivo». Dentro de este contexto, es posible introducir la perspectiva que aboga para que la administración de justicia penal otorgue un tratamiento distinto a la víctima del delito.

(23) Cf. CHRISTIE, Nils. La industria del control del delito. Traducción de Sara Costa. Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993, págs. 127 y ss.

(24) Cf. GUARIGLIA. Op. cit., pág. 93.

(25) Cf. GOMEZ COLOMER, José L. El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas. Ed. Bosch, Barcelona, 1985, págs. 47 y ss. Los supuestos de oportunidad están regulados en los §§153, 153a-153e, 154 y 154a-154e de la Ordenanza Procesal Penal alemana.

Cuando surge el Derecho Penal estatal que hoy conocemos, los órganos de persecución oficial desplazan a la víctima del procedimiento. El sistema acusatorio material basado en la acción popular que rigió en las repúblicas de la antigüedad (Grecia y Roma) y el sistema de acción privada que rigió en la Edad Media entre los pueblos germánicos hacía depender la persecución de la voluntad de un individuo particular, ajeno al poder público. En el último de los sistemas mencionados, el derecho germánico, la finalidad del procedimiento consistía, fundamentalmente, en obtener la composición entre las partes involucradas en el conflicto, autor y víctima. Frente a este panorama, surge el método inquisitivo, que fundado en la supuesta racionalidad de su objetivo de averiguación de la verdad, desplazó a la víctima, apropiándose de su conflicto, para brindar, en todos los casos, una solución punitiva⁽²⁶⁾.

“ ... la consecuencia más importante de un sistema en el cual la víctima recupere su posición de sujeto directamente involucrado con el conflicto social que ha tenido lugar, consiste en la posibilidad de utilizar mecanismos de composición ”

El Derecho Penal se transforma, en esta etapa histórica (siglo XIII en adelante), en un instrumento de control social de los súbditos a favor del poder político. Nacido para proteger a las partes que se enfrentaban en el procedimiento acusatorio y para evitar las desigualdades materiales entre ellas, el sistema inquisitivo, con su racionalidad sólo presunta, se convirtió en el más terrible instrumento de tortura, intolerancia y crueldad al servicio del poder político y religioso. Durante el siglo XVIII, la Ilustración pretendió resolver el problema poniendo ciertos límites a la actuación de la justicia penal, límites relacionados con el respeto por la dignidad humana. Sin embargo, el movimiento iluminista

dejó incólumes los principios materiales de la inquisición: la persecución penal pública y la averiguación de la verdad como meta del procedimiento penal.

Dos siglos más tarde de la formulación del programa iluminista es posible afirmar, según los datos empíricos incontrastables aportados por la criminología de cuño sociológico, que ese programa no se ha cumplido. El contenido garantista de ese programa intentaba impedir el ejercicio arbitrario del poder penal del Estado, y reemplazarlo por una distribución racional e igualitaria del castigo estatal. El incumplimiento de ese programa, se afirma, se debe, entre otros motivos, a la permanencia de los principios materiales de la inquisición. Por otra parte, los fundamentos que dieron origen a la persecución pública no pueden ser sostenidos actualmente. El Estado de Derecho moderno, integrado por ciudadanos y no por súbditos, no justifica la subsistencia de la acción penal pública como regla del sistema.

El fundamento de la persecución estatal está dado por ese *plus* que, supuestamente, contiene el hecho punible y que excede el daño concreto ocasionado a la víctima. Pero aun si estuviéramos de acuerdo con aquellas justificaciones del castigo que encuentran este *plus* en conductas que se desarrollan estrictamente entre individuos, y que sólo producen consecuencias entre esos individuos, ello no significa que un órgano del Estado deba llevar adelante la función de acusador. El interés público que justifica la intervención penal no exige esta decisión por la persecución de oficio. Este interés ya está representado por la definición estatal de las conductas prohibidas penalmente, por la imposición de una consecuencia jurídico-penal y por la facultad decisoria de la pretensión penal a cargo de un órgano jurisdiccional del Estado. Si sumamos a estas actividades la facultad de decidir sobre la persecución a través de la oficialidad de la acción penal y la de decidir sobre la existencia de la lesión que exige la mayoría de las figuras penales, ignorando la voluntad de la supuesta víctima, estaremos en presencia de un Derecho Penal autoritario que niega los fundamentos del Estado de Derecho: el respeto a la dignidad de la persona y el reconocimiento de su derecho a la autodeterminación y a la autonomía de su voluntad⁽²⁷⁾.

A través de la persecución estatal, la víctima ha sido excluida por completo del conflicto que, se supone, representa todo caso penal. Una vez que la víctima es constituida como tal por un tipo penal, queda atrapada en el mismo tipo penal que la ha creado. Para ello, el

(26) Cf. FOUCAULT, Michel. La verdad y las formas jurídicas. Tercera conferencia. Ed. Gedisa, México, 1988.

(27) Cf. CORDOBA, Fernando. «La posición de la víctima». En: AA.VV. El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993, pág. 81.

discurso jurídico utiliza un concepto específico, el concepto de bien jurídico. Desde este punto de vista, el bien jurídico no es más que la víctima objetivada en el tipo penal. La exclusión de la víctima es tan completa que, a través de la afirmación referida a la «indisponibilidad de los bienes jurídicos», se sostiene que la decisión que determina cuándo un individuo ha sido lesionado en un juicio objetivo y externo a ese individuo, que se puede formular sin tener en cuenta su opinión. Al escindir el interés protegido de su titular o portador, objetivamos ese interés, afirmando la irrelevancia política de ese individuo para considerarse afectado por una lesión de carácter jurídico-penal. Esta concepción de la víctima como sujeto privado no es compatible con el carácter de sujeto de derechos que los actuales ordenamientos jurídicos positivos otorgan a los individuos⁽²⁸⁾.

El Derecho Penal estatal que conocemos surge, históricamente, justificado como medio de protección del autor del hecho frente a la venganza del ofendido o su familia, como mecanismo para el restablecimiento de la paz. La historia del Derecho Penal muestra, sin embargo, cómo éste fue utilizado exclusivamente en beneficio del poder estatal para controlar los comportamiento de ciertos individuos, sobre quienes infligió crueles e innecesarios sufrimientos, y cómo excluyó a la víctima al expropiarle sus derechos. Las garantías del programa reformador del siglo XIX no han sido suficientes para limitar las arbitrariedades del ejercicio de las prácticas punitivas, entre otros motivos, porque son los órganos estatales que llevan adelante la persecución los encargados de poner límites a esa persecución, es decir, porque deben controlarse a sí mismos. Frente a la concentración de facultades en los órganos del Estado, los individuos fueron constituidos como sujetos privados, esto es, como sujetos sin derechos.

Si el fin que justifica la existencia del Derecho Penal es la protección de la convivencia social y, además, la protección del autor del delito, el titular de la acción penal debería ser, como regla, al menos para aquellos delitos con víctima individual, el ofendido y no el Estado. En este marco de justificación, la imposición del castigo sólo adquiere sentido si reduce la

violencia que generaría el hecho de no imponerlo⁽²⁹⁾. Y un sistema penal concreto que opere dentro de este marco de justificación debe verificar empíricamente el cumplimiento de los fines que esta justificación le asigna. Dado que el fiscal, por ser el «representante» de todos, no es el representante natural de nadie, la única forma de asegurar el fin del Derecho Penal consiste en otorgar la titularidad de la acción a la víctima, constituyéndola, de este modo, en sujeto público⁽³⁰⁾.

Un sistema penal con este fundamento y organizado principalmente sobre la base de la acción privada trae aparejado diversas consecuencias. En primer lugar, el modelo implica una reformulación del catálogo de conductas prohibidas. De este modo, aquellas conductas que no se vinculen con graves lesiones a los derechos humanos, carecerán de relevancia penal, adquiriendo la importancia que nunca tuvo el principio básico del derecho penal como *ultima ratio*. En otro orden de ideas, las figuras penales deben describir comportamientos que afecten bienes jurídicos con un titular cierto, individual o colectivo. Así, no podrán prohibirse comportamientos haciendo vagas referencias a la protección de la «salud pública» u otros conceptos semejantes.

Por otra parte, la consecuencia más importante de un sistema en el cual la víctima recupere su posición de sujeto directamente involucrado con el conflicto social que ha tenido lugar, consiste en la posibilidad de utilizar mecanismos de composición. La adopción del principio de *ultima ratio* unida a un sistema penal que reconoce a la víctima como titular de derechos impone la necesidad de crear mecanismos que permitan evitar la solución penal incluso en aquellos casos en que se trate de comportamientos penalmente relevantes. A través de los mecanismos de composición, no sólo se logra el fin de protección del autor del hecho punible, sino también se atienden los intereses de la víctima que, en muchos casos, puede referir la solución reparatoria. En este último sentido, sostiene Maihofer: «en un Derecho penal entre libres e iguales, al reparación debe ser la sanción primera, la terminación del conflicto por composición y por compensación del daño, el procedimiento preferido»⁽³¹⁾.

(28) Cf. BOVINO, Alberto. «La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos». En: Revista Lecciones y Ensayos. No. 59. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, págs. 19 y ss.

(29) La justificación del castigo a través de esta doble finalidad ha sido desarrollada por FERRAJOLI. «El Derecho Penal mínimo». En: Poder y control. No. 0. Ed. PPU, Barcelona, 1986, págs. 25 y ss.

(30) El fiscal no puede saber en cada caso si la víctima actuará vengativamente. El único modo de evitar la venganza cuando este deseo existe, es permitir que sea la propia víctima la que decida sobre la persecución penal. Si la víctima tiene ánimo de venganza, éste será ejercido a través del Derecho Penal y, en este caso, la sanción penal estará justificada.

(31) Citado por ROXIN, Claus. «La reparación en el sistema de los fines de la pena». En: AA.VV. De los delitos y de las víctimas. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pág. 141.

Maier, por su parte, propone que «Si se acepta esta dirección política, se debería pensar, en primer lugar, en la posibilidad de ‘privatizar’ la persecución penal ampliando los criterios que hoy imperan para conceder a la víctima o sus sustitutos poder sobre la realización del Derecho Penal; el ‘interés público’ real –no presupuesto– podría operar como correctivo para el ejercicio de la acción pública en esos casos o, de otra manera, condicionar, de manera más general, la asunción de la persecución penal estatal, librada, en caso contrario, a la acción de los particulares. Más allá de ello, resulta necesario repensar la reacción estatal desde el lado de la víctima, hoy convidada de piedra a la mesa del Derecho Penal, al punto de que la solución correcta del caso impide, en muchas ocasiones, una reparación adecuada; más aun, ignora la necesidad de esta reparación, colocando a la pena estatal como interés prevaliente. Pensando en la reparación a la víctima, incluso por el método más correcto, el regreso al *status quo* ante, cuando es posible, se puede favorecer también ciertas formas de solución del conflicto social que no significan, culturalmente, aplicación del Derecho Penal (**diversión**), de manera de colaborar, efectivamente, con la discriminación de comportamientos y con el auxilio a la persona más necesitada cuando sucede una acción ilícita. En este sentido, la intervención de la víctima en la exposición y solución del conflicto por medios diversos al de la pena estatal sería deseable. Incluso sería deseable que los órganos de persecución penal estatal variaran el sentido de sus rutinas, prestando un auxilio efectivo a las víctimas, por ejemplo, para preparar sus exigencias reparatorias, antes que trabajar exclusivamente para perseguir la pena estatal. Un Derecho ‘Penal’ que acentúe por regresar al momento anterior al delito, con la colaboración del infractor, cumpliría su

función social, solucionar conflictos sociales, de manera más acorde a su propio fin»⁽³²⁾.

Los diversos problemas generados por la aplicación efectiva del castigo que realizan nuestros sistemas de justicia penal han puesto en crisis no sólo a la pena principal de esos sistemas, el encierro carcelario, sino también a las diversas teorías que justifican el castigo estatal. Esta crisis ha provocado una crítica profunda de las prácticas de los órganos estatales encargados de la aplicación del Derecho Penal, y la consecuente afirmación de que se debe reducir el espectro del Derecho Penal y de que la víctima debe recuperar el lugar que merece en el procedimiento penal.

Es importante destacar que esta recuperación del lugar de la víctima no sólo es propuesta por quienes pretenden la abolición del sistema de justicia penal, es decir, por quienes integran el movimiento abolicionista⁽³³⁾, sino también por diversos autores que no cuestionan radicalmente la existencia del Derecho Penal. Así sucede, por ejemplo, con Maier, en Argentina, y con Roxin y Eser⁽³⁴⁾, en Alemania. En el ámbito peruano, Julio Rodríguez Delgado propone un sistema completo y detallado de composición basado en la reparación del daño para los delitos exclusivamente⁽³⁵⁾. Por otra parte, el Derecho positivo, en diferentes países, cada día incorpora más mecanismos reparatorios acordes con esta tendencia (por ejemplo, el principio de oportunidad del proyecto que hemos comentado o, en el caso de Argentina, las instituciones de la suspensión del procedimiento a prueba y del cumplimiento de la obligación tributaria o previsional). Debemos trabajar, entonces, para obtener nuevas respuestas «diversificadas», distintas a la pena tradicional, para que el Derecho Penal se pueda convertir efectivamente en la *ultima ratio* del orden jurídico. 𐆆

(32) Cf. MAIER. Op. cit., págs. 839 y ss.

(33) Pueden ser definidos como abolicionistas todos aquellos que postulan el reemplazo de la respuesta punitiva (la desaparición del Derecho Penal estatal que conocemos) por propuestas orientadas a la solución del conflicto a partir de un modelo más semejante al del Derecho privado. Sobre el movimiento abolicionista, Cf. AA.VV. Abolicionismo penal. Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989.

(34) Ver las propuestas de estos tres autores en sus trabajos, todos ellos publicados en AA.VV. De los delitos y de las víctimas. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

(35) Tesis presentada en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Inédita, Lima, 1995.