

B. Respetto del ejercicio de la acción penal.

1. La obligatoriedad de la acción penal.

Un aspecto decisivo para entender correctamente el funcionamiento del ordenamiento penal, es considerar que el ejercicio de la acción penal pública, vale decir su promoción resulta obligatoria, de ahí que la potestad de promover la acción penal constitucionalmente diseñada para ser ejercida por el ministerio fiscal, no representa la delegación de un poder completamente discrecional, ni mucho menos arbitrario, al contrario, el ejercicio de la acción penal es un deber para la Fiscalía, ello equivale a reconocer la obligación del Fiscal de investigar los hechos delictivos que le son denunciados o sobre los que se tiene conocimiento de oficio¹.

En nuestro sistema legal, priva el principio de legalidad procesal en la persecución penal del delito, con lo cual se afirma que la oportunidad del ejercicio de la acción penal se encuentra reglado por la ley, no es un atributo absoluto del Fiscal, ni puede ser ejercida por ende con discrecionalidad o arbitrariedad, ello refleja que el monopolio del ejercicio de la acción penal como todo acto de poder concedido por el constituyente se encuentra sometido al control, por una parte por los límites de otras potestades, derechos o garantías que la misma Constitución reconoce, y además por la configuración legal.

En el artículo 18 CPP se diseñan los diferentes supuestos de la oportunidad al ejercicio persecutorio de la acción penal, como una excepción al principio de legalidad procesal, por el cual, ante el conocimiento de que se ha ejecutado un delito, se impone su persecución penal y esclarecimiento, tal facultad no se entiende actualmente como una obligación absoluta para el Estado, al contrario, de acuerdo a ciertos parámetros fijados por el legislador, el Ministerio fiscal, puede bajo ciertos supuestos, y en estricto

¹ PEDRAZ PENALVA Ernesto MARTÍNEZ LAZARO Javier “Comentarios al Código Procesal Penal” Op cit p 14

control judicial, declinar la persecución penal, éste es el diseño que se ajusta al ejercicio del poder penal en nuestro contexto republicano.

Lo anterior ha sido necesario, por cuanto si no se reconocen estas excepciones por ley, mediante la distribución de una política de persecución penal de facto, está discriminación en cuanto a que perseguir penalmente, existirá, lo cual, ya no será bajo un parámetro legal, sino bajo la discreción del funcionario público.

Debe enunciarse, la obligación que tiene el fiscal de la persecución penal en los hechos punibles, y regularse a continuación la excepción a la persecución penal, señalándose cuales las formas en que podrá ser ejercida la oportunidad de la persecución penal, así como los motivos, por los cuales, procederá que el fiscal prescinda de la persecución penal y pueda proponer un criterio de oportunidad. Lo anterior es inteligible de los supuestos previstos en el artículo 17 inciso segundo y 18 inciso primero del CPP. En la primera regulación se establece la obligación general de perseguir los delitos de los cuales se tenga conocimiento de su ejecución, en la segunda se manifiestan las excepciones que exceptúan tal persecución.

2. La oportunidad reglada de la acción penal. Diferencias de otros modelos de persecución penal.

La oportunidad reglada implica la subordinación de la voluntad del ministerio fiscal de investigar a los casos que expresamente ha configurado la ley, fuera de esos casos no es posible prescindir de la investigación ni de la promoción de la acción penal, el ejercicio de la acción penal no es la excepción sino al contrario la regla general, los hechos que aparentan ser delitos deben ser investigados y promovidos².

² Sobre la configuración del modelo de oportunidad reglado es oportuno SEOANE SPIEGELBERG José Luis en CASADO PÉREZ José María y otros “Código Procesal Penal Comentado” Tomo II. Primera edición. Corte Suprema de Justicia AECI-PNUD. San Salvador. El Salvador. 2001 p 110.

En el caso del supuesto segundo el cual tiene el fundamento de la insignificancia o de los delitos de bagatela, es de reconocer que la cuna de esta formulación, esta reconocida proviene de la legislación procesal alemana, (Artículo 153 OPP). Precisamente el modelo de esta norma es la que ejercido influencia en el Código Procesal Penal Modelo para Ibero América de 1988 y de ahí a toda la reforma procesal latinoamericana. La regulación del supuesto número uno debe quedar condicionada a que la prescindencia de la persecución penal, no afecta esencialmente el interés público, en armonía con lo que se reglamenta respecto de la conversión de la acción penal pública a privada, y deben excluirse los delitos cometidos por funcionarios o empleados públicos, los cuales, aunque tengan un carácter insignificante, de exigua participación o de mínima culpabilidad, no deben ser objeto, de un criterio de oportunidad, éste último aspecto es el novedoso en el diseño de la oportunidad por mínima afectación.

La reglamentación del supuesto tercero, es bien conocido en la doctrina como el de "pena natural", el código alude a que el *danno naturalis* debe ser a consecuencia directa del hecho, cuestión que permite abarcar los efectos dañinos sufridos por las personas que comenten la conducta criminal, estos perjuicios pueden ser considerados desde una perspectiva física o psíquica y su entidad debe quedar supeditado a la proporcionalidad entre el daño sufrido y los alcances de la persecución penal.

El cuarto supuesto, se encuentra vinculado a una cuestión de simple eficiencia, si la persona, ya ha sido condenada a una pena de largo alcance o podría serlo a consecuencia de la multiplicidad de hechos, que se le imputan, es razonable, que en estos supuestos, la persecución penal, pierda todo sentido, por cuanto, las posibles penas a alcanzar no tendrían ninguna eficacia practica, respecto de una persona que, esta sujeta ya al cumplimiento de una larga condena, o de aquella persona que debido a la gravedad de algunas de las imputaciones que le formulan, otros hechos con penas menores, carecerían de relevancia.

Se regula un quinto supuesto sustentado en el hecho de que la persona sufra una enfermedad mortal incurable, en período terminal, el fundamento de ello, es que el ámbito penal sustantivo, es posible que a una persona que se encuentre condenada, y sufra una patología de las características señaladas, se le declare extinguida la pena. Precisamente ese mismo supuesto se traslada al proceso penal, en el sentido que, si la persona que será sometida a procesamiento, adolece de una enfermedad de estas características, es una cuestión de insuficiencia someterla a la persecución penal, y los costos que ello implica, no sólo en recursos, sino además en calidad de vida, por lo cual, es una mejor opción poder ponderar en el caso particular, si resulta más proporcional y eficiente conceder el criterio de oportunidad.

3. La oportunidad por colaboración del imputado. Configuración legal. Requisitos. Diferentes formas de control. Disconformidad y rechazo

La oportunidad por la colaboración del una persona que afirma haber participado en la ejecución de hechos delictivos, es otra de las formas de oportunidad de la acción penal. Quizá sea la forma más aplicada en la práctica procesal. Ciertamente la opción del llamado arrepentido o testigo de la corona, es polémica, y su admisión siempre ha contado con detractores y defensores, como se ha señalado ya desde el tiempo de Beccaria, que fue un férreo opositor a los imputados que actuaban en delación de otros³.

Por ello es importante expresar, que el criterio de oportunidad por colaboración se enmarca dentro de un régimen de excepcionalidad, solo para aquellos casos en los cuales, no obstante los amplios esfuerzos de investigación que se realicen por las agencias del sistema penal, hay cierto tipo de criminalidad que es casi imposible de ser satisfactoriamente enfrentada, por cuanto operan como verdaderas sociedades o empresas

³ Una excelente referencia en LLOBET RODRÍGUEZ Javier “Garantías y Sistema Penal”. Releyendo hoy a Cesare Beccaria. Ediciones Jurídicas Arete. San José Costa Rica. 1999 pp. 248 a 250

criminales, cuyas organizaciones hacen casi imposible la investigación de los múltiples delitos que comenten.

Precisamente la concepción del criterio de oportunidad como una forma del derecho procesal premial, es que el mismo debe ser excepcionalísimo, y debe estar regido por el principio de proporcionalidad, de tal manera que la concesión de un criterio de oportunidad es la última opción a la cual debe acudir quien tiene el peso de la investigación penal, sólo cuando todas las investigaciones realizadas sean infructuosas para poder desarticular las redes de organizaciones criminales, las normas procesales sobre instituciones de esta naturaleza establecen su procedencia en el carácter excepcional de las mismas, y únicamente con la finalidad de perseguir a un tipo de criminalidad como lo es la organizada.

Beneficiarios del criterio de oportunidad pueden ser los autores o los partícipes del hecho⁴, pero en cada caso el juez deberá ponderar la procedencia de la utilidad del criterio, por ejemplo no se pueden perseguir a los cómplices del hecho, concediendo un criterio a quien es autor o coautor, tampoco se puede conceder el criterio de oportunidad, para aquellos que han tenido una participación más grave, de los que se pretende perseguir, ello es lo que se puede entender de lo reglado "En los casos de colaboración con la investigación la conducta del colaborador deberá ser menos reprochable que la de los autores o partícipes cuya persecución facilita".

Por regla general esta prohibido conceder criterio de oportunidad, a los jefes de las organizaciones, salvo que esta sea la única forma de desarticular, perseguir y procesar a los restantes miembros de la cúpula de la organización, en estos casos la referencia es al crimen organizado, en los cuales los niveles máximos de jefatura, son desconocidos para los miembros intermedios y operativos de la organización, sólo en estos casos es plausible

⁴ Es importante destacar que el sentido de "partícipes" empleado en el inciso primero del artículo 18 CPP ha de ser entendido en una dimensión amplia como participante de un hecho delictivo, no se alude al concepto estricto de partícipe, con el cual quedarían únicamente comprendidos, los instigadores y los cooperadores. Es decir el término partícipe no ha sido utilizado en su estricto sentido dogmático penal.

que se considere necesario otorgar un criterio de oportunidad a uno de los grandes jefes de la organización, que en todo caso no puede ser el principal.

El control que se ejerce por la jurisdicción respecto de la oportunidad premial, se sustenta en el cumplimiento de los supuestos que la ley que ha previsto para que procedan tales beneficios, es decir es un control de legalidad, o sobre la configuración de la prohibición legal, con lo cual el juez debe cerciorarse que la oportunidad se concede dentro de la tipificación procesal, no se trata de controlar la conveniencia o no de la oportunidad, sino de ejercer un control del cumplimiento de la ley. Los aspectos objetos de control son: a) que la persecución penal sea de uno o de varios hechos imputados a un participante en el delito; b) que la solicitud se limite a una o algunas de las calificaciones jurídicas posibles; c) que se haya desarrollado algunas de las formas de colaboración previstas en la ley (arrepentimiento o colaboración); d) cuando se trate de colaboración que la misma sea menos reprochable desde una perspectiva objetiva; e) cuando se trate de criminalidad organizada que no sea un miembro de la cúpula; f) si se trata de un miembro de la cúpula, que su colaboración implique a los restantes miembros de la misma y en su caso a otros participantes.

Sobre el control del la oportunidad por colaboración se dispusieron al final en el Código dos sistemas, uno de preeminencia fiscal, en el cual la decisión sobre la procedencia formal del criterio de oportunidad, únicamente puede ser controlada por la disconformidad del juez ante el fiscal superior⁵, de tal manera que si aquél confirma la solicitud del fiscal subordinado, la decisión resulta vinculante para el juez en ese momento solo para los efectos de autorizar la procedencia formal del criterio de oportunidad. No se trata aquí de valorar la eficacia de la información brindada, de tal manera que sobre éste ultimo aspecto la decisión corresponderá fijarla al juez que en su momento tenga la valoración final sobre el asunto objeto de

⁵ Bajo esta forma de control se ha manifestado la Sala de lo Constitucional en la sentencia de las diez horas y treinta cinco minutos del veintiocho de marzo de dos mil seis, en la cual reconoció –habría que estudiar en su justa dimensión la sentencia– la autonomía del poder requirente de la fiscalía, pero a su vez la importancia de la potestad jurisdiccional.

pronunciamiento. Es decir que en ningún caso el juez puede ser obligado a sobreseer definitivamente a menos que en su opinión proceda tal decisión. La oportunidad de este mecanismo queda circunscrita a que la solicitud de criterio de oportunidad sea presentada antes de que se pronuncie el auto de instrucción (302 CPP) de tal manera que una petición posterior a dicho proveído permite aplicar el otro sistema de control que a continuación se expone.

En la otra forma de control, la predominancia es jurisdiccional, y se modifica la autorización del criterio de oportunidad, si bien es cierto la promoción de la acción penal corresponde a la Fiscalía General de la República, la decisión sobre la procedencia de la misma cuando se ha iniciado la instrucción formal de acuerdo a la ley ya no le correspondería a aquella, pues ejercida la acción penal, y habilitado la instrucción, la misma queda sometida a la jurisdicción, en tal caso corresponde a los jueces y magistrados, determinar si procede la aplicación del criterio de oportunidad conforme a los requisitos que la ley ha establecido.

En estos casos la forma de control se sigue manteniendo sobre los requisitos que el tipo procesal exige, es decir lo que se controla es el cumplimiento de la ley para conceder la oportunidad por arrepentimiento o por colaboración de conformidad a los supuestos que la misma ley ha establecido, el objeto de control, es de que no se concedan oportunidades fuera de las permisiones que la ley ha prescrito; sobre la eficacia de la misma –como se expreso en su momento– corresponderá a otro tribunal ponderarla al momento de realizar la valoración final sobre el merito de las pruebas.

El acuerdo que se realiza entre el ministerio fiscal y el imputado, asistido por su defensor es un aspecto importante para el ejercicio del control que se ha referido, es por ello que en muchos aspectos de la actividad de control que ejercerá el juez en cualquiera de los dos modelos planteados, los

acuerdos⁶ tienen relevancia para desarrollar la actividad de verificación respecto de la concesión de la oportunidad, en tal sentido, los acuerdos documentados son objeto de control.

En el modelo de control jurisdiccional la autorización del criterio de oportunidad por colaboración en un principio queda sometida a la decisión del juez de conocimiento, en caso de denegarse la oportunidad⁷ por que no cumple los requisitos establecidos en el artículo 18 CPP o por que no se han cumplido las prescripciones legales sobre los acuerdos (art. 22 CPP) el solicitante de la oportunidad puede recurrir la decisión ante las Cámaras de segunda Instancia por vía de apelación.

4. Aspectos sobre la conversión de la acción penal pública a privada.

⁶ Sobre el convenio se determina una reglamentación detallada respecto de las negociaciones para acordar el criterio de oportunidad, ciertamente este aspecto es medular, por cuanto sólo de esa manera se puede saber cuál ha sido el aspecto que se pacto en la llamada justicia premial. Las necesidades de explicitar los acuerdos que se pactan entre el ministerio fiscal y el imputado deben ser conocidos por al menos cuatro razones: la primera es el estricto control al cual deben estar sometidos todos los actos que impliquen ejercicio del poder, mucho más cuando el Estado, ha decidido no perseguir penalmente a una persona. La segunda se vincula a la necesidad de seguridad jurídica del propio justiciable. La tercera es posibilitar un adecuado mecanismo de defensa para los imputados que se verán afectados por la colaboración del arrepentido. Una cuarta se vincula a la posibilidad de que el juez pueda controlar la legalidad del acuerdo, para lo cual tiene que conocer el mismo en detalle. Se exigen como condiciones necesarias e imprescindibles del acuerdo las siguientes: (1) la identificación de los sujetos participantes;(2) el resumen de las negociaciones previas; (3) la relación de los hechos en los que ha participado el imputado objeto de la oportunidad; (4) la redacción completa del acuerdo, la cual contendrá los beneficios solicitados por el imputado, los ofrecimientos de la Fiscalía; y los beneficios acordados; (9) La determinación de declarar como testigo en los hechos respecto de los cuales se haya acordado el criterio de oportunidad. Además siendo el otorgamiento un acto procesal del ministerio fiscal deben colmarse los requisitos generales de las actas (135 CPP).

⁷ Es importante dejar aclarado, que en caso que el criterio de oportunidad sea denegado, toda la información brindada por el imputado carece de valor; ello se explica de manera sencilla, el acusado ha accedido a dar información sobre la base de un beneficio que iba a recibir, al no recibirse el mismo, por que la configuración del criterio de oportunidad no se ajustaba a los parámetros de la ley; lo declarado por el imputado, ya no queda amparado sobre la base de la autonomía de su voluntad que se encontraba condicionada. En tal caso la información se vuelve espuria y debe ser suprimido su conocimiento, se trataría en estos casos de un supuesto de prohibición probatoria, ligado a las reglas de exclusión de pruebas, sólo que como prohibición de prueba, tiene un carácter absoluto, nunca en ningún caso puede ser objeto de valoración, ello lo distingue de las reglas de exclusión de pruebas, que bajo ciertos supuestos admiten excepciones.

El instituto en comento, es acorde con aquellos sistemas penales, que tienden a darle un mayor protagonismo a la víctima en cuanto a la persecución penal de los delitos, o en cuanto a la mejor manera en la cual la víctima, pueda solucionar su conflicto con el imputado, alcanzando una mejor resolución del mismo que la que podría concederle el estado mediante el ejercicio del *ius puniendi*. De ahí que según doctrina y fallos de altos Tribunales de *lege condendo*, señalan que por una parte, se potencia la persecución penal por parte de la víctima, cuando esta quiere perseguir por si misma, el delito que se dice se ha cometido en contra de ella, o cuando decide buscar una mejor solución de acuerdo a sus pretensiones, siempre que no se afecten los intereses estatales en la persecución penal⁸.

Establecida la finalidad de la conversión de la acción penal pública a privada, en el sentido que es un mecanismo garantizador del acceso a la justicia por parte de las víctimas para que sus casos sean conocidos por la jurisdicción, deben examinarse cuando procede tal mecanismo. A partir de lo reglado en el inciso primero del artículo 29 el mecanismo de la conversión de la acción penal, es en principio obligatorio por ley, no dependiendo de la voluntad del fiscal, de tal manera que cuando el fiscal decida archivar, si media petición de la víctima la acción penal pública debe ser transformada en acción privada; esta obligatoriedad en la transformación solo tiene dos excepciones respecto de los casos por los cuales procede.

El primer supuesto no se encuentra condicionado, de tal manera que si se trata de un delito de acción pública previa instancia particular, y el fiscal ha decidido archivar el caso, la transformación de la acción penal, es obligatoria y no depende de la decisión del fiscal una vez que éste ha resuelto el archivo del expediente (los casos de archivo se encuentran previstos en el artículo 293 CPP).

⁸ Por ejemplo voto 2326-2002 del 6 de marzo de 2002 por la Sala Constitucional de Costa Rica. Siendo la clave de este instituto, que el delito no haya representado una grave afectación del interés público, por que en ese caso, la intervención penal le corresponde al Estado.

En el supuesto segundo se requiere el cumplimiento de dos aspectos básicos, uno es que el delito realizado no afecte gravemente el interés público⁹, aspecto que se ha de interpretar restrictivamente si lo que se quiere es favorecer el derecho de la víctima a perseguir por sus medios un delito que el fiscal ha decidido archivar; el otro supuesto parte de la necesidad que el infractor se encuentre individualizado, pero en opinión del fiscal los indicios sobre su participación son insuficientes para formular un requerimiento con los presupuestos que se exigen. Adviértase que el supuesto es una forma de protección a la víctima para que logre el acceso a la justicia, y si el fiscal decide no requerir a quien ya ha individualizado, y al contrario archivar, la víctima tiene el derecho de que se le permita su persecución privada con la sola limitación de que el delito no haya significado en su ejecución un hecho que afecte a la colectividad.

El otro supuesto abarca a los delitos que se cometan contra el patrimonio, concepto que puede entenderse en su sentido unificador de aquellas infracciones que atentan contra ese bien jurídico, y las excepciones previstas, se explican por cuanto en materia de política penal, es conveniente no someter a la conversión aquellos delitos contra la propiedad, que representan un grado de mayor ofensividad o de proclividad del autor a la comisión de los mismos; también se sustraen de la conversión los hechos ejecutados mediante formas de crimen organizado o cuando el hecho suponga una realización o investigación compleja.

El trámite dispuesto para la exigencia de la conversión, cuando la víctima ha formulado una petición de la misma, es la resolución del fiscal denegando la petición únicamente por los motivos que la ley señala para su

⁹ Ha de tenerse en cuenta que abstractamente considerado todo delito afecta el interés público si por este se entiende el beneficio de la colectividad, empero la norma no se refiere a esa forma de tutela, se refiere a una especial forma de resguardo ante una afectación de gran entidad que sobrepasa el interés individual, y supone un desmedro efectivo para los intereses sociales. Siendo que la acción penal sigue manteniendo un carácter irrenunciable de estatalidad, y que la persecución del delito, que se traduce en el quebrantamiento de normas y de afectación de los bienes jurídicos de terceros, es de interés estatal, resulta comprensible que en aquellos casos que revelen una grave afectación hacia determinados bienes jurídicos, el Estado mantenga el interés de asumir la persecución penal.

improcedencia, de no denegarse el fiscal deberá o presentar el requerimiento o convertir la acción penal a privada. En caso de que no resuelva dentro del plazo de cinco días, nace el derecho para acudir al fiscal superior para que la acción sea convertida. Este mismo trámite es el que deberá seguirse cuando el fiscal del caso deniegue la procedencia de la conversión, por que siendo la conversión un instituto que pretende desarrollar el principio de acceso a la justicia por parte de las víctimas, se requiere que las decisiones de los fiscales inferiores estén sujetas a control, al menos de sus mismos superiores jerárquicos.

Por una cuestión de seguridad jurídica, y para evitar que los procesos penales, se mantengan en los tribunales o en la Fiscalía en una especie de limbo jurídico, sin que se sepa si la víctima perseguirá penalmente o no a los justiciables, se le fija a la víctima un plazo para la persecución penal, si en ese plazo, la víctima no presenta la respectiva acusación, la acción penal se tiene por afectada mediante la caducidad. La misma regla de conversión se aplica para los casos reglados en el criterio de oportunidad, con excepción del criterio para arrepentidos o colaboradores (art. 19 CPP) con lo cual, los derechos legítimos de las víctimas de perseguir personalmente los delitos que les afecten quedan a salvo, cuando el Estado por una razón de conveniencia o de políticas de persecución penal decide no requerir en relación a un hecho determinado.

Fuente académica: Libro "Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal". Sánchez Escobar, Carlos Ernesto y otros. 1ra. Edición. CNJ/ECJ.2009.