

---

# EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL NUEVO C.P.P.

## The Opportunity or Discretion Principle in The New C.P.P. (Law No. 19.233).

IGNACIO CURBELO SOLARI\*

**ABSTRACT:** El artículo 100 de la ley No. 19.293 introduce por primera vez en nuestro sistema legal penal de mayores el **principio de oportunidad**. El principio de Oportunidad no reglado en el Uruguay. Breve mención al Derecho comparado. Casos en los que el Ministerio Público puede no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada; artículo 100 de la ley No. 19.293. Funcionamiento del principio de oportunidad. Mediación extraprocesal y acuerdos reparatorios. El principio de oportunidad y las faltas.

**Palabras clave:** Principio, oportunidad, ley No. 19.293.

**KEY WORDS:** Principle, opportunity, law No. 19.233.

### 1. Consideración preliminar

La sanción del nuevo C.P.P (Código del Proceso Penal) por ley No. 19.293 del 19 de diciembre del 2014 deja finalmente atrás –al menos en teoría-, el proceso penal de corte inquisitivo que rigió en nuestro país por más de 35 años luego de que el mismo fuera aprobado en 1980 durante la dictadura militar.

Irureta Goyena en el acto de inauguración del Colegio de Abogados del Uruguay en 1930 decía: “Los códigos requieren que de vez en cuando, alguien les quite el polvo que va dejando en ellos el curso inexorable de los años y ataque la obra un tanto heroica de su remozamiento, ajustándola al nuevo espíritu de los tiempos. De lo contrario los códigos se envejecen, pero como la vejez no los mata, ellos se encargan de envejecer a la justicia, de apolillar el derecho, de retardar la evolución jurídica, de embarazar poco a poco el curso de la civilización”.<sup>1</sup> Aunque el Codificador dedicaba estas palabras para referirse al Código Penal, bien vale traerlas a la memoria en ocasión de la reforma del proceso penal luego de su vigésimo intento de codificación.

El C.P.P. aprobado por el Decreto Ley 15.032 en 1980, rigió durante más de tres décadas y media en Uruguay, y nos concedió un lugar en la triste lista de los países con sistemas penales más vetustos y añejos de América.

Durante todo ese período, el proceso penal inquisitivo imperante hasta la actualidad en Uruguay, ha permitido procesos plagados de defectos e inconstitucionalidades, a saber y entre otros: abuso y desnaturalización de la prisión preventiva, prejuzgamiento,

---

\* Grado 1 en Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad de la República Oriental del Uruguay. Ignacio@curbeloabogados.com

1 Irureta Goyena, José, Homenaje a su memoria. Tipografía Atlántida, Montevideo, 1948, pág. 58.

extrema lentitud, carencia de oralidad, Jueces que instruyen, acusan, procesan, disponen o no la prisión, deciden la libertad y sentencian; mayoría de presos sin condena, violación de un plazo razonable para ser juzgado, inversión de la carga de la prueba, presunción de culpabilidad, ausencia de Juez y Ministerio Público en audiencias, nula protección y participación de las víctimas, imposibilidad del ejercicio de una adecuada defensa legal, violación del principio de igualdad de las partes, un Ministerio Público que tiene la facultad de no solicitar el inicio de proceso penal sin mayores fundamentos, etc.

No nos detendremos en el análisis de los puntos antes referidos en cuanto son harto conocidos por la doctrina y todos los operadores del sistema penal, pero fundamentalmente porque tenemos enfrente un nuevo horizonte el cual intenta propiciar un cambio cultural que permita mejorar el sistema judicial penal en su conjunto. Los acontecimientos que se sucedan en los tiempos venideros en la praxis penal serán los verdaderos juzgadores del éxito o fracaso de la implementación del mismo así como de la capacidad, incapacidad y compromiso de todos los actores en su adaptación.

Contrariamente a lo que puede pensarse a priori, en nuestro país rige en otra rama del derecho, un Código Procesal que regula un proceso mucho más ordenado, garantista, claro y moderno que el proceso penal. Me refiero a nuestro C.G.P (Código General de Proceso) aprobado por Ley 15.982 de 1988, que fue la labor codificadora más importante de nuestro país en el siglo XX. Claro está, ello fue producto del estudio de los sistemas procesales demócratas de América latina y en el Código procesal civil modelo para Iberoamérica. Luego de superadas las resistencias y las numerosas críticas iniciales – muchas de ellas basadas en el temor cultural al cambio-, éste Código General del Proceso Uruguayo, es hoy tomado de ejemplo en varios países de América Latina.

El nuevo C.P.P. parece haber aprendido del modelo del G.G.P, intenta seguir ese camino y asimilarse al mismo en algunos aspectos.

El citado cuerpo de leyes que comenzará a regir en el mes de julio del 2017 regula un proceso preponderantemente oral, acusatorio, público, con sucesivas audiencias, plazos más cortos, consagrando a las víctimas como partes con sus correspondientes derechos y estableciendo garantías de defensa.

El Juez ya no instruirá la investigación -la que estará a cargo del M.P (Ministerio Público) -, sino que dirigirá la audiencia preliminar y admitirá o no la formalización de la investigación que supone la sujeción del imputado al proceso, las medidas cautelares que sean pertinentes así como la vía procesal a seguir. Es importante señalar que si éste Juez dispone la prisión preventiva, declinará competencia para ante el Juzgado Letrado de Primer Instancia en lo Penal que por turno corresponda, según lo dispone el artículo 269 inciso 7.

Ello constituye un cambio significativo respecto del sistema anterior en el cual, el mismo Juez que procesaba dictaba luego sentencia, lo que a todas luces era inadecuado e inconveniente. En la praxis jurisprudencial era una circunstancia excepcional que el mismo Juez que hubiera procesado, luego dictaminara la inocencia de la persona, ya que el mismo se encontraba “contaminado” por la resolución inicial que afectaba su impar-

cialidad, implicaba de algún modo reconocer su error inicial y exponía al Estado a un juicio reparatorio patrimonial.

A su vez el artículo 26 prevé que todas las cuestiones formales y sustanciales que se planteen a partir de que la sentencia definitiva o interlocutoria con fuerza definitiva quede ejecutoriada, serán competencia del Juez Letrado de Primera Instancia de Ejecución y Vigilancia.

Según se dispone en el artículo 382 de la nueva ley, se deroga en su totalidad el viejo código de 1980, sus modificaciones y todas las disposiciones legales y reglamentarias que se opongan al presente Código, sin perjuicio de que los juicios en trámite se sigan rigiendo por el Código de 1980 hasta la sentencia definitiva de primera instancia.

Se consagra así un sistema acusatorio regido por los principios del debido proceso legal, el reconocimiento de la dignidad humana, el tratamiento como inocente, la prohibición del non bis in ídem, la oficialidad, la defensa técnica, así como la igualdad entre las partes, la publicidad del proceso, contradicción, duración razonable del proceso, el principio acusatorio y la intermediación.

## 2. Antecedentes

Entre los años 80 y 90 un movimiento reformista avanzó por Latinoamérica en procura de la instalación de un proceso oral y un sistema acusatorio para esos países. Finalmente en el año 1989 se aprobó el Código Procesal Penal Tipo o modelo para Iberoamérica, que no es una ley pero que fue una fuente material de mucha importancia para la nueva codificación procesal penal de toda la región.

Dicho Código modelo consagró en su artículo 230 el principio de oportunidad por parte del Ministerio Público, que permite que el mismo se abstenga de promover la persecución penal o cese la misma, en determinados supuestos.

Luego de ello, son numerosos los países de Latinoamérica que han consagrado el principio de oportunidad reglado, como ha sucedido con los casos de Perú, Colombia, Ecuador, etc. y finalmente, Uruguay.

El artículo 100 de la ley No. 19.293 que introduce por primera vez en nuestro sistema legal penal de mayores el **principio de oportunidad**, tiene también esos orígenes.

Decimos expresamente de mayores, ya que el Código de la Niñez y la Adolescencia del año 2004 en su Art. 76 literal L dispone el principio de oportunidad como un derecho del menor a los efectos de que se prescinda del procedimiento cuando, por la característica del hecho o por la naturaleza del bien jurídico agredido no se justifique la prosecución de la acción.

La consagración del principio de oportunidad reglado, busca de este modo desintoxicar en algo la administración de justicia, consagrar una alternativa o excepción al principio de legalidad, descriminalizar o más bien desjudicializar conductas de escasa entidad de daño social, y contribuir a un mejor y más eficiente sistema penal, entre otras

funciones.

Como sostiene Gonzalo Fernández, “la renuncia al procedimiento y a la persecución penal –una solución que en el derecho alemán se le atribuye como facultad al Ministerio Público, lo que es correcto y congruente con el principio de oficialidad de la acción- traduce una expresión franca del principio de oportunidad pues por su intermedio se logra descriminalizar -de jure- el delito de bagatela.”<sup>2</sup>

El principio de oportunidad se plasma entonces como una excepción al principio de oficialidad de la acción entendido éste como la obligación que tiene el Ministerio Público de promover necesariamente la acción penal cuando tuviere la recepción de una “notitia criminis”, así como del principio de legalidad o también llamado de obligatoriedad en el ejercicio de la acción derivado del artículo 10 de la Constitución de la República.

### 3. El principio de Oportunidad no reglado en el Uruguay

Se advierte por la doctrina, como una de las novedades más importantes de éste nuevo Código Procesal Penal, la consagración del principio de oportunidad reglado. Ello ha generado un amplio debate en cuanto a su conveniencia y alcance.

En realidad, el debate llega muy tarde. Uruguay no merecía treinta y cinco años de espera para consagrar el principio de oportunidad reglado. Bastaba solo una ley, sin necesidad de esperar una reforma integral del proceso penal en su conjunto, que hubiera permitido terminar con los excesos que durante años nuestro sistema ha tenido que tolerar.

Si hubo voluntad política de tipificar el delito de la mosqueta, el de reventa de entradas a espectáculos públicos, el delito de intermediación lucrativa para captar socios para las mutualistas – delitos todos que no protegen realmente ningún bien jurídico- bien se pudo haber consagrado antes el principio de oportunidad.

Quizá lo que ocurrió, no ha sido que no se pudo, sino que no se quiso. Debemos tener en cuenta que hasta hace muy poco tiempo el Ministerio Público tenía una muy estrecha relación con el Poder Ejecutivo ya que el mismo funcionaba bajo la égida del Ministerio de Educación y Cultura. Pese a la consagración de la independencia técnica de sus integrantes, resulta muy difícil evitar ser influenciado de algún modo en sus decisiones por la política que en la materia lleva adelante el Poder Ejecutivo. La inexistencia de un principio de oportunidad reglado otorga amplísimo márgenes para dictámenes muy imprecisos.

En nuestra opinión, no es correcto afirmar que en nuestro país no se aplicara el principio de oportunidad antes de la ley 19.230. Muy por el contrario, creemos que se ha hecho uso y abuso del mismo. Se aplicó un principio de oportunidad que al no estar delimitado ni reglado, funcionaba como un gran abanico que “permitía” amplias soluciones. Solo que no se lo llamaba por ese nombre.

<sup>2</sup> Fernández, Gonzalo, Crisis de la prisión y medidas alternativas, LJU, Tomo 111, cita online UY/DOC/775/2009.

Resulta cierto que en nuestro país la persecución penal por parte del Ministerio Público -edictada por el principio de oficialidad dispuesto en el artículo 10 del C.P.P anterior- es obligatoria. También es cierto que existe un muy fuerte arraigo y apego al principio de legalidad u obligatoriedad, y que no existía un principio de oportunidad reglado.

Pero no es menos cierto que - pese a ello- Jueces y Fiscales se ingeniaban a través de distintos vericuetos legales recurriendo a dictámenes escurridizos, sin mayores fundamentos legales basados generalmente en “razones de política criminal” para proceder a solicitar unos y disponer otros -obligados éstos últimos por la norma legal y el pedimento del Ministerio Público-, muchas veces, el archivo de actos delictivos sometidos a su consideración cuando mediaban determinadas circunstancias. Vale decir, que la valoración de las mismas dependía de la opinión del Fiscal o Juez interviniente, lo que provocaba que frente a iguales situaciones se concretaran muy distintas soluciones.

En nuestro medio se utiliza de modo intercambiable con la locución “razones de política criminal” fundamentalmente por los fiscales en sus dictámenes, quienes como dueños de la causa pública, vuelven más sencilla la resolución de los jueces en estos casos<sup>3</sup>.

Y ello, en realidad, no constituye el ejercicio del principio de oficialidad de la acción sino la “aplicación disfrazada” del principio de oportunidad.

Los principios de insignificancia y trascendencia resultaron muy importantes en esa tarea.

En ese sentido señala Enrique Ulises GARCÍA VITOR<sup>4</sup> que es necesario evitar excesos de punibilidad, siendo necesario para ello un correctivo a través del principio de insignificancia lesiva, según el cual es necesario excluir desde el comienzo las injerencias mínimas en el bien jurídico protegido por determinados tipos penales cuando estos sean materialmente insignificantes. El principio consiste en este sentido en una restricción tácita de los tipos, por tanto una exclusión de los mismos.

Y es cierto que como ha señalado Zaffaroni, “la criminalización alcanza un límite de irracionalidad intolerable cuando el conflicto sobre cuya base se opera es de ínfima lesividad<sup>5</sup>”. Y, que “en lugar de reconocer la selectividad inevitable del poder punitivo y limitar o reducir drásticamente la expropiación de conflictos, se optó por la utopía de ignorar su selectividad e impedir la alegación de motivos de oportunidad o conveniencia para no hacerlo<sup>6</sup>”.

Así el principio de lesividad indica que no obstante adecuarse una conducta a un tipo o Tatbestand penal, no existirá tipicidad de la misma, por cuanto una acción es definitivamente típica cuando, además de acomodarse objetiva y subjetivamente a un Tatbestand, se adecua también a la función a que está subordinado el tipo legal (protección de

3 Malet Vázquez, Mariana, El Principio de Igualdad en la Teoría del Derecho y la Dogmática Jurídica, FCU, Montevideo, pág. 172.

4 Ulises García Vitor, Enrique Ulises, La insignificancia en el Derecho Penal, Los delitos de bagatela, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, pág. 37.

5 Seguí, Ernesto, Límites al poder punitivo, citado por Zaffaroni, Raúl, Derecho Penal, Parte General, Ediar, Argentina, pág. 123.

6 Zaffaroni, Eugenio Raúl, Derecho Penal Parte General, Ediar, Buenos Aires, 1986 pág. 855.

un bien jurídico), y esto ocurre sólo en el caso en que la conducta resulte lesiva<sup>7</sup>.

Vale reconocer que muchas veces esas resoluciones judiciales estaban inspiradas en razones muy valederas y humanas en procura de soluciones más justas, en un derecho penal más humano.

Ello, por ejemplo como cuando se estaba frente a casos en que ocurría la llamada pena natural, constituyendo un ejemplo típico el homicidio culposo por accidentes de tránsito en el cual muere un familiar del autor del delito.

En muchas de esas hipótesis, cuando el Ministerio Público pedía el procesamiento, los Jueces, pese a que no tenían norma legal que los amparara, valientemente – ya que ello significaba violar el principio de legalidad – ordenaban el archivo de las actuaciones, pese a existir claramente un homicidio culposo tipificado como delito en nuestro ordenamiento positivo. Y ello no era en virtud de la aplicación del principio de oficialidad, sino lisa y llanamente la aplicación de un principio de oportunidad inexistente en nuestro derecho.

Así se ha sostenido jurisprudencialmente que: “el principio de oportunidad normalmente le es atribuido al Ministerio Público, quien puede no deducir la acción penal, lo que constituye una excepción al principio de la necesidad del ejercicio de la acción penal.- El Juez no puede dejar de aplicar una clara norma invocando tal principio”<sup>8</sup>.

“La discrecionalidad de los magistrados judiciales no tiene el alcance que se propone en grado anterior. Ya que ni por vía del principio de oportunidad o de la mínima intervención penal o por razones de política criminal puede el Juez archivar el caso”<sup>9</sup>.

Claro está que esas decisiones no regladas dependían de la sensibilidad y la posición filosófica – jurídica de los mismos, lo que provocaba que la incertidumbre sobre esas decisiones fuera total y que la suerte del justiciable dependiera del turno del Ministerio Público o del Juzgado en el que le tocara en suerte caer. Como se ve, una solución injusta a todas luces y violatoria del principio de igualdad.

Pero también es cierto que en otros casos existían actos no ya discrecionales, sino arbitrarios por parte del Ministerio Público no admisibles en un Estado Democrático, quién durante el desarrollo del presumario, solicitaba el archivo de las actuaciones. Pedido que además obliga al Juez, quien queda sin poder actuar o iniciar proceso alguno.

Basado en breves dictámenes de no más de una oración, es común ver que se disponían archivos por parte del Ministerio Público por ser: “de naturaleza civil...”, “razones de política criminal”, “no existiendo elementos de convicción” etc.

Resultaba materialmente imposible que se pudiera probar que ese dictamen de archivo basado por ejemplo en la “naturaleza civil del asunto”, era en realidad un acto arbitrario.

El titular de la acción Pública no puede actuar en forma arbitraria y desigual frente a iguales situaciones. El principio de legalidad y oficialidad impone que así se haga

7 Cháves, Gastón, La lesividad de la conducta como elemento de la tipicidad, Revista de Derecho Penal No. 13, FCU, Montevideo, pág. 369.

8 Uruguay, Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2º Turno, LJU 120, 17/03/1999, S 12, cita online UY/JUR/307/1999.

9 Uruguay, Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1er Turno, Sentencia No. 97, Año 2010.

siempre que exista un delito. Sin embargo, a diario encontrábamos soluciones distintas y contradictorias frente a casos idénticos o muy similares.

En realidad lo que se viene realizando es aplicar en mala forma “una especie de principio de oportunidad” que al no estar reglado, permite una enorme ambigüedad, discrecionalidad y hasta arbitrariedad (más allá de las responsabilidades disciplinarias) para que el dueño del proceso (Ministerio Público) dispusiera el inicio o el fin del mismo antes de que comenzara.

En ese sentido se ha sostenido también a ese respecto por nuestra jurisprudencia que: “El Ministerio Público recurrió a una suerte de principio de oportunidad para desestimar la pretensión deducida, lo cual no resulta ajustado a derecho”<sup>10</sup>.

Éste aspecto se mejora sensiblemente en el nuevo C.P.P. al exigirse ahora, la existencia una resolución fundada para el caso de que se decida no investigar o dar por terminada una investigación como excepción al principio de obligatoriedad de la acción, según se dispone en el art. 98 inciso 1, según veremos más adelante.

Se prevé también en éste caso, una instancia revisiva, ya que el denunciante o la víctima podrá solicitar al tribunal que ordene el reexamen del caso por un fiscal subrogante (art. 98 inciso 2).

Para el caso en que el Ministerio Público decida no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada en ejercicio – no ya como excepción al principio de oficialidad de la acción- sino como resultado de la aplicación del principio de oportunidad, también se requiere que se realice mediante resolución fundada y se remitirán las actuaciones a un fiscal subrogante si el Juez entiende que la decisión del fiscal no se ajusta a derecho (art. 100 incisos 2 y 3).

A partir de Julio del 2017 (fecha de entrada en vigencia de la ley 19.393) y en más, con la consagración reglada del principio de oportunidad consistente en el ejercicio del “ius puniendi” con carácter facultativo, pero no arbitrario y sometido a los límites que se establecen por la ley, la exigencia de resolución fundada, así como la actuación eventual de un fiscal subrogante, se podrán mejorar algunas de las injustas e ilegítimas situaciones antes referidas.

#### 4. ¿Qué es el principio de Oportunidad?

4.1 Señalaba ya hace algún tiempo Armenta Deu <sup>11</sup>que: “el proceso penal, la justicia penal no funciona. Resulta imposible cumplir con la aplicación del principio de legalidad. El aumento de la pequeña criminalidad y la ya citada progresiva incriminación han vuelto a justificar una limitación de aquel a través de diversas manifestaciones del principio de oportunidad”.

Para Langón<sup>12</sup>, frente al principio de oficialidad de la acción que establece que todos

10 Uruguay, Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2º Turno, Sentencia No. 384, Año 2010.

11 Armenta Deu, María Teresa, Pena y proceso, fines comunes y fines específicos, cita online <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46481.pdf>

12 Langón, Miguel, Curso de Derecho Penal y Procesal Penal, Ediciones del Foro, Montevideo, 2003, pág. 27.

los delitos deben ser perseguidos por el Ministerio Público que está obligado a actuar, se establecen criterios de discrecionalidad reglada que permiten al Magistrado no iniciar o no proseguir la causa.

Según Guaraglia, se puede conceptualizar el principio de oportunidad como la posibilidad concedida al titular de la acción penal –el Ministerio Público– de renunciar a la persecución o desistir de su ejercicio en los casos en que le está permitido, los cuales se hallan taxativamente enumerados por la ley procesal y por regla general su efectividad está sujeta a la aprobación del Tribunal y del interesado<sup>13</sup>.

Se lo describe también como la facultad otorgada al titular de la acción penal para, bajo determinadas condiciones, disponer de su ejercicio con independencia de que se tenga probada la existencia de un hecho punible contra un autor determinado<sup>14</sup>.

Y está muy bien que así sea. Como dice Hassemer<sup>15</sup>: “A corto plazo –desde el punto de vista económico, - y a largo plazo desde el punto de vista político- es poco inteligente obligar de la misma manera e intensidad a las autoridades instructoras al esclarecimiento de todos los delitos. Los recursos materiales y personales de dichas autoridades siempre serán insuficientes. Por ello las autoridades concentran su actividad instructora de manera selectiva, por lo cual, por otro lado, también ordena el legislador, en efecto, así se perseguirán intensamente unas conductas, indulgentemente otras, y otras simplemente no se perseguirán. Si el legislador no se aferra estrictamente al principio de legalidad, siempre tiene la posibilidad de aportar a las autoridades instructoras los criterios para una actividad selectiva, como limitar la persecución penal cuando se trate de bagatelas o cuando pueda prescindirse de la persecución penal por determinadas razones”.

#### 4.2. Breve mención al Derecho Comparado.

##### USA.

En los Estados Unidos, el principio de oportunidad constituye la regla general y no se encuentra reglado, de tal suerte que la decisión de perseguir o no determinados delitos le pertenece siempre al fiscal, quien la ejerce, generalmente sin sujeción a un mecanismo formal de control<sup>16</sup>.

En el Derecho Anglosajón, el principio de oportunidad constituye la regla y se traduce en las figuras del “plea guilty”; confesión dirigida a evitar el juicio; y el de “plea bargaining”; negociación entre el fiscal y el imputado que supone pactar la acusación en toda su extensión y, de este modo, reducir o mutar a conveniencia, si es el caso, el hecho penal en sí mismo considerado<sup>17</sup>.

13 Landeira Raquel, Revista Judicatura No. 39, FCU, 1988, pág. 73.

14 D’Albora, Francisco y Morello Augusto, en J.A. 1993- IV-733, citado por Cornejo Abel, Teoría de la Insignificancia, Rubinzal Culzoni, 2006, pág. 68.

15 Hassemer Winfried, La Persecución penal: legalidad y oportunidad, cita online [https://www.researchgate.net/publication/28213364\\_La\\_persecucion\\_penal\\_legalidad\\_y\\_oportunidad](https://www.researchgate.net/publication/28213364_La_persecucion_penal_legalidad_y_oportunidad), pág. 9.

16 Seoane, Gustavo Nicastro, Revista Judicatura No 58, pág. 45, Cade, 2015.

17 Bejarano Farid y Castro Johanna, El principio de Oportunidad en el Derecho Comparado, cita online [repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/416/El%20principio%20de%20oportunidad%20en%20el%20derecho%20com](http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/416/El%20principio%20de%20oportunidad%20en%20el%20derecho%20com)

Alemania.

En Alemania, por el contrario la Ordenanza Procesal Penal regula los casos en que la fiscalía puede prescindir de la persecución de los delitos, formando cuatro grupos vinculados a situaciones en que: a) el reproche por el hecho es insignificante y no existe ningún interés en la persecución penal; b) el interés en la persecución penal puede ser satisfecho de otro modo; c) el interés en la persecución penal es opuesto a intereses estatales prioritarios; d) el ofendido puede llevar adelante la persecución penal.<sup>18</sup>

Perú.

En el derecho procesal peruano, y según dispone el artículo 2 del C.P.P, el Ministerio Público puede abstenerse de ejercitar la acción penal cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias del delito, culposo o doloso, siempre que no tenga pena privativa de libertad mayor a 4 años y la pena resulte innecesaria; cuando los delitos no afecten gravemente el interés público así como cuando concurrieran determinadas atenuantes.

Como se advertirá más adelante, el artículo 100 de la ley uruguaya No. 19.293 es bastante similar a éste último modelo, y quizá la diferencia más notable con el sistema peruano es que en éste, el Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, puede abstenerse de ejercitar la acción penal en los supuestos antes referidos.

## 5. EL NUEVO CÓDIGO DEL PROCESO PENAL. LEY 19.293

Art. 82 Presupuesto para el ejercicio de la Acción Penal.

La importancia que ha adquirido la víctima en el proceso penal, lleva a que incluso, en algunas legislaciones, sea ésta la titular de la acción penal bajo determinadas circunstancias.

A diferencia de esos sistemas el nuevo CPP mantiene la titularidad de la acción penal en el Ministerio Público.

Dispone el artículo 82 del nuevo cuerpo de leyes en su capítulo I – Presupuestos para el ejercicio de la Acción Penal:

*“La acción penal es pública. Su ejercicio corresponde al Ministerio Público y es necesario salvo las excepciones establecidas por la ley.”*

### V. El principio de oportunidad en la ley 19.293. Artículo 100

Si bien la denominación de principio de oportunidad sugiere una razón temporal, y así lo hace ésta ley exigiendo que hayan transcurrido 4 años desde el hecho -, se consagra no sólo dicha hipótesis, sino también otras de distinta naturaleza, referidas a la escasa entidad del delito, el interés público, la calidad de funcionario público del sujeto activo del delito y la grave aflicción causada al imputado en delitos culposos.

[parado.pdf?sequence=1](#), pág 21.

<sup>18</sup> Ídem, pág. 45.

### Titulo III. De la Acción Penal. (Principio de oportunidad)

100.1 *El Ministerio Público podrá no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada, en los siguientes casos:*

*a) cuando se trate de delitos de escasa entidad que no comprometan gravemente el interés público, a menos que la pena mínima supere los dos años de privación de libertad, o que hayan sido presumiblemente cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones;*

Con esta primera hipótesis, se consagra el principio de insignificancia; la ley busca dejar de lado y evitar perseguir los delitos denominados de bagatela (cosas de poca sustancia, valor o estimación) que son delitos menores de índole generalmente patrimonial en los que no hay daño al bien jurídico tutelado o éste es mínimo, de escasa reprochabilidad; llevar la praxis penal a un derecho penal mínimo y que la respuesta penal sea la última ratio.

La preocupación de la doctrina por dar solución dogmática al problema se presenta a partir, como es obvio de la existencia de pronunciamientos judiciales que, aferrándose a una tipicidad formal, punían comportamientos que la mínima idea de racionalidad del sistema jurídico penal indicaba que debían quedar fuera de su alcance. Estos casos, que por otra parte si bien preocupantes, no han sido al menos en nuestro país masivos debido al sentido común de la magistratura que, recurriendo a métodos para-procesales los han excluido del sistema, merecen un detenido análisis<sup>19</sup>.

Las conductas que afectan en forma mínima el bien jurídico protegido por el tipo penal, resultan, en principio atípicas, por no revestir la entidad suficiente que requiere el ilícito para demandar la intervención del Estado por su acontecer<sup>20</sup>.

Al no precisar la ley el concepto de “escasa entidad”, la valoración de la misma queda supeditada a la discrecionalidad del M.P. en el caso concreto.

Esta valoración, claro está, debe respetar además, el hecho de que el límite legal punitivo mínimo no supere los dos años, que no comprometa el interés público, y que no haya sido cometido por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

Como se observa, se trata de 4 requisitos que deben darse en **forma acumulativa**: a) escasa entidad; b) pena mínima que no supere los 2 años; c) que no comprometa el interés público; y d) que el responsable no fuera un funcionario público en ejercicio de sus funciones.

El concepto de escasa entidad, parece referirse en este caso a la gravedad de la pena más que a la importancia del bien jurídico tutelado, estableciendo el límite en un mínimo de dos años, lo que abarca los llamados delitos excarcelables.

19 Ulises, García Vitor, Enrique Ob cit., pág.15.

20 Ulises, García Vitor, Enrique; Ob cit., pág. 19.

Podría pensarse a priori entonces, que frente al delito del artículo 310 del Código Penal - homicidio simple - castigado con pena mínima de veinte meses de prisión, el Ministerio Público podría aplicar el principio de oportunidad.

Pues bien, creemos que ello no es posible ya que la ley exige que no se comprometa el interés público.

Respecto al concepto de interés público, nuestros tribunales han sostenido que el giro interés público es equiparable al interés general, al interés colectivo, de una sociedad, o de una región determinada. Estas nociones que particularizan aspectos colectivos componen una nómina de inquietudes, necesidades, disposiciones que son compartidas por la enorme mayoría de los sujetos de derecho en una colectividad y que se dirigen hacia un fin principalmente colectivo. Véase LJU. c. 14.306 (T.A.P 1º Sent. 43/2001)<sup>21</sup>.

“En este caso, el bien jurídico violentado (la vida) impide que el delito sea considerado de escasa entidad y que no compromete gravemente el interés público. En principio, lo mismo podría llegar a decirse de las lesiones dolosas, sean personales, graves o gravísimas (Arts. 316, 317 y 318 del C. Penal, pero habrá que estar a las particularidades que presente cada caso<sup>22</sup>.

***b) si se trata de delito culposo que haya irrogado al imputado una grave aflicción, cuyos efectos puedan considerarse mayores a los que derivan de la aplicación de una pena;***

Ya nos hemos referido al tema de la pena natural. Nuevamente aquí es el Ministerio Público quien deberá valorar lo que se entiende por “haber sufrido una grave aflicción mayor a la aplicación de una pena”.

No se trata de un criterio objetivo sino valorativo, aplicado en cada caso concreto. Así por ejemplo, la pérdida de un familiar a manos de una imprudencia vehicular del imputado podrá consistir o no una grave aflicción. Así podrá serlo, la pérdida de su concubina de toda una vida, y no constituir la misma, la pérdida de su ex cónyuge o de un hermano que vive en el exterior y con el cual no se tiene relación desde hace años.

***c) si hubieren transcurrido cuatro años de la comisión del hecho y se presuma que no haya de resultar pena de penitenciaría, no concurriendo alguna de las causas que suspenden o interrumpen la prescripción.***

Esta hipótesis refiere al principio de oportunidad en cuanto a la temporalidad del hecho delictivo, fijando un límite mínimo de 4 años desde la comisión del mismo cuando se presuma que no haya de resultar pena de penitenciaría.

Resulta interesante señalar que, según dispone el artículo 16 del Código Penal, **las leyes procesales se aplican a los delitos cometidos con anterioridad a su vigencia.**

21 De Cores, Carlos y Cal, Juan, El concepto de interés Público y su incidencia en la contratación administrativa, Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, cita online [revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Cal-y-De-Cores-El-concepto-de-interes-publico-y-su-incidencia-en-la-contratacion-administrativa.pdf](http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Cal-y-De-Cores-El-concepto-de-interes-publico-y-su-incidencia-en-la-contratacion-administrativa.pdf), pág. 132.

22 Seoane, Gustavo Nicastro, Revista Judicatura No 58, , Cade, 2015, pág. 55.

En consecuencia, una vez que comience a regir el nuevo Código, podría intentarse solicitar la aplicación del principio de oportunidad a hechos anteriores a la ley, por ejemplo, si ya han transcurrido más de 4 años de la comisión del hecho o si se diera alguno de los otros supuestos previstos en el artículo 100.

## 6. ¿Cómo funciona el Principio de Oportunidad?

a) En primer lugar, debemos señalar que si el Ministerio Público decide no iniciar la persecución penal en caso de asistir a un hecho delictivo o abandonar la ya iniciada, lo debe hacer por **resolución fundada**.

Ello marca una ostensible mejora con el sistema actual en el cual es usual que el Ministerio Público solicite el archivo de un expediente sin prácticamente brindar explicaciones como ya hemos mencionado anteriormente.

Ahora bien.

Se debe tener presente, que por resolución fundada debe entenderse un dictamen que contenga un conjunto de motivos, razones o argumentos de hecho y especialmente de derecho, en que se apoya una decisión judicial<sup>23</sup>.

Por lo que no puede sencillamente resolverse la cuestión -como se estila en muchas oportunidades- diciendo por ejemplo: *“Se dispone el levantamiento del secreto Bancario por “resolución fundada”*.

El hecho de transcribir el término “resolución fundada” no exime a su autor de la realización de un dictamen que explique las razones de hecho y de derecho que motivan las misma.

b) Posteriormente se debe remitir la misma al tribunal competente, al denunciante y la víctima.

c) El Juez debe realizar un control de regularidad formal.

También a diferencia del sistema hasta hoy vigente, en el cual el Juez nada podía hacer frente a una solicitud de archivo por parte del MP, en éste caso, el Juez realiza un control de la regularidad formal de la resolución.

Entendemos que el Juez no puede entrar en el fondo de la cuestión, como por ejemplo considerar que no se trata un delito de escasa entidad si así lo hubiera valorado el Ministerio Público, sino que por el contrario debe limitarse a verificar que el caso se encuentre dentro de alguna de las hipótesis del artículo 100.

e) Si el mismo entiende que no se ajusta a derecho por no encuadrar en las previsiones del mencionado artículo, debe remitir las actuaciones al fiscal subrogante, quedando el primero impedido de actuar.

Funciona así entonces una especie de revisión o nuevo control por parte de otro integrante del Ministerio Público para el caso en que el Juez considere que la decisión no se ajusta a derecho, operando ello como una garantía para víctima e imputado.

f) El Fiscal subrogante deberá expedirse dentro del plazo de 20 días y su resolución es definitiva.

### **Ventajas de su aplicación.**

Si bien creemos que el principio de oportunidad traerá aparejado mejoras en nuestro sistema penal, debemos tener en cuenta que -como señala Armenta Deu- el mismo surge - y la historia así lo demuestra - ante la imposibilidad de la Administración de Justicia a la hora de cumplir sus objetivos, y al igual que la pena, debe entenderse como un mal necesario, utilizable, por tanto, cuando no exista otro remedio mejor<sup>24</sup>.

### **Ventajas:**

- Plasma una excepción reglada al principio de la oficialidad de la acción.
- Permite descriminalizar los delitos de bagatela, los casos en que ocurre la pena natural y cuando el transcurso del tiempo torna innecesaria la aplicación de una pena.
- Establece soluciones normativas enunciadas taxativamente en tres casos concretos.
- La resolución de no iniciar la persecución penal o abandonar la misma debe ser por resolución fundada.
- Existe un control de regularidad formal por parte del Juez de la decisión del M.P. de aplicar éste principio.
- Se comunica al denunciante y a la víctima.
- Existe una especie de instancia revisoria, ya que si el Juez entiende que la decisión del fiscal no se ajusta a derecho, éste queda impedido de actuar y se remiten las actuaciones a un fiscal subrogante.
- Implica un tibio cambio de orientación ante el creciente proceso de criminalización y aumento de penas.

### **Críticas:**

- Deja de lado completamente a la víctima ya que no se requiere de su consentimiento para la renuncia de la persecución o abandono penal de la misma.
- No se establece qué debe entenderse por delitos de escasa entidad, concepto que queda librado a la discrecionalidad del MP.
- El plazo de cuatro años parece excesivo, pues existen delitos con prescripción de

<sup>24</sup> Deu, Armenta, ob. Cit., pág. 459.

dos años (art.117 inc.3 del C. Penal).

## 7. Addenda.

### El principio de oportunidad, mediación extraprocesal y los acuerdos reparatorios

Señala Aller, que: deben procurarse mecanismos alternativos para dirimir conflictos penales sin la hiperinflación que ya se padece en los juzgados y tribunales uruguayos. La solución que se presenta más efectiva en otras latitudes es “despenalizar” el conflicto desviándolo a instancias con intervención de expertos en Derecho y otras áreas que interactúen mediando, conciliando y reconciliando a víctimas y victimarios<sup>25</sup>.

Sin haber entrado en aún en vigencia y postergada una vez más, ahora hasta el 16 de Julio del 2017 la aplicación de la ley 19.293, la misma ya ha sufrido modificaciones.

Es el caso de los artículos aprobados de los proyectos de ley correspondientes a los distribuidos números 727 y 731/2016 en la sesión del 7 de Junio que regula la mediación extraprocesal y los acuerdos reparatorios entre otros.

En efecto en el artículo 7 de dicho proyecto se dispone incorporar a la ley No. 19.293 el artículo 384 y siguientes, mediante los cuales se regula la **mediación extraprocesal** como un mecanismo de resolución de conflictos en casos que no revistan extrema gravedad. En esas circunstancias el MP **puede** derivar el caso a formas extraprocesales de resolución del conflicto, lo que requiere la conformidad de autor y víctima para iniciar dicho proceso restaurativo.

Ahora bien. Nada se dice sobre cual es la consecuencia de arribar a un acuerdo entre las partes. Suponemos que el espíritu de dicha norma es que en ese caso de prosperar la mediación, no exista prosecución penal por parte del Ministerio Público, al haberse “solucionado” el conflicto a través de éste medio alternativo.

Pero qué ocurre entonces si no hay acuerdo? El Juez debe iniciar la persecución penal debido al fracaso de la mediación?

Si ello fuera el caso, la solución es muy mala porque el supuesto autor del delito podrá encontrarse frente a una especie de “mediación extorsiva”, debido a que la iniciación del proceso penal en su contra dependerá del arreglo –generalmente económico- que acepte o no la víctima.

Por otra parte tampoco se establece -mas allá de la procedencia de esta vía alternativa para aquellos casos que no revistan gravedad- cuáles son los parámetros que debe utilizar el Juez para hacer uso de esta potestad facultativa que le otorga el art. 384.

La mediación extrajudicial parece tener estrecha vinculación con el principio de oportunidad consagrado en el artículo 100 por cuanto uno de sus criterios de aplicación es justamente la escasa entidad del delito.

<sup>25</sup> Aller, Germán, Acerca del Código del Proceso Penal y sus modificaciones antes de entrar en rigor, cita online [http://wold.fder.edu.uy/contenido/penal/cpp\\_aller.pdf](http://wold.fder.edu.uy/contenido/penal/cpp_aller.pdf).

La decisión de optar por la aplicación del principio de oportunidad sin más, o la de derivar el conflicto a una mediación extrajudicial a los efectos de buscar resolverlo por esa vía, queda al exclusivo arbitrio del Ministerio Público. Ello tampoco parece acertado ya que la víctima reclamará en todos los casos de delitos de menor gravedad, la aplicación de éste ámbito de resolución a los efectos de ver recompensados los males causados por el delito por parte de su autor.

Por ello, la aplicación del principio de oportunidad liso y llano, decidiendo no iniciar persecución penal ni derivar el tema a la mediación, podrá constituir una situación desigual con aquellos casos en los que el Ministerio Público sí decida hacerlo.

Por otra parte, el artículo 7 del mencionado proyecto incorpora a la ley el artículo 395 que prevé los acuerdos reparatorios. Los mismos pueden ser suscritos por el imputado y la víctima desde el momento de la formalización de la investigación y durante todo el proceso, en los casos en que no exista interés público en la persecución o cuando la gravedad de la culpabilidad no se oponga a ello.

El Juez de oficio o a petición del Ministerio Público podrá negar la homologación del acuerdo, resolución que es apelable con efectos suspensivo.

El cumplimiento del acuerdo reparatorio tiene como consecuencia la extinción del delito.

Obsérvese que las hipótesis de procedencia del acuerdo reparatorio –previstas en el artículo 396- son similares y algunas comunes, a las del artículo 100 relativo al principio de oportunidad, por lo que ambos institutos se encuentran en estrecha relación.

## **8. Las Faltas. Libro III del Código Penal (Ley No. 19.120)**

Su Inaplicabilidad.

En nuestra opinión el principio de oportunidad legislado en el inciso a) del artículo 100 de la ley 19.293 aparece como consecuencia la inaplicabilidad y hace prácticamente desaparecer el régimen de las faltas previsto en el Libro III del Código Penal, reguladas por la ley 19.210 del 20 de agosto del 2013.

Nuestro sistema ha dejado de lado la clásica división bipartita de delitos y faltas, para pasar a una clasificación tripartita de crímenes, delitos y faltas según se dispone en el artículo 2 del Código Penal luego de la modificación introducida por el artículo 1 de la ley No. 18.026 del año 2006.

Si bien hay quienes sostienen que entre un delito y una falta existe una distinción de carácter ontológico, sustancial y no sólo de grado, en nuestro sistema, la diferencia radica en la mayor gravedad del hecho ilícito en el delito propiamente dicho respecto a las faltas, lo que provoca que éstas últimas se castiguen únicamente con pena de multa o trabajo comunitario. Así lo dice el Codificador al establecer que: “La falta, en substancia

es un delito poco grave, como el delito es una falta de máxima gravedad”<sup>26</sup>.

Señala Soler<sup>27</sup>, que las contravenciones se reprimen por mera utilidad social, importan una desobediencia y perjudican sólo la prosperidad.

Incluso hay quienes que como Aller<sup>28</sup>, consideran que las faltas carecen de fundamento científico y jurídico; y que no son desde el punto de vista conceptual, un delito.

Las faltas o delitos enanos como los llamaba Enrico Ferri, o sea los delitos de bagatela o insignificancia, constituyen la razón de ser de la aplicación de ésta primera hipótesis del principio de oportunidad, lo que es congruente además, con la opinión de la comisión de reforma del Código Penal creada por el artículo 22 de la ley No. 17.897 que considera que deben eliminarse en su totalidad las mismas.

Como hemos visto, los requisitos exigidos por el inciso a) del art. 100 del nuevo C.P.P. para poder aplicar el principio de oportunidad refieren a: i) que se trate de delitos de escasa entidad; ii) que no comprometan gravemente el interés público, a menos que la pena mínima supere los dos años; o iii) que hayan sido presumiblemente cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones.

Pues bien, respecto a la primera exigencia, las faltas son siempre en esencia de delitos de escasa entidad ya sea se las considere delito o infracciones administrativas; no comprometen gravemente el interés público y son castigadas con multa o trabajo comunitario pero nunca con prisión, por lo se cumple también el requisito de que el delito no tenga una pena que supere los dos años.

En consecuencia, únicamente continuarán siendo aplicables, para el caso de que las mismas sean cometidas por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, lo que sólo puede darse en algunas de las hipótesis de la ley 19.120.

Así entonces, prácticamente se torna inaplicable todo el capítulo Libro III de nuestro Código Penal, eliminándolas o tornándolas inaplicables por medio de ésta vía indirecta de aplicación del principio de oportunidad.

## 9. Conclusión

Finalmente, como decía Hassemer, la relación entre legalidad y oportunidad en la persecución penal en la práctica del Derecho, no es tanto un problema de textos legales como una consecuencia de la *fáctica implementación del Derecho*. Efectivamente, un Derecho Procesal -por muy inteligentemente configurado que esté y por muy acorde que sea con los principios del Estado de Derecho- sólo vinculará a la persecución penal si las autoridades instructoras y Tribunales penales así lo deciden. Por ello, la mixtura lega-

26 Irureta Goyena, José, Proyecto del Código Penal Uruguayo, Exposición de motivos, Capítulo XXII.

27 Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo 1, TEA, Buenos Aires, 1992, pág. 294.

28 Aller, Germán, Crítica al Proyecto de ley Sobre Faltas, cita online [wold.fder.edu.uy/contenido/penal/aller-faltas-cau-2013.pdf](http://wold.fder.edu.uy/contenido/penal/aller-faltas-cau-2013.pdf).

lidad-oportunidad, depende finalmente de la ética de las autoridades y Tribunales, del control del público y de la confianza de la población en el Derecho<sup>29</sup>.

La regla de la oportunidad bien aplicada por los fiscales, a la luz del día, bajo control de la superioridad de las partes en el proceso y del juicio de la comunidad puede cumplir un rol relevante de contención del poder, especialmente útil en esta época de inflación penal, como una manera eficaz de salvaguardar los principios esenciales de un derecho penal de mínima intervención, característico de los estados de derecho<sup>30</sup>.

El principio de oportunidad que comentamos, inspirado en una lógica reduccionista, supone al menos un visible apartamiento de la inusitada expansión penal adoptada en los últimos años, que replantea el problema que preocupa a todos los penalistas, en ese eterno escollo de saber si es realmente delito todo aquello que el legislador se le ocurra designar como tal mediante la imposición de una pena o sólo lo es aquello que está en contra de las valoraciones universales, meta jurídicas, que derivan de la misma naturaleza y de los presupuestos básicos de la vida en sociedad, fundados en la libertad y la responsabilidad del individuo.-

---

<sup>29</sup> Hassemer, Winfried, La persecución penal: legalidad y oportunidad, Ob cit., pág. 11.

<sup>30</sup> Langón, Miguel, Excepciones a la obligatoriedad de la Acción Penal, Revista de la Universidad de Montevideo, Número 27, año 2015, pág. 211.