

PERSECUCIÓN PENAL ESTRATÉGICA DE LA DELINCUENCIA ECONÓMICA: CRITERIOS DE OPORTUNIDAD Y SELECCIÓN DE CASOS

*Agustín CARRARA**

Fecha de recepción: 2 de diciembre de 2016

Fecha de aprobación: 17 de febrero de 2017

Resumen

En el presente artículo se analiza cómo racionalizar la política de persecución penal de los Ministerios Públicos en materia de criminalidad económica, orientando la selectividad del sistema hacia una forma más democrática y justa. En primer lugar, se expone el desafío de controlar la carga de trabajo de las fiscalías y su vínculo con una persecución penal estratégica. Esto se enmarca en el paradigma del principio de oportunidad, propio de los sistemas acusatorios. Se analiza la importancia del criterio de oportunidad por insignificancia político criminal, explicando en qué consiste y cómo está regulado en las distintas provincias. Finalmente se comenta el caso "Viegas", un precedente de la provincia de Santa Fe donde se discutió la aplicación de este criterio de oportunidad. A través del análisis de los argumentos de las partes intervinientes, se extrae un precedente valioso para los Ministerios Públicos del país en materia de persecución de la corrupción y la delincuencia económica.

Palabras clave

Reforma procesal penal – Sistema acusatorio - Corrupción - Criminalidad económica – Ministerio Público Fiscal – Criterios de oportunidad – Selectividad penal

* Abogado con especialización en Derecho Penal graduado de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Director Ejecutivo del Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica (CIPCE). Correo electrónico de contacto: carraraagustin@gmail.com

STRATEGIC CRIMINAL PROSECUTION OF ECONOMIC CRIME: CASE SELECTION

Abstract

In this article the author analyses how to achieve a rational criminal prosecution policy by the Public Prosecutors regarding economic crime, by aiming towards a criminal selectivity more democratic and just. First, the paper explains the challenge of managing the workload in the prosecution units and its link with strategic criminal prosecution. This is related to the principle of opportunity in accusatorial systems. The author analyses the importance of case selection based on the relevance of each case according to the criminal policy, explaining what does it mean and how is it legislated in each Province. Finally, there is an analysis of the case "Viegas", a precedent from Santa Fe Province where the prosecutor applied this case selection method. By studying the arguments of each part in this case, we obtain a valuable precedent for every Office of the Prosecutor in our country, regarding the prosecution of corruption and economic crime.

Keywords

Criminal Procedure Reform - Accusatorial System - Corruption - Economic crime - Office of the Prosecutor - Principle of opportunity - Criminal selectivity

I. Introducción: consideraciones generales

En un trabajo previo publicado en esta revista hemos analizado la impunidad que caracteriza a la corrupción y a la delincuencia empresarial (CARRARA, 2015: 199-203). A través de distintos relevamientos empíricos realizados en los últimos años, observamos cómo la persecución penal suele ser sumamente ineficiente frente a estas formas de criminalidad. Así, la impunidad de los poderosos y la ineficiencia del Estado en la prevención y persecución de sus delitos se nos presentan como dos fenómenos fuertemente relacionados. Aquel trabajo pretendía indagar qué significa la reforma procesal penal para la investigación y el enjuiciamiento de los casos de corrupción, fundamentalmente en el marco del avance —lentísimo avance— hacia un sistema de corte acusatorio y adversarial a nivel federal.¹ En esta oportunidad, me propongo retomar la

1 La distinción entre "acusatorio" y "adversarial" no será analizada en este artículo ya que no

misma problemática para analizarla desde otro ángulo, centrado en la selectividad del sistema penal.

En los ámbitos académicos, cuando se discute la selectividad del sistema penal, el foco de debate se pone de forma casi exclusiva en quiénes son los que mayoritariamente pueblan las cárceles. Si bien esto se complementa con una referencia genérica a aquellos que no suelen ser “atrapados” por el sistema por su capacidad de ejercer poder político, económico y/o de otra índole, esa línea de análisis no suele ser profundizada. Menos aún se han visto desarrollos teóricos y prácticos en torno a la selectividad existente dentro de cada tipo de conflictividad. Sabemos que la Justicia penal aborda los robos y el narcomenudeo de una manera muy distinta a lo que ocurre con los casos de lavado de activos, por ejemplo; pero poco se ha estudiado sobre qué pasa y qué debería pasar con ese último ámbito específicamente: ¿se persiguen todos los casos de lavado por igual? ¿Las condenas existentes han desbaratado organizaciones y redes complejas o han captado casos aislados? ¿Existen banqueros, abogados y contadores sancionados, o el espacio de los facilitadores e intermediarios ha permanecido inmune?² Y tan importante como todo lo anterior, ¿cómo *debería ejercerse* esa selectividad?

Al preguntarnos cómo debería ejercerse esa selectividad asumimos que ella necesariamente estará presente. Por un lado, porque la selectividad del sistema en términos generales es inevitable, como indica Zaffaroni al sostener la imposibilidad de “llevar a cabo toda la criminalización primaria” (ZAFFARONI, SLOKAR y ALAGIA, 2009: 12). Además, la situación actual de la Justicia federal argentina no permite otra salida. El problema de la carga de trabajo ha alcanzado niveles que exceden la queja puntual de algún operador del sistema; como explica BINDER (2011), hemos alcanzado un estado de *sobrecarga endémica* (pp. 230-1):

[e]l efecto de la sobrecarga endémica es la anulación de hecho de toda eficacia posible de la política criminal. Si ella, en condiciones normales, regula los medios idóneos para intervenir

deviene esencial para los temas que se discutirán. Al respecto, puede consultarse, entre otros, HAZAN (2009).

² Con “facilitadores” e “intermediarios” nos referimos, básicamente, a todos los profesionales e instituciones que brindan servicios esenciales para el diseño y ejecución de maniobras de lavado de activos, evasión de impuestos y fuga de capitales, entre otras actividades.

en los conflictos según los objetivos propios de la política de gestión de la conflictividad, en las condiciones de sobrecarga endémica es prácticamente imposible que pueda cumplir alguna función positiva...

Como podemos ver, no se trata solamente de regular la 'sobrecarga de trabajo'. La idea de 'sobrecarga endémica' no es un simple problema organizacional; se trata de un modo de configurar la política criminal.

Sin dudas, son varias las líneas de acción que pueden tomarse frente a esta situación. En este trabajo, nos centraremos exclusivamente en la capacidad de los Ministerios Públicos de seleccionar qué casos perseguir dentro de todas las manifestaciones de criminalidad económica existentes. Para esto, desarrollaremos algunas ideas en torno al control de la carga de trabajo, la persecución penal estratégica y el principio de oportunidad. Luego, tomaremos como base el caso "Viegas", un precedente surgido en la provincia de Santa Fe en febrero de 2016, para profundizar en torno a la utilización de los criterios de oportunidad y otras cuestiones vinculadas al caso.³ Finalmente, esbozaremos algunas reflexiones en torno a la importancia de este precedente y las posibilidades que abre para todos los Ministerios Públicos de Argentina en la persecución de la corrupción y la delincuencia económica. Todo esto, con el objetivo último de reconducir esa selectividad inevitable hacia una forma de ejercicio más democrática y justa.

II. El control de la carga de trabajo: principio de oportunidad y persecución penal estratégica

A) Manejo del flujo de casos: la oportunidad en el ejercicio de la persecución penal

La función más básica que un sistema de persecución penal debe estar en condiciones de satisfacer es la capacidad de manejar razonablemente los casos que conoce, o bien, hacerse cargo del flujo de casos que recibe. Así, la

3 Cámara de Apelaciones en lo Penal, 2da circunscripción judicial de Santa Fe, "Viegas, Juan Eduardo s. denegatoria aplicación criterio de oportunidad", legajo judicial CUIJ n° 21-06113677-8. Disponible en [<http://www.cipce.org.ar/sites/default/files/2017/03/articulos2386.pdf>].

variable principal que condiciona el correcto funcionamiento de un Ministerio Público, y del sistema de justicia criminal en su conjunto, es el manejo y el control de este flujo de casos. En la medida que el sistema no desarrolle una política de control del mismo que le permita dominar la carga de trabajo, resulta difícil que pueda operar dentro de parámetros mínimos de racionalidad y calidad.

—CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (2005: 73)

Estas palabras conservan tanta vigencia hoy como hace una década, cuando fueron escritas. El control del flujo de casos y la carga de trabajo es uno de los desafíos fundamentales para el sistema de justicia y puntualmente para los Ministerios Públicos, en el marco de los nuevos roles que estos deben asumir.

Es común oír por parte de los operadores judiciales un reclamo por mayores recursos disponibles. Es cierto que los recursos con los que cuentan no son suficientes para encargarse eficientemente de los casos que deben manejar. Al mismo tiempo, sin embargo, no suelen verse buenos métodos de organización del trabajo ni políticas de racionalización de la persecución. Sin caer en medidas simplistas como pedir más personal y nada más, el desafío es encontrar una forma de comenzar a reducir la sobrecarga endémica de trabajo. Todo esto, a su vez, en el marco de un proceso con objetivos políticos claros, evitando incurrir en la tecnocracia vacía de contenido. Por otra parte, la búsqueda de cursos de acción en el seno del sistema de justicia solo tendrá éxito en tanto y en cuanto se reconozca la crisis externa al sistema penal, vinculada al funcionamiento de los restantes mecanismos de gestión de la conflictividad (BINDER, 2012: 88).

Una de las formas de incidir sobre este problema —la única que trataremos aquí— es pasando del paradigma regido por el principio de legalidad a otro donde prime el principio de oportunidad. Se trata de dejar atrás la idea de que deben investigarse y perseguirse de la misma manera todos los delitos existentes, pretendiendo una condena en cada uno de ellos. El uso de la palabra “paradigma” no es casual, ya que no se trata del cambio de una norma o de una modificación menor. Tampoco se trata de introducir una excepción al principio de legalidad, para que éste siga siendo la regla. La cuestión es cambiar todo el enfoque. Sincerar para racionalizar.

En general, la sinceridad no es algo fácilmente alcanzable. La negación, consciente o inconsciente, suele ser más cómoda. Y esto se complejiza aún más en un contexto donde es sumamente difícil encontrar espacios de debate político y técnico serios. Pareciera ser que éstos son dos mundos que no pueden juntarse. Pero eso es justamente lo que debemos pretender: poder tomar una decisión de importancia política y técnica en cuanto a cómo redireccionar la selectividad del sistema penal, siendo capaces de justificarla en ambos sentidos. RODRÍGUEZ (2009) lo explica de la siguiente manera (pp. 81-2):

[e]n cualquier caso, resulta imposible para un sistema penal perseguir eficazmente todos los delitos y llegar a las condenas de todos los delincuentes. Esto genera entonces la necesidad de racionalizar la persecución penal y, en última instancia, la admisión que debe existir alguna cuota de impunidad [...]

[E]xisten actos que no deben quedar en la impunidad, pues implicarían socavar de manera grave los valores sociales. De esa cuenta, el sistema enfrenta siempre una doble incógnita grave: qué perseguir y cómo ser efectivo en lo que se decida perseguir. Los sistemas penales deben operar con el reconocimiento de cuotas de impunidad. El problema radica en decidir qué hechos y a qué personas resulta imposible dejar de perseguir, para efectos que la impunidad no se generalice y produzca efectos desestabilizadores y la pérdida total en los valores del sistema penal.

A estas palabras de Alejandro Rodríguez podríamos replicar que la decisión de no perseguir penalmente no siempre implicará impunidad (p. ej., en supuestos de conversión de la acción, como lo que veremos más adelante). También podríamos agregar que a los desafíos de qué perseguir y cómo ser efectivo debe sumarse el de cómo explicar estas decisiones a otros actores —operadores judiciales, la sociedad, los medios— y sostenerlas en el día a día. A su vez, disentimos con su idea de que la racionalidad de la persecución se base exclusivamente en la gravedad del hecho “sin tomar en consideración la posición económica, política o social del imputado” (RODRÍGUEZ, 2009: 82), particularmente porque las características de los imputados suelen ser un factor esencial en la delincuencia económica. Incluso podríamos sostener que dichas características repercuten de diversas formas en la gravedad del hecho. De cualquier manera, entendemos y compartimos su

preocupación por una selectividad democrática y citamos sus palabras porque consideramos que sirven para desarrollar la importancia de un paradigma centrado en el principio de oportunidad.

La oportunidad en el ejercicio de la persecución penal es, entonces, una de las herramientas para racionalizar el sistema (MAIER, 1996: 840-1). Como adelantábamos, es la única que desarrollaremos aquí, centrándonos puntualmente en la posibilidad de desestimar casos por su insignificancia político criminal. Como siempre, BINDER explica la cuestión con suma claridad (2005: 209-11):

hay una contradicción de origen en los fundamentos del principio de legalidad que es necesario destacar, y una incapacidad estructural de cumplir con esa promesa [...]

[...] el principio de legalidad es expresión de un modelo político criminal estatista, de tendencia totalitaria, y la imposibilidad fáctica no es mera incapacidad sino uno de los modos de encubrir la selectividad del interés del Estado [...]

[...] la selección de casos se da en dos dimensiones. En primer lugar, existe una dimensión vinculada con la política criminal y, en segundo lugar, otra dimensión relacionada con la justicia penal, concebida como una organización con recursos limitados...

El autor remarca la importancia central del control de la sobrecarga de trabajo en una reforma de la justicia penal y señala que existe una dificultad para asumir a la organización de la justicia penal como una organización con recursos limitados (BINDER, 2005: 213-5). En la base de las políticas públicas se encuentra la necesidad de administrar la escasez; sin embargo, generalmente el sistema judicial criminal pareciera no hacerse cargo de esto.

Párrafos atrás anticipábamos la pretensión de no caer en una tecnocracia vacía de contenido. Con esto nos referimos a que las herramientas procesales deben ser utilizadas con visión política. Por eso, el principio de oportunidad y la aplicación concreta de los criterios de oportunidad que regulan los Códigos Procesales Penales deben ser entendidos en el marco del desarrollo de una persecución penal estratégica. Éste es el tema que

veremos a continuación.

B) Persecución penal estratégica

Las dos primeras generaciones de reformas procesales penales lograron avances decisivos en los sistemas de justicia de América Latina: la división de funciones entre juez y fiscal, el desarrollo de nuevos modelos de defensa pública, la instauración de la oralidad en las etapas previas al juicio, la desformalización de la investigación, entre otros (BINDER, 2016: 73-95). Todo esto permitió entender que actualmente, en el marco de las reformas de tercera generación en América Latina, deviene necesario lidiar con otra serie de problemas estructurales. Uno de ellos es la forma en que se ejerce la persecución penal.

En esta etapa, una de las principales preocupaciones consiste en el desarrollo de una persecución penal a la que se agregan distintos calificativos: inteligente, comunitaria, estratégica. La idea *persecución penal inteligente* (en adelante, "PPI") pone el énfasis en la necesidad de basarse en —y utilizar inteligentemente— la información proporcionada por el análisis criminal y la inteligencia criminal (BINDER, 2016: 95).⁴ Con *persecución penal comunitaria* (en adelante, "PPC"), nos referimos a "la integración del trabajo de los fiscales en comunidades específicas, realizando alianzas con otros actores sociales y estatales para responder de un modo integral (no solo con la persecución penal) a una determinada área de criminalidad" (2011: 272). Finalmente, al hablar de *persecución penal estratégica* (en adelante, "PPE"), el foco se pone en la necesidad de que cada caso tenga un marco de referencia estratégico, teniendo en cuenta el contexto en el que se desarrolla (social, económico, organizacional, entre otros) y haciéndose cargo de los efectos y las consecuencias que genera en cuanto al logro de objetivos político criminales (2016: 96). Los tres son conceptos fuertemente relacionados, por lo que algunos incluso los toman como sinónimos. Aquí, sin embargo, nos limitaremos a trabajar con la última de estas tres ideas.

Con la PPE se busca "integrar el trabajo de los fiscales en el marco de una estrategia global de comprensión de una forma específica de criminalidad" (BINDER, 2011:

⁴ No ahondaremos aquí en la distinción entre análisis criminal e inteligencia criminal, ya que no hace al eje del trabajo. Simplemente mencionamos los dos procesos porque entendemos que ambos pueden proporcionar insumos útiles para la tarea del Ministerio Público, entre otros organismos.

272). Se trata de superar la lógica del “caso a caso”, brutalmente ineficiente para enfrentar fenómenos complejos de criminalidad. Superando la visión centrada en casos y personas, el Ministerio Público puede —y debe— poner su atención en las regularidades y estructuras sociales. Por eso es que en este punto resulta ineludible introducirnos en la problemática de los mercados criminales.

Frente a fenómenos criminales que adoptan la estructura de verdaderas economías delictivas, se vuelve imprescindible abandonar la lógica tradicional con la que han funcionado las políticas de control de la criminalidad. Ni siquiera el vago concepto de “crimen organizado” nos brinda una herramienta lo suficientemente precisa para esta tarea. Los mercados criminales presentan una realidad compleja, que no encuadra fácilmente en los rígidos conceptos de la dogmática penal tales como la “delincuencia organizada transnacional”. En adición a esto, las actividades criminales, informales y legales se entremezclan permanentemente, complejizando de diversas formas la persecución penal.

Pueden identificarse decenas de mercados diversos, vinculados a drogas, armas de fuego, autopartes y vehículos, objetos sustraídos, trata y explotación de personas otros (CARRARA y FREIRE, 2016: 1), entre otros. La conexión de este tema con la corrupción y la delincuencia económica puede localizarse en tres supuestos distintos. Por un lado, en las prácticas corruptas ínsitas en cada mercado, tales como la adquisición del servicio de protección policial ilegal y la compraventa de “zonas liberadas”. Por otra parte, en los procesos de lavado de activos que resultan indispensables para poder utilizar las extraordinarias ganancias generadas por distintas actividades criminales, reduciendo el riesgo de ser detectados por el Estado. Finalmente, existen mercados que están montados en sí mismos en torno a distintas formas de delincuencia económica. Tal vez el ejemplo más claro de esto sea el mercado de servicios *off-shore*, donde las actividades criminales se componen de maniobras de evasión impositiva, fuga ilícita de capitales y lavado de activos. Esto, a su vez, interrelacionándose con actividades legales, tales como planificación tributaria, fuga lícita de capitales y adhesión a planes de exteriorización voluntaria de activos impulsados por los Estados, entre otras. A esto se podrían sumar las áreas “grises”, donde la elusión fiscal constituye el ejemplo paradigmático. Sin embargo, de la misma manera que ocurre con lo legal y lo criminal, lo gris también es un campo donde se disputan interpretaciones. En este sentido, la inclusión aquí de la elusión fiscal es una pretensión de quienes realizan estas maniobras. Nosotros podemos afirmar sin problemas que ésta también es una actividad criminal, por más que algunos pretendan

ponerle otra etiqueta.⁵

La voluntad de intervenir eficientemente sobre los mercados criminales está fuertemente ligada a la necesidad de desarrollar una persecución penal estratégica, racionalizando dicha política de persecución. Como mencionamos previamente, al no poder acabar con la selectividad del sistema penal, se vuelve necesario reconducirla hacia formas más democráticas. Esto último implica un ejercicio de la acción penal "coherente, transparente y justo" (RODRÍGUEZ, 2009: 83), el cual se canalizará a través de determinadas herramientas procesales, generalmente previstas en los códigos procesales penales.

C) El principio de oportunidad en las legislaciones argentinas

Como ya hemos indicado, uno de los cambios estructurales que introdujeron los procesos de reforma procesal penal en América Latina consistió en la asignación de facultades a los Ministerios Públicos para manejar la carga de trabajo, permitiendo abordar los casos de distintas formas según sus particularidades. Entre otras herramientas procesales, esto se plasmó en la regulación de criterios de oportunidad: supuestos en los cuales los fiscales pueden prescindir total o parcialmente de la acción penal.

En las legislaciones procesales de nuestro país existen numerosos ejemplos de esto. Aquí, dentro de los diversos criterios de oportunidad previstos, nos centraremos en aquellos vinculados a la insignificancia del hecho y la escasa afectación al interés público, ya que ésta será la cuestión debatida en este trabajo a partir del precedente "Viegas".

Como veremos, Santa Fe regula el criterio de oportunidad por insignificancia en el artículo 19, inciso 2°, de su Código Procesal Penal. Son varias las provincias que hacen lo propio en sus respectivos códigos procesales penales: Buenos Aires (art. 56 *bis*, inc. 1°), Chaco (art. 6°, inc. 1°), Chubut (art. 44, inc. 1°), Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 199, inc. e), Entre Ríos (art. 5°, inc. 2°), Jujuy (art. 101., inc. 1°), La Pampa (art. 15, inc. 1°), La Rioja (art. 204, inc. 1°), Mendoza (art. 26., inc. 1°), Misiones (art. 60, inc. b), Neuquén (art. 106, inc. 1°), Río Negro (art. 96, inc. 1°), Salta (art. 231, inc. a), Santiago del Estero

⁵ Para profundizar en la discusión en torno a la legalidad o ilegalidad de la elusión fiscal, recomendamos consultar RÚA (2014).

(art. 61, inc. 1°) y Tucumán (art. 27, inc. 1°). También lo prevé el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, que al momento de escribir estas líneas aún no ha entrado en vigencia (art. 31, inc. 1°).

En líneas generales, todas estas legislaciones procesales optan por la expresión “criterios de oportunidad” y refieren a la facultad del Ministerio Público de prescindir de la acción penal. Solo la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias de Buenos Aires y Santiago del Estero hablan de criterios de “archivo”, y La Rioja refiere a “criterios de oportunidad y archivo”. La gran mayoría de las regulaciones refieren a hechos que por su insignificancia no afecten gravemente o mayormente el interés público. Solo Neuquén y Río Negro optan por la disyuntiva (“un hecho insignificante o un hecho que no afecte gravemente el interés público”). Algunas prevén también a la falta de afectación del interés público por otras razones, tales como la exigua contribución o culpabilidad del imputado. La Rioja, por su parte, utiliza una técnica legislativa sumamente distinta, al referir a casos en los cuales “la naturaleza e importancia del hecho no justifique la persecución o cuando la decisión no contraríe un criterio general de actuación”. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires lo regula de la misma manera, con la salvedad de que no utiliza la disyuntiva (“la naturaleza e importancia del hecho no justifiquen la persecución, cuando la decisión no contraríe un criterio general de actuación”). No pocas provincias introducen limitaciones a la aplicación de este criterio de oportunidad. Estas restricciones se basan en tres cuestiones: hechos cometidos por funcionarios públicos -vinculados al ejercicio de su cargo-, la existencia de condenas anteriores y/o el monto mínimo o máximo de la pena. Por otra parte, Buenos Aires, Jujuy y Santiago del Estero son las únicas provincias que en este punto refieren específicamente a los delitos de bagatela —es decir, aquí lo insignificante es la afectación al bien jurídico, no al interés público—. Este tema lo retomaremos en la siguiente sección, porque constituye un punto de suma importancia.

Es útil hacer aquí algunas consideraciones sobre cómo se han regulado estas herramientas procesales y sobre su aplicación práctica. Con respecto a lo primero, interesa destacar que el análisis sobre las diferencias en la técnica legislativa de cada código procesal penal es importante, pero debe ser hecho con realismo. Contando ya con algunos años de experiencia en el trabajo legislativo, puedo asegurar —lamentablemente— que las leyes prácticamente nunca se debaten con la seriedad y la

minuciosidad que ameritan.⁶ En adición a eso, la mayoría de las discusiones técnicas no se desarrollan en las comisiones de legisladores sino de sus asesores, de las cuales no quedan registros taquigráficos para poder consultar. Finalmente, a esto cabe agregar que mientras más extensa sea la ley —como en estos casos—, más puntos quedan sin analizar ni debatir. No exponemos este panorama para hacer catarsis, sino para entender lo siguiente: podemos analizar las diferentes técnicas legislativas y aprovecharlas para nuestras argumentaciones en el litigio, pero no debemos pretender extraer con suma precisión "la voluntad del legislador" de cada palabra, expresión o signo de puntuación. Esa voluntad en muchos casos ni siquiera existe, porque lamentablemente no pocos legisladores desconocen en qué consisten las normas que están sancionando. Esto podrá responder a los problemas propios de la dinámica legislativa y/o a la irresponsabilidad de los legisladores que así actúen, pero lo innegable es que así ocurre.

Por otra parte, en cuanto a la aplicación práctica de estos criterios de oportunidad, este tipo de herramientas cobran sentido en tanto y en cuanto se las utilice en el marco de una persecución penal estratégica (BINDER, 2012: 86). Sin embargo, los sistemas de justicia no han explotado las posibilidades existentes, ni siquiera mínimamente. En líneas generales, las instituciones no han demostrado capacidad ni voluntad de utilizar este tipo de instrumentos (2011: 272).

D) La bagatela y los criterios de significación

El criterio de oportunidad vinculado a la insignificancia no debe ser confundido con los delitos de bagatela ni con los criterios de significación utilizados por ciertos organismos o instituciones. Con respecto a la primera confusión, esta cuestión fue analizada en el caso "Viegas", como veremos. En esta instancia nos limitamos a adelantar una distinción básica para que se comprenda mejor de qué estamos hablando. Como mencionamos en la sección anterior, algunos códigos procesales penales regulan un criterio de oportunidad vinculado a los llamados "delitos de bagatela". Nos referimos a aquellos casos en los cuales lo insignificante es la afectación al bien jurídico, porque el daño o la lesión que genera ese hecho es sumamente escaso. Existen numerosos ejemplos, algunos de los cuales han tomado estado público por el burdo desempeño judicial, como

6 Ésta ha sido mi experiencia en la Cámara de Diputados de la Nación, al menos, pero con ciertos recaudos puede traspolarse a otros casos.

aquel caso del hombre sometido a proceso durante cuatro años por haber intentado hurtar una bandeja de carne de un supermercado.⁷

Ahora bien, estos códigos procesales son la excepción —una excepción surgida de un mal entendimiento de la cuestión—. Las restantes legislaciones presentan una regulación más coherente con lo que verdaderamente significa un criterio de oportunidad vinculado a la insignificancia —esto es, una *insignificante afectación al interés público*— desde la perspectiva político criminal. Aquí la cuestión se torna más compleja y más interesante. En los delitos de bagatela tampoco existe una afectación relevante al interés público, justamente por las características de esos hechos. Pero existe toda otra serie de casos donde la afectación al bien jurídico sí es relevante y sin embargo no existe una afectación grave al interés público. A diferencia de los casos de bagatela, en este segundo universo de hechos se pone en juego de manera más intensa la capacidad del Ministerio Público de controlar el flujo de casos, manejar la carga de trabajo y racionalizar la persecución penal. Una cosa es no perseguir a quien ha intentado hurtar un pedazo de carne en un supermercado. Pero lo verdaderamente complejo es cómo abordar todos aquellos casos donde se ha dañado considerablemente un bien jurídico y, sin embargo, sería conveniente que la fiscalía no los persiguiera. Esto es exactamente lo que se debatió en el caso “Viegas”. Se trata de una discusión sumamente relevante, en particular en un contexto nacional donde existe muy escasa bibliografía que aborde el tema y además que lo haga desde esta visión.⁸

La segunda confusión que puede llegar a presentarse se vincula con los criterios de significación. Mientras que los criterios de oportunidad regulan casos en los cuales los Ministerios Públicos pueden prescindir total o parcialmente de la acción penal, por “criterios de significación” se suele aludir a aquellas pautas que ciertos organismos o instituciones desarrollan para determinar qué casos tomarán. Puede tratarse de unidades del Ministerio Público (supongamos una fiscalía especializada en delitos económicos) o de organismos de control y supervisión que funcionan en el ámbito de otros poderes,

7 Cámara Federal de Casación Penal, Sala II (31.10.2012), *in re* “Gerbasi, Héctor Hernán s/recurso de casación”, Causa n° 15.556, reg. n° 20.751. Disponible en [<http://www.mpd.gov.ar/pdf/capacitacion/Gerbasi.pdf>].

8 Al respecto, puede consultarse SOLMINE (2015: 126), donde inicialmente se explica el criterio de oportunidad por insignificancia como algo ligado a los delitos de bagatela. Recién al final de la explicación se brinda la visión correcta, esto es, como insignificancia político criminal.

fundamentalmente el Poder Ejecutivo. Por ejemplo, la Oficina Anticorrupción trabaja con tres criterios de significación para determinar cuáles de las denuncias recibidas serán investigadas: significación económica, institucional y social. No nos interesa en esta instancia indagar cómo articulan esos criterios entre sí —básicamente, si basta con que el caso cumpla uno solo de ellos o si debe satisfacer varios—. Simplemente queremos señalar esta distinción: los criterios de oportunidad permiten al Ministerio Público prescindir de la acción en casos que han ingresado al sistema y que podrían ser perseguidos; por otra parte, los criterios de significación suelen ser utilizados para determinar qué casos ingresarán a un determinado organismo o área de trabajo y cuáles quedarán afuera por no cumplir con los parámetros exigidos. Para este último supuesto, si se trata de una unidad especializada del Ministerio Público, el caso que no cumpla con los criterios de significación de dicha unidad no será desestimado necesariamente, sino que podrá ser trabajado por otra unidad fiscal. Esto podría ocurrir, por ejemplo, con una unidad anticorrupción que solo tome casos vinculados a funcionarios públicos; en ese contexto, un delito económico de un particular no ingresaría a esta unidad especializada por no cumplir con sus criterios de significación, pero sería trabajado por otra unidad fiscal.

E) Distintos niveles de complejidad de la persecución penal estratégica

Cuando se habla de persecución penal estratégica, se suele pensar en un Ministerio Público que abandone su tradicional carácter reactivo, para desarrollar una política de trabajo proactiva. Así, el ejercicio de la persecución penal en cada caso concreto habrá sido concebido y planificado previamente, tomando como base los criterios y decisiones de política criminal (RODRÍGUEZ, 2009: 87). Todo esto, estructurado en torno a un sistema complejo de recolección y análisis de información sobre las distintas formas de conflictividad existentes, para poder brindar una descripción precisa sobre cada fenómeno criminal y su campo de acción. Esto es cierto. No obstante, ello no implica que no pueda realizarse una PPE en un nivel mucho más básico, al menos inicialmente. Así, la selección de casos dentro de aquellos que ingresan a la fiscalía, a partir de la identificación de las diferencias más gruesas entre ellos, permitiría realizar ciertas distinciones elementales. Podríamos, por ejemplo, dividir los casos que implican organizaciones criminales de aquellos que solo involucran actores pequeños y poco relevantes. O distinguir según el monto del perjuicio involucrado, o según el tipo de delito.

Sin dudas, lo ideal será que todo Ministerio Público pueda alcanzar un estado de

situación donde sea capaz de desarrollar una PPE lo más avanzada posible. Ésta es la forma de generar las condiciones de posibilidad para incidir de la manera más efectiva posible —desde la política criminal— sobre los fenómenos criminales. Ahora bien, como hemos dicho, las instituciones de nuestros sistemas de justicia hasta el momento no han logrado esto. Así, no deben menospreciarse las formas más básicas de PPE, como las que describimos en el párrafo precedente. En los Ministerios Públicos de Argentina es sumamente complejo lograr la capacidad de decir “este caso constituye un delito, existen posibilidades de llevarlo a juicio, pero vamos a desestimarlo para enfocarnos en otros”.⁹ Esto no suele ser común y es un avance importante, por más que se enmarque en una actuación reactiva (ya que se trabaja sobre los casos que ingresan, en lugar desarrollar investigaciones “propias”). Esta posibilidad es la que analizaremos en el caso “Viegas”, a través de la actuación de la Unidad Fiscal Especial de Delitos Económicos y Complejos de Rosario (Ministerio Público de la Acusación de Santa Fe, 2ª circunscripción). Allí veremos la enorme importancia que esto tiene para la persecución de la delincuencia económica, en la cual existe una selectividad que debe ser transformada.

III. El caso “Viegas”: la aplicación del criterio de oportunidad por insignificancia político criminal

A) El caso

En febrero de 2016, se realizó una audiencia en la ciudad de Rosario, Santa Fe, en la cual se sentó un precedente fundamental para las fiscalías especializadas en delitos económicos: se interpretó que una unidad fiscal de este tipo puede decidir no perseguir ciertos casos que sean insignificantes desde el punto de vista político criminal, para enfocarse en los que considere prioritarios.

El caso se había iniciado cuando la firma INC. S.A. (Carrefour) denunció al señor Juan Eduardo Viegas por haber cometido el delito del artículo 175, inciso 2º, del Código Penal, esto es “apropiarse una cosa ajena, en cuya tenencia hubiere entrado a

⁹ Dentro de las facultades discrecionales de los Ministerios Públicos, aquí solo nos estamos enfocando en la aplicación del criterio de oportunidad por insignificancia político criminal. Sin embargo, suelen existir otros criterios de oportunidad, como así también otro tipo de facultades de desestimación de casos.

consecuencia de un error o de un caso fortuito". Según lo expresado por los denunciantes, el señor Viegas —empleado suyo— fue despedido y se le liquidó la indemnización por \$ 426.245,38. Por un error en el sistema de cuentas de la empresa, días después se le volvió a depositar la misma suma de dinero, duplicando el monto de indemnización. Si bien había sido intimidado en reiteradas oportunidades por sus empleadores, aún no había devuelto el dinero.

El caso estaba siendo investigado por la Unidad Fiscal Especial de Delitos Económicos y Complejos, con sede en Rosario. Esta fiscalía había solicitado autorización judicial para disponer de la acción penal, a través de la aplicación de un criterio de oportunidad por insignificancia político criminal. Para esto, había tenido especialmente en consideración el hecho de que la empresa INC. S.A. se encontraba constituida como querellante, contaba con los recursos para impulsar la acción por su cuenta e incluso consentía la aplicación de este criterio de oportunidad por parte de la fiscalía, habiendo manifestado su intención de continuar ejerciendo la acción penal a través del mecanismo de conversión (retomaremos este punto más adelante).

A continuación, expondremos en qué consistió el planteo de la fiscalía y cuáles fueron sus argumentos, por qué el juez de primera instancia rechazó la solicitud, cuál fue la intervención que tuvimos desde el Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica (CIPCE) y cómo se resolvió finalmente esta cuestión.

B) La solicitud del fiscal: aplicación del criterio de oportunidad

El fiscal solicitó autorización judicial para disponer de la acción a través de la aplicación de un criterio de oportunidad, por la insignificancia político criminal del caso. Para esto, encuadró su decisión en un marco normativo compuesto por tres pilares que determinan los criterios de acuerdo a los cuales debe orientarse la política criminal de la fiscalía en cuestión. Por un lado, se hallan las directivas de la Fiscalía General,¹⁰ en las que se establece como misión institucional la eficacia, eficiencia y transparencia en la

¹⁰ Las directivas de política criminal de la Fiscalía General que aquí se invocaron se encuentran reflejadas en el Plan de Desarrollo Institucional 2013-2017 del Ministerio Público de la Acusación y en el "Primer documento base para la implementación de una política de persecución penal democrática".

persecución penal, remarcando:

la necesidad de trazar políticas de gestión racional de los recursos y definiendo que deben establecerse y ejecutarse con criterios estratégicos, a través de la utilización de las herramientas procesales disponibles, con el fin de llevar a juicio oral sólo los casos en los que se defina la necesidad político criminal de hacerlo.¹¹

Por otra parte, también existen criterios establecidos en la materia por la Fiscalía Regional n^o2, que comprende a la Unidad Fiscal Especial de Delitos Económicos y Complejos. Esta última fue desarrollada...

con base en criterios explícitos de significación en la orientación prioritaria de recursos. Se destacan los criterios de significación social, institucional y económico. Los tres criterios se complementan de modo tal que sea posible dar prioridad a situaciones en las que se trata de delitos graves o aspectos patrimoniales ligados a delitos graves y al mismo tiempo garantizar el acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad.¹²

Finalmente, el tercer criterio para orientar la política criminal de la fiscalía se desprende de la interpretación de la normativa internacional aplicable a la actuación del Ministerio Público en el marco de los delitos de contenido patrimonial. Por un lado, la fiscalía citó la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, en tanto exigen que los Estados organicen mecanismos eficaces de persecución de fenómenos criminales tales como el lavado de activos y la corrupción, entre otros. Por otra parte, se refirió también a las 100 reglas de Brasilia de Naciones Unidas sobre Acceso a la Justicia de personas en condición de vulnerabilidad.

¹¹ Fragmento extraído del recurso de apelación de la fiscalía frente a la denegación del juez de primera instancia.

¹² Fragmento extraído del recurso de apelación de la fiscalía frente a la denegación del juez de primera instancia.

A continuación, el fiscal explicó cuáles son las consecuencias de mantener un paradigma basado en el principio de legalidad y la obligatoriedad de la persecución penal. Sostuvo que esto "ha servido, tradicionalmente, para ocultar parámetros irracionales y arbitrarios de selectividad", por lo que no es un principio que pueda orientar el funcionamiento de un sistema penal. "El llamado principio de 'legalidad' no solo impide la realización de una adecuada política criminal, sino que autonomiza al proceso de las necesidades político criminales" (BINDER, 2014: 394). Así, la selección y desestimación de casos resulta la única forma de hacer un uso razonable de los recursos, es decir, de ejercer política criminal.

Luego, el fiscal recalcó la distinción entre la insignificancia como causal de atipicidad y la insignificancia como criterio de oportunidad (irrelevancia político criminal):

[e]l primer caso refiere a afectaciones nimias al bien jurídico objeto de protección penal.

En cambio, en segundo caso, que aquí interesa debe entenderse como una cuestión diferente (en la medida que ni siquiera cabe a las provincias legislar sobre tipicidad en materia de fondo).

El criterio de oportunidad de insignificancia debe comprenderse como falta de relevancia político criminal y dicha falta de relevancia no tiene una relación de vinculación necesaria con la nimiedad de la afectación del bien jurídico.

Sostenemos que aún cuando no se trate de una afectación nimia e incluso, como en el caso concreto, se trate de una afectación de cierta entidad, pueden darse los presupuestos de falta de relevancia político criminal.

Para considerar viable la aplicación del criterio de oportunidad, el fiscal pasa a analizar la inexistencia de afectación significativa a la posibilidad de acceso a la justicia de la presunta víctima. Esto se debe a que el reconocimiento de la falta de capacidad del Estado para llevar adelante una persecución penal en todos los casos existentes no puede hacerse en desmedro del derecho que tiene la víctima de llevar el caso a juicio. El principio de oportunidad no debe significar desprotección de las víctimas (BINDER, 2005: 217). Para analizar esto, la fiscalía se centró en tres factores, entendiendo que cada uno de ellos se

verificaba en el caso concreto.

En primer lugar, para que no se afecten indebidamente los derechos de las víctimas, se debe “contar con un marco jurídico de fondo que proteja los intereses y derechos afectados”. En este caso, eso se refleja en la existencia del artículo 175 del Código Penal, que prevé una sanción para la conducta supuestamente cometida por el acusado. En segundo lugar, se debe “contar con herramientas procesales concretas que doten de acción a la defensa de dichos derechos e intereses”. Esto se garantiza —frente a la aplicación de un criterio de oportunidad— a través de la posibilidad de la conversión de la acción penal con intervención de la querrela autónoma. Esto es, que la víctima continúe impulsando el caso por su cuenta, con las mismas facultades que tendría un fiscal para investigar y acusar. Como tercera cuestión, se debe “contar con posibilidades materiales, en el caso concreto, para poner en movimiento los mecanismos procesales de que se dispongan”. Aquí, la fiscalía ya había desarrollado las medidas de investigación sugeridas por la denunciante, quien incluso se había constituido como querellante. Sumado a estas posibilidades desde el punto de vista procesal, resulta indudable que una empresa como Carrefour cuenta con recursos materiales suficientes para impulsar un caso de estas características. Así, en definitiva, no se afecta el acceso a la justicia por parte de la presunta víctima al aplicar un criterio de oportunidad.

Por otra parte, la fiscalía reforzó sus argumentos analizando las diferencias entre la nueva ley orgánica del Ministerio Público de la Acusación de Santa Fe y la legislación derogada:¹³

mientras que la legislación derogada acota la función del MP a ejercer y promover la acción penal pública, la nueva legislación encuadra dicha función como un componente de una función más amplia, cual es la de *establecer y ejecutar lineamientos de política criminal*. Al mismo tiempo, mientras que la legislación derogada sólo facultaba al Procurador General a definir órdenes de prioridad de juzgamiento, la nueva legislación hace referencia a *política general de la institución*, complementándolo con las posibilidades de impartir directivas generales, no sólo

¹³ Se trata de la ley 13.013, que deroga parte de la ley 12.734.

del Fiscal General, sino de los Fiscales Regionales.¹⁴

La pretensión de la Unidad Fiscal Especial de Delitos Económicos y Complejos de lograr este precedente en torno a la aplicación del criterio de oportunidad se encuentra en sintonía con el desempeño general de esta unidad. La fiscalía, actualmente a cargo de los fiscales Sebastián Narvaja y Adrian Mac Cormack, ha demostrado los resultados sumamente interesantes que puede obtener una unidad fiscal especializada en delitos económicos en el marco de un sistema acusatorio. Por un lado, se hicieron cargo de afrontar uno de los principales desafíos que señalábamos previamente: el manejo de la carga de trabajo. Luego de construir una línea de base para determinar desde dónde se partía en la investigación de delitos económicos en la jurisdicción, "[l]a UFE de Delitos Económicos ha logrado, durante 2015, equilibrar el ingreso y la finalización de casos", a partir de lo cual han podido comenzar a implementar prioridades de persecución (UFEDEC, 2016:6). Así, en 2015 tuvieron 262 casos ingresados, 223 cerrados y 233 en investigación y análisis. Han procurado desarrollar una persecución penal estratégica, centrada no solo en la utilización de salidas múltiples y decisión temprana de casos, sino también en la implementación de políticas de recupero de activos. Así, entre 2014 y 2015 —los dos primeros años de funcionamiento del sistema acusatorio en la jurisdicción— decomisaron bienes por más de quince millones de pesos, produjeron reparaciones y restituciones de bienes a damnificados por un monto similar y aplicaron medidas cautelares reales por casi catorce millones, entre otras acciones (p. 7). En definitiva, la solicitud de la aplicación del criterio de oportunidad en el caso que aquí analizamos no se trató de una medida aislada, sino de una acción inserta en un marco de trabajo estratégico más amplio.

C) El rechazo del juez

El juez de primera instancia rechazó la pretensión de la fiscalía de aplicar el criterio de oportunidad por insignificancia político criminal. A continuación, dividiremos sus argumentos en dos grandes ejes, que a su vez subdividiremos en otros dos. Al mismo tiempo, comentaremos brevemente cuál fue la respuesta de la fiscalía a cada una de estas razones al apelar la resolución.

¹⁴ Fragmento extraído del recurso de apelación de la fiscalía frente a la denegación del juez de primera instancia. El resaltado se encuentra en el original.

En primer lugar, el juez entiende que “no surge acreditada la insignificancia, en los extremos alegados”. Por una parte, sostiene que “la suma de \$426.245 dista mucho de ser un monto insignificante”. Por otro lado, explica que “en cuanto a la falta de afectación al interés público”, los argumentos señalados por el fiscal “fueron desarrollados en abstracto, sin llegar a tener un punto de contacto concreto con la realidad de la labor desarrollada por dicho Ministerio [...] no llegó a señalarse, confrontarse o cotejarse cuáles son, en concreto, las causas, su número, su transcendencia y/o gravedad”.

Esta primera serie de consideraciones evidencia que el juez confundió las dos formas de insignificancia que páginas atrás hemos diferenciado (**Subsección II(D)**). Por un lado, vincula la insignificancia —o la ausencia de ella— a la afectación al bien jurídico, relacionándola con el monto del perjuicio. En cuanto a esto, no cabe desarrollar mucho más de lo que ya se ha expuesto: simplemente, el juez se confunde y falla sobre algo distinto de lo que se le ha planteado. Por otro lado, el magistrado también alude a la insignificancia político criminal. Sin embargo, por más que aquí sí se centre en la cuestión correcta, el error reside en el alcance del control judicial. En efecto, lo que debería ser un control de legalidad es transformado por el magistrado en un control de mérito. Así, no se limita a verificar que se encuentren presentes los requisitos que exige la legislación procesal para la aplicación del criterio de oportunidad, sino que demanda a la fiscalía información detallada sobre su cartera de casos y las soluciones que desarrolla respecto de los mismos. Todo esto, a los fines de que el juez determine si a su juicio el criterio de oportunidad está siendo bien aplicado. Frente a esto, la fiscalía argumentó que no solo el juez no puede solicitar información que “compromete datos sensibles y reservados”, sino que además “no es potestad del Tribunal evaluar desde el punto de vista sustancial las decisiones de la Fiscalía en este aspecto”. A esto agregó que “la Fiscalía ha hecho un análisis suficiente de la irrelevancia político criminal de este caso concreto, en la medida que, si bien no se aportan las cifras sugeridas por el Tribunal, se ha hecho una exposición clara de cuáles son los parámetros cualitativos de prioridad y de cuáles son los motivos por los que no se considera afectada de modo sustancial la posibilidad de acceso a la justicia del querellante”.

La segunda serie de argumentos del juez para rechazar la aplicación del criterio de oportunidad se vinculan a los intereses de la víctima. Por un lado, el magistrado indica que no se ha satisfecho el requisito de la reparación del daño, regulado por el artículo 19 del Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe. Por otra parte, sostiene que el hecho de que el querellante no se haya opuesto al planteo del fiscal no significa que haya consentido

la aplicación de un criterio de oportunidad, "pues resultaría contradictorio consentir el criterio de oportunidad y querer proseguir con la acción penal por el procedimiento de querrela".

La fiscalía ya había explicado que la norma que exige reparar el perjuicio causado a la víctima es contradictoria con el sistema regulado por el Código Procesal Penal. La aplicación del criterio de oportunidad por insignificancia deja expedita la vía para que la víctima impulse el proceso como querellante, a través de la conversión de la acción. Esto último no descarta la posibilidad de que luego se llegue a una conciliación o reparación del perjuicio. Por ende, exigir de manera imprescindible esta reparación para la aplicación del criterio de oportunidad por parte de la fiscalía es incoherente. El fiscal lo argumentó en estos términos:

[c]reo que los Tribunales deben buscar interpretaciones sistemáticas, adecuadas al funcionamiento general del nuevo sistema de justicia y reconstruir las normas de modo tal que se superen este tipo de contradicciones que no pueden ser comprendidas como un capricho de un legislador cínico que gusta de los enigmas y conflictos.

A tal efecto, considero que en este caso deben interpretarse las normas en el sentido que puede o no existir acuerdo con la víctima y/o reparación. Luego, cuando haya habido acuerdo y reparación entre imputado y víctima, no debiera admitirse la conversión de la acción.

Al mismo tiempo, debe interpretarse que puede aplicarse disponibilidad de la acción, sin que haya mediado acuerdo o reparación entre imputado y víctima y que en dicho supuesto quedará abierta la posibilidad que el damnificado continúe con su caso a través de la querrela, por vía del mecanismo de conversión de la acción.

En definitiva, el sistema que se ha establecido en Santa Fe constituye a la disponibilidad de la acción como un mecanismo con dos finalidades posibles: i. La extinción definitiva de la acción, cuando la víctima ha manifestado su satisfacción con la solución del conflicto; y ii. La disposición de la acción por parte

del MPA, que no requiere aceptación de la víctima, que sólo implica que el MPA no hará uso de sus facultades y que la víctima queda en condiciones de continuar de modo autónomo.

Finalmente, el juez de primera instancia propuso solucionar la cuestión a través del archivo fiscal, entendiendo que esta vía satisfacía el planteo del MPA. Por un lado, esto es errado porque el juez refiere al archivo por atipicidad, cuando aquí —insistimos— la insignificancia no se da en la afectación al bien jurídico sino en la valoración político criminal. Pero además, esto es notoriamente perjudicial para el damnificado, dado que ante una desestimación o archivo del fiscal, aquél debería recurrir ante el Fiscal Regional y luego ante el General antes de quedar en condiciones de continuar de modo autónomo con la querrela. En este sentido, claramente resulta más beneficiosa la aplicación del criterio de oportunidad, ya que la conversión de la acción queda expedita de modo inmediato.

d) La intervención del CIPCE como “amigo del tribunal”

El Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica (CIPCE) se presentó en esta causa como amigo del tribunal (*amicus curiae*). Esta figura procesal permite la intervención “ante el tribunal donde tramita un litigio judicial de terceros ajenos a esa disputa (en este caso, el CIPCE) que cuenten con un justificado interés en la resolución final del litigio, a fin de ofrecer opiniones consideradas de trascendencia para la sustanciación del proceso en torno a la materia controvertida” (ABREGÚ y COURTIS, 2004: 387). Actualmente, la aceptación del *amicus curiae* está ampliamente consolidada en la jurisprudencia de muchas jurisdicciones del país, siendo aplicada a casos donde se debaten cuestiones de interés público. El CIPCE entendió que este caso encuadraba en esas características, ya que la capacidad que tenga una unidad fiscal para aplicar un criterio de oportunidad por insignificancia político criminal repercute directamente sobre la gestión de los recursos disponibles. Esto, a su vez, tiene incidencia inmediata sobre la eficacia (o no) en la persecución de aquellos hechos y fenómenos delictivos que implican un mayor daño social.

A continuación reproduciremos algunos de los argumentos técnicos que fueron

presentados en el caso, en línea con el planteo de la fiscalía:¹⁵

[e]n primer lugar, es esencial que los Ministerios Públicos logren liderar procesos de planificación y ejecución de planes de política criminal. En cualquier caso resulta extremadamente criticable que el organismo encargado de la persecución de la delincuencia realice esta tarea sin ninguna planificación estratégica. [...]

Ahora bien, esta persecución estratégica solo puede lograrse a través de una priorización en la orientación de los recursos — humanos y materiales— con los que cuenta el Ministerio Público. A su vez, para que esto último pueda ocurrir, es imprescindible que se dote a esta institución de las herramientas necesarias para definir y ejecutar programas de política criminal.

En este proceso, es central el ejercicio del principio de oportunidad que han previsto las legislaciones procesales de las diversas provincias, y que recientemente también se ha regulado a nivel federal [...] han procurado que los Ministerios Públicos puedan hacer un proceso de selección de los casos a perseguir, basados en criterios de política criminal.

El núcleo fundamental de este caso reside en la interpretación que se asigne al inciso segundo del art. 19 del Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe. El supuesto que prevé la norma gira principalmente en torno a la falta de afectación grave al interés público. Esta falta de afectación se plasma en la valoración político-criminal que haga el Ministerio Público. Así, no se trata del valor intrínseco del caso, sino de la relación entre el caso y la gestión de los recursos disponibles. Suele existir dificultad para asumir a la organización de la justicia penal como una organización con recursos limitados. Sin embargo, el control de la sobrecarga de trabajo es uno de los elementos centrales en

¹⁵ La presentación del CIPCE, consultada en [<http://cipce.org.ar/articulo/criterio-opportunidad-delitos-economicos-santa-fe>] el 10.10.2016.

una reforma del sistema de justicia penal. Para lograr esto, deviene fundamental la formulación de una política criminal clara y una selección de casos coherente con aquélla. La regulación de un mecanismo que permita prescindir de la acción frente a casos en los que no se afecte gravemente el interés público busca dotar al Ministerio Público de herramientas procesales para liderar y ejecutar un proceso de planificación político-criminal.

Es por esto que la norma en cuestión no debe entenderse como referida exclusivamente al escaso grado de afectación al bien jurídico, es decir, delitos de bagatela. [...]

Por otra parte, resulta importante destacar que en distintas provincias los Ministerios Públicos se encuentran transitando un proceso de especialización de sus unidades fiscales, en lo relativo a criminalidad económica. Así, ya son varias las jurisdicciones que cuentan con unidades fiscales especializadas en delitos contra la administración pública, delitos económicos en general, delitos complejos, entre otros. En este sentido, la decisión de VV.EE. puede sentar un precedente fundamental en materia de fortalecimiento de la persecución de estos fenómenos criminales, que permitiría replicar este mismo debate en otras provincias [...].”

El CIPCE estuvo presente en la audiencia realizada el 16 de febrero de 2016 ante el juez de la Cámara de Apelaciones que intervino a raíz del recurso de apelación interpuesto por la fiscalía. Luego de que tomaran la palabra la fiscalía, la querella, la defensa y el CIPCE, el juez resolvió revocar la resolución apelada y admitir el criterio de oportunidad solicitado por el Ministerio Público, “entendiéndolo a dicho criterio no como sustentado en la insignificancia penal (como hecho penalmente de bagatela o atípico) sino como ausencia de relevancia para su persecución de la Fiscalía en el marco de sus facultades propias [...], las que aquí se juzgan como razonables y no arbitrarias”.

IV. Algunas consideraciones finales

1) Uno de los principales desafíos de los Ministerios Públicos en el marco de los

procesos de reforma de la justicia penal es el control de la sobrecarga de trabajo. En esta línea, las distintas herramientas de desestimación de casos —incluyendo a los criterios de oportunidad— cumplen un rol fundamental. Todo esto debe ser pensando en el marco del desarrollo de una persecución penal estratégica e inteligente, caracterizada por su proactividad. Esto último no implica que incluso dentro del tradicional funcionamiento reactivo de nuestras instituciones judiciales no puedan comenzar a desarrollarse formas básicas e incipientes de persecución penal estratégica como las que hemos analizado aquí.

- 2) Quienes cumplan el rol de acusadores —públicos o privados— deben ser capaces de discutir las interpretaciones de las normas jurídicas. Esto, que parece una obviedad durante la formación universitaria, en la práctica se presenta muy infrecuentemente. Las tradicionales interpretaciones doctrinarias suelen ser tomadas como algo indiscutible. Esto es un problema en cualquier campo del derecho pero se agrava en materia de delitos económicos, donde la doctrina suele componerse por quienes se desempeñan como asesores y defensores del poder político y económico.
- 3) El criterio de oportunidad por insignificancia debe entenderse como una herramienta ligada a la insignificancia político criminal, no a la falta de afectación relevante del bien jurídico, lo cual puede o no verificarse. La otra interpretación, como señaló la fiscalía en el caso "Viegas", "tiene como resultado que los Fiscales deberán continuar haciendo de cuenta que investigan todo, a excepción del caso del 'padre que con negligencia sufre un accidente automovilístico en el que resultan muertos sus hijos y esposa; o el de la persona que para dar de comer a sus hijos hurta un mendrugo de pan al panadero'". Esto no brinda una herramienta eficiente para las necesidades de un Ministerio Público que pretenda controlar la carga de trabajo y desarrollar una persecución penal estratégica.
- 4) También es fundamental procurar un litigio estratégico. La Unidad Fiscal Especial de Delitos Económicos y Complejos eligió dar la discusión sobre la insignificancia político criminal en un caso donde la afectación al bien jurídico fuera relevante, para evitar que los jueces resolvieran el problema a través de la atipicidad. A la selección estratégica del caso se sumó la decisión de proponer a una ONG especializada en el tema que se presentara como *amicus curiae* apoyando los fundamentos de la fiscalía, para fortalecer su petición. Esto, asimismo, permitió sentar otro precedente fundamental, ya que se trató de la primera intervención de un "amigo del Tribunal"

en la justicia provincial de Santa Fe desde que rige el sistema penal acusatorio.¹⁶

- 5) La consagración judicial de esta interpretación del criterio de oportunidad por insignificancia representa un precedente fundamental para todas las unidades fiscales especializadas en delitos económicos de las distintas jurisdicciones del país. Esperamos que sea replicado y potenciado en otras provincias. El intercambio de experiencias exitosas es uno de los muchos aspectos a desarrollar entre quienes nos dedicamos a la prevención y persecución de la criminalidad económica. Un buen trabajo colectivo, que permita potenciar las capacidades individuales, sigue siendo una deuda pendiente. Por esta razón es que en 2014 dimos inicio a la Red de Unidades Fiscales Especializadas en Delitos Económicos (Red UFEDE), que recientemente volvió a reunir a fiscales y organismos de control y supervisión en su Tercer Encuentro Nacional. Nuestro objetivo es mejorar la organización de quienes intervienen en la prevención y persecución de la delincuencia económica. “Aquellos que aman la paz deben aprender a organizarse tan efectivamente como aquellos que aman la guerra”.¹⁷

Bibliografía

- ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (2004) “Perspectivas y posibilidades del *amicus curiae* en el derecho argentino”, en BIDART CAMPOS, G., ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (comps.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 387-402.
- BINDER, A. (2005), “Legalidad y oportunidad”, en AA.VV., *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- (2011) *Análisis político criminal. Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*, Buenos Aires, Astrea.
- (2012) *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*, Buenos Aires, Ad-Hoc.
- (2014) *Derecho Procesal Penal, Tomo II: Dimensión político-criminal del proceso penal. Eficacia del poder punitivo. Teoría de la acción penal y de la pretensión punitiva*, Buenos

¹⁶ Según lo informado por los propios operadores judiciales.

¹⁷ Estas palabras pertenecen a Martin Luther King Jr. Fueron pronunciadas en un discurso del 25 de marzo de 1967.

Aires, Ad-Hoc.

— (2016), "La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo", en BENAVIDES VANEGAS, F., BINDER, A. y VILLADIEGO BURBANO, C. *La reforma a la justicia en América Latina: las lecciones aprendidas*, Bogotá, Friedrich-Ebert-Stiftung, pp. 54-103.

CARRARA, A. (2015), "Reforma procesal penal y criminalidad económica", en *En Letra*, número 3, año II, tomo I.

CARRARA A. y FREIRE, M. (2016) "Análisis de mercados criminales: de 'casos y personas' a 'estructuras y regularidades'", en *Tierra Socialista*, número 4, consultado en [<http://www.tierrasocialista.com.ar/article/analisis-de-mercados-criminales-de-casos-y-persona/>] el 24.11.2016.

CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (2005), "Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina", consultado en [<http://www.cejamericas.org/Documentos/librosvirtuales/desafiosministeriopublico/index.html>] el 24.11.2016.

HAZAN (2009), "La introducción de audiencias preliminares como variable para la humanización del proceso penal", en ANITUA, G. I. y TEDESCO, I. (compiladores) *La cultura penal: Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*, Buenos Aires, Del Puerto.

MAIER, J. B. J. (1996), *Derecho procesal penal*, T. I: Fundamentos, Buenos Aires, Editores del Puerto.

RODRÍGUEZ, A. (2009) "Persecución Penal Estratégica" en *Análisis Político*, Vol. 3, año 2, Guatemala, pp. 59-94.

RÚA, M. (2014) "Fuga de capitales V. Argentina, 2014. Los 'facilitadores' y sus modos de acción", en *Documentos de trabajo del Centro de Economía y Finanzas para el Desarrollo de la Argentina* (CEFID-AR), Documento de trabajo n° 60, pp. 73 y ss.

SOLIMINE, M. (2015), *Bases del nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Ley 27.063*, Buenos Aires, Ad-Hoc.

UNIDAD FISCAL ESPECIAL DE DELITOS ECONÓMICOS Y COMPLEJOS (UFEDEC) (2016) *Informe de gestión 2015*, publicado en febrero 2016.

ZAFFARONI, E., SLOKAR, A. y ALAGIA, A. (2009) *Manual de derecho penal*. Buenos Aires, Ediar.