

BERICHTE / REPORTS

¿Hasta cuándo esperar a la duración razonable del proceso penal?

Un análisis constitucional del principio de la duración razonable del proceso aplicado al Proceso Penal brasileño.

By *Nestor Eduardo Araruna Santiago**

RESUMEN: *Se trata de un trabajo sobre el principio de la duración razonable del proceso (artículo 5, párrafo LXXVIII, de la Constitución Federal de Brasil), aplicado a la Ley de Procedimiento Penal. El artículo examina si el Poder Judicial debe someterse a la lógica de la producción en masa, sin preocuparse por la calidad de la cosecha en el proceso penal. Se parte, entre otro, del análisis de los paradigmas ya establecidos por la Convención Europea de Derechos Humanos, además de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como de las respectivas Cortes de Justicia, para tener una idea de qué es una duración razonable del proceso. Sin embargo, se vuelve difícil definir lo que es "duración razonable", teniendo en cuenta que se agrega a la formulación de dicho principio el adjetivo "razonable", que, de por sí, demuestra que los criterios que deben adoptarse para la consecución práctica del principio constitucional debe ser averiguado en situaciones de casos reales, no en la ley. Y esta incertidumbre se profundiza cuando se habla de la imposición o la duración de medidas cautelares que concierne a encarcelamientos, causando una gran incertidumbre jurídica en la aplicación del derecho y en la construcción de una definición exacta del principio de la duración razonable del proceso. Además, hay que discutir el cambio de los parámetros de enjuiciamiento penal en el derecho procesal penal en Brasil. És imperativo abandonar la obligatoriedad de proponerse la acción penal y adoptarse la oportunidad, sin necesidad de cambiar el texto constitucional en relación a los papeles atribuidos al Ministerio Público, como una manera de desarrollar un sistema eficiente, y sin perder de vista el principio constitucional de la dignidad humana, severamente golpeado en los casos de demora irrazonable.*

* Doctor en Derecho por la Universidad Federal de Minas Gerais, Brasil. Profesor de Posgrado Stricto Sensu en Derecho Constitucional de la Universidad de Fortaleza (Ceará, Brasil). Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Ceará (Ceará, Brasil). Asesor de Juez del Tribunal de Justicia del Estado de Ceará. E-mail: nestoreasantiago@gmail.com

Mis agradecimientos a la Universidad de Fortaleza por la cobertura parcial de los gastos incurridos debido a la Escuela de Verano, Georg-August Universität Göttingen, entre el 5 y 16 de septiembre de 2011. Este artículo también está relacionado con los proyectos financiados por FUNCAP (Anuncio n. 07/2010) y CNPq (Anuncio Universal n. 14/2010).

Palabras-clave: *Constitución Federal. Brasil. Principio. Duración razonable del proceso. La dignidad humana. Oportunidad.*

How long should we wait for the reasonable period of criminal procedure?

A constitutional analysis of the principle of the right to a legal procedure within a reasonable period applied to Brazilian Criminal Procedure

ABSTRACT: *This paper analyses the application of the constitutional principle of the right to a legal procedure within a reasonable period (article 5º, LXXVIII, Brazilian Federal Constitution) to criminal procedures as well. It is discussed if judges shall submit themselves to the logic of series production without worrying about the quality of trials in the criminal field. The paradigms already set by the European Convention of Human Rights, in addition to the American Convention on Human Rights, as well as their respective Courts of Justice, are also observed in order to come to an idea of the meaning of "reasonable period". However, it is difficult to define what the expression "reasonable period" means, considering the adjective "reasonable", which already shows that the criteria to be adopted to achieve understand the meaning of this constitutional principle must be checked not in the law text, which is silent about it, but in real cases. And this uncertainty is deepened when prison precautionary measures are imposed, thus causing enormous legal insecurity in the application of the law and in the construction of an accurate definition of the principle of the right to a legal procedure in a reasonable period. In addition, the change of parameters of prosecution in Brazilian criminal procedural law must be discussed, abandoning the requirement of filing of criminal action by adopting the opportunity pattern. Without any need for modification of the constitutional text, which are related to the assigned roles for the Public Prosecutor, as a way to make the system more efficient. Also without losing sight of the constitutional principle of human dignity, severely damaged when criminal procedures are unreasonable delayed.*

Keywords: *Federal Constitution. Brazil. Principle. Reasonable. Right to a legal procedure in a reasonable period. Human dignity. Opportunity.*

A. INTRODUCCIÓN

Siempre es difícil hablar de temas que ya hayan sido insistentemente abordados por las doctrinas de Brasil, América Latina y Europa, así como por la jurisprudencia, sin el riesgo de ser repetitivo y aburrido.

Sin embargo, el plazo razonable del proceso penal es uno de los problemas más importantes de derecho procesal penal.¹ Cuando se habla de reformas procesales, tales como suele ser el caso hoy en día en Brasil, que propone modificar el Código de Procedimiento Civil (CPC) y el Código de Procedimiento Penal (CPP), el tema asume foros de máxima importancia en los debates en audiencias públicas.

Una duración razonable del proceso ha sido objeto de varias investigaciones de sello empírico, especialmente en Brasil² y Argentina,³ que han estado tratando de desmitificar ciertas cuestiones que se plantean de forma recurrente, por ejemplo, los criterios para definir un retraso razonable.⁴ Además, es común entender, tanto en el derecho procesal penal como en el proceso civil, que la duración razonable del proceso tiene que ver con la aceleración procesal, con el fin de obtener el resultado deseado por las partes en el menor tiempo posible. A menudo tenga que prescindirse de los principios constitucionales igualmente importantes para la consolidación del debido proceso legal, como si el Poder Judicial debiera seguir una "lógica fordista", es decir, producir en masa, sin tener que preocuparse con la calidad constitucional del proceso penal.⁵

Como paradigma se tiene la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), que desde el año 1950 ya prevé, expresamente en su texto, la cláusula de duración razonable del proceso, la Enmienda Constitucional n. 45, del 08 de diciembre de 2004, añadió al texto de la Constitución Federal brasileña (CF) las normas que desde hace mucho estaban en vigor –

- 1 *Daniel R. Pastor*, Eine Frist, die keine ist? Über die Durchführung des Strafverfahrens innerhalb einer angemessenen Frist, in: Manfred Heinrich et al (Hrsgs.), *Strafrecht als Scientia Universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai. 2011*, Berlin (2011), Band 2, S. 1287.
- 2 *Claudio Weber Abramo*, Tempos de espera no Supremo Tribunal Federal, *Revista Direito GV* 6 (2) (2010). El autor presenta un método para medir el desempeño de los jueces en la decisión de las demandas, con el fin de medir el tiempo promedio de espera en la decisión de las causas procesadas en el Tribunal Constitucional de Brasil, con el fin de ayudar en la formulación de las intervenciones administrativas para reducirlos.
- 3 *Daniel R Pastor*, El plazo razonable en el proceso del estado de derecho, Buenos Aires 2002; *Adrián Marchisio*, La duración del proceso penal en la República Argentina, Montevideo 2004.
- 4 *Nestor Eduardo Araruna Santiago; Ana Caroline Pinho Duarte*, Um conceito de duração razoável do processo penal, *Novos Estudos Jurídicos*, v. 15, (n. 2) (2010). Disponible en: <<http://siaiweb06.univ.br/seer/index.php/nej/issue/view/179>>. Hemos intentado conceptualizar la duración razonable del proceso como "el tiempo previsto en la normatividad en que los organismos administrativos para el procesamiento penal y los tribunales tienen a su disposición para la solución de la causa penal, de manera eficiente, asumiendo la extrapolación justificada y razonable de los plazos, respetando la libertad del imputado, de forma inmediata, como modo de alcanzar el principio de la dignidad humana, y, de inmediato, el proceso penal". Basado en este concepto, el primero autor ha desarrollado una investigación empírica con financiamiento de la CNPQ y FUNCAP sobre la duración del proceso penal en los Tribunales Penales de la Comarca de Fortaleza, Ceará, Brasil, teniendo en cuenta los cambios introducidos en el Código de Procedimiento Penal, con la promulgación de la Ley n. 11.719/2008, que cambió los procesos penales, intentando darles mayor eficiencia.
- 5 *Marcus Orione Gonçalves Correia*, Justiça não deve seguir lógica fordista, Disponible en: <http://ww.defato.com/25_04_2010/roberto.php>. Consultado en 05 de diciembre. 2011.

por lo menos formalmente – y que ahora tienen *status* de norma supra legal,⁶ todas amalgamadas en el inciso LXXVIII del art. 5.º, que establece que "a todos, en el ámbito judicial y administrativo, se asegura una duración razonable del proceso y los medios para garantizar la rápida tramitación".⁷

A esta fórmula constitucional – demasiado vaga – se han añadido otros elementos para la consecución de un Poder Judicial más rápido y eficaz, como la observancia de una proporción entre el número de jueces, la población de un determinado Estado de la federación brasileña y la demanda judicial, así como la abolición del receso forense en los meses de enero y julio, el que quedó solamente para el Supremo Tribunal Federal (STF) y el Superior Tribunal de Justicia (STJ).

Además, se creó el Consejo Nacional de Justicia (CNJ), que, en el ejercicio de su función de controlar el funcionamiento de los procedimientos administrativos y financieros de los tribunales brasileños, en gran medida ha estado colaborando en la búsqueda de un servicio jurídico más eficiente, agregando a los criterios de promoción de jueces el tiempo de trámite de una demanda judicial en la unidad por la cual el magistrado es responsable.⁸

B. ¿QUÉ ES LA DURACIÓN RAZONABLE DEL PROCESO?

A pesar de todos los esfuerzos, se nota que en la rutina de los tribunales, tales medidas no han sido eficaces para superar las dificultades en realizar, en la práctica, el principio de duración

6 *Brasil*, Supremo Tribunal Federal, Extraordinario de Apelación no. 466.343/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, Juzgado. en 03 de diciembre. 2008, Publ. DJE 104, 05 de Junio. 2009. Disponible en: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28466343%2EENUME%2E+OU+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>, Consultado el 05 de diciembre 2011.

7 Se refiere, de una manera especial, a las normas contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que, aunque construida en el lejano año de 1969, solamente fue ratificada por Brasil, el 6 de noviembre de 1992, entra en el sistema jurídico con la promulgación del Decreto n. 678. Con pocas restricciones al texto original, se establece que: a) la persona detenida o retenida tiene derecho a estar informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos en contra de ella (art. 7., punto 4); b) de la misma manera, la misma persona detenida o retenida tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin pérdida de continuidad del proceso (art. 7., punto 5); c) la legalidad de la prisión será decidida sin demora (artículo 7, punto 6); d) el juicio de las causas debe hacerse dentro de un plazo razonable, sin renunciar a las garantías procesales (artículo 8, punto 1.); e) se concederá tiempo suficiente para preparar la defensa en el proceso penal (artículo 8, punto 2, línea c.); f) todos tenemos derecho a un recurso sencillo y rápido contra los actos cometidos por personas en ejercicio de funciones oficiales (art. 25, punto 1).

8 *Brasil*, Conselho Nacional de Justiça, Resolución n. 106, de 6 de abril de 2010. Aporta los datos de criterios objetivos para medir el mérito para la promoción de los jueces y el acceso a los tribunales de 2º. Grado. Disponible en: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28466343%2EENUME%2E+OU+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>, Consultado en 05 de diciembre. 2011.

razonable de processo.⁹ Se enumerará algunos puntos que parecen realzar en gran medida dichas dificultades.

El primero se refiere directamente a la definición del principio, agravada por el adjetivo "razonable".

Según Vieira¹⁰ y Cavalli,¹¹ razonabilidad invoca, en general, las ideas de prudencia, reflexión, sabiduría, tolerancia, moderación, armonía, aceptable, moderado, adecuado, equitativo, legitimidad, proporcionalidad, sensatez. En pocas palabras, llama al aplicador del derecho a la razón en sus criterios de selección, pero, al mismo tiempo, pone de relieve el aspecto más amplio y flexible de su contenido. El principio de la razonabilidad tiene su origen en el derecho anglosajón y ejerce función de limitación de la acción discrecional del poder del Estado, mediante el control judicial.¹²

Por una Administración Pública más comprometida con los intereses de la colectividad y con los principios constitucionales, a partir de una definición amplia de la legalidad, la idea de razonabilidad se adapta con los principios democráticos del Estado de Derecho, en el que todo el poder emana del pueblo y en su nombre tiene que ser ejercida (Art. 1º, *caput*, de la Constitución Federal). Sin duda, debe estar en armonía con los principios constitucionales, y no puede ser transformado en una herramienta de frustración de las expectativas de los ciudadanos, especialmente cuando el tema se refiere a la preservación del debido proceso.

En otras palabras, la razonabilidad no puede permitir arbitrariedades, inconsistencias y soluciones individuales para cada caso en discusión ante el Poder Judicial, como si se tratara de una norma procesal penal en blanco. Sin embargo, se puede decir que los criterios adoptados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), replicando aquellos firmados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH),¹³ no hacen nada para ayudar a re-

- 9 En mi actividad como Asesor Jurídico de Juez de Tribunal de Justicia, observo que la mayoría de las solicitudes presentadas en el Habeas Corpus se establece como causa un pedido de constreñimiento ilícito causada por un exceso de tiempo, ya sea en el comienzo de los actos de investigación, ya sea por su vencimiento, sea para el estudio de los recursos, ya sea por un retraso en la tramitación de la investigación policial. Aunque no haya números exactos, podemos decir que el porcentaje de Habeas Corpus interpuesto con base en el exceso de plazo, sin duda excede el 70% (setenta por ciento) de las reclamaciones en el Tribunal de Justicia del Estado de Ceará, una cifra que probablemente se repite en otros tribunales brasileños.
- 10 *Katharine Santos Vieira*, A importância do princípio da proporcionalidade para a teoria dos direitos fundamentais: a distinção do princípio da razoabilidade, *Diálogos Jurídicos: Revista do Curso de Direito da Faculdade Farias Brito*, n. 5 (2006), p. 192.
- 11 *Cássio Machado Cavalli*, A compreensão jurídica do dever da razoabilidade, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 13 (n. 50) (2005), p. 17.
- 12 *Ana Luísa Pinto*, A celeridade no processo penal: o direito à decisão em prazo razoável, *Coimbra* 2008, p. 177.
- 13 En Brasil, se suele llamar a los criterios establecidos por el TEDH y por la CIDH la "doctrina de los tres criterios": la complejidad del caso, la actividad procesal del acusado, y la conducta de las autoridades judiciales. Por cierto, Marchisio, en la conclusión de la investigación en el sistema judicial argentino, verificó que, del universo de casos que llegan al Poder Judicial, la complejidad no es un factor que pueda justificar, con pocas excepciones, la demora de los procedimientos. Según él, sólo

solver el problema y sólo aumentan la incertidumbre sobre el "plazo razonable". Sale del criterio de "pasos de procedimiento" – en la que la configuración de la demora excesiva se produce a causa de la práctica de actos concatenados o de acto solo – para que se juzgue conforme el paradigma del "análisis global de procedimiento", que evalúa el tiempo de la persecución penal desde el momento de la iniciación de las averiguaciones previas hasta el juicio de recursos de instancia,¹⁴ siendo irrelevante para la configuración de no razonabilidad el plazo que determinado acto procesal haya sido cometido en cantidad de tiempo superior a la permitida por la ley – cuando hay un plazo establecido por la ley, por supuesto.

Y la necesidad de establecer un plazo razonable es más grave cuando se habla de la aplicación de medidas cautelares para la restricción de la libertad personal del acusado, ya que está directamente vinculada a un juicio rápido del proceso criminal, que debe llevarse a cabo sin demora injustificada, sobre todo por el hecho de que el Poder Judicial, al determinar la medida restrictiva, pasa a tener un período de tiempo más limitado para proteger los fines del proceso, no se puede usar una nueva cárcel para garantizar los mismos fines.¹⁵

Así que el primer punto que implica la necesidad de definir qué es la duración razonable del proceso, se desarrolla en el segundo punto: ¿cuál es el plazo razonable que debe ser fijado por la ley?

De repente, se puede contestar a esta pregunta de esta manera: no es razonable que se fije en plazos legales sin tener en cuenta las peculiaridades del hecho típico practicado, de acuerdo con las ocurrencias anteriores de la misma infracción. En otras palabras, es necesario observar un patrón temporal en el servicio procesal en un mismo grupo de delitos (por ejemplo, homicidios, delitos contra la economía, hurtos, robos, violación, delitos ambientales, etc.) para establecerse después los plazos legales máximos de persecución penal, sin abandonar el criterio de análisis global del procedimiento.¹⁶

No se debe olvidar, sin embargo, que existiendo la imposición de medida cautelar restrictiva (o no de) la libertad del acusado, es imperativo que existan límites legales de tiempo previamente definidos, y que deben ser calculados en forma aislada, ya que se trata de medida de excepción procesal.¹⁷

el 3% (tres por ciento) de los casos pueden ser considerados como complejos. (*Marchisio*, nota 3, p 207).

14 *María Inés Horovitz Lennon; Julián López Masle*, Principios y garantías del sistema procesal penal chileno, Santiago 2002, tomo I, p. 75.

15 *Paola Bigliani; Alberto Bovino*, Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano, Buenos Aires 2008, p. 64-65.

16 La observación es necesaria, para que el legislador no se equivocase en el establecimiento de plazos, al igual que en el caso de la Ley Federal. n. 9.034/1995, estableciéndose el plazo máximo de 81 (ochenta y un) días de la finalización de la investigación penal, en el caso de la delincuencia organizada. El plazo es claramente insuficiente para los fines para los que se propone, no es razonable, proporcional y apropiado al caso concreto, salvo que se renuncie a ciertos derechos y garantías.

17 En cuanto al procedimiento de prisión procesal, sin plazo fijo, por ley, el Proyecto de Ley n. 8.045/2010, que se ocupa de la creación del nuevo Código de Proceso Penal de Brasil, establece los plazos fijados por la ley para la duración de la restricción cautelar de la libertad del acusado, con la

Sin embargo, la CIDH estableció una regla general para determinar la duración razonable cuando ésta no haya sido legalmente establecida. A este respecto, se consideró que el límite temporal del encarcelamiento provisorio corresponde a dos tercios (2/3) del mínimo de la pena privativa de libertad que corresponde al delito acusado, que no implica decir que el encarcelamiento preventivo tiene que agotar ese plazo.¹⁸ Por lo menos, se trata de criterios más seguros que establecer para cada juez, en cada caso concreto, la determinación de lo que es razonable o no, da más seguridad jurídica¹⁹ sin dejar de lado la libre convicción judicial.²⁰

consiguiente liberación del preso si el término es extrapolado. Se estipula un plazo máximo de 4 (cuatro) años de la segregación cautelar, aunque el número se haga de una manera discontinua (§ 2º del art. 559).

- 18 Artículo 136 del Informe 35/2007, "136. Sin embargo, la Comisión considera que se puede fijar un criterio rector, indiciario, que configure una guía a los fines de interpretar cuándo se ha cumplido el plazo razonable. En este sentido, luego de un análisis de las legislaciones penales de los países del sistema, la Comisión estima bastante el cumplimiento de las dos terceras partes del mínimo legal previsto para el delito imputado. Esto no autoriza al Estado a mantener en prisión preventiva a una persona por ese término sino que constituye un límite, superado el cual se presume prima facie que el plazo es irrazonable. Ello no admite una interpretación a contrario sensu en el sentido de que, por debajo de ese límite, se presuma que el plazo sea razonable. En todo caso habrá que justificar, debidamente y de acuerdo a las circunstancias del caso, la necesidad de la garantía. En el supuesto en que se haya superado ese término, esta justificación deberá ser sometida a un examen aun más exigente." Disponible en: <http://www.defensapublica.org.ar/JURISDICCIONAL/Jurisprudencia/CorteInteramericanaDDHH/informe35del07_uruguay.pdf>. Consultado en 06 de diciembre. 2011. Es importante recordar también que el Estado ha establecido un límite objetivo para la actividad procesal, y si la legislación interna concede un mayor disfrute de los derechos que la Convención Americana de Derechos Humanos, se debe aplicar en aquella en virtud del principio pro homine, establecido en el art. 29, línea b, de la Convención. En Brasil, mientras la fijación de plazos procesales con consecuencias igualmente procesal no es establecida, se puede ser utilizado el porcentaje de 1/6 (un sexto) sobre la pena mínima, que se utiliza para el propósito de progresión del encarcelamiento (artículo 112 de la Ley de Ejecución Penal – Ley n. 7.210/1984). Para delitos atroces, se utiliza el porcentaje de 2/5 (acusado primario) y 3/5 (reincidente), según lo establecido por la Ley n. 11.464/2007, que, todavía, son más bajos que el plazo fijado por la Comisión Interamericana. Sin embargo, no hay noticia en la jurisprudencia brasileña de la utilización de esos paradigmas temporales, para establecer la duración de la prisión procesal.
- 19 "Esta objetivización absoluta de los criterios de medición de los tiempos del derecho permite una alta cuota de predicción y, por ello, de seguridad. Esto rige, sobre todo, para el derecho procesal penal. En este sentido, p. ej., el Tribunal Constitucional alemán ha señalado que la esencia de los preceptos referidos a plazos, como preceptos de orden formal, es servir, como derecho estricto, a la seguridad jurídica. Por ello, los plazos tienen que poder ser reconocidos clara y rápidamente del texto de la ley y no permitan interpretaciones extensivas ni pueden ser deducidos sólo del sentido o contexto de la ley." (*Pastor*, nota 3, p. 80).
- 20 El establecimiento de precedentes por los tribunales estatales, así como por el Supremo Tribunal Federal y por el Superior Tribunal de Justicia de ninguna manera ayuda en la fijación de plazos razonables, especialmente cuando el acusado se encuentra arrestado. Por cierto, la superación de la excesiva demora en la detención preventiva por razones de fallas de fase (sumario 52, STJ) o de decisión que determina el juicio de acusado por el Tribunal del Juri (pronunciación – sumario 21, STJ) no resuelven los problemas que vienen después, es decir, el retraso en el juicio. Para ello, se hace necesaria la presentación de *Habeas Corpus* como medio para poner fin a la restricción ilegal.

También parece que el criterio para definir plazos procesales claros en la ley es más seguro que hacer valer el principio de duración razonable del proceso, con base en la ocurrencia de la prescripción de la pretensión punitiva, incluso porque, en general, hay la producción de actos procesales que la interrumpen,²¹ determinando nuevo cómputo del plazo prescripcional. Sin embargo, hay que recordar que, al menos en la legislación brasileña, hay delitos imprescriptibles,²² por lo que la referencia temporal de la prescripción es completamente sin sentido para calcular el "plazo razonable".²³

De la misma manera, se observa que, incluso dentro de los Tribunales Superiores, se resistió a la recepción de tesis más "audaces", que tratan de resolver problemas relacionados con una duración razonable del proceso por apego excesivo al principio de la obligatoriedad de la acción penal.²⁴

C. OBLIGATORIEDAD X OPORTUNIDAD DE LA PERSECUCIÓN PENAL: POR UN NUEVO PARADIGMA

A propósito, un tercer aspecto de la cuestión para la solución de la definición de la duración razonable del proceso penal pasa, sin lugar a dudas, por un cambio de perspectiva legislativa

21 En el Código Penal brasileño, las causas interruptivas de la prescripción están previstas en el art. 119.

22 En Brasil, son delitos imprescriptibles el racismo (art. 5º, XLII, CF, y Ley n. 7.716/1989), y la acción de grupos armados, civiles o militares, contra el orden constitucional y el Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CF). Además, la Ley n. 12.234/2010, al modificar los criterios de prescripción establecidos en el Código Penal, abolió la prescripción de la pretensión punitiva bajo el modo retroactivo, que se basa en la pena estipulada en la sentencia condenatoria para verificar la ocurrencia de la prescripción, tiene como marcos procesales la consumación del delito y la recepción de la denuncia presentada por el magistrado. En este caso, creemos que el legislador creó otra hipótesis de imprescriptibilidad, en desafío a la Constitución. Además, el Supremo Tribunal Federal considera que, en caso de suspensión del procedimiento y del curso del plazo procesal por referencia editalicia no atendida (art. 366, Código de Procedimiento Penal), la suspensión tendrá una duración indefinida, hasta que el acusado sea encontrado o que el abogado defensor presente la defensa preliminar (STF, RE 600.851/DF RG. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=suspens%E3o+prox10+prazo+adj+prescripcional&base=baseRepercussao>. Consultado en 08 de diciembre. 2011).

23 "[...] Sin embargo, de lege ferenda se debería pensar en establecer para las dilaciones indebidas en los delitos menos graves y en las faltas un efecto idéntico al de la prescripción, al menos cuando la suma de los tiempos en los que el proceso ha estado detenido supera el plazo de prescripción." (*Enrique Bacigalupo*, Justicia penal y derechos fundamentales, Madrid, Barcelona 2002, p. 185.).

24 Esto se aplica a la cuestión del sumario n. 438, del Superior Tribunal de Justicia, cuya redacción establece que "Es inadmisibles la extinción de responsabilidad penal por prescripción de la pretensión punitiva basada en pena hipotética, independientemente de la existencia o suerte del proceso penal.". Por lo tanto, incluso la existencia de casos similares, en los que la pena mínima sea la única adecuada, existe la prohibición expresa de su cuenta para efectos de la consideración de la extinción de la prescripción punitiva por prescripción. (*Brasil*, Superior Tribunal de Justicia. Sumario n. 438. Disponible en: http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=31). Consultado en 08 de diciembre. 2011.).

y jurisprudencial sobre el paradigma de la *legalidad u obligatoriedad*, utilizado en la persecución penal.²⁵

Por ese modelo, la presencia de elementos suficientes de autoría y de prueba de la existencia del delito traería al titular de la acción penal pública – el Ministerio Público – la obligación de ofrecer la acusación en juicio. Como una consecuencia directa de la aplicación práctica del principio de obligación, habría un aumento de cuestiones penales, sin que a eso corresponda el aumento del número de jueces y servidores, por lo que se hace aún más sensible la percepción de ineficiencia del Poder Judiciário²⁶ para el enjuiciamiento de las causas.²⁷ Así pues, existe un círculo vicioso que se retroalimenta, y que no encuentra salida en corto plazo, a menos que el modelo sea roto.

A pesar de la tensión que parece agotar la capacidad del Poder Judicial en resolver no sólo las cuestiones civiles, sino también, y sobre todo, las criminales, hay una percepción aparente de que la propia adopción del principio de legalidad²⁸ como vector de acciones del Ministerio Público está sufriendo mitigaciones dentro y fuera del sistema.²⁹

- 25 “Aunque sea importante resaltar que se trata de principios que configuran la base de comprensión de todo el sistema procesal, sin embargo, no existen fundamentos serios para aseverar que dichos principios tengan directa vinculación con las reglas constitucionales que gobiernan nuestro enjuiciamiento penal.” (*Santiago Marino Aguirre*, El juicio penal abreviado, Buenos Aires 2001, p. 17). De hecho, tanto en Argentina como en Brasil, no hay cualquier norma constitucional que determine una relación entre el hecho de que el Ministerio Público ofrezca la acción penal pública (art. 129, I, CF) con el principio de obligatoriedad. Se trata, solamente, de reglas infra constitucionales para determinar un modelo, además de la propia tradición ibérica.
- 26 “No es de sorprenderse que el sistema judicial brasileño sea considerado disfuncional de modo casi unánime. Conforme escribe Taylos (2005), la justicia brasileña ‘es casi inoperante, proporcionando pocas garantías a los ciudadanos de una defensa legal rápida en contra de las políticas gubernamentales [...]. El modo de funcionamiento de la Corte excluye una gran parte de la ciudadanía del consumo de la justicia, puede, por lo tanto, afectar negativamente su juicio sobre la eficacia de esta importante institución democrática’ ”. (*Abramo*, nota 2, p. 426).
- 27 El CNJ realizó, por internet, la Encuesta de Clima Organizacional y Satisfacción de los Usuarios. La Investigación se llevó a cabo del 1º al 30 de septiembre de 2011, con el objetivo de trazar los desafíos de la Justicia Brasileña identificados por el personal y los usuarios de la justicia, contribuyendo a la elaboración de directrices de un plan anual que guía el trabajo del CNJ. La encuesta incluyó la participación de 26.750 personas, eran 803 magistrados, 7.259 servidores y 18.688 usuarios de la Judicatura. El cuestionario fue desarrollado en colaboración con el Departamento de Gestión Estratégica (DGE), Departamento de Pesquisa Judicial (DPJ) y el Departamento de Tecnología de la Información (DTI) del CNJ. Cerca de 80% de los magistrados que respondieron al cuestionario dijeron que no pueden entregar el suministro jurisdiccional dentro del plazo establecido por la ley, debido a la carga de trabajo. Y sólo el 13% de los usuarios dijo que los procesos se completan en el plazo previsto en la forma de la legislación. (Disponible en <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario/pesquisa-de-satisfacao-e-clima-organizacional>>. Consultado en 11 de diciembre. 2011.).
- 28 *Juan Carlos Forero Ramirez*, Aproximación al estudio del principio de oportunidad, Bogotá 2006, p. 78. El autor destaca la discusión existente en Europa desde el final de la Primera Guerra Mundial acerca de la incapacidad y la imposibilidad en que se encuentra el Estado para perseguir todas las conductas tipificadas por la ley penal. Además, recuerda que el hábito inquisitivo de los países

Por lo tanto, antes de ser "proceso", el delito pasa a través de dos filtros. Al principio está el conocimiento de la infracción por los operadores del sistema, lo que genera la *cifra negra*, es decir, la ignorancia de otras infracciones que son igualmente practicadas, pero que dejan de ser investigadas por la ignorancia total de los agentes responsables de la persecución penal. Posteriormente, por las deficiencias propias de la infraestructura judicial y extrajudicial para la persecución penal,³⁰ las investigaciones presentadas no llegan a su fin, y los procesos por delitos menos graves, es decir, aquellos en los que el daño material es evidente y se llevan a cabo sin violencia o grave amenaza para la persona, no son juzgados en tiempo oportuno, se produce la prescripción; o entonces se someten al procedimiento de suspensión condicional de proceso, previsto en el art. 89 de la Ley n. 9.099/1995, que trata de la adopción explícita del principio de oportunidad; o, incluso, en el caso de excluyentes de la tipicidad (crímenes de bagatela, p. ej.).

La adopción del principio de la oportunidad debe tener como presupuesto la ausencia de daños al Estado de Derecho.³¹ Así, podemos decir que para la renuncia a la persecución penal – que tiene carácter agudo de economía procesal, uno de los corolarios del principio de duración razonable del proceso – hay que cumplir con estrictos criterios de selección, establecidos no por el Ministerio Público, sino por el legislador.

Obviamente, el cambio de paradigma debe ir acompañado de una discusión sobre las ventajas y desventajas³² que trae. Sin embargo, la percepción de que las ventajas superan las

ibéricos durante 500 años de Inquisición no logró alejar un sistema de justicia penal burocrático, rígido, secreto, lento e ineficiente, y extremadamente injusto.

29 Es la llamada "crisis del principio de legalidad". (José Daniel Cesano, *El nuevo proceso penal: entre el fortalecimiento de garantías y la evitación del castigo*, Lima 2010).

30 "Como la gran mayoría de todos los hechos punibles no puede ser perseguida, la situación real ordena ya excepciones al principio de legalidad." (Karl Heinz Gössel, *El derecho procesal penal en el estado de Derecho: obras completas*. Santa Fé 2007, p. 332.)

31 Gössel, nota 30, p. 333.

32 Entre muchos, los beneficios de la adopción del principio de oportunidad son: a) la escasa lesión social producida por la práctica del delito y la falta de interés en el proceso penal; b) la reparación del derecho de la víctima; c) evitar los efectos criminógenos de las sentencias privativas de la libertad de corta duración; d) conseguir la rehabilitación del criminal por someterse voluntariamente a un procedimiento de rehabilitación; e) desmantelamiento de las organizaciones delictivas; f) llegar a un proceso justo para la duración apropiada del procedimiento, en relación con el delito cometido; g) establecer un tratamiento diferenciado para la micro criminalidad, aplicándose mayores recursos a los delitos más graves y complejos (macrocriminalidad); h) dar un tratamiento adecuado para la delincuencia juvenil. Por otra parte, se muestran las siguientes desventajas: a) los criterios de oportunidad suponen la desvirtualización del derecho penal material a través del proceso, señalando las contradicciones entre aquel y el derecho procesal; b) la negación discrecional de los órganos establecidos para ejercer la administración de justicia; c) el tráfico en juicio se llevará a cabo por el Ministerio Público, y no por el poder judicial; d) la asunción del reconocimiento institucional de la incapacidad del sistema judicial procesal y adjudicar todas las conductas delictivas, en un propio descrédito a la administración de justicia; e) no ve los intereses de las víctimas de delitos de menor impacto social; f) falta de conocimiento de los principios de igualdad y seguridad jurídica; g) la transformación del Ministerio Público en "autoridad suprema"; h) la falta de regulación previamente

desventajas es innegable. Curiosamente, los partidarios de una y otra corriente coinciden en un punto: el número de casos penales que llegan al sistema de Administración de la Justicia y la necesidad de descargarse de ellas.³³

Dos argumentos sobre la (no) adopción del principio de oportunidad de forma amplia en Brasil llaman la atención, porque son de naturaleza constitucional, y por lo tanto, adecuados para la preservación del Estado de derecho: i) promover el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas y ii) la violación de los principios de igualdad y seguridad jurídica.

La verdad que, antes de que se repelan, estos principios deben ser interpretados juntos, para dar lugar a la adopción del principio de oportunidad.

Es importante destacar que la no adopción de un plazo razonable es incompatible con la seguridad jurídica de que se desea en un Estado de Derecho, ya que ambos, la duración razonable y la seguridad jurídica, son inherentes al debido proceso, la cláusula constitucional que no sólo sostiene y da forma a los actos del Estado como da legitimidad a la persecución penal.³⁴

El principio de oportunidad destaca la aplicación práctica del principio de la igualdad, todo a través de disposiciones legales *ex ante* en que dicho principio será aplicado, haciendo la corrección de inconsistencias en el sistema de justicia penal con base en lo principio de obligación, que ignora su propia selectividad real. Es decir, el sistema de la legalidad deja de ser hipócrita, omnipresente y omnisciente,³⁵ y pasa a lidiar con hechos que merezcan persecución penal, todo de acuerdo a una nueva política criminal que adopte el *principio de eficiencia* entre las funciones inherentes a la persecución penal: Ministerio Público, Poder Judicial y sus servidores, los órganos responsables de la defensa y las autoridades encargadas de la investigación pre procesal.

En otras palabras, se debe pensar en un sistema de justicia, y sobre todo, en un *eficiente* sistema de enjuiciamiento penal, no por el número de investigaciones que se convierten en acusaciones en los tribunales, y que, a su vez, dan lugar a condenas, pero sí, en términos de casos que deben ser resueltos, sea cual sea el resultado final de la cuestión penal.³⁶ El sistema debe ser eficiente, pero sin perder de vista las garantías y derechos que concede la Constitución Federal, entre ellos la dignidad de la persona humana, vector axiológico de interpretación de la acción penal.

Sin embargo, para que tal eficiencia ocurriera en la práctica, es necesario que haya una definición exacta y legal de los plazos procesales – incluso si se adopta el criterio de análisis general de procedimiento – así como una nueva política criminal, no meramente simbólica,

conocida; h) si el legislador incluyó en código determinados actos como criminales, aunque parezcan insignificantes, no hay nada que entender que faltará interés público para su enjuiciamiento. (*Forero Ramirez*, nota 28).

33 *Teresa Armenta Deu*, Estudios sobre el proceso penal, Santa Fe 2008, p. 211.

34 *Julio B. Maier*, Derecho procesal penal, Buenos Aires (2004).

35 *Marino Aguirre*, nota 25, p. 18.

36 *Alberto M. Binder*, Introducción al derecho procesal penal, Buenos Aires (2004), p. 57.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe n. 35/2007. Disponible en: <http://www.defensapublica.org.ar/JURISDICCIONAL/Jurisprudencia/CorteInteramericanaDDH/H/informe35del07_uruguay.pdf>. Consultado en 06 de diciembre. 2011.
- FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. **Aproximación al estudio del principio de Oportunidad**. Bogotá: Ibañez, Universidad del Rosario, 2006.
- GÖSSEL, Karl Heinz. **El derecho procesal penal en el estado de derecho**: obras completas. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007.
- HOROVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián. **Principios y garantías del sistema procesal penal chileno**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- MAIER, Julio B. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.
- MARCHISIO, Adrián. **La duración del proceso penal en la República Argentina**. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer Uruguay, 2004.
- MARINO AGUIRRE, Santiago. **El juicio penal abreviado**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.
- PASTOR, Daniel R. Eine Frist, die keine ist? Über die Durchführung des Strafverfahrens innerhalb einer angemessenen Frist. In: HEINRICH, Manfred et al (Hrsg.). **Strafrecht als Scientia Universalis**: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai. 2011. Berlin: De Gruyter, 2011. Band 2, s. 1287.
- PASTOR, Daniel R. **El plazo razonable en el proceso del estado de derecho**. Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung; Ad-Hoc, 2002.
- PINTO, Ana Luísa. **A celeridade no processo penal: o direito à decisão em prazo razoável**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna Santiago; DUARTE, Ana Caroline Pinho. Um conceito de duração razoável do processo penal. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n. 2, (2010), mai./ago. 2010, p. 242-256.
- VIEIRA, Katharine Santos. A importância do princípio da proporcionalidade para a teoria dos direitos fundamentais: a distinção do princípio da razoabilidade. **Diálogos Jurídicos**: Revista do Curso de Direito da Faculdade Farias Brito, Fortaleza, a. 5, n. 5, p. 189-201. Enero / diciembre. 2006.