

Una oportunidad para el cambio.

Conceptos básicos sobre los principios de legalidad procesal y oportunidad

Maximiliano Bagnat¹

Introducción.

En el presente trabajo se intentará elaborar, con la mayor claridad posible, una definición sobre los principios de legalidad procesal y de oportunidad. Igualmente, se tratará la vigencia, la actualidad y la realidad de cada uno de ellos.

Del mismo modo, se desarrollarán brevemente las diferentes posturas de aquellos autores que “enarbolan” a uno u otro principio, sin dejar de analizar la génesis y situación de los mismos frente a la Constitución Nacional.

Finalmente, nos concentraremos en la posible solución que el principio de oportunidad nos ofrece ante determinadas situaciones donde el aparato represivo del Estado debe dejar de intervenir violentamente, en razón de la influencia de los demás principios que lo sostienen y fundan, dejando de lado aquellas concepciones que idealizan a los principios de legalidad procesal y oportunidad como *regla y excepción*.

Delimitación, desarrollo, selectividad y crisis del principio de legalidad procesal.

Frente a la decisión de oficializar la persecución penal, como regla general, se ha estimado necesario imponer a los órganos del Ministerio Público², por vía de principio, el deber de promover la persecución penal, ante la noticia de un hecho punible, en procura de la decisión judicial que, previo esclarecer la verdad acerca de esa hipótesis, solucione el caso por intermedio de alguna de las resoluciones previstas en la ley procesal³.

Nos estamos refiriendo a la obligación que pesa sobre los funcionarios públicos de ejercer la acción penal en todos los casos previstos en la ley como delitos, salvo las

¹ Abogado (Universidad Abierta Interamericana). Especialista para la Magistratura (Universidad Nacional de General San Martín). Fiscal del Caso de la ciudad de San Martín de los Andes, provincia de Neuquén.

² NUÑEZ (1988:127). *El órgano público, titular del ejercicio de la acción de oficio, es el Ministerio Fiscal o Público. Los particulares no pueden ser titulares del ejercicio de la acción de oficio y a los códigos de procedimiento les está vedado atribuirles esa calidad.*

³ MAIER (1996:825).

excepciones también establecidas. A esta obligación se la ha denominado también “*principio de legalidad*”, por su cercanía con el principio de legalidad en términos generales (el principio de legalidad del Estado o el principio de legalidad del Derecho Administrativo, que rige la función pública en general) que no se refiere al principio de legalidad en materia penal que tiene otros orígenes y otras funciones⁴.

*Clariá Olmedo*⁵ nos dice que la regla de la legalidad del proceso significa establecer la prohibición para los órganos del Estado que actúan el derecho penal integrador, de toda discrecionalidad en cuanto a decidir sobre la conveniencia o inconveniencia del ejercicio de la función asignada para el caso concreto (*regla de la no discrecionalidad*). Siendo el proceso inevitable. Esta es una regla práctica o política en cuanto a sus fundamentos⁶. Por lo tanto, excluye todo criterio de oportunidad, y esto hace que el proceso penal sea inevitable en su inicio y en su total desarrollo.

En idéntico sentido afirma *Vélez Mariconde* que según esta regla los mencionados órganos del Estado tiene el deber de ejercer la acción pública de acuerdo en todo caso con la ley penal, es decir, siempre que aparezca cometido un hecho delictuoso, sin que puedan inspirarse en criterios políticos de conveniencia o de utilidad social. En otra forma, carecen de toda facultad discrecional para juzgar sobre la oportunidad o conveniencia de promover o proseguir la acción penal; son esclavos de la ley, en el sentido de que tienen el deber de provocar o solicitar la actuación correcta de aquella, puesto que lo contrario implicaría atribuirles un poder dispositivo⁷.

Desde un punto de vista negativo, nos enseña *Maier*, ello significa que ningún criterio de oportunidad –político, utilitario por conveniencia práctica, económica, temporal, etc- autoriza, en principio, a prescindir de la persecución penal frente a la noticia de la comisión de un hecho punible. Por mínima que sea la infracción o por inconveniente que aparezca la persecución y el procedimiento penal, ellos son necesarios y obligatorios. En consecuencia, la máxima prohíbe, en principio, la renuncia al ejercicio de la persecución penal, o el desistimiento de la acción intentada, todo acuerdo o transacción con el imputado

⁴ BINDER (2005:205).

⁵ OLMEDO (1960:467).

⁶ OLMEDO (1984:240).

⁷ VÉLEZ MARICONDE (1969:177).

por parte de los órganos de persecución penal. Cualquier funcionamiento del principio de autonomía de la voluntad, pues los poderes que ejerce el Ministerio Público son formales⁸.

En el derecho positivo argentino (penal), el principio de legalidad procesal se encuentra plasmado en el texto del artículo 71 del digesto punitivo, el cual reza “*deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales...*”. La ausencia de criterios de oportunidad, o de autorizaciones más o menos extensas, para prescindir de la persecución, según disposición del Ministerio Público, completa la regla. En apoyo de este principio, el Código Penal reprime al órgano estatal competente para la promoción y ejercicio de la acción penal cuando dejare de hacerlo (art. 274 del C.P.).

En síntesis, y vulgarizando⁹, se podría decir que el principio de legalidad determina que todo posible delito sea siempre investigado, juzgado y penado.

La justificación para su vigencia pareciera no ser del todo clara. *Maier* apunta, desde un ángulo especulativo, que él deriva de la idea de la pena como expiación o retribución del crimen, esto es, de las teorías absolutas sobre la pena estatal, que legitiman el castigo sólo como mal inferido a quien había obrado mal –retribución- y lo prescribían como aplicación necesaria en los casos concretos; con ello proscribían todo fin utilitario para la penal estatal, como por ejemplo, disuadir al autor (prevención especial) o a otros (prevención general) para que observen un comportamiento adecuado al Derecho o eviten incurrir en comportamientos punibles.

Una segunda razón, especulativa también, se aproxima al vínculo entre Derecho Positivo y Estado de Derecho. El principio de igualdad ante la ley (CN, art. 16), unido a la determinación legislativa de los hechos punibles (CN, arts. 18 y 19), recomendaría que fuera la ley, y no la decisión particular de los órganos de la persecución penal¹⁰, quien determine, en

⁸ MAIER, ob cit. “*El principio parece reposar en la tipicidad objetiva, pues cualquier causa de exclusión de la caracterización del hecho como punible (error, justificación, inculpabilidad o imputabilidad) se debe comprobar dentro del procedimiento penal, no fuera de él, y declarar por la vía y resolución que la ley procesal indica*”.

⁹ CAFFERATA NORES (1994:31).

¹⁰ En contra ver FERRAJOLI (1997:568). “*El autor sostiene que la discrecionalidad de la acción y la consiguiente disponibilidad de la imputaciones e incluso de las pruebas, que se ha conservado en algunos de los actuales sistemas acusatorios, son por tanto un reducto, del todo injustificado, del carácter originariamente privado y después sólo cívico o popular de la iniciativa penal. Se entiende que esta discrecionalidad y disponibilidad... representan una fuente inagotable de arbitrariedades: arbitrariedades por omisión, ya que no cabe ningún control eficaz sobre los favoritismos que puedan sugerir la inercia o carácter incompleto de la acusación;*

los casos concretos, cuándo una persona debe ser sometida a una pena o viceversa. No obstante ello, aunque se busque aquí evitar privilegios o crear fueros personales, debe recalcar que los aludidos principios funcionan como garantías de los individuos frente al poder penal de Estado, esto es, como seguridades para el habitante de no ser afectado en sus libertades por ese poder. Sin embargo, este nuevo fundamento, no logra legitimar íntegramente la persecución penal obligatoria del Estado, como máxima fundamental del sistema.

Empíricamente, en cambio, se conoce que el sistema penal se aplica tan sólo a unos pocos hechos punibles, escasísimos frente al panorama general de la inobservancia a las normas del Derecho penal, y que la selección natural del sistema crea desigualdades notorias, criminalizando a un sector social –el menos favorecido, el de menores recursos- y descriminalizando a otro¹¹.

Existe un sinnúmero de factores de hecho que coadyuvan a que no se cumpla totalmente cualquiera de sus manifestaciones, factores que, por no estar regulados jurídicamente, no son controlables, no responden a políticas que pueda adoptar la autoridad encargada de la persecución penal, ni tiene responsables identificables.

Entre sus más severas críticas podemos enumerar, en prieta síntesis, lo que se llama “*cifra negra*”, que son los delitos que no se conocen ya sea porque no se denuncian o por la tarea de prevención directa de las fuerzas de seguridad. Se puede mencionar también la “*cifra dorada*”, constituida por aquellos delitos que si bien pueden ser conocidos por la autoridad, no entran formalmente al sistema judicial por razones de venalidad en la función, prebendas económicas, influencias políticas, etc¹². Hay también en la sociedad cierta “*tolerancia*” para algún tipo de delitos, lo que determina que vayan a engrosar la cifra negra o la cifra dorada.

arbitrariedades por acción, al resultar inevitable, como reseña la experiencia, que el plea bargaining se convierta en la regla y el juicio en una excepción, prefiriendo muchos imputados inocentes declararse culpables antes que someterse a los costes y riesgos del juicio”.

¹¹ BINDER sostiene que el principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción pública establece un deber ser que podrá lograr que las realidades sociales se rijan por él, según la fuerza normativa que tenga, pero nada dice sobre su efectivo cumplimiento. Agrega que, en su formación simple, el principio de legalidad tiene un gran sustento moral, es la expresión de un modelo político criminal estatista de tendencia totalitaria, donde la incapacidad fáctica no es una mera incapacidad sino uno de los modos de encubrir la selectividad del interés del Estado.

¹² CAFFERATA NORES aduce que son aquellos delitos que, según la jerga, se arreglan.

Por último, sin dejar de reconocer otras críticas al principio de legalidad, otra de las frustraciones prácticas deriva de la “*imposibilidad material*” del aparato judicial para dar tratamiento a todos los delitos que a él ingresan, derivada de la desproporción entre el número de éstos y el de órganos públicos encargados de su investigación y juzgamiento. Ello determina, necesariamente e inevitablemente, la aparición de criterios de selección por priorización de tratamiento. Veamos.

Los grados de selección y priorización prácticos de enjuiciamiento penal se configuran conforme las políticas institucionales que en tal sentido se fijan e implementan, otras veces por decisiones que sencillamente se adoptan. Podemos mencionar, entre ellas, la selección de las figuras delictivas a investigar, es decir, se determina que figuras penales merecerán mayor esfuerzo operativo de acuerdo a criterios de conveniencia y oportunidad¹³. El acto de la denuncia del perjudicado y, fundamentalmente, su posterior participación como querellante o actor civil. Las averiguaciones o investigaciones que realizan los órganos encargados de la persecución penal. La posibilidad de dictar el sobreseimiento, en cualquiera de sus formas, principalmente la prescripción. Las posibilidades de llegar a juicio abreviado, y la innegable función selectiva de la opinión pública para determinadas causas.

Como puede verse, priorización con efecto selectivo tiene muchas veces una exteriorización algo “salvaje”. Sin dejar de mencionar que, en muchas ocasiones, estos criterios prácticos de selección y conveniencia, se conforman ponderando aspectos de oportunidad y conveniencia ajenos a la normativa vigente, vulnerando el principio de legalidad¹⁴.

Lo cierto es que, la realidad muestra con contundencia esta crisis de vigencia práctica del principio de legalidad y la existencia de un extendido, informal y, muchas veces inicu fenómeno de selección de casos, que se hace arbitrariamente, sin responsables, sin control y, sobre todo, sin atención de los criterios que postulan esta selección como conveniente para ciertas hipótesis, que deberían estar previstas en la ley¹⁵. Dada la tensión aquí revelada, pareciera imperioso que el legislador se animara y sabiamente combinara ambos axiomas,

¹³ Como señalara GOLDSCHMIDT en su obra “*Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*”, el principio de oportunidad no es de ninguna manera una consecuencia o un aumento del principio acusatorio.

¹⁴ ANTOLÍN ALMIRÓN (2002:3).

¹⁵ CAFFERATA NORES Y TARDITTI (2003:73).

pues como señala *Hassemer*, debe haber “*tanta legalidad como sea posible; tanta oportunidad como sea necesaria*”¹⁶.

Como se evidencia en el terreno práctico, la implementación de un sistema de legalidad sin excepciones, genera una selección encubierta, irracional que, relega los principios que inspiraron el ideal de justicia igualitaria y pacificadora de la sociedad, se aprecia una contradicción entre fines y medios. Por lo tanto, parece que la norma que impone el principio de legalidad sin admitir excepciones, carece de la razonabilidad que la Constitución Nacional exige¹⁷. Ya que del modo en que tal precepto se aplica se contraponen con el mandato de afianzar la justicia, sostener la igualdad ante la ley y mantener la racionalidad de las decisiones de gobierno¹⁸. En dicho derrotero, cabe destacar una vez más que el principio oportunidad, o discrecionalidad¹⁹, como herramienta racionalizadora de la selección del sistema penal deber ser articulado juntamente con adecuados mecanismos de control²⁰, para que indefectiblemente sea transparente, racional e igualitario, a efectos de no reemplazar un proceso selectivo arbitrario por otro más prolijo pero igualmente arbitrario.

¿Una oportunidad para el cambio?

Todo lo expuesto anteriormente demuestra claramente, en atención a la experiencia, que el discurso jurídico, el sistema sostenido por el ordenamiento jurídico (*principio de*

¹⁶ VELÁSQUEZ V. (2007:223). Véase del mismo modo HASSEMER, Windfried, “*La persecución penal y oportunidad. Traducción de M. A. Cobos Gómez de Linares.*”

¹⁷ BIDART CAMPOS (2001:365) “*nos enseña que en cuanto a la titularidad del ejercicio de la acción pública en material penal, queda margen para que el Ministerio Público actúe adoptando criterios razonables de oportunidad para la promoción de dicha acción*”.

¹⁸ MARCHISIO (2008:169).

¹⁹ ARMENTA DEU (2008:197) “*señala que discrecionalidad supone la atribución por el ordenamiento de un margen de opción configurado por una pluralidad de soluciones, todas ellas válidas en la medida que se adecuan a la legalidad*”.

²⁰ CAFFERATA NORES, ob. cit. pag. 3, “*sostiene que el principal encargado de la actual tarea de priorización y de la futura de fijación de políticas de persecución penal debe ser la máxima jerarquía de un Ministerio Fiscal independiente de los poderes políticos del Estado, que de algún modo se halle integrado a una política general de gobierno, y que cuente con atribuciones suficientes para imponer la ejecución de aquellas a los fiscales inferiores, en el marco de la ley. Para ello, sugiere, que la máxima autoridad del Ministerio Fiscal (sólo ella), pueda ser renovada periódicamente. Su estabilidad regirá sólo por un plazo (amplio) a cuyo vencimiento cesará en su cargo, sin perjuicio de ser designado nuevamente en él. Los demás poderes del Estado podrán controlar y aun corregir el uso de la facultad o atribución política de fijar políticas de persecución penal, sin desmedro alguno para la independencia del cuerpo fiscal*”.

legalidad) transita un camino sinuoso con destino incierto, que ya nadie desea recorrer. La realidad, como ya se dijera, circula por la vereda de enfrente (*principio de oportunidad*). Los operadores judiciales y los juristas sostienen, especulativamente, el principio de legalidad, como criterio rector de la persecución penal, y en la práctica concreta seleccionan de diferentes maneras aquellos casos a tratar, a investigar, aplicando ya dentro del sistema criterios de oportunidad.

Así las cosas, a diferencia de lo que ocurre con el principio de legalidad, no es común la existencia de definiciones concretas del principio de oportunidad, pues generalmente, éste ha sido caracterizado por oposición a aquel. Sin embargo, conviene destacar aquí las opiniones *von Hippel*, *Roxin*, *Gimeno Sendra* y, en el ámbito local, *Maier*²¹, pero especialmente *Cafferata Nores*.

Afirma *von Hippel* que el principio de oportunidad es aquel en atención al cual el fiscal ejercita la acción penal con arreglo a su discrecionalidad, en determinados supuestos regulados legalmente.

En similares términos, *Gimeno Sendra* considera que el principio de oportunidad implica la facultad que asiste al titular de la acción penal para disponer de su ejercicio, bajo determinadas condiciones, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible con un autor determinado.

Con una mínima diferencia, *Roxin* sostiene que el principio de oportunidad es la contraposición teórica del principio de legalidad²², mediante la que se autoriza al fiscal a optar entre accionar o abstenerse de hacerlo (archivando el proceso), cuando las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado, con gran probabilidad, ha cometido un delito.

Julio Maier nos dice, por otra parte, que es la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionalmente, por motivos de utilidad social o razones político-criminales.

²¹ ANITUA Y BORINSKY (1999:447).

²² En contra de dicha caracterización se encuentra BINDER, a cuya postura adhiero y más adelante desarrollaré.

Finalmente, como se adelantara, *Cafferata Nores*²³ sostiene que el principio de oportunidad puede expresarse como la atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal, de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar. Con mayor sencillez, refiere que sería más adecuado hablar de disponibilidad en la persecución, fundada en razones de oportunidad.

En adición, desde una visión constitucional de los principio que gobiernan el proceso penal, *Spota* identifica al principio de oportunidad como una delegación de capacidad política decisoria, que se le otorga al Poder Judicial o al Poder Ejecutivo, por intermedio de los jueces o de los fiscales, o de ambos a mérito de una creación de la ley, para evaluar frente a determinadas conductas delictivas, la posibilidad de desincriminar total o parcialmente conductas o discriminar la pena, a cambio del bienestar general. En tal sentido lo sintetiza como un concepto que no se opone al de legalidad, sino como un complemento de eficacia desde el ángulo de lo político²⁴.

Como se dijera, el establecimiento en general de determinados criterios se admiten respecto a ilícitos cuya no persecución ni castigo resulta tolerable por las valoraciones sociales medias, y en la medida que no se conviertan en privilegios personales.

Se conocen dos sistemas de instrumentación del principio: la oportunidad libre y la reglada. A fin de no extender innecesariamente el objeto del presente trabajo, solamente habré de efectuar una breve descripción de ellos.

La *oportunidad libre* puede apreciarse en el derecho anglosajón. Parte de una premisa: el fiscal sólo lleva a juicio aquello que puede “ganar” logrando una condena. Ello importa, por un lado, que si no existe tal posibilidad, no hay acusación; y por otro, que para lograr la condena por un delito se permiten negociaciones que pueden llevar a su impunidad parcial, o de otros cometidos.

²³ CAFFERATA NORES (1997:16).

²⁴ SPOTA (1988:988).

El otro sistema se conoce como *oportunidad reglada*, y es propia del derecho continental-europeo. Significa que, sobre la base de la vigencia del principio de legalidad, se admiten excepciones por razones de oportunidad que se encuentran previstas en la legislación penal, cuya aplicación en el caso concreto se realiza bajo la responsabilidad de funcionarios judiciales predeterminados, generalmente con el consentimiento del imputado, y a veces de la víctima, y requiere control del órgano jurisdiccional²⁵.

Constitucionalidad del principio de oportunidad. Diferentes posturas.

Si bien la Constitución Nacional limita el poder punitivo del Estado, pues ordena que “*Nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho de proceso...*”, en ningún lugar expresa que cada vez que se comete un hecho de los que la ley anterior tipifica como delitos, se deba imponer una pena o deba iniciarse un proceso.

No existe regla alguna de la cual pueda inferirse que ella imponga un sistema de legalidad o consagre el de oportunidad. Sólo pueden apreciarse impedimentos a la aplicación de la disponibilidad de la acción en orden a los denominados delitos constitucionales.

El tema de la disponibilidad de la acción, en nuestro ordenamiento jurídico, es una cuestión de derecho de fondo, una materia regulable por el Congreso de la Nación, porque es una institución que condiciona el funcionamiento de la actividad represiva enervándolo, a diferencia de la regla procesal que simplemente es el camino para que funcione el ejercicio de esa potestad represiva²⁶.

Ahora bien, sostiene *Binder*²⁷ que si se ha aceptado que deban ser las mismas provincias quienes deban organizar el proceso es razonable también que ellas organicen el poder requirente. Resulta lógico que sea cada Estado provincial el que deba establecer las condiciones que llevan a poner en marcha los órganos de persecución penal y el poder jurisdiccional que ellas han organizado.

En la medida que las provincias van adoptando sistemas acusatorios que le dan al Ministerio Público un papel preponderante en la organización de la investigación y en la

²⁵ *Para un mejor examen comparativo sobre el principio de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos, véase ANITUA Y BORINSKY, ob. cit.*

²⁶ FRASCAROLI (2002:147).

²⁷ BINDER (2004a:213).

persecución penal se va haciendo más notorio que carece de sentido que sea el Congreso federal quien establezca las prioridades de esa persecución penal cuando esas prioridades están íntimamente vinculadas a las realidades locales y a las propias características y organización del derecho de los órganos requirentes y judiciales de cada provincia y sus posibilidades de actuación. En la medida en que nuestro país estaba inmerso en sistemas inquisitivos, continua, las doctrinas que señalaban que la regulación de la acción penal, en tanto exclusivamente como acción penal pública, era poder federal, parecían razonables porque el papel del Ministerio Público –y con mucha más razón el papel de la víctima- era absolutamente irrelevante²⁸.

Concluye *Binder* en que resulta irrazonable que el Congreso federal establezca las condiciones de eficacia de la persecución penal para realidades tan diversas como cada Estado provincial y que, si quisiera hacerlo, rompería justamente el equilibrio que busca compromiso mancomunado de todos los Estados con la eficacia de la legislación común²⁹.

En idéntico andarivel, *Fernando J. Zvilling* afirma que la regulación del ejercicio de las acciones dentro del Código Penal implicó un exceso legislativo en las facultades delegadas, desvirtuando el Congreso Nacional el alcance federal dado por el constituyente a la fórmula constitucional. Finaliza sosteniendo que ha sido el resultado directo de una concepción ideológica unitaria contraria al espíritu y estructura federal de la Constitución Nacional, que derivó en una mayoritaria y errónea interpretación del art. 7, CP. Es decir que se trata de un error histórico que lleva el nombre de *verdad jurídica*³⁰.

²⁸ *En contra* DE LA FUENTE Y SALDUNA (2008:69) señalan que en el caso de las disposiciones concernientes al ejercicio de la acción penal es un ejemplo elocuente de poderes implícitamente delegados por parte de las provincias al Congreso de la Nación. Ello no implica cercenar o desconocer las características del sistema federal adoptado por la Constitución, sino ratificar el ejercicio de las competencias legislativas que han sido delegadas al Gobierno federal necesariamente incluye –al mismo tiempo-la facultad de dictar aquellas normas procesales que resulten indispensables para que dicha competencia pueda ser ejercida en modo efectivo. De acuerdo al régimen adoptado por nuestra Constitución, la política criminal se ejerce –fundamentalmente-a través del Congreso de la Nación, pues es este órgano el que tiene la competencia para establecer cuanto y cómo se castiga y, también en que casos puede dejar de castigarse.

²⁹ BINDER (2000:291).

³⁰ ZVILLING (2006:666).

Del otro lado del camino, el maestro *Maier*³¹ sostiene que la discusión se vincula a la decisión política del Código Penal (art. 71) acerca de la iniciación oficial de la persecución penal y al mandato que la misma ley contiene para los órganos de la persecución penal; de promover el enjuiciamiento de los culpables de un hecho punible (Código Penal, art. 274). Cualquier razón política a cerca del ingreso de criterios de discrecionalidad (oportunidad) para evitar la persecución penal de algunos hechos punibles, por necesarios que ellos sean para gobernar el cúmulo de casos que ingresan al sistema penal, para mayor eficiencia de la persecución penal o por razones de justicia intrínseca del caso, *colisiona con definiciones previamente determinadas por la ley penal nacional, para cuya sanción competente, en principio, el Congreso de la Nación.*

Es así, como los detractores argumentan, sobre la base lo expuesto, que permitir que cada provincia establezca disposiciones que tienen que ver con el ejercicio de la acción penal resultaría contrario al principio de igualdad ante la ley e impediría la aplicación uniforme de la legislación penal en todo el país. Dado que cada provincia podría modificar a su antojo los criterios que determinan la iniciación o extinción de la acción penal. El Código Penal de la Nación ya no se aplicaría igualitariamente en todo el territorio nacional.

Considero que ante este tibio reproche sobre la posible violación del *principio de igualdad ante la ley*, puede contestarse que también el derecho de fondo se aplica desigualmente en cada jurisdicción tras las interpretaciones de los jueces³², no ocasionando ello ningún gravamen constitucional. Mencionare en apoyo los distintos regímenes de libertad dentro del proceso penal, donde es fácil advertir la disparidad de criterios que emanan de los distintos tribunales. Esto provoca que ante iguales hechos delictivos, en distintas jurisdicciones se pueda permanecer en prisión preventiva y en otras, por el contrario, se logre

³¹ MAIER, Julio B. *Transcripción de la Exposición de Motivos correspondiente al Anteproyecto del Código Procesal Penal para la Provincia de Chubut*, citado por D'ALBORA, Francisco J, *Principio de oportunidad y ley procesal*, en *Revista del Colegio de Abogados de la Capital Federal. Doctrina*, Buenos Aires, 2000, vol. 2, p. 21, quien a su vez señala que *el principio de oportunidad es un mal necesario que debe ser regulado por la ley nacional.*

³² BACIGALUPO (1999:111) *parafraseando a Cesare Beccaria, quien afirmaba que ni siquiera en los jueces penales puede residir la autoridad de interpretar las leyes penales, por la misma razón que éstos no son legisladores, que completa su idea con palabras tajantes: nada es más peligroso que el axioma común que indica que es necesario consultar el espíritu de la ley (...). El espíritu de la ley sería el resultado de una buena o mala lógica de un juez, de una digestión fácil o malsana; dependería de la violencia de sus pasiones, de la debilidad del que sufre, de las relaciones del juez con el ofendido, y de todas aquellas pequeñas fuerzas que transforman las apariencias de todo objeto en el animo fluctuante del hombre.*

mantener la libertad³³. Por otro lado, y ello tiene correspondencia constitucional concreta, las garantías parten de invocarse y aplicarse a favor del imputado y no en su contra; es decir, al beneficiado por un régimen de acción penal más benigno de una provincia no se lo puede “sancionar” so pretexto de una desigualdad que proviene de la falta de inclusión de dicho beneficio en otra jurisdicción³⁴.

Sin perjuicio de lo expuesto, quienes alaban la imposibilidad de las provincias de introducir criterios de oportunidad en la legislación procesal local, señalan que existe la relativa posibilidad de que el legislador nacional incorpore criterios de oportunidad, pero no incluyéndolos en Código Penal, sino en el Código Procesal Penal de la Nación.

Esta tesis se ha dado en llamar “*irrelevancia de los libros*”. En definitiva, el órgano que dicta las normas es el que se encuentra constitucionalmente habilitado para ello. De modo tal que, si es el Congreso de la Nación el que sanciona tales normas, éstas serán válidas con independencia del “libro” en el que las incluya³⁵. El título de la ley o la portada del libro en el cual aparecen esas reglas no pueden inducir a error sobre la competencia legislativa, pues el Congreso nacional tiene competencia para dictar ambas clases de reglas, las penales y las procesales penales. El problema residirá en establecer el ámbito reducido o amplio de su vigencia.

Obsérvese la paradoja que en la que incurre la postura descripta; conculcando abiertamente el principio de igualdad ante la ley, tales reglas solamente se aplicarían en el fuero federal y en aquellos fueros ubicados en la Capital Federal, resultando de ellos una aplicación abiertamente desigual.

³³ GRANARA (2003:51) *relativiza los fundamentos de dicha crítica al referir que en un sistema en el que rige el principio de legalidad procesal la igualdad también resulta violada por la selectividad que se produce natural, espontánea y normalmente por el órgano público judicial, motivado por cuestiones directamente vinculadas con las características del hecho mismo o las evidencias presentadas.*

³⁴ JAUCHEN (2012:650).

³⁵ Véase en tal sentido el Proyecto que fuera elaborado por la Comisión Asesora para la Reforma de la Legislación Procesal Penal, coordinación a cargo del Dr. Carlos Alberto Beraldi, constituida por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 115 del 13 de febrero de 2007 (B.O. del 16-2-2007). En dicho sentido, destáquense los art. 12 y 13, donde se propician determinados criterios de oportunidad y la conversión de la acción pública en privada, respectivamente (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, *Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación*. Edición al cuidado del Dr. Carlos Alberto Beraldi. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007).

Principio de ultima ratio: sostén y fundamento del principio de oportunidad.

Cuando se habla del principio de oportunidad, se observa la necesidad de abandonar la persecución de determinados comportamientos tipificados como delitos, tal como lo requiere el principio de legalidad. Así las cosas, dejar de lado dicha persecución significa rediseñar de un modo completo una política de intervención de la justicia penal en el entramado social. Es establecer los cimientos claros de cuales van a ser los criterios de selección y significa también determinar claramente la división de tareas entre todas las formas de intervención de los conflictos vistos de una manera integral, sin caer en el credo que sostiene que o aplicamos penas o ya no tenemos ningún otro recurso. Desde este punto de vista se podrá avanzar y dejar de lado aquella ideología que piensa al principio de oportunidad desde la negación del principio de legalidad. Perfectamente se puede reflexionar alrededor del principio de selección de casos sin ninguna referencia principio de legalidad. No son opuestos ni excepciones, o mejor dicho, su consideración como opuestos es una y no precisamente la más productiva forma de analizar la temática. La selección de casos se da en dos dimensiones: la primera de ellas, vinculada con la política criminal, mientras que por otro lado, otra dimensión relacionada con la justicia penal, concebida como una estructura con recursos limitados.

En dicho sentido, pueden visualizarse dos criterios que no han sido asumidos en la práctica, ni siquiera por el desarrollo de las políticas criminales que giran entorno de la justicia penal. En primer orden, desde una dimensión político criminal, debe destacarse la existencia de un principio rector de la política criminal propio de un estado democrático republicano y fundado en el Estado de derecho, que es el principio de *ultima ratio*. El Estado usara los instrumentos violentos sólo como última instancia, como último recurso, como la última posibilidad que tiene de intervenir como reacción al daño causado. Este principio no ha sido tenido en cuenta con la seriedad que merece. Se lo ha considerado un principio “débil”, incluso se ha sostenido que se trata de un consejo moral a los legisladores para que no creen demasiados tipos penales. No obstante ello, desde un punto de vista de la dogmática penal, debe considerársele un principio cardinal, fundacional del principio de oportunidad. Apréciese, de tal manera, el fundamento autónomo del principio de oportunidad. Adviértase,

de tal manera, la necesidad de dejar de concebir al principio de *ultima ratio* desde la oposición al principio de legalidad procesal³⁶.

A mayor abundamiento, *Alberto Binder*³⁷ nos enseña que dado que el uso de instrumentos violentos atenta contra la esencia misma del Estado de derecho, surge el principio de razonabilidad, que no es otro que el mismo principio de mínima intervención, sólo que aplicado a un caso concreto. No es que la pena deber ser “razonable” en el sentido de aplicación prudente, sino que razonable significa demostración de que se trata del último recurso y que se han agotado todas las otras formas de intervención. Igualmente, aun cuando fuera el último recurso que le queda al Estado, debe demostrar que su aplicación es útil. Es decir, el principio de utilidad de la pena impide el puro ejercicio de violencia.

Efectivamente, la utilización del derecho penal implica un enorme grado de violencia social y, por ello, se debe tender a su menor utilización. En el marco de un sistema respetuoso del Estado de derecho sólo se debe acudir al derecho penal cuando, para la protección de determinados bienes jurídicos de enorme trascendencia, los demás mecanismos de control social informales o formales no punitivos hayan fracasado.

El contenido más esencial del principio de mínima intervención obliga a detener la intromisión de la protección penal a través de la definición como ilícito de una conducta, en los casos en los cuales existen buenas posibilidades de que se cuente con estrategias de solución del conflicto menos violentas que la utilización del sistema penal o en los casos en los cuales el ingreso del derecho penal no se encuentra legitimado desde el punto de vista de ciertos presupuestos sociales³⁸.

El principio de *ultima ratio* no debe ser concebido como respuesta con el caso, cuando este forma parte central de otro principio, el de proporcionalidad³⁹, que también se

³⁶ BINDER, ob. cit. pag. 2.

³⁷ BINDER (2004b:95).

³⁸ RUSCONI (2009:141).

³⁹ ZAFFARONI, SLOKAR Y ALAGIA (2002:130) refieren que la criminalización alcanza un límite de irracionalidad intolerable cuando el conflicto sobre cuya base opera es de infima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derechos que importa es groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto. Puesto que es imposible demostrar la racionalidad de la pena, las agencias jurídicas deben constatar, al menos, que el costo de derechos de la suspensión del conflicto guarde un mínimo de proporcionalidad con el grado de lesión que se haya provocado. A este requisito se le llama principio de proporcionalidad mínima de la pena con

nutre de la idea de *ultima ratio*. El principio de *ultima ratio* es un principio de relación, es un principio de elección de recursos, de selección de las respuestas del Estado. No hay ningún caso que en sí mismo justifique la aplicación del poder penal, en términos absolutos. Sólo la ineficacia de los otros instrumentos con los que cuenta el Estado en su realidad histórica es lo que habilita el ejercicio de la violencia, como último e imprescindible recurso. Cuando han fracasado los otros mecanismos de intervención en los conflictos o cuando en una política con una adecuada ponderación de bienes se ha entendido que estos medios son idóneos por el momento para cumplir sus fines, sólo así aparece la legitimidad de la respuesta del poder penal, legitimidad siempre tensionada hacia su desaparición.

Pues bien, la pretensión de exhaustividad que subyace en el principio de legalidad y que se vincula con la vocación del poder penal de perseguir todos los casos que el legislador ponga en su ámbito de actuación, se revierte ante la política criminal que funda al principio de mínima intervención. Dicha perspectiva de mínima intervención es el principal fundamento del principio de oportunidad, que obliga a que el proceso penal desarrolle todas aquellas instituciones que, aun cuando existan previsiones en abstracto que prevén la utilización del poder estatal, puedan, en base a otros principios y a otras finalidades como son la pacificación, empujar las instituciones a una respuesta no violenta del Estado. Esa es la razón de política criminal que está presente en el principio de oportunidad y, en realidad, ésta es la regla general si se utiliza un análisis “*regla/excepción*” o así se ve con claridad que el llamado principio de oportunidad tiene fundamento autónomo, general y contrario al principio de legalidad por lo que no pueden ser presentados bajo el rotulo de “*regla/excepción*”⁴⁰.

En tal sentido, debe evitarse caer en la tentación de extender al derecho penal el papel promocional que corresponde a otros sectores de un Estado social, dado que la tendencia de considerar al derecho penal como el instrumento más idóneo para resolver los principales problemas de una sociedad en crisis se opone a la aspiración de mínima intervención del derecho penal⁴¹.

la magnitud de la lesión. Con este principio no se legitima la pena como retribución, pues sigue el conflicto sin resolverlo.

⁴⁰ BINDER, ob. cit. pag. 2.

⁴¹ MARCHISIO, ob. cit.

Consideraciones finales.

En suma, el principio de oportunidad no es ninguna excepción al principio de legalidad procesal sino que tiene un fundamento autónomo y propio, vinculado a una política criminal estatal que busca contenerse y no expandirse.

Así es como emerge la imperiosa necesidad de que el protagonismo del poder penal desaparezca ante determinadas situaciones de conflictividad, a la sazón de utilizar otros medios de política social menos dañosos para dar respuesta. Efectivamente, considero que dichos valores deben aflorar cuando la reacción penal sea socialmente desproporcionada, cuando el daño sea mínimo, o cuando la ley penal no proteja ningún valor digno de protección. Estos son sólo algunos ejemplos donde el aparato violento del Estado debe, lisa y llanamente, dejar de intervenir.

Es deseable que en la sociedad este poder se aplique en la menor medida que sea posible. El estado no puede ser prodigo en el uso de su poder penal porque, en ese caso, estaría utilizando la fuerza como mecanismo para controlar a sus ciudadanos y, si comenzara a utilizarla en exceso, se convertiría fácilmente en un Estado autoritario⁴².

En consecuencia, véase como postulado para una política criminal democrática la necesidad de afectar profundamente el régimen de la acción penal. Esta modificación se debe producir fundamentalmente en la delimitación de los tipos de acción, en el ejercicio de la acción, en los casos de suspensión de la acción y de su extinción. En tal andarivel, como ya se dijo, nada obsta a que dicho cambio del régimen de la acción, sobre todos los aspectos dinámicos del sistema judicial, sean regulados por la legislación procesal provincial⁴³.

Finalmente recordaré, evitando caer en repeticiones innecesarias, la importancia de aquellos principios cardinales del Derecho Penal que le otorgan la mentada autonomía al principio de oportunidad, alejándolo por completo de la postura que lo ubica bajo la sombra del principio de legalidad. Ciertamente, entiendo que los principios de *ultima ratio*, *proporcionalidad*, o *exclusiva protección de bienes jurídicos*, entre otros tantos, pueden explicar y dar respuesta suficiente a los problemas enumerados.

⁴² BINDER (1993:142).

⁴³ BINDER (1997:146).

Bibliografía referenciada.

ANITUA, Gabriel y BORINSKY, Mariano, *Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas penales europeos*, en Hendler, Edmundo S. (dir.), *Sistemas procesales penales comparados*. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 447-484.

ANTOLÍN ALMIRÓN, Hugo, *Ministerio Fiscal y Policía Judicial. Eficiencia y eficacia desde una mirada integradora*, en Cafferata Nores, José I. (Comp.), *Eficacia dl sistema penal y garantías procesales. ¿Contradicción o equilibrio?*. Ed. Mediterránea, Córdoba, 2002, pp. 3-15.

ARMENTA DEU, Teresa, *Estudios sobre el proceso penal*. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, pp. 193-230.

BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*. 2º edición, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 111.

BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la constitución reformada. Tomo III*. 2ª reimpresión, Ed. EDIAR, Buenos Aires, 2001, pp. 365.

BINDER, Alberto M., *Legalidad y oportunidad*, en AA.VV., *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp. 205-217.

BINDER, Alberto M., *Introducción al derecho penal*. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 95-106.

BINDER, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 213-218.

BINDER, Alberto M., *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 291-293.

BINDER, Alberto M., *Política criminal: de la formulación a la praxis*. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, pp. 146-147.

BINDER, Alberto M., *Justicia penal y Estado de Derecho*. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pp. 143-145.

CAFFERATA NORES, José I., *Introducción al derecho procesal penal*. Ed. Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1994, pp. 31-39.

CAFFERATA NORES, José I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 16-19.

CAFFERATA NORES, José I. y TARDITTI, Aída, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*. Ed. Mediterránea, Córdoba, 2003, pp. 73.

DE LA FUENTE, Javier Esteban y SALDUNA, Mariana, *Principio de oportunidad y sistemas alternativos de solución del conflicto penal. La inconstitucionalidad de su regulación provincial*, en Donna, Edgardo Alberto (Dir.), *La actividad procesal penal del Ministerio Público Fiscal – III*, Revista de derecho procesal penal. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008-2, pp. 69-122.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de Ibáñez. Prefecto Andrés, Alfonso, Luis Miguel, Bayón Mohino, Juan Carlos, Terradillos Basoco, Juan, y Cantareno Bandrés, Rocío. Ed. Trotta, Madrid, 1997, pp. 562-574.

FRASCAROLI, Susana, *¿Legalidad o disponibilidad de la acción penal en el derecho argentino*, en Cafferata Nores, José I. (Comp.), *Eficacia dl sistema penal y garantías procesales. ¿Contradicción o equilibrio?*. Ed. Mediterránea, Córdoba, 2002, pp. 147-183.

GRANARA, Alberto David, *Derecho Procesal Penal. Tomo I*. Ed. Nova Tesis, Buenos Aires, 2003, pp. 51-56.

JAUCHEN, Eduardo, *Tratado de derecho procesal penal. TI*. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, pp. 650-655.

MAIER, Julio B.J., *Derecho procesal penal, T.I: Fundamentos*. 2da. edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, pp. 825-841.

MARCHISIO, Adrian, *Principio de oportunidad, Ministerio Público y política criminal*. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, pp. 169-272.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN, *Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación*. Edición al cuidado del Dr. Carlos Alberto Beraldi. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007.

NUÑEZ, Ricardo C., *Tratado de derecho penal. T. II.* 2º reimpresión, Ed. Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1988, pp. 127-131.

OLMEDO, Jorge Clariá, *Tratado de derecho procesal penal. T.* Ed. Ediar S.A., Buenos Aires, 1960, pp. 467-479.

OLMEDO, Jorge Clariá, *Derecho procesal penal. T.I.* Ed. Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1984, pp. 240-244.

RUSCONI, Maximiliano, *Derecho penal. Parte general.* 2ª edición, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 141-142.

SPOTA, Alberto, “*Análisis de la viabilidad constitucional del principio de oportunidad en el ámbito penal*”. Ed. La Ley, Buenos Aires, 1988-E-988.

VELÁSQUEZ V., Fernando, *Principio de oportunidad vs. principio de legalidad. A propósito de la reforma procesal penal*, en Donna, Edgardo Alberto (Dir.), *La actividad procesal penal del Ministerio Público Fiscal – I*, Revista de derecho procesal penal. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007-2, pp. 223-241.

VÉLEZ MARICONDE, A. *Derecho procesal penal. T.II.* Ed. Lerner, Buenos Aires, 1969, pp. 177-183.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general.* 2º edición, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2002, pp. 130-131.

ZVILLING, Fernando J., *Acción penal y principio de oportunidad. A propósito del fallo “Fiscal v. Sosa Morán, Juan R. y otros” de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Usurpación del Congreso de la Nación de un poder no delegado por las provincias.* Ed. Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 2006-IV-666.