

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. UNA PROPUESTA.

Introducción y comentario.

Susana Marchiano

Burocracia judicial y como indeseadas consecuencias: lentitud, y dilación en la investigación y en las decisiones ; superpoblación en las cárceles y selección de casos en forma Irracional, resultan señaladas por el autor como antecedentes de su hipótesis en el trabajo que ahora se publica: el principio de oportunidad y la potestad legislativa provincial para su regulación.

Vincula su opinión con definiciones sobre el mentado método de selección de casos, de Maier, Roxin, Von Hippel entre otros.

Analiza anteproyectos de códigos procesales que lo incluyen – Neuquén, Buenos Aires-, y antecedentes históricos del principio de legalidad en nuestro sistema penal.

Fija su posición y sostiene la posibilidad de reglamentar localmente el art. 71 del Código Penal, para finalmente sostener que: “Podríamos decir entonces, *que aún cuando la iniciación oficial estuviera impuesta al Estado, por el art. 71, la prosecución de la acción pública puede ser detenida en virtud de condiciones preestablecidas en la legislación procesal*. De hecho, en la actualidad no quedan sistemas procesales en el mundo occidental moderno, que no hayan legislado sobre criterios de oportunidad, sea adoptando el modelo angloamericano de discrecionalidad en la adopción de dichos criterios sea estableciendo el esquema centroeuropeo de oportunidad reglada”.

El tema propuesto resulta un ensayo de cómo restablecer cierto equilibrio entre el “deber ser” normativo y la realidad. Aporta desde el marco teórico –constitucional, penal y procesal- una redefinición que se pueda adecuar empíricamente a los perfiles actuales de la criminalidad, teniendo en cuenta su complejidad social y política.

En mi opinión el intento resulta idóneo como punto de partida de un nuevo instrumento de la política criminal.

Prefacio

Resultan afirmaciones no cuestionadas en el derecho penal argentino que de acuerdo con la legislación vigente, la acción penal pública se encuentra sometida al principio de oficiosidad en la persecución de los delitos, estando vedada al órgano requirente la posibilidad de “disponer de la acción” por

razones de oportunidad, y que la competencia para legislar el régimen de la acción corresponde al Congreso de la Nación.

A nadie se le escapa que tales postulados han arrojado una justicia penal que se halla en una situación crítica, materializándose sus deficiencias, entre otros aspectos, en el, congestionamiento de causas, la lentitud de trámite en los procesos, y la consecuente dilación en el dictado de las sentencias. Las derivaciones negativas de estos desfasajes se propagan en cadena resintiendo la eficacia del sistema todo, generando en la población una desalentadora sensación de inseguridad e injusticia, instalando en la opinión pública la idea de que la demora en el juzgamiento se traduce en impunidad.

La superpoblación de las cárceles de la Provincia es una de tales consecuencias disvaliosas, si se tiene en cuenta que más del sesenta por ciento de la población en aquellas está constituido por internos procesados que esperan la definición en sus causas.

Ahora bien, ¿resulta conciliable con las disposiciones constitucionales que el Congreso regule el ejercicio de la acción? ¿se compeadece con un sistema federal? ¿podrían reglamentar las Provincias las condiciones habilitantes de la prosecución penal?, o mejor dicho, ¿podrían ellas legislar criterios de oportunidad?

Siguiendo la orientación política procesal penal establecida en el anteproyecto de Código Procesal Penal de la provincia de Neuquén y la de Buenos Aires, la ley formal de la Provincia de Mendoza el Código, intentaremos formular una mirada crítica, o si se quiere, distinta de los aludidos postulados. Como el derecho es mutable, su interpretación también lo es, de lo contrario estaríamos ante una ciencia exacta, resolviendo situaciones como que uno más uno es igual a dos.

Por tal motivo, nos animamos a desarrollar en el presente trabajo, una reconsideración de los alcances del principio de legalidad y del Congreso de la Nación para imponer una política de persecución criminal en la provincias. En el desarrollo de la investigación, trataré de profundizar en el tópico, intentando encontrar respuestas que satisfagan de alguna manera los interrogantes referenciados, evitando caer en fundamentos sin una correcta base científica, con el objeto de revisar las opiniones que frecuentemente circulan respecto de este tema.

Mi aporte, vale reconocerlo por una cuestión de lealtad intelectual, no será más que un breve trabajo de investigación del asunto que nos convoca, sumándome a esta nueva irrupción intelectual que admite una interpretación distinta del artículo 71 del código penal, es decir, aquella que admite el principio de legalidad pero regla también la oportunidad.

Antes de abordar de lleno la cuestión, creo necesario abordar algunas consideraciones previas y conexas al axioma de oportunidad, que condicionan fuertemente la interpretación del precepto que estudiaremos.

I. Introducción. Breve Reseña histórica.

La afirmación del postulado de la legalidad, que como un dogma se repite en los textos de los tratadistas de las disciplinas jurídicas comprometidas (procesal y penal) se encuentra hoy puesta en tela de juicio por la realidad. La experiencia señala que el actual sistema penal resulta incapaz para hacer

frente a la inmensa demanda de decisiones que actualmente se vuelca en juzgados y comisarías. El control de la sobrecarga de trabajo, es uno de los elementos centrales en una reforma de la justicia penal, porque hoy significa uno de los peores problemas de funcionamiento, y de frustración de las expectativas colectivas.

Se produce algo así como lo que generaba la inflación en el manejo de la economía. La sobrecarga de trabajo nos impide analizar el desempeño del Estado, el desempeño de la justicia.

Una organización que no puede distribuir premios y castigos, que no puede hacer *control de gestión*, es una organización que va sin rumbo. El sistema judicial debe desarrollar, en palabras de Alberto Binder (1), mecanismos de autocontrol para permitir la planeación institucional (monitoreo estadístico). Y la justicia en nuestro país presenta estos inconvenientes, pues no están dadas las condiciones para que se pueda analizar una verdadera política judicial, porque no están dadas las condiciones para el control de gestión.

Ese antiguo y caro precepto – principio de legalidad – explica Maier, proviene del derecho imperial romano que al cimentar los gérmenes del procedimiento inquisitivo transformó la **acción popular** (sistema según el cual cualquier ciudadano ejercía la facultad – poder - de perseguir penalmente, ejercicio que, por lo demás, condicionaba el poder de decidir en materia penal. Para poder constituirse como acusador era necesario que la querrela fuese admitida por el magistrado, denominado por entonces “pretor”.) en **persecución oficial**, cumplida incondicionalmente y obligatoriamente por órganos estatales; y atravesando los tiempos se plasmó en nuestro vigente principio de persecución penal pública.

La transformación radical que significó la Inquisición, consistió, precisamente, en transferir la facultad de perseguir penalmente, otrora en manos de los particulares a la competencia estatal: el estado decide y

(1) Autor citado, “Introducción al derecho procesal penal”, p. 263, Ed. Ad-Hoc 1993.

El sistema Inquisitivo expropió el poder de los sujetos involucrados, especialmente el de la víctima en la resolución de sus conflictos, desvirtuando la aspiración de que el poder penal del estado se ejerciera como “ultima razón”.

II.- Necesidad de establecer de criterios de oportunidad:

Las negativas consecuencias de esta absorción quedaron ciertamente disimuladas mientras la sociedad mantenía un cierto nivel de conflictividad social que los funcionarios podían manejar dentro de ciertos parámetros razonables. Sin embargo, el transcurso del tiempo reflejó la imposibilidad empírica de que en el sistema penal tramiten todos los conflictos que le son derivados.

Es imprescindible establecer “criterios de casos” para que ello no sea realizado en forma irracional por pautas burocráticas (desplazamiento de casos complejos en beneficio de la flagrancia menor por su fácil resolución) o decisiones de organismos de seguridad (rechazo de denuncia). Ante la disparidad de recursos con que cuenta la institución frente a la enorme cantidad de delitos que se cometen, ponen en funcionamiento, en la práctica, mecanismos seleccionadores, generando, de tal manera una política criminal individual, inconexa y asistemática, por la se asignan el carácter de contravenciones a graves afectaciones a bienes jurídicos protegidos penalmente (así se realiza el trueque de amenazas por mala vecindad, desorden en la vía pública; o hurto por mendicidad en forma amenazante, etc), y a su vez, se permutan las contravenciones por la averiguación de antecedentes.

Frente a la imposibilidad de poder procesar todos los casos que se presentan siempre opera algún mecanismo seleccionador. Actualmente esa selección se produce de los modos mas diversos, dependiendo de la estructura del juzgado y aún de las características del empleado en quien se ha delegado la función. La experiencia muestra que mientras unas causas avanzan con cierta celeridad otras quedan estancadas, prescriben o llegan a juicio con insuficiente andamiaje probatorio. Uno de los motivos que acelera el trámite es la existencia de las personas detenidas. Otro suele ser la simplicidad de la investigación. Importantes cuestiones relacionadas con prueba compleja o dificultades por la cantidad de imputados o el número de delitos quedan en el camino rumbo a la prescripción o a demoras de tal magnitud que desvirtúan por completo el sentido del control social.

En otras palabras, *la selección de conflictos se efectúa consciente o inconscientemente de todos modos*, se trata de una decisión de política legislativa dirigirla institucionalmente o dejar que se produzca a ciegas.

Sustituir esta práctica viciosa, donde se advierte la falta de una política institucional de resolución de conflictos, no sólo afecta a la persecución penal, en cuanto el anegamiento de casos impide aplicar recursos a las investigaciones importantes (criminalidad organizada, corrupción, terrorismo de Estado, enriquecimiento ilícitos, ciertos tráficos como el armas de guerra, droga, sangre, órganos, etcétera), con su correctivo aumento de la sensación de inseguridad; sino que también deja insatisfechas a las personas que pretenden una intervención estatal eficaz para resolver sus conflictos (acceso a la justicia de las personas afectadas por la criminalidad leve). En este último sentido, los criterios de oportunidad permiten desformalizar las actuaciones institucionales en pos de resolver el conflicto de la forma más beneficiosa a las partes (composición) y menos onerosa para el Estado (mínima aplicación del costoso proceso jurídico), permitiendo que los recursos se apliquen a casos relevantes por su gravedad (1).

Lo expuesto hasta aquí, nos inclina a implementar una transformación integral y profunda del sistema de enjuiciamiento penal, propiciando la adopción de “criterios de oportunidad”, en sintonía con la línea política institucional democrática que marcan las recientes reformas procesales penales de países de notoria influencia en nuestra cultura jurídica, tales como Italia, España, Portugal, Francia, entre otros.

La admisión del principio de oportunidad -léase “criterios”- permitirá, aumentar la eficacia del sistema para perseguir casos graves de alta complejidad y potenciar su capacidad de resolver conflictos, disminuyendo en consecuencia la sensación de impunidad en la comunidad y legitimando al Poder Judicial como institución básica del Estado democrático. Evitará la consagración de la impunidad a favor de los delitos complejos, reduciendo las desigualdades que la realidad actual nos ofrece en contra de los más débiles

(1) Glosa del Proyecto de ley de Reforma al Cód. Proc. Penal de la Prov. Buenos Aires

III.- Nociones Conceptuales básicas de los Principios de Legalidad y Oportunidad:

En este apartado, he de seguir metodológicamente, la obra de Edmundo Hendler, “Sistemas Procesales penales comparados” (1), por su claridad pedagógica al abordar la cuestión.

Señala el referido autor que, frente a los llamados delitos de acción pública se ha considerado que el Ministerio Fiscal debe ejercer obligatoriamente la acción y que el objeto del proceso penal es indisponible, de lo que surge entonces que, por decisión política del legislador, se ha puesto énfasis en la búsqueda y determinación de la verdad histórica, en *desmendo de la voluntad de las partes* respecto a la existencia y límites de la imputación.

En el derecho positivo argentino, el principio de legalidad se apoya en el imperativo expuesto en el art. 71 del Código Penal “Las acciones penales se iniciaran de oficio...”. Como consecuencia, ante la ausencia de autorizaciones para prescindir de la persecución penal, el Ministerio Público no puede abandonar la pretensión penal del Estado, en tanto se mantengan los presupuestos materiales que le dieron origen.

Así, el principio de legalidad puede ser entendido como *el deber que tienen ciertos representantes estatales de promover y mantener la investigación de todo hecho con suficiente apariencia delictiva, en la búsqueda de una resolución de carácter jurisdiccional que ponga fin a dicha investigación, y en su caso, atribuya responsabilidades*. Es importante resaltar que esta obligación consta de dos momentos. El momento de “promover” y el “mantener” (art. 274 C.P.)

Según Cafferata Nores el principio de legalidad implica la “automática e inevitable reacción del Estado, a través de órganos predispuestos que frente a la hipótesis de comisión de un delito se presenta ante la jurisdicción reclamando investigación, el juzgamiento y el castigo.

Como excepción general al principio de legalidad y contracara de una misma moneda, se halla el precepto de Oportunidad, concebido a partir de la aplicación de criterios utilitarios de la pena y de la búsqueda de una mejor administración de iusticia. en virtud de la imposibilidad estatal de enfrentar

† (1) Autor y obra cit., p. 449 y ssgtes., Ed. Ad-hoc 1999.

ir

complementariamente estos conceptos. Así Spota señala que “oportunidad no se opone a legalidad, sino que significa una complementación de eficacia desde el ángulo de lo político.

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. Conviene destacar aquí, sin embargo, las opiniones de Von Hippel, Roxin y Maier.

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

Roxin sostiene que el principio de oportunidad es la contraposición teórica del principio de legalidad, 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 el delito.

Julio Maier nos dice que es la posibilidad de que los órganos públicos, a quien 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 incondicionadamente, por motivos de utilidad social o razones político criminales.

En pocas palabras, entonces, podemos afirmar que el principio de legalidad obliga al fiscal a investigar o promover la investigación de todo posible hecho delictivo, impidiéndole todo acto discrecional al respecto. Paralelamente, que el principio de oportunidad permite decisiones discrecionales⁽¹⁾ al ministerio público (con o sin sujeción a criterios legales preestablecidos) y, en principio, que esta discrecionalidad también puede alcanzar los límites concretos del tipo de imputación que se formula al acusado.

La doctrina ha coincidido en que ambos principios (legalidad-oportunidad), referidos a la persecución penal pública, acentúan diferentes aspectos o concepciones del derecho. El de legalidad, destacaría la idea de Justicia, y el oportunidad, la idea de finalidad (entendida como efectividad en la aplicación del derecho, inteligencia en la selección de los supuestos de aplicación).

Por ello, no resulta extraño que se sostenga que una adecuada combinación de ambos principios permitiría, a partir del reconocimiento de las limitaciones del sistema penal, lograr una administración de justicia racional y adecuada a la idea de Estado democrático de Derecho. Según Hassemer, esta posición podría sintetizarse con la frase “ ***tanta legalidad como sea posible, tanta oportunidad como sea necesario***”.

IV.- Vinculación con las Teorías de la Pena:

Resulta importante poner de relieve, el fundamento de ambos principios desde la perspectiva de las teorías del fin de la pena.

Según la mayoría de los autores, el *principio de legalidad* sería el correlato imprescindible de la teoría absoluta o retributiva, en tanto defiende una aplicación automatizada e igualitaria de la ley penal sin otro propósito que la justa expiación o retribución del delito (1).

La pena en el sentido hegeliano y su carácter puramente retribucionista no tiene en miras a la prevención social. Solo importa la realización de justicia. Restablecer lo justo en el sentido moral (Kant) o la reafirmación del derecho (Hegel).

La pena radica en la culpabilidad del autor, y ella debe ser compensada mediante la imposición de un mal penal. El mal de la pena está justificado por el mal del delito.

Según esta tesis retribucionista, la pena ha de imponerse por el delito aunque resulte innecesaria para el bien de la sociedad. El delito se transforma en un conflicto ético de tipo simbólico entre el delincuente y el Estado.

Interesa más la simbología. El recomponer la idea y el sentimiento de justicia y de derecho que el Estado ha impuesto, sin otra finalidad ulterior. La pena obedece a esa finalidad, sin importar la situación posterior del victimario, la víctima y en definitiva la comunidad social. La pena tiene un sentido filosófico de integración restauradora para la sociedad.

Niega una concepción del castigo que se fundamente en razones de utilidad social que ilícitamente conviertan al hombre “fin en sí mismo”, y pueda ser utilizado por el Estado como medio para obtener un fin determinado. La

(1) Edmundo Hendler “Sistema Procesales Penales Comparados”, p. 452, Edit. Ad-hoc 1999.

tiempo debe ser impuesta contra él porque a delinquir.

En cambio, con la aplicación del *principio de oportunidad*, relacionado con la teorías preventivistas o utilitarias, sería mayormente compatible con la necesidad política criminal de ponderar adecuadamente cada caso con la búsqueda de orientaciones inteligentes en los modos de intervención estatal en el conflicto penal (1). La pena es justa cuando es “útil y necesaria.”

La utilidad, como fin y fundamento legitimante de la pena, es la regla que justifica el principio de oportunidad.

Esta teorías se caracterizan porque dejan de lado lo que sucedió, e individualizan la sanción en función del futuro. La prevención no quiere retribuir el hecho pasado, no mira al pasado, sino que ve la justificación de la pena en que debe prevenir “nuevos delitos del autor” (prevención especial), o bien en la necesidad de que la pena produzca intimidación sobre la generalidad (prevención general) Su justificación estaría dada por su fin de evitar la comisión de hechos punibles respecto de sus potenciales autores, a la par de intentar lograr en la conciencia colectiva la reprobación jurídica de los delitos.

V.- Conexidad con el art. 16 de la Constitución Nacional:

Intima conexión con el principio de oportunidad guarda el principio de igualdad ante la ley (art. 16 C.N) , unido a la determinación legislativa de los hechos punibles (arts. 18 y 19). Conforme a ellos, pareciese que fuese la ley y no la voluntad particular de los funcionarios de la persecución penal, quien determine en que casos una persona puede ser sometida a pena o viceversa. A tal argumento contesta acertadamente Julio Maier (2) que “...aunque tal razonamiento deba ser tenido en cuenta para no provocar fueros personales o desigualdades raciales, religiosas, de posición social o económica, cabe advertir que estos principios funcionan, básicamente, como *garantía frente al poder penal del Estado*, esto es, como seguridades para el habitante de no ser afectado en sus libertades por ese poder, y lo que se pretende con la aplicación del principio de oportunidad, no es, precisamente, someter a un habitante al poder del Estado, sino, por el contrario, liberarlo de él y de ese riesgo evitando la persecución...”

(1) Edmundo Hendler “Sistema Procesales Penales Comparados”, p. 452, Edit. Ad-hoc 1999.

(2) Aut. Citado, “Derecho procesal Penal Argentino”, T.I (vol. b) , p. 551, Edit. Hamurabbi S.R.L. 1989.

basados en la necesidad de mantener la igualdad ante la ley, puede obstaculizar el diseño provincial de criterios de oportunidad. En efecto la transgresión a la igualdad se produce con mayor intensidad con las distintas legislaciones provinciales en materia de prisión preventiva, pues ello importa establecer pautas de privación de la libertad diversas entre las provincias, que en los hechos se traduce en diferencias respecto de cursar efectivo encierro o

no, ante un mismo delito, por su presunta realización...”(1), y agrego aquí, respeto de si un condenado accede o no a su libertad.

Siguiendo la misma doctrina emanada de la Corte Suprema(2), podrá advertirse incluso, que la adopción de criterios de oportunidad en modo alguno afecta el principio de igualdad. Dicho Tribunal descalifica las desigualdades que constituyen privilegios irrazonables o indebidos, pero señala que la desigualdad debe surgir de la misma ley y no de su aplicación.

La desigual aplicación de las normas de fondo en cada estado provincial es una consecuencia necesaria del régimen federativo de gobierno. A diario los tribunales del país aplican los códigos de fondo con criterios distintos. Existen en todo el ámbito del derecho común soluciones diversas para problemas comunes; interpretaciones que no pueden censurarse, sin más, como atentatorias al principio de igualdad ante la ley, sino que son la resultante, expresamente admitidas por la Constitución (3), de las diferencias en la operatividad real del sistema jurídico, de acuerdo con las idiosincrasias provinciales.

Nada hay que indique que la delegación para el dictado del Código Penal buscaba la aplicación igualitaria de la persecución penal, sino por el contrario, existen elementos de juicio para inclinarnos a sostener que el constituyente aceptó que se generarían interpretaciones y aplicaciones distintas en cada Provincia. Por ello pensamos que lo que se delegó al gobierno central fue sólo la definición de las conductas punibles en todo el territorio del país, autolimitándose las Provincias en la facultad de crear delitos.

Por otra parte, sin duda que la aplicación de criterios de oportunidad permitirá revertir la desigualdad que, por selección natural, provoca la afirmación.

(1) Proyecto de ley de Reforma al Cód. Proc. Penal de la Prov. Buenos Aires.

(2) Fallos: 292; 289; 293;235: 294;87 (La Ley, 1976-B, 421-33,407-S-; 1976-C-, 348); 303:470; 303:1991: 304:710 entre muchos otros.

(3) Cuando introdujo en la reforma de 1860 la expresa cláusula de reserva de las jurisdicciones en el antiguo art. 67 inc. 11 (actual 75 inc. 12) a instancia de la Provincias de Buenos Aires.

responsabilidad de los órganos y funcionarios competentes para decidirla (1) .

VI.- Ejercicio de la acción penal y potestad legislativa provincial:

En la tarea de poner límites a la persecución penal, se han ideado situaciones en la que el fiscal, motor del nuevo procedimiento, podrá no continuar con el ejercicio de la acción penal, para dedicar todas sus energías a los casos que revelan mayor dañosidad social. Así, en la mayoría de los anteproyectos que pretenden acogerse a criterios de selección o de oportunidad (Neuquén, Buenos Aires) y en el Código de Mendoza, se focalizó la procedencia de la abstención de impulso o prosecución de los trámites persecutorios a las siguientes condiciones: *insignificancia del hecho, renuncia de la víctima y composición de intereses que haga innecesaria la respuesta penal, desproporción entre la falta y el sufrimiento padecido por el imputado*.

Las objeciones que se han levantado contra esta solución no discrepan con su necesidad (existe unanimidad en reconocer que la pretensión de persecución total es una de las causas de congestión del sistema), pero consideran que el artículo 71 del código penal constituye un “**obstáculo constitucional**” a la decisión provincial de establecer supuestos de disponibilidad de la acción penal. Dicha norma, como dijimos, instituye la persecución penal de oficio en todos los casos y se entiende que excluye la posibilidad de que los funcionarios ejecutores de la ley puedan “renunciar a su ejercicio”.

Lo cierto es, que convergen varios dispositivos constitucionales. Entre ellos, el art. 5 de la C.N. cuando dispone que cada Provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo, republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional...y que asegure su administración de justicia... El artículo 75 inc. 12 al señalar que el Congreso de la Nación dictará además de otro, el Código Penal, y el 121 cuando dispone que las provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación.

De ellos se deduce que el “ius punendi”, es decir, la facultad de dar origen a lo es sancionable penalmente corresponde a la Nación (determina que es delito),

(1) Julio B. J. Maier, “Derecho procesal Penal Argentino”, T.I (vol. b) , p. 562, Edit. Hamurabbi S.R.L. 1989.

el Código Penal lo dicta el Congreso, pero no definió todo lo que integra un Código Penal. Tradicionalmente se aceptó así, que la determinación que el código fondal hizo del concepto de acción penal debía ser aceptada por las

provincias, y por lo tanto, los fiscales debían perseguir (instando) la acción pública para todos los delitos y todas las personas.

Sin embargo, es hora ya de preguntarnos, como adelante en el prefacio, *¿resulta conciliable con las disposiciones constitucionales que el Congreso regule el ejercicio de la acción? ¿se compadece con un sistema federal? ¿podrían reglamentar las Provincias las condiciones habilitantes de la prosecución penal?, o mejor dicho, ¿podrían ellas legislar criterios de oportunidad?.* Ahondemos en la problemática, que por cierto, pareciese que por mucho tiempo se llamó a silencio.

Conociendo el estado de congestión en que se encuentra el sistema provincial, una de cuyas causas es la vía penal como única alternativa para la solución de los múltiples conflictos sociales que no hallan lugar en otras instancias, *insistir en la aplicación de una norma procesal incorporada al código penal*, significa en la práctica renunciar al diseño de una administración de justicia adecuada a las necesidades locales, es decir a una de las responsabilidades que el artículo 5 de la Constitución Nacional impone a las provincias.

Al igual que lo ha hecho la Provincia de Mendoza al sancionar su ley procesal, entiendo que la norma del código penal es de estricta "naturaleza procesal" e interfiere en el ejercicio autónomo de la administración de justicia que el artículo 5 de la Constitución garantiza a las provincias.

La imposición de perseguir todos los delitos que se cometan, incluida en el código actual sancionado en 1921, carece de antecedentes en los códigos penales anteriores, para los cuales las modalidades y oportunidad de ejercicio de la acción penal constituían materia propia de los ordenamientos procesales, tal como es regla en los ordenamientos de Europa continental de los que abrevó nuestra legislación.

La regulación del ejercicio de las acciones dentro del digesto penal, implicó un exceso legislativo de las facultades delegadas, que siempre son expresas, desvirtuando la concepción federal que exige la fórmula constitucional. En síntesis, la ley represiva de 1921 fue más allá de lo que debía, al ordenar la obligatoriedad del ejercicio de las acciones. La razón de este sentido, nos la dan todos los antecedentes penales nacionales existentes, que por cierto, fueron correctamente desarrollados por la Comisión de

Reformas al Código de Neuquen y al efecto debemos reproducir porque nos servirán para iluminar el tópico que nos atrapa.

La ley 49 (promulgada el 14/9/1863) que podría considerarse nuestra primera codificación penal, no contempla el ejercicio de las acciones. Tejedor, en su “Curso de derecho Criminal”, trata sobre el ejercicio de las mismas, pero considerándolas leyes de forma; no las incluye en su Proyecto de 1866, para cuya redacción contó con una gran cantidad de antecedentes de derecho comparado, como los códigos boliviano, brasileño, peruano, francés, napolitano, de Lousiana, influyendo sobre todo el de Baviera. Recordemos que como bien ha señalado Rivarola, el libro de Tejedor era una exposición del derecho positivo entonces vigente, “ya que no se podía hacer una sentencia sin acudir a sus *leyes de fondo*, y no se podía tramitar un proceso criminal sin tener a la vista sus *leyes de forma*”, abarcando este último el ejercicio de las acciones.

Igual temperamento observó el Proyecto de Villegas, Ugarriza y García de 1881, es decir, no contemplo el ejercicio de las acciones consignado expresamente sus redactores que fue suprimida toda disposición relativa a procedimientos, *ya que no era conciliable con las disposiciones constitucionales*. También, aunque con posterioridad, el Proyecto de José Peco (1941) explica en sus fundamentos, que la supresión del Título XI destinado al “ejercicio de las acciones” obedece a que, tratándose de normas de procedimiento, no tenían asidero en ningún código penal.

El primer Código penal sancionado por el Congreso en 1886, partiendo de las bases que ofrecía el Proyecto de Tejedor, no incluía el ejercicio de la acción sino eventualmente en la parte especial, al referirse a determinados delitos, quedando librada exclusivamente a *leyes procesales* la promoción de la acción. En su prólogo se señala que se prescindió, entre otras, de las cuestiones de procedimiento, que *son del resorte de las autonomías provinciales*.

Recién el Código de 1921, en base al proyecto de 1906, que a su vez reprodujo en parte el contenido del de 1891, habla de la “obligatoriedad” del ejercicio de la acción pública.

Rodolfo Rivarola reconoce no sólo que el Proyecto de 1891 – de cuya comisión formó parte junto a Piñero y Matienzo-, *introdujo por primera vez la*

materia del ejercicio de las acciones penales en el código penal, sino que agrega que para ello se basaron en la legislación vigente: el código penal y el de procedimientos, lo que desde otra perspectiva prueba la indebida introducción de las acciones en el código de fondo.

El informe de la Comisión aclaró en consecuencia que introducía las acciones como reglas de carácter general, modificación más de forma que de fondo; pero en realidad, no sólo lograron introducir lo que les había sido vedado por el Congreso en el Proyecto de 1891 por tratarse de cuestiones procesales, sino que el cambio sustancial de “pueden” por “deben iniciarse de oficio las acciones..”, condicionó toda la interpretación posterior del art. 71.

Aclarará más las razones de la introducción indebida del “ejercicio de las acciones” en la ley fundal el pensamiento de Rodolfo Rivarola, quién participó de los primeros proyectos que tratan la cuestión, los de 1891 1906.

A poco de presentado el proyecto de 1906, se publica “Del Régimen Federativo al Unitario”, donde afirma estar convencido que la justicia podría esta mejor afianzada por la Nación que por las Provincias, que sin la enmienda constitucional de 1860 – “...sin alterar las jurisdicciones locales...”- habría sido fácil el progreso judicial de todo el país.

La conclusión unitaria y antifederalista de su tesis fue ésta: “el afianzamiento de la justicia, prometido en el Preámbulo de la Constitución, requiere que toda la justicia del país sea nacional, y desaparezca para siempre esta distinción, que se cree necesaria al sistema federal, de los múltiples ordenes de tribunales que impiden la justicia en vez de realizarla”. Matienzo, en esa misma línea de pensamiento, se preguntaba qué pasaría en las Provincia más alejadas de la “inspección de esta gran vigilante que se llama ciudad de Buenos Aires” (1).

La regulación del ejercicio de las acciones en el código penal, entonces, no fue consecuencia de una supuesta naturaleza sustancial, como lo sostiene la tesis tradicional (2); tampoco porque la Constitución Nacional otorgue

(1) Anteproyecto de Código Procesal Penal y Exposición de Motivos de Neuquén.

(2) Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, T. II, p. 527/528, ed. Tea. En similar sentido: Nuñez Ricardo “*Tratado de Derecho Penal, Parte General*”, T. II, Lerner, 1978; Fontan Balestra Carlos, “*Tratado de derecho Penal, Parte General*”, T. III, Ed. Abeledo-Perrot, 1990; Creus Carlos, “*Introducción a la nueva doctrina penal*”, Edit. Rubinzal-Culzoni, 1992.

desconocimiento histórico en una errónea interpretación del art. 71 del código

penal. Lo que muchos presentan como "verdad jurídica" es en realidad sólo fruto de ideas unitarias, o de sistemas centralizados, autoritarios y antidemocráticos, que deben ser superados por institutos acordes con la república democrática instituida a partir de la Constitución de 1853.

Una interpretación alternativa al artículo 71 del Cód. Penal. Criterios de Oportunidad en el ámbito provincial:

Siendo fieles entonces, al sistema institucional de la Ley Fundamental, debemos decir, que *la facultad de dictar un código penal no significa determinar cuál es la amplitud del mismo, que se fija precisamente por los poderes no delegados de las provincias*, que recortan la facultad al establecer las reglas de procedimientos, materia estrictamente local.

Hay que distinguir el *carácter sustancial* de la acción penal, como poder, del *carácter procesal* que se corresponde con el ejercicio. Cada norma penal descriptivo sancionadora da vida en abstracto a un *poder punitivo* contra su eventual transgresor el que se concretará con la sentencia jurisdiccional, entre la que se declare culpable o inocente. En cambio, el *poder realizador*, se refiere al ejercicio de la acción y éste es netamente provincial. En tal sentido construye su posición Eugenio Zaffaroni, al señalar que la disposiciones que tratan sobre las condiciones o requisitos de procedibilidad son formalmente penales por estar incorporadas al Código Penal, pero que "*corresponden a la ciencia del derecho procesal penal y no a la del derecho penal*" (1) .

La naturaleza adjetiva de este instituto también ha sido señalada por Maier(2), Rusconi (3), Zipf (4), Tiedemann (5), aunque el primero de los citados, deja a salvo que la indisponibilidad de los poderes de realización penal en el derecho argentino se encuentra impuesta por el Código Penal.

(1) Aut. Citado, "Tratado de derecho Penal, Parte General", T.I, p. 195, Edit. Ediar 1980.

(2) Doctrina Penal, año I, con comenario de Julio Maier. ps. 322 . Ed. Depalma, 1978.

(3) Rusconi Maximiliano A., "Los límites del tipo penal", ps. 76 a 79, Ed. Ad Hoc, 1992.

(4) Zipf, Heins, "Introducción a la Política Criminal", citado por Rusconi , ob. cit. p. 76 nota 91.

(5) Tiedemann Klaus, "Introducción al derecho Penal y al Derecho Procesal Penal", en coautoría con Roxin y Arzt, p. 171 y sgtes. Ed. Ariel, 1989.

trata el Derecho Procesal, tenga el carácter sustantivo que le da el código penal. *El aspecto procesal de la acción, en lo que hace al ejercicio, tiene su origen constitucional en las facultades no delegadas de las provincias.*

Si la Nación, en el momento de dictar el Código Penal de 1921, legisló más allá de lo que le debía, incluyendo en el Código Penal algo que es de carácter provincial, lo que corresponde es “*reasumir esa facultad*”. Debemos recordar que existen antecedentes de códigos penales nacionales, que también incluían las faltas como el de 1906. Nadie duda hoy, que éste es un tema provincial.

No se ve por qué, debe ser distinto el criterio de los poderes no delegados en materia procesal, ya que lo único que la Constitución autorizó, fue a sancionar un Código Penal, y éste no es otra cosa, que un catálogo de ilicitudes, al que se adiciona una parte general, relativa a los principios comunes que reglan los mismos. No hay por qué incluir el ejercicio de la acción, aspecto esencialmente procesal, máxime si como hemos advertido, todos los antecedentes nacionales en esta materia, nunca consagraron el principio de oficiosidad, como lo hizo el de 1921.

En ninguna parte surge que el poder de acción haya sido delegado por las provincias en el gobierno federal y mucho menos que éste pueda ejercerlo con exclusividad. Además, si acordamos que la materia procesal pertenece a los estados locales –art. 75 inc. 12 C.N.-, no parece posible que el régimen de las acciones, eje de cualquier sistema ritual, sea extirpado de su ámbito natural. El art. 71, en cuanto legisla sobre el carácter público de las acciones, sólo puede aplicarse a delitos federales y resulta inconstitucional su imposición en el ámbito provincial.

Por lo tanto, el referido artículo del código de fondo no resulta un obstáculo constitucional legalmente insalvable, siendo los principios constitucionales rectores los artículos 5 y 121 que establecen la reserva de las facultades no delegadas, y el 75 inc. 12 que manda dictar el código penal sin alterar las jurisdicciones locales.

Si las Provincias no pueden organizar sus recursos judiciales y la política criminal depende del Estado Nacional como consecuencia del “principio de legalidad” que condiciona el sistema, no se advierte como podrían aquellas cumplir con su obligación de asegurar la “administración de justicia”, requisito básico del reconocimiento y respeto de su soberanía (art. 5 de la C.N.). De otro modo, el Estado debería otorgar los recursos necesarios para la persecución

de todos los delitos, so pena de imponer una obligación cuyo incumplimiento habilitaría la intervención federal – art. 6 C.N. – (1).

Más aún, la imposibilidad de legislar sobre criterios de oportunidad, si tal es la interpretación dada al precepto del código penal, en cuanto obliga a iniciar de oficio casi todas las acciones penales, bien puede ser entendida como inconstitucional, desde que la titularidad del “ius persecuendi” es una facultad no delegada al Gobierno Federal (art. 121 C.N.), y sustancial para que las provincias puedan asegurar la administración de justicia (art. 5 C.N.).

No se puede forzar a las provincias a que mantengan un sistema ficticio de persecución obligatorio, que sólo lleva a un Poder Judicial “sentado” o “apachorrado”, sobre un sin número de prescripciones penales, sin que exista un criterio racional de no persecución penal. La provincia tiene derecho a su organización judicial y su codificación, y por lo tanto, se ordena como puede, con los medio que tiene –y no con otros que nadie le debe imponer, pues no le brinda, además ayuda alguna- y es así como decide, como organiza la persecución penal (2).

Si la Nación excedió sus facultades al legislar en el art. 71 del Código Penal la obligatoriedad de la acción, lo único que la provincia debe hacer es reglarlo adecuadamente. Resulta políticamente inadmisibles – además de inconstitucional en el ámbito local - que la autoridad nacional imponga a las Provincias una política de persecución criminal sin dotarla de medios para cumplir dicho mandato.

Que las provincias argentinas hayan tolerado en silencio que el Congreso de la Nación ejerciera facultades no delegadas, no puede llevar a sostener que no pueden las provincias modificar un estado de cosas inconstitucionalmente consolidado. La imposición por la Nación de un orden Procesal “...además de conspirar contra la autonomía de que gozan, podría crear serias dificultades en su aplicación por las diferencias de población, económicas y hasta de idiosincrasia de una y otra provincia argentina...” (3)

(1) Proyecto de ley de Reforma al Cód. Proc. Penal de la Prov. Buenos Aires

(2) Código Procesal Penal de Mendoza- Legislación Argentina 1999 -D-.

(3) Ramella Pablo “Derecho Constitucional”, p. 125 Ed. Depalma 1986.

hermenéutica

constitucional expuesta.

Se suele decir que como el artículo 71 del código penal manda perseguir obligatoriamente, si un fiscal no lo hace incurre en incumplimiento de los deberes de funcionario público. A ello se debe responder que el aludido fiscal cumple con el art. 5 y 121 de la Constitución Nacional, lo único que hace se cumplir con su deber Constitucional y solo esta limitando constitucionalmente al señalado dispositivo fonal, conforme además al principio de razonabilidad y proporcionalidad⁽¹⁾.

Además, no habría tipicidad reprochable por el art. 274 del C.P. para el integrante del Ministerio fiscal que dejare de promover, suspenda o archive la persecución penal, si ello obedece a la adecuación de los requisitos condicionantes establecidos en la ley procesal habilitante, a la cuál aquel esta sujeto, junto con la ley sustantiva ⁽²⁾.

También, que las provincias al ejercer el principio de oportunidad, pueden derogar o poner en crisis el “iuris punendi”, que la Constitución delegó en la Nación. Sin embargo de ninguna manera el principio de oportunidad esta neutralizando o enervando la potestad punitiva establecida en cada una de las figuras delictivas. Lo que la provincia hace - a más de asegurar su administración de justicia- es lo mismo que la Nación, o cualquiera puede hacer, es decir reglar sólo los límites de lo razonable y proporcional.

Por otra parte este es el límite que estable Spota. Este autor, a manera de síntesis nos enuncia una serie de conclusiones. En primer término, afirma que el principio de oportunidad no se opone al de legalidad. Segundo, el principio de oportunidad se asienta en la capacidad política de arbitrio que en todo estado de derecho se le reconoce a los poderes constituidos.

La consecuencia que se sigue se enuncia diciendo que el límite del arbitrio está dado por la garantía de razonabilidad y por los presupuestos de coherencia que hacen a la esencia de la existencia del estado de derecho.

En conclusión, con el criterio de oportunidad, se pretende seguir un ***criterio seleccionador y racional***, de las causas que deben perseguirse penalmente, y obtener además su resolución judicial. Podríamos decir entonces, *que aún cuando la iniciación oficial estuviera impuesta al Estado, por el art. 71, la prosecución de la acción pública puede ser detenida en virtud de*

(1) Código Procesal Penal de Mendoza- Legislación Argentina 1999-D-

(2) Carlos Chiara Díaz “Principio de Legalidad y alternativas de oportunidad”, publicado en la Revista del Ministerio Público, Año 1 Número 1 junio de 2003.

que no hayan legislado sobre criterios de oportunidad, sea adoptando el modelo angloamericano de discrecionalidad en la adopción de dichos criterios sea estableciendo el esquema centroeuropeo de oportunidad reglada (1).

VII.- Exámen Comparado:

Allanado el campo teórico, observemos sintéticamente, hacia donde apuntan algunos sistemas procesales de Europa continental y angloamericanos.

Comenzaremos el estudio por **Alemania**, en atención a la influencia reciente que la evolución de su legislación procesal ha tenido, tanto en documentos de la Comunidad Europea, como en Italia, Portugal y España.

En la actualidad si bien rige el principio de legalidad, en el ámbito de la pequeña y mediana delincuencia tiene amplio espacio de aplicación el principio de oportunidad, que también se inserta en el derecho de menores (2).

Todos los casos en se aplican criterios de oportunidad procesal se relacionan con la posibilidad de archivar las actuaciones, se haya dado o no formal inicio al proceso. En el primer caso, es decir el extraprocesal, el archivo es una facultad exclusiva de carácter unilateral del Ministerio Público sin participación del Juez. En el otro, si se requiere la anuencia del juez y en ciertas oportunidades del acusado o del Ministerio Publico.

El archivo puede ser incondicional o condicional. En esta situación se esta atento a las reglas de conducta que no puede transgredir el infractor y el pago indemnizatorio a la víctima. Si cumple las obligaciones reparadoras, la pena quedará sustituida por una suerte de correctivo que no tiene efectos negativos o estigmatizantes y favorecen a la celeridad del sistema. De lo contrario se reabre la causa (3).

En **España, Portugal, Italia y Francia**, resulta relevante la introducción de criterios ligados a la búsqueda del consenso. Si bien ha tenido extensa vigencia el principio de legalidad en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por diversos motivos fueron introducidos "*criterios de oportunidad*", basados en la conformidad del imputado, con el objeto de acelerar los procesos y descomprimir a los tribunales.

(1) Proyecto de ley de Reforma al Cód. Proc. Penal de la Prov. Buenos Aires

(2) Edmundo Hendler "Sistema Procesales Penales Comparados", p. 464, Edit. Ad-hoc 1999.

(3) Elías Neuman "Mediación y Conciliación Penal", p. 103/104, Edit. Depalma.

penal obligan a no imponer pena si hay otros medios alternativos que logren la tutela jurídica del conflicto, cuando se llega en el hecho concreto y dada sus circunstancias singulares a la convicción de la inexistencia “del merecimiento de la pena”, como lo establece el Código de Austria (1).

En España se admitieron las alternativas de oportunidad en el procedimiento de faltas, mientras que en el Código Procesal modelo para Iberoamérica, sobre la base de consagrar como regla el principio de legalidad, se aceptaron - en calidad de excepciones- alternativas de oportunidad (2).

Por su parte el **Consejo Europeo** recomienda para los conflictos penales de escasa relevancia, la adopción del *principio de oportunidad*, los procedimientos simplificados y la transacción (2).

En el modelo procesal angloamericano impera la discrecionalidad para promover y negociar. Al Crown Prosecution Service inglés igual al Prosecutor de los **Estados Unidos** se le otorga la facultad de pactar o tranzar con el imputado (es conocida como “plea bargaining”). Este sistema es pasible de utilización en cualquier tipo de delito, en que si se dan las pautas requeridas, se archiva el caso. Se inspira en el principio de oportunidad adoptado por Alemania, aunque en este país solamente procede para causas de insignificancia.

El sistema de “plea bargaining” ha sido adoptado por Holanda, Inglaterra e igualmente por Austria en lo que se refiere a uso y tenencia de drogas.

VIII.- Colofón:

En un trabajo publicado hace pocos años atrás, Cafferata Nores al caracterizar el Derecho Procesal Penal como canal y cauce del Derecho penal, ponía en evidencia el conflicto al que se enfrenta el primero: ser canal para la pretensión represiva del Estado y simultáneamente su cauce limitador, como lo señalaba agudamente el mencionado autor “es el drama de quien debe servir a dos señores, de quien debe resguardar simultáneamente dos intereses que son aparentemente contrapuestos” (3).

(1) Carlos Chiara Diaz “Principio de Legalidad y alternativas de oportunidad”, publicado en la Revista del Ministerio Público, Año 1 Número 1 junio de 2003.

(2) Elías Neuman, “Mediación y Conciliación Penal”, p. 105, Edit. Depalma.

(3) Carlos Chiara Diaz “Principio de Legalidad y alternativas de oportunidad”, publicado en la Revista del Ministerio Público, Año 1 Número 1 junio de 2003.

orden a perfeccionar y agilizar el servicio de Justicia dotando a sus procedimientos de respuestas idóneas para la mejor defensa posible de las garantías individuales reconocidas a todo habitante de la Nación.

Para finalizar, cabe hacernos eco de lo señalado por el Dr. Chiara Díaz, recientemente en la revista del Ministerio Público, y lo exponemos porque éste es el pensamiento de quienes queremos alcanzar mayor eficacia en la función jurisdiccional: *“...el principio de oportunidad, unido a un ejercicio del poder de acción conforme a criterios establecidos en cada provincia, logrará no sólo hacer realidad el funcionamiento del régimen federal institucionalmente vigente, sino que también facilitará la aplicación equitativa de tipos penales concebidos con carácter general para toda la Nación y que indispensablemente necesitan una adecuación realista y concreta en cada provincia donde se administra justicia ante los conflictos suscitados. Lo contrario nos llevará a soluciones rígidas y propias de un sistema unitario, evitando lograr la riqueza de matices que permite un ejercicio de la política criminal y procesal en cada Estado Federal, acorde a sus propias necesidades y posibilidades...”*(1).-

(1) Autor y publicación citada. “Principio de legalidad y alternativas de oportunidad”, Año 1 N°1 Junio de 2003.

BIBLIOGRAFIA

- Anteproyecto de ley y Exposición de Motivos de la Provincia de Neuquen
- Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza (Legislación Argentina 1999-D-).
- Binder Alberto M. , “Introducción al derecho procesal penal”, p. 263, Ed. Ad-Hoc 1993.
- Cafferata Nores José , “Relaciones entre derecho penal y derecho procesal penal”, en La seguridad ciudadana frente al delito, Ed. Depalma 1991. El mismo trabajo se publico en Doctrina Penal-1989.
- Creus Carlos, “Introducción a la nueva doctrina penal”, Edit. Rubinzal-Culzoni, 1992.

- Fontan Balestra Carlos, “Tratado de derecho Penal, Parte General”, T. III, Ed. Abeledo-Perrot, 1990;
- Hendler Edmundo, “Sistemas Procesales penales comparados”, Edit. Ad Hoc 1999.
- Maier Julio B.J., “Derecho procesal Penal Argentino”, T.I (vol. b) , Edit. Hamurabbi S.R.L. 1989.
- Neuman Elias, “Mediacion y Conciliación Penal”, Edit. Depalma 1997.
- Nuñez Ricardo “Tratado de Derecho Penal, Parte General”, T. II, Lerner, 1978;
- Proyecto de ley de Reforma al Cód. Proc. Penal de la Prov. Buenos Aires.
- Ramella Pablo “Derecho Constitucional”, Ed. Depalma 1986.
- Rusconi Maximiliano A., “Los límites del tipo penal”, Ed. Ad Hoc, 1992.
- Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, T. II, ed. Tea 1992.
- Tiedemann Klaus, “Introducción al derecho Penal y al Derecho Procesal Penal”, en coautoría con Roxin y Arzt, Ed. Ariel, 1989.
- Zaffaroni Eugenio, “Tratado de derecho Penal, Parte General”, T.I, Edit. Ediar 1980.

Doctrina Consultada:

- Doctrina Penal, año I, con comentario de Julio Maier. ps. 322 . Ed. Depalma, 1978.
- Carlos Chiara Diaz “Principio de Legalidad y alternativas de oportunidad”, publicado en la Revista del Ministerio Público, Año 1 Número 1 junio de 2003.
- Fallos: 292; 289: 293;235: 294;87 (La Ley, 1976-B, 421-33,407-S-; 1976-C-, 348); 303:470; 303:1991: 304:710