



UNIVERSIDAD DEL SALVADOR

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

Tesis del Doctorado en Derecho Penal y Ciencias Penales

Título del tema de tesis: Constitucionalidad y principio de oportunidad

Director de Tesis: MIGUEL JUAN RAMÓN DE LEZICA

Doctorando: CARLOS MANUEL ROMERO BERDULLAS

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, noviembre de 2017

RESUMEN

El propósito de la tesis doctoral es evaluar la racionalidad y constitucionalidad del denominado principio de oportunidad, recientemente introducido en la República Argentina, pues constituye un tema de especial actualidad a la luz de los procesos de reforma originados en nuestro país. De modo que en concreto, el objeto de formal de esta investigación consiste en determinar si el llamado principio de oportunidad es arbitrario o irracional. Es decir, si es una instancia de racionalidad o quebranta la racionalidad del derecho penal y conduce a la arbitrariedad, en cuyo caso podrá inferirse su inconstitucionalidad.

Asumida la significancia de dilucidar esta cuestión, el camino a transitar en pos de alcanzar la meta propuesta partirá de una aproximación al significado nominal de los términos “principio” y “oportunidad”, ambos componentes lingüísticos del denominado “principio de oportunidad”.

Seguidamente, se estudiará qué entienden la doctrina y jurisprudencia más relevantes, en orden a escudriñar conceptualizaciones, utilizaciones y argumentos vertidos a favor o en contra, para luego precisar su procedencia, evolución e incorporación en la normativa argentina.

Completada esta etapa, la investigación determinará los principales puntos de partida en los cuales abreva el encomio al principio de oportunidad para favorecer su inculturación; y una vez alcanzado este objetivo, se escrutarán los fundamentos de donde se parte al ensayar su justificación, que gradualmente serán relacionados con los presupuestos estudiados.

Concluida esta fase, se enunciarán las posibles objeciones a la instauración del principio de oportunidad; además de evidenciarse las aporías advertidas al justificarse argumentalmente su aplicación, ya sea en el orden de su consistencia racional interna, o en clave a su

correspondencia con la Constitución Argentina. Así pues, tras tratar las proyecciones del Estado de Derecho Moderno en el proceso penal, podremos comenzar a determinar si el principio de oportunidad se ajusta o no a la medida de racionalidad de la matriz ideológica del derecho penal iluminista.

Ejecutadas estas acciones, en el siguiente peldaño se ofrecerá una plataforma de análisis alternativa a la matriz del Estado de Derecho iluminista, que también procede a identificar a la razón con el derecho, pero partiendo de otros presupuestos. En particular, se alude al pensamiento clásico, doctrina acuñada por la tradición jurídica occidental; preconizada por diversos doctrinarios del derecho penal argentino; y reconocida no sólo en algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; sino también por jurisconsultos no adeptos a la misma.

Expuestos los fundamentos del realismo clásico y una interpretación constitucional de lo justo congruente con esta doctrina, indagaremos las posibles consecuencias aparejadas en el orden de la concreción del llamado principio de oportunidad, a partir del contraste de esta perspectiva con la enseñada por el iluminismo.

Finalmente, evidenciadas las objeciones al discurso pro oportunidad y los contrastes en el orden de su concreción, alcanzaremos al cenit de la investigación, en donde nos hallaremos en condiciones de determinar si el llamado principio de oportunidad se ajusta o no a la medida de racionalidad del derecho, para luego emitir una conclusión sobre su constitucionalidad o inconstitucionalidad.

ÍNDICE

I. Introducción.....	7
1. Tema.....	7
2. Marco teórico	14
3. Problema	16
4. Objeto formal de la investigación	22
5. Método	24
II: El denominado Principio de oportunidad.....	38
1. Aproximación a la significación nominal del término principio.....	38
2. Aproximación a la significación nominal del término oportunidad.....	40
3. Desarrollo en la doctrina y jurisprudencia más relevantes.....	42
3.A. Doctrina Nacional	42
3.A.a. BINDER: La oportunidad como faro político-criminal.....	42
3.A.b. MAIER: La oportunidad reglada como una postulación justa del Estado de Derecho.....	72
3.A.c. ZAFFARONI: La oportunidad como recurso táctico del abolicionismo	86
3.A.d. RUSCONI: La oportunidad como guía hacia la mínima y eficiente intervención penal ..	104
3.B. Doctrina Extranjera	111
3.B.a. HASSEMER: Tanta legalidad como sea posible y tanta oportunidad como sea necesario.....	111
3.B.b. ARMENTA DEU: La oportunidad concebida como un mal necesario y excepcional.....	122
3.C. Jurisprudencia.....	138
III: Procedencia, evolución y recepción del principio.....	162
1. Consideraciones aclaratorias.....	162
2. Inglaterra	163
3. Estados Unidos.....	173
4. Europa Continental	182
5. Derecho Patrio.....	187
6. Recapitulación.....	213
IV: Presupuestos	219
1. Observaciones preliminares	219
2. La irracionalidad de una selectividad velada	219
3. La necesidad de reorientar estratégicamente los recursos.....	231
4. La expropiación del conflicto.....	237
5. Una política criminal signada por la mínima intervención penal.....	257
6. La identificación del llamado principio de oportunidad con el sistema acusatorio	264
7. La identificación de los denominados principios con los fines de la pena.....	266

8. La incorrecta asimilación de “ <i>ex officio</i> ” a imperativo.....	272
9. La inexistencia de una manda constitucional pro principio de legalidad procesal.....	275
10. Recapitulación.....	276
V: Fundamentos	284
1. Resignificación de la política criminal y la dogmática penal.....	284
2. Fuentes ideológicas	293
2.A. El contrato social (pactismo).....	293
2.B. Un derecho penal autolimitado (liberalismo e iluminismo)	297
2.C. La separación entre el derecho y la moral (relativismo, empirismo, racionalismo y nominalismo)	306
2.D. La ética utilitaria y pragmática.....	312
2.E. Primado de la autonomía de la voluntad e individuo en el Estado de Derecho	318
2.F. Dialéctica marxista.....	331
2.G. Recapitulación.....	335
VI: Posibles objeciones al denominado principio de oportunidad	342
1. Relación con el proceso constitucional acusatorio.....	342
1.A. Proyecciones del Estado de derecho moderno en el proceso penal.....	343
1.B. Características definitorias de un proceso acusatorio.....	346
1.C. ¿Proceso acusatorio = principio de oportunidad?.....	353
1.C.a. Perspectiva lógica y funcional	353
1.D. Principio de oportunidad y proceso acusatorio	362
2. Principio de oportunidad, división de poderes y soberanía popular.....	365
3. Principio de oportunidad y paradigma de no autocontrol	376
4. Principio de oportunidad y razonabilidad republicana.....	382
5. Principio de oportunidad y fines de la pena	387
6. Principio de oportunidad y selectividad	397
7. Principio de oportunidad, igualdad y legalidad material.....	401
8. Principio de oportunidad y el fundamento del contrato social.....	407
9. Principio de oportunidad y eficacia.....	415
10. Principio de oportunidad y fines de garantía.....	420
VII: Otra perspectiva desde el Pensamiento Clásico	430
1. Razones de la apelación al pensamiento clásico	430
2. ARTURO E. SAMPAY: “La Filosofía Jurídica del art. 19 de la CN”	432
3. Los fundamentos del realismo clásico	440
3.A. Naturaleza y vida social	440
3.A.a. Primeros principios.....	442

3.A.b. La natural sociabilidad del hombre	446
3.B. El Bien Común	451
3.B.a. El pasaje del “ser” al “deber ser”	453
3.B.b. La llave de bóveda del pensamiento social, político y jurídico	460
3.C. La racionalidad de la justicia	470
3.C.a. El derecho como objeto de la justicia	472
3.D. La significancia de la ley penal	476
3.D.a. Ordenación de la razón al bien común	476
3.D.b. Complementariedad de la ley natural	477
3.D.c. Su extensión (actos exteriores)	478
3.D.d. Su relación con la moral	480
3.D.e. Su necesidad	481
3.E. La obligación Jurídica como necesidad de fin	482
3.F. La importancia de la sanción penal	484
4. Principio de oportunidad: contrastes en el orden de su concreción	491
4.A. Supuesto I	491
4.A.a. Desde una perspectiva moderna	493
4.A.b. Desde una perspectiva realista clásica	501
4.B. Supuesto II	507
4.B.a. Desde una perspectiva moderna	509
4.B.b. Desde una perspectiva realista clásica	510
VIII: Conclusiones	514
1. La aparente racionalidad del discurso <i>pro opportunitās</i>	514
2. Irracionalidad e inconstitucionalidad del principio de oportunidad	518
2.A. Desde una perspectiva moderna	518
2.B. Desde una perspectiva realista clásica	533
3. Corolario	541
4. Reflexión final y puntapié inicial hacia otro <i>iter</i> investigativo	544
Bibliografía	547
Diccionarios	582

I. INTRODUCCIÓN

1. Tema

Tradicionalmente, en nuestro país el derecho penal se encontró regido por el principio de legalidad procesal, que en una aproximación inicial podría definirse como el deber del Ministerio Público Fiscal de ejercer de oficio la acción penal ante la noticia de la comisión de un delito de acción pública, imperativo además comprensivo de la imposibilidad de suspender, interrumpir (irretractibilidad) o desistir (indisponibilidad) de la persecución, salvo en las excepciones expresamente determinadas por la ley.

En un primer acercamiento, puede columbrarse que la normativa vigente en la República Argentina, fiel heredera del sistema europeo continental, hasta el crepúsculo del S. XX habría enseñado su aquiescencia con el reconocimiento a la plena vigencia del principio de legalidad procesal, luego contenido en los arts. 71 y 274 del Código Penal de la Nación, que prescribían el deber de desarrollar la persecución penal oficiosa en los delitos de acción pública; y la obligación de los órganos de persecución penal de promover el enjuiciamiento de los culpables de un hecho punible, so pena de incurrir en delito.

No obstante, entre el ocaso del S. XX y el amanecer del nuevo milenio, las legislaciones provinciales¹ y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires² integraron progresivamente criterios relacionados a la disponibilidad de la acción en sus códigos procesales, de consuno a nuevas causales de extinción, todos factores con notoria influencia en las consecuencias jurídicas de los delitos. Así pues, gradualmente nuestro país propendió a incorporar posibles

¹ Léase las provincias de Buenos Aires, la Pampa, la Rioja, Río Negro, Santa Fe, Mendoza, Chubut, el Chaco, Entre Ríos, Jujuy, Neuquén, Misiones y Santiago del Estero.

² Cf. ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires n° 2303.

manifestaciones de un principio de oportunidad, que enseñaría un carácter contrastante con el principio de legalidad procesal.

Por lo general, la doctrina caracteriza a los sistemas que acogen la oportunidad, como de signo libre o reglado. En el primer paradigma, la oportunidad constituye la regla y se torna en directriz de la persecución penal, por lo que el fiscal gozaría de una vasta libertad en pos de disponer de la acción penal. En tanto que en el restante modelo, la discrecionalidad de los fiscales para ejercer la acción penal se hallaría limitada expresamente por la ley; y por tanto, la legalidad sería la regla y la oportunidad la excepción.

En la actualidad, si oteamos el horizonte procesal de la República Argentina, nos topamos con la incursión de un principio de oportunidad, susceptible de ser definido como una facultad conferida al Ministerio Público Fiscal para prescindir de la acción penal total o parcialmente (ya sea en forma pura o bajo condición y por razones político criminales o pragmáticas), dentro de un margen de discrecionalidad³, frente a la perpetración de delitos de acción pública.

En lo que aquí importa, vale añadir, que al sancionarse el 4 de diciembre de 2014 (mediante ley Nacional nº 27.063) un nuevo Código Procesal Penal de la Nación de cariz acusatorio formal –cuya implementación se suspendió mediante decreto PEN nº 257/2015- con apertura hacia cierta introducción del principio de oportunidad, inexorablemente se produjo una ruptura con nuestra rica tradición histórica.

Todavía más, en pos de dotar de operatividad el remozado Código Procesal Penal de la Nación se impulsó la reforma del Código Penal de la Nación en lo concerniente a presupuestos de inicio de la acción penal, causales de extinción y conversión, pues un

³ Discrecionalidad que se puede traducir en no promover la acción pública, suspender provisionalmente la acción ya iniciada, limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o hacerla cesar definitivamente *ex ante* la sentencia, aunque concurrieran condiciones ordinarias en orden a solicitar la aplicación de una condena.

obstáculo por sortear era proveer al moderno código procesal de verdadera aplicabilidad, a través de reformas en el código de fondo, sobre algunas materias relacionadas a una discusión, que históricamente había girado en derredor al carácter sustantivo o procesal de la acción penal.

Estas fueron las razones que el 10 de junio de 2015 movieron a sancionar la ley Nacional N° 27.147, a partir de la cual se sustituyó el art. 59 del Código Penal de la Nación, al estipularse la extinción de la acción penal, entre otras causales por la «... **aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;... conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes**...» (lo resaltado me pertenece)⁴.

Coetáneamente, ha de destacarse, que la ley aludida *ut supra* (cf. art. 2) reformó el art. 71 del Código Penal de la Nación⁵, cuya redacción actual se procede a transcribir seguidamente: «**Sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes: 1) Las que dependieren de instancia privada;2) Las acciones privadas**» (el resaltado me pertenece).

De lo hasta aquí expuesto, ya se puede inferir la significancia de ponderar la racionalidad y constitucionalidad del principio de oportunidad recientemente introducido en la República Argentina, pues constituye un tema de especial actualidad a la luz de los procesos de reforma originados en nuestro país.

⁴ En simultáneo, entre otras reformas se reemplazó el art. 73 del Código Penal, que pasó a categorizar como acciones privadas «a las que de conformidad con lo dispuesto por las leyes procesales correspondientes, surgen de la conversión de la acción pública en privada o de la prosecución de la acción penal por parte de la víctima» (art. 3 de Ley 27.147, que sustituye el 73 del CP); y se fijó la aplicación subsidiaria de las normas del Código Penal en lo referente a la suspensión del juicio a prueba, ante la ausencia de regulación total o parcial en las leyes procesales correspondientes, por cuanto la materia mencionada se regirá de conformidad con éstas (art. 4 de Ley 27.147, que sustituye el 76 del CP).

⁵ Cabe señalar, que antes de esta reforma, el art. 71 del Código Penal de la Nación rezaba que deberían iniciarse de oficio todas las acciones, con excepción de las dependientes de instancia privada y las acciones privadas.

A esto ha de añadirse, la relevancia de sopesar la pretendida legitimidad del discurso pro oportunidad, que giraría en derredor a una razonabilidad antagónica a la arbitrariedad, tendente a: a) revertir (o cuanto menos racionalizar mediante directrices objetivas, transparentes y legales) una selectividad velada del sistema punitivo, que sería solapada bajo la proclama de un ficticio principio de legalidad procesal; b) devolver a las víctimas el conflicto que les fuera expropiado por el Estado; c) administrar con mayor racionalidad los recursos disponibles; d) ejecutar acciones congruentes con la política criminal diseñada estratégicamente por el Ministerio Público Fiscal; y e) propender hacia una eficaz actuación del Ministerio Público Fiscal, más acorde a los criterios de *ultima ratio* de un Estado constitucional de derecho.

De esta manera, los preconizadores del principio de oportunidad procurarían: a) descomprimir un saturado sistema de justicia, b) perseguir eficazmente aquellos delitos socialmente más cuantificables para el todo social, c) racionalizar eficientemente la repuesta punitiva; y d) sustituir una selectividad subrepticia, librada de controles y desarrollada informalmente por ignotos operadores judiciales carentes de responsabilidad visible, quienes mediante mecanismos de selección anárquicos e instrumentados desigualitariamente propenderían a una sectorización social en la criminalización o desincriminación de conductas⁶.

Vale añadir a su vez, que el discurso pro oportunidad se afirmaría en la importancia de implementar una política criminal basada en la idea de *ultima ratio*, que contradiría la vocación maximalista del principio de legalidad procesal, e impelería a relocalizar la gestión de los denominados conflictos, mediante el desarrollo de todas aquellas instituciones aptas para aprontar una respuesta no violenta del Estado. Por ello, algunos doctrinarios aseveran

⁶ Esta sectorización es relacionada por parte de la doctrina a una ingeniería orientada a controlar a los sectores más vulnerables del entretejido comunitario. Incluso, se alude que esta selectividad se solapa bajo el discurso construido en torno al principio de legalidad procesal, pues esta proclamada persecución de todos los hechos penales sería un mito, por cuanto no se daría en la realidad.

entonces, que el primer fundamento del principio de oportunidad sería la mínima intervención penal, razón político-criminal autónoma y antagónica al principio de legalidad procesal. De este modo, algunos esgrimen que el principio de oportunidad debería ser la regla dentro de un minimalismo penal congruente con la concepción de un derecho penal como *ultima ratio*; pues éste se hallaría convocado a concretar el mínimo de la intervención estatal con máximas garantías. Luego, a partir de estas premisas se afirma entonces, que en realidad la discusión en torno a la aplicación o no del principio de oportunidad debería versar sobre una cuestión política criminal y no de carácter jurídico.

Ha de sumarse a esto, que según parte de la doctrina y jurisprudencia habría una suerte de identificación entre los componentes de los binomios “*proceso acusatorio-principio de oportunidad-teorías relativas de la pena*”; y “*proceso inquisitivo-principio de legalidad procesal- teorías retributivas de la pena*”. De ahí que, si el proceso acusatorio y los fines relativos de la pena fueran constitucionales; y a la inversa, el proceso inquisitivo junto a las teorías de la pena retributivas de la pena fuesen inconstitucionales, después habría de concluirse la constitucionalidad del principio de oportunidad, e inconstitucionalidad del principio de legalidad procesal.

Así, en prieta síntesis cabría añadir que la medida de racionalidad del discurso pro principio de oportunidad se sostendría por un lado en la crítica ensayada contra un principio de legalidad procesal objetado por su vacua razonabilidad e irrealidad; y por otra parte, en sus presupuestos, que hallarían sus fundamentos en los postulados racionales acuñados en las constituciones políticas modernas, sobre los cuales se habría erigido el Estado constitucional de derecho frente al posible ejercicio arbitrario del poder.

Ahora bien, la significancia del tema se redimensiona aún más, si sopesamos que el derecho es algo racional, y en virtud de ello antagoniza con la arbitrariedad. De ahí que ésta se

configure ante un querer u obrar enajenado de una razón justificante y sin medida racional⁷. Por consiguiente, cabría analizar si este principio de oportunidad no se opone precisamente a esos valores o garantías constitucionalizados para impedir lo arbitrario. Pues si la medida de racionalidad del derecho penal contemporáneo (que fuera demarcada por la matriz ideológica moderna) se concreta en la limitación de un ejercicio potencialmente arbitrario del poder (estatal y particular, pasible de darse este último de imperar las reacciones informales), a través de un Estado Constitucional de Derecho conformado por garantías justamente constitucionalizadas para minimizar los espacios de arbitrariedad valorativa de quienes lo ejercen; e impedir así, que la fuerza impere sobre el derecho, a través de injerencias arbitrarias sobre la autonomía y libertad individual; cabría preguntarse entonces, si el principio de oportunidad no conduce a que el fiscal (quien concentra una gran cuota de ese poder público al ejercerlo) conculque esas garantías (léase el proceso acusatorio, el paradigma de no autocontrol, la división de poderes, la legalidad material, la igualdad, la certidumbre), de consuno a la soberanía popular y la misma razonabilidad republicana. Es que de hacerlo, debería concluirse, que el principio de oportunidad sería irracional e inconstitucional, al repugnar las garantías consagradas en nuestra Constitución Política (cf. arts. 1, 5, 6, 16, 18, 19, 33, 53, 59, 75, inc. 22; 114, inc. 5; 115-116 y 120 CN).

Ha de notarse, que este interrogante no es ocioso, pues si las condiciones de aplicabilidad del llamado principio de oportunidad (ya sea libre o reglado) son indeterminadas y carecen de controles republicanos, vale preguntarse si esto no puede decantar en una arbitrariedad de los fiscales, quienes podrían disponer de la acción penal a su antojo; e incluso soterradamente, ante decisiones adoptadas en etapas iniciales del proceso bajo una nimia visibilidad. Es que al ponerse en tela de juicio la afirmación del carácter público del derecho penal, sus funciones

⁷ Cf. LAMAS, Félix A., “Percepción e inteligencia jurídicas. Los principios y los límites de la dialéctica”, en AAV.V, *Los principios y el derecho natural en la metodología de las ciencias prácticas*, Educa, Buenos Aires, 2002, p. 12.

preventivo-generales (ya sea respecto a los delitos como a la venganza privada) y la imperativa acción penal mediante el principio de oportunidad, inexorablemente surge la pregunta de si así no resultan ajadas las garantías de igualdad, certeza del derecho penal, legalidad material, división de poderes, no autocontrol, proceso acusatorio, respeto a la manifestación de la soberanía popular; y en definitiva, la razonabilidad del Estado constitucional de derecho actual.

Basta añadir, que la relevancia del problema de investigación se sustenta aún más, por cuanto también se procurará determinar la racionalidad y constitucionalidad del principio de oportunidad, pero a la luz del pensamiento clásico, tradición occidental que también identifica a la razón con el derecho, aunque parte de diversos presupuestos, pues esta perspectiva inicia su recorrido en la tendencia natural del hombre a vivir en sociedad (inclinación correspondiente a su naturaleza racional), afincada en un bien común que constituye la medida y principio de racionalidad ordenadora de la vida política, jurídica y moral, por cuanto posibilita la perfección intramundana del ser humano⁸. Por consiguiente, se espiga con facilidad el valor de indagar este tema a la luz de la medida de racionalidad de un realismo clásico, que responde a una continuidad cultural remontable a la Grecia de PLATÓN Y ARISTÓTELES, luego profundizada por SAN AGUSTÍN, SANTO TOMÁS DE AQUINO y la segunda escolástica en la España del S. XVI, además de evidenciar su influjo en el pensamiento penal y constitucional argentino.

De esta manera, se espera que una vez concretada la desiderata del desarrollo de esta investigación se haya brindado un aporte inédito a la comunidad jurídica, por cuanto no se registran antecedentes investigativos en nuestro medio, destinados a determinar la racionalidad y constitucionalidad del principio de oportunidad (instituto de especial

⁸ Para mayor ilustración puede leerse REPETTO, Alfredo, *El acto culpable: el dolo y la culpa como sus formas*, 1ª ed., Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2007, pp. 383-451.

actualidad, adoptado en la República Argentina) desde ambas perspectivas (léase la matriz ideológica iluminista y la realista clásica)

Por otra parte, cabe agregar, que esta originalidad se reafirma todavía en mayor medida, porque aún ninguna investigación científica ha precisado con acribia cuáles son los presupuestos doctrinales en las cuales abrevan los argumentos aprontados por quienes peraltan la aplicación de este principio, ni ha delimitado sus fundamentos ideológicos.

Por lo demás, tan sólo resta apuntar, que tampoco existen antecedentes de trabajos⁹ orientados a estudiar esta cuestión desde el pensamiento clásico, cuya llave de bóveda radica en la primacía del bien común, el derecho como objeto de la justicia y la legitimidad de la potestad penal.

En suma, la lectura de lo descripto justifica la significancia del tema objeto de estudio y enseña sumariamente los posibles conflictos que pueden originarse en torno al denominado principio de oportunidad y la Constitución Nacional. Por tanto, a tenor de lo expresado puede deducirse el valor de la presente investigación, cuyo culmen radica en evaluar la racionalidad y constitucionalidad del principio de oportunidad.

2. Marco teórico

Como puede apreciarse de lo hasta aquí desarrollado, tanto la determinación del llamado principio de oportunidad, como sus implicancias son en lo inmediato temas de derecho penal, aunque pueda discutirse si son cuestiones que atañen al derecho penal sustantivo o al derecho procesal penal. *Per se*, de tal calibre es la solución a nuestro problema investigativo en el

⁹ Vale destacar la tesis de MARCHISIO, que si bien versó sobre el principio de oportunidad, su objeto formal de investigación difirió del precisado en este trabajo. Tal es así, que la hipótesis de su trabajo era la siguiente: «*El principio de oportunidad es un instrumento adecuado para aumentar los niveles de eficiencia del sistema de administración de justicia, evitar la actual selectividad informal, y reducir la priorización inversa de los recursos humanos y materiales de las agencias judiciales*» (cf. MARCHISIO, Adrián, *Principio de oportunidad, Ministerio Público y política criminal*, 1ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 23).

orden del derecho penal, que la respuesta al *quid* de la cuestión podría proyectarse en el imperativo de perseguir todos los delitos de acción pública ante la noticia de su perpetración; o la potestad del fiscal para desistir de su persecución, dentro de un margen (más o menos amplio) de discrecionalidad.

En lo que importa al denominado principio de oportunidad, no sólo ha de señalarse su evidente relación con el derecho penal, sino también su vinculación con el derecho constitucional, pues se hace patente que un análisis sobre la racionalidad del discurso pro oportunidad, necesariamente exige sopesar cómo se conjuga este llamado principio con la división de poderes, el proceso acusatorio, el paradigma de no autocontrol, la legalidad material, la seguridad jurídica, la igualdad ante la ley, la razonabilidad republicana y la soberanía popular, todas garantías rubricadas en las constituciones modernas a partir del iluminismo (según gran parte de la doctrina contemporánea), en pos de limitar en la mayor medida posible tanto arbitrariedad de un Estado trocado en objeto de temor, como la irracionalidad de la vindicta privada.

Por lo demás, cabe poner de relieve que los presupuestos de quienes abogan por la aplicación del principio de oportunidad (léase la irracionalidad de una selectividad velada, la necesidad de reorientar estratégicamente los recursos, la expropiación del conflicto, una política criminal signada por la mínima intervención penal, la identificación del llamado principio de oportunidad con el proceso acusatorio, la relación con los fines de la pena, la incorrección de asimilar lo oficioso a lo imperativo y la inexistencia de una manda constitucional pro principio de legalidad procesal), junto a sus ideas seminales (tales como por ej. el contrato social, el ideario erigido en torno a limitar el poder estatal, la separación del derecho y la moral, la ética utilitarista, el pragmatismo, y el primado de la autonomía de la voluntad) se

hallan intrínsecamente ligados al derecho penal, el derecho constitucional, la Filosofía Política Jurídica (fines del Estado) y ciertos temas de la Filosofía del Derecho.

De modo concomitante, ha de señalarse que el posible ligamen entre los principios de legalidad procesal y el de oportunidad con las teorías de la pena, evidencia aún más porque la respuesta a estas cuestiones abrevia en estimaciones universales e incondicionadas de la razón, al versar sobre los primeros principios. En ese orden es que se puede precisar con clarividencia, la competencia de la filosofía del derecho sobre esta materia, por cuanto es de su incumbencia el estudio de las cosas por sus primeros principios¹⁰.

Paralelamente, corresponde precisar, que discernir si se puede o no disponer de la acción penal, como también cuál es el fin de la pena, no son juicios dependientes de normas positivas, decisiones del legislador, deconstrucción de mayorías circunstanciales o criterios de fiscales o magistrados, pues ofrecer una respuesta a estas cuestiones pertenece al terreno de la indagación iusfilosófica¹¹.

3. Problema

El problema de esta investigación se ciñe a determinar la racionalidad y constitucionalidad del denominado principio de oportunidad, que fuera novedosamente receptado en la legislación de la República Argentina.

Especificados el tema y el problema de investigación, corresponde ahora llevar a término un registro de las cuestiones principales a dilucidar, en orden a alcanzar la meta propuesta. Es que en consonancia con las lecciones del Filósofo, nuestra investigación científica exige una

¹⁰ Se siguen de cerca las ideas-guía de TALE en TALE, Camilo: “Los legítimos fines de la pena jurídica”, en AA.VV., *Fines de la Pena. Abolicionismo, impunidad* (dirigido por HERNÁNDEZ, Héctor H.), 1ª ed., Cathedra jurídica, Buenos Aires, 2010, pp. 8-11, cuando dilucida la competencia de la indagación filosófica para determinar los fines de la pena, por cuanto es de su incumbencia el estudio de las cosas por sus primeros principios.

¹¹ *Idem*.

correcta ponderación de los problemas planteados por el principio de oportunidad, pues una respuesta apropiada presupone un interrogante adecuado¹².

Un primer inconveniente interpretativo radica en delimitar conceptualmente qué entiende la doctrina y jurisprudencia sobre el principio de oportunidad, pues una parte de los jurisprudenciosos asemeja al principio de oportunidad con una excepción o antítesis del principio de legalidad¹³; otros lo asimilan a una expresión de este último principio -cuando se trata de oportunidad reglada¹⁴-; otra vertiente lo categoriza como todo tratamiento penal diversificado del conflicto social representado por el hecho delictivo¹⁵; e incluso algunos doctrinarios, erigen al principio de oportunidad en regla, mientras relegan al principio de legalidad

¹² «Con vistas a la ciencia que andamos buscando es necesario que vayamos, primeramente, a aquellas cuestiones en cuyo carácter aporético conviene situarse en primer lugar. Se trata de aquellas (cuestiones) acerca de las cuales algunos han pensado de manera distinta y, aparte de estas, si alguna otra resulta que alguna fue pasada por alto. Ahora bien, detenerse minuciosamente en una aporía es útil para el que quiere encontrarle una salida adecuada. En efecto, la salida adecuada ulterior no es sino la solución de lo previamente aporético. Por lo demás, quien no conoce el nudo no es posible que lo desate, pero la situación aporética de la mente pone de manifiesto lo problemático de la cosa. Y es que, en la medida en que se halla en una situación aporética, le ocurre lo mismo que a los que están atados: en ambos casos es imposible continuar adelante. Por eso conviene considerar primero todas las dificultades, por las razones aducidas, y también porque los que buscan sin haberse detenido antes en las aporías se parecen a los que ignoran adonde tienen que ir, y además (ignorán), incluso, si han encontrado o no lo que buscaban. Para este no está claro el final, pero sí que lo está para el que previamente se ha detenido en la aporía. Además, quien ha oído todas las razones contrapuestas, como en un litigio, estará en mejores condiciones para juzgar» (cf. ARISTÓTELES, *Metafísica*, 1ª ed., Gredos, Madrid, 1994, L. III, cap. 1, pp. 129-130).

¹³ Entre otros, véase NUÑEZ, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal*, 5ª ed., Lerner, Córdoba, 2009, p. 208; SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 2ª ed., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1953, t. II, pp. 499-500; LEVENE, Ricardo (h), *Manual de Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1993, pp. 160-161; NAVARRO, Guillermo R. – DARAY, Roberto R., *Código Procesal Penal de la Nación*, 1ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 69; ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, 1ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 89; NAUCKE, Wolfgang, *Derecho Penal, Una introducción*, traducción de la 10ª ed. alemana, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 213; y ALBRECHT, Peter – Alexis, “Coordenadas de una legalidad penal en el Estado de derecho: Principio de la proporcionalidad, principio de la legalidad, principio de oficialidad”, en *Revista de Derecho Procesal Penal* (dirigida por DONNA, Edgardo A.), AAVV, *La Investigación penal preparatoria: Función de las policías*, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2013, t. II, p. 18.

¹⁴ Cf. YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los Principios Penales*, 1ª ed., B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2014, p. 732; CONDE- PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *El principio de oportunidad reglada: Su posible incorporación al sistema del Proceso Penal*, pp. 290-292; y RUIZ VADILLO, Enrique, “El principio de oportunidad reglada”, en *La Reforma del Proceso Penal, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Ministerio de Justicia de España, Madrid, 1989, p. 396; e *idem*: *Crisis de la Justicia y Reforma del Proceso Penal*, Conferencia pronunciada en el I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León organizado por el Departamento de Derecho Procesal Penal (Valladolid-Burgos) sobre el tema *Crisis de la Justicia y reformas procesales*, (dirigida por PEDRAZ PENALVA, Ernesto), Burgos, 20-22 de enero de 1984, en *Boletín de información del Ministerio de Justicia* n° 1488, p. 108.

¹⁵ Cf. BACIGALUPO, Enrique, “Descriminalización y Prevención, en Justicia Penal”, *Revista del Poder Judicial*, n° especial II, Madrid, 1987, p. 4 (disponible en <http://ppje.poderjudicialchiapas.gob.mx/pdf/esp2.pdf>, fecha de consulta: 28/04/2016).

procesal a excepción¹⁶. Por tanto, aquí ya subyace la significancia de determinar qué es el principio de oportunidad según la comunidad jurídica, como así también cuáles son las justificaciones ensayadas para instar a su aplicación; y los óbices oponibles al mismo de acuerdo a los principales ponentes del tema.

Ha de notarse aquí, que al resultar el principio de oportunidad una manifestación foránea y novedosa en nuestro país, en orden a obtener una comprensión más cabal del mismo se impone la importancia de indagar su procedencia, evolución e introducción en la República Argentina.

Naturalmente, en clave con la idea de precisar la racionalidad y constitucionalidad del denominado principio de oportunidad, necesariamente cabe interrogar no sólo cuáles son sus presupuestos, sino además se torna indispensable escrutar la fuente ideológica de éstos. De esta forma, se alcanzará una mejor comprensión de su etiología, lo que facilitará incluso la posibilidad de detectar (si existiesen) aporías en el discurso pro oportunidad y develar la consistencia racional de los argumentos vertidos al encomiarse su aplicación.

Si repasamos algunos de los criterios de justificación del llamado principio de oportunidad, una arista problemática sobre la cual ha de discurrirse es la posible imbricación entre el principio de oportunidad y el sistema acusatorio proyectado por nuestra Constitución Nacional (según la doctrina mayoritaria actual), pues parte de los juristas tienden a emparentarlos, en tanto otro sector los concibe como contradictorios, es decir, signados por un relación agonal. De ahí que de identificarse o no el principio de oportunidad con el proceso acusatorio, podría deducirse su constitucionalidad o inconstitucionalidad.

¹⁶ Cf. BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal Penal*, 1ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014, t. II, pp. 422-423, 393-394 y 424-426.

En tanto que otro aspecto por sopesar, dada su factible relación -cuanto menos tangencial- con nuestro objeto de estudio es el posible vínculo entre el principio de oportunidad y las concepciones de la pena, por cuanto pervive en la comunidad científica del derecho una cierta tendencia a anidar la creencia de que las teorías absolutas de la pena instauran el principio de legalidad procesal y las relativas el principio de oportunidad.

A la vez, si ponderamos al menos someramente algunos de los presupuestos del llamado principio de oportunidad (la irracionalidad de una selectividad velada, la necesidad de reorientar estratégicamente los recursos, la expropiación del conflicto, una política criminal signada por la mínima intervención penal, su identificación con el proceso acusatorio, la relación con los fines de la pena, la incorrección de asimilar lo oficioso a lo imperativo, y la inexistencia de una manda constitucional pro principio de legalidad procesal), los patrones comunes enseñados por la concepción del derecho penal contemporáneo; y ascendemos hacia sus fuentes, advertiremos posibles zonas de tensión entre los criterios de legitimación de nuestro objeto material de estudio y aquellos valores inspirados por el iluminismo, que fueran positivados en las constituciones modernas para conformar el hoy conocido estado constitucional de derecho. Es que si la medida de racionalidad del derecho penal contemporáneo viene dada por la idea de limitar un ejercicio potencialmente arbitrario del poder (de parte de un Estado trocado en objeto de temor) y minimizar los espacios de arbitrariedad valorativa de quienes lo ejercitan mediante esas garantías o valores constitucionalizados, la sola explicitación del llamado principio de oportunidad evidencia un problema no menor al tiempo de armonizar esta facultad del fiscal de disponer de la acción penal con este ideario constitucional.

Así pues, si la actuación del fiscal (quien repetimos, ya de por sí concentra una gran cuota de ese poder público) se hallará signada por una oportunidad guiada por baremos valorativos

hueros de objetividad e imprecisos; más una orfandad de controles republicanos potenciada ante posibles decisiones vacuas de visibilidad, valdría preguntarse si la discrecionalidad del fiscal, en rigor de verdad no traduce arbitrariedad. Más aún, en este escenario se observa el valor de escudriñar qué clase de contralor (exógeno o endógeno) puede ejercerse sobre esta actividad fiscal; y si en un esquema de signo acusatorio, esta aplicación del principio de oportunidad conculca o no el paradigma de no autocontrol y el sistema de contrapesos, ambos de raigambre constitucional.

A esto han de añadirse, otras posibles complicaciones en orden a congeniar esta actividad del fiscal con la división de poderes, pues uno podría preguntarse, si las determinaciones adoptadas en un contexto procesal imperado por la oportunidad, no propenden en realidad a que el acusador público invada funciones legislativas y jurisdiccionales reservadas constitucionalmente a otros órganos.

Huelga interrogarse también, si esta suerte de aparente o no discrecionalidad del fiscal (que recordemos en nuestro país no es una autoridad política emanada del sufragio universal) no contradice la medida de racionalidad acuñada por la matriz iluminista en la ley sancionada democráticamente (expresión de la llamada soberanía popular), al definir los intereses por amparar penalmente sin transitar debate democrático alguno, a fuer de ponderar la conveniencia, oportunidad o alcance de las leyes generales de libertad emanadas de la voluntad general; y reconsiderar qué conductas disvaliosas ameritan o no la persecución penal, en base a valoraciones político-criminales originadas en la subjetividad de cada fiscal.

Se suma a estas *quaestiones*, la necesidad de discernir si el principio de oportunidad no puede traducirse en posibles afectaciones a las garantías de igualdad, legalidad material y seguridad acuñadas por el pensamiento iluminista. Es que a guisa de ejemplo, de imperar la imprecisión conceptual acerca de las condiciones de aplicabilidad y la ausencia de control exógeno, cabría

interrogarse si el principio de oportunidad no puede mudar la discrecionalidad fiscal en decisiones huera de medida racional, tendentes a favorecer una aplicación desigual de respuestas; menguar cierta previsibilidad de los ciudadanos sobre las consecuencias jurídicas de su accionar; y poner en crisis el fundamento del contrato social, al evanecerse una seguridad posibilitadora de una coexistencia de libertades regida dentro de un marco de razonabilidad.

No puede obviarse entonces, la significancia de determinar si el principio de oportunidad condice con la medida de racionalidad del Estado Constitucional de Derecho, que concibe al derecho penal público como garantía para resguardar a los más débiles del ejercicio arbitrario del poder; y evitar así, tanto la arbitraria activación de la persecución penal; como una selectiva actividad persecutoria ante iguales circunstancias. Por ende, se repara a la par así, en la importancia de determinar si la eficacia aparentemente buscada por el principio de oportunidad respecto del servicio de administración de justicia, se ajusta o no a esa racionalidad enhiesta en las garantías constitucionalizadas por el iluminismo y la idea rectora de siempre tratar al hombre como un fin, pues pareciera que la implementación de medios honestos es un presupuesto constitutivo de aquello pasible de definirse como eficaz bajo este paradigma. De lo contrario, podría conducirse así a la arbitrariedad de los procesos de reformas judiciales formulados sobre la dialéctica “crisis de eficiencia vs crisis de garantías”.

En fin, las cuestiones expuestas denotan la trascendencia de determinar si el principio de oportunidad no acarrea a que el fiscal conculque las garantías constitucionalizadas (ej. proceso acusatorio, el paradigma de no autocontrol, la división de poderes, la legalidad material, la igualdad, la certidumbre), junto a la soberanía popular y la razonabilidad republicana, pues de hacerlo, desde una perspectiva moderna podría inferirse entonces su

irracionalidad e inconstitucionalidad, al mancillarse los arts. 1, 5, 6, 16, 18, 19, 33, 53, 59, 75, inc. 22; 114, inc. 5; 115-116 y 120 de la Constitución Nacional.

Ahora bien, como ya adelantamos, dado que la matriz ideológica iluminista no es la única manera de interpretar el derecho penal, y el pensamiento clásico nos ofrece una alternativa posible en clave de lectura constitucional, se plantea la relevancia de precisar si el principio de oportunidad es racional, a la luz de una Constitución Nacional susceptible de interpretarse desde un bien común político concebido como culmen y principio de racionalidad ordenador de la vida social.

Por consiguiente, si en clave con el pensamiento clásico el derecho es naturalmente racional (como también lo es el hombre), al tener como fin el bien común temporal (o sea, la última perfección natural del ser humano en este mundo), e implicar necesariamente la justicia u orden político para alcanzar ese fin; cabe interrogarse si el principio de oportunidad vacía o no de sentido la ley penal (regla y medida de la razón ordenada al bien común); y si lo hace, si no decanta en una negación del derecho apta para convertirlo en una manifestación más de arbitrariedad e inconstitucionalidad.

4. Objeto formal de la investigación

El propósito de esta investigación consistirá en evaluar la racionalidad y constitucionalidad del denominado principio de oportunidad. Es decir, el objeto de formal de esta investigación consiste en concluir si el llamado principio de oportunidad es arbitrario o irracional. En concreto, si es una instancia de racionalidad o quebranta la racionalidad del derecho penal y conduce a la arbitrariedad, en cuyo caso se podrá inferir su inconstitucionalidad.

Empero, huelga precisar que este trabajo no comprenderá la relación del principio o criterios de oportunidad con el derecho penal de menores o el derecho penal juvenil, pues al hallarse

determinado este campo normativo por la especial situación de fragilidad de las personalidades en vías de formación de sus destinatarios, enseña características propias, particulares y diferenciables del derecho punitivo aplicable a los mayores. Por consiguiente, supera los límites convenientes de esta investigación el marco legal de los menores, que se encuentra regido por una fisonomía disímil y prevista en otras leyes, procedimientos e instituciones signadas por bases específicas¹⁷.

Asimismo, resulta ajena a esta investigación la polémica relacionada a cuál es el carácter jurídico de la acción penal (esto es si es una cuestión concerniente al derecho penal sustantivo o procesal), que a diferencia de otros países es un problema originador de un rico debate en la República Argentina, por cuanto nuestra Constitución Nacional estatuye desde antaño la delegación de la materia sustantiva en el Estado Nacional (art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional); y la reserva de las provincias de aquello imbricado a lo procesal (arts. 5 y 75, incs. 12; y 121 de la Constitución Nacional). Por tanto, las discusiones que giran en derredor a si lo relativo a la regulación de la acción es materia del derecho penal sustantivo o procesal, como también en consecuencia, si la recepción del llamado principio de oportunidad atañe a la Nación o las provincias en base al carácter material o procesal de la acción¹⁸ o cómo debe regularse o receptarse normativamente¹⁹ excede nuestro objeto de estudio.

¹⁷ *Grosso modo*, puede destacarse la existencia de directrices enhiestas en una idea no retributiva de la intervención estatal, la preferencia por la desjudicialización y mecanismos de remisión, junto a la prevalencia de respuestas orientadas a la reintegración social del menor [cf. la ley n° 22.278, con sus modificatorias (leyes n° 22.803 y 23.742); la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 40.1, 40.3 y 40.4), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 10, inc. 3 y 14, inc. 4), la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 19); y en cuanto al *soft-law*, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, también conocidas como Reglas de Beijing (regla n° 11)].

¹⁸ Cf. Mustazzi, César y Cabrera, Regino, CSJN-Fallos, 178:31, 1937; Miranda, Luis A., y otro, CSJN-Fallos, 219:400, 1951; Nazareno José y otros s/injuria, CSJN-Fallos, 267:458, 1967; Rouges, León c/ Aliaga García, Fernando Eugenio, CSJN-Fallos, 276:376, 1970; Echarde, Edgardo Wilde y Ricardo Wilson Echarde c/ José Antonio Sáez y otros, CSJN-Fallos, 308:2140, 1986; Correa, Bernabé en autos con Barros, Mariano R., CSJN-Fallos, 138:157, 1923; Netto, Ambrosio c/ Empresa de los Ferrocarriles de Entre Ríos. Oficina Provincial del Trabajo c/ Empresa de los Ferrocarriles de Entre Ríos, CSJN, Fallos, 141:254, 1924; Arzobispado de Buenos Aires c/ Moreno, Domingo, CSJN-Fallos, 162:376, 1931; Perelló Miguel c/ Almeida, Félix A., CSJN-Fallos, 247:524, 1960; Feito García de Carreira, María Isabel c/ Muñoz, Alberto, CSJN-Fallos, 299:45, 1977; Grigor, Raymundo c/ Larroca Romano, Carmelo, CSJN-Fallos, 168: 342, 1933; Tamborini, José Miguel, CSJN-Fallos,

5. Método

Considerando que la ciencia es un saber universal y necesario o saber cierto por las causas, cuya especificación responde a su objeto, atañe aquí precisar el método o camino seguro a transitar en pos de nuestro objeto²⁰. Es que tal como se adelantó, cada ciencia posee su propio

211:410, 1948; Filcrosa S.A. s/ quiebra s/ incidente de verificación de Municipalidad de Avellaneda, CSJN-Fallos, 326:3899, 2003; Verdini, Edgardo Ulises c/ Instituto de Seguridad Social de Neuquén, V. 324. XXXVII, CSJN-Fallos, 327:3187, 2004; Municipalidad de Resistencia c/ Lubricom s.r.l. s/ejecución fiscal, M. 377, XXXVII, Rex, CSJN-Fallos, 332:2108, 2009; Bruno, Juan Carlos c/ Buenos Aires, provincia de s/acción de inconstitucionalidad, B. 879. XXXVI, CSJN-Fallos, 332:2250, 2009; Spinetto, Luis Alberto c/Vincent, Miguel, Lanfranchi de Escala, Juana y otros c/ Jaureguiberry, Luis Raúl, CSJN-Fallos, 271:36, 1968; Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus, V. 856. XXXVIII, CSJN-Fallos, 328:1146, 2005; Cruz, Omar E., Tribunal Superior de Córdoba, 14/02/2005 y los precedentes del 22/04/1957, RLL, XIX-378, S, 2; 17/09/1956, RLL, XIX,-378, S, 5; RLL, 1974-85, n° 1; y 18/08/1965, BJC, IX-481; Traversi, Rolando y otra, Corte de Justicia de la provincia de San Juan, 20/05/2065, La Ley, 122-877; Mondina, Genaro, Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, 25/06/1974, La Ley, 156-321; Fiscal contra Sosa Morán, Juan Rafael y otros por daño agravado s/casación, causa n° 83.449, Suprema Corte de Mendoza, sala II, 19/09/2005; Beloso, Martín D, Juzgado de 1a Instancia de Distrito en lo Penal Correccional de 8ª Nominación de Rosario, 04/06/2009, Abeledo Perrot n°: 1/70053350-1; Del Tronco, Nicolás s/ infr. art. 184 inc. 5 —CP—, Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 27-09-2010. Expte. n° 6784/09, Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado; y expte. n° 6785/09, Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado; Junco, Luis Antonio s/infr. art 149 bis., amenazas —CP—, Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 27-09-2010. Expte. n° 6.799/09 “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 2— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado; y expte. n° 6.805/09 “Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado; Seccional Cuarta s/ investigación s/ impugnación, Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut Sala Penal (Sala Penal), 14/02/2014, La Ley, AR/JUR/1970/2014; Balza, Martín A., Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, 14/08/1995, La Ley 1996-B, 680, con nota de F. J. D.; DJ1996-1, 1231, cita online: AR/JUR/1812/1995; Pazos, Luis y otros, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, 30/04/1996, La Ley 1997-C, 389 - DJ1997-2, 445, cita online: AR/JUR/2917/1996; Hilo Musical Pazos, Luis y otros, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, 8-02-1996, LA LEY, DJ1996-2, 1174, cita online: AR/JUR/4563/1996; Balza, Martín A., Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, 14/08/1995, LA LEY 1996-B, 680, con nota de F. J. D.; DJ1996-1, 1231, cita online: AR/JUR/1812/1995; Pazos, Luis y otros, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, 30/04/1996, La Ley 1997-C, 389 - DJ1997-2, 445, cita online: AR/JUR/2917/1996; G.R.S., causa n° 50.621/2011, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, 21/04/2016; Giampaolletti, causa n° 12.750/2014, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, 31/08/2016; Caminada Rossetti, Ignacio p.s.a. s/ homicidio, Cámara en lo Criminal de 9ª Nominación de Córdoba, 23/10/2015, Abeledo Perrot n°: AR/JUR/43412/2015); G. R. S., conciliación, causa n° 50.621/2011, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala V, 21/04/2016; y causa n° 78.050/2014, Tribunal Oral en lo Criminal n° 18 de la Capital Federal, 29/09/2016).

¹⁹ Tal como lo explica MAIER, no constituye una cuestión nimia para el derecho argentino, el quehacer de delimitar si atañe al derecho penal o al procesal lo aquí tratado, ya que una ley no congruente con la competencia legislativa demarcada en la Constitución Nacional carecerá de vigencia, al no emanar del órgano estatuido constitucionalmente en orden a sancionarla (cf. MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, p. 114).

²⁰ Seguimos de cerca el magisterio de Félix LAMAS en LAMAS, Félix A., *El Hombre y su Conducta*, 1ª ed., Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino”, Ciudad de Buenos Aires, Argentina, 2013, introducción general y caps. I-II; y LAMAS, Félix A., *La Experiencia Jurídica*, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, Buenos Aires, 1991, cap. VII. Vale recordar, que el citado enseña que la génesis de todos los saberes es la experiencia, aunque ésta no basta, pues entre el mero conocimiento empírico y el saber media un largo camino, *iter* que se desarrolla metódicamente mediante la abstracción (operación mental cuyo

método, que se encuentra determinado por su objeto, elemento constitutivo, especificador y distintivo de éstas²¹.

Hecha esta breve introducción propedéutica, exigida por la necesidad de delimitar que en línea con el realismo clásico, la ciencia se constituye, estructura y unifica por su objeto, a partir del cual se determina el método²², nos hallamos en condiciones de afirmar la necesidad de apelar a la inducción en este tránsito de la experiencia al saber²³. En nuestro caso (o en otras palabras, el del derecho) al resultar un saber práctico (o sea que conoce la verdad en orden a conducir la acción humana) y racional determinado en la vida humana social, el método presenta dos momentos, uno es el estadio metodológico del descubrimiento (*via inventionis*), y el restante, un segundo tiempo dialéctico en el cual se relaciona ese conocimiento obtenido con los primeros principios mediante una rigurosa relación compositiva de lo justo²⁴.

Simplificando, frente a la emergencia racional de nuestro problema investigativo (la racionalidad y constitucionalidad del principio de oportunidad)²⁵ se pondera apropiado aplicar

término es el concepto) e inducción (inferencia inmediata de un juicio universal a partir de uno o más juicios particulares).

²¹ Cf. LAMAS, Félix A., *El Hombre y su Conducta*, pp. 56-57.

²² De esta manera, se demarca una diferenciación con la concepción moderna de la ciencia, arraigada en la actitud metodológica de DESCARTES y KANT, en donde el método constituye, estructura y unifica el objeto. Empero, huelga destacar que con esto no se rechaza la integración de los modernos métodos de observación y experimentación, al contrario se los reclama, aunque sí se excluye toda generalización indebida del método de una ciencia sobre otra (cf. LAMAS, Félix A., *El Hombre y su Conducta*, pp. 62-63; LAMAS, Félix A., *La Experiencia Jurídica*, pp. 262-263; y REPETTO, Alfredo, *El acto culpable: el dolo y la culpa como sus formas*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2007, pp. 61-62).

²³ De modo que, la certeza de nuestra tesis o juicio universal inductivo dependerá de varios factores, entre otros, de la necesidad de la materia, de consuno a la precisión de la observación y de la abstracción. De ahí que, cuando la inducción posee como término un principio su certeza se halla dotada de infalibilidad (cf. LAMAS, Félix A., *La Experiencia Jurídica*, pp. 236-237).

²⁴ Se sigue de cerca a LAMAS, Félix A., "Percepción e inteligencia jurídicas. Los principios y los límites de la dialéctica", en AA.VV., *Los principios y el derecho natural en la metodología de las ciencias prácticas*, EDUCA, Ciudad de Buenos Aires, Argentina, 2002, cap. I. Ha de destacarse, que los problemas suscitados en materia práctica –como por ej. el derecho– tienen características diversas a los puramente teóricos, ya que son cuestiones radicadas en la misma praxis humana. Por tanto, su solución reclama la posibilidad de ascender a considerar los grandes problemas especulativos.

²⁵ La inmediatez de nuestro objeto empírico (el fenómeno o principio de oportunidad) nos despierta preguntas fundamentales acerca de su significación (cuestión teórica) y cuál es su relación con las necesidades y fines del derecho penal (cuestión práctica).

dos métodos: a) el inductivo: cuyo término es una proposición universal y sus momentos principales son la observación, el discernimiento de semejanzas-diferencias, la constitución de esquemas perceptivos, la abstracción de conceptos, etc.²⁶; y b) el dialéctico: que corrige y crítica la inducción²⁷.

Así siguiendo los lineamientos trazados por el Director de Tesis a la hora de precisar el método a seguir, puede afirmarse entonces, si fundamos en el pensamiento clásico que:

«la dialéctica cumple una doble función metodológica respecto de la ciencia. En primer lugar es el método adecuado para la etapa de investigación, para la búsqueda de las premisas en la via inventionis. En segundo lugar es el método lógico apropiado para razonar en materia práctica. Por su parte, la cualidad que es perfectiva de la conducta tiene dos características centrales, admite grados y admite un contrario. Por eso el pensamiento en torno a lo cualitativo no arriba a certezas incommovibles, sino a certezas probables que siempre admiten un más y un menos. La certeza apodíctica de la conducta se encuentra en los principios, cuya aplicación en concreto implica precisamente un proceso dialéctico de determinación. La dialéctica es correlativa de la retórica, pero también es método propio de las ciencias prácticas, lo que habilita su uso como método del derecho»²⁸. Así, podría «... decirse, en afán de simplificar, que... la Dialéctica jurídica es el instrumento metodológico principal de los juristas»²⁹.

Sentado esto, nos hallamos en condiciones de especificar, que la validez de nuestra tesis requerirá ascender hacia los primeros principios³⁰ para asegurar la verificabilidad reclamada

²⁶ Cf. LAMAS, Félix A., *El Hombre y su Conducta*, p. 58.

²⁷ *Idem*.

²⁸ LEZICA, Miguel J. R. de, *Tópicos Jurídicos en la Retórica de Aristóteles*, tesis doctoral del doctorado en Ciencias Jurídicas, dirigida por el Dr. Félix A. LAMAS, defendida el 2 de Septiembre de 2014 en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, inédita, cap. I.2.

²⁹ *Ibidem*, Tercera parte, conclusión.

³⁰ Si bien cada ciencia trata con diversos principios, ciertamente éstos poseen diferentes jerarquías. Evidencia de ello es la relación de subalternancia que atraviesa a ciertos principios y ciencias. Tal vez un ejemplo nos auxilie para clarificar más esta afirmación. Así como por ejemplo de los principios de la geometría se deducen conclusiones aplicables a otra ciencia como por ej. la perspectiva (cf. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, 4ª ed., BAC, Madrid, 2001, I, C. 79, a.9, solución), la conclusión antropológico-filosófica de que el

por la ciencia contemporánea. Es que en cada ciencia coexisten principios derivados de primeros principios evidentes por sí³¹, cuya máxima universalidad los implica en todo juicio y demostración, por cuanto la validez o verdad de las restantes proposiciones proceden de éstos³². En consecuencia, cómo los primeros principios del orden práctico (el bien ha de hacerse y el mal evitarse) constituyen el punto de partida de nuestro campo de conocimiento, pues el derecho penal se encuentra engarzado a fines, valores y bienes por concretar, resulta ineludible retornar hacia estos principios o punto de partida³³, que precontienen la racionalidad de las conclusiones obtenidas mediante nuestra respuesta al problema planteado. Es que la medida racional y validez de la justificación de nuestra tesis, necesariamente deberá verificarse, a través de argumentaciones procedentes de esos primeros principios, que al presentar una materia necesaria y evidente, conducen a proposiciones de necesidad probable ajustadas a nuestra materia.

hombre es libre, se erige en un principio para la ética, la filosofía moral o el derecho, ciencias particulares subalternadas a la Antropología Filosófica -saber subalternante respecto de éstas- (cf. BLANCO, Guillermo P., *Curso de Antropología Filosófica*, 1ª ed., EDUCA, Ciudad de Buenos Aires, 2004, pp. 111-112). En otras palabras, mientras la Antropología Filosófica estudia la voluntad libre del hombre; la ética se enfoca en el mismo objeto, aunque le añade la ponderación sobre la bondad o maldad moral de sus fines.

³¹ Estos primeros principios son proposiciones de evidencia inmediata (*per se notae*), pues la inteligencia los descubre intuitivamente –es decir sin discurso-. Sencillamente, no constituyen tan sólo principios lógicos, pues son principios ontológicos fundados en los principios de la realidad (léase el ente, el ser, el bien y la verdad). Por tanto, sus proposiciones predicen la verdad sobre lo que en la realidad es o no es (cf. LAMAS, Félix A., *La Experiencia...*, pp. 267).

Huelga destacar, que los primeros principios pueden clasificarse en especulativos o prácticos. En el conocimiento especulativo se conoce por conocer. Simplificando, su propósito radica en considerar el orden dado de la realidad de manera receptiva. Así, a partir de la experiencia, lo primero que aprehendemos es un ente (v. gr. un ruiseñor, una persona, un vegetal, etc.); y al incorporar ese conocimiento, nuestra inteligencia de inmediato conoce por contraposición el no ente (cf. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología*, 4ª ed., BAC, Madrid, 2001, I-II, q. 94, a.2; y ARISTÓTELES, *op. cit.*, LIV, cap. III y IV), es decir el principio lógico de no contradicción, cuyo fundamento es real u ontológico, en tanto otros primeros principios especulativos serían a modo de ej. el de tercero excluido, causalidad e identidad). Por otra parte, los primeros principios prácticos, al procurar el conocimiento de la verdad en orden a dirigir la acción humana, se identifican con la ley natural, cuyo primer principio es el bien debe hacerse y el mal ha de evitarse. Esto se deduce por ej. del magisterio de Félix LAMAS, quien enseña que: «*como el ente es lo primero que cae bajo toda consideración, así el bien es lo primero que aprehende la razón práctica, ordenada a la operación, puesto que todo agente obra por un fin, el cual tienen naturaleza de bien. Por tanto, el primer principio de la razón práctica será el que se funda en la naturaleza del bien: 'Bien es lo que todos apetecen'. Éste, pues, será el primer precepto de la ley: se debe obrar y proseguir el bien y evitar el mal...*» (cf. LAMAS, Félix A. “Percepción e...”, p. 46). Ahora bien, este primer principio del bien ha de hacerse y el mal evitarse incluye las normas jurídicas naturales del bien común debe hacerse y evitarse todo lo que lo obstaculice; como también lo justo debe hacerse y lo injusto ha de evitarse (seguimos de cerca el magisterio de Félix LAMAS y Alfredo REPETTO en obras ya citadas).

³² LAMAS, Félix A., *La Experiencia...*, pp. 267.

³³ Se alude a los primeros principios prácticos.

Ha de remarcar, que al recaer en la dialéctica el razonamiento sobre una materia probable, sólo se puede alcanzar un grado de certeza ajustado a la materia en la cual discurrimos (o sea, el ámbito de la deliberación de los asuntos morales, políticos o jurídicos)³⁴. Por tanto, la verdad alcanzada no será necesaria, sino verdad probable. Es que en definitiva, el razonamiento dialéctico trata con cosas probables, y por consiguiente, únicamente puede arribar a una certeza adecuada a la naturaleza del asunto discutido³⁵, de ahí que siguiendo a Miguel J. R. DE LEZICA puede afirmarse que la «[r]etórica y dialéctica versan sobre materia contingente, ya que nadie delibera sobre lo necesario...»³⁶.

En consecuencia, en esta investigación debemos justipreciar el consejo vertido por ARISTÓTELES en su *Ética Nicómaco*, en donde se explicita la necesidad de no afanarse por alcanzar otra precisión en cada género de problemas, sino la que consiente a la naturaleza del asunto, pues así como no sería adecuado aceptar de un matemático razonamientos de probabilidad, tampoco puede exigirse al orador demostraciones concluyentes³⁷.

No obstante, en clave con el camino sugerido por el Director de la Tesis, ha de precisarse que:

«si bien la tópica relativa a lo justo estará afectada por el carácter dialéctico del derecho, esa tópica no es pura contingencia, ya que tiene como límite o marco de referencia los principios máximamente ciertos y verdaderos... De hecho, no se puede hablar de algo verosímil o probable si no hay verdad. Un discurso exclusivamente dialéctico sería como un movimiento sin término, sin un punto estable que dé razón de dicho movimiento. Dialéctica y Retórica solo son válidas como método en tanto haya principios ciertos a partir de los cuales arribar a

³⁴ REPETTO, Alfredo, *El acto culpable...*, pp. 34-35.

³⁵ *Idem.*

³⁶ LEZICA, Miguel J. R. de, *Tópicos Jurídicos...*, Tercera Parte, conclusión.

³⁷ Cf. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, L. I, cap. III, p. 22, 1094b, 23 ss., citado por REPETTO, Alfredo, “La importancia del derecho y del derecho penal”, en *Diario de Política Criminal*, n° 11.780, El derecho, Buenos Aires, 15 de junio de 2007, *in fine*.

ulteriores certezas y verosimilitudes. Para hablar de cosas probables o verosímiles es necesario que haya algo verdadero y cierto, fundamento de toda verosimilitud»³⁸.

A la par, ha de precisarse que en traza de alcanzar nuestro cometido, aplicaremos dos recursos metodológicos: la transparencia de las razones y la claridad conceptual. De modo que no acudiremos a argumentos de autoridad en pos de sostener nuestras razones. Es decir, en clave con el espíritu de la *disputatio* universitaria y la máxima *in utramque partem, audi alteram partem* encarnados por los preclaros PLATÓN³⁹, ARISTÓTELES⁴⁰, CICERÓN⁴¹ y SANTO TOMÁS DE AQUINO⁴², intentaremos ofrecer argumentos claros a favor de nuestras aseveraciones, pues como con buen tino expresaba KANT en su *Crítica de la Razón Pura* «*ser refutado... no supone peligro alguno, pero sí en cambio no ser entendido*».⁴³

En cuanto a las técnicas o instrumentos de observación a utilizar, en pos de descubrir los datos y hacer operativa la metodología elegida, vale señalar que nos valdremos del análisis lingüístico, el estudio de doctrina (general y específica sobre la materia), legislación, jurisprudencia, documentos históricos, filosóficos y políticos.

Hechas, estas aclaraciones de orden metodológico, a continuación se expondrá el *iter* escogido en orden a desandar, a través de un medio apto, el camino conducente hacia nuestra

³⁸ LEZICA, Miguel J. R. de, *Tópicos Jurídicos...*, Tercera Parte, conclusión.

³⁹ Prueba de ello, son los diálogos de PLATÓN con su maestro SÓCRATES, quienes se hallaban convencidos de que el debate era el medio más adecuado de investigación filosófica (cf. *in extenso* PLATÓN, *Diálogos*, Edición especial para Editorial el Ateneo, LIBSA, Madrid, 2001).

⁴⁰ Análoga metodología fue acogida por ARISTÓTELES, quien fundó la denominada escuela del Liceo o de los peripatéticos, por la costumbre que tenía El Filósofo de discutir con sus discípulos mientras se solazaba bajo el peristilo de un jardín cubierto. Este espíritu de la *disputatio*, incluso se percibe en su *Ética* (cf. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, LIBSA, Madrid, 2001, Edición especial para Editorial el Ateneo).

⁴¹ Véase por ejemplo la metodología utilizada por CICERÓN al retratar la magnanimidad de RÉGULO, en donde parte de las objeciones y luego las responde (cf. CICERÓN, Marco T., *Sobre los Deberes*, Madrid, Alianza, 2001, L. III, tratado especial, 97-115).

⁴² Este espíritu del Aquinate de los *articulus* utilizado a guisa de ejemplo en la *Suma Teológica* se describe adecuadamente en PIEPER, Josef, *Introducción a Tomás de Aquino –doce lecciones-*, Rialp, Madrid, 2012, cap. VII.; y PIEPER, Josef, *Obras*, Ediciones Encuentro, Madrid, 2012, v. III, p. 87.

⁴³ Cf. KANT, Immanuel, *Crítica de la Razón Pura*, Philosoph Bibliothek, Leipzig, 1930, p. 36. Puntualmente, véase el prefacio a la segunda edición de 1787.

meta y a rectificar el proceso del pensamiento hacia la posesión de nuestro objeto de conocimiento⁴⁴.

Con el propósito de alcanzar una recta comprensión de nuestro objeto de estudio, en primer lugar nos aproximaremos a la significación nominal de los términos “principio” y “oportunidad”, ambos componentes lingüísticos del denominado “principio de oportunidad”.

Luego, efectuaremos un desarrollo de qué entiende la doctrina nacional e internacional de mayor relevancia acerca del principio de oportunidad, lo que será complementado con un análisis de la jurisprudencia más significativa, en miras de escudriñar cómo se lo conceptualiza, utiliza y cuáles son los argumentos vertidos a favor o en contra por las diversas voces, junto a los posibles juicios de constitucionalidad desarrollados a partir de éstos.

Seguidamente, estudiaremos el desarrollo histórico evidenciado por el llamado principio de oportunidad. Es decir, acompañados por el buen lazarillo de la voluntad de veracidad pasaremos la criba sobre ciertos documentos históricos, antecedentes legislativos, sólidas investigaciones en la materia y reconocidas obras de tratadistas, con el afán de precisar cuál es su procedencia, cómo evolucionó en el tiempo y de qué manera fue incorporado en la legislación argentina.

En lo que aquí importa, cabe aclarar que si bien no somos ignaros de que algunos autores⁴⁵ al avanzar sobre esta cuestión también llevan a término un somero repaso histórico de la acción (léase sus clases, disponibilidad y discrecionalidad en su ejercicio), el carácter de la acusación

⁴⁴ Aquí seguimos de cerca las nociones brindadas por Félix LAMAS sobre qué es un método y cuál es su etimología (cf. LAMAS, Félix A., *El Hombre y...*, p. 57).

⁴⁵ Este es el caso de por ejemplo MARCHISIO, Adrián, *Principio de oportunidad...*, cap. I; y ANITUA, Gabriel I. – BORINSKY, Mariano H., “Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales europeos”, en AA.VV, *Sistemas Procesales Penales Comparados*, dirigida por HENDLER, Edmundo S., 1ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 453-457, que comprenden en sus estudios fases de la historia exorbitantes a la estricta evolución histórica del principio de oportunidad, pero ligadas al sistema acusatorio material, la clasificación de la acciones penales, y la discrecionalidad de los particulares implicada en el carácter privado o popular de la acusación. Esto obedece a cierta confusión generada por una inadecuada relación de identificación entre el proceso acusatorio e inquisitivo y el carácter privado o público de la acusación con los principios de oportunidad y legalidad procesal.

(privado, popular o público) y los modelos procesales a través de los tiempos, ciertamente estos análisis comprenden algunas etapas de la historia en donde no se tiene noticia alguna sobre la aparición o vigencia del principio de oportunidad, y por consiguiente, no se justiprecia pertinente incluirlas en este estudio, pues exorbitan nuestro objeto de investigación.

La cuestión es que si el principio de oportunidad alude a las facultades del Estado (por intermedio del Ministerio Público Fiscal) para no iniciar, suspender o interrumpir la persecución penal pública ante la noticia delictiva en vista a razones político-criminales, el ámbito conceptual de este principio (como también del principio de legalidad procesal) es el de la acción penal pública y su noción abarca desde el plano subjetivo una función conferida a un órgano estatal (léase fiscal)⁴⁶. Por ende, no se advierte oportuno detenernos en el análisis de fases pretéritas en donde no se divisan estos elementos intrínsecos al principio de oportunidad, como a modo de ejemplo podrían serlo disímiles etapas signadas por una disponibilidad o discrecionalidad de la acción de los particulares, naturalmente relacionada al carácter privado o popular de la acusación y procesos acusatorios de cariz material.

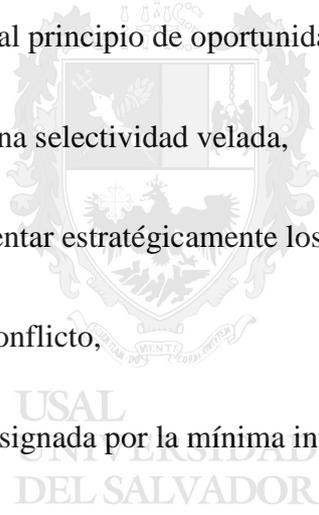
De ahí que en base a lo afirmado, nuestro recorrido necesariamente partirá de Inglaterra y los Estados Unidos, por cuanto la discreción en la función persecutoria del *prosecutor* o el

⁴⁶ Este aspecto es señalado incluso por MARCHISIO, quien define al principio de oportunidad como una facultad del Ministerio Público Fiscal de prescindir de la acción penal total o parcialmente (ya sea en forma pura o bajo condición), dentro de un margen de discrecionalidad, en delitos de acción pública o dependientes de instancia privada, en tanto se evidencien razones político-criminales y procesales relacionadas a la eficiencia/racionalización de los recursos del sistema judicial para aplicar la ley penal (cf. MARCHISIO, Adrián, *Principio de oportunidad, Ministerio Público y política criminal*, 1ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, pp. 180-182). No obstante, vale destacar que también MARCHISIO se contradice asimismo, cuando antes concluye en la misma obra, que exceden al concepto del principio de oportunidad «... aquellas situaciones en las que el legislador deja librado la promoción de la acción penal a la voluntad de las víctimas... (p.ej. como ocurre en los delitos de acción privada o instancia privada)» (*ibidem ut supra*, p. 114).

Cabe reparar a su vez, que ANITUA y BORINSKY, explican al referirse a los principios de legalidad procesal y oportunidad que: «...ambos principios se aplican en idéntico ámbito, el de la acción penal pública... Es por ello que el problema que ocupa a la doctrina en la actualidad, y que mencionan estas definiciones, viene referido a las facultades del Estado a través de las posibilidades del fiscal o del órgano jurisdiccional... La doctrina ha coincidido en que ambos principios (legalidad-oportunidad), referidos a la persecución penal pública acentúan diferentes aspectos o concepciones de derecho...» (cf. ANITUA, Gabriel I. – BORINSKY, Mariano H., “Principios de legalidad y...”, pp. 552-553).

discretionary power (que en nuestro ámbito son calificados como principio de oportunidad) proceden de esas latitudes; luego abrevaremos en Europa Continental, que es donde se afina nuestra tradición histórica; y finalmente, agudizaremos nuestra mirada sobre el derecho patrio.

Concluida esta fase, a fin de remover ciertos obstáculos en el orden del entendimiento que volverían abstruso nuestro objeto de estudio, procederemos a abstraer los presupuestos que conforman el alcázar argumental erigido en pos de encomiar la implementación del denominado principio de oportunidad, propender a su inculturación en los cuerpos normativos, e instar así a su aplicabilidad en la práctica judicial. Por ello, en este tramo se determinarán y desarrollarán los principales puntos de partida en los que reposa la literatura reformista al elaborar su loa al principio de oportunidad, léase:

- 
- a) la irracionalidad de una selectividad velada,
 - b) la necesidad de reorientar estratégicamente los recursos,
 - c) la expropiación del conflicto,
 - d) una política criminal signada por la mínima intervención penal,
 - e) su identificación con el proceso acusatorio,
 - f) su relación con los fines de la pena,
 - g) la incorrección de asimilar lo oficioso a lo imperativo,
 - h) y la inexistencia de una manda constitucional pro principio de legalidad procesal.

Alcanzado este objetivo, nos hallaremos prestos a escudriñar los fundamentos de donde parten las justificaciones ensayadas para inculturar la aplicación del principio de oportunidad. Empero, previo a concretar esta meta, se advierte la necesidad de sopesar la reconsideración histórica suscitada respecto a las posibles relaciones entre la criminología, la dogmática y la

política criminal, por cuanto esto no sólo posibilitará una mayor comprensión de por qué se alude a que la introducción o no del principio de oportunidad es un problema atinente a la política criminal, sino también simplificará nuestra posterior tarea. Es que tal cómo se comprobará al tratar los presupuestos de las doctrinas preconizadas en pos del principio de oportunidad, en más de una ocasión se observarán concretas alusiones tendentes a destacar que, dirimir si se adopta o no este principio es una cuestión concerniente a la política criminal⁴⁷.

Una vez, completada esta etapa, se pondrán todos los medios para escrutar la fuente ideológica de los presupuestos del principio de oportunidad. De ahí que primero partiremos de los patrones comunes enseñados por la concepción del derecho penal contemporáneo, luego ascenderemos hacia sus fuentes (el contrato social, el ideario erigido en torno a limitar el poder estatal, la separación del derecho y la moral, la ética utilitarista, el pragmatismo, y el primado de la autonomía de la voluntad); y gradualmente los relacionaremos con los presupuestos del principio de oportunidad. De manera tal, que una vez culminado este *iter* alcancemos una recta comprensión acerca de la etiología de las doctrinas surgidas sobre el llamado principio de oportunidad.

Tras ello, se enunciarán las posibles objeciones a la instauración del principio de oportunidad; además de ponerse de manifiesto las aporías de la argumentación desarrollada en procura de justificar su aplicación, ya sea en el orden de su consistencia racional interna, o en clave a su correspondencia con el sistema constitucional imperante en la República Argentina. Así pues, luego de tratar las proyecciones del Estado de Derecho Moderno en el proceso penal, estudiaremos desde la medida de racionalidad de la matriz ideológica del

⁴⁷ Tan sólo a modo de ejemplo, puede verse BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal Penal*, 1ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014, t. II, pp. 396-397.

derecho penal contemporáneo (o sea, la iluminista) la relación del denominado principio de oportunidad con:

- a) el proceso acusatorio,
- b) la división de poderes,
- c) la soberanía popular,
- d) el paradigma de no autocontrol,
- e) la razonabilidad republicana,
- f) los fines de la pena,
- g) la apelación a la selectividad,
- h) la igualdad,
- i) la legalidad material,
- j) el fundamento del contrato social,
- k) la eficacia, y
- l) los fines de garantía.



Ejecutadas estas acciones, en el siguiente peldaño se ofrecerá una plataforma de análisis alternativa a la enseñada por la matriz del Estado de Derecho iluminista. En particular, se expondrá la desarrollada en la historia por el pensamiento clásico, que al igual al pensamiento moderno (en cuyos fundamentos anida el encomio al principio de oportunidad) también procede a identificar (en cierta medida) a la razón con el derecho, pero partiendo de otros presupuestos. Por tanto, es posible entrever una valiosa razón para desarrollar los

fundamentos del realismo clásico (en clave con la máxima *in utramque partem, audi alteram partem*), motivo que adquiere aún mayor significación, si ponderamos que esta doctrina acuñada por la tradición jurídica occidental (entre otros, por PLATÓN, ARISTÓTELES, SAN AGUSTÍN y SANTO TOMÁS DE AQUINO) no sólo fue preconizada por diversos doctrinarios del derecho penal argentino (como por ej. Alfredo L. REPETTO⁴⁸, Héctor H. HERNÁNDEZ⁴⁹ y Camilo TALE⁵⁰, entre otros), sino también fue reconocida por otros juriconsultos no adeptos a este pensamiento⁵¹; y posiblemente ejerció cierta influencia en la redacción e interpretación de nuestra Constitución Política, tal como se puede entrever incluso en algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁵².

Por ello, en aras de alcanzar el cometido propuesto, en este estadio primero se hará una breve reseña de “*La filosofía jurídica del art. 19 de la Constitución Nacional*”, célebre obra de

⁴⁸ A quien principalmente seguiremos de cerca (cf. REPETTO, Alfredo, “Comentarios a las proyectadas reformas del Código Penal”, *Prudentia Iuris*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, n° 51, EDUCA, Buenos Aires, marzo de 2000; REPETTO, Alfredo, *El acto culpable: el dolo y la culpa como sus formas*, 1ª ed., Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2007; REPETTO, Alfredo, “El derecho penal realista y una aproximación al bien común”, en *Diario de Política Criminal*, n° 235-1246, El derecho, Buenos Aires, 2009; REPETTO, Alfredo, “El derecho penal y Santo Tomás de Aquino”, en *El derecho*, t. 180-1239, Buenos Aires, 1999; REPETTO, Alfredo, “La importancia del derecho y del derecho penal”, en *Diario de Política Criminal*, n° 11.780, *El derecho*, Buenos Aires, 15 de junio de 2007; y REPETTO, Alfredo, “Otras precisiones sobre el Derecho Penal Realista (hecho, valor y norma)”, en *Diario de Política Criminal*, n° 11.910, *El derecho*, Buenos Aires, 21 de diciembre de 2007).

⁴⁹ Cf. HERNANDEZ, Héctor H., *Penal y virtud*, segunda parte en AA.VV., *Fines de la Pena. Abolicionismo, impunidad* (dirigido por HERNÁNDEZ, Héctor H.), 1ª ed., Cathedra jurídica, Buenos Aires, 2010; y HERNANDEZ, Héctor H., *El garantismo abolicionista*, 1ª ed., Marcial Pons Argentina, Buenos Aires, 2013.

⁵⁰ Cf. TALE, Camilo, “Los legítimos fines de la pena jurídica”, primera parte en AA.VV., *Fines de la Pena. Abolicionismo, impunidad* (dirigido por HERNÁNDEZ, Héctor H.), 1ª ed., Cathedra jurídica, Buenos Aires, 2010.

⁵¹ Otros doctrinarios contemporáneos, si bien no son preconizadores del realismo clásico, al menos implícitamente evidencian que esta doctrina revistió o goza de cierto reconocimiento. A guisa de ejemplo, véase que ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR, al tratar la imputabilidad aluden a «...una solución diferente y menos irracional...», ensayada por la «...doctrina italiana medieval apelando a la teoría de las acciones liberae in causa... también buscando como garante a Aristóteles...» (cf. ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 704. Cabe añadir también, que por ej. que DONNA dedica cierto espacio a PLATÓN y SANTO TOMÁS DE AQUINO al desarrollar las diversas doctrinas trabajadas para fundamentar la pena, tal como puede colegirse en pp. 266-268 (cf. DONNA, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte General*, 1ª ed., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, t. I., pp. 266-268).

⁵² Véase a modo de ejemplo el cons. n° 36 del voto mayoritario de la CSJN en “Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Daniel Enrique Maldonado en la causa Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado –causa n° 1174-” (07/12/2005, Fallos: 328:4343), donde por ejemplo al tratarse la significación del principio de culpabilidad se evidencia la vigencia de «...la línea ética que arranca con Aristóteles y que sigue con Santo Tomás...» pues «...participa del concepto básico de persona humana, desarrollando sus diferencias siempre sobre la misma base, que es la que sustenta las normas de nuestra Constitución de 1853-1860». En igual sentido puede verse el cons. n° 6 del voto del juez de la CSJN, Dr. Juan C. MAQUEDA, en “Recurso de hecho deducido por la defensa en Tejerina, Romina Anahí s/ homicidio calificado, causa n° 29/05C (08/04/2008, Fallos: t. 228, XLIII).

ARTURO E. SAMPAY en donde se podrá advertir una interpretación constitucional de lo justo congruente con el realismo clásico; y a la vez, dispar a la ofrecida por los fundamentos del derecho penal contemporáneo. Luego, se tratarán de relacionar las consideraciones vertidas por SAMPAY con los fundamentos del pensamiento tradicional, de consuno a su concepción de la racionalidad de la justicia y de la sanción penal; al mismo tiempo que, a modo de contraste, evidenciaremos posibles contradicciones con la visión fincada en la ideología del Estado constitucional de derecho moderno de matriz iluminista; para finalmente, una vez superados estos tamices, hacer el intento de alcanzar una recta comprensión del principio de oportunidad desde el realismo clásico.

Estudiados los fundamentos del realismo clásico y su dicotomía con la matriz ideológica moderna (que constituye la plataforma del derecho penal contemporáneo y del discurso pro oportunidad), indagaremos las posibles consecuencias aparejadas en el orden de la concreción del llamado principio de oportunidad, mediante el análisis de dos supuestos⁵³ que serán estudiados con el único objeto de evidenciar los disímiles escenarios a los cuales se puede arribar, a partir del contraste de estas perspectivas. Huelga destacar en esta instancia, que no se pretenderá agotar todas las posibles concreciones del principio de oportunidad, sino sólo brindar una base para indagar en el orden de su concreción, a qué efectos conducen por un lado la perspectiva moderna; y por el otro, la concepción realista clásica.

Por último, evidenciadas las posibles objeciones al discurso pro oportunidad y los contrastes en el orden de su concreción, habremos arribado al punto culmine de nuestra investigación, que es precisamente en donde nos hallaremos en condiciones de determinar si el llamado

⁵³ En particular, tomaremos como base las posibles manifestaciones del principio de oportunidad conocidas como insignificancia procesal y mediación, conciliación y/o reparación, pues constituyen una plataforma óptima, ya que como se verá, las ponderaciones sobre estos supuestos serán replicables a otras de sus factibles concreciones. De esta manera, a través de estas consideraciones fácilmente podremos acercarnos a un recto entendimiento sobre cuáles serían las consecuencias si partimos desde el pensamiento iluminista o el clásico en otras potenciales concreciones del principio de oportunidad.

principio de oportunidad se ajusta o no a la medida de racionalidad del derecho suministrada por la matriz ideológica moderna y el pensamiento clásico, para luego emitir una conclusión sobre su constitucionalidad o inconstitucionalidad.



USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

II: EL DENOMINADO PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

1. Aproximación a la significación nominal del término principio

Según el Diccionario de la Lengua Española⁵⁴, las disímiles acepciones del término principio son: a) el primer instante de ser de algo, b) el punto considerado primero en una extensión o cosa, c) el origen, la base, o razón fundamental sobre la que se procede discurriendo en cualquier materia; d) la causa u origen de algo; e) cada primera proposición o verdad por donde comienzan a estudiarse las ciencias o artes; f) la norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta; g) todo lo que antecede a un texto de un libro; entre otros significados excluidos de esta estadio analítico por resultar ostensiblemente ajenos a este contexto⁵⁵.

También la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, tras enunciar las disímiles significaciones de esta palabra, enuncia y define una serie de principios, tales como a guisa de ejemplo el de derecho, el acusatorio, el de culpabilidad, el de subsidiariedad y el de legalidad; en tanto que el llamado principio de oportunidad es omitido.

Atañe añadir, que el vocablo principio posee sus voces correspondientes con significados equivalentes en las restantes lenguas europeas [v. g. en la lengua inglesa nos topamos con la voz *principle*⁵⁶, en la italiana con *principio e inizio*⁵⁷, en la portuguesa con *princípio*⁵⁸, en la

⁵⁴ Vide REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 23 ed. publicada como colofón de las conmemoraciones del tricentenario de la Real Academia Española, RAE, Madrid, 2014.

⁵⁵ Propiamente, aludimos a la acepción concerniente a “*Alimento que se servía entre la olla o el cocido y los postres*” y la relativa a la triada de ejercicios llevados a término por los teólogos en la Universidad de Alcalá sobre una de las cuatro partes del Libro de las sentencias, luego de superar un examen previo, destinado a mensurar su capacidad y suficiencia.

⁵⁶ “s. 1. *Principio, origen, raíz, causa*. 2. *Principio, norma, máxima...*” (cf. *Simon and Schuster’s Dictionary English/Spanish Spanish/English*, 1ª ed., Simon and Schuster, Nueva York, 1973). A la par, *principle* is “1. a rule of behaviour. 2 a general truth, rule, or law. 3 a natural law that control show a machine, etc., works...” (véase *Macmillan Student’s Dictionary*, Macmillan, Philippines, 1984).

⁵⁷ Cf. *Collins Diccionario Pocket italiano-espagnolo, español-italiano*, 6ª ed., Grijalbo, Buenos Aires, 2005.

⁵⁸ Vid. *Dicionário de Espanhol-Português*, Porto Editora, Portugal, 1998.

francesa con *début* (comienzo) - *principe* (fundamento)⁵⁹; mientras en la alemana nos salen al paso *anfang* (inicio), *prinzip* - *grundsatz* (fundamento) y *ursprung* (origen)⁶⁰].

Si intentamos otear la fuente del término principio, ha de repararse en la palabra latina *principius-ii*, que deriva de *princeps-ipis*, sustantivo/adjetivo procedente de *primocaps* (cuyas significaciones originarias refieren a tomar el primer rango – lugar, o la primera parte) y del adverbio temporal - local *pri* (es decir, adelante)⁶¹. En tanto en la tradición griega, su equivalente deriva del verbo *arjó* (de etimología ignota⁶²) y es puntualmente el vocablo *arjé* o *arché*, vastamente definido por ARISTÓTELES en su *Metafísica*. Pues en el L. V, cap. I, el Estagirita define la voz principio con las siguientes seis acepciones: a) «... *extremo de una cosa a partir del cual puede uno comenzar a moverse...*»⁶³; b) «... *aquello a partir de lo cual cada cosa puede realizarse mejor...*»⁶⁴ (v. gr. el punto de partida desde donde con más facilidad se puede aprender); c) «... *lo primero a partir de lo cual se hace algo...*»⁶⁵ (ej. los cimientos de una casa); d) «... *lo primero a partir de lo cual se hace algo, no siendo inmanente...*»⁶⁶ (ej. el hijo respecto a su prosapia); e) «... *aquello por cuya voluntad se mueve lo que es movido y cambia lo que es cambiado...*»⁶⁷, que el maestro de los peripatéticos ejemplifica respecto a las urbes con las magistraturas, autoridades, gobiernos y artes-ciencias

⁵⁹ Cf. *Harrap's Mini Dictionnaire francais-espagnol*-, Chambers Harrap Publichers, Francia, 2008.

⁶⁰ Cf. <http://www.larousse.fr/dictionnaires/espagnol-allemand/principio/32275>.

⁶¹ Cf. las siguientes voces: *pri*, *prior*, *primus* y *princeps* respectivamente (vide ERNOUT, Alfred Y MEILLET, Alfred, *Dictionnaire étymologique de la Langue Latine – Histoire des mots*, retirage de la 4ª ed., argumentée d'additions et de corrections par Jackes André, Klincksieck, París, 1979, según cit. de LAMAS, Félix, *La Experiencia Jurídica*, p. 502).

⁶² Cf. CHANTRAINE, Pierre, *Dictionnaire étymologique de la Langue Greque Histoire des mots*, Klincksieck, París, 1968, particularmente la voz *arjó*, según cit. de LAMAS, Félix, *La Experiencia Jurídica*, p. 502.

⁶³ ARISTÓTELES, *Metafísica*, 1ª ed. (con introducción, traducción y notas de Tomás CALVO MARTÍNEZ), Gredos, Madrid, 1994, L. V, cap. I.

⁶⁴ *Idem.*

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ *Idem.*

rectoras; y f) «... lo primero a partir de lo cual la cosa se hace cognoscible...»⁶⁸, como a modo de ejemplo lo son las premisas de las demostraciones⁶⁹.

Recapitulando lo hasta aquí desarrollado, y en clave con el magisterio de la tradición filosófica occidental, puede afirmarse que la significación nominal del término principio remite a «...aquello de lo cual algo procede en el orden del ser, del hacerse o del conocer, o en fórmula más sintética, es el origen de algo»⁷⁰.

2. Aproximación a la significación nominal del término oportunidad

Según el Diccionario de la Lengua Española⁷¹, la palabra oportunidad posee las siguientes dos acepciones: a) «f. Momento o circunstancia oportunos o convenientes para algo»; y b) «f. pl. Sección de un comercio en la que se ofrecen artículos a un precio más bajo del que normalmente tienen».

Cabe agregar, que el vocablo oportunidad presenta voces correspondientes con significados equivalentes en distintas lenguas europeas. Tal es así, que en la lengua inglesa nos topamos con la voz «*opportunity*»⁷², en la italiana con «*opportunità*»⁷³, en la portuguesa con

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ De las definiciones ensayadas por EL FILÓSOFO, puede entreverse entonces, que según su entender todas las causas son principios, por cuanto lo común a éstos «... es ser lo primero a partir de lo cual algo es, o se produce, o se conoce...» (cf. ARISTÓTELES, *Metafísica*, L. V, cap. I), no obstante resultar algunos intrínsecos y otros extrínsecos. Empero, cabe destacar que más adelante SANTO TOMÁS DE AQUINO hará un distingo entre lo que debe entenderse por causas y principios, al explicar que: «La palabra principio no indica más que aquello de lo que procede algo, pues a todo aquello de lo que procede algo, sea del modo que sea, lo llamamos principio...»⁶⁹; y aunque los «...griegos utilizaron indistintamente los nombres causa y principio... principio es más general que causa...; pues el primer término, o también la primera parte de algo recibe el nombre de principio, pero no el de causa... el nombre causa parece indicar diversidad sustancial y dependencia de otro por parte de alguien; cosa que no sucede con principio. Pues en todos los géneros de causa, siempre se encuentra por alguna perfección o virtud la distancia entre la causa y lo causado. Pero principio lo utilizamos también en aquellas cosas que no mantienen diferencias de ese tipo, sino sólo cierto orden. Por ejemplo, cuando decimos que el punto es el principio de la línea, o también cuando decimos que la primera parte de la línea es principio de la línea» (TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología*, 4ª ed., BAC, Madrid, 2001, I, q. 33, a.1).

⁷⁰ LAMAS, Félix, *La Experiencia Jurídica*, p. 501.

⁷¹ Cf. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 23 ed. publicada como colofón de las conmemoraciones del tricentenario de la RAE, RAE, Madrid, 2014.

⁷² «... a situation in which something can be done; chance...» (cf. *Macmillan Student's Dictionary*, Macmillan, Philippines, 1984, p. 269).

«oportunidade»⁷⁴, en la francesa con «*opportunit *»⁷⁵; mientras en la alemana nos sale al paso «*opportunit t*»⁷⁶.

Si intentamos columbrar el origen del término oportunidad, necesariamente debemos abreviar en la palabra latina *opportunit s*⁷⁷, que alude a oportunidad, coyuntura u ocasión favorable; y situación ventajosa de lugar⁷⁸. Coetáneamente, *opportunit s* deriva de *opportunus*, que se descoyunta en el prefijo *ob*⁷⁹ (cuya significación es en contra o delante de) y *portus* (delante a la vista del puerto)⁸⁰. De ahí que por traslación, este concepto remite a oportuno (a propósito o a tiempo), cómodo (ventajoso), útil o provechoso y apto para⁸¹.

Por consiguiente, tras reconocer los componentes ling isticos⁸² de la palabra oportunidad, es factible entrever su íntima relación con la cualidad de hallar el puerto, rendija o chance para salir desde un lugar o situación en la cual nos hallamos aherrojados⁸³.

⁷³ Cf. la voz oportunidad en *Diccionario General Etimológico de la Lengua Española*, edición corregida y aumentada considerablemente por Don Eduardo de ECHEGARAY, José María Paquinetto editor, Madrid, 1889, t. IV, p. 589; *Collins Diccionario Pocket italiano-espa olo, español-italiano*, 6  ed., Grijalbo, Buenos Aires, 2005, p. 412; y ALVISI A., *Pequeño Diccionario castellano-italiano e italiano-castellano de uso moderno*, Giuseppe Malipiero (Bologna), revisión especial de ARCE, J., ASOCIACIÓN DANTE ALIGUIERI, Buenos Aires, 1976, p. 301

⁷⁴ Vide *Diccionario de Espanhol-Portugu s*, Porto Editora, Portugal, 1998, p. 333.

⁷⁵ Véase *Diccionario General Etimológico de la Lengua Española* cit. *ut supra*, t. IV, p. 589; y *Harrap's Mini Dictionnaire francais-español-*, Chambers Harrap Publichers, Francia, 2008, p. 168.

⁷⁶ Cfr. <http://es.pons.com/traducci%C3%B3n?q=oportuni9dad&l=dees&in=es&lf=es>.

⁷⁷ Vide *Diccionario General Etimológico de la Lengua Española* ya citado, t. IV, p. 589, donde se define oportunidad como «*sazón, comodidad, conveniencia de tiempo y de lugar*».

⁷⁸ *Opportunit s* también se relaciona con *opportun * (derivado de *opportunas*) que refiere a «*oportunamente, a tiempo, en buena ocasión y coyuntura; Cómodamente en buena situación, en sitio oportuno...*» (cf. DE MIGUEL D. RAIMUNDO – MARQUÉS DE MORANTE, *Nuevo Diccionario Latino-Español Etimológico*, 6  ed. corregida y aumentada, Agustín Jubea, Madrid, Calle de la bola n  3, 1881, p. 642).

⁷⁹ El prefijo *ob*. se asimila a *op.*, tal como puede observarse en «*V. opio oponer, oponible...Oportunidad, oportunismo, oportunista, oportuno, V. puerto Oporro, V. puerro oposición, oposicionista...opositor...*» (cf. COROMINAS, Joan, *Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico*, 1  ed., Gredos, Madrid, 1981, t. IV, p. 287). Cf. también <http://etimologias.dechile.net/?oportunidad>.

⁸⁰ *Ob* y *porto* precisan el concepto de llevar delante (cf. DE MIGUEL D. RAIMUNDO – MARQUÉS DE MORANTE, *op. cit.*, p. 642; y *Diccionario General Etimológico de la Lengua Española* ya cit., p. 589).

⁸¹ Cf. DE MIGUEL D. RAIMUNDO – MARQUÉS DE MORANTE: *op. cit.*, p. 642.

⁸² La definición nominal etimológica procura hallar los componentes ling isticos de la palabra y sus raíces. De ahí la significancia de la etimología, cuyo significado es conocimiento (*lógos*) verdadero (* tymos*). Vide BLANCO, Guillermo P., *Curso de Antropología Filosófica*, 1  ed., EDUCA, Buenos Aires, 2004, pp. 17-18.

⁸³ Ver también <http://etimologias.dechile.net/?oportunidad>.

3. Desarrollo en la doctrina y jurisprudencia más relevantes

3.A. Doctrina Nacional

3.A.a. BINDER: La oportunidad como faro político-criminal

Alberto M. BINDER conceptualiza al principio de oportunidad⁸⁴ como la facultad otorgada al Estado de modificar su decisión de intervenir en el proceso penal, cuando descubre su desinterés en llevar adelante la persecución penal, no cuenta con posibilidades de hacerlo o debe efectuarlo de un modo concreto⁸⁵. Así pues, en términos generales denomina como principio de oportunidad al «conjunto de reglas flexibilizadoras de la obligación de ejercer la acción pública y su indisponibilidad una vez ejercida»⁸⁶. De modo que en definitiva, el

⁸⁴ Vale poner de relieve, que a entender de CAFFERATA NORES sería más preciso aludir a discrecionalidad en la persecución, fundamentada en razones de oportunidad, pero transige en usar la terminología señalada debido a su habitual utilización. De hecho, entiende que se trata de disponibilidad, cuyas razones se afincan en criterios de oportunidad [cf. CAFFERATA NORES, José I., “El principio de oportunidad en el Derecho Argentino (Teoría, realidad y perspectivas)” en *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 3ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 33].

Análogamente a CAFFERATA NORES, BOVINO especifica que sería más atinado aludir a un régimen de disponibilidad de la acción penal. Lo afirmado se puede colegir, cuando analiza el principio dispositivo de los sistemas receptivos de la oportunidad como regla (cf. BOVINO, Alberto, *Principios políticos del procedimiento penal*, 1ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 25). Asimismo, al analizar la política de persecución penal de los Estados Unidos, explica que en ese país no se utiliza el concepto de principio de oportunidad, pues allí se alude a la noción de discreción en la función persecutoria (cf. *idem*; y BOVINO, Alberto, “La Persecución Penal Pública en el Derecho Anglosajón”, pp. 38 y 48, disponible en http://www.icjsinaloa.gob.mx/medios/publicaciones/persecucion_penal.pdf, fecha de consulta: 27-04-2016).

Este aspecto es significativo remarcarlo, dado que por ejemplo DE LA RÚA no alude a oportunidad, sino que refiere a disponibilidad de la acción penal en sentido sustantivo (cf. *in extenso* DE LA RÚA, Jorge, “Disponibilidad de la acción”, *Revista del Colegio de Abogados de Córdoba*, Córdoba, enero de 1996).

⁸⁵ Cf. BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, p. 221.

⁸⁶ Cf. BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal Penal*, 1ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014, t. II, pp. 422-423. Por tanto, se pueden establecer puntos de contacto con BACIGALUPO y BOVINO, quienes apuntan que por principio de oportunidad no solo debe comprenderse al desistimiento del fiscal de la acción penal bajo ciertas condiciones, sino a todo tratamiento penal diversificado del conflicto social representado por el hecho delictivo (cf. BACIGALUPO, Enrique, “Descriminalización y Prevención”, en *Justicia Penal*, Revista del Poder Judicial, nº especial II, Madrid, 1987, pp. 9-27; y BOVINO, Alberto, *Principios políticos...*, p. 32). En esa línea, también debemos reparar en la conceptualización confeccionada por NEUMAN del principio de oportunidad en clave hegeliana, que lo asimila a la triada conformada por la tesis, antítesis y síntesis (todas a una) de las medidas alternativas, dentro y fuera del proceso penal (cf. NEUMAN, Elías, *Mediación y Conciliación Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1997, pp. 96-98).

En cambio, CHIARA DÍAZ, GRISETTI y OBLIGADO efectúan un distingo entre principio de oportunidad y criterios de oportunidad, pues mediante el principio se fijan determinadas reglas de actuación que conceden al órgano encargado de la persecución y acusación la chance de morigerar el sistema de legalidad procesal, al desistir ya sea de su pretensión o aún de presentarla; en tanto los criterios de oportunidad engloban tanto la perspectiva dogmática (v. gr. lesividad del bien jurídico amparado, teoría del error, mínima culpabilidad, etc.) como la

principio de oportunidad comprendería reglas que distienden el régimen de la acción y se vinculan a criterios relacionados al:

- a) tratamiento de casos de menor cuantía (insignificancia procesal⁸⁷, escasa culpabilidad, mínima responsabilidad del agente⁸⁸);
- b) cuestiones de economía procesal⁸⁹ y asignación más eficiente de los recursos (v. gr. saturación de pena⁹⁰ o el restringir las investigaciones a los casos en donde se cuente con mejor prueba)⁹¹;

procesal (léase suspensión del proceso a prueba, juicio abreviado, renuncia de la acción, agente encubierto, arrepentido, etc.). Por tanto, los mentados conferirían al principio de oportunidad un cariz más restringido, en tanto a los criterios de oportunidad un alcance comprensivo de los dos espectros del derecho penal, es decir el dogmático y el procesal (cf. CHIARA DÍAZ, Carlos A. – GRISSETTI, Ricardo A. – OBLIGADO, Daniel H., *La Acción Procesal Penal -El rol del Ministerio Público Fiscal y las víctimas en el debido proceso-*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2012, pp. 44, 200-201 y 231).

No es en vano esta distinción, dado que parte de la doctrina concibe al principio de oportunidad en sentido lato, por implicar dentro de su noción el uso de instrumentos del derecho penal y procesal; mientras otro sector de la comunidad jurídica lo interpreta *stricto sensu*, pues lo ciñe al ámbito procesal. Repárese también, que HONISH y POCHAC observan esta posible interpretación en sentido lato o *stricto sensu* (cf. HONISH, Paula – POCHAC, Andrea, “Démosle una oportunidad al principio de oportunidad”, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, año V, nº 9-B, AD-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 313).

⁸⁷ BINDER demarca que la insignificancia procesal se distingue de la insignificancia del ámbito material o de fondo del derecho penal. Pues la primera es un concepto relativo, que se vincula a la menor relevancia social de un caso respecto a otros, o a la apocada importancia en sí, con relación a los costos irrogados al Estado para su persecución penal. En cambio, a la insignificancia del Derecho Penal se echa mano para reconocer la atipicidad de una conducta. Puede deducirse de lo afirmado, que la insignificancia procesal es un concepto relativo que se justifica esencialmente en una reorientación de la capacidad operativa del Ministerio Público para perseguir los hechos más importantes, de conformidad con lo económicamente conveniente desde una perspectiva institucional, pues a través de esta proyección del principio de oportunidad se le otorga prevalencia a la persecución de hechos socialmente más cuantificables respecto a otros de menor relevancia. En concreto, la insignificancia procesal se funda en razones político-criminales de relocalización y eficiencia (cf. BINDER, Alberto M., *Justicia Penal y Estado de Derecho*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 211; BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal...*, t. II, pp. 422-423 y 437; y BINDER, Alberto M., *Introducción al...*, pp. 220-222).

⁸⁸ La intervención de menor relevancia, exigua contribución con el hecho o escasa culpabilidad constituye un criterio de selección delimitado por la importancia del caso (cf. BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal...*, t. II, pp. 436-437 y BINDER, Alberto M., *Justicia Penal...*, p. 211).

⁸⁹ También NEUMAN alude a la necesidad de ampliar el margen de aplicación del principio de oportunidad en base a argumentos de economía procesal, frente a autores primarios de delitos pasibles de ejecución condicional; o cuando el gravamen material causado por el delito es insignificante e irrisorio, si se lo compara con el coste económico y el trabajo insumidos (policial-judicialmente) desde la génesis de la investigación hasta la sentencia condenatoria o absolutoria (cf. NEUMAN, Elías, *op. cit.*, p. 100).

⁹⁰ BINDER explica el caso de que en razón de las reglas del concurso real o los límites de las facultades del Estado para penar, la pena pasible de imponerse no puede incrementarse, aunque se persigan una decena o un centenar de casos, pues no puede superarse el máximo de la pena fijado (cf. BINDER, Alberto M., *Introducción al...*, pp. 221-222).

⁹¹ Cf. BINDER, Alberto M., *Justicia Penal...*, p. 211; *Derecho Procesal...*, t. II, pp. 422-423; e *Introducción al...*, pp. 220-222.

- c) la restricción de los casos en los cuales el Ministerio Público puede ejercer la acción (mediante la extensión de delitos de acción privada o aquellos supeditados a la autorización preponderante de la víctima)⁹²;
- d) el incremento del contralor y poder de disposición de la víctima sobre el caso (léase factibilidad de retractación de la instancia particular, y el aumento de potestades del acusador particular como querellante conjunto o a través de la conversión de la acción pública en privada, ya sea de manera acordada o ante el desistimiento del interés del Ministerio Público)⁹³;
- e) la suspensión de la persecución penal, condicionada a la instrumentación de reglas de conducta o medidas aceptadas libremente⁹⁴;
- f) la extinción de la acción, por intermedio de la conciliación de los intereses de las partes o la reparación suficiente del daño⁹⁵; y

⁹² BINDER emparenta los llamados delitos de acción privada y dependientes de instancia privada, tanto a problemas de oportunidad, como a criterios de selección de casos. Así, al mismo tiempo que afirma en los delitos de acción privada la existencia de un interés público comprometido (pues de lo contrario no habría una autorización para el ejercicio de la violencia del Estado) y la prevalencia de un vigoroso interés de la persona afectada, detecta dos clases de fundamentos de importancia. Uno relacionado a la protección de ciertos bienes demasiado personales (ej. honor), en donde es inconveniente dejar la acción en manos de funcionarios públicos para no incurrir en tentaciones moralistas; junto a otro fundamento, con asidero en razones de oportunidad, que imperan un diseño político-criminal ajustado a las circunstancias históricas y sociales, pues apuntan a la mejor capacidad de gestión de las víctimas en estos casos, de consuno a los problemas o abusos enseñados por las experiencias de las formas delegadas en actores estatales.

En cuanto a los delitos dependientes de instancia privada, BINDER explica que si bien en estos delitos se subordina el ejercicio de la acción pública a una autorización previa de la víctima fundada en razones históricas (ej. el *strepitus fori* en los casos de ofensas sexuales), ciertamente antes, éstas son razones de oportunidad libradas a criterio del afectado⁹². Por tanto, a su entender y *a contrario sensu* de la opinión tradicional, la víctima debería tener a su alcance la posibilidad de revocar esa autorización, por cuanto el motivo fundante de ésta norma imperativa (léase la revictimización o costos de persecución demasiado gravosos para el menoscabado directamente por el daño) justamente no congenia con la manda de obligar a la víctima a ponderar en una fase inicial cuáles serán las consecuencias del caso, dado que en ese estadio aún no es factible advertir con claridad esas circunstancias ulteriores (cf. BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal...*, t. II, pp. 422-423, 438-440 y 443-444).

⁹³ Chance de que la víctima pueda solicitar al fiscal su autorización para convertir la acción pública en privada frente a determinados delitos, en tanto no existiera un interés público gravemente comprometido. Las limitaciones que delimitan esta alternativa pueden variar, pues dependen de determinaciones político-criminales orientadas a alcanzar mayor eficacia o eficiencia en uno o un segmento de casos; y a redireccionar los recursos del Ministerio Público (cf. BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal...*, t. II, pp. 422-423 y 440-442).

⁹⁴ BINDER encuadra a este caso como una manifestación del principio de *ultima ratio* (cf. BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal...*, t. II, pp. 422-423 y 445-446).

⁹⁵ BINDER explica que hoy no se puede comprender el derecho procesal de carácter acusatorio de nuestra región sin estudiar las propiedades del proceso o juicio compositivo como una de las dos dimensiones de todo proceso penal democrático, o en otras palabras, fundado en el sistema de garantías y el principio de *ultima ratio*.

- g) la necesidad de ofrecer impunidad para obtener información relevante, en aras de juzgar a un imputado de mayor importancia o resolver un hecho con más entidad social⁹⁶.

El paradigma definitorio del principio de oportunidad expuesto por BINDER presenta una nota peculiar, y es concretamente que en su concepción sería «*el principio general que debe regir la visión político-criminal del proceso penal... dado que... no solo es el principio que rige, sino el que debe regir todo el funcionamiento del sistema penal que es, precisamente, un mecanismo constante y permanente de selección de casos...*»⁹⁷. Por consiguiente, no debería ideárselo como una excepción al principio de legalidad, pues aunque desde una perspectiva crítica se lo piense desde este último canon, no tendría razonabilidad alguna conceptualizarlo de esa manera, ni desde el punto de vista lógico, ni política-criminal⁹⁸.

Se hace patente, que a criterio del jurista aludido, el problema de legalidad y oportunidad no debe ser analizado como un binomio de opuestos⁹⁹ –pues sería improductivo-, sino que ha de reflexionárselo en derredor al principio de selección de casos¹⁰⁰.

De modo que ya sea reparación directa y suficiente del imputado –generalmente aceptada por la víctima o sencillamente evaluada como razonable con independencia de su aceptación y todas las formas de conciliación factibles, con o sin mediación- son casos que generan a su entender la extinción o suspensión de la acción pública y en ciertas circunstancias constituyen criterios de oportunidad, dada la necesidad de aquiescencia por parte de los acusadores públicos para tornar admisible la solución (cf. BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal...*, t. II, pp. 393-394 y 446).

⁹⁶ Este supuesto es el caso del arrepentido o colaborador eficaz, que revela la identidad de los autores, partícipes o encubridores del delito y/o suministra información de importancia para el progreso de la investigación. Usualmente, el instituto aludido se asocia a un fundamento más bien de corte pragmático o utilitario, dado que su faro es ofrecer impunidad o una reducción de la pena para obtener información significativa, en orden a perseguir a un imputado de mayor trascendencia o resolver un hecho con más entidad social (cf. BINDER, Alberto M., *Justicia Penal...* p. 211; *Derecho Procesal...*, t. II, pp. 436-437; e *Introducción al...*, pp. 220-222).

⁹⁷ BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal...*, t. II, pp. 393-394.

⁹⁸ Cf. BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal...*, pp. 393-394.

⁹⁹ ANITUA y BORINSKY estiman que existe una orfandad de conceptualizaciones concretas sobre el principio de oportunidad, pues generalmente sus caracterizaciones suelen partir del principio de legalidad (cf. ANITUA, Gabriel I. – BORINSKY, Mariano H.: *Principios de legalidad...*, p. 450).

En efecto, esta relación agonal de ambos principios suele proyectarse en sus variopintas conceptualizaciones. Así pues, en las definiciones de SOLER, NUÑEZ, VÉLEZ MARICONDE, CLARÍA OLMEDO, LEVENE (H), NAVARRO Y DARAY se puede entrever como se refleja una suerte de antinomia entre el principio de legalidad procesal y el de oportunidad [cf. SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 2ª ed., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1953, t. II, pp. 499-500; NUÑEZ, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal*, 5ª ed., actualizada por SPINKA

Al parecer del doctrinario estudiado, la selección de casos inherente al principio de oportunidad se configura desde dos dimensiones:

- a) la primera ligada a una política criminal relacionada con otras modalidades de gestión de conflictos, lo que en otras palabras se puede precisar como una selección y relocalización guiada por los principios de *ultima ratio*¹⁰¹; y
- b) otra asociada con la justicia penal, entendida como una organización con recursos limitados, es decir se trata de una selección orientada por razones de eficiencia político-criminal¹⁰².

Bajo lo postulado por BINDER, sencillamente los criterios básicos de orientación de la selección de casos que debe hacer la justicia penal son los principios conformadores del principio de *ultima ratio*¹⁰³. Por ende, esa pretensión de exhaustividad subyacente en el principio de legalidad procesal y ensamblada a doctrinas políticas que promueven una expresión maximalista del poder penal (pretendida aunque sin concreción, porque jamás logra

Roberto E., Lerner, Córdoba, 2009, p. 208; CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Derecho Procesal Penal*, edición actualizada por VÁZQUEZ ROSSI, JORGE E., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, t. I, p. 234; VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed. corregida y aumentada, Lerner, Buenos Aires, 1969, t. II, p. 180; LEVENE, Ricardo (h), *Manual de Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1993, pp. 160-161; y NAVARRO, Guillermo R. – DARAY, Roberto R.: *Código Procesal Penal de la Nación*, 1ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 69].

Vale poner de relieve, que a entender de CAFFERATA NORES, si bien pueden ponderarse al principio de legalidad y el de oportunidad como antagónicos, es viable efectuar una correlación entre ambos, con la finalidad de integrarlos con un sentido complementario. En efecto, esta aquiescencia a la complementariedad de los dos principios es propugnada en nuestro medio por SPOTA (entre otros), quien asevera que no obstante ser instituciones diferentes, no habría oposición entre ambos, ni agresión alguna del principio de oportunidad hacia el de legalidad [cf. CAFFERATA NORES, José I., "El principio de oportunidad en el Derecho Argentino (Teoría, realidad y perspectivas)" en *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 3ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp. 21-22 y 33; e *in extenso*, SPOTA, Alberto A., "Análisis de la viabilidad constitucional del principio de oportunidad, en el ámbito penal", *La Ley*, 1988-E, 983].

Asimismo, no podemos soslayar la valoración aprontada por MARCHISIO, quien considera al principio de oportunidad como una excepción al principio de legalidad. Específicamente, el aludido no enseña al canon de oportunidad desde un antagonismo que agoste la posibilidad de sobrevivir en un sistema imbricado por el principio de legalidad. Más bien erige al principio de oportunidad en un elemento contrario e indispensable, en miras de concretar un necesario equilibrio (cf. MARCHISIO, Adrián, *Principio de oportunidad, Ministerio Público y política criminal*, 1ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 180).

¹⁰⁰ BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal...*, pp. 424-425.

¹⁰¹ *Idem.*

¹⁰² *Idem.*

¹⁰³ *Idem.*

perseguir todos los casos puestos bajo su ámbito de actuación por el legislador) debe revertirse, por cuanto es lo más distante del principio de *ultima ratio*¹⁰⁴.

Per se, el fundamento del principio de oportunidad en la trama del pensamiento de BINDER es la mínima intervención¹⁰⁵, que justamente impera a desarrollar en el proceso penal todas aquellas instituciones capaces de procurar una respuesta no violenta del Estado, en base a otros principios o finalidades (como lo es por ej. la pacificación), aunque existan previsiones en abstracto contemplativas de la utilización del poder penal¹⁰⁶. De manera tal, que esa es la razón político criminal presente en el principio de oportunidad; y por tanto, a su entender, éste principio debería ser la regla general si se echara mano a un análisis de regla-excepción.

BINDER repara así, que

¹⁰⁴ BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal...*, t. II, pp. 424-425. Esta idea de que el principio de oportunidad no debe entenderse como una excepción al principio de legalidad; y encuentra su fundamento en el principio de *ultima ratio* es seguida por BLACICH -SCHIAPPA PIETRA en “Las reglas de disponibilidad de la acción procesal penal. ¿Un problema de fondo o de formas? (con especial referencia al anteproyecto de ley de reforma y actualización integral del código penal argentino)”, *Juris*, disponible en <http://www.editorialjuris.com/docLeer.php?idDoctrina=39&texto=>, (fecha de consulta: 11/3/2016), pp. 5-10. Orientaciones ligadas a la *ultima ratio* y al principio de oportunidad también pueden verse en BOVINO, Alberto, “La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos”, pp. 1-18, trabajo realizado a raíz de la Ponencia presentada al V Congreso Latinoamericano Universitario de Derecho Penal y Criminología, celebrado en Santiago, Chile, 12 al 15 de mayo, 1993, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2006/05/doctrina30779.pdf> (fecha de consulta: 13-07-2016); MENDAÑA, Ricardo, “Ejercicio de la acción penal y principio de oportunidad”, *Revista pensamiento penal*, disponible en <http://pensamientopenal.com.ar/doctrina/33130-ejercicio-accion-penal-y-principio-oportunidad> (fecha de consulta: 28-07-2016); CESANO, José D., “De la crítica a la cárcel a la crítica de las alternativas”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XXXVI, núm. 108, Universidad Nacional Autónoma de México Distrito Federal, México, septiembre-diciembre, 2003, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710803> (fecha de consulta: 28/07/2016); CESANO, José D., “De nuevo sobre las competencias constitucionales en torno a las facultades legislativas sobre la disponibilidad de la acción procesal penal”, *Abeledo Perrot* n°: AP/DOC/3611/2012, RDP 2006-5-876, 2006; y NICORA, Guillermo, “Las provincias pueden (y deben) legislar sobre oportunidad en el ejercicio de la acción penal”, *Abeledo Perrot* n°: 0003/010344, SJA 4/2/2004; JA 2004-I-913 2004; y BALCARCE, Fabián I., “El mal llamado “principio de oportunidad”. Relaciones potestativas entre Nación y provincias, interpretación del art. 71 CP, las nuevas propuestas respecto a la disponibilidad de la acción penal pública y el cuento de la buena pipa”, *elDial* –DC2E4. También JAUCHEN, al observar al principio de legalidad procesal a ultranza como una ficción en su aplicación real, repara que éste se encuentra «...fuera del sensato camino de racionalizar el sistema penal para conseguir que se llegue sólo a éste, en ultima ratio» (cf. JAUCHEN, Eduardo, M., *op. cit.*, t. I, p. 669).

¹⁰⁵ Véase que en el pensamiento de NEUMAN, quien abreva continuamente en FERRAJOLI, BARATTA y CHRISTIE, también el principio de oportunidad constituiría una manifestación del minimalismo penal ensamblado a un derecho penal *in extremis* y *ultima ratio*, pues al unguir al titular de la acción penal pública con la potestad de desistir o renunciar a su ejercicio frente a ciertas condiciones, se propicia una justicia consensual y la despenalización de determinadas conductas, además de evitarse la selectividad (policial-judicial). Cf. NEUMAN, Elías: *Mediación y Conciliación Penal*, pp. 40-445, 53, 96-100.

¹⁰⁶ BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal...*, t. II, pp. 425-426.

«el “principio de oportunidad” tiene un fundamento autónomo, general y contrario al principio de legalidad procesal por lo que no pueden ser presentados bajo el modelo de “regla/excepción”, sino en el mejor de los casos, como dos modelos distintos de comprensión de las tareas de la justicia penal ... pues si todavía queremos analizar el problema de legalidad y oportunidad como un binomio de opuestos... habría que analizar al principio de legalidad procesal como una excepción al principio general de “oportunidad” o selección rigurosa de casos»¹⁰⁷.

Acto seguido, BINDER sostiene que suele entenderse por oportunidad reglada a una mixtura originada merced a un abandono de la rigidez de la imperativa persecución penal; pero hilvanada en simultáneo a una estricta legalidad en cuanto a la sujeción de los casos de selección¹⁰⁸. Siguiendo este entendimiento, el citado despierta la polémica al afirmar la inexistencia de ventaja alguna en esta manera de idear a la oportunidad¹⁰⁹, por cuanto se asumiría la supuesta legalidad (obligatoriedad) como dogma de la persecución penal. De modo tal, que esta modalidad de incorporación de normas de oportunidad solo redefiniría el principio de legalidad, en vez de optar por su prescindencia¹¹⁰.

Haciéndose eco de la definición acuñada por COSACOV al caracterizar al principio de legalidad procesal como «el mito de la no impunidad», BINDER pone sobre el tapete el problema de la eficacia del sistema penal y su inevitable selectividad. De esta manera, en

¹⁰⁷ BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal...*, t. II, pp. 425-426.

¹⁰⁸ BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal...*, t. II, p. 424.

¹⁰⁹ PASTOR también nutre la controversia, al considerar que si la oportunidad es reglada, ya no constituiría -valga la redundancia- oportunidad en un sentido relevante para meditar sobre ésta. Es que se trataría más bien de la oportunidad de determinación (en abstracto) propia y normal del parlamento representativo, más no de decisión (en concreto) de no perseguir penalmente, dispuesta por un funcionario del ministerio público de modo autónomo. Por tanto, no existiría más oportunidad procesal que la discrecional. (cf. PASTOR, Daniel R., *Recodificación penal y principio de reserva de código*, 1ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 47).

YACOBUCCI, por su parte, valora que si bien habitualmente se pondera la noción de oportunidad como una excepción a la legalidad, tan sólo sería acertada esta apreciación en tanto existiera una discrecionalidad absoluta de disposición -léase sistema de oportunidad libre- de parte del Ministerio Público¹⁰⁹. En cambio, el sistema reglado haría de este principio de oportunidad un modo de ejercicio de la legalidad penal; más no su excepción. En efecto, en este último caso, puede afirmarse que los supuestos habilitantes de la abstención de la persecución penal por criterios de oportunidad serían una manifestación del principio de legalidad (cf. YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los Principios Penales*, 1ª ed., B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2014, p. 732).

¹¹⁰ Cf. BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal...*, t. II, p. 424.

línea con el desarrollo practicado por COSACOV¹¹¹, considera evidente la frecuencia de la impunidad, pues si se relaciona la cantidad de delitos perpetrados en un tiempo determinado y la frecuencia de sentencias condenatorias en un período semejante se deduce la habitualidad de no punición. Empero añade, que los sistemas funcionan con la ideología de la no impunidad. En otras palabras, mediante un arquetipo ideal conforme al cual ningún delito debe quedar impune, y cada supuesto de impunidad ha de ponderarse como una falla del sistema. Por tanto, dado la inviabilidad pragmática de atender exhaustivamente todos los casos, siempre existe un grado de impunidad, incluso aunque el sistema se encuentre bien diseñado¹¹².

Lo cierto es que BINDER advierte sobre este principio de legalidad su imposibilidad de orientar el funcionamiento del sistema de justicia penal, y más bien lo cataloga como un principio tendente a velar las razones de una selectividad oculta orientada hacia los sectores vulnerables (léase los pobres), pues el sistema judicial se estabiliza mientras no se entromete con los poderosos¹¹³. En efecto, *«no se trata de si la gente pobre ha cometido un delito o no, sino que se trata de que a la hora de elegir entre todos los que cometen un delito, elegimos a los pobres... sin dudarlos»*¹¹⁴.

De modo que dentro de su esquema, el principio de legalidad es una ideología, y a la luz de lo descrito por COSACOV lo califica como el mito de la no impunidad. En efecto, concretamente estima que:

«...el sistema penal siempre...selecciona casos. No solo lo hace sino que debe hacerlo por imperativo de los principios de ultima ratio. Sin embargo esto se oculta. Tras la

¹¹¹ Vide COSACOV, Gustavo, *El mito de la no impunidad*, Universidad de Córdoba, 1988, pp. 57-58, según cita de BINDER en *Derecho Procesal...*, t. II, pp. 398-399.

¹¹² Aquí sigue de cerca y cita textualmente a COSACOV, en BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal...*, t. II, pp. 398-399.

¹¹³ Cf. BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal...*, t. II, pp. 398-399 y 434.

¹¹⁴ Cf. BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal...*, t. II, pp. 434-435.

afirmación superficial de la supuesta obligación de perseguir todos los casos se esconde la práctica de ocultar los criterios de selección, ya que ello demostraría no sólo el incumplimiento de muchos de los postulados del derecho penal como sistema de garantías sino la ineficacia misma del poder penal y su falta de sustento político-criminal»¹¹⁵.

En sí, se hace evidente entonces, por qué el principio de oportunidad es «...una institución tan necesaria como resistida, porque choca contra los fundamentos de una cultura judicial absolutista, con componentes supuestamente “sacros”, animada por una ideología de “lucha contra el mal” antes que por la concepción de una función social»¹¹⁶. Esto explica, por lo tanto, la existencia de «...muchos jueces, ... abogados, ... profesores inclusive, que creen que el problema se resuelve con su mero ocultamiento mediante lo que se ha llamado “el mito de la no impunidad”...»¹¹⁷.

Al respecto, cabe puntualizar que ante la sobrecarga endémica de trabajo, el sistema procesal penal ha reaccionado según BINDER, con una selección de casos sustentada por mecanismos informales de una selectividad efectuada primero por la policía (receptando y rechazando denuncias recibidas), luego ejecutada por los jueces y empleados judiciales (quienes escogen de la totalidad de casos asignados a cuáles dedicarán todo su empeño, de acuerdo al grado de importancia conferido por ellos), hasta arribar al juicio penal no más del diez por ciento de los casos que lograron ingresar al sistema y superar todos los filtros¹¹⁸. De esta manera, bajo ese enarbolar el principio de legalidad procesal y afirmarse la configuración del delito de denegación de justicia de cualquier funcionario que no persiga todo delito hasta la últimas

¹¹⁵ BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal...*, t. II, pp. 398-399.

¹¹⁶ BINDER, Alberto M., *Justicia Penal...*, p. 211.

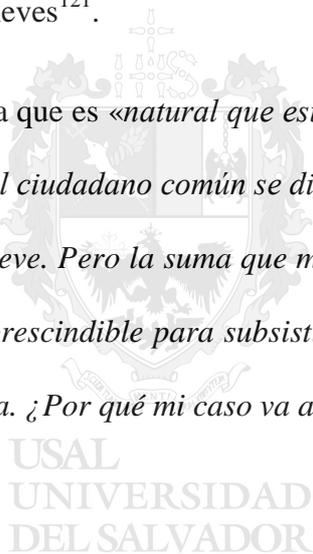
¹¹⁷ *Idem*.

¹¹⁸ BINDER, Alberto M., *Ideas y Materiales para la reforma de la justicia penal*, 1ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 100-101.

consecuencias, se encubre un intenso proceso de selección dado en la práctica y huero de control alguno¹¹⁹.

Por estas razones, BINDER deja sentado que frente a los indefectibles mecanismos de selección generados por el sistema procesal, en lugar de ocultarse este problema debería enfrentárselo y establecerse criterios legislativos transparentes de selección. Naturalmente, en su opinión una reforma conductora hacia el modelo acusatorio requiere imperiosamente la introducción del principio de oportunidad en los sistemas procesales¹²⁰, lo que posibilitaría la orientación de recursos hacia la investigación de los casos más graves, aunque esto suponga necesariamente el abandono de algunos más leves¹²¹.

Dentro de este marco, explica que es «*natural que esto hiera, en cierto modo, el “sentimiento de justicia”*». *Es posible que el ciudadano común se diga: Es cierto que desde el punto de vista de la globalidad mi caso es leve. Pero la suma que me robaron, pequeña y todo, era el único patrimonio que yo tenía, imprescindible para subsistir. Yo pago mis impuestos para sostener un servicio público de justicia. ¿Por qué mi caso va a ser desechado?»*¹²².



¹¹⁹ *Idem.*

¹²⁰ En consonancia con ello, véase que JAUCHEN también liga los postulados acusatorios del proceso a la disponibilidad de la acción penal. El aludido explica que antiguamente se argumentaba «...*que como la acción devenía de un órgano público, no era disponible por ser su representante parte del Estado, por lo cual su potestad le correspondía a éste y no al representante. La consecuencia de ello es que las partes no tenían el derecho de restringir el poder del Estado en el ejercicio de la acción, cuyo carácter le pertenece pura y exclusivamente*» (JAUCHEN, Eduardo M., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, t. I, pp. 660-661). En consecuencia, este «...*concepto debe revertirse a partir del fuerte sostenimiento de los postulados acusatorios del proceso, pues el acusador público cobra una capacidad que antes no tenía: la de decidir en el marco de estándares mínimos de actuación. Para el caso del inicio, estricta taxatividad legal; durante la investigación preparatoria, la posibilidad de desistir de los casos de aplicación de un criterio de oportunidad y a la hora de acusar, contar con elementos para lograr una sentencia condenatoria*» (JAUCHEN, Eduardo M., *op. cit.*). De esta manera, «...*los nuevos procesos van imponiendo al fiscal la evaluación de criterios que, de estar presentes, no sólo le permiten sino que lo llevan en algunos casos a desistir de su acción durante todo el transcurso del proceso*» (JAUCHEN, Eduardo M., *idem*). Concluye el citado, que ésta «...*es una típica característica acusatoria, pues de este modo se habilita la posibilidad de arribar a una solución basada en el acuerdo de partes tendiente a la resolución del conflicto subyacente, lo cual por otro lado es el objetivo del proceso más allá de la administración de justicia*» (JAUCHEN, Eduardo M., *ibidem*, pp. 661-662).

¹²¹ BINDER, Alberto M., *Ideas y...*, pp. 101-102.

¹²² BINDER, Alberto M., *Ideas y...*, p.102.

A su vez, sostiene que este es un argumento válido, frente al cual sólo se puede sostener un criterio puramente utilitario, pero que coetáneamente impera a ejercitar la imaginación con el objeto de idear otros mecanismos compensatorios, como a guisa de ejemplo la compensación de la víctima, la cual amén de no resultar recomendable para todas las demandas, en muchos supuestos de daño a la propiedad sería aconsejable, pues le resultaría más ventajoso al Estado reponer a la persona afectada la suma perdida, en vez de colocar en marcha todo el sistema procesal penal¹²³.

En simultáneo, dentro de este esquema alude a procedimientos de redefinición de las acciones privadas, sistemas de arbitraje dentro del proceso penal y nuevos canales de solución de los conflictos destinados a no dejar insatisfecha a la población, que permitan enfocar los esfuerzos en los casos con mayor incidencia social¹²⁴.

También BINDER intenta prevenir que la denominación principio de legalidad procesal es confusa, crea problemas, y por consiguiente, debe abandonarse¹²⁵. Es que esta forma de llamar a la obligación instaurada sobre los funcionarios públicos de ejercer la acción penal en todos los supuestos previstos por la ley, salvo cuando ésta lo exceptúa, induce indefectiblemente a perplejidad o yerros interpretativos debido a la cercanía con el principio de legalidad en términos generales (el del Estado o el del derecho administrativo), aunque claramente no se aluda al principio de legalidad material, cuyo natalicio y funciones son bien disímiles¹²⁶. Pues independientemente de alguna factible analogía o matriz común consecuente de las reacciones frente al ejercicio arbitrario del poder, acudir a un vocablo

¹²³ *Idem.*

¹²⁴ *Idem.*

¹²⁵ Cf. BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal...*, t. II, pp. 399-400.

¹²⁶ *Idem.*

similar con el objeto de denominar principios con funciones tan diversas, sólo aporta oscuridad en su tratamiento¹²⁷.

De hecho, con el afán de superar factibles distorsiones enraizadas a un abuso de la vaguedad de las palabras, BINDER observa la confusión provocada entre la palabra «*obligatorio*» y la práctica «*de oficio*». Así las cosas, en pos de aportar claridad y abandonar el principio de legalidad procesal, pasa la criba sobre la frase «*ex officio*», que comprende dos acepciones: la de oficial; o la de diligencias ejecutadas judicialmente sin instancia de parte, y de las costas, que de acuerdo a lo sentenciado nadie debe pagar. En pocas palabras, según BINDER esta fórmula «*de oficio*» refiere a la posibilidad hacer algo por sí sólo y sin depender de otro. De modo que a su entender, el «*deberán*» del art. 71, C.P. ha de interpretarse no como obligatoriedad del ejercicio de la acción, sino como no necesidad de autorización de otra persona para hacerlo en razón de su oficio¹²⁸.

¹²⁷ *Idem*.

¹²⁸ Cf. BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal...*, t. II, pp. 382-383 y 401-402. En concordancia con esto, ya antes de la reforma originada mediante la ley n° 27.147 (que sustituyó el art. 71 del código sustantivo), VÁZQUEZ ROSSI había dejado patente que la ley procesal podría regular supuestos de discrecionalidad, dado que el “*deberán iniciarse de oficio*” previsto en el art. 71 del Código Penal no impera en todos los casos el deber de perseguir sin discreción, pues «*de las palabras de la ley no puede deducirse otra cosa que la facultad autónoma de reacción del ente público encargado de llevar adelante los procedimientos tendientes a la realización aplicativa..., pero no manda que “siempre” y/o en todos los casos y supuestos, de manera inexorable y sin discrecionalidad alguna, deba actuarse*». Por tanto, la ley procesal podría sin contradicción alguna con esta norma, regular supuestos de discrecionalidad. [cf. VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., *Derecho Procesal Penal (La realización penal), Conceptos Generales*, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 1995, t. I, pp. 360-361]. En igual dirección, vide BALCARCE, Fabián I., *op. cit.*, VI.B.1.a.; y PANDOLFI, Oscar R., “¿Tienen las provincias facultades constitucionales para legislar en materia de criterios de oportunidad y probation? La esencial inconstitucionalidad del art. 71 CPEN. (A propósito del artículo del Dr. José. D. Cesano)”, *Abeledo Perrot* n°: AP/DOC/3663/2012, RDP 2007-6-1045, 2007, p. 2.

A la par, JAUCHEN recogió esta definición de VÁZQUEZ ROSSI y adujo que el art. 71 del Código Penal (antes de la reforma citada), ciertamente mandaba de modo imperativo el inicio de las acciones penal frente a todo hecho con apariencia delictual, pero esto no obsta a que la persecución posterior puede cesar por diversos criterios (cf. JAUCHEN, Eduardo, *op. cit.*, t. I, pp. 656-657).

Al respecto, BOVINO explicó que el hecho de que la acción penal sea estatal no implica a su vez, que deba promoverse imperativamente. Más aún, añadió que esto constituía un deber de imposible cumplimiento; y por tanto, la Constitución no podía imponer a los órganos públicos una carga de concreción no factible. Tal es así, que incluso discutió la constitucionalidad del poder legislativo para imponer al órgano que de acuerdo al texto constitucional se halla a cargo del ejercicio de la acción penal pública un programa acabado de persecución penal no posible de cumplir. Todavía más, agregó que el poder legislativo, no se halla autorizado a injerir en todas y cada una de las decisiones adoptadas por los integrantes del órgano a cargo de la persecución penal (cf. BOVINO, Alberto, *Principios políticos...*, pp. 15-16 y 22).

Más aún, resalta BINDER que el Código Penal y la Constitución Nacional nada dicen acerca de la obligación de ejercer la acción en todos los casos denunciados, como tampoco nada afirman sobre el imperativo de llevarla adelante una vez ejercida¹²⁹. Ciertamente, agrega que esa obligación se encontraba en algunos códigos –en particular los de matriz napoleónica, como por ejemplo lo era el cordobés en su momento–, pero en la actualidad los nuevos códigos procesales han flexibilizado todo el régimen de la acción y hoy rige el principio inverso, amén de que la renuncia o desistimiento de la acción penal no pueda llevarse a término de cualquier modo, sino respondiendo a claras previsiones legales, fundadas en criterios de selección transparentes¹³⁰.

De forma concomitante, BINDER acota que el fundamento del principio de legalidad procesal no debe hurgarse en abstracto o en su formulación simplista y aparente sustento moral¹³¹, sino a través de su concreta configuración histórica, en la cual se enlazan dos planos habitualmente entremezclados al argumentar:

- a) la vocación de exhaustividad en el ejercicio de la persecución penal, y

¹²⁹ Cf. BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal...*, t. II, p. 405. También CAFFERATA NORES, antes de la reforma operada mediante la ley n° 27.147, entendió que salvo en los casos de algunos delitos que podrían denominarse constitucionales como el de traición, en nuestra Constitución Nacional, no existían normas que impusieran el principio de legalidad procesal. En cambio, sí el Código Penal lo establecía por intermedio de los arts. 71 y 274 (cf. CAFFERATA NORES, José I., “El principio de oportunidad...”, pp. 23-24).

En sentido similar a CAFFERATA NORES, respecto a que la legalidad procesal no responde a una manda constitucional, véase asimismo a DE LA RÚA, FALCONE, DE LA FUENTE, SALDUÑA, BAILONE y YANCARELLI (cf. DE LA RÚA, Jorge. *op. cit.*, bajo el acápite “La cuestión constitucional”; FALCONE, Roberto A., “La disponibilidad de la acción penal pública; cuestión procesal o sustancial”, *Abeledo Perrot* n° 0003/009719, Ja 2003-II-1020, 2003, p. 1; DE LA FUENTE, Javier E. – SALDUNA, Mariana, “Principio de oportunidad y sistemas alternativos de solución del conflicto penal. La inconstitucionalidad de su regulación provincial”, en AA.VV., *Revista de Derecho Procesal Penal* 2008-2, dir. DONNA, Edgardo A., *La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal*, 1ª ed., Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2009, t. III, p. 91; BAILONE, Matías, “La regulación provincial de criterios de oportunidad persecutoria penal y el debate de su constitucionalidad”, *La Ley “Gran Cuyo”*, id infojus: DACF060113, p. 2; y YANCARELLI, Lucas, “Enfoque constitucional de la acción penal y el principio de oportunidad”, disponible en <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/enfoque.htm>, fecha de consulta: 18/18/2016, p.11).

¹³⁰ Cf. BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal...*, t. II, pp. 399, 405-406.

¹³¹ BINDER destaca que bajo la forma coloquial del principio de legalidad procesal reside un gran sustrato moral apoyado en el sentido común, pero en rigor de verdad, detrás de la simpleza de su formulación existe una visión extremadamente simplista y distante sobre el funcionamiento real de la burocracia del Estado (cf. BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal...*, t. II, pp. 407-408).

- b) la idea política de reducir los márgenes de discrecionalidad al aprontarse esta actividad¹³².

El primer plano recién se plantea vigorosamente –según su entender- en el siglo XIX, a través del código de instrucción criminal francés (1.808) y la nueva versión del sistema inquisitivo desarrollada en este instrumento normativo, que encarna ese espíritu del Estado bonapartista de ocuparse de todo caso. En tanto que el propósito de limitar la arbitrariedad es producto de la ideología de la ilustración, pues entre sus postulados se encontraba el de procurar la igualdad mediante la fuerza pública¹³³.

¿Cómo se concretan estos dos planos en el Ministerio Público? La respuesta brindada por BINDER, parte de la afirmación de que al ser este organismo un representante de la sociedad, es esta última la competente para desistir o disponer de la acción penal. Se trataría de la transpolación acrítica de la anterior creencia de que la acción penal le pertenecía al rey, pero en aquel tiempo habría mudado la figura del monarca por la de la sociedad¹³⁴. Agrega BINDER, que esa exhortación a la exhaustividad en la persecución penal sería consecuencia del postulado prohibitivo de la disposición de la acción por parte del Ministerio Público, pues ésta pertenecía al rey¹³⁵. Ciertamente, -a entender del mencionado- el acrítico e incorrecto traslado de esta facultad del rey a la sociedad sería un recurso utilizado en la integración de un molde procesal mixto, que recogería una buena parte de las prácticas inquisitivas y las explicaría de modo tal, de hacer posible su coexistencia con instituciones propias del modelo acusatorio¹³⁶.

Según BINDER, la *cognitio extra ordinem* fue el cimiento del paradigma inquisitivo desarrollado a partir de los últimos siglos de la Edad Media, aunque la vocación de exhaustividad en la persecución penal vinculada al monopolio del ejercicio de la acción por

¹³² Cf. BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal...*, t. II, pp. 408-411.

¹³³ Cf. BINDER, Alberto M., *op. cit. ut. supra...*, t. II, pp. 412-413.

¹³⁴ Cf. BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal...*, t. II, pp. 410-411.

¹³⁵ *Idem.*

¹³⁶ *Idem.*

parte del Ministerio Público recién sería adoptada por la *inquisitio* modernista¹³⁷ del novísimo Estado bonapartista, el código de instrucción criminal francés (1.808) y el modelo mixto (también conocido como inquisitivo suavizado)¹³⁸.

Se completa nuestro interrogante, con el deber del Ministerio Público de impedir que la ley desvirtúe las flaquezas de una acusación librada sólo en manos de la víctima, quien la mayor parte de las veces no cuenta con recursos para hacer valer la ley por sí misma¹³⁹. Este es el motivo que propulsaría a regir la actuación del Ministerio Público con criterios de persecución imperativa, tendentes a garantizar un Estado igualitario y una ley sin mella por la debilidad del gestor de su eficacia¹⁴⁰. Así, BINDER amalgama este postulado a la ideología de una ilustración y revolución francesa que ponían la fuerza pública al servicio de todos los ciudadanos, pues el Estado debía procurar la igualdad. De manera tal, que en palabras de este preconizador del principio de oportunidad, del «*estatismo surge la vocación de exhaustividad; del humanismo, el ideal de un Estado al servicio de todos por igual*»¹⁴¹.

Por cierto, BINDER aduce la existencia de una contradicción de origen entre los fundamentos del principio de legalidad procesal y una insolvencia estructural en pos de cumplir con esa proclama, que no obstante sirve para concretar otras funciones ideológicas¹⁴². A su criterio, nunca la premisa del principio de legalidad procesal funcionó en lo fáctico. Habría una distorsión entre esa manifiesta vocación del Estado y esa cada vez mayor incapacidad para intervenir con exhaustividad en todos los casos, que se actualiza amén de los avances

¹³⁷ Pues el doctrinario estudiado afirma que en la modalidad canónica o la adoptada por las monarquías absolutas el sistema inquisitivo no pretendía alcanzar todos los casos. Por el contrario, su legitimidad descansaba en su excepcionalidad y la gravedad de los hechos motivadores de su actuación (cf. BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal Penal*, pp. 409-410).

¹³⁸ Cf. BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal Penal*, pp. 409-410.

¹³⁹ Cf. BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal...*, t. II, pp. 412-413.

¹⁴⁰ *Idem.*

¹⁴¹ *Idem.*

¹⁴² Cf. BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal...*, t. II, pp. 415-416.

tecnológicos operados¹⁴³. Por ello enfatiza en la significancia de marcar estas contradicciones, pues de lo contrario, se asumiría que la adopción del principio de oportunidad sería una especie de concesión a la realidad, ante una imposibilidad de facto circunstancial de cumplimentar las buenas promesas del principio de legalidad¹⁴⁴.

Todo lo vertido acarrea a BINDER a asimilar al principio de legalidad procesal a una expresión de un esquema político criminal de carácter estatista y de tendencia totalitaria, cuya irrealdad no obedece a su mera incapacidad, sino que a la necesidad de encubrir una selectividad representativa del interés del Estado en perseguir arbitrariamente sólo algunas conductas delictivas¹⁴⁵. Por este motivo, exhorta a controvertir al principio de legalidad procesal, pero no únicamente en su imposibilidad de realización histórica, sino también en sus fundamentos y funcionalidades políticas¹⁴⁶.

Por lo demás, BINDER niega que el deber del Ministerio Público de perseguir todos los casos llegados a su conocimiento haya formado parte alguna vez del contenido del principio de legalidad, como también que surja naturalmente del concepto de acción pública, pues entre ésta, el ejercicio de oficio¹⁴⁷ y su imperatividad no existe vínculo esencial¹⁴⁸. Pues que deba ejercitarse la acción es una discusión atinente al diseño político criminal¹⁴⁹.

Huelga efectuar aquí un conciso paréntesis, con el objeto de comprender mejor algunas nociones de BINDER relacionadas a la acción penal pública, que se encuentran imbricadas a lo

¹⁴³ Cf. BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal...*, t. II, p. 416.

¹⁴⁴ *Idem.*

¹⁴⁵ *Idem.*

¹⁴⁶ *Idem.*

¹⁴⁷ BINDER resalta la incorrección de identificar el carácter público de la acción con la idea del deber ejercerla de oficio. En efecto, explica que la acción pública significa preponderancia del interés colectivo; en tanto otra decisión político criminal consiste en definir si esa acción pública puede ser ejercida por cualquier ciudadano (acción pública directa) o funcionarios específicos u otras personas (acción pública delegada en el Estado u organizaciones públicas no estatales). Cf. BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal...*, t. II, pp. 380.

¹⁴⁸ Apoyándose en los comentaristas del código napoleónico, afirma que la noticia del delito no implicaba necesariamente el ejercicio de la acción, sino que ésta era susceptible de ser ejercida por el Ministerio Público, organismo encargado de evaluar la conveniencia o no de iniciar procedimientos en razón de un hecho (cf. BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal...*, t. II, p. 417).

¹⁴⁹ Cf. BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal...*, t. II, p. 417.

aquí tratado. El autor estudiado, pondera que las doctrinas monistas¹⁵⁰ expresan de manera más adecuada el concepto de acción, de consuno a las relaciones entre el ciudadano y el Estado, dentro de una república democrática sometida al estado de derecho. Si bien el natalicio del derecho de acción y la idea de jurisdicción estatal tienen asidero en que la comunidad desea prohibir la autodefensa –o más bien la limita a unos pocos casos- del derecho de uno o un grupo de individuos, ya sea para evitar la venganza o actitudes defensivas violentas¹⁵¹, explica que el núcleo de la noción de acción de la visión monista radica en ese interés concreto protegido, aunque se impere a recurrir a un tribunal o formas procesales¹⁵².

De este modo, añade que al no escindirse el concepto de acción del interés afectado por un daño se impide la exclusión del ser humano del centro de escena. De ahí la significancia de que cuanto más se recurra a instrumentos estatales para gestionar esos intereses afectados, mayor ahínco deba colocarse en diseñar conceptos con el designio de evitar la abstracción o autonomía de la acción estatal¹⁵³.

BINDER se enseña crítico del -a su entender- impropio concepto de acción penal pública, que asocia a una creencia errónea sobre su mayor grado de civilización respecto de la violencia social; lo hermana a una ideología de Estado absolutista; y también lo concibe como producto de un proceso de concentración de poder inherente a la tradición inquisitorial¹⁵⁴.

Luego de explicitar desde una perspectiva histórica, que en sus orígenes la acción pública no era entregada a funcionarios como primera opción; e inferir que «[n]ada justifica identificar a la acción pública con la persecución de oficio», sitúa tras el S. XII el retroceso del sistema de

¹⁵⁰ Vale recordar que las doctrinas monistas sopesaban a la acción y el derecho como una misma cosa.

¹⁵¹ Cf. BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal...*, t. II, pp. 336-337.

¹⁵² *Idem.*

¹⁵³ *Idem.*

¹⁵⁴ Cf. BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal...*, t. II, pp. 340-343; y BINDER, Alberto M., *Introducción al...*, XVII.2.