ANÁLISIS DE LA VIABILIDAD CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD, EN EL ÁMBITO PENAL

Por el Académico DR. ALBERTO ANTONIO SPOTA

I. *Exordio.*

El objeto de este trabajo consiste en analizar la viabilidad constitucional del principio de oportunidad en el ámbito penal, así como su título lo indica.

El tema lo desarrollo en su consecuencia desde el ángulo indicado y el objetivo es responder a la pregunta que precede, esto es, si es viable constitucionalmente, en el sistema político-jurídico del estado de derecho argentino, la institución denominada principio de oportunidad, en el ámbito de la legislación penal de fondo y procesal.

Entiendo responder, espero, con objetividad a la pregunta que va enunciada.

Consecuentemente mis cursos de acción están delimitados por el ángulo y por el "telos", preindicados.

Dejo para los especialistas en el ámbito penal y procesal penal los aspectos de dinámica legislativa.

Es mi deber y deseo expresar públicamente mi agradecimiento a distinguidos penalistas que tuvieron a bien, a mi requerimiento, remitirme el material disponible en nuestro medio.

He usado trabajos doctrinarios y jurisprudenciales nacionales y extranjeros y también el Proyecto de Código Penal, materia hoy de tanta reflexión y estudio, que han tenido la delicadeza de arrimarme, a mi solicitud, los

muy distinguidos especialistas en el ámbito penal José I. Cafferata Nores, Ricardo R. Gil Lavedra, Andrés J. D'Alesio, Luis I. Berkman y muy especialmente Julio B. J. Maier.

Deseo así también expresar mi reconocimiento fraternal para Norberto Eduardo Spolansky, que con su permanente claridad supo darme encuadres por demás valiosos.

Con lo expuesto va mi agradecimiento a todos y cada uno de los distinguidos especialistas en el ámbito penal, que van enunciados, y el reconocimiento de mi deuda intelectual para todos y cada uno de ellos.

II. Necesidad de individualizar con precisión la filosofía política que rige y condiciona la institución jurídica en estudio.

II.1. Desde un punto de vista epistemológico, esto es, desde el ángulo de la doctrina de los fundamentos y métodos del conocimiento científico, resulta absolutamente necesario, cuando se desea analizar una institución jurídica, remontar los orígenes y la ubicación de la misma, así como sus características esenciales, en el contexto de la estructura político-institucional donde se encuentra jurídicamente insertada, o a la que se la piensa adicionar.

II.2. Todos sabemos que las secuencias en la relación de las instituciones jurídicas entre sí, y sobre todo con referencia al orden de prelación y precedencia que en un plexo jurídico se ofrecen para filiar, delimitar, ubicar y definir una institución, hacen necesario remontar a la filosofía jurídica del sistema, para poder definir la viabilidad de la institución jurídica en análisis, dentro del sistema.

II.3. Toda normativa jurídica lleva dentro de sí, una determinada tabla de valores.

II.4. Esa tabla de valores da signo positivo o negativo y ofrece el orden de precedencia a las conductas humanas. Así se señalan en las normas jurídicas a aquellas conductas como legítimas o ilegítimas, al tiempo que además, en muchas ocasiones, se menta el orden de precedencia de las mismas.

II.5. La filosofía jurídica de todo sistema político se refleja con enorme claridad, en la normativa penal de cada sistema.

II.6. En la parte especial de los Códigos Penales con-

temporáneos se muestra la ideología de cada sistema político.

II.7. En un sistema demoliberal, el primer delito incriminado es el homicidio, porque la vida es el primer derecho reconocido por el sistema.

II.8. Luego el honor. Y luego lo vinculado al patrimonio, acabando con lo que hace al Estado.

II.9. En cambio, en los sistemas totalitarios, el propio sistema es el sujeto protegido y recubierto jurídicamente, como el primer valor.

II.10. Por ello, tanto el Código Penal Italiano de Rocco de fin de la década del veinte, cuanto los códigos comunistas, muestran con absoluta objetividad lo que va señalado.

II.11. Consecuentemente, para visualizar si una institución jurídica nueva o no, encaja dentro de un sistema político, es necesario remontarse a la filosofía política del sistema. Y, *ultima ratio*, a la filosofía que, sin aditamentos, está detrás de ese sistema político.

II.12. Entonces la secuencia es:

Filosofía, filosofía política, norma jurídica.

III. *El objetivo de este trabajo.*

III.1. Así entendido el tema de la viabilidad de una institución en un sistema jurídico, voy a desarrollar el principio de oportunidad, y su *procedencia constitucional o no*, dentro de la estructura jurídica del estado de derecho argentino.

III.2. Queda así delimitado el objeto y límite del presente trabajo.

IV. *La metodología aplicada en este estudio.*

IV.1. De lo jurídico intentaré remontar a lo filosófico-político, y de lo filosófico-político, en su caso, a lo específicamente filosófico, sin aditamentos.

IV.2. De esta suerte entiendo que desarrollaré metodológicamente en forma que juzgo acertada, el análisis que es el centro de este trabajo.

IV.3. Pueda ser que la respuesta aparezca como viable o no.

IV.4. Pero entiendo que la metodología muestra objetivamente signo positivo.

IV.5. Se cumplimentará así también el principio de subsunción, que hace a la esencia de los presupuestos filosófico-jurídicos, y además simplemente a los presupuestos lógicos.

V. *Aproximación descriptiva del principio de oportunidad. Legalidad y oportunidad. Aspectos político-jurídicos.*

V.1. Sin que esto importe ni signifique la pretensión de una definición exhaustiva, valga lo que voy a exponer a continuación, como un primer intento de delimitación de lo que, para bien o para mal, se denomina principio de oportunidad.

V.2. Como primera aproximación señalo que al principio de oportunidad se *lo comienza a definir en función de una oposición.*

V.3. Se lo pretende oposición, *para mí equivocadamente, del principio de legalidad.*

V.4. *Principio de legalidad.*

V.4.1. Todos sabemos que el principio de legalidad, típico del estado de derecho, es aquel que afirma que en el estado de derecho, todos los hombres y mujeres, todas las personas ideales e inclusive el Estado y todas sus formas descentralizadas políticas, político-jurídicas o jurídicas, están ubicadas en pie de igualdad frente a la norma jurídica, como sujeto de la misma.

V.4.2. Esto es, la norma jurídica debe dar respuestas iguales o semejantes, a situaciones iguales o semejantes, *sin importar que el sujeto señalado por la norma, o imputado por la norma, o definido por la norma, sea una persona física o una persona ideal, o una persona de derecho público o una persona de derecho privado.*

V.5. *Legalidad e igualdad.*

V.5.1. Detrás del principio de legalidad, se encuentra el de igualdad.

V.5.2. Pero evidentemente el principio de legalidad *tiene su propia individualidad* ajena al presupuesto de igualdad.

V.5.3. Podemos decir, genéricamente, que el principio de legalidad se asienta fundamentalmente en el art. 19 de la Constitución Nacional.

V.5.4. Y el principio de igualdad se asienta a su vez, fundamentalmente, en el art. 16 de la Constitución Nacional.

V.5.5. *Pero los dos están íntimamente relacionados.*

V.5.6. *En definitiva, el principio de legalidad dice que todos son sujetos de la ley en situaciones iguales o semejantes.*

V.6. *Estado de derecho. Legalidad e igualdad.*

V.6.1. Este principio de legalidad, juntamente con el de igualdad, hacen a la base y fundamento del estado de derecho, y a los presupuestos para la existencia y vigencia efectiva de la libertad individual.

V.6.2. Libertad individual, igualdad y legalidad, producen a su vez el principio de razonabilidad.

V.6.3. Y los cuatro definen los parámetros básicos de lo que es el estado de derecho.

V.7. *Legalidad versus oportunidad.*

V.7.1. Volviendo a algo ya señalado precedentemente, recuerdo que el principio de oportunidad ha sido pretendidamente delimitado o definido como la oposición al principio de legalidad.

V.7.2. Y ésta es una grandísima confusión político-jurídica.

V.7.3. *El principio de oportunidad se asienta en dos presupuestos de corte político-jurídico y filosófico-político.*

V.8. *La soberanía y el principio de oportunidad.*

V.8.1. *El asiento político-jurídico del principio de oportunidad, es el presupuesto de soberanía, que pretenden las comunidades humanas que se autodefinen como estados-naciones.*

V.8.2. Y este asiento filosófico-jurídico del principio de oportunidad se filia a su vez, en los presupuestos de eficacia o eficiencia, que intentan practicar, y se autoadjudican, con aceptable rendimiento, las comunidades humanas en las que se los aplica, basados y justificados éticamente, fundamentalmente, en valoraciones utilitaristas.

V.8.3. Así acaece que el principio de oportunidad, desde el ángulo instrumental, es una consecuencia natural de la soberanía de cada uno de los estados.

V.8.4. De la misma forma y de la misma manera que el asiento básico del poder de policía es la soberanía, tam-

bién es la soberanía el asiento político-jurídico del principio de oportunidad.

V.8.5. Lo que sucede es que esa secuencia de actuación responde a una tabla de valores que, asentada en la experiencia, *hace de lo posible realmente, lo deseable y categorizado como mejor.*

V.8.6. *Por la senda de la eficiencia, se llega al principio de oportunidad en su aplicación efectiva.*

VI. *Intento de una primera definición del principio de oportunidad.*

VI.1. El principio de oportunidad significa que el titular del poder político, en un momento determinado, representado por quien corresponda y proceda, tema al cual luego me referiré, opta, en función de esa condición de soberano, aplicar a un caso judicial concreto, un curso de acción específico y singular, que considera útil y valora eficaz, teniendo en cuenta el bienestar general y las posibilidades ciertas, reales y experimentadas que el sistema político-jurídico ofrece en su realidad efectiva de aplicación.

VI.2. Ese curso de acción, habilitado por la ley, da capacidad para discriminar imputaciones delictivas, y en definitiva sanciones, no en función de distintas responsabilidades o actuaciones, sino como consecuencia de réditos que el poder político evalúa como más deseables para la comunidad toda.

VI.3. Ello habilita que frente a situaciones iguales o semejantes, se responda con decisiones disímiles, *en uso de arbitrio autorizado por ley.*

VII. *Poder político y principio de oportunidad.*

VII.1. Y ese uso de arbitrio importa una decisión, *típicamente política*, que encierra en sí misma, excepcionalidades que darán tratamiento jurídico desigual a situaciones semejantes, como va señalado.

VII.2. Y esa decisión se asienta en la capacidad de arbitrio ya mentada del poder político, el que inviste ese arbitrio de juridicidad, al tiempo de su aplicación y con destino también a sus consecuencias.

VII.3. Esto es así, y se da en forma y manera semejante, al igual que en un momento determinado los poderes constituidos tienen y ejercen por la Constitución, capacidad

para decidir, por ejemplo, ir a la guerra o hacer la paz; o suscribir o no suscribir un convenio internacional; o introducir dentro de la estructura jurídica de una nueva institución; o variar los supuestos de esa institución. Decisiones todas, que importan actos de soberanía. Así como lo es el regular el ejercicio de determinados derechos o garantías. Son todos supuestos de aplicación y actuación de poderes políticos habilitados constitucionalmente para ello.

VII.4. El ejercicio del principio de oportunidad, importa, en definitiva, una forma de regular derechos y garantías.

VII.5. Esa regulación, que es la aplicación del principio de oportunidad, responde filosóficamente, en el estado de derecho, a la capacidad de arbitrio que jurídica y políticamente se reconoce a los poderes constituidos.

VII.6. Importa además la aplicación de una determinada tabla de valores específica para resolver una causa judicial, donde en función del bienestar general, se dará, como se ha dicho, tratamiento jurídico desigual a los implicados en la misma no en función de las distintas actuaciones y responsabilidades, sino como consecuencia de contrapartidas que el poder juzga útiles y mejores para el bienestar general.

VII.7. En este sentido, el poder público frente, por ejemplo, a la comisión de determinado delito, puede en los regímenes donde existe vigente este principio de oportunidad, convenir con uno o más de los implicados en las conductas incriminadas, que si ese incriminado coadyuva eficazmente en el descubrimiento y conocimiento de las conductas delictivas habidas, a quien presta esa colaboración se le promete, y luego se le cumple, el pedido y posterior aplicación de una sanción menor, o diferente, a la que le hubiera correspondido frente a los actos cometidos y probados en el proceso.

VIII. *Principio de oportunidad y el bienestar general.*

VIII.1. En el caso que va descripto, que es ejemplo genérico y típico, el poder público, por razones de bienestar general, decide optar por reducir la posible imputación y consecuentemente la condena de algún implicado o inclusive su eventual libertad, a cambio de un mayor conocimiento y sanción merecen primacía, para bien de la socie-

dad, sobre la sanción a aplicar al sujeto cuya colaboración se solicita en la forma descripta y con la contrapartida enunciada.

VIII.2. La valoración del bienestar general queda en manos de los poderes constituidos, de la misma manera que en el supuesto de otras decisiones político-jurídicas. Por ejemplo la graduación de las penas en el ámbito penal, y fundamentalmente, la incriminación o no de conductas en ese ámbito.

IX. Ubicación del principio de oportunidad en el estado de derecho.

IX.1. En su consecuencia entonces, el asiento de esa institución, es un asiento político.

IX.2. Ese asiento es el ejercicio de la soberanía.

IX.3. Se da y se lo usa y aplica sobre la base de una valoración cuya capacidad decisoria, típicamente política, se otorga a algún poder constituido; o a delegados de uno de esos poderes constituidos.

IX.4. En definitiva y al final, es una potestad que se le otorga a un poder constituido, exactamente igual a la potestad que se le da, por ejemplo, al legislador, en el art. 67, inc. 11 de la Constitución Nacional, cuando se le dice que está capacitado para dictar los códigos.

IX.5. Por ejemplo el Código Civil, sin señalársele ninguna otra pauta, que no sea el respeto por la propiedad privada y sus consecuencias.

IX.6. O el Código Penal, sin señalársele ninguna otra pauta, que no sea que están prohibidas las penas de muerte por causas políticas.

IX.7. Tampoco se le dice al legislador que incorpore tal o cual conducta como delictiva, ni tampoco se le señala el monto de las penas.

IX.8. Ciertamente que está el límite de lo razonable en los términos de los arts. 28 y 33 de la Constitución Nacional, para todos estos supuestos, pero el legislador tiene una delegación de poder que le da el poder constituyente originario, y en su caso los derivados, para que jurisdice e incrimine o no las conductas que considera legítimas o ilegítimas, dentro de aquellos grandes parámetros que señala el Capítulo Dogmático de la Constitución.

IX.9. Y esa delegación que se le da a los poderes constituidos Legislativo y Ejecutivo, así como las delegaciones expresas que se le dan al Ejecutivo para gobernar y administrar en los términos del art. 86 de la Constitución Nacional, son una delegación de poder político, sobre la base de la capacidad de arbitrio, *no de arbitrariedad*, que se les otorga a esos dos poderes constituidos, por la Constitución Nacional.

X. *Definición o encuadre del principio de oportunidad.*

X.1. Entonces, el principio de oportunidad sería y es, una delegación de capacidad política decisoria, que se le otorga al poder judicial, o al poder ejecutivo, por intermedio de los jueces o los fiscales, o de ambos, a mérito de una creación de ley, para evaluar, frente a determinadas conductas delictivas, la posibilidad de desincriminar total o parcialmente conductas o discriminar la pena, a cambio del conocimiento y colaboración para conocer y sancionar otras conductas delictivas, que se valoran mucho más importantes que la primera, en función del bienestar general.

X.2. Entiendo que la descripción que precede es útil, a esta altura de la exposición. No pretende agotar el tema. Sólo intenta describirlo, en sus rasgos más típicos y razonablemente comunes.

XI. *Primera valoración del tema en materia de su ubicación y asiento institucional.*

XI.1. Podrá estarse o no de acuerdo con que se otorgue o no al Poder Judicial o al Poder Ejecutivo, o a una institución especial, dependiente de las dos coparticipaciones, esa capacidad política de incriminar o desincriminar o reducir la incriminación; pero lo que no puede negarse, es que esa institución de delegar poder constituyente originario o derivado, o del poder legislativo en su caso, es *delegación que cabe perfectamente bien dentro de la estructura del estado de derecho*.

XI.2. Ello por cuanto, *la tienen ya los tres poderes constituidos en los términos de la Constitución Nacional, como capacidad política decisoria, en variados campos, tanto políticos cuanto jurídicos*.

XII. *Capacidades políticas decisorias que, en un estado de derecho contemporáneo, se otorgan al Poder Judicial.*

XII.1. Y he dicho los tres poderes constituidos, porque también al Poder Judicial se le reconoce esa capacidad política decisoria de optar por razones de interés general.

XII.2. *El "writ of certiorari" y su similitud con el principio de oportunidad.*

XII.2.1. Por otra parte, en estos mismos momentos, se está discutiendo entre nosotros, adoptar o no una institución absolutamente igual en su origen filosófico-político y político-jurídico, que el principio de oportunidad.

XII.2.2. Me refiero al *writ of certiorari*.

XII.2.3. En definitiva y al final, el *writ of certiorari* es una institución, por la que se le otorga al poder judicial, y, *concretamente*, a la Corte Suprema de Justicia, con exclusividad, una capacidad política para rechazar el conocimiento de causas, *por no considerarlas trascendentes o importantes, aun cuando haya materia constitucional evidente y comprometida en su vigencia, en ellas.*

XII.2.4. A pesar de lo expuesto, se opta, por razón de conveniencia, para tornar más útil la aplicación de su tiempo por la Corte Suprema de Justicia, por no oír y desestimar aquellas causas, que al no tener trascendencia general e importancia bastante, deben quedar con la sentencia de la instancia ordinaria.

XII.2.5. Así, la Corte Suprema de Justicia podrá ocupar su tiempo en decidir causas de interés general.

XII.2.6. Es un caso de opción por lo posible y lo que se valora más trascendente, en función del bienestar general, y ante la cantidad de tiempo que la Corte Suprema de Justicia puede razonablemente disponer, para su actuar, como poder constituido, a cuyo cargo está la vigencia efectiva de la Constitución Nacional.

XII.2.7. Podrá compartirse o no este tipo de solución; *pero lo que no puede negarse es su coherencia y similitud con la aplicación del principio de oportunidad.*

XII.3. *La gravedad institucional y su similitud con el principio de oportunidad.*

XII.3.1. Desde otro punto de vista, en nuestra jurisprudencia ya ha ingresado el reconocimiento de un instituto de origen típicamente político, que significa la oportunidad del conocimiento, por vía del recurso extraordinario, *de causas que no caben en verdad, dentro de la temática común*

de ese recurso extraordinario, en los términos de la ley 48 en su art. 14 (Adla, 1852-1880, 364).

XII.3.2. Al fin y a la postre, abrir el recurso extraordinario por causa de gravedad institucional, es simplemente habilitar por razón de oportunidad y conveniencia, la decisión por parte de la Corte Suprema, de causas que no podrían llegar a ser oídas y tramitar en los términos del ordenamiento jurídico vigente, y a través del recurso extraordinario.

XII.3.3. La similitud con el principio de oportunidad se evidencia.

XII.4. *Los decretos de necesidad y urgencia y el principio de oportunidad.*

XII.4.1. También en el ámbito del poder ejecutivo y con relación a lo administrativo, para casos extraordinarios, se habilitan los decretos de "necesidad y urgencia". Aun cuando, evidentemente, esos decretos de necesidad y urgencia, no pueden ser una patente de corso, para alterar todo el sistema legal constitucional de distribución de competencias entre el legislativo y el ejecutivo, la realidad es que aquéllos existen y se han abierto camino de legalidad en nuestro medio.

XII.4.2. Esa realidad evidencia que esos decretos de necesidad y urgencia han tenido reconocimiento doctrinario y jurisprudencial.

XII.4.3. Esto es, han ingresado en la legalidad, camino de la doctrina y de la jurisprudencia, sobre la base del presupuesto de "bienestar general".

XII.4.4. Tanto es así que, además, esa estructura jurídica ha ingresado últimamente en la legislación constitucional provincial argentina.

XII.4.5. Varias constituciones, además, en el ámbito europeo, y pertenecientes a la segunda postguerra de este siglo, en distintas formas, pero con la misma esencia, habilitan la existencia de esa alteración a la distribución de competencias, entre el Legislativo y el Ejecutivo, en beneficio de este último, y con el mismo presupuesto de "bienestar general".

XII.4.6. Como va señalado, en el ámbito argentino en estos últimos cuatro años, en la legislación constitucional provincial, modificando la distribución de competencias entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo, en beneficio de

este último como se ha señalado, se habilita de derecho capacidad legislativa a este último, en circunstancias especialmente legisladas.

XII.4.7. La similitud con el principio de oportunidad y su coherencia con la filosofía política del mismo, creo que resulta de evidencia.

XIII. *El principio de oportunidad y la realidad constitucional en un estado de derecho contemporáneo, con especial referencia al caso argentino.*

XIII.1. En su consecuencia, sea a través del antecedente *writ of certiorari*, o sea a través de la figura de la "gravidad institucional", o sea a través de los "decretos de necesidad y urgencia", el ejercicio y habilitación en el ámbito de lo judicial, de la institucionalización del principio de oportunidad, tiene sus antecedentes reales en el mundo jurídico nuestro contemporáneo, en el estado de derecho argentino.

XIII.2. Entonces, no es necesario forzar ningún argumento jurídico para aceptar la viabilidad constitucional, dentro del sistema del estado de derecho, de este tipo de institución, como es el principio de oportunidad.

XIII.3. Por otra parte, y bueno es también reconocerlo, así como el *writ of certiorari existe de hecho en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia a través de fórmulas que se repiten, cuando se rechazan recursos extraordinarios, y sobre todo quejas, a pesar de que no haya una ley expresa que lo habilite, también es bueno reconocer que, de hecho, aunque más discretamente, la institución del principio de oportunidad se aplica en muchos estrados judiciales, sobre todo en el ámbito instructorio, entre nosotros.*

XIII.4. No es que pretenda aplaudir situaciones de hecho no legítimas; pero procede no rasgarse las vestiduras frente a la institucionalización del principio de oportunidad, desde que ese principio de hecho, y jurisprudencialmente de derecho, rige dentro de la estructura actual del estado constitucional argentino en muchos supuestos, así como acaece en otros estados constitucionales contemporáneos.

XIII.5. Hasta ahora entonces he fundamentado, creo

con valimiento objetivo, el asiento político-jurídico del principio de oportunidad y su constitucionalidad.

lit.

XIV. Análisis del asiento filosófico-jurídico del principio de oportunidad en la legislación norteamericana.

XIV.1. Paso ahora a desarrollar el fundamento filosófico-jurídico del principio de oportunidad en el ámbito de la legislación de EE. UU.

Sin lugar a dudas el principio de oportunidad encuentra fundamento y está filiado, esencialmente, en el *common law*.

XIV.2. Así, y en ese tipo de derecho, hay que receptarlo en su origen y desarrollo.

XIV.3. Sucede que se da y es parte esencial y tiene su apoyo filosófico básico en el pragmatismo filosófico, en aquel sistema jurídico del *common law*.

XIV.4. Es una solución que se entiende *eficaz*, como consecuencia de una *postura realista*, que aparece asumida por la sociedad y el estado, como *mejor respuesta del devenir humano*.

XIV.5. El pragmatismo contemporáneo se ha desarrollado principalmente en Estados Unidos y en Inglaterra.

XIV.6. Esto sin olvidar que los antecedentes del pragmatismo deben ir a buscarse en sofistas griegos anteriores al siglo IV y también en diversos pensadores del Renacimiento.

XIV.7. Detrás de la concepción contemporánea del pragmatismo, está, en cierta forma, el positivismo por un lado; y por el otro lado, movimientos anti-intelectualistas.

XIV.8. Hay que recordar por otra parte que el pragmatismo, en tanto que trascendencia, ingresó en diversas direcciones filosóficas. Esto es, ha tenido cabida en escuelas filosóficas diversas, con sus especialidades y singularidades. Esto dio por resultante variantes híbridas.

XIV.9. Es así que cuando, por ejemplo, se hace depender la verdad de la utilidad para la vida y de la conservación de la especie, a la manera como lo hace Nietzsche, así como lo recuerda Ferrater Mora, se está frente a una posición pragmática.

XIV.10. Así también en el positivismo y el relativismo, en todas sus formas, como sucede con el sociólogo Simmel y acaece en la filosofía de la historia de Spengler, también

recordados por Ferrater Mora, campean claras posiciones pragmáticas.

XIV.11. Pero, como siempre se ha señalado en lo que va de este siglo, el nombre de pragmatismo debe hoy, *reservarse, con preferencia*, a la dirección filosófica que arrancando de Charles Sanders Peirce, se desarrolló sobre todo en los Estados Unidos, con William James y también con Dewey.

XIV.12. En Inglaterra fue pragmático F.C.S. Schiller.

XIV.13. En Italia Giovanni Papini, en su primera época y luego Vailati y Calderoni.

XIV.14. En Alemania, W. Jeresalem y Günther Jacoby en sus primeros tiempos. (Ver Ferrater Mora, *Diccionario de filosofía*, p. 558, 2ª ed., México, 1944).

XIV.15. En definitiva, el significado de una postura pragmática está relacionado con proposición que consiste en las futuras consecuencias de experiencias que señalan y predicen resultados semejantes de los acaecidos.

XIV.16. Lo pragmático importa además y siempre sobre la línea del dato de experiencia, soluciones que se vinculan necesariamente, además, con el elemento de eficacia.

XIV.17. El pragmatismo ilumina la vigencia del principio de oportunidad en el ámbito penal, como resultado permanente de un mejor servicio para el interés público, vinculado constantemente a una protección adecuada del interés público.

XIV.18. Ver en el sentido expuesto el trabajo de Abraham S. Goldstein, titulado: *La discrecionalidad de la persecución penal en los Estados Unidos*, "Lecciones y ensayos", núm. 49, ps. 13 y sig. a p. 26, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Departamento de Publicaciones, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 1988.

XIV.19. Ver así también el trabajo de Andrés J. D' Alessio titulado: *Precisiones sobre la discrecionalidad acusatoria en el procedimiento nacional (Observaciones con motivo de la conferencia de Abraham Goldstein)*, en "Lecciones y ensayos" (ver XIV, 18), núm. 49, ps. 17 a 30.

XIV.20. Ver en especial el artículo preindividualizado y su precedente, tanto el parágrafo de pág. 28 donde recuerda a Goldstein y que luego he de transcribir, cuanto

la primera parte de ese trabajo en pág. 27 que también transcribiré.

XIV.21. D'Alessio dice recordando a Goldstein en la pág. 28 que:

“Es así como, al hablarse de la posibilidad de incorporar al procedimiento penal nacional facultades discrecionales para el ministerio público, se suele afirmar que ello importa una novedad absoluta, extraña a nuestras tradiciones y sumamente peligrosa. El propio pasaje del profesor Goldstein: para nosotros, la discrecionalidad del Ministerio Público Fiscal es algo dado y la cuestión se reduce a determinar cómo —si es que debe serlo— ha de regularse. Para ustedes, ella no existe dentro de vuestro ordenamiento legislativo y la cuestión es si debe ser introducida y cuáles serán los riesgos que ello supondrá para vuestro sistema y vuestra sociedad, no puede sino reflejar, según mi parecer, la versión corriente de nuestro procedimiento, que olvida el sistema creado, hace un siglo, a través de los arts. 460 y 461 del Cód. de Proced. en Materia Penal”.

XIV.22. Y la segunda cita a la que me refiero precedentemente y que luce en la pág. 27, dice así:

“Ese viejo Código presenta un defecto conceptual de origen que, por ello, ha resultado incorregible con las reformas parciales que se le fueron introduciendo”.

“Me refiero al intento de compensar los elementos que lo caracterizan como un sistema inquisitivo casi puramente medieval con la inserción de disposiciones propias de un sistema acusatorio, también en estado prácticamente puro”.

“Por ejemplo, después de una etapa instructora en que la figura central y omnipotente es el juez de instrucción, que somete a proceso a quien le parece bien, sin que la opinión del fiscal importe —salvo su facultad de apelar el cierre del sumario si no se lo ha hecho respecto de alguien para quien lo haya solicitado— se pasa a un plenario en el que la función del juez es absolutamente pasiva y que no puede abrirse si el fiscal de primera instancia y el de Cámara deciden lo contrario”.

“Esta característica del sistema vigente ha pasado, en cuanto a sus alcances, notablemente desapercibida para sus comentaristas”.

XIV.23. Buena prueba objetiva del pragmatismo nor-

teamericano. luce al finalizar el trabajo de Goldstein, al que me he referido (punto XIV.18), cuando en la pág. 26, cap. V al finalizar el trabajo, y refiriéndose Goldstein a la experiencia norteamericana en la materia que ocupa este trabajo dice:

“Nuestra experiencia nos enseña que la discrecionalidad acusatoria es indispensable en un sistema contemporáneo de aplicación de la ley. Pero también resulta de ella un llamado de atención sobre el peligro de dejar que esa discrecionalidad sea incontrolable. Un corolario forzoso, desde mi punto de vista, es la necesidad de un limitado control judicial de esa discrecionalidad y un rol restringido de la víctima, para asegurar que las normas del sistema vayan a ser resguardadas por un juez neutral y distanciado, más que por un fiscal eminentemente partidista. Establecido un método de control judicial, podemos esperar que surja un derecho jurisprudencial acerca de las facultades acusatorias. Ello, con el tiempo, obligará al fiscal a poner mayor atención a las disposiciones legales y a desarrollar políticas racionales de aplicación de la ley. A la vez, deberá conducir a la legislatura a manejar más racionalmente su esquema de crímenes y castigos”.

XIV.24. En definitiva, resulta claro, que la aplicación del principio de oportunidad en el ámbito penal norteamericano, es consecuencia racionalmente comprensible de la estructura jurídica que se asienta en el *common law*, y en la evolución de las costumbres jurídico-sociales, sobre el presupuesto básico de aquella filosofía pragmática, asentada en el dato de experiencia, y que tiene en miras lo útil y lo posible.

XV. *El principio de oportunidad en el ámbito de la legislación argentina.*

XV.1. La primera afirmación de evidencia resulta que el tema transita por su viabilidad constitucional que entiendo haber desarrollado en los capítulos que preceden al inmediato.

XV.2. Resulta así también claro, que el debido proceso legal y las garantías enunciadas en el Capítulo Dogmático de la Constitución Nacional no se encuentran agraviados por la vigencia y consecuencia del principio de oportunidad en su aplicación efectiva.

XV.3. El principio de oportunidad, no es la antípoda del principio de legalidad y tampoco lo agrede.

XV.4. Resultan supuestos jurídico institucionales diferentes, pero no contradictorios, los que pueden resultar de viabilizar en la legislación argentina la aplicación efectiva del principio de oportunidad, tanto en la legislación de fondo cuanto en la procesal.

XV.5. En ese orden de ideas, es del caso recordar que la capacidad que se otorga al poder constituido legislativo, en el art. 67, inc. 11, en el sentido de dictar el Código Penal, como ya se ha señalado en ese trabajo tiene por única limitación la señalada en el art. 18 en tanto que no puede institucionalizarse pena de muerte por delitos políticos.

XV.6. La incriminación y la desincriminación penal, en función del principio de oportunidad, no agravia la garantía de legalidad, pues el ejercicio racional y coherente de la acción penal, en función del bien general, no es la antípoda de la vigencia del principio de legalidad, sino una de las formas razonables de su efectiva vigencia.

XV.7. En ese sentido, es de destacar que al habilitar la ley actitudes diferentes en el ejercicio de la acción penal, sobre presupuestos de razonabilidad y eficacia, significa otorgar capacidad política decisoria a quien ejerza las consecuencias del principio de oportunidad, como importa reconocer capacidad política decisoria a quien use de derecho o de hecho el *writ of certiorari*, así como ha sido explicitado en el capítulo precedente.

XV.8. Me remito al respecto en especial al cap. XII.

XV.9. Y así como el *writ of certiorari* no agrede el principio de legalidad, sino que compatibiliza el control de constitucionalidad con lo realmente posible y efectivamente útil de acuerdo con el bienestar general, de la misma manera la aplicación y consecuencias de la vigencia del principio de oportunidad tampoco agravia ni agraviará la referida garantía de legalidad.

XV.10. Estoy convencido de que no existe una oposición entre el principio de legalidad y el ejercicio y consecuencias y aplicación del principio de oportunidad cuando sea así legislado.

XV.11. Desde ya que es tema que hace al derecho de fondo, esto es al ámbito del Código Penal, en los términos del art. 67, inc. 11 de la Constitución Nacional.

XV.12. Sus aspectos de aplicación ingresarán en el ámbito procesal, en su hora, y en forma semejante a la que aparece en el *Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación* redactado por Julio B. J. Maier.

XV.13. En ese Proyecto y de ese Proyecto recuerdo el art. 229, y sus concordantes.

XV.14. El trabajo de José I. Cafferata Nores titulado *La persecución penal: legalidad y oportunidad; criterios y forma de selección*, así como el trabajo del mismo autor titulado: *La investigación fiscal preparatoria como alternativa frente a la Instrucción Jurisdiccional*, más allá de la postura, que no comparto, en el sentido de que dicho autor enfrente legalidad a oportunidad, son ambas explicaciones por demás valiosas en nuestra doctrina, del estado actual del tema en debate.

XV.15. Al respecto, en el trabajo sobre *La persecución penal...*, Cafferata Nores afirma que con relación al Proyecto mencionado, éste recepta el principio de oportunidad consagrándolo como regla general en el mencionado art. 229.

XV.16. Al respecto el autor referido dice que el art. 229 dispone que “la persecución penal deberá ser promovida y proseguida por el ministerio público sin necesidad de excitación extraña y sin atender a criterio alguno de oportunidad”.

Sin embargo, deja abierta la puerta para el tratamiento procesal de los casos de excepción que la legislación sustantiva pueda prever como examinables a la luz de criterios de oportunidad, pues prosigue *...salvo los casos expresamente exceptuados por la ley penal* (art. 229), y luego reglamenta el procedimiento pertinente (art. 230).

XV.17. El proyecto, dice Cafferata Nores, establece en el art. 229 que “... el ejercicio de la acción penal no se podrá suspender, interrumpir o hacer cesar, salvo en los casos expresamente previstos por la ley, surgiendo del propio texto legal la posibilidad de que existan excepciones a la irrevocabilidad, al punto que más adelante (art. 231) las prevé expresamente”.

XV.18. En ese análisis fáctico, es bueno recordar el punto X de la “Exposición de Motivos” del Proyecto de Maier.

XV.19. En ese sentido Cafferata Nores recuerda que

en esa Exposición de Motivos se dice que “ningún sistema penal procesa todos los casos que se producen en una sociedad; por el contrario, las estadísticas universales y nacionales demuestran la escasa cantidad de casos que solucionan los diversos sistemas. Nuestro derecho se aferra todavía al llamado «principio de legalidad», que pretende perseguir todas las acciones punibles, según una regla general de obligación. Pese a ello, en la práctica operan diversos criterios de selección informales y políticamente caóticos, incluso dentro de los órganos de persecución penal y judiciales del Estado. De allí que sea necesario introducir criterios que permitan conducir esta elección de casos razonablemente y conforme a decisiones políticamente convenientes”.

XV.20. Así como lo he señalado, la implantación del principio de oportunidad está referida a un cambio de la legislación de fondo.

XV.21. Cafferata Nores coincide con ese temperamento y al respecto dice: “De acuerdo a la distribución de competencias legislativas que realiza la Constitución Nacional, esto exige una reforma al Código Penal, lo que así reclama la Exposición de Motivos cuando reza «Ello significa modificar, en parte, el sistema de ejercicio de las acciones del Código Penal, tolerando excepciones a la *legalidad*, con criterios de *oportunidad*, legislativamente orientados». Se ha propuesto así la introducción de excepciones al principio de la legalidad, receptando parcialmente el de *oportunidad*, para que la autoridad judicial, en los casos previstos por la ley y bajo su responsabilidad jurídica y política, pueda *evitar* el inicio o *interrumpir* la prosecución de la acción penal. O sea, se propone que, en muchos casos, no haya obligación de promover la acción penal o bien que, iniciada que sea, se suspenda su desenvolvimiento en algún momento anterior al dictado de sentencia”.

XV.22. En definitiva, como ya lo he reiterado varias veces, a mi criterio el ejercicio del principio de oportunidad, importa y significa simplemente el ejercicio de capacidad política decisoria, legítima en el estado de derecho, y para nada contradictoria con el principio de legalidad.

XV.23. Ingresá en la capacidad de arbitrio que el estado de derecho reconoce a los poderes constituidos.

XV.24. Arbitrio que no es arbitrariedad, sino decisión

de eficacia producida en el cuadro de los presupuestos de razonabilidad y coherencia que el estado de derecho exige del quehacer de todos los poderes constituidos.

XV.25. Esto significa entonces que no logra comprenderse por qué motivo es constitucionalmente viable la vigencia del principio de oportunidad en estados de derecho modelos, como lo son los Estados Unidos de la América del Norte y otras organizaciones semejantes, y entre nosotros, la vigencia de ese principio podría importar agravio al principio de legalidad.

XV.26. Esa visión, totalmente equivocada, a mi criterio parte del supuesto de ignorar, que el estado de derecho habilita en el ámbito de lo político decisiones de arbitrio, que encuadran dentro de las estructuras de razonabilidad y coherencia, así como ha sido dicho, por lo que oportunidad no se opone a legalidad, sino que significa una complementación de eficacia desde el ángulo político.

XV.27. Y de esta manera cierro esta exposición, volviendo a lo expuesto en los primeros capítulos y subrayando sobre todo que el principio de oportunidad es absolutamente coherente con instituciones vigentes de derecho o de hecho, en nuestro ámbito, como creo haberlo señalado en el cap. 12, al que me remito.

XV.28. Queda un aspecto a considerar, dentro de este cuadro que entiendo compatibiliza el principio de legalidad con el de oportunidad. El aspecto que falta considerar es el referido a quién será el poder constituido que podrá ejercer, el principio de oportunidad en su aplicación efectiva.

XV.29. El Proyecto de Maier da una respuesta, que hace compatible el ejercicio del principio de oportunidad, a través de una visión coherente del fiscal y del Estrado Judicial.

XV.30. Es una respuesta que puede ser razonablemente aceptada.

XV.31. Pero también, resulta compatible reservar a la capacidad fiscal el patrimonio del ejercicio de la capacidad de oportunidad, como resulta coherente pensar que esa decisión puede jugar con exclusividad en el ámbito privativo de lo judicial.

XV.32. Sin desconocer la enorme importancia que tiene definir quién debe ser el titular del ejercicio de la capacidad de oportunidad, entiendo que el tema excede el

ámbito de lo constitucional, pues cualquier respuesta de las señaladas a mi criterio es constitucionalmente válida.

XV.33. Sea que la capacidad la tenga el Poder Ejecutivo a través del fiscal, estaríamos en una situación análoga a la que la norma constitucional reconoce en el titular del Poder Ejecutivo, cuando lo inviste de la capacidad de veto que es una típica capacidad política, así como cuando en los términos del inc. 6º del art. 86 reconoce la capacidad de indulto o conmutación de penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal.

XV.34. Si aquellas capacidades políticas son congruentes con el principio de legalidad, no se ve por qué razón no lo será también el principio de oportunidad en su aplicación entre nosotros, en manos de un representante del Poder Ejecutivo.

XV.35. De más está decir que para nada choca el ejercicio de la capacidad de oportunidad por parte del Poder Judicial, que tiene la enorme capacidad política de declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

XV.36. Esa capacidad excede el ámbito de lo jurídico e ingresa abiertamente en el plano de lo político aunque se vista de ropaje jurídico.

XV.37. Por otra parte no es misterio alguno afirmar que el Poder Judicial, y sobre todo la Corte Suprema de Justicia, cogobiernan en ámbitos políticos, con los otros poderes políticos dentro de la armonía del estado de derecho.

XV.38. Nuevamente será la experiencia, la eficacia y la prudencia, las pautas que designarán el titular o los titulares del ejercicio efectivo del principio de oportunidad, cuando él ingrese legislativamente en nuestro ámbito.

XVI. *Síntesis final.*

XVI.1. A manera de síntesis, que intento concreta y breve, diré por su orden las conclusiones a las que he llegado y que entiendo he desarrollado en este trabajo.

XVI.2. La primera conclusión consiste en afirmar que el principio de oportunidad, no se opone al principio de legalidad.

XVI.3. El principio de oportunidad se asienta en la capacidad política de arbitrio que en todo estado de derecho se les reconoce a los poderes constituidos.

XVI.4. La conclusión que sigue se enuncia diciendo

que el límite del arbitrio está dado por la garantía de razonabilidad y por los presupuestos de coherencia que hacen a la esencia de la existencia del estado de derecho.

XVI.5. El principio de oportunidad tampoco agrede al debido proceso, sino que es un instrumento que coadyuva para su mejor eficacia partiendo del plano de lo posible y en el ámbito de lo razonablemente esperable, en una comunidad determinada y en un tiempo histórico también definible.

XVI.6. Al principio de oportunidad, de hecho, se lo ejerce no sólo entre nosotros, sino también prácticamente en todas las comunidades humanas organizadas de Occidente. De allí que el paso del hecho al derecho está colocado dentro de la secuencia permanente que afirma que, situaciones de hecho repetidas, acaban convirtiéndose en norma jurídica.

XVI.7. Además, y fundamentalmente, el principio de oportunidad como ejercicio de capacidad política está ubicado en andariveles y presupuestos semejantes a instituciones como el *writ of certiorari*, el recurso por "gravidad institucional", o la normación por decretos o normas de necesidad y urgencia, que han modificado clásicas distribuciones de competencia entre los poderes políticos en el ámbito legislativo.

XVI.8. El estado de derecho exige hoy más que nunca una visión dinámica en la que la eficacia hace a la esencia de la libertad dinámica, en todas sus formas, superando aspectos del rigorismo formal, que lo único que obtienen como resultado es la negación de lo que dicen garantizar.

XVI.9. El estado de derecho contemporáneo requiere razonabilidad, racionalidad y coherencia para su efectiva realización.

XVI.10. Dentro de ese esquema se encuentra la vigencia del principio de oportunidad.

XVII. *Bibliografía.*

La persecución penal: legalidad y oportunidad; criterios y forma de selección, por José I. Cafferata Nores. Copia fotográfica del trabajo de investigación en 9 hojas. Sin pie de imprenta ni fecha.

La investigación fiscal preparatoria como alternativa frente a la instrucción jurisdiccional, por José I. Cafferata Nores. Copia fotográfica de monografía en 14 hojas. Sin pie de imprenta ni fecha.

La discrecionalidad de la persecución penal en los Estados Unidos, por Abraham S. Goldstein (traducción de Mónica Antonini y Andrés J. D'Alessio) en

- "Lecciones y ensayos". Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Departamento de Publicaciones, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 1988, núm. 49, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1988 (1^o quincena de julio), ps. 13 a 26.
- Precisiones sobre la discrecionalidad acusatoria en el procedimiento nacional.* (Observaciones con motivo de la conferencia de Abraham Goldstein), por Andrés J. D'Alessio. "Lecciones y ensayos", publicación preindicada, 1988, núm. 49, ps. 27 a 30.
- El ministerio público: organización e investigación penal preparatoria*, por Antonio González-Cuellar García. Copia fotográfica de monografía en 18 hojas. Sin pie de imprenta ni fecha.
- Die Strafverfolgung: legalitat und opportunitat*, por Winfried Hassemer. Copia fotográfica de monografía fechada en marzo de 1988, Universitat Frankfurt Am Main Institut für Kriminalwissenschaften.
- A adoção do principio da obrigatoriedade mitigada no anteprojeto do Código de Processo Penal*, por Sergio Demoro Hamilton. Copia fotográfica en 8 páginas.
- La persecución penal oficial (oficialidad)*. Copia fotográfica en 20 páginas.
- Obbligatorietà dell'azione penale ed esigenze di razionalizzazione del processo*, por Fabrizio Corbi. Artículo en 40 páginas publicado en *L'abuso del processo penale. Tecniche e modelli differenziati contro l'inflazione e la lentezza del giudizi*, bajo la dirección de Ennio Amodio, Firenze, Italia.
- Cases and materials on criminal law and procedure*, por Rollin M. Perkins, Brooklyn, The Foundation Press, Inc., 1952, ps. 750 a 754 y cap. XII, *Certain rights of defendant as to trial*, ps. 755 y siguientes.
- "Criminal Law Digest", Third Edition State, Federal, *Constitutional Law and Procedure*, por James A. Douglas (Member of the New York Bar) y Donald S. Benton (Member of the New York Bar). Warren, Gorham & Lamont, Boston, New York.
- "Criminal Law Bulletin", vol. 14, number 1, enero-febrero, 1978, ps. 101 y siguientes.
- Diccionario de Filosofía*, por José Ferrater Mera, 2^o ed. corregida y aumentada, Ed. Atlante, S. A., México, D.F., 1944.
- "Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación", Comisión de Reforma al Código de Procedimientos Penales de la Nación creada en el año 1985, Secretaría de Justicia, Ministerio de Educación y Justicia, Buenos Aires.
- Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, por Alberto Antonio Spota, 2^o ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1981.