

Las provincias pueden (y deben) legislar sobre oportunidad en el ejercicio de la acción penal¹

GUILLERMO NICORA

*“Oportunidad no se opone a legalidad, sino que significa una complementación de eficacia desde el ángulo de lo político”
Alberto Spota²*

Introducción

La reciente publicación de un artículo de autoría del Dr. Roberto Falcone en estas mismas páginas (Falcone 2003), en el que proclama el carácter sustancial de las normas que regulan el ejercicio de la acción penal, me ha incitado a retomar por esta vía una discusión que sobre el particular tenemos inconclusa desde hace varios años.

Es de rigor advertir aquí sobre qué *no* voy a argumentar: doy por aceptado (así comienza enunciándolo el distinguido colega en su artículo) que el principio de legalidad procesal, de oficialidad o de indisponibilidad de la acción penal (aparentemente consagrado en el art. 71 del CP) es impracticable. Agrego a la pasada que, de no ser imposible, sería un principio harto peligroso: dotar al Estado de recursos suficientes para permitir la persecución implacable de todos y cada uno de los delitos que se cometen, implicaría la consagración del más intolerable ejercicio de violencia estatal, y el absoluto sometimiento de los hombres a la inquisitorial *salus publica*.

Tampoco voy a argumentar sobre la imperiosa necesidad de adoptar principios reglados de oportunidad (aunque no concordamos con Falcone sobre los casos concretos a los que respectivamente aplicaríamos tales criterios dispositivos³, surge de su trabajo una coincidencia en la necesidad de regulación), ni sobre la compatibilidad constitucional del abandono explícito de la aplicación irreflexiva de la indisponibilidad absoluta de la acción (indisponibilidad que no existe: nadie estaría dispuesto a afirmar que el principio de legalidad procesal rige en la realidad del sistema penal, desconociendo las mil caras de la

¹ Publicado en *Jurisprudencia Argentina*, 2004-I, fascículo N° 5 (4-2-2004)

² Cit. por (Cafferata Nores 1998)

³ Bien que se inclina por limitarlo a los “*supuestos de criminalidad leve o bagatelar*”, lo que en modo alguno entiendo suficiente. Comparto con él (y la mayoría de los autores) la prevención ética que despierta la apertura a casos de “arrepentido”, pero no veo en qué modo podría rechazarse la adopción de criterios de oportunidad basados en casos de *poena naturalis* (en realidad, este no es sino uno de los casos posibles de *inutilidad de pena*, que creo siempre justifican el cese de la persecución penal) o de *saturation de pena*. Reconozco que la mera priorización por razones de política criminal y por disponibilidad de recursos despierta menos adhesión aún, pese a que resulta sumamente curioso que esta última y poderosa razón es el criterio de oportunidad que (descontroladamente y sin sustento normativo que los ampare) aplican Jueces y Fiscales en el día a día.

selectividad penal⁴), ya que existe consenso doctrinario (y no se aparta Falcone) en que, a diferencia de lo que, por caso, algunos sostienen ocurre en la Constitución Española, en nuestra Carta Magna no se consagra tal principio.

La discrepancia se centrará en que procuraré refutar que las provincias estén impedidas por vía constitucional de legislar criterios de oportunidad. Sostendré, además, que el art. 71 del Código Penal es inconstitucional, aún cuando no sea necesaria su declaración como tal para admitir la adopción de principios de oportunidad siempre que las leyes (procesales) de las provincias lo permitan.

¿Discusión académica o de lege lata?

El primer abordaje del problema es en el sentido del título: ¿discutiremos sobre si el dilema legalidad-oportunidad es (o debe ser) materia abarcada por el Derecho Penal o por el Procesal Penal? ¿Es esa discusión previa y necesaria para estudiar la factibilidad, en el sistema político y jurídico argentino, de la regulación provincial de casos de aplicación de principios de oportunidad?

Aún cuando (como se verá en el título siguiente) mi respuesta a la segunda pregunta es negativa, dado que la cuestión es recurrentemente invocada por casi todos quienes escriben sobre el tema, no está de más afirmar (sin pecar de audaz) que la cuestión sobre el llamado *principio de legalidad procesal* no puede ser, epistemológicamente, otra cosa que una cuestión (valga la redundancia) *procesal*.

Desde hace muchas décadas, al mandato de indefectible ejercicio de la acción penal pública se lo nomina como "principio de legalidad procesal" para diferenciarlo del principio *nullum crime sine lege*, al que, en algunos casos en que es preciso hablar de uno y otro, se lo suele llamar "principio de legalidad penal"⁵.

Supongamos que admitimos, por arte de birlibirloque, que aunque sea esa la denominación más difundida, eso no quiere decir que sea un instituto propio del Derecho Procesal: cambiémosle el nombre por *principio de oficialidad*, *principio de indisponibilidad*, *principio de inexcusabilidad*, o cualquier otro, de entre los muchos que propone la doctrina, que nos parezca apropiado (hace mucho que Genaro Carrió nos enseñó que la mayoría de las disputas entre juristas son problemas de lenguaje). Sorteando esta cuestión (convencional o arbitraria), veamos si el *concepto* detrás de la plurinomia *pertenece* al ámbito de ese sector del saber científico que llamamos "Derecho Procesal penal".

Para conocer el alcance de un área específica del conocimiento, es un buen método práctico el analizar, a partir de los autores más caracterizados del área de que se trate, el objeto real y concreto de sus estudios. Así, una forma de saber cuál es el objeto científico de la Zoología, es leyendo libros de Zoología, y advirtiendo que en ellos casi todo lo que se habla está vinculado con el conocimiento de los animales.

Este modesto pero efectivo método epistemológico, aplicado a nuestro problema, dirá que la cuestión vinculada con el ejercicio de la acción penal, es una constante infaltable en el índice de cuanta obra general se encuentre sobre el Derecho Procesal penal. Sin embargo, son pocos los libros sobre Derecho Penal (excepto en la Argentina, por razones que se verán) en los que se habla del tema (Zaffaroni 1998, T. I p.

⁴ Cf. (entre muchos otros) (Zaffaroni, Alagia y Slokar, Derecho Penal. Parte General 2000, p. 8) y (Maier 2004, p.828)

⁵ Cuanto más leo y escribo sobre esta cuestión, más ratifico que sólo los Abogados podríamos discutir esta verdad de Perogrullo, y que cualquier científico (excepto los del Derecho) tomaría a broma esta pseudodiscusión.

193). Aún los penalistas argentinos, cuando estudian este tema, refieren a autores especializados en Derecho Procesal: Soler, por caso, cita a Carnelutti, Vélez Mariconde y Stoppato⁶

Si aplicamos el método del Derecho comparado, será fácil advertir, por su parte, que en general los países que legislan el ejercicio de las acciones, y especialmente las condiciones y excepciones para su ejercicio, lo hacen en los ordenamientos procesales. Más aún, es destacable que *“Las disposiciones de carácter procesal del código penal provienen de modelos legislativos de países europeos unitarios”* (Zaffaroni, Alagia y Slokar 2000, p. 158)

Desde lo científico, pues, la cuestión es indudablemente procesal. Así lo entiende ZAFFARONI, quien al citar expresamente las disposiciones del Código Penal vinculadas al ejercicio de las acciones penales (arts. 71 al 76), junto con las de los arts. 59 a 63, 67 e inc. 2 *in fine* del art. 41, afirma que *“Por muchos que sean los esfuerzos dialécticos que se hagan, nos parece demasiado evidente que estas cuestiones pertenecen al derecho procesal (...) Decididamente, pretender que estas disposiciones tienen naturaleza penal es torcer las cosas.”* (Zaffaroni 1998, p. 195)

Si la cuestión vinculada con el ejercicio de las acciones es una cuestión indisolublemente unida al proceso, si en casi todos los países del mundo la cuestión es legislada en los códigos procesales, y explicada en las cátedras de Derecho Procesal, ¿qué es lo que hace que en este modesto rincón del mundo, nos empeñemos en afirmar que la cuestión no es procesal sino penal?

Al margen de las peculiaridades folklóricas de nuestro *ser nacional*, que en este y otros temas nos *distinguen* en el (des)concierto de las naciones, no tengo duda que una razón muy poderosa para que buena parte de los juristas argentinos creen que el ejercicio de la acción penal y su cese es materia penal y no procesal, es *porque está legislada en el Código Penal*⁷.

El camino crítico que propongo es, pues, desandar los pasos de esa conclusión, y preguntar ¿por qué se legisló el punto en el Código Penal?, como pregunta previa a verificar la constitucionalidad de esa decisión parlamentaria. En definitiva, parece imperioso atender, previo revisar el marco histórico pertinente, a si *efectivamente* la cuestión debe ser motivo de regulación federal conforme nuestra Constitución Nacional.

La perspectiva histórica: el legislador desfederalizante

La historia argentina liminar dice que los Federales vencieron a los Unitarios, pero que (en una curiosa transculturización que –salvando las enormes distancias- también afectó a la expansión romana), los vencidos terminaron imponiendo –a la larga- su proyecto de país. Pasando por la polémica Sarmiento – Alberdi, donde es claro que este último logra dar a la Constitución un sesgo federal *ma non troppo*, la consolidación institucional, de la mano de la Generación del '80, lleva a la configuración de un Estado sólo nominalmente Federal, donde el Congreso Nacional constantemente absorbe para el Estado central cuestiones y prerrogativas “reservadas pero abandonadas” por las Provincias (cuyos gobiernos, fieles al ideario alberdiano, asumieron casi con fruición el rol de virtuales agentes del poder central).

En el marco de este fenómeno histórico de relativización del federalismo, se inscribe con especial interés para la cuestión que tratamos, el proceso codificador. Conforme el viejo art. 67 inc. 11 (hoy 75 inc. 12), las Provincias (que, nunca debemos olvidarlo, *conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal*, CN: 121) delegaron en el Congreso Federal la sanción de (en lo que aquí importa) el

⁶ Esta aguda observación me fue señalada recientemente por el Dr. Oscar Raúl Pandolfi, a cuya generosidad debo no pocas de las ideas que aquí expongo.

⁷ ZAFFARONI dice, coincidentemente, que estas cuestiones son *“sólo formalmente penales por estar legisladas en el código penal”* (Zaffaroni 1998, p. 197)

“Código Penal”, con la salvedad de que esa delegación se hacía “*sin alterar las jurisdicciones locales*”, reservando así expresamente para la órbita provincial la regulación procesal⁸.

Toda vez que desde el dictado de la Constitución (1853-60) hasta la sanción del Código Penal que hoy nos rige (1921) pasó un tiempo más que considerable, y teniendo a la vista la evidencia histórica de la ya mencionada absorción federal de competencias provinciales⁹, es imperioso preguntarse si el Código Penal es, en este punto, conforme o no a la Constitución Nacional.

Es de todo interés un excelente estudio histórico-jurídico realizado por dos docentes e investigadores de la Universidad Nacional del Comahue, en el que se señala lúcidamente que a la fecha del dictado de la Constitución Nacional,

*“ninguno de los modelos que los constituyentes argentinos tuvieron en consideración, tenían una parte general ni legislaban sobre el ejercicio de la acción penal en general: eran catálogos de infracciones con sus correspondientes penas y en algunos excepcionales casos (vgr. la extinción de la acción penal por adulterio mediando el perdón del ofendido) se añadían disposiciones sobre el régimen de la acción penal. **Sobre la que de ninguna manera se legislaba “en general”.** Recordemos que Sarmiento explicaba en sus “Comentarios” que por entonces “existían códigos franceses, belgas, prusianos, portugueses, brasileros, bolivianos, chilenos, los que traían ya el método y la materia preparada”¹⁰. Ésa era la intención del constituyente, que se sancionara un código penal cuyo contenido se correspondiera con los de la legislación comparada. Sin embargo, como hemos visto, los códigos de fondo extranjeros más conocidos de la época no contemplaban esta materia (destacado en el original)” (Pandolfi y Zvilling 2003)*

Este dato histórico es relevante: el Constituyente de 1853 quería que *sólo el catálogo de delitos* fuera único para toda la Nación, y nunca pensó en una “parte general” que contuviera normas sobre el ejercicio de la acción penal. Como es sabido, este tema fue motivo de una polémica, en el debate de la Constituyente, entre Zavala y Gorostiaga, y quedó claro que era de la esencia del reparto competencial originario de la Constitución, la regulación provincial de todo lo ajeno al catálogo delictivo único. Volveré sobre los aspectos sistémicos de esta cuestión en el título siguiente.

También en el trabajo citado, se señalan múltiples consideraciones que avalan la afirmación de que en la ciencia jurídica de entonces, era indiscutible el carácter procesal de la regulación de las acciones; eso nos permite develar la inteligencia de los hombres que sancionaron la Constitución y de los que, bajo aquél influjo, promovieron los orígenes del Derecho patrio, cuya breve revista resulta especialmente ilustrativa¹¹:

⁸ Con la salvedad de las “leyes generales para toda la Nación... que requiera el establecimiento del juicio por jurados” (así entiendo debe leerse el inciso 12 del art. 75 de la CN), y las garantías procesales mínimas emergentes del consenso internacional de Derechos Humanos, conforme la opción monista tomada por el constituyente de 1994. Un desarrollo de esta última afirmación en (Nicora 1995). Puede verse una posición divergente (que a mi juicio incurre en contradicciones cuyo análisis excede los límites de este trabajo) en (Zaffaroni, Alagia y Slokar 2000, p. 158)

⁹ Tendencia de plena actualidad: en los últimos cincuenta años, casi no existe ley especial con cláusulas penales, que no contenga alguna disposición asignando competencia a la Justicia Federal para el juzgamiento de los delitos creados por esa ley.

¹⁰ SARMIENTO, DOMINGO. Comentarios de la Constitución. p. 226/227. [cit en el texto citado, v. nota sig.]

¹¹ La base de la enumeración que sigue está tomada de distintos párrafos del trabajo cit. en la nota anterior, y confrontado con los datos históricos expuestos en (Zaffaroni, Alagia y Slokar, Derecho Penal. Parte General 2000) y (Fierro 2002)

- a) La Ley 49, primera codificación penal del Congreso Nacional, no regula el ejercicio de las acciones, ni contenía "parte general", reduciéndose a enumerar tipos delictivos federales.
- b) Carlos Tejedor, en su "Curso de Derecho Criminal" afirmaba que la cuestión referida al ejercicio de la acción penal correspondía a las *leyes de forma*, y coherente con esa idea, no incluyó norma alguna sobre el punto en su Proyecto de 1865/68 (Pandolfi y Zvilling 2003); (Fierro 2002, p. 732)¹², salvo (en la parte especial, ya que la parte general no contiene regla alguna al respecto) casos particulares de ejercicio de la acción aplicables en los tipos penales de adulterio y delitos contra la honestidad;
- c) El Código de 1886 (L. 1920), inspirado en el proyecto Tejedor, tampoco incluía normas generales sobre el ejercicio de la acción penal, señalándose en la presentación del proyecto que esa y otras cuestiones omitidas son relativas al procedimiento y como tales, resorte de las autonomías provinciales (Pandolfi y Zvilling 2003).
- d) La primera regulación general de la acción aparece en el Proyecto de 1891 (de Rivarola, Piñero y Matienzo) cuyo art. 87 establece que se actuará de oficio salvo los casos (que enumera) de instancia privada (Fierro 2002, p. 733). Acotan con acierto Pandolfi y Zvilling que Rivarola reconocía la naturaleza procesal de la regulación (los autores citados afirman que esa introducción de cuestiones procesales fue uno de los puntos que hizo naufragar el proyecto en el Congreso), y citando a Matienzo, sostienen que la confusión proviene de que muchos juristas de la época estudiaban los ordenamientos procesales desde la doctrina europea, donde imperaba el principio de legalidad asociado al derecho penal infraccional, pretendiendo regular el proceso desde esa concepción diametralmente opuesta al sistema de la 5ª enmienda de la Constitución Americana (que se sustenta en la oportunidad para decidir el ejercicio de la acción) que simultáneamente venía receptada en el art. 90 del Proyecto.
- e) El Proyecto de 1906 (Beazley, Rivarola, Saavedra, Moyano Gacitúa, Piñero y Ramos Mejía) toma del de 1891 la regulación en la parte general del ejercicio de la acción, y avanza en la división tripartita de las acciones penales (pública, dependiente de instancia privada y privada). El informe de la Comisión aclara que se introduce en la cuestión a sabiendas que se trata de una cuestión "*más de forma que de fondo*" (Pandolfi y Zvilling 2003), introduciendo una novedad que condicionaría dramáticamente la futura indisponibilidad de la acción a partir de la sanción en 1921 del Código hoy vigente: donde en 1891 se decía "*pueden*", el Proyecto de 1906 dispone que "*deben iniciarse de oficio las acciones*".

Nótese que la mutación constitucional parte desde que Rivarola y Matienzo adquieren para la codificación penal, la estatura señera que primero tuvo Tejedor. El dato histórico determinante para la configuración de un Código Penal invasivo de la materia procesal, está dado por la pública militancia unitaria de ambos, que abominaban de las "*tendencias localistas y teorías de federalismo más exageradas que las que convenían al país*" (Rivarola) y propugnaban una reforma constitucional que permitiera la instauración de una justicia nacional única (Matienzo)¹³. Recuérdese, además, la conocida obra de Rivarola que propugna y sostiene jurídica y políticamente el unitarismo de hecho (Rivarola 1908).

¹² (Zaffaroni, Alagia y Slokar 2000, p. 238) acotan que la obra de Tejedor, al igual que la elaborada por la comisión Villegas-Ugarriza-García, deben ser denominados "Códigos" y no proyectos, ya que rigieron en varias provincias argentinas antes de la entrada en vigencia del primer Código federal.

¹³ Pandolfi y Zvilling abundan en citas de obras escritas y conferencias de ambos juristas, de los que surgen de un modo expreso sus convicciones antifederalistas.

“La regulación del ejercicio de las acciones en el código penal no fue consecuencia de su supuesta naturaleza sustancial, como lo sostiene la tesis tradicional. Tampoco porque la Constitución Nacional haya otorgado facultades procesales en estos temas, al Congreso de la Nación, según la primigenia interpretación de Zaffaroni. Mucho menos aún puede sostenerse que se trate de un error legislativo. Ha sido el resultado directo de una concepción ideológica unitaria contraria al espíritu y estructura federal de la Constitución Nacional, que derivó en una mayoritaria y errónea interpretación del art. 71 del código de fondo. Cuyo texto fue introducido subrepticamente (en cuanto a su debate doctrinario público previo). Es decir que se trata de un error histórico, que lleva el estereotipo, la etiqueta, de “verdad jurídica” (Pandolfi y Zvilling 2003)

En conclusión, parece indiscutible que lo atinente al ejercicio de la acción es, desde la ciencia jurídica, una cuestión procesal, que sólo por la configuración histórica de los procesos codificadores nacionales puede explicarse se halle legislada en el Código Penal, en franca violación a lo normado en la Constitución Nacional.

La perspectiva sistémica

Se ha pretendido justificar la mutación constitucional a través de la conocida alusión a “los dos lados del río” (Zaffaroni 1998, p. 198), poniendo en pugna el principio federal plasmado en la no delegación de la potestad legislativa procesal, con el principio de igualdad ante la ley (CN: 16). El propio Zaffaroni se cuestiona ya en el Tratado, advirtiendo que el mismo principio igualitario exigiría que los vecinos de dos provincias argentinas recibieran idéntico tratamiento al considerarse su derecho excarcelatorio. En busca de justificación afirmaba (en el Tratado) que las cuestiones vinculadas a la libertad durante el proceso son *modalidades de la aplicación* del derecho de fondo, que no podrían uniformarse en aras de la igualdad sin alterar las jurisdicciones locales, mientras que cuando se trata de la extinción o no ejercicio de la acción se trata de una *posibilidad de aplicación* de la norma penal. Concluía afirmando que *“Para hacer efectiva la aplicación del derecho penal sin alterar las jurisdicciones provinciales, en forma que no resulte violatoria del principio de igualdad ante la ley, no puede menos que reconocerse que las provincias han tenido que delegar al Congreso Nacional algunas limitadas facultades procesales, que garanticen una igualitaria persecución penal de las conductas penadas”* (Zaffaroni 1998, p. 198)

Esta demanda de igualdad había sido ya fuertemente cuestionada por Binder: *“Sin duda en todo régimen federal el problema de la desigualdad en la aplicación de la ley es un problema intrínseco a la propia estructura federal (...) Para ello existe un órgano encargado de preservar la aplicación igualitaria de las normas constitucionales y en especial de los derechos individuales, que es la Corte Suprema nacional, y un recurso que sirve especialmente para poner en manos de los litigantes el remedio para esas situaciones, que es el recurso extraordinario. Por lo tanto, el argumento de la desigualdad es aplicable a muchas otras instituciones y es un problema central de los regímenes federativos que no tiene por qué influir específicamente en la regulación de la acción”* (Binder 1999, p. 216).

La evidente endebles del razonamiento expuesto por Zaffaroni en el Tratado llevó a que en su reciente obra en colaboración, el tema haya sido replanteado: analizando el peligro de asimetría que produce la libre regulación procesal por cada jurisdicción provincial, concluye que *“...no es posible salvar siempre la coherencia legislativa y sacrificar a ésta el principio federal, porque se llegaría a su cancelación. Por ende, se impone concluir que en el sistema federal argentino existen asimetrías, porque la Constitución las prefiere para salvar el principio federal, que implica una alianza o foedus. Esta conclusión es válida para la cuestión de la coherencia entre la ley penal y la procesal: la Constitución no admite que, para salvar la coherencia entre ambas, se sacrifique el principio federal, que tiene prioridad, por ser principio rector del texto”* [destacado en el original] (Zaffaroni, Alagia y Slokar 2000, p. 160)

Esta nueva posición de Zaffaroni es mucho más coherente con una interpretación sistémica del ordenamiento constitucional. Se advierte claramente que el principio federal es el eje rector de toda interpretación constitucional en materia competencial. Y se remeda así el poco explicable reclamo de igualdad cuando se trata de cesar o no iniciar la acción penal (que implica la ampliación del ejercicio del

poder punitivo del Estado), conviviendo con el consentimiento de la desigualdad para esperar en libertad o en encierro el juicio que rompa el principio de inocencia, o para permitir que en algunas jurisdicciones se enjuicie a las personas ante un juez (mucho más) imparcial y al que la ley no le impone el compromiso con el éxito de la investigación (los más o menos acusatorios sistemas de Córdoba, Tucumán, Buenos Aires y Mendoza), mientras que en otras el sentenciante es a la vez el perseguidor (el proceso inquisitivo santafesino, y el bonaerense en los casos atrapados aún en la "transición", procedimientos ambos en los que la diferencia entre Juez y Fiscal es sólo nominal) o tiene un compromiso con la "averiguación de la verdad" que le permite procurar por sí la prueba que falte y condenar sin acusación fiscal (sistemas mixtos como el federal).

Pero hay más: el sistema constitucional prevé en una de sus primeras normas (CN: 5) que las autonomías provinciales deben constituirse "*de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional*" (principio reafirmado en CN: 31) "*y que asegure su administración de justicia...*", que es así una de las condiciones *sine qua non* para la federación. Cabe preguntarse, entonces: ¿cómo puede una provincia *asegurar su administración de justicia* si el Congreso de la Nación le impone normas que le impiden resolver cuestiones tan básicas de la administración, como es la asignación de prioridades en el uso de los recursos?

Entre las razones de aplicación de principios de oportunidad, Cafferata Nores (1998 p. 16) reconoce como tales algunas que son de claro orden práctico: descongestionar el sistema judicial, simplificar y abaratar el proceso. Es claro que no son éstas las principales motivaciones para el abandono de la supuesta indisponibilidad de la acción (resultan mucho más trascendentes las razones vinculadas con la racionalización del proceso de selectividad, con la anteposición del interés de la víctima en ser indemnizada, con la visión del delito como conflicto antes que como infracción, y –en definitiva- con la concepción global de un Derecho penal de *ultima ratio*), pero tampoco puede discutirse que desde el punto de vista de la economía de las prácticas sociales (en el sentido en que Bourdieu propuso extender los conceptos de "capital" e "interés" y la lógica económica a otros campos sociales distintos del económico, entendiendo todas las prácticas sociales como acciones orientadas hacia la maximización del beneficio, material o simbólico¹⁴), que el Estado debe regular el ejercicio del poder punitivo atendiendo (entre otros aspectos) al establecimiento de prioridades. Salvo (como se sostuvo al principio) desde una lógica totalitaria en la que el Estado debe crecer hasta abarcar todos los aspectos de la vida social.

Coincide Binder con esta posición: "*En la medida que las provincias van adoptando sistemas acusatorios que le dan al Ministerio Público un papel preponderante en la organización de la investigación y en la persecución penal se va haciendo más notorio que carece de sentido que sea el Congreso federal quien establezca, por ejemplo, las prioridades (principio de oportunidad) de esa persecución penal cuando esas prioridades están íntimamente vinculadas a las realidades locales y a las propias características y organización del derecho de los órganos requirentes y judiciales de cada provincia y sus posibilidades de actuación.* (Binder 1999)

Una curiosidad más: casi no existe régimen provincial de minoridad que carezca de normas que establecen criterios de oportunidad. Algunas de esas leyes (por caso, la 10.067 de la provincia de Buenos Aires¹⁵) tienen varias décadas de vigencia, y nadie jamás ha levantado la voz contra su (supuesta) inconstitucionalidad. ¿Por qué sería distinto el reparto competencial en materia de mayores?

Queda en claro que una interpretación sistémica de las normas constitucionales que distribuyen competencias entre el gobierno federal y las provincias, exige que la decisión sobre cuándo iniciar, interrumpir, suspender o cesar el ejercicio de la acción penal pública, debe ser *indefectiblemente* regulada

¹⁴ BOURDIEU, PIERRE, *Esquisse d'une théorie de la pratique*, París, Droz, 1972, cit. por (Gutiérrez 1994).

¹⁵ Esta ley es profunda y rotundamente inconstitucional (y su vigencia insostenible) pero no por esta cuestión.

por los Estados provinciales, ya que el impedirse les priva de la posibilidad real de cumplir con su compromiso confederal de organizar la administración de justicia (que dicho sea de paso, es la segunda manda programática del Preámbulo)

Conclusión: ¿Pueden convivir criterios locales de oportunidad con el actual Código Penal?

Ya he anticipado que a mi juicio, el art. 71 del Código Penal es inconstitucional en cuanto entra a regular, en contra de los arts., 75 inc. 12 y 112 de la Constitución Nacional, cuestiones que las autonomías provinciales no delegaron al Congreso de la Nación, y se reservaron expresamente. No obstante, entiendo que la tacha no es imprescindible, si existe una *interpretación armónica* que permite la subsistencia de la norma del Código Penal que, desde esta óptica, sólo aparentemente sería opuesta a la Constitución.

Parece apropiado pensar que cuando el art. 71 dice que "Deberán iniciarse de oficio *todas* las acciones penales, *con excepción* de las siguientes..." el Código sólo está estableciendo el carácter público de la acción penal como *regla* (lo que suele llamarse *principio de oficialidad*), y que la *acción privada* y la *dependiente de instancia privada* son las *excepciones*. En este sentido, Vázquez Rossi señala con rigurosidad que la letra del Código "no manda que 'siempre' y/o en todos los casos y supuestos, de manera inexorable y sin discrecionalidad alguna deba actuarse" (Vázquez Rossi 1998, p. 361). Si se acepta restringir el art. 71 a la clasificación de las acciones penales por su titularidad, no hay obstáculo para que se entienda respetada la voluntad constituyente de librar el principio rector del ejercicio de la acción penal pública a la decisión de cada provincia.

El otro aparente escollo se encontraría en el artículo 274 del Código Penal, que reprime al "*funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes*". Es a mi juicio claro que no es tal el problema: nadie duda que cuando un Fiscal solicita un sobreseimiento o absolución porque a su juicio se verifican los recaudos legales para dicha resolución, no está cometiendo este delito; tampoco cuando decide no apelar una sentencia absolutoria, o no mantiene el recurso de un fiscal de instancia anterior. Ello es claro e indudable porque no está dentro de la *obligación de su cargo* el mantener la persecución *siempre e indefectiblemente*, sino hacerlo en base a los criterios, deberes y facultades de los principios y garantías propios del sistema penal, plasmados también en la normativa orgánica que lo rige. Si dentro de esos criterios, deberes y facultades, el legislador coloca previsiones especiales donde el fiscal está facultado u obligado a deponer la acusación, estará actuando *dentro de la obligación de su cargo*. Y lo dicho, sin necesidad de recurrir al inc. 4º del art. 34 del mismo Código, donde quedaría del todo excluida la represión penal de la no persecución fiscal en el marco de aplicación de criterios de oportunidad legalmente admitidos.

Así pues, y aún cuando sería más constructivo para la salud del régimen federal, expulsar de los códigos de fondo las muchas normas procesales que contienen, entiendo que sin más se debe reconocer que las provincias argentinas pueden (y deben) legislar sobre el ejercicio de la acción penal conforme las realidades locales y las modalidades que según cada Constitución Provincial haya adoptado el organismo encargado de la persecución penal, como de hecho lo vienen disponiendo los códigos procesales más modernos (Mendoza, Neuquén, Chubut).

Por último, y para ratificar que la aplicación de criterios de oportunidad no es una opción *posible* sino una *necesidad imperiosa*, ya que es sólo un sinceramiento tendiente a la racionalización y control de la selectividad penal, es atinada una frase de Hassemer, que (aunque en el fondo parece inspirada en una visión del sistema penal más bien tradicional, alejada de la idea de *gestión de la conflictividad social* que

propugna Binder y que comparto) con gran acierto cita Cafferata Nores: *"Tanta legalidad como sea posible, tanta oportunidad como sea necesaria (política y económicamente en el momento)"*¹⁶

Mar del Plata, invierno de 2003

Bibliografía

- Binder, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. 2da. edición. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.
- Cafferata Nores, José I. «El principio de oportunidad en el derecho argentino, Teoría, realidad y perspectivas.» En *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998.
- Falcone, Roberto Atilio. «La disponibilidad de la acción penal pública: cuestión procesal o sustancial.» *Jurisprudencia Argentina* (Lexis Nexis) 2003-II, nº 10 (2003): 25.
- Fierro, Guillermo J. «Comentario a los arts. 71/76.» En *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. T. 2*, editado por David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.
- Gutiérrez, Alicia B. *Pierre Bourdieu: las prácticas sociales*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1994.
- Maier, Julio B. J. *Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos*. 2da. edición, 3ra. reimpr. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.
- Nicora, Guillermo. «El monismo en ciernes (la Constitución y los Tratados internacionales luego de la reforma de 1994).» *El Derecho* 164 (1995): p. 817.
- Pandolfi, Oscar Raúl, y Fernando Zvilling. «Ejercicio de la acción penal y principio de oportunidad. Usurpación del Congreso de la Nación de un poder no delegado.» *inédito*, 2003.
- Rivarola, Rodolfo. *Del régimen federativo al unitario*. Buenos Aires: Peuser, 1908.
- Vázquez Rossi, Jorge E. *Derecho Procesal Penal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1998.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 1998.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia, y Alejandro Slokar. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2000.

¹⁶ HASSEMER, WINFRIED, La persecución penal: legalidad y oportunidad, en *Hacia una nueva justicia penal*, publicación del Consejo para la Consolidación de la Democracia, Buenos Aires, 1984, cit. por (Cafferata Nores 1998, p. 32)