

## SENTIDO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL MARCO DE LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL DE AMERICA LATINA.

Alberto M. Binder\*

### I. LA NECESIDAD DE AMPLIAR EL MARCO CONCEPTUAL.

Una de las características más importante de todo el proceso de reforma de la justicia penal en América Latina, que entre otros efectos produjo una modificación importante de la mayoría de las legislaciones procesales penales, es la ruptura del modelo rígido vinculado a la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, a un diseño también rígido del propio sistema de la acción pública y la apertura de nuevas reglas, más flexibles, que, en terminos generales conocemos como reglas de discrecionalidad, fundada en un no siempre claro –por lo menos conceptualmente- “principio de oportunidad”.

En general, podemos clasificar esas normas de flexibilización del régimen de la acción en las siguientes categorías:

a) reglas vinculadas al tratamiento de los casos de menor cuantía, ya se utilice la categoría de insignificancia, escasa culpabilidad, etc.

b) reglas vinculadas a una restricción de los casos en los que la acción puede ser ejercida por el Ministerio Público, ya sea mediante la ampliación de los llamados delitos de acción privada o aquéllos sujetos a una autorización preponderante de la víctima

c) reglas que aumentan el control de la víctima sobre el caso (y por lo tanto su poder de disposición sobre él) ya sea mediante las posibilidad de retractación de la instancia particular, mediante el aumento de las potestades del acusador particular como querellante conjunto o mediante formas de “conversión de acciones”, ya sea en forma acordada o cuando se produce el retiro del interés del ministerio público.

d) reglas de suspensión de la persecución penal, condicionada a la aplicación de medidas o reglas de conducta aceptadas libremente, como expresión de una política básica de “diversificación” que tampoco se ha asumido con la intensidad y amplitud deseable.

e) reglas de extinción de la acción ya sea por la conciliación de los intereses de las partes o mediante la reparación suficiente del daño.

En términos generales –y según las particularidades de cada país- a este conjunto de reglas flexibilizadoras de la obligación de ejercer la acción pública y su indisponibilidad una vez ejercida, es lo que solemos denominar “principio de oportunidad” que, en consecuencia, podemos señalar con claridad que su adopción en las nuevas legislaciones es una de las características mas claras del nuevo derecho procesal penal latinoamericano.

Uno de los problemas principales que existen es que el binomio “principio de legalidad y principio de oportunidad”, generalmente presentado bajo de la forma de regla y excepción, suele ser visto simplemente como una institución procesal o como un problema propio de la dogmática procesal cuando en realidad expresa formas completas de comprender el proceso penal, la justicia penal y sus vínculos con la política criminal. Hasta hace algunos

---

\* Miembro titular de Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Profesor de posgrado de derecho procesal penal de la Universidad de Buenos Aires. Esta ponencia es una reelaboración y aplicación de un trabajo anterior denominado “legalidad y oportunidad”, publicado en el libro homenaje a Julio B. J. Maier, Ed. Del Puerto .

años era un tema que casi no existía en la literatura procesal latinoamericana o existía solamente en algunos libros suficientemente actualizados con las discusiones europeas. Sin embargo, poco a poco, fue ganando terreno en la discusión procesal y penal y hoy es un tema recurrente en Congresos, jornadas y conferencias.<sup>1</sup> Sin embargo, no creo que todavía se haya avanzado lo suficiente en el esclarecimiento de los complejos problemas político-conceptuales que se hallan bajo la superficie de este problema. Es por esa razón que la tendencia dominante en la doctrina analiza el principio de oportunidad como si se tratara de uno o dos artículos relativos al régimen de la acción que regulan o dan contenido a una institución particular del proceso penal, siempre, en todo caso, bajo el prisma de analizar la conveniencia de establecer excepciones al principio de legalidad. Es decir que, aún desde una visión crítica, se piensa al “principio de oportunidad” *desde el principio de legalidad*, lo cual parece obvio, pero no lo es ni desde el punto de vista lógico y menos aún desde una perspectiva político-criminal, que es la que adoptaremos en este pequeño ensayo. No creo que esa visión sesgada constituya una buena aproximación a un conjunto de problemas que no pueden ser vistos como meras cuestiones procesales, sino que conforman un haz de reflexiones sobre aspectos estructurales de la justicia penal en su totalidad, directamente vinculados con la conformación histórica de los actuales sistemas procesales y su funcionalidad política general dentro de algo más amplio como es el sistema penal.

Por otra parte, se debe señalar que la discusión sobre la antinomia legalidad y oportunidad es uno de los modos a través de los cuales se ha vuelto a introducir en la discusión del Derecho Procesal Penal actual el problema de la selectividad intrínseca de la Política criminal, que ya destacó con fuerza en las décadas pasadas la Criminología Crítica. La pregunta en esa dimensión interpela al llamado principio de legalidad de un modo muy particular porque si hay algo que merece el nombre de “funcionamiento estructural” de nuestros sistemas procesales es su funcionamiento selectivo, no ya en el sentido de la “selección primaria”, es decir, el recorte fragmentario propio de la legislación penal sino en su funcionamiento real, ligado a la preocupación consistentemente arbitraria respecto de unos casos y el descuido sistémico y persistente sobre otros, de un modo independiente de la gravedad de uno sobre otros; funcionamiento arbitrario que se funda tanto en razones políticas como burocráticas, en razones de fondo, provenientes de la desigualdad social como de pequeñas costumbres de los tribunales, fundadas en la desidia o en modelos organizacionales que imponen sus procesos de trabajo sin importar las consecuencias.

Tampoco podemos olvidar que se trata de una discusión que pone en el tapete el problema de la eficacia del sistema penal, sin duda uno de los grandes temas de la política criminal contemporánea. En gran medida, estas dos dimensiones (el problema de la selectividad como funcionamiento inevitable del sistema penal y el problema de la eficacia de la justicia penal) están siempre presentes en las discusiones y son, en realidad, los dos grandes temas que se debaten cuando uno discute el principio de oportunidad, sea esto explícito o quede como substrato de un análisis dogmático más clásico, que no expresa con claridad estas preocupaciones aunque las tenga e influya en las soluciones que proponga.<sup>2</sup> El problema de la eficacia de la persecución penal no ha merecido una reflexión adecuada desde el campo del

---

<sup>1</sup> El XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (1997), ya recomienda la adopción del principio de oportunidad en la legislación procesal penal. Ver, Juan Carlos Quiroz Fernández: “Congresos Nacionales de Derecho Procesal –Conclusiones- Rubinzal-Culzoni, editores, pg. 273.

<sup>2</sup> Si es transparente la referencia a estos dos problemas en Maier Derecho Procesal Penal, Ed. Del Puerto, Pg. 555 y sgs, aunque la primacía en la reflexión de ese entonces la tiene la “concepción sobre el fundamento de la pena, cuya importancia para este tema es menor determinante de lo que parece.

pensamiento democrático, ya sea por influencia de una lectura superficial de las doctrinas abolicionistas o como resultado de una despreocupación por lograr, aún desde una visión minimalista, ciertos niveles de eficiencia en la persecución penal, como si ello fuera un campo necesariamente reservado al pensamiento autoritario.<sup>3</sup>

Tampoco es posible un esclarecimiento de esta institución si antes no nos detenemos en lo que ha significado el principio de legalidad procesal y su función político-criminal. Porque la contracara de la ausencia de un marco de discusión más profunda sobre el principio de oportunidad en material procesal, ha sido una aceptación absolutamente acrítica de las implicancias del principio de legalidad en ese mismo campo, producto de la costumbre o de la falta de reflexión sobre los fundamentos, falta bastante común en que incurre la dogmática procesal corriente.

De hecho, ya el nombre del principio de legalidad en materia procesal es un nombre confuso que genera problemas y debe ser abandonado. En realidad, nos estamos refiriendo a *la obligación que pesa sobre los funcionarios públicos de ejercer la acción penal en todos los casos previstos en la ley como delitos, salvo las excepciones también establecidas (acción privada o acciones sujetas a autorización particular o estatal)*. A esta obligación se la ha denominado también “principio de legalidad”, por su cercanía con el principio de legalidad en términos generales (el principio de legalidad del Estado o el principio de legalidad del Derecho Administrativo, que rige la función pública en general) que no se refiere, por supuesto, al principio de legalidad en materia penal que tiene otros orígenes y otras funciones.

Pero más allá de la posible analogía o la matriz común resultante de las reacciones ante el ejercicio arbitrario del poder, el uso de un vocablo común para denotar principios con funciones tan diferentes no nos sirve para esclarecer este tema y, al contrario, contribuye también a la confusión o a la oscuridad en su tratamiento. No obstante ello, existe cierta resistencia a abandonarlo aunque se defina con precisión su contenido. La propuesta de su abandono de esta fórmula que aquí hacemos responde al hecho que en el ámbito del discusiones jurídicas existe un abuso permanente de la vaguedad de las palabras, y ello genera dificultades en el esclarecimiento de los temas o distorsiona los debates en un área del ejercicio del poder estatal donde la precisión y claridad deben ser un meta constante y firme.

Tal como hemos señalado, la crítica a esta obligación ha comenzado hace muy poco en la literatura procesal de la región<sup>4</sup> y por ahora ha alcanzado sólo para relativizar el carácter general del mandato de persecución obligatoria o para señalar su incumplimiento en el funcionamiento real de los sistemas procesales. Hasta hace muy poco se afirmaba, sin mayores dudas, no sólo el valor del principio en sí mismo (que es una de las tantas discusiones) sino que se asumía fácilmente que él constituía una descripción cabal de la realidad; es decir, que la rutina de la justicia penal funcionada de un modo acorde con dicho principio, por lo menos en sus líneas generales. Tras de esa visión, aun no abandonada totalmente, se esconde la falacia idealista, según la cual todo principio previsto en la legislación cumple necesariamente efectos en la realidad o se refiere a una realidad que da por sentada, confundiendo su carácter prescriptivo con uno descriptivo. El principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción

---

<sup>3</sup> Ver al respecto dos trabajos últimos de mi autoría; una la ponencia presentada en el Congreso del año pasado de este mismo Instituto “Tensiones político-criminales en el proceso penal” y la otra “ El control de la Criminalidad en una sociedad democrática” ponencia realizada en el marco de las “Reflexiones por el Bicentenario, organizadas por la Secretaría de Cultura de la Nación Argentina y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD. Ambas ponencias son del año 2007.

<sup>4</sup> Es muy claro en poner en cuestión el fundamento del principio de legalidad Alberto Bovino: “Temas de Derecho procesal penal Guatemalteco”, 1996, pg. 96 y ss.

pública establece un deber ser que podrá lograr que las realidades sociales se rijan por él, según la fuerza normativa que tenga, pero nada nos dice sobre su efectivo cumplimiento. De la mano de esta falacia idealista se suele construir un modelo de dogmática procesal que cree, confundida y confusamente, que sólo algunos temas del funcionamiento del sistema de justicia penal tienen entidad “procesal” y por lo tanto teórica y otros son simples cuestiones de la “realidad” o de la administración, que no merecen una reflexión teórica. Así, uno puede demostrar que existen graves defectos en la organización del ministerio público o la policía y que ello genera deficiencias bien palpables en la persecución penal que distorsionan el funcionamiento de reglas procesales en todos sus niveles, pero luego ese tema o forma parte de una queja generalizada acerca de que la realidad no funciona o se evita todo esfuerzo teórico, distorsionando la agenda de preocupaciones teóricas y académicas.

Ahora bien, tampoco debemos olvidar que, en su formulación simple, el principio de legalidad tiene un gran sustento moral. Es bastante fácil justificarlo diciendo: “bueno, pero en todos los casos donde se haya infringido una ley penal ¿qué tiene de malo que exista esta obligación de que el hecho cometido por el presuntamente infractor sea investigado o ser ejercida la acción penal pública sin excepciones? Aún bajo esta fórmula coloquial, tiene un gran sustrato moral y apoyo en el sentido común. Por otra parte, si son funcionarios los que deben ejercer esa acción ¿qué principio más sano que el de establecer la obligación de llevar adelante la investigación sin dejar abierta la posibilidad a la manipulación, la corrupción o el favoritismo? Una de las razones de la falta de crítica al valor del “principio de legalidad” proviene de la aparente sencillez de su fundamentación y de que parece un límite obvio a la actuación de los funcionarios, mucho más aún si se trata de aquellos que deben desencadenar el poder violento del Estado. Ciertamente aquí también existe una visión extremadamente simplista sobre el funcionamiento del Estado, quizás fundada en los viejos paradigmas weberianos donde burocracia y racionalidad van de la mano; poco tiene que ver esa imagen con el funcionamiento real de nuestras burocracias, mucho más cercanas a la visión que nos muestra Merton, donde la incapacidad adiestrada y la preeminencia de intereses burocráticos juega un papel determinante en la configuración de políticas públicas, entre las que se encuentra la política criminal.

## **II. PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL Y DERECHO PENAL INFRACCIONAL**

Sin embargo, la fundamentación de la obligación del ejercicio de la acción pública (y el tema paralelo del monopolio de esa acción por parte del Ministerio Público) no tiene una fundamentación tan simple como parece a primera vista, ni su sustento moral es tan evidente como sugieren sus formulaciones simplistas. El adecuado análisis del problema del principio de oportunidad debe comenzar por indagar en el fundamento del principio de legalidad, no en términos abstractos sino en su concreta configuración histórica, en particular para hallar en esa historia los vínculos entre el modelo procesal inquisitorial (y en especial bajo su forma “mixta”) con lo que denominados “derecho penal infraccional” de fuerte raigambre en la dogmática penal hasta el presente y que se caracteriza por el desplazamiento de conflicto “primario” entre víctima y victimario (por más que la víctima sea el conjunto de la sociedad) por el conflicto “secundario” entre victimario y autoridad, es decir, la relación de desobediencia.

Cuando nos ubicamos en esa perspectiva es relativamente fácil descubrir que en la configuración histórica del “principio de legalidad” se entrecruzan dos dimensiones, en gran medida, contradictorias: una de ellas, con un fuerte sustento en razones de filosofía política que

quizás aún hoy provocarían nuestra adhesión y, por otra parte, otra dimensión directamente enlazada con la realidad propia de una de las etapas de desarrollo del Estado Moderno y la evolución de su poner punitivo.

En muchas de las reflexiones actuales sobre el principio de legalidad procesal se mezclan esas dos dimensiones y se producen traspolaciones de argumentaciones de una hacia la otra. Por una parte, una será la vocación de exhaustividad en el ejercicio de la persecución penal, que es una realidad política que sólo comienza a plantearse fuertemente recién a principios del siglo XIX, tanto por las nuevas concepciones políticas del Estado Bonapartista como por su mayor capacidad técnica. La otra dimensión se vincula al proyecto político de reducir los márgenes de discrecionalidad de la persecución pública, sobre la base de la experiencia de la arbitrariedad anterior y el avance de la estatización de la justicia penal. Como se puede apreciar, no son dos corrientes que provengan necesariamente de la misma fuente, salvo que se pretenda que el Estado es una realidad supraindividual con un valor moral en sí mismo y que por lo tanto su accionar es sinónimo mismo de racionalidad, algo que la historia más pequeña de cualquiera de nuestros países desmiente con feracidad.

Es conveniente destacar que la idea de exhaustividad en la persecución penal, vinculada necesariamente al monopolio del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, no es algo connatural con la existencia de los sistemas inquisitivos, sino que ello va ocurriendo de un modo progresivo, hasta que adquiere en el Código de Instrucción Criminal Francés (1808) y la nueva versión del sistema inquisitivo que él desarrolla su punto culminante. No olvidemos que el modelo del sistema inquisitorial (el modelo de la investigación de oficio llevada a cabo por funcionarios del Rey o del Estado) se desarrolla a partir de los últimos siglos de la Edad Media, en un proceso lento y sobre la base de una institución de excepción del Derecho Romano como era la *cognitio extraordinem*. En la modalidad canónica del sistema inquisitivo o en la forma que adopta en las monarquías absolutas, si bien ya no usa la fórmula de la cognición extraordinaria, el sistema carece de una pretensión de alcanza a todos los casos y, al contrario, se legitima por su excepcionalidad y la gravedad de los hechos que motivaban esta forma de actuación. Ya sea porque le interesaban los herejes, las brujas o sólo cierto tipos de delitos que afectaban intereses directos de la monarquía (delitos de lesa majestad, traición), no encontramos en esta primera etapa del sistema inquisitivo la idea de exhaustividad, que se vincula al monopolio de la acción pública por parte del Estado. Será, como ya hemos dicho, en la segunda etapa de ese sistema inquisitivo, rediseñado bajo el molde modernista del nuevo Estado Bonapartista, cuando asuma esa pretensión de ocuparse de todo caso, de toda infracción que, como tal, manifiesta su gravedad por su realidad o su potencialidad de desobediencia, no por el hecho en sí. Y también por eso el principio de legalidad procesal esta íntimamente vinculado al nacimiento del Ministerio Público. Será, entonces, la versión inquisitiva del sistema mixto, que se expresa en lo que conocemos como “modelo mixto”, la que asume esa vocación de exhaustividad, sobre la base de un estatismo que se irá acentuando a lo largo de los siglos venideros y desembocará en los grandes totalitarismos del siglo XX.

Al mismo tiempo, proviene de esa misma época y de la ideología de la Ilustración, el postulado de que la fuerza pública debe estar al servicio de todos los ciudadanos. La fuerza pública, el Estado (esta es una idea de la Revolución francesa que pervivirá y tomará mayor fuerza en los estados socialistas o en modelo capitalista de Estado de bienestar) debe estar al servicio de la realización de los derechos personales, mediante una política activa. En cierto modo, esta idea diferencia a este movimiento político de etapas anteriores, en las que los derechos del hombre eran reconocidos antes que nada como principios morales o ideales éticos. A partir de entonces se convertirán en principios políticos que rigen la actividad del Estado y

las expectativas sociales sobre su actuación. Ahora el Estado deberá procurar la igualdad, deberá poner la fuerza pública al servicio de esa igualdad y ello ha constituido un grave problema político desde entonces, quizás el más grave problema político hasta el presente. De hecho la mayor interpelación histórica a las funciones y a la legitimidad del Estado, proviene de la expectativa que nace en ese momento histórico. El Ministerio Público, entonces, como funcionario específicamente dedicado a la persecución penal debe evitar que la ley se distorsione por las debilidades de una acusación dejada exclusivamente en manos de la víctima, la mayor parte de las veces una víctima sin recursos para hacer valer por sí misma la primacía de la ley. Su actuación se debe regir por criterios de persecución obligatoria que garanticen que el Estado será igualitario. Del Estatismo surge la vocación de exhaustividad; del Humanismo, el ideal de un Estado al servicio de todos por igual. Si bien estas dos líneas concurren en sostener la obligatoriedad de la persecución penal, lo hacen por distintas razones y fundamentos.

Por supuesto, ni en aquella época ni mucho menos ahora se logró que el principio de legalidad, principio manifestado en la actuación de cada funcionario público dedicado a la persecución penal y en la exhaustividad de dicha persecución penal, funcionara realmente. En la realidad de los hechos el Estado no se ocupó nunca de todo, porque no ha podido y seguramente le sería difícil cumplir siempre esa promesa. Es interesante tomar nota que pese a los enormes saltos tecnológicos, esta incapacidad del Estado de intervenir en todos los casos se ha acrecentado, aunque se siga proclamando con mayor énfasis su vocación de hacerlo.

Hay una contradicción de origen en los fundamentos del principio de legalidad que es necesario destacar, y una incapacidad estructural de cumplir con esa promesa que, sin embargo, cumple otras funciones ideológicas. Es importante señalar estas contradicciones porque caso contrario asumimos que la adopción del “principio de oportunidad” es una especie de concesión a la realidad, frente a una imposibilidad *de facto* de cumplir las buenas promesas del principio de legalidad. Esto no es así, el principio de legalidad es expresión de un modelo político criminal estatista, de tendencia totalitaria, y la imposibilidad fáctica no es mera incapacidad sino uno de los modos de encubrir la selectividad del interés del Estado. El llamado principio de legalidad procesal debe ser controvertido en sus fundamentos mismos y en sus funcionalidades políticas y no solamente en su imposibilidad de realización histórica.

Observemos que la pretensión estatal inserta en el principio de legalidad no se reduce en las últimas décadas, sino, por el contrario, se amplía debido al fenómeno de la inflación de las leyes penales. Esta inflación, bien vale la pena destacar, no es tampoco un simple problema de técnica legislativa; es el producto del fracaso del conjunto del sistema de resolución de conflictos de la sociedad y representa el aumento progresivo de las respuestas simbólicas en desmedro de la construcción de soluciones reales, de soluciones genuinas a los conflictos (políticas de gestión de la conflictividad). Entonces, no es que percibamos que el problema de la inflación legislativa, y su correlato la inflación de la legislación penal, es un simple acumulado de leyes dictadas en forma irresponsable.

Por el contrario, es el resultado de una política profunda del desarrollo de nuestras instituciones, que no apuesta a la resolución efectiva de los conflictos bajo todas las formas que pueda diseñar, sino que apuesta a un control simbólico cuyo eje no es la solución de los conflictos sino distintas formas de atemorizar a la población, o de controlar o de moldear las conciencias.<sup>5</sup> El dilema de construir la paz comunitaria y servir a la convivencia o controlar a la

---

<sup>5</sup> Ver, Perfecto Andrés Ibáñez: Por un ministerio público “dentro de la legalidad”, en “Una oportunidad para reflexionar” XXV aniversario del Ministerio público, San José, Costa Rica, 2000, pg. 87. En especial el

sociedad, es un eje de comprensión de todo el sistema penal que no debemos abandonar y que no queda lo suficientemente claro cuando le asignamos funciones al derecho penal, por más que utilicemos nombres tranquilizadores –y oscuros- como el de prevención general. Cuando se pretende observar al Derecho Penal a través de la lente del principio de legalidad procesal, obtenemos una visión profundamente falsa, a veces condescendiente con quienes formamos parte del mundo de la justicia penal, pero que impide el desarrollo de nuevos modelos de administración de justicia y, sobre todo, impide el desarrollo de nuevas formas de colaboración, de cooperación, de intervención del Estado y de la sociedad en la resolución de conflictos. Este es el efecto negativo de principio de Legalidad en un proceso de reforma de la justicia penal y tras su aparente fuerza moral se esconde una de las formulaciones más fuertes del poder penal de base autoritaria que desconoce la idea elemental de que toda solución no violenta es, política y moralmente, superior a una respuesta violenta. Por eso el principio de legalidad nunca puede ser la regla general, si es que esa forma de razonar es todavía útil.

Por lo tanto, la primera conclusión de estas líneas argumentales es que todo proceso de reforma de la justicia penal que no ponga en crisis el principio de legalidad, tal como se ha configurado en su formación histórica y tal como funciona en la vida cotidiana del sistema penal, posiblemente dedique gran parte de su esfuerzo a construir castillos en el aire (en este caso, además, suelen no ser castillos sino mazmorras, verdaderas casas de tortura que no están “en el aire”). Si eso lo trasladamos a sociedades donde los niveles de conflictividad aumentan por las condiciones de desigualdad creciente, como es el caso de nuestros países, entonces el efecto de distorsión que produce el principio de legalidad procesal sobre la visión de la justicia penal ya no es solamente un error de apreciación, sino que cumple funciones ideológicas o cumple funciones del sostenimiento de esas mismas condiciones de desigualdad. Se cierra el círculo distorsivo: la violencia al servicio de la desigualdad social. Esta es una frase que solemos proclamar, pero luego queda olvidada por la “premura burocrática” o la “rutina de papeles” que ahogan tantas conciencias lúcidas que quedan transformadas en engranajes de esa maquinaria cuyo rechazo se proclama. Vemos pues que las dos dimensiones que habíamos señalado como concurrentes se vuelven contradictorias cuando el poder penal contribuye a la desigualdad social.

Recapitulando, podemos decir, pues, que al principio de legalidad se le pueden hacer, al menos, tres clases de críticas. Una crítica histórica, una crítica pragmática y una crítica política. Pero este principio de legalidad, a su vez, no solamente impidió o generó mecanismos de distorsión de la actuación del Estado, sino también impidió el nacimiento o distorsionó el desarrollo de otras instituciones, a veces provenientes de las mismas prácticas sociales.

La justicia penal no sólo no ha hecho muchas cosas, sino que ha impedido que se desarrollen otras. Cuántas veces hemos visto que la costumbre de la sociedad manifiesta la necesidad de solucionar ciertos casos y es la misma justicia penal la que entorpece este tipo de soluciones, es decir no sólo no produjo el efecto de asegurar el cumplimiento de la ley, porque la impunidad es una especie de epidemia que recorre igualmente nuestras sociedades, sino que además impidió u obstaculizó el nacimiento de otras formas de intervención y soluciones de conflictos que se habían generado o que se podrían haber desarrollado en otras sociedades, en otras formas sociales, en otras integraciones sociales o en otras instituciones. Este carácter iatrogénico de la justicia penal no debe ser ocultado, porque de ser una institución

---

llamado de atención a no despolitizar el problema de la sobrecarga de trabajo y caer en la superficialidad tecnocrática.

que debería contribuir a disminuir la violencia de la sociedad se ha convertido en uno de los factores violentos de nuestras sociedades.<sup>6</sup> Y es en ese preciso marco social y político –y no en otro- en el que se proclama el principio general de la legalidad procesal. Dicho de un modo sintético: *no existe un fundamento sólido para sostener que el principio de legalidad procesal pueda ser una regla general en el contexto estructural –y no meramente coyuntural- del funcionamiento de nuestro sistema penal. Esa regla general no debe existir y tampoco podemos usarla para construir desde ella el “principio de oportunidad”.*

### **III. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y ÚLTIMA RATIO. PARADIGMA Y PUNTO DE PARTIDA.**

Cuando hablamos del principio de oportunidad, admitimos la necesidad de abandonar la persecución de determinados comportamientos tipificados como delitos, tal como lo expresa el principio de legalidad. Ahora bien, abandonar dicha persecución significa diseñar de un modo completo una política de intervención de la justicia penal en la complejidad social. Es sentar las bases claras de cuáles van a ser los criterios de selección y significa también determinar con claridad la división de tareas entre todas las formas de intervención de los conflictos vistos de una manera integral, sin caer en el ideologismo que sostiene que o aplicamos penas o ya no tenemos ningún otro recurso. De este modo, avanzaremos en una perspectiva constructiva de lo que significa el principio de oportunidad, abandonando la visión que lo piensa desde la negación del principio de legalidad. Se puede perfectamente reflexionar alrededor del principio de selección de casos (oportunidad) sin ninguna referencia al principio de legalidad (política que “excluye” la selección). No son opuestos o, mejor dicho, su consideración como “opuestos” –y la “oportunidad reglada” como síntesis- es una, y no precisamente la más productiva, forma de analizar este tema. La selección de casos se da en

---

<sup>6</sup> La idea de que tras todo delito subyace un conflicto suele no ser fácil de asimilar dada la larga historia del uso de instrumentos legales para definir delitos. Así lo determinante sería la violación a la ley y no su base social. Ello no implica necesariamente que exista una razón social determinante para cada delito, pero siempre existe una puja de intereses, por más que esté resuelta desde hace mucho tiempo en un determinado sentido. La base conflictual se ve clara cuando se afirma que no existe delito sin víctima, por más que la víctima sea un colectivo de personas, hasta llegar a la sociedad como agrupamiento general. En el marco del “derecho penal infraccional” queda oculta esta relación con el conflicto primario, dada la primacía del “conflicto secundario. Ver para más detalle: Binder, Alberto; Tensiones político-criminales en el proceso penal, ponencia para el XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. El desarrollo claro del “derecho penal infraccional como núcleo del modelo inquisitorial se puede ver en Foucault, Michel: La verdad y las formas jurídicas, Ed. Gedisa, pg. 75 y ss. También relata el mismo proceso Robert, Philippe; “El ciudadano, el delito y el Estado”, ed. Atelier, versión española de Amadeu Recasens y Anabel Rodríguez, 2003, pg. 39 y ss. “La visión conflictiva de la sociedad posee unos credenciales por lo menos tan venerables y profundos como los de la versión armónica u orgánica. No obstante, y por razones en demasía obvias, el conservadurismo inherente a esta última visión le ha dado mayores oportunidades para convertirse en doctrina aceptable para los príncipes de este mundo, dentro y fuera de la teoría social estricta, es decir, tanto en la filosofía de la sociedad como en la ideología. Ello es tan cierto de la *Política* de Aristóteles y de la *Summa* de Santo Tomás como lo es de la llamada “teoría de las clases sociales no antagónicas” de Stalin, al margen del abismo que separa a las primeras de la última. Es posible que también tenga esto que ver más de lo que a primera vista parece con la cuestión de cual de las dos alternativas principales ha sido verdaderamente hegemónica en la sociología moderna, desde 1835 hasta 1970 por lo menos. “Giner, Salvador: “El Progreso de la conciencia sociológica” Ed. Peninsula, 1974. Pg. 177.

dos dimensiones En primer lugar, existe una dimensión vinculada con la política criminal y, en segundo lugar, otra dimensión relacionada con la justicia penal, concebida como una organización con recursos limitados. Y ahora, aunque parezca obvio, podemos identificar dos criterios que merece la pena destacar porque no se han asumido en la práctica, ni siquiera en el desarrollo de las políticas públicas alrededor de la justicia penal.

En primer lugar, desde la perspectiva de la dimensión político criminal<sup>7</sup>, podemos asumir que existe un principio rector de la política criminal propio de un Estado democrático republicano y fundado en el Estado de Derecho, que es el principio de “última ratio”. El Estado usará los instrumentos violentos sólo como última instancia, como último recurso, como la última posibilidad que tiene de intervenir como reacción al daño causado. El principio de última ratio, que merece o reclama discusiones teóricas mucho más ricas desde el punto de vista del Derecho Penal, se ha abandonado, se le ha prestado poca atención, se ha sostenido que es sólo un criterio que reviste la forma de una especie de consejo moral a los legisladores -de tal manera que no creen muchos tipos penales- pero que no tiene mayor trascendencia, porque los legisladores pueden en última instancia sancionar cuántas leyes penales quieran. Hasta se lo considera un principio débil cuando, por el contrario, es un principio cardinal que hace funcionar toda la justicia penal. Existe escasa reflexión a su alrededor desde el punto de vista de la dogmática penal, o se ha pretendido conceptualizarlo como un simple rector de la interpretación de los tipos penales. Es decir que, desde el punto de vista de la dogmática penal, se ha empobrecido el principio de última ratio que constituye uno de los fundamentos del principio de oportunidad. Vemos pues que el principio de oportunidad se funda de un modo autónomo en el principio de “última ratio” y por eso *no necesita ser desarrollo desde la oposición al principio de legalidad procesal*.<sup>8</sup>

Desde esta perspectiva, es importante que ahondemos un poco sobre el sentido y el alcance del “principio de última ratio”. La idea de una permanente y progresiva dulcificación del castigo es un pensamiento intimamente asociado al programa racionalizador de la Ilustración. Si bien se manifiesta antes que nada alrededor del problema de la proporcionalidad y de la necesidad de justificación, lo cierto es que es la primera vez que se manifiesta la idea de que el castigo, en especial el violento, no puede ser impuesto con prodigalidad en una sociedad que respeta a la dignidad de las personas. La idea de “dulcificación” queda anclada, en consecuencia, al tema de la dignidad de los hombres, que no pueden ser tratados como cosas o utilizados como fines para lograr efectos sociales. Por otra parte, en el pensamiento utópico, desde un Tomás Moro a un Marx, queda también establecido el ideal de una sociedad en el que los hombres podemos convivir, cooperar e incluso disentir sin que ello implica alguna necesidad de utilizar la violencia por parte del Estado o las instituciones que, bajo la denominación que se le quiera dar, regulen esa sociedad. Finalmente los ideales abolicionistas, tanto vinculados al anarquismo como tal, como los que específicamente han nacido de la crítica

---

<sup>7</sup> El análisis político criminal es indispensable, entre otras cosas, para perfeccionar la interpretación de la ley, no porque las decisiones políticas reemplacen la interpretación de la ley, sino porque la ley es el resultado de una decisión política y la interpretación teleológica necesita previamente el análisis político-criminal ya que es un contrasentido que las herramientas de la interpretación necesiten clarificar los fines y esos fines se pretenda esclarecerlos con las mismas herramientas de la interpretación. La dogmática penal de base teleológica o hace análisis política criminal o funda caprichosa o ideológicamente sus supuestos valorativos.

<sup>8</sup> Sobre el papel fundador de todo el derecho penal del principio de “ultima ratio” ver Alberto Binder: “Introducción al derecho penal”, capítulo 3, Ad. Hoc. 2005. Y el capítulo correspondiente del trabajo “Análisis Político Criminal- aun en curso de publicación.

al desempeño concreto del sistema penal, nos han brindado un horizonte de preeminencia de las formas no violentas de control o regulación social. En los distintos programas de política criminal que hemos reseñado en el capítulo anterior están expuestas algunas de las ideas principales de estos movimientos. Todos ellos han contribuido a que en la literatura y en el lenguaje operatorio de los tribunales se use con frecuencia la frase “el derecho penal como última ratio” o el principio de mínima intervención. Sin embargo, el contenido de dicho principio no ha sido clarificado suficientemente ni se lo toma totalmente en serio a la hora de aplicar penas que son claramente ajenas a este principio. Necesitamos sacarlo pues de esta realidad declamativa ya que *el conjunto de reglas y principios que se expresan con ese nombre* son los grandes reguladores de una política criminal de base democrática que está en el fundamento del paradigma de discrecionalidad reductora, que pretendemos conceptualizar luego, de un modo reduccionista, con la idea de oportunidad.

Para avanzar en el discernimiento de sus funciones y fundamentos es indispensable ahondar en su contenido, ya que, bajo el nombre de un mismo principio, englobamos distintas manifestaciones de una idea general que debe ser esclarecida. En primer lugar, en sentido estricto, el principio de mínima intervención, en su acepción más general, tiene dos fundamentos distintos. Por un lado, es un límite externo a la política criminal, fundado en la idea de que los hombres no deben ser tratados violentamente (en realidad ningún ser de la naturaleza debe ser tratado violentamente). Es un principio ético que limita la acción del Estado, una manifestación más de la idea propia del Estado de Derecho. En segundo lugar, el principio de mínima intervención es una *regla de eficiencia y como tal constituye un límite interno a la política criminal*. Según esa regla, si se quiere terminar con la violencia y el abuso de poder en la resolución de los conflictos es evidente que se debe utilizar *la menor cantidad posible de violencia para lograr y evitar aquello que más peligrosamente se acerca al abuso de poder*.

Por otra parte, además de su primer significado, es decir aquél según el cual (1) debe existir una primacía de los instrumentos no violentos o con historia menos abusiva (principio de última ratio), existen otros principios adyacentes que normalmente forman parte de la misma formulación y que son: (2) No se deben utilizar instrumentos violentos si el conflicto no tiene ya algún componente violento que deba ser neutralizado o acotado (principio de mínima intervención en sentido estricto); (3) No existe ningún conflicto que por sí solo tenga una naturaleza que implique la intervención violenta del Estado, ya que la “gravedad” no sólo se mide por los atributos de ese conflicto sino por la eficacia de los métodos de respuesta (principio de máxima eficacia); (4). La selección de un conflicto como uno de aquellos que “reclaman” una intervención violenta no debe ser rígida, ya que siempre se debe dejar la puerta abierta, en el caso concreto, para que otra forma de intervención de los conflictos produzca el mismo efecto social con menor costo en términos de violencia (principio de economía de la violencia estatal). Por otra parte, si bien no se deducen directamente del principio de “última ratio”, son también principios adyacentes el de “utilidad” (es dañino utilizar la violencia si es inoperante) y el de “respaldo”, según el cual la política criminal no tiene finalidades propias sino que le da soporte, fortalece otra política. Si recomponemos conceptualmente estos principios y le damos un nombre específico (aunque sea de modo provisional) a cada uno de ellos, tenemos un cuadro de los principales principios rectores de la política criminal en un sistema democrático, que constituyen sus *límites internos*, a los que se le debe sumar los *límites externos*, provenientes de la idea de Estado de Derecho que son propios del sistema de garantías.

1. *Principio de última ratio* (primacía de los instrumentos no violentos)
2. *Principio de mínima intervención*. (No se debe introducir violencia allí donde no existe)
3. *Principio de no naturalización*. (La utilización de la violencia no se corresponde “naturalmente” a un tipo de conflicto. Rigen razones de eficacia).
4. *Principio de economía de la violencia* (la autorización del uso de violencia no puede ser rígida).
5. *Principio de utilidad* (no se puede utilizar violencia ineficaz o inoperante o que produzca resultados mínimos)
6. *Principio de respaldo* (la política criminal “ayuda” siempre a otra política no tiene finalidades propias).

A. *Principio de última ratio*. Solemos utilizar ese nombre para referirnos al conjunto de principios que hemos señalado. Ello no es cuestionable si luego se particulariza el análisis. Caso contrario, será necesario deslindar un sentido amplio y otro restringido del mismo principio. Por fuera de estas razones de uso, lo cierto es que su formulación es usual y se encuentra referida en cualquier manual de derecho penal.<sup>9</sup> No deja de llamar la atención la claridad en la formulación de este principio y el relativo uso que se ha hecho, incluso en la misma dogmática penal, de sus postulados. En sentido contrario, es una manifestación de tendencias autoritarias del propio sistema democrático que se sostenga el principio contrario, es decir, una política criminal expansiva, que funda el fenómeno de la “inflación penal” (fenómeno que ha sido alentado directa o indirectamente por un sector de la dogmática penal que olvida llamar la atención sobre el sentido de “ultima ratio” del poder penal o lo hace de un modo general, pero luego lo olvida al explicar las categorías en particular).

En realidad, el principio de “ultima ratio” –en sentido estricto- no es un postulado proveniente sólo de la naturaleza de la política criminal, sino que también tiene su asidero en el concepto general de Estado de Derecho e incluso de la política democrática misma. Es cierto que el uso de la fuerza, de la violencia, encuentra sus raíces en prácticas muy básicas del ser humano: la historia así lo muestra; la vida cotidiana lo ratifica y nuestras ilusiones de un mundo sin violencia nos parecen cada día más ilusorias. Pero como nos señala Karl Jaspers, “el hombre pone un dique de contención a la fuerza”<sup>10</sup> En cierto sentido es inútil la discusión –por lo menos para este trabajo- sobre si es “imposible excluir la fuerza de la existencia humana”.

<sup>9</sup> Por ejemplo, “Según el principio de subsidiariedad –también denominado entre nosotros (a partir de Muñoz Conde) “principio de intervención mínima”, derivado directamente del de necesidad, el Derecho Penal ha de ser la “ultima ratio”, el último recurso al que hay que acudir a falta de otros medios menos lesivos, pues si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios lesivos y graves que los penales, no es preciso ni se debe utilizar estos. Incluso aunque haya que proteger bienes jurídicos, donde baste los medios del Derecho civil, del Derecho Público o incluso medios extrajurídicos, ha de retraerse el Derecho penal, pues su intervención –con la dureza de sus medios- sería innecesaria y, por lo tanto, injustificable” Manuel Luzón Peña, Manual de Derecho Penal, pg. 82.

<sup>10</sup> En cierto sentido intenta (en interés de la existencia colectiva) canalizarla. En la medida en que este objetivo se logra, reinta el *orden estatal*. La existencia humana está fundada en la fuerza conscientemente organizada: es imposible excluir la fuerza de la existencia humana. Sólo en un eden no se hallaría. Para el hombre sólo puede tratarse de ordenamiento de la fuerza, que se logra en el Estado de Derecho, pero únicamente porque el Estado dispone de la policía. *La sección policial implica el mínimo de la fuerza para proteger de la fuerza mediante su aplicación* –el resaltado es nuestro”. Karl, Jaspers: “El hombre ante el peligro de la bomba nuclear”, ed. Labor, Buenos Aires, pg. 55.

No existen razones biológicas que el hombre no pueda superar en el futuro, pero ni Jaspers ni nosotros somos profetas. El futuro dirá; sólo cabe sostener una esperanza en tal sentido y la convicción de que, sea o no imposible su extirpación, ello no cambia el valor negativo de su existencia. Lo importante es señalar este carácter básico que destaca Jaspers “el mínimo de la fuerza para proteger de la fuerza mediante su aplicación”. La organización de ese mínimo es, precisamente, la política criminal; un mínimo que ha sido rebelde y que no sólo debe ser contenido por el Estado de Derecho sino por la precisión, la rigurosidad y la efectividad a las que nos obliga el hecho que, por más que se trate de un mínimo, sigue siendo uso de la violencia.

El principio de última ratio no es un principio que opera en el vacío o se refiere sólo a la violencia. Como concepto regulativo es relacional: él se refiere a la primacía de otros instrumentos de intervención. No existe última ratio sino en referencia a otros instrumentos que deben ser utilizados antes que la intervención violenta. La primacía de los otros instrumentos implica, en primer lugar, que ellos existan o sean creados. No alcanza para sostener que es indispensable el uso de instrumentos violentos el hecho –generalmente producto de la negligencia política- de que otros instrumentos (como la mediación o la justicia de reparación) no se hayan creado, no se les haya asignado competencia o se hallen sobrecargados. En segundo lugar, es necesario realizar investigaciones y evaluaciones sobre la evolución de las relaciones entre unos instrumentos y otros, para evitar la rutina y la costumbre. Por ejemplo, en los delitos de tránsito se sigue insistiendo en el uso de instrumentos violentos (penalización de muchos delitos culposos) cuando es evidente que lo que buscan los involucrados son otros medios de intervención (autocomposición, mediación, conciliación, sentencias reparadoras). Todo ello respaldado por un mercado de seguros que vuelve viables las soluciones reparadoras. Mercado al que hay que acudir obligatoriamente, por lo menos en lo que se refiere a responsabilidades frente a terceros. ¿Se cumple allí con el principio de última ratio? ¿Tiene sentido la existencia de política criminal en esos casos? Todo ello debe ser analizado con mucho cuidado, evitando la rutina o el conceptualismo al que nos tiene acostumbrado un sector de la dogmática penal que es ciego a estos problemas. ¿Cual es el sentido de seguir sosteniendo una supuesta supremacía del principio de legalidad en contextos como el que señalamos? ¿A quien serviría un principio de legalidad o de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal en ese contexto?

Si bien no es claro el reconocimiento normativo de este principio ya que él es connatural a la idea de una política republicana –limitada- y democrática, podemos hallarlo en la misma “Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano” de 1789 cuando proclama –con mucha mayor claridad que muchos otros textos más modernos, seguramente por su cercanía al programa ilustrado- que “La ley no debe establecer *otras penas que las estrictamente y evidentemente necesarias* (art. 8). Si atendemos bien a la fórmula podremos observar su redacción precisa y “fuerte”, se debe tratar de penas ***de una necesidad evidente y estricta***. Nada de fórmulas abiertas, ni meros “consejos” al legislador. Nada más alejado de la política criminal actual, ampulosa y desorbitada, ni de la dogmática penal confusa y permisiva con la expansión e inflación penal. En los grandes textos posteriores, vinculados a los Derechos Humanos fundamentales, vemos como esa fórmula desaparece o es reemplazada por el principio de legalidad o de proporcionalidad, como si ellos bastaran. Reaparece este principio con su formulación clara en un texto de menor jerarquía. En efecto, el “Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la ley” (aprobado por la Asamblea General de

la ONU en 1979) señala que “Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiere el desempeño de sus tareas”. El principio es claro, pero ha sido trasladado a un “Código de Conducta”. En general se advierte el presupuesto de que la **legalización de la violencia alcanza para contenerla**. Tal como venimos sosteniendo eso no es correcto: existen este conjunto de principios que condicionan toda legalización posible de la violencia del Estado, cumple funciones de legitimación interna de la política criminal.

B. *Principio de mínima intervención*. En la literatura del Derecho Penal actual se suele utilizar este nombre como un sinónimo del principio de “ultima ratio”. Perfectamente podría utilizarse de tal modo, pero nos parece preferible asignarle un contenido específico para dotar de mayor riqueza al conjunto de principios que rigen la política criminal y sacarlos de un segundo plano que se corresponde tan bien con la ambigüedad semántica en el que se encuentran. Por ello, llamamos, específicamente, como *mínima intervención* al principio que prohíbe utilizar instrumentos violentos allí donde el conflicto no presenta ningún elemento de violencia. No introducir violencia en la sociedad cuando no la hay. En primer lugar se trata de un principio de sentido común: si, como hemos visto, el uso de la violencia es el medio menos idóneo para lograr las finalidades de evitar la violencia y el abuso de poder, por qué utilizarlo cuando el conflicto en sí mismo no lo tiene. Nótese bien que no utilizamos ninguna idea preconcebida respecto de quien ejerce la violencia. La política criminal creará luego las categorías de víctima y victimaria –en tanto son usados específicamente como conceptos propios del sistema penal, ya que tienen también otros usos sociales- y es en ese sentido que se puede tratar tanto de la violencia del agresor como la violencia en respuesta de la “víctima”. Cuando se dice, por ejemplo, que el Estado debe tener el “monopolio” de la violencia se hace referencia al hecho de poder proscribir la violencia en respuesta para poder así canalizarla. Pero esta canalización no es neutra, no se rige por una idea de “equilibrio”, en el sentido de que debería canalizarse tanta violencia como se produzca en la sociedad, sino por la idea de minimización, tanto en cantidad, como en calidad, esto es, su racionalización. Otros principios, como el llamado principio de objetividad del ministerio público, son en realidad principios de racionalización de la violencia de las víctimas. Ahora bien, en todo caso se debe tratar de una violencia ya existente, nunca de un acto de violencia del Estado que se introduce en conflictos que no lo son. Caso contrario el Estado, a través de su política criminal, se convertiría en generador de violencia. Este fundamento racionalizador y reductor de la violencia ha estado presente en los orígenes de la idea de legalidad, pero se ha abandonado, tanto en su comprensión conceptual como política y, sobre todo, en su aplicación práctica, donde podemos observar que se lo utiliza para desarrollar una intervención violenta allí donde no existe.

Pese a lo dicho hoy existen muchos casos en los cuales la política criminal introduce violencia donde no la hay. Por ejemplo, existe una enorme cantidad de delitos, de los llamados de acción pública, en los que la víctima no desea utilizar la venganza y más bien quiere lograr la recuperación de las cosas ( en los hurtos) o una decisión reparatoria (en muchos otros delitos contra la propiedad, en lesiones culposas, etc). Existen otros delitos que afectan directamente al Estado en los que él tampoco desea introducir violencia sino restablecer la recaudación (evasión de impuestos) o recuperar el dinero malversado, etc. En todos estos casos ¿Cuál es el fundamento de la existencia de una política criminal? Probablemente no otro que la rutina y la pérdida de conciencia de que al crear un delito se está pidiendo autorización para ejercer violencia en contra de alguien. Se suele utilizar como argumento que no existen otras vías de

intervención, pero ello no es cierto ya que existen diversas, incluso la posibilidad de recurrir a la justicia civil, administrativa, etc. De hecho se utiliza la amenaza de pena (violencia) como un modo de fortalecer negociaciones de cobro, estrategias de negociación y otras formas de intervención en el conflicto que perfectamente podrían funcionar sin la amenaza de violencia, ya que existen otros medios coercitivos que no adquieren el carácter de violentos, es decir, no son la cárcel. El principio de última ratio y el de mínima intervención suelen actuar juntos, pero no son el mismo principio. Puede ocurrir que un determinado conflicto no haya suscitado todavía, por ser nuevo o por sus características, formas de intervención experimentadas o exitosas (por ejemplos, los pequeños hurtos masivos) con lo cual si bien se podría alegar que es el último recurso, por la vigencia del principio de mínima intervención (no introducir violencia donde no la hay) se hallaría también inhabilitada la utilización de instrumentos político-criminales.

C. *Principio de no naturalización.* Este principio nos llama la atención sobre algo que debería ser evidente, pero no lo ha sido a lo largo de la historia. La identificación de un conflicto en el que se utilizarán instrumentos violentos es una *decisión político-criminal*, fundada en razones de eficacia, es decir, orientada a cumplir los objetivos de la política criminal como parte de la política de gestión de la conflictividad. No existe un conflicto que *por su naturaleza* requiere *siempre y en todo caso, es decir, de un modo universal* la aplicación de medios violentos. Para que este principio no parezca artificioso se debe advertir que cada época percibe ciertos conflictos como más graves, pero aún así ello no ha significado que se utilicen respecto de ellos instrumentos violentos. A lo largo de la historia se han utilizado medios compositivos, por ejemplo, para los homicidios e incluso frente a homicidios que podían ocasionar graves daños sociales porque podrían llevar a la guerra entre clanes o familias. Actualmente muchos graves conflictos, como por ejemplo grandes conflictos gremiales, son también sometidos a procesos compositivos o de conciliación obligatoria. La vigencia de este principio nos debe llevar a rechazar todo intento de naturalización de las decisiones político-criminales, es decir a creer que la intervención violenta del Estado es “llamada” por un tipo de conflicto que “naturalmente” debe ser convertido en delito.

Este tema no es nuevo. A principios del siglo XX ya existía una discusión consolidada acerca de la existencia de “delitos naturales”, es decir, aquéllos que en todo tiempo y lugar merecerían pena como castigo. En los inicios de la Criminología sus propios postulados positivistas la hacían buscar estos casos en la realidad natural para así poder fundamentar mejor sus pretensiones de cientificidad al estilo de las ciencias naturales. Pero de hecho, sin una reflexión tan precisa, la naturalización de los delitos es un fenómeno masivo, todavía hoy fundamento de la política criminal. Nos parece “natural” que ella deba preocuparse de los hurtos, robos, estafas, agresiones sexuales, lesiones y homicidios. Sin embargo, esa ocupación consiste en decisiones político-criminales que no sólo tienen un costo y una relación con los beneficios que se obtengan, sino que también tiene un “costo de oportunidad”, es decir, aquél que proviene de la asignación de recursos a ese problema y no a otro. Si del cien por ciento de los recursos que puede utilizar el Estado para su política criminal, un veinte por ciento se aplica a homicidios, un cincuenta por ciento a robos y hurtos y el restante se reparte entre agresiones de distinto tipo y delitos del comercio, nos podrá agrandar o no tal distribución de recursos, pero sin duda que ella no proviene de ninguna naturaleza de los conflictos sino de decisiones específicas que han tomado los distintos agentes de política criminal. ¿Quién dice que ello deba ser necesariamente así? Perfectamente podemos aprobar esos porcentajes o modificarlos y

elegir otros conflictos en los cuales poder intervenir. El programa punitivo que expresa la política criminal es, precisamente, político y no responde a necesidades naturales. Esto es lo que nos advierte este principio. Se podrá decir que existen conflictos que no tienen características naturales pero sí connotaciones culturales que hacen que sean elegibles para caer bajo las redes de la política criminal. Esta afirmación es diferente: sin duda las decisiones de la política criminal –como las de cualquier otra política pública- tienen una base cultural, deben acompañar movimientos culturales. Pero tampoco existe una relación directa entre percepción de la gravedad cultural y necesidad de la política criminal. Ya hemos visto que graves conflictos pueden quedar por fuera de la política criminal. En esto rigen consideraciones de eficacia, ya que es muy probable que existan otros métodos mucho más eficaces, o de mayor eficiencia, en la gestión de tales conflictos. El principio que explicamos nos advierte con toda claridad que las decisiones político-criminales – y la decisión primaria es la selección de las áreas de intervención- *son decisiones políticas que deben ser tomadas de acuerdo a reglas democráticas, reglas técnicas de eficiencia y consideraciones de eficacia. Como toda decisión democrática tendrá fundamentos variados y, en todo caso, alguna relación cultural, pero nada de ello significa que existan razones absolutas, fundadas en la naturaleza del conflicto.*

D. *Principio de Economía de la Violencia.* Se puede decir con toda precisión que toda la política criminal busca economizar la violencia social y dentro de ella específicamente la estatal. No obstante, dentro de ese cometido general podemos hallar un contenido específico para este principio. La determinación de un caso en el cual se puede utilizar la violencia del Estado (un caso seleccionado por la política criminal y autorizada por el Parlamento, según las reglas del Estado de Derecho) no puede ser una *asignación rígida, ni siquiera cuando se trate de asignaciones mínimas.* En todo caso, según el principio señalado, se debe dejar abierta la puerta a una intervención no violenta, según las condiciones del caso concreto, según las circunstancias del momento. La idea de economizar hasta donde sea posible el uso de la violencia del Estado es un principio de gran trascendencia que permite ajustar la necesaria generalidad del programa punitivo a las necesidades reales del caso concreto o de las circunstancias sociales del momento. Este principio suele chocar con visiones rígidas del programa punitivo, que ven en esa rigidez garantías de igualdad. Sin duda la exigencia de un tratamiento igualitario es crucial en la legitimidad de un estado democrático, pero eso no significa desconocer las particularidades de cada situación. Sostener que se trata de una apertura peligrosa hacia la excepcionalidad, que le puede abrir las puertas al favoritismo y a las corruptelas es desconocer que cuando ambos quieren manifestarse siempre han encontrado la forma de hacerlo, sin importar el modo como estén diseñadas las políticas. No hay ganancia en el hecho de evitar ese riesgo –por cierto real- al costo de dotar de rigidez al programa punitivo. El modo de acción pública flexibilizada se nutre de este principio, que siempre estará sometido a reglas de control tanto externas como internas.

Economizar la violencia es un principio rector de toda la política criminal que tiene validez para cualquier segmento en el cual se ejerza violencia. Vale tanto para quien diseña la política como para el legislador que la aprueba. Vale para el fiscal que debe concretar la persecución penal como para el juez que hace lugar a sus peticiones, vale para quien deba controlar la ejecución de la pena como para quien la ejecuta y custodia la cárcel. Siempre que el caso permita economizar, reducir los niveles de violencia, se debe hacerlo. No hay virtud en el mantenimiento rígido de aquello que solamente se justificaba por ser de “estricta necesidad”,

de aplicación mínima y “último recurso”. El sistema de garantías no puede ser un obstáculo para la vigencia de este principio. No pueden serlo los mínimos legales, ni los catálogos de eximentes, ni las listas de beneficios penitenciarios. La fundamentación de las decisiones del ministerio público y la judicialización del control deberían ser suficientes resguardos de los usos corruptos de este principio. Pero en todo caso, el ahorro de violencia nunca es un mal para la sociedad, salvo cuando ese ahorro encubra en realidad una forma de abuso de poder (impunidad estructural, privilegios para los poderosos) que en sí mismo configura una forma de violencia, de la que se debe evitar a través de la Política de Gestión de los Conflictos. Pero de este argumento no se debe extraer la conclusión de que existe una necesidad absoluta de violencia que no puede ser modificada. Un caso puede trasmutarse de tal manera que lo que antes fue “última ratio” ahora deje de serlo por la aplicación de otra forma de intervención en el conflicto. El régimen de la acción que genera obligaciones para el Ministerio Público debería tener la capacidad de acompañar razonablemente este traslado de un caso a otro segmento de la gestión de la conflictividad.

E. *Principio de utilidad*. Las características del instrumento violento y la excepcionalidad de su uso llevan con claridad a que él no pueda ser empleado sino produce algún resultado útil, entendiendo por tal alguna disminución de la violencia social o el control del abuso de poder. Pero el principio de utilidad no es sólo una afirmación obvia, de él se desprende que tal utilidad debe ser evaluable, tangible. No basta con la presunción de que alguna utilidad cumplirá o la formulación de finalidades genéricas tales como la “prevención general” o menos aún la metafísica “retribución”. Ninguna de esas finalidades resiste la vigencia de este principio porque son fórmulas imposibles de evaluar, por lo menos en sus formulaciones más corrientes. De hecho, el Estado no debe desarrollar ninguna política *inútil y no se vislumbra por qué lo que es válido para las otras políticas no debería serlo para la política criminal*. Puede ocurrir que un determinado caso carezca o haya perdido todo vínculo con las finalidades político-criminales y, desde ella, ya no tenga sentido la utilización de la violencia. ¿Puede igualmente aplicarse una pena? Es dudosa la respuesta, ya que igualmente la idea de utilidad cumple un papel como límite. Por tal motivo la identificación de un área de intervención de la política criminal debe ser siempre *precisa*, ya que de otro modo no es posible evaluar su utilidad (aquí funciona con otro fundamento algo parecido a lo que será el carácter fragmentario del derecho penal, derivación de la estricta legalidad).

F. *Principio de respaldo*. También llamado principio de “subsidiariedad” por el derecho penal, suele ser repetido sin reforzar su sentido normativo fundante. Incluso, se lo suele identificar con el carácter secundario, es decir, con la idea propia del principio de última ratio. Sin embargo la idea reguladora de este principio es otra: se trata de la función de respaldo que siempre debe realizar la política criminal o a otra política a otro conjunto de medidas que no son político-criminales. Es cierta la cercanía con el principio de “última ratio”, ya que en realidad es de esta función de respaldo de donde surge que siempre existen otros mecanismos con los cuales confrontar la necesidad de los mecanismos violentos (de hecho hemos afirmado que todos estos principios son derivaciones del principio de “última ratio” en sentido amplio). Pero lo que no puede aceptarse es que la política criminal fije finalidades que sólo son finalidades de la política criminal. Podemos identificar áreas de protección de la vida que necesitan la intervención político-criminal, pero la protección de la vida no es una finalidad exclusiva –ni preponderantemente– político-criminal; al contrario existen innumerables medidas de protección de la vida diseñadas por otras políticas. Lo mismo sucede con la propiedad, por

referir lo que hoy son objeto cotidiano de la política criminal. Toda área de intervención de la política criminal ya está cubierta por otras políticas que, por razones que habrá que indagar, definir y explicar, necesitan el respaldo de este específico mecanismo de intervención. Así, cumple la política criminal su función de respaldo y por ello es subsidiaria. No es fácil de imaginar finalidades exclusivamente político-criminales salvo que se las formule –lo que es inapropiado y contrario a las condiciones de eficacia- de un modo general, al estilo de las viejas (nuevas) fórmulas tales como “sostener la vigencia de las normas”, “ratificar valores sociales” o cualquier otra de ese tipo, mucho más propias de doctrinas morales que de una específica política pública de un Estado democrático.<sup>11</sup>

De la mano de la idea (que, afortunadamente, poco a poco se va abandonando) de que el Proceso Penal es solamente un instrumento del Derecho Penal y que las decisiones político-criminales se toman en el ámbito del Derecho Penal, (luego el Proceso Penal instrumentaliza dichas decisiones, convirtiéndose en una herramienta neutra que debe garantizar la averiguación de la verdad, pero que no cumple funciones en el desarrollo de la política criminal) se ha pretendido que el principio de última ratio no constituye un problema central de la justicia penal. Si se revisa la literatura o los manuales pertinentes, claramente se visualiza que el principio de última ratio no está en el centro de la reflexión del Derecho Procesal Penal, como si al proceso penal, además de evitar los abusos de poder, no le correspondiera también “economizar” violencia o como si, en realidad, el “momento” del proceso no fuera el punto central donde se puede, por lo menos en la actualidad, llevar adelante políticas de economía de la violencia.

Debemos sostener todo lo contrario. Si el proceso penal cumple funciones de selectividad profunda -a veces inclusive mucho más claras y evidentes que las que se producen en la selección de los tipos penales- el principio de última ratio es un principio organizador de todo el proceso penal. El proceso penal no se utiliza sólo para generar las condiciones de certeza o de seguridad para que se descubra la verdad en el proceso y se aplique una sentencia lo menos arbitraria posible. No es esa la única función del proceso penal, sino lo es también evitar la violencia en tanto sea evitable, minimizarla en tanto sea minimizable. El principio de última ratio se convierte en un principio rector de todas las actuaciones procesales, cuyo carácter es preeminentemente reductor de la violencia y cuya función es empujar el caso, en tanto sea posible –y esto nunca en una consideración abstracta o “ex ante”- hacia otras formas de solución con menor o nulo contenido de violencia

Retomando la perspectiva de la política criminal fundada en el principio de “ultima ratio” y sus derivados, ésta revierte la pretensión de exhaustividad que subyace en el principio de legalidad y que se relaciona con la vocación del poder penal de perseguir todos los casos que el legislador ponga bajo su ámbito de actuación. Dicha vocación, reflejada en la dimensión

---

<sup>11</sup> No es superfluo destacar que el conjunto de principios que hemos desgajado de la idea de “última ratio” en el contexto del sistema institucional de gestión de conflictos no debe confundirse con principios limitadores “externos” a la política criminal. Ellos son, al contrario, principios internos, que funcionan como reglas de eficacia o criterios de eficiencia de la política criminal. Es bastante frecuente creer que todos los límites se encuentran en el sistema de garantías sin advertir que la “eficacia del poder punitivo” es un concepto que regula y crea límites también importantes para el desarrollo de una política criminal en un Estado democrático. El poder penal, en consecuencia, está sometido a *un doble criterio de legitimación*, proveniente tanto del sistema de garantías como de las condiciones de eficacia.

histórica del modelo Napoleónico del Estado Moderno, como ya hemos señalado, es lo más alejado del principio de última ratio. Por el contrario, esa misma perspectiva de mínima intervención es el primer fundamento del principio de oportunidad, que obliga a que el proceso penal desarrolle todas aquellas instituciones que, aún cuando existan previsiones en abstracto que prevén la utilización del poder penal, puedan, en base a otros principios y a otras finalidades como son la pacificación, empujar a las instituciones a una respuesta no violenta del Estado. Esa es la razón de política criminal que está presente en el principio de oportunidad y, en realidad, *ésta es la regla general si usamos un análisis “regla/excepción”, o así vemos con claridad que el llamado “principio de oportunidad tiene un fundamento autónomo, general y contrario al principio de legalidad por lo que no pueden ser presentados bajo el modelo de “regla/excepción”*. Por el contrario, vemos que la reflexión gradualmente se empobreció, porque se suele hacer una discusión de blanco o negro, de poder penal o vacío institucional, cuando lo que existe son matices, un conjunto de instituciones que pueden intervenir en cada caso. **Vemos pues que si todavía queremos analizar el problema de legalidad y oportunidad como un binomio de opuestos (lo que sostengo que no es productivo) habría que analizar al principio de legalidad como una excepción al principio general de “oportunidad” o selección rigurosa de casos.**

A través de la resolución alternativa de conflictos se ha reintroducido esta discusión en el centro del problema de la justicia, sin haber perdido su carácter de ajenidad. Inclusive el nombre de “resolución alternativa de conflictos” sugiere que es un tema extraño a la administración de justicia cuando debería conformar el núcleo de la reflexión política y funcional alrededor de ésta. Por eso, cuando hoy decimos que toda reforma de la justicia, mucho más la reforma de la justicia penal, debe plantearse el problema de la solución del conflicto como su núcleo político central, y esa afirmación aún hoy tiene dificultades para acceder al debate principal, es fácil advertir que fue el principio de legalidad el que obstaculizó este debate por las concepciones político-criminales adversas a la solución de conflicto que están en su base, como producto del derecho penal de la “infracción” y la asignación de funciones exclusivas de control social, propias del sistema inquisitorial, como nos ha enseñado Foucault.

Habíamos mencionado otra dimensión vinculada con la reflexión sobre el principio de oportunidad. Consiste en la dificultad para asumir a la organización de la justicia penal como una organización con recursos limitados. Si bien la limitación de sus recursos parece constituir una obviedad, es necesario insistir con esa dificultad, porque en el progresivo o en el creciente uso de respuestas simbólicas, como instrumentos del Derecho Penal, se oculta permanentemente el problema de la capacidad de trabajo de la administración de justicia. Una de las razones de esta omisión es la importancia y relevancia de la administración de los símbolos. No debemos soslayar que en la administración de los símbolos se puede tener una capacidad casi ilimitada, porque éstos se reproducen, porque no siempre la transmisión de los símbolos necesita acciones sino omisiones, y finalmente porque poca actividad puede reproducir de modo muy extenso su uso. Si pensamos a la justicia penal desde la “actividad simbólica” sus recursos pueden ser mucho más amplios. De hecho el sistema inquisitorial está montado desde sus funciones simbólicas, así como toda política de terror. Sin embargo, la justicia penal de un estado democrático y republicano no está pensada para que actúe a través de símbolos en general sino para intervenir en casos concretos. Es probable que la vigencia de la ley necesite de acciones simbólicas, de “prevención general”, pero de ello no se deduce que

esas funciones las deba cumplir el derecho penal. A eso se refiere la crítica idealista (Kant y Hegel) a la prevención general. Allí tenemos una razón profunda para analizar las razones por las cuales las organizaciones de la justicia penal no han querido asumir el hecho insoslayable de sus recursos limitados.

Lo llamativo es que en otras dimensiones, sí se asume la existencia de recursos limitados. Por ejemplo, en las luchas permanentes por los cargos, en las luchas legítimas por un mayor presupuesto, incluso en las quejas salariales; en general, cuando se trata de otras dimensiones el enfoque corriente es el de la falta de recursos, pero luego no se asume el hecho de que existen recursos limitados para determinar lo que efectivamente puede hacer esa organización, ( y no se vuelva aquí con la falacia de que la ley no permite hacerlo y que se hace todo, ya que es evidente que ello no es así o se hacen las tareas propias de un modo notoriamente degradado).<sup>12</sup> Existe una conciencia parcial del problema que suele utilizarse para planteos corporativos y no para ajustar el funcionamiento institucional. Y el mismo funcionario que momentos antes se quejaba de la falta de recursos para cumplir su tarea es capaz de combatir con ahínco la necesidad de seleccionar los casos de los que debe ocuparse la justicia penal, precisamente por la falta de recursos que había señalado. Esta es una de las grandes paradojas, que muestra la apropiación burocrática-corporativa de mucho de los temas de lo que se debe ocuparse el derecho procesal.

Cambiaría totalmente la discusión, tanto en el plano teórico como práctico, si existiera consenso y aceptación legítima de que la justicia penal sólo puede atender, supongamos, mil casos - o cualquier otro número finito- y a ese consenso se puede llegar con el apoyo de estudios organizacionales precisos que nos permiten mediar la carta de trabajo y la capacidad de respuesta. Sobre esta base fáctica indubitable, entonces, una discusión sobre el principio de Oportunidad diría, “sabemos que sólo se pueden atender mil casos, ¿cuántas denuncias hay? ... ¿cinco mil? Entonces, las alternativas son simples: o se aumentan los recursos disponibles hasta llegar al punto de máxima eficiencia y sin olvidar que la inversión también tiene una curva de rendimiento decreciente o algo habrá que hacer con los cuatro mil casos que no se pueden atender, que por supuesto no será tirarlos a la basura sino buscar otras formas de atención por otros sistemas institucionales. Todo esto se puede proyectar y planificar y saber, por ejemplo, cuánto se podrá atender en los próximos diez años. Entonces, se puede

---

<sup>12</sup> No es común que exista en nuestro país ni en América Latina, estudios que midan la capacidad real de intervención de la justicia penal en base a sus recursos actales. Sólo recientemente se han comenzado a realizar simulaciones de carga de trabajo, de la mano de los procesos de reforma de la justicia penal, con suficiente apoyo tecnológico como para que sea una tarea permanente y no una actividad de proyección del cambio. Pese a todo lo proclamado no existen preocupaciones reales para enfrentar el problema de la sobrecarga de trabajo y ello porque esa sobrecarga cumple funciones que se quieren sostener y nutre prácticas de trabajo que en realidad no se desea abandonar. Incluso algunos han sostenido que no es posible realizar estas mediciones, ya sea porque el trabajo de la justicia penal es “cualitativo” o porque el valor de caso impide toda consideración estadística. Esas visiones, no sólo no son correctas desde el punto de vista técnico sino que impiden el desarrollo de políticas de persecución más inteligentes y con sentido estratégico. En definitiva, las instituciones judiciales en particular y el sistema judicial en su conjunto pueden ser evaluados de la misma manera que los hospitales y el sistema de salud pública, las escuelas y el sistema educativo o cualquier otro sector estatal o económico. Cada uno de ellos tiene su especialidad y la gran mayoría de ellos tiene una complejidad mucho mayor que el propio sistema judicial. Se debe abandonar la ideología de la “especificidad de lo judicial” que funda mucha de la actual oscuridad reinante en el desempeño de las instituciones judiciales.

hacer cálculos, se puede definir una política de persecución penal, de selección de casos y de coordinación con otras formas de intervención en los casos que la justicia penal no puede atender.

La idea de que el Estado tiene recursos limitados y, por lo tanto, una capacidad de respuesta limitada, es una idea que en otras áreas de las políticas públicas la admitimos sin mayor problema, pero, como hemos visto, nos cuesta admitirla cuando se trata de la administración de justicia. Pareciera que se incumple con una especie de tarea sagrada si se le dice con claridad a los ciudadanos que no se tiene capacidad para intervenir realmente en todo. Aquí resuenan viejas concepciones moralistas que confunden delito y pecado por lo que entienden que no se puede ser “pragmático” con el mal. Por el contrario, estimo que la sociedad tiene muy poca expectativa de que la justicia se ocupe de todo y se contentaría fácilmente con que se ocupara de menos asuntos pero lo hiciera bien. Existe en este tema un sinnúmero de ficciones y mitos que oscurecen un diálogo que debería ser más franco y realista, propiciando una política de selección racional y transparente que permita el control del desempeño de la justicia penal sobre bases reales. Pero, como ya hemos dicho, interfiere negativamente la falta de comprensión de este problema por parte de los operadores y por parte de la academia, que no percibe los problemas concretos del funcionamiento judicial como mercedores de una preocupación central.

Si existiera ese control de la selectividad nuestra idea acerca de las tareas posibles e imposibles de la justicia penal sería más clara y ello influiría sobre nuestro modo de encarar los problemas procesales (entre ellos el que nos ocupa), ya que se viene desarrollando una forma de conceptualismo sin ninguna base empírica que colabora a la oscuridad de los sistemas judiciales. Por eso, el control de la sobrecarga de trabajo es uno de los elementos centrales en una reforma de la justicia penal. No sólo porque hoy significa uno de los peores índices de mal funcionamiento y es causante de la frustración de expectativas sociales, sino que produce en la organización judicial y su cultura algo similar a lo que produce la alta inflación en el manejo de la política económica. Así como el fenómeno inflacionario esconde buena parte del desorden e ineficiencia en el gasto público, o la falta de responsabilidad y mesura de muchos actores económicos, la distorsión inflacionaria nos impide analizar el desempeño del Estado en su conjunto o las perversiones del mercado; la sobrecarga de trabajo produce el mismo efecto en la justicia: no se puede hacer ningún análisis del desempeño que sea real y de esto depende algo tan importante como el otorgamiento de premios y castigos dentro de una organización. Un buen Juez, en las condiciones actuales, tiene finalmente tanta mora o de incumplimiento de formas básicas del proceso como un mal Juez, ¿por qué? Porque el desempeño real de cada uno queda oculto tras la sobrecarga de trabajo. Una organización que no puede distribuir premios y castigos y que no puede hacer control de gestión, es una organización sin rumbo y que no aprende. En este sentido, las instituciones judiciales son instituciones ciegas, que administran un poder cruel e intenso, precisamente con golpes de ciego. Vemos, pues, que no están dadas las condiciones para que se pueda analizar una verdadera política de persecución penal, porque no están dadas las condiciones de control de gestión y ni siquiera hemos desarrollado una matriz conceptual adecuada para la comprensión de este problema.

Llegamos así a esta otra visión del Principio de Oportunidad, donde lo que él está señalando es que, más allá de las discusiones de política criminal, existe otra dimensión de la cual dependen también las tareas de la justicia penal. Si queremos que la justicia cumpla con el

postulado de poner la fuerza pública al servicio igualitario, es imperioso seleccionar, darle a la justicia penal misiones razonables. Esto es importante para entender cierta inversión histórica del problema. En algún momento del diseño de los sistemas procesales se ha sostenido que era justamente la “persecución penal igualitaria” lo que era sostenido por el principio de legalidad; hoy ocurre lo mismo, salvo que esa persecución penal igualitaria, requiere, necesariamente, un horizonte de administración estratégica e igualitaria de los recursos, para que la proclamada igualdad de la persecución penal no sea una mera declaración abstracta.

Cometemos el error histórico de cargar tantas expectativas en la administración de justicia, que se corresponde muy poco con sus resultados finales, lo que finalmente causa desaliento en la sociedad. Esto no lleva a disculpar el mal desempeño, la negligencia o la insensibilidad, sino para llamar la atención sobre la necesidad de generar un rediseño racional de tareas que acompañe a verdaderos mecanismos efectivos de control de resultados. Para ello, es necesario superar la visión moralista que subyace a principios como el de legalidad procesal para asumir una visión de políticas públicas, de objetivos, finalidades y resultados.

Lo dicho hasta aquí se conecta con un problema central de nuestros ordenamientos jurídicos -nótese cuál es la gravedad de todo esto- y es que nuestro ordenamiento jurídicos están diseñados, finalmente, para no ser cumplidos en una porción importante de sus prescripciones. Es decir, las leyes se sancionan -y por eso se sancionan tan graciosamente- porque se sabe que no se van a cumplir, o se van a cumplir muy deficientemente. Esto es grave y nos compromete a todos los abogados y mucho más a quienes son funcionarios judiciales. Sin embargo, es bastante común que los abogados estemos muy tranquilos mientras no se cumple ninguna ley a cabalidad y se destruye el imperio de la legalidad. Nosotros observamos los fenómenos como si no tuviéramos nada que ver con esa calamidad. Dejar a la justicia penal inmersa en una política oscura y errática en la selección de casos, carecer de resultado alguno en una inmensa cantidad de casos que se le han asignado y degradar el trabajo por la sobrecarga es contribuir de un modo eminente a la degradación de la juridicidad en nuestra sociedad. Un caso especial de este problema es el del estado actual de la dogmática penal, que le ha abierto las puertas a la inflación legislativa, sin asumir todavía esa responsabilidad y creyendo que se trata sólo de una acción irresponsables de políticos demagógicos. Por el contrario, cuando observamos la permante expansión de la “penalización” de problemas a cargo de la dogmática penal, su expansión en términos de “importancia social” de su misión, la exageración de sus aparatos conceptuales, que han dejado de pensar en el simple saber práctico que necesita el operador judicial, para convertirse en una “doctrina moral” que, además, no hace jugar a la idea de “bien” ningún papel, porque se funda en la idea de “obediencia” y, en especial, en la agenda de temas que han determinado la reflexión en las universidades, donde los problemas reales del sistema penal han sido desplazadas por el continuo trabajo sobre el “derecho profesoral” y sobre la discusión acrítica de realidades muy distintas a lo que ocurre en latinoamerica.

Este largo rodeo nos sirve para apreciar que el Principio de Oportunidad nos enfrenta tanto a problemas de fundamento y de política criminal como a problemas organizacionales vinculados al trabajo concreto. Es algo así como un punto neurálgico desde el cual podemos reflexionar sobre el ser y el deber ser de la justicia penal. Y ésta es una discusión concreta, práctica, pero que no queremos todavía asumir con claridad porque ya nos hemos acostumbrado a la selección que se hace, porque la selección que se hace significa que

orientamos el trabajo de la justicia penal hacia sectores vulnerables y así el sistema judicial se estabiliza en tanto no se “entromete” con los poderosos. Triste resultado de la idea de independencia judicial. Porque 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, clara y sencillamente, sin dudarlo. Y alguien dirá: “pero se trata de que no tengamos que elegir (principio de legalidad). No es la respuesta correcta, no se trata de eso. El poder penal nos obliga siempre y necesariamente a elegir por imperio del principio de última ratio (principio de oportunidad). Ni siquiera estamos emocionalmente preparados para cambiar de política por más que muchos funcionarios son conscientes de este problema y lo sufren en su vida privada. ¿Pero de qué nos sirve que fiscales y jueces se atormenten en la intimidad si luego sostienen este funcionamiento de la justicia penal en sus tareas públicas?

Según lo dicho, de lo que se trata cuando hablamos de Principio de Oportunidad es de diseñar una política compleja de selección de casos en la justicia penal. Insisto, este es un tema central de cualquier reforma de la justicia penal que quiera provocar cambios de fondo y no sólo cambiar trámites. No es difícil hallar criterios alrededor de los cuales pueda haber consenso.

El primero es un criterio de selección por la importancia del caso, para eso se usan las fórmulas de la insignificancia, insignificancia del hecho, insignificancia de la participación. Aquí nos encontramos con una reflexión paralela en la dogmática penal que quizás está teñida de mucho conceptualismo. Es cierto que el Derecho Penal es el primero que, con un esfuerzo teórico complejo y con mucho rigor en su argumentación, trata de darle un espacio a la insignificancia en el problema de la selección de casos y advierte que uno de los correctivos del carácter abstracto de los tipos penales se relaciona con el hecho de que hay ciertas afectaciones al bien jurídico en las que no se justifica - por razones de política criminal- que ingresen a los tipos penales. Se elabora, entonces, distintas categorías que buscan limitar la interpretación de esos tipos penales, por la escasa afectación del bien jurídico. Del mismo modo la discusión alrededor del error de prohibición, que en realidad esconde en muchas de sus soluciones un problema de insignificancia del reproche, difícil de catalogar por fuera de los casos concretos que lleguen a la justicia.

El Derecho Procesal, en cambio, ha sido más bien ciego a esta discusión y no hace mucho tiempo que se está empezando a plantear el problema de las actuaciones ante casos insignificantes con independencia de los casos del derecho penal o de su modo de análisis. El criterio de insignificancia que postulan las normas sobre “oportunidad” se funda tanto en razones político criminales como en las razones prácticas que hemos señalado. Es conveniente pues, tomar todo lo que ya se ha desarrollado en el derecho penal, pero sin quedar atrapado en un conceptualismo que le quita plasticidad a las normas, y así poder fundar políticas dinámicas y circunscriptas a realidades locales. Obviamente también hay que hacer una distinción que surge de la visión exclusivamente fundada en el concepto de acción pública con el que concebimos al derecho penal. Asumir con realismo que el Estado no tiene recursos para llevar adelante una persecución penal, de ninguna manera puede afectar el derecho que tiene la víctima de llevar el caso a juicio, ya sea por la vía penal si existe el tipo correspondiente o por otra vía efectiva. El principio de oportunidad no debe significar desprotección de la víctima.

Se puede pedir a la víctima que renuncie a la autotutela de sus derechos sólo si le abro de un modo efectivo el camino de los tribunales, porque esa facultad de la víctima se entiende que es un derecho fundamental, es el derecho a la tutela judicial. La inactividad del Ministerio público no puede impedirle a la víctima llevar su caso a los Tribunales, en ninguna situación. Pero ello no implica que el principio de oportunidad no puede serle opuesto también a la víctima, ya que ella tiene siempre derecho a una respuesta judicial más no siempre tiene derecho a que el Estado use sus instrumentos violentos. Lo que debe quedar claro es que el principio de oportunidad *no funciona del mismo modo respecto del Ministerio público que con respecto a la víctima, ya que los criterios de selección o el fundamento de la selección pueden ser diferentes*. (vgr. no se puede utilizar del mismo modo los argumentos de sobrecarga organizacional o la necesidad de racionalizar los recursos y preocupaciones de los fiscales, por ejemplo).

**Si entendemos al principio de oportunidad como la regla general, es decir, selección orientada por el principio de mínima intervención, es más fácil comprender que los criterios de selección del ministerio público no pueden ser los mismos que se apliquen respecto de la víctima para quien este caso es su único caso.** Tampoco se debe entender que no pueden aplicarse criterios de selección tanto fundados en razones de política criminal como de sobrecarga de la justicia penal.

Podemos concluir, en consecuencia, que la discusión sobre el Principio de Oportunidad, o, mejor aún, sobre el conjunto de problemas que todavía de un modo impropio y rústico englobamos bajo el mismo nombre, es un debate complejo, tanto desde el punto de vista de la filosofía política o del análisis político criminal como desde el punto de vista de la organización de la administración de justicia y sus prácticas concretas. Estas tres dimensiones se conectan muy estrechamente, y si se resuelve con claridad el problema político-procesal y político-criminal las instituciones funcionarán también con mayor eficiencia, sin perjuicio de los problemas organizacionales que insoslayablemente habrá que integrar en la consideración del problema.

Unas palabras finales a modo de síntesis: el tema del principio de legalidad y oportunidad no lo podemos ver como un binomio simple de opuestos o bajo la lógica de regla y excepción. Por lo menos, no es un análisis demasiado productivo, salvo que nos dejemos llevar por un tipo de conceptualismo abstruso, de poca influencia en la configuración de nuestros sistemas. Cada uno de los principios analizados son manifestaciones de modelos político-criminales completos y engloban conjuntos de problemas demasiado amplios para quedar reducidos a fórmulas tan sintéticas. En particular, el conjunto de problemas que llamamos impropriamente “principio de oportunidad” queda desdibujado cuando lo reflejamos sobre una concepción acrítica y superficial del principio de legalidad procesal. En este tema –como en tantos otros- si queremos dotar a nuestros sistemas de justicia penal de nuevas y mejores ideas para mejorar su desempeño, debemos apresurarnos en modernizar nuestro aparato conceptual y nuestros métodos de análisis.