

DISCRECIONALIDAD REAL E INDISPONIBILIDAD FORMAL EN EL SISTEMA PENAL ARGENTINO — Algunas ideas en torno al denominado principio de oportunidad

Jorge Vázquez Rossi

La tajante y concisa enunciación que manda que "deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, es una de aquellas expresiones capaces de decir mucho más de lo que pareciera desprenderse de la brevedad de las palabras empleadas.

En realidad, existe en su torno, una serie de supuestos que constituyen la verdadera fundamentación del precepto y que implican una determinada concepción de la función punitiva, con concretas consecuencias sobre las prácticas judiciales en materia penal.

El legislador ha sentado la idea de que todos los hechos descritos como delitos, con unas pocas excepciones, acarrearán la persecución punitiva. A la manera de un dios tronante, desde el Olimpo del poder instituido, fulmina a los súbditos con la abstracta amenaza de que todo aquel que desobedezca los mandatos, pondrá en marcha, inevitable y fatalmente, los inexorables mecanismos del castigo.

Lo señalado remite a los más remotos orígenes del derecho penal que, como advirtió la doctrina desde años atrás, se encuentra tenido de "aquella confusión religiosa en virtud de la cual el delito es una ofensa a la Divinidad, y la pena es proponer aplacarla"⁽¹⁾, y que implica una sacralización de la cuestión, sacralización que en forma implícita se mantiene a lo largo de los siglos aun dentro de la creciente secularización y que, con nuevos ropajes verbales, reviste a la autoridad estatal de todos aquellos atributos que antes se otorgaban al poder divino.

En este esquema, al que correspondería agregar para una cabal comprensión lo que Foucault denomina con acierto como la expropiación por parte del Estado a los individuos de la resolución de los litigios penales, acontecida en la alta Edad Media, acentuada en la consolidación de los Estados absolutos y mantenida en el esquema de poder de los Estados posteriores a la Revolución Francesa⁽²⁾, se inscribe esta idea sustancial o material de acción, como puesta en marcha de la potestad represiva, derivada del denominado *ius puniendi*.

Es sabido que la doctrina tradicional distinguió entre Derecho Penal objetivo, es decir, el conjunto normativo, y derecho penal subjetivo, o facultad de castigar, la que se hace derivar de la función pública ejercida por el Estado en nombre de la comunidad.⁽³⁾ Dentro del Estado de Derecho, el derecho penal subjetivo se construye y condiciona dentro de los límites del derecho penal objetivo.

El pensamiento jurídico alemán, partiendo de Feuerbach, insistió en torno a esta idea del *ius puniendi*, que tuvo elaboraciones en la obra de Binding, a quien glosa Jiménez de Asúa diciendo que como emanación de soberanía "surge inexorablemente" en su carácter de derecho público", de función pública ejercida por el Estado en nombre de la colectividad".⁽⁴⁾ En esta concepción, la autoridad estatal tiene el derecho de sancionar al súbdito desobediente ya que la transgresión al ordenamiento punitivo no lesiona al particular, sino a la obediencia que pertenece, como derecho fundamental, al Estado. Jiménez de Asúa cita a Binding: "toda acción delictiva... es una ofensa al derecho subjetivo del Estado de hacerse obedecer de los súbditos".

No es necesario extremar sutilezas interpretativas para comprender el "príncipe", se habla del Estado, pero se sigue manteniendo unas posiciones que pueden encontrarse y de alternativas en su exposición, a la tan difundida visión autoritaria de la cuestión penal que, por cierto, no está desligada de los resabios monárquicos. En lugar del "príncipe", se habla del Estado, pero se sigue manteniendo una idea organicista de la entidad abstracta, a la que se le atribuye una voluntad personal, una legitimidad indiscutida e indiscutible y un poder que no debe encontrar vallas. Así, es lógico que la base del concepto de delito sea la desobediencia, que el interés de los concretos afectados carezca de relevancia y que la actuación pública ante la transgresión deba ser necesaria e inexorable a fin de que, en un esquema hegeliano, se restablezca el orden vulnerado.

Bien advierte Pessina que el proceso de consolidación de la justicia penal estatal se asienta históricamente sobre los tres pilares de la persecución *ex-officio*, la creación de un aparato judicial permanente y la instrucción inquisitiva⁽⁵⁾, lo que — agregamos — define un neto sentido de potenciación de la autoridad, entendida como derivación del poder sacralizado y en un todo expropiado a los individuos, entendidos como meros súbditos.

Dentro de estos parámetros se sitúa la concepción material de la acción penal, sostenida con preponderancia por la doctrina tradicional argentina que, implícita y acriticamente, la mantuvo en forma mayoritaria.

Así, Ricardo Nuñez⁽⁶⁾, señala que "la acción penal representa... no un derecho puramente formal de solicitar justicia ante los tribunales requiriendo la actuación de la ley penal, sino la potestad de castigar en sí misma, como derecho sustancial constitutivo de uno de los presupuestos de la imputación penal", idea que, en lo básico, es compartida por Fontán Balestra y Sebastián Soler. Es decir: una identificación o, mejor dicho, una derivación, de la acción del *ius puniendi*.

A poco que se atienda a un análisis de la cuestión, se advertirá que el planteo es más de índole ideológica que científica, toda vez

que no se surge que la construcción teórica dé adecuada cuenta del fenómeno estudiado y, por ello, permita deducir consecuencias prácticas. Como señalé años atrás, "cualquiera fueren los argumentos que se presenten a favor de la tesis sustancialista, es evidente que la acción y su ejercicio son cuestiones esencialmente procesales y que mientras su regulación en el código de fondo carece de entidad práctica, la que efectúan los códigos procesales tiene concreta aplicación".(1)

El tema de la acción es una cuestión eminentemente realizativa y debe ser estudiado en función de las condiciones de actuaciones se los aparatos judiciales dispuestos para la aplicación de la ley sustantiva, entendida fuera de toda sacralización y sin otra legitimación de la que pueda derivarse de necesidades racionales, limitadas y proporcionadas, de control social.

Desde esa óptica es que debe ser estudiada la cuestión, reformulándose en relación a su concreta operatividad, es decir, en relación a todo aquello que hace a su ejercicio.

En el sistema actual, aun despojado de las indicadas conceptualizaciones ideológicas que enturbian la consideración de la cuestión penal, a las que me he referido, se ha establecido la acción como una condición procesal necesaria e imprescindible a la imposición de pena. Si no hay acción, como requerimiento de actuación del aparato judicial y si no se realiza un proceso regular, no puede arribarse a un juicio conclusivo de afirmación de responsabilidad del sujeto juzgado por el hecho delictivo atribuido. Es decir: la ley penal no puede imponerse sino en y a través del proceso, y éste no puede tener lugar sino mediante la interposición de la acción; ergo: la acción es el mecanismo de puesta en marcha del aparato que opera la realización del derecho penal.

A tenor de lo que se lee en el art. 71 C.P. argentino, la regla es la iniciación de oficio de la persecución penal. En realidad, la redacción del precepto cuando dice "todas las acciones..." es errónea y debe ser corregida mediante una interpretación conceptual-sistemática que nos permita entender que no se trata de que cada figura delictiva genera una acción particular, lo que llevaría a mantenernos en la idea de que hay tantas acciones como delitos existan descriptos en las leyes especiales, idea que se remonta a la concepción romana, de índole sustantivista, expuesta en el Digesto: la acción es el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe. Por el contrario, la acción es, según desarrolla Leone, la manifestación de voluntad que condiciona el ejercicio de la jurisdicción penal (2), que opera en todos aquellos casos en que se tiene noticia del acaecimiento de un hecho de apariencia delictiva, es decir, de una conducta real que responda, en principio, a la descripción efectuada de manera abstracta en cualquiera de las figuras legales.

Ante la noticia criminis surge la sospecha, hacia alguien, de la comisión de un hecho delictivo, sospecha que pone en funcionamiento el mecanismo investigativo, preparatorio del juicio propiamente dicho, lo que nada tiene que "ver con el pretendido ius puniendi, ya que estamos ante un ius iudicio persecuendi, o derecho a perseguir en juicio que, en lo básico, no se diferencia de la sistemática procesal civil, ya que actúa con independencia del derecho material que se pretende hacer valer, sin que importe quien lo ejercite.

Habida cuenta de este notorio carácter eminentemente realizativo de la acción, el problema se concreta al ámbito del ejercicio de la misma, cuestión que históricamente, ha tenido soluciones diversas, tales como la acusación privada, la acción popular, la acusación de oficio, la acción pública-popular y la acción pública privada.⁽⁹⁾

Argentina, a semejanza de Francia e Italia, ha adoptado el sistema de la acción penal pública, es decir, a cargo de funcionarios estatales encargados de llevar adelante los requerimientos e instancias necesarias al enjuiciamiento penal.

Ahora bien: a pesar de ciertas repeticiones de nuestra doctrina, el tema de la publicidad de la acción penal no es una cuestión que puede entenderse sin más resuelta. Advierte Leone que "si la fórmula es antigua y se la acepta sin reservas, su significado, en cambio, es incierto" ⁽¹⁰⁾, refiriendo la denominación a dos aspectos: el material, relativo a la satisfacción de los intereses generales comprometidos en la cuestión penal, y el referido al órgano de ejercicio, esto es, al Ministerio Público el valor de señalar una característica genérica del orden normativo penal y nada contribuye a aclarar; y el segundo, es una cuestión meramente procesal-organizativa, que no hace a las maneras de promoción y desarrollo, sino a la configuración de los operadores.

De ahí entonces que, en orden al tema que nos ocupa, importa en primer lugar atender a ese mandato legal de la iniciación de oficio, lo que también se conoce como "oficialidad" de la acción penal y que sería un tema, como ocurre en otras legislaciones, de tratamiento exclusivo dentro de los digestos procesales.

A nadie escapa que la iniciación ex-officio es uno de los rasgos más notorios del proceso inquisitivo que, como método indagativo, se guiaba por la máxima motivun inquirendi sumi potest a quacumque noticia, es decir, "el motivo de la inquisición se puede tomar de cualquier noticia", lo que en la particular mecánica de este sistema, implicaba de hecho la confusión entre acción y jurisdicción, todavía vigente en el vetusto código federal y en considerable medida mantenida, como resabio deliberado, en el de la Provincia de Santa Fe.

Una elemental exigencia del proceso que responda al sentido constitucional, exige que el poder de acción, y su consecuente ejercicio, se diferencie neta y precisamente del de jurisdicción; la con-

fusión entre ambos es la que posibilita la idea del ius puniendi, como lo hemos visto con anterioridad, generando un tipo de enjuiciamiento penal de predominio inquisitivo, con las conocidas consecuencias derivadas de tal sistemática autoritaria.

En consecuencia, el texto del art. 71 — que debería desaparecer de un código de fondo — debe comprenderse en un sentido eminentemente procesal y garantizador, como que no podrá haber imposición de sanción punitiva si previamente no ha sido ejercitada la acción como requerimiento de jurisdicción, dando vida a la relación jurídico procesal. Así mismo, la característica derivada de los términos de oficio, debe ser comprendida en el sentido de estar a cargo de los pertinentes órganos públicos de acusación que actúan por sí; como señala Baumann, “la persecución penal es promovida por órganos del Estado”.⁽¹¹⁾

En los últimos tiempos se ha advertido una válida preocupación dentro de nuestra doctrina por enfocar de una manera integral los problemas del sistema penal y, sobre todo, interrogarse por si responde o no a los modelos derivados de los fundamentos constitucionales y si brinda respuestas racionales a los problemas que declara querer resolver. Por circunstancias fáciles de comprender, la atención se centró preponderantemente sobre los aspectos realizativos, donde — al menos en el ámbito federal — las diferencias geran más notorias, y en los aspectos retributivos, ante la crisis mundial de las penas privativas de libertad y la necesidad de arbitrar soluciones alternativas.

En orden al primer aspecto, el proyecto de nuevo Código Procesal Penal de la Nación trata de poner las cosas en su lugar. Julio Maier, en su Exposición de Motivos ⁽¹²⁾, ahonda en la cuestión y señala que “se trata de observar en cuáles aspectos políticos del enjuiciamiento penal nuestra ley fundamental ha decidido algo por sí misma, y cuáles ha dejado librados al legislador común”, siendo para ello necesario no solo detenerse en la exégesis de tal o cual garantía, sino preguntándonos por “las formas procesales que permiten llevarlas a cabo”. Y sobre el tema que motiva este trabajo, sostiene que “es ostensible que la Constitución Nacional no ha decidido cuál debe ser el sistema de persecución penal, o si se quiere, en quien reside el poder de perseguir penalmente”, lo que significa que esta tarea puede ser confiada al Estado, a la víctima, a los allegados e a cualquier ciudadano. El Código Penal se decidió por una persecución oficial”. Pero a la luz de los preceptos constitucionales, esa persecución de oficio debe ajustarse a un equilibrio contradictorio con la defensa, perfilarse como poder particular y netamente diferenciado del de jurisdicción, en una forma jurídica que estableciese distancias con las rémoras inquisitivas de la legislación española que nos había régido (Art. 24 Constitución Nacional).

Puesto en claro la significación que debemos darle a la redacción del art. 71 C.P. ¿cuáles son las características de esa acción oficial, a cargo de organismos públicos? En primer lugar, lo que surge del mismo término empleado por el código y que implica que, ante la noticia de un delito (informe de parte, denuncia o cualquier otro medio de conocimiento), el titular de la acción deberá requerir instrucción o, en el sistema de período preparatorio a cargo del Ministerio Público, llevar a cabo la investigación.

Esto nos lleva a sentar, de lege ferenda, que en manera alguna resulta necesario que un precepto sobre la forma promotiva de la persecución penal se encuentra en el código de fondo, ya que sería mucho más lógico que los códigos procesales contuviesen una disposición semejante a la del art. 1 del italiano, que dispone que la acción penal es pública y que cuando no sea necesario la querrela, el requerimiento o la instancia, se inicia de oficio.

Lo que en todo este contexto quiere resaltarse (y creemos que hay coincidencia dentro del variado panorama del derecho comparado) es que el Ministerio Público, como órgano promotor de la persecución penal, para realizarla no necesita de orden superior alguna, ya que constituye su facultad por excelencia. Como resume Leone⁽¹³⁾, "oficialidad es la obligación del Ministerio Público de promover por su iniciativa la acción penal", lo que ha sido denominado también principio de legalidad, como opuesto a oportunidad. Antes de seguirse adelante, me permito sugerir lo inconveniente de recurrir al término "legalidad" en este sentido, ya que se produce una confusión con la misma palabra, de mayor tradicionalidad y claridad en su uso, empleada en relación a la garantía del art. 18 C.N. De lo que aquí se trata es de una obligatoriedad de actuación, contrapuesta a la discrecionalidad para llevar adelante y/o proseguir, o no, la acción penal. Esta obligatoriedad, enfatizada por la doctrina italiana, que encuentra para ello razones constitucionales, significa que el Ministerio Público, toda vez que haya recibido u obtenido la noticia del delito, debe promover y mantener la acción penal, sin que consideraciones extrañas (políticas, personales de los involucrados, características del hecho, etc.) puedan influir sobre esto.

Junto a las características pública, oficial y obligatoria de la acción, se agregan por lo general en la doctrina las de individualidad (debe dirigirse contra todos los que aparecen como imputados) y la irrevocabilidad, implicando esto último ser una consecuencia de la indisponibilidad sustantiva y procesal de la materia penal.

Ha quedado así perfilado, a grandes rasgos, lo que constituye la base del sistema persecutorio penal argentino, que lo es de indisponibilidad formal.

Ahora bien: no es una novedad señalar que, en la realidad, ese esquema normativo funciona de diversas manera. La discrepancia entre la operatividad concreta del sistema penal y las configuraciones de los preceptos, es algo que ya aparece como indiscutible y que conduce a preguntarnos si, como en tantos otros casos de la materia jurídica, no estamos ante una simple ficción que conviene no examinar en demasía.

En primer lugar, nos encontramos ante lo que se ha denominado como el fenómeno de la "cifra negra" y que no es otro que la discrepancia existente entre el número de delitos que, según estimaciones son lógicas puede efectuarse, acontecidos históricamente, y los que llegan a ser objetos de investigación y proceso penal. Esta diferencia varía según cada tipo delictivo y múltiples y muy diversos factores inciden sobre la cuestión. Entre los más notorios podemos reparar en los siguientes: existen algunas figuras delictivas cuya inclusión en el código puede explicarse por la época de su sanción, por motivaciones ideológicas o por acatamiento, a determinadas presiones, pero que, a más de carecer de dañosidad individual, nada tienen que ver con la conciencia jurídica de la época; a modo de ejemplo, pensemos en el delito de adulterio o en el de duelo. Así, nos encontramos ante meras declamaciones retóricas, que se mantienen dentro del catálogo delictivo como antigüedades que ni siquiera molestan. De la misma forma, podemos encontrar figuras delictivas estrechamente ligadas, en cuanto a las acciones que provocan, a las circunstancias políticas y al clima general vivido dentro de un país: durante épocas represivas, todo lo relacionado con apremios ilegales y violaciones de la legalidad, no solamente son toleradas, sino directamente impulsadas, por lo que resulta prácticamente inconcebible que se accione por tales delitos; por el contrario, el clima represivo, por lo corriente ligado a ideologías oscurantistas, persigue a través del delito de exhibiciones obscenas toda obra de arte que se aparte de los cánones establecidos⁽¹⁴⁾, mientras que en períodos de libertad social tal hecho deja de ser objeto de actividad penal. Otra conducta que registra un alto grado de selección en la actividad persecutoria, es la relacionada con el aborto, cuya práctica generalizada en diversas clínicas es ampliamente conocida, sin que se conozcan casos de actividad al respecto, la que se reserva, por lo corriente, para aquellas situaciones producidas en condiciones precarias que aparejan lesiones graves en la paciente, de las que se toma noticia en los servicios hospitalarios. También deberíamos mencionar lo que acontece en los ilícitos contra la propiedad o contra la administración pública, en los cuales los sujetos perseguidos son aquellos más notorios e vulnerables.

La razones de este complejo cuadro de selección de hecho del sistema penal en orden a las conductas y sujetos perseguibles son amplias y no uniformes, constituyendo un material de máxima importancia para una investigación social al respecto. Puede apuntarse que

sobre el tema inciden desde dificultades en la averiguación de determinados delitos (por ejemplo, aquellos que se producen como grandes defraudaciones en las sociedades anónimas, o son ejecutados por personas que forman parte de los mismos aparatos de poder), hasta sentimientos de permisibilidad hacia ciertos comportamientos, pasando por determinaciones económicas y sociales.

Pero lo cierto es que desde hace tiempo nadie duda que esa pretensión, de que toda conducta que, en principio, responda a la descripción de una figura penal deberá poner en funcionamiento el sistema procesal, resulta totalmente alejada de la realidad, sabiéndose así mismo que tal hipótesis realizativa no sólo es impracticable, sino que resultaría absurda, generando una sociedad de vigilancia intolerable.

En otros sistemas jurídicos el tema ha sido planteado y resuelto de una manera diferente al conocido en nuestro ámbito. Así, en países que, como los Estados Unidos de Norteamérica han elaborado una estructura asentada sobre principios alejados del sistema inquisitivo continental europeo, la discrecionalidad en la persecución es la regla. Claro está que ello tiene que ver con las características del Ministerio Público que, como se sabe, tiene un sentido eminentemente representativo de los intereses de la comunidad y es un cargo electivo.

Un profesor de la Universidad de Yale resume adecuadamente la cuestión: "En los Estados Unidos se supone generalmente que el fiscal de distrito (o el fiscal federal) tiene autoridad exclusiva para formular cargos criminales. Muchos casos no son objeto de persecución porque la prueba obtenida por la policía es insuficiente o porque los testigos no son confiables o porque la evidencia decisiva ha sido obtenida en forma ilegal y será excluida en el juicio. Otros no lo son porque el fiscal ha decidido considerar a toda una categoría de infracciones "inapropiadas" para ser llevadas al proceso, tales como el juego o los delitos sexuales. Su decisión puede reflejar su opinión personal de que la conducta no debió haber sido considerada ilegal, o de que sus limitados recursos deben destinarse a atacar acciones mas dañosas, o de que las leyes en cuestión son tan impopulares que resulta improbable que el jurado se pronuncie por una condena".⁽¹⁵⁾

Está en claro a través de la precedente cita que el margen de discrecionalidad de que está dotada la fiscalía en los Estados Unidos abarca los más amplios límites y refiere a la totalidad de cuestiones que pueden darse en torno a la procedencia de la persecución penal. En lo básico, tal discrecionalidad, amén de la coherencia existente entre esta facultad y la ubicación y papel del Ministerio Público dentro del sistema norteamericano, obedece al convencimiento de que son

demasiadas las figuras penales vigentes y abundantes las conductas reales que responden a esa tipificación, como para tan siquiera pensar que sea posible iniciar y proseguir proceso en todos los casos.

Es decir: se asume y formaliza la necesidad de una discrecionalidad real en la persecución penal, dejándose de lado deliberada y conscientemente la ficción que impera en nuestro sistema.

En otros ámbitos jurídicos, como en el derecho alemán, sin llegarse a la amplitud de la organización norteamericana, se reconoce una cierta flexibilidad para la cuestión, especialmente relacionada con el denominado delito de bagatela, es decir, aquellas infracciones que se bien resultan formalmente subsumibles dentro de la descripción objetiva del tipo penal, por su nula o escasa incidencia sobre los bienes jurídicamente protegidos y sobre las relaciones sociales, se entienden insignificantes, por lo que el sólo inicio de actividad penal se juzga desproporcionado e inconducente. Si bien la Ordenanza Procesal consagra, como regla, el principio de obligatoriedad de promoción de la investigación, Baumann⁽¹⁶⁾, señala como excepciones a la legalidad, la bagatela y en aquellos hechos en los que, la culpabilidad del autor es leve y no existe un interés público en la persecución, como también en la materia de infracciones. Pero en el sistema alemán, a diferencia del norteamericano, el cierre del procedimiento por el Ministerio Público no adquiere autoridad de cosa juzgada, pudiendo reanudarse en cualquier momento, a más de requerir una decisión jurisdiccional.

La cuestión así planteada dista de ser meramente académica y en la actualidad ha convocado validamente al pensamiento jurídico argentino, consciente de que es necesario afrontar problemas radicales en orden a nuestro sistema penal, que con razón se reputa envejecido e ineficiente. Lo que Julio Maier denominó con acierto como el "colapso" de la actual estructura, ha sido advertida por muchos y señalada diversamente, especialmente luego del advenimiento democrático que, en lo básico, comenzó primero por suprimir las rémoras del autoritarismo anterior y luego continuó en un plan de reformas, todavía en ciernes.

En el reciente Symposium Internacional sobre la transformación de la administración de justicia penal en la República Argentina, el tema de obligatoriedad y oportunidad en la persecución del delito ocupó un lógico puesto preponderante. El profesor Cafferata Nores⁽¹⁷⁾, señaló que en los trabajos de comisión del proyecto de nuevo código procesal penal de la Nación, se consideró ampliamente la necesidad de flexibilizar el principio de obligatoriedad de persecución tal cual aparece sancionado, pero inclinándose por buscar soluciones — por la legislación imperante — dentro del derecho material. Así,

se sostuvo como regla la actuación oficiosa del Ministerio Público (art. 229), pero manteniendo abierta la posibilidad de que la ley de fondo consagre casos en los que resulte operable la discrecionalidad, lo que también se aplica a la irretractabilidad.

En el trabajo mencionado se indica con acierto que, como lo señalamos, el principio legal de la obligatoriedad no se cumple, lo que obedece a múltiples factores, los que, por no estar contemplados normativamente, resultan incontrolables y escapan a previsiones político criminales. Esto lleva a partir del dato indiscutible que existe, de hecho, un proceso informal o real de selección de casos. Algún esceptico podrá decir que, en cierta forma, el sistema prevé tal circunstancia, dejando que la legalidad formal se compense con discrecionalidad real, operando ambos niveles de una manera satisfactoria, que no hay porque quebrantar. Pero lo cierto es que ese convencimiento resulta cuando menos frustrante y decepcionante y, por otra parte, mendaz, ya que la finalidad de control social racional y proporcionado, dista de cumplirse.

En orden a posibles soluciones y desde un punto de vista que procure atender integralmente a la cuestión, pienso que las reformas deberían tender a 1) una reformulación del catálogo delictivo, eliminando figuras sin incidencia social y limitando la intervención penal a aquellos comportamientos que afecten bienes jurídicos relevantes y a conflictos que no pueden ser solucionados por las ramas constitutivas del orden jurídico; 2) la creación de normas generales referentes a la entidad de los bienes jurídicos penalmente tutelados, que permita eliminar la penalización de la bagatela; 3) la eliminación en el código material de todas aquellas disposiciones que refieren a aspectos eminentemente realizativos, con especial referencia al tema de la acción, cuya regulación compete a los códigos de forma; 4) dentro de estos y en orden al ejercicio de la acción, una neta diferenciación del órgano operador de la acción penal de los órganos de juzgamiento, que incluso deben pertenecer a poderes políticos diferentes; 5) la organización de un Ministerio Público autónomo, con eminente carácter representativo de los intereses de la comunidad y con funciones específicas, como aparece regulado en la reciente constitución del Brasil; 6) en aquellos delitos de preponderancia de afectación de intereses individuales, el otorgamiento de relevancia de la voluntad de los directamente afectados, tanto en lo que hace a la promoción de la acción, como en lo que atañe a su desarrollo; dándose así mismo importancia a los aspectos compositivos privados; 7) la posibilidad de que, en dictamen fundado y judicialmente revisable, atendiendo a circunstancias concretas e históricas, imposibles de prever en la abstracción normativa, el Ministerio Público

pueda desistir de promover y/o continuar la acción, solicitando el archivo de las actuaciones o la suspensión del procedimiento.

La discrecionalidad, con la amplitud del derecho norteamericano, pareciera no compadecer con la estructuración de nuestro sistema penal, de características eminentemente legalistas y de interpretación y aplicación dogmáticas. Igualmente, puede pensarse que un régimen de completa y total discrecionalidad sólo resulta coherente y, a la vez controlable, dentro de un sistema acusatorio puro y de acción popular. Pero al asumir las fiscalías la representación del pueblo (y no del príncipe) y al encontrarse el catálogo de infracciones punibles establecido con claridad, el mismo principio constitucional de igualdad ante la ley, veda que el llevar o no adelante la acción resulte una facultad incontrolada y privada del Ministerio Público. Pero habida cuenta de que, con frecuencia, la intervención estatal en numerosos casos pareciera ser desproporcionada a los intereses afectados, centrarse en la persecución de hechos poco relevantes y de una franja de aurores socialmente determinados, no considerar particularidades significativas de los casos (como aquellas en las que el autor es, a la vez, víctima, verbigracia en los accidentes donde el procesado ha sufrido la pérdida de su familia), y al mismo tiempo, hay conciencia de la necesidad de seleccionar los recursos para dirigirlos a la solución de conflictos de auténtica importancia, se hace necesario flexibilizar el sistema.

De acuerdo con el esquema que anteriormente propusimos, se entiende que es necesario ampliar los niveles de relevancia de la voluntad de la víctima o de los directamente afectados por el delito, no sólo a través de la figura procesal del querellante conjunto, sino a través de mecanismos de instancia que implique que cuando aquellos no tengan interés alguno en la persecución penal, ésta no se produzca e, igualmente, cuando se ha satisfecha el conflicto, el proceso cese.

Respecto del tema de la obligatoriedad de la acción pública, debe distinguirse entre la promoción, es decir, la facultad de provocar la decisión jurisdiccional ante la noticia del delito; y el desarrollo, o conjunto de actos procesales encaminados al avance secuencial hacia la decisión conclusiva. Pareciera que, a la luz de lo expuesto es conveniente mantener el carácter no discrecional de la promoción, evitando discrecionalidades que pueden llegar a lo excesivo y provocar demasiadas suspicacias, resquebrajando la credibilidad del sistema en relación a lo segundo, ante la presencia de elementos (...) que jamás podrán ser objeto de una regulación sustantiva de la multiplicidad de variables derivadas de la realidad, debe admitir una discrecionalidad controlada, a los efectos de no transitar procesos inútiles.

Notas

- 1) *Pessina, Enrique, Elementos de Derecho Penal* (trad. de ed. italiana de 1986 por H. Gonzalez del Castillo), Ed. Reus, Madrid, 1936.
- 2) *Foucault, Michel, La verdad y las formas jurídicas* (trad. de Enrique Fynch), Ed. Cedisa, Barcelona, 1980.
- 3) *Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, T. I*, p. 69, Ed. Losada, Buenos Aires, 1957.
- 4) *Jiménez de Asúa, ob. cit.*, p. 69.
- 5) *Pessina, ob. cit.*, p. 124.
- 6) *Núñez, Ricardo, Tratado de Derecho Penal, T. II*, p. 127 y ss. Ed. Lerner, Buenos Aires, 1978.
- 7) *Vázquez Rossi, Jorge, Curso de Derecho Procesal Penal, pp. 220/221*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 1985.
- 8) *Lecne, Giovanni, Tratado de Derecho Procesal Penal*. (Trad. S. Sentis Melendo), Ed. EJEA, Buenos Aires, 1963.
- 9) *Vélez Maricónde, Alfredo, Derecho Procesal Penal, T. I*, p. 271, y ss. Ed. Lerner, Córdoba, 1981.
- 10) *Leone, ob. cit.*, p. 137.
- 11) *Baumann, Jürgen, Derecho Procesal Penal* (trad. 3.^a edición alemana de 1979 por C. Sinzi), p. 42, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986.
- 12) *Maier, Julio B. J., El proyecto de Código Procesal Penal de la Nación; en Cuadernos De Doctrina Penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1987.
- 13) *Leone, ob. cit.*, p. 140.
- 14) *He tratado sobre este tema en particular en Lo obscena*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 1986.
- 15) *Goldstein, Abraham S., La discrecionalidad de la persecución penal en los Estados Unidos, en Lecciones y ensayos*, n.º 49, Fac. de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1988.
- 16) *Baumann, ob. cit.*, p. 64.
- 17) *Cafferata Nores. José I., La persecución penal: legalidad y oportunidad*, Córdoba, 1988 — inédito.