

DISPONIBILIDAD DE LA ACCIÓN*

Jorge de la Rúa

INTRODUCCIÓN

Los últimos años del siglo 20 presentan como característica fundamental, en orden a los afanes de los hombres del derecho, junto a una recreación de los derechos humanos, la preocupación del funcionamiento de los sistemas judiciales. Es decir, la difícil lucha, que es una lucha por el derecho, de lograr, en el marco de la legislación sustantiva, un sistema de aplicación de la misma que genere en la sociedad una verdadera sensación de justicia. Los debates y las dudas sobre lo justo, lo necesario y lo útil, se entremezclan para dificultar el logro de eficiencia del sistema. Pero los datos de la realidad, y el estado de opinión de nuestra sociedad obligan a continuar el camino en su búsqueda. En ese marco se ubica el tema sobre disponibilidad de la acción penal que hoy tratamos.

PREMISAS METODOLÓGICAS

1. Cuando hablamos de disponibilidad de la acción nos estamos refiriendo a la hipótesis en la que el Estado, titular del poder de persecución penal, pueda disponer o ejercitarla en plenitud no obstante dadas las condiciones para ello.

En términos procesales, la situación puede darse de tres modos:

a. No promover la acción penal;

b. Hacer cesar el ejercicio, una vez promovida la acción penal.

c. Limitar cualitativa o cuantitativamente su promoción o su ejercicio.

2. Estamos en el plano de la acción penal en sentido sustantivo, esto es, el poder del Estado para poner en movimiento los mecanismos tendientes a obtener una sentencia judicial en relación a un sujeto que aparece como autor de un hecho punible. No se trata de la regulación procesal de la acción y, consecuentemente, es materia del derecho de fondo. Esto se ha discutido por algunos autores, pero consideramos evidente la naturaleza sustantiva del tema que tratamos, pues resulta un condicionante sustancial de la aplicación de la ley penal, al margen de los puros procedimientos.

3. No nos ocuparemos del órgano del Estado que, en su caso, puede ejercer el acto de disposición. Por regla se mira al órgano acusador, Ministerio Público. Sin embargo, el titular de la acción penal es el Estado, que regula su ejercicio a través de la constitución y de las leyes. De tal modo, si bien el rol de órgano acusador se le otorga al Ministerio Público, es jurídicamente admisible que, en orden a la disponibilidad, el Estado la condicione a otras voluntades (juez, acusado, damnificado). No obstante, la cuestión de la disponibilidad aparece firmemente vinculada al rol del

* Trabajo publicado en la Revista del Colegio de Abogados de Córdoba, enero 1996.

Ministerio Público, en particular desde la reforma constitucional de 1994 (art. 12.), pero ello nos llevaría a extendernos en exceso en nuestra exposición. Nos hemos ocupado de ese tema, por otra parte, en las convenciones constituyentes de Córdoba, 1987, y la nacional de Santa Fe, 1994.

4. No nos ocuparemos tampoco de aquellos casos de disponibilidad de la acción deferida a los particulares en términos amplios de promoción y ejercicio (acciones privadas) o de pura promoción o instancia (acciones dependientes de instancia privada). Las razones del legislador son específicas, relacionadas con la naturaleza privada de los delitos más que con un sistema regular de persecución penal, aunque en algunos casos -como las lesiones culposas- se adviertan criterios utilitarios que incidentan también en la disponibilidad como sistema general.

5. Dejamos al margen la disponibilidad negra, sea desde la víctima que no denuncia, la policía que no investiga, el fiscal que no promueve o el juez que no sustancia.

LA CUESTIÓN DE POLÍTICA CRIMINAL

En un sistema de legalidad estricto -que se corresponde con la formación jurídica nacional- se parte del supuesto que *todo delito debe ser juzgado y castigado con la pena que la ley ha establecido*. Una suerte de imperativo ético y casi religioso. Se supone, en tal sistema, que persiguiendo y castigando a todos los autores de todos los delitos, se cumple con los fines de prevención general. Un sistema tal no consulta la situación que la prevención especial se satisfaga sin el juicio y castigo, incluso sin ejercitarla acción penal.

Esta premisa ha demostrado dos grandes falencias:

a. Que conduce al *colapso del sistema judicial*. No está en condiciones el Estado -y la legislación comparada muestra que es una realidad universal- de juzgar y castigar con la pena establecida a todos los sujetos que cometan delitos en la sociedad. Esta falencia se vincula fuertemente con el sentimiento de justicia en la sociedad, frente a la no persecución y castigo de múltiples delitos. Es verdad que en muchas jurisdicciones, más reducidas, el colapso no se advierte, pero cuantitativamente es mayor el segmento de población sometida a jurisdicciones donde está presente.

b. Que conduce a *castigos innecesarios*

A. Por razón de la escasa entidad de los hechos, y que se traduce:

1. En las tendencias a la despenalización, lo que no hace a nuestro tema, o

2. sin despenalizar, excluir del sistema las bagatelas

B. Por razones de prevención especial que muestran como innecesario el castigo:

1. Pronóstico cierto de abstención delictiva (ocasionalidad, antecedentes, imposibilidad de delinquir (enfermo terminal, grave daño resultante del hecho);

2. Porque el autor del delito está sufriendo una pena importante que satisfaga la prevención;

3. Porque la multiplicidad de los hechos atribuidos hace innecesario perseguirlos a todos;

C. Por razones utilitarias que derivan de situaciones de hecho:

1. Porque del proceso o del ejercicio pleno de la acción penal puede resultar mayor daño que en caso de no hacerlo (interés público, secretos, seguridad pública),

2. o impedir lograr un mayor beneficio (acuerdos).

Habida cuenta de esta problemática, vuelve a examinarse la premisa: *¿resulta políticamente conveniente que necesariamente se persiga y castigue a todos los autores de delitos en la sociedad?*

La realidad de las dos falencias muestran un cambio en la regla originaria: *no es necesaria la persecución de todos los delitos cometidos, ni es necesario aplicar la pena estricta prevista en la ley.*

¿EL DERECHO ARGENTINO APLICA LA REGLA "QUOT DELICTA, TOT POENA"?

Si examinamos el panorama de nuestro derecho, advertiremos que la respuesta es también negativa:

1. Muchas veces se establece que no obstante existir el delito, una excusa absolutoria exime de pena condicionada a valoraciones utilitarias (INFILTRADO, ley);

2. Puede disponerse que no se continúe la persecución criminal, bajo condiciones que, cumplidas, determinan la concurrencia de una causa extintiva de la acción penal (PROBATION);

3. Puede el juzgador, una vez establecida por sentencia la autoría del delito, que no se aplique pena (DELITO IMPOSIBLE)

4. o que, en la misma oportunidad, aplique una pena menor o un modo sustitutivo (ATENUACIONES FACULTATIVAS O MEDIDAS CURATIVAS)

5. o que, en la misma oportunidad, aplique la pena del delito pero se la deje en suspenso (CONDENACIÓN CONDICIONAL)

6. Que el condenado cumpla parcialmente la pena (LIBERTAD CONDICIONAL, O CONMUTACIÓN)

7. Que existan mecanismos que sustituyan la pena aplicada (EJECUCIÓN PENITENCIARIA, SEMILIBERTAD)

8. Que la pena, en diversos casos, pueda extinguirse sin su cumplimiento total (INDULTO, AMNISTÍA, PRESCRIPCIÓN)

Este cuadro general de excepciones a la pura persecución y castigo de los delitos, merecer ser ordenados sistemáticamente:

1. Hay cuestiones de política legislativa pura, con componente utilitario, como la excusa absolutoria del infiltrado, que excluye la punibilidad sustantiva;

2. Hay cuestiones de individualización de pena, como no aplicarla o aplicar pena menor o un sustitutivo, que se la deje en suspenso, que se cumpla parcialmente, o que se la sustituya;

3. Hay cuestiones que son causas extintivas de la acción, en algunos casos deferidas a órganos políticos que obedecen a la apreciación de condiciones que dan remedios que no integran un sistema regular (indulto, amnistía), o que hacen a otros principios (prescripción).

Con ese deslinde, nos queda como remanente del tema la generalidad de casos en los que el Estado autolimita la pretensión represiva sacándola de la secuencia juicio-castigo, sea no promoviendo o ejercitando la acción o limitándola cualitativa o cuantitativamente, sea suspendiéndola condicionalmente.

La primera hipótesis se relaciona con una disponibilidad en sentido estricto, la segunda se relaciona con la "probation". Sobre ella, consideramos que no se identifica en plenitud con el tema de la disponibilidad de la acción penal. Ello así, porque si bien los criterios valorativos pueden ser semejantes o iguales, y el efecto de la suspensión del ejercicio de la acción penal concurre, la institución ha adquirido una personalidad legal específica, como causal extintiva de la acción penal, sujeta a prueba y dispuesta no por el órgano acusador, que le da perfil propio; sin embargo, esto no implica que en las propuestas de lege ferenda concluyamos en una aproximación a esta institución.

Cabe advertir que el INFILTRADO no es una forma de disponibilidad, pues no se le ha dado el carácter de ACUERDOS PENALES, que de ese modo implicaría una disposición, sino una forma de excusa absolutoria (no es punible). Es verdad que existe un acto judicial previo de autorización judicial en el caso del art. 31 bis de la ley 24.424, pero la circunstancia de emanar del órgano judicial, no del requirente, y formularse antes del delito, la apartan de los sistemas regulares de disponibilidad.

Nos ocuparemos, en suma, de las posibilidades del Estado de no perseguir delitos ya cometido, en el marco de un sistema general de políticas de persecución penal, por la vía de no promover o no ejercer la acción penal, o hacerlo limitadamente, no obstante darselas condiciones para hacerlo.

LA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL

El tema se relaciona, en primer término, con la Constitución, algunos de cuyos aspectos hemos referido, pero que aquí expondremos sistemáticamente:

1. La disponibilidad es cuestión de derecho de fondo, y corresponde en consecuencia ser regulada por el Congreso de la Nación, sin perjuicio de la facultad de las provincias de regular procesalmente su ejercicio;

2. No existe un imperativo constitucional que excluya la disponibilidad, en el sentido que no surge regla constitucional que establezca que se deba perseguir a todos los delitos. Las cláusulas constitucionales saludan:

a. garantías (debido proceso, juez natural, ley anterior)

b. facultad de dictar el código penal.

Ninguna de estas reglas excluye la disponibilidad

c. delitos constitucionales (venta de personas, traición, concesión de poderes tiránicos), sobre los que puede haber dudas si no constituyen un límite específico para la disponibilidad en tales casos.

3. En el orden nacional, es necesaria -aunque no exclusiva- la intervención del Ministerio Público, en virtud del nuevo artículo 12.. Lo es, también, en las constituciones locales que tienen, como la de Córdoba, reglas específicas. En la reforma de 1994 intentamos -y así se produjo el despacho de la comisión respectiva- introducir en el Ministerio Público una regla que, entre sus facultades, se incluía la de "disponer de la acción penal en los casos en que la ley lo autoriza". Diversas posiciones determinaron la sanción del breve texto actual.

LOS SISTEMAS

Es una cuestión pacífica señalar tres sistemas: la disponibilidad absoluta (del ofendido o del fiscal, como EE.UU.), la disponibilidad atendida a pautas legales (Alemania) y la legalidad estricta (Argentina).

En el sistema acusatorio anglosajón, prevalece, en su esencia, un concepto de eficacia. El Ministerio Público, titular de la acción penal, en un mecanismo plenamente acusatorio donde el fiscal tiene plena discrecionalidad para iniciar o continuar la acción, ante un órgano lego absolutamente imparcial como es el jurado, y un órgano judicial mero contralor del proceso y vinculado a la decisión del jurado, procura llevar a juzgamiento aquellos casos que puedan concluir exitosamente en el sentido de obtener una condena. Se considera en general un mecanismo utilitario, que constituye al fiscal en un órgano parcial (parte en sentido pleno) y no sujeto en consecuencia a las reglas de objetividad e imparcialidad requeridas en los sistemas europeo continentales. El sesgo utilitario deriva de considerar que el logro de condenas constituye per se la base de mecanismos de prevención, y de un fuerte sentimiento -a través de ello- de vigencia del sistema judicial en la sociedad.

En el sistema alemán, el legislador admite la disponibilidad, esto es, no promover la acción penal o limitarla, básicamente, en los casos de

a. Culpabilidad leve y sin interés público (OP, 153);

b. Cuando se dan las condiciones que determinarán la eximición de pena (153a);

c. en casos de pluralidad de hechos, cuando es un hecho leve e insignificante frente a una pena ejecutoriada por otro hecho (154), o cuando son muchos hechos y bastan sólo algunos para fundamentar la pretensión de castigo (154a).

Hay otros casos más puntuales y que responden a otras razones, como condena en el extranjero, seguridad pública, extradición, extorsión, etc. A diferencia del sistema anglosajón, la disponibilidad está sujeta a reglas legales, esto es, pautas normativas que condicionan el accionar del titular de la acción penal. Se diferencia, asimismo, que las pautas no atienden al concepto puramente utilitario del éxito en la condena, aunque sí en algunos casos razones de economía.

SISTEMA ARGENTINO Y PROPUESTAS

En nuestro derecho se afirma pacíficamente que el sistema vigente es el de legalidad estricta. Habiendo separado múltiples situaciones al comienzo, puede decirse que el sistema se atemperó por la vía de dos instituciones:

- a. Probation, como suspensión condicionada del proceso, y
- b. El infiltrado-acuerdo penal previo al hecho delictivo- en materia de estupefacientes.

En ambos casos se concluye en la no aplicación de pena por un delito cometido, en el sentido de no continuar el proceso en procura de aplicar la pena prevista en el hecho delictivo, derivada del sometimiento a determinadas condiciones que demuestren suficiente prevención especial, o de eximir de pena al infiltrado derivado del interés en descubrir delitos complejos y de mayor gravedad. Sin embargo, como se ha visto, en esencia son causas extintivas de la acción penal.

Fuera de estos casos especiales, regulados legislativamente de modo específico, la cuestión de la disponibilidad queda circunscripto a dos aspectos fundamentales:

- a. Criterios de disponibilidad pura, esto es, dándose las condiciones para iniciar o continuar la acción penal en procura de la aplicación de la pena por el delito atribuido, se deja un margen de no iniciarla o no continuarla, o no continuarla en los alcances derivados del delito;

- b. Indirectamente, racionalidad en los criterios de promoción de la acción penal. Modificar los criterios del *notitia criminis* por el de preparación de la acción penal, y al carecer de los elementos no promover.

Disponibilidad en sentido estricto

La fijación de una regla de disponibilidad general, puede obedecer a dos criterios:

- a. *Utilitario*. Es el perfil anglosajón. No promover o continuar una acción penal con pronóstico de fracaso, asignando esa facultad de decisión de modo discrecional al órgano acusador. De hecho se ha dado y se da entre nosotros, al margen del sistema legal, especialmente en formas macrodelictivas, como la delincuencia económico-financiera.

- b. *Criterios sustanciales* El legislador fija reglas de oportunidad sobre pautas claramente determinadas, que pueden apuntar a la escasa entidad del hecho y una correlativa protección contra el colapso del sistema; falta de necesidad del castigo (p.ej., enfermo terminal, hecho leve cometido por condenado por pena severa

suficiente en otros hechos); suficiencia de la pena posible limitando la persecución a un cierto número de hechos. Son reglas no sólo de prevención especial, sino también a veces también utilitarias.

Compartimos de lege ferenda el último sistema, en base a las tres reglas expuestas. Resulta evidente que sustanciar miles de procesos por pequeñas violencias, amenazas entre vecinos, conflictos conyugales, daños leves, etc., no es razonable. Resulta también evidente que continuar un proceso contra un enfermo terminal, o contra un condenado a pena perpetua, por hechos leves, aparece como innecesario, y, en ciertos casos, como de dureza excesiva. Resulta evidente, por fin, que sustanciar un proceso al autor de 50 robos por los 50 hechos, aparece como innecesario.

Pero de lo expuesto volvemos a advertir que el argumento utilitario se filtra en el sistema: se dispone de la acción penal porque no hace falta o porque no se puede. También es argumento utilitario cuando se desecha la alternativa de recurrir a la mera exención de pena, habida cuenta que se trata de un desgaste innecesario, pues supone la sustanciación del proceso. Por eso, las reglas de disponibilidad atenderán, a veces, a razones de prevención especial; otras, a razones de utilidad y economía del sistema. A veces, confluirán.

Sus resguardos deberán ser:

1. Base legal precisa
2. Voluntad del sentido del Ministerio Público
3. Facultad del imputado de oponerse con razones fundadas
4. Conformidad jurisdiccional.

Sus efectos pueden ser distintos:

a. En los casos de simple decisión de no promover o no continuar, surge una opción: sobreseer la causa, o archivar los antecedentes hasta la prescripción, admitiendo de ese modo que la decisión puede ser objeto de revisión (p.ej., nuevo delito, graves fallas de conducta, etc.). En esta última hipótesis se aproxima fuertemente a la probation.

b. En los casos de limitación de la acción cualitativa o cuantitativamente, como la causa concluye en sentencia, el efecto, en cambio, es definitivo.

Hemos dicho, por fin, que la disponibilidad comprende limitar la acusación cuantitativa o cualitativa. Esa limitación puede derivar, en general, de razones de prevención especial o de economía. Pero otras veces -especialmente en el sistema americano- tal limitación puede derivar de una razón utilitaria fundada en el ACUERDO PENAL, sea para simplificar el proceso con el acordante, o para fundamentar el proceso por hechos más graves contra terceros. No creemos que, en tanto no se constituya un Ministerio Público independiente y confiable, en todas las jurisdicciones, pueda transitar setal camino. La cuestión no es la misma del proceso abreviado, en el cual no hay acuerdo vinculante con el órgano acusador, pues la limitación al tribunal en cuanto al monto de la pena no se base en una pena

previamente acordada, conservando el acusador la facultad de solicitar la que estima corresponde. Flota, sin embargo, la idea de un "gentlemen agreement".

Es evidente que nuestra propuesta no avanza a un concepto de plena disponibilidad penal. Creemos que las raíces de nuestro sistema, las diferencias profundas en la forma de concebir el sistema judicial en relación al anglosajón, la inexistencia de un Ministerio Público adecuada e imparcialmente estructurado, aconsejan no avanzar más allá. Quizás los tiempos y la madurez de la cultura jurídica de la sociedad permitan ampliar las reglas, facilitando el funcionamiento de un sistema más eficiente y no colapsado.

PONDERACIÓN ACUSATORIA

Dijimos que también trataríamos una cuestión íntimamente vinculada a situaciones de disponibilidad, pero con un perfil utilitario. La vieja concepción de la "notitia criminis" deberemos zanjearla, habida cuenta de los efectos cuasi-condenatorios que la difusión del proceso generan en los derechos y la honra de los ciudadanos. En una primera etapa se concebía que bastaba la descripción de un hecho típico en la denuncia para que la acción se promoviera; luego, que el ministerio público podía tomar diligencias urgentes previo a la promoción; hoy, por fin, se tiende a que, no existiendo un sistema acusatorio puro, el órgano acusado pueda "preparar" la acción penal, ponderando razonablemente los elementos que permitirán en el futuro sustentar la acusación. Puede ocurrir que la evidencia del descargo, en esta etapa preparatoria, o de la imposibilidad notoria de sustentarla en el futuro, fundamenten la no promoción de acción. No hay aquí razones de prevención, sino de resguardo del derecho del ciudadano, en el primer caso; de utilidad, en el segundo. Esto no es cuestión de derecho de fondo, sino de derecho procesal, lo que lo diferencia de la disponibilidad, y las reformas en la legislación adjetiva tienden a ello.

En síntesis, nuestras propuestas apuntan:

1. Admitir en la legislación de fondo la disponibilidad en los casos previstos (bagatela, no necesario por prevención especial, limitación por multiplicidad de hechos). En todo caso con los resguardos, y con un sistema de archivo en ciertos casos, pues no implica extinción de la acción penal.

2. Reforzar, sin necesidad de llegar a un sistema acusatorio puro, la "preparación de la acción penal".

Hemos hecho un amplio recorrido del cuadro de posibilidades del fenómeno represivo. Está claro que la vieja regla de a todo delito toda la pena ha declinado, pues han aparecido modelos alternativos. En la medida que el proceso de culturización de la sociedad avance, mayor serán las alternativas, habida cuenta de la crueldad de la represión penal. Sin embargo, lejos estamos de la hipótesis de Gustavo Radbruch: es posible que el derecho penal evolucione no hacia un derecho penal mejor, sino hacia un derecho de mejor y prevención, mejor que el derecho penal.