

## XVII. EL RÉGIMEN DE LA ACCIÓN PENAL.

### 1. *El problema de la acción*

La importancia del concepto de acción, que generó en otros tiempos debates y una discusión científica extendida, fue perdiendo vigencia paulatinamente. Sin embargo, tras el concepto de acción mismo y en el fondo de aquellos debates, existía una preocupación de singular importancia que hoy es necesario rescatar, en especial desde el Derecho procesal penal, que si bien no tuvo una reflexión propia sobre este punto, es afectado profundamente por él en diferentes niveles.

Para enfocar el tema de la acción en su verdadera profundidad político-criminal es necesario todavía remontarse a algunos de aquellos debates. Hoy, después de más de doscientos años de cultura de la legalidad (es decir, del modelo normativo que se impone después de la Revolución Francesa y del predominio que adquiere el Parlamento como un centro de la formulación de las leyes y de estas como el instrumento racionalizador por excelencia de la vida política), nos parece bastante obvia la separación entre las fórmulas normativas en abstracto y la facultad que tienen los individuos de reclamar cuando sus derechos han sido violados invocando esas fórmulas normativas.

Sin embargo esta separación no siempre fue tan clara ni tan precisa en el desarrollo histórico de los sistemas normativos, y menos aún en el Derecho romano, para el cual la existencia de ese derecho y las facultades de protección eran una unidad. Además, éste ha sido y sigue siendo el concepto más natural y básico de "derecho", y el que todo ciudadano común sostiene y entiende.

Durante mucho tiempo la idea de que un derecho está íntimamente ligado a la facultad de lograr una reparación del daño—cuando ese derecho ha sido violado—o de solici-

tar que alguna autoridad restablezca su ejercicio, se mantuvo sólidamente. Sin embargo esa relación fue motivo de discusiones y debates hasta bien entrado el siglo XX, cuando se discuten las nuevas bases de la legislación moderna (y otras similares tales como el concepto de derecho subjetivo o el problema de la codificación) y se adoptan progresivamente los Códigos de Napoleón como base de todo el modelo de legislación, estableciendo renovados fundamentos al sistema normativo y al pensamiento jurídico.

Estas discusiones no eran meramente teóricas: hoy mismo, si nosotros analizamos la realidad de nuestro país podemos observar que la situación es notoriamente similar. La discusión sobre la visión de los derechos formalmente reconocidos o proclamados y el punto de vista del ejercicio de esos derechos o la facultad de reclamar frente a su violación, sigue vigente y tiene cada día mayor actualidad.

Notemos que no es lo mismo el *status* del ciudadano si analizamos sus derechos consagrados (hoy con abundancia y detalle), que si observamos la posibilidad que la mayoría de esos mismos ciudadanos tiene de solicitar que esos derechos se vuelvan efectivos, o de reclamar con posibilidades de éxito su reparación en los tribunales o por alguna autoridad.

El problema de la acción en consecuencia es un problema central dentro de los sistemas normativos; no es, como se ha creído, un problema accesorio, ni es un problema netamente procesal. Sin duda es un punto de conexión entre la formulación de los sistemas normativos y su efectiva vigencia y nos señala qué tipo de poder tiene el individuo para lograr que esos sistemas normativos sean vigentes. *Es la llave maestra del status normativo del ciudadano.*

Si en el Derecho moderno, mucho más en nuestro país y en otros países de Latinoamérica la relación entre validez y eficacia del Derecho es una relación traumática y crucial para dotar de legitimidad al Estado de Derecho y de credibilidad al sistema normativo, el problema de la acción es el nombre que tiene el conjunto de técnicas y regulaciones normativas y de principios políticos que establecen cómo el individuo puede lograr que esa brecha se reduzca.

Desde el punto de vista conceptual la discusión acerca de la naturaleza de la acción ha sido intensa, prácticamente no existe libro de Derecho procesal que no intente tomar parti-

do en la polémica sobre la naturaleza de la acción y sobre la función que el régimen de la acción desempeña en el sistema procesal. Como dijimos, fue durante el siglo XIX cuando se desarrolló la discusión sobre el concepto de acción. Por un lado, como un concepto autónomo y abstracto vinculado a la tutela judicial o como una dimensión dinámica (el Derecho subjetivo, nada más que visto desde sus potencialidades, desde sus posibilidades de lograr siempre restablecerse como derecho cuando ha sido violado).

La "polémica sobre la *actio*" (Windsheid- Muther) no era ajena a la aparición de las grandes estructuras judiciales. También en el siglo XIX comienza una nueva etapa en la tecnificación y la estructuración de las grandes burocracias judiciales vinculadas a una nueva etapa de fortalecimiento del Estado moderno o de la aparición de los nuevos Estados nacionales tales como Alemania o Italia.

Si bien conceptualmente pareciera que la afirmación de un derecho a la tutela judicial en abstracto (o como más modernamente se ha señalado, como parte del Derecho constitucional de petición), fortalece la idea de que el ciudadano está protegido por el sistema judicial y que tiene un derecho nuevo que es el de poner en movimiento el aparato judicial, esta fórmula de abstracción también tuvo el efecto contrario, es decir, fortaleció la creencia de que se podía tener un derecho aunque ese derecho no tuviera ninguna vigencia ni posibilidad fáctica real de ejercerlo.

Si uno define los derechos por las acciones y toma conciencia de que no tiene ninguna acción para proteger su derecho, simplemente diría que no tiene el derecho. Si yo no tengo ninguna acción que me permita proteger la propiedad, no tengo un derecho a la propiedad. Por eso básicamente en el Derecho romano se definían antes que nada las acciones y se llega al concepto de derecho subjetivo por las acciones que tiene el individuo para protegerse.

Algunos romanistas señalaron este problema y por eso entendían que no era posible separar el concepto de acción del núcleo del derecho subjetivo al que estaba vinculado, que si ello sucedía en realidad la autonomía de ese concepto de acción no iba a significar un fortalecimiento de los derechos subjetivos, sino más bien un debilitamiento del concepto mismo de ese derecho. Se ha señalado que esta "autonomía"

del concepto de acción es la base de la autonomía del Derecho procesal; pero esa autonomía de la acción es también la base de la degradación de la judicialidad.

Si analizamos la historia del desarrollo institucional de nuestros países podemos ver cómo esta tendencia a crear que los derechos existen sin que uno tenga la posibilidad de reclamarlos cumplió una función importante en el ocultamiento de las formas autoritarias y en la persistencia de un Estado de Derecho ficticio o de una democracia puramente formal.

Es en este debate en donde interviene Chiovenda con un ensayo famoso, "La acción en el sistema de los derechos", que constituye un punto importante en el desarrollo del Derecho procesal y que es tomado en cuenta posteriormente por todos los procesalistas poniéndole nuevas bases al tema de la acción. Chiovenda pretende saldar esta discusión o encontrar un punto de encuentro reconociendo la autonomía del concepto de acción (esto sin duda es cierto, porque conceptualmente es posible generar un concepto de la acción diferente del concepto mismo del derecho subjetivo). Pero a su vez Chiovenda hace hincapié sobre el carácter de poder individual que subyace en la acción. Ella se convierte, entonces, en un poder que acompaña a todo derecho; hace que sea el poder que el individuo tiene para que todos los mecanismos y aparatos del Estado preocupados por la vigencia del sistema normativo se pongan en marcha para proteger el derecho vulnerado.

En realidad el intento de Chiovenda de armonizar las discusiones no salva al problema central, ya que no se trataba exclusivamente de un problema teórico. Era necesario establecer un mecanismo que permitiera, a partir del reconocimiento de los derechos fundamentales del hombre de 1789, el desarrollo creciente de esos derechos sin que las tensiones sobre el sistema político fueran tan grandes que provocaran una transformación de la sociedad. Estas tensiones se produjeron durante la Revolución Francesa y quedaron instaladas como el problema político central desde entonces.

Cabría preguntarse si es necesario volver a la idea de que el derecho que no puede ser efectivamente ejercido no es un derecho. ¿Qué hubiera ocurrido con el desarrollo creciente de los derechos fundamentales si no se hubiera inventado esta válvula de escape que permite el avance de las formula-

ciones normativas sin que la realidad política y social o económica tenga que adecuarse necesariamente a ellas?

Hoy una de las tareas principales de la ciencia jurídica en general y también del Derecho procesal es desarrollar mecanismos y esclarecer ideas que permitan revertir este camino, es decir, reducir la brecha que existe entre la proclamación de derechos y su efectiva vigencia.

Volver a pensar el debate sobre el concepto de acción y elaborar un concepto de acción que no esté separado del contenido de los derechos es uno de los mecanismos para comenzar este camino.

## 2. *Acción penal: facultades del Estado*

Esta abstracción del concepto de acción sirvió además para contribuir a otro proceso paralelo, pero en el fondo vinculado por las mismas circunstancias y razones políticas. Si se desvincula el concepto de acción de los derechos concretos que debe proteger, entonces ese concepto de acción es fácilmente utilizable por el Estado mismo.

El siglo XIX, así como adopta un nuevo modelo procesal denominado sistema mixto o inquisitivo reformado, el cual contiene algunos elementos de los viejos sistemas acusatorios de tipo romano-germánico, reafirma por otra parte la participación del Estado y la repotencia.

Los llamados sistemas acusatorios formales, es decir aquellos que adoptan la dinámica de los sistemas acusatorios, pero le entregan la parte que le corresponde a la víctima al Ministerio Público para que la ejerza en nombre del Estado, reafirman la participación estatal y en el fondo son profundamente inquisitivos.

El concepto de acción penal pública se convierte entonces en uno de los elementos fundamentales de soporte de la legitimación de la acción del Estado en el proceso penal.

Un Estado que por un lado asume el poder de requerir y por el otro el poder de juzgar (poder requirente y poder jurisdiccional en manos del Estado); se garantiza el monopolio de la persecución penal. Se ha pretendido fundamentar este monopolio en la necesidad de reducir los niveles de violencia que el delito genera por sí mismo (v. gr. venganza, etc.). Este argumento que en un plano también abstracto puede tener una mayor fuerza, cede inmediatamente ante la simple consta-

tación de que ha sido el Estado el mayor productor de violencia inútil en el desarrollo de los sistemas penales.

Hoy entonces nos encontramos con un Derecho penal y un Derecho procesal penal fundados de un modo casi exclusivo sobre el concepto de acción pública. Sin embargo es ese mismo concepto de acción pública el que debemos criticar y reformular conforme lo hemos señalado en el punto anterior. Ya se trate de que adoptemos un concepto autónomo de acción o ya sea que adoptándolo asumamos la tesis chiovendana de que se trata siempre de un poder individual, el concepto de *acción penal pública* es, como lo dice el mismo Chiovenda, un concepto impropio.

Justamente el sistema penal, señalaba este autor, es un ejemplo de una parcela del Derecho que puede funcionar sin el concepto de acción, porque éste es siempre el poder individual de poner en marcha los mecanismos que el Estado pone a su disposición para que la ley se cumpla efectivamente. Desde esta perspectiva, acción en sentido propio solamente es aquella que en el ámbito del Derecho penal llamamos "acción privada", como facultad de la víctima para poner en marcha la persecución penal. Se debe utilizar otro concepto distinto del de acción para referirse a la facultad del Estado para intervenir en los procesos penales, tanto como para describirla como para fundarla.

No se puede equiparar estas facultades de la víctima, el derecho de acción que esta víctima tiene, con la simple facultad de denunciar. En primer lugar porque la facultad de denunciar la tiene todo ciudadano, y en última instancia no ejerce con ella ninguna facultad de persecución sino que simplemente pone en conocimiento de los órganos de persecución penal del Estado la noticia de un delito.

La adopción de un concepto de acción de este tipo tiene consecuencias muy importantes: en primer lugar modifica el papel de la víctima dentro del proceso penal. Normalmente se acepta de un modo acrítico la existencia de las facultades del Estado para llevar adelante la persecución penal y se discute con precisión qué papel puede tener la víctima dentro del proceso penal. En realidad, la discusión debe ser inversa: se debe aceptar que la víctima siempre tiene el derecho de poner en funcionamiento los órganos de persecución penal del Estado y de provocar el poder jurisdiccional (sin duda con los límites que un proceso penal establezca) y lo que se

debe justificar es la participación del Estado a través del Ministerio Público ya sea porque la víctima es débil en sí misma, ya sea porque se trata de una víctima comunitaria con una debilidad de gestión, o porque se trata de una víctima que es la más indefensa de todas como es la sociedad en su conjunto. Pero de todos modos siempre se debe reconocer la existencia de ese poder individual como la base de la organización de un sistema verdaderamente acusatorio.

Esta misma idea fue sostenida con absoluta claridad por Carrara, que en su *Programa* señalaba que lo que se debía justificar era cuánta participación debía tener el Ministerio Público en el proceso, y no qué participación debía tener la víctima, ya que esto resultaba de la propia naturaleza de los sistemas acusatorios.

Esta inversión del problema de la víctima dentro del proceso penal es la primera consecuencia de una redefinición de la acción, y como se advierte fácilmente le da nuevas bases al Derecho penal y al Derecho procesal penal. Una segunda consecuencia importante es la que tiene que ver con la distribución de competencias entre la Nación y las provincias respecto de la acción penal.

Se ha aceptado también de un modo acrítico que en la medida que le corresponde al poder federal establecer los delitos y las penas también le corresponde establecer el concepto de acción. Básicamente porque se está pensando en el concepto de acción como una pura facultad del Estado vinculada a la eficacia de la persecución penal y, por lo tanto, si tiene la competencia para fijar los delitos es razonable—dice Soler— que tenga la competencia para establecer las condiciones que están estrechamente vinculadas a la eficacia de la punición.

Sin embargo una vez que hemos adoptado el concepto clásico de acción llegamos a la conclusión de que no necesariamente se debe aceptar que el régimen de la acción sea un poder federal. En primer lugar porque si se trata de un poder individual, toda nuestra Constitución Nacional en cuanto se trata del ejercicio de poderes individuales no está organizada desde el Estado federal hacia el municipio, sino al contrario, desde las estructuras municipales hacia el Estado federal que es el más restrictivo y último.

Por otra parte, si se ha aceptado que deban ser las mismas provincias quienes deban organizar el proceso es razo-

nable también que ellas organicen el poder requirente y así sea aceptado sin mayor discusión.

Si la acción está vinculada al poder requirente de los ciudadanos de cada provincia, es lógico que sea cada Estado provincial el que deba establecer las condiciones que llevan a poner en marcha los órganos de persecución penal y el poder jurisdiccional que ellas han organizado. Se ha señalado que esto generaría desigualdades dentro del proceso. Sin duda en todo régimen federal el problema de la desigualdad en la aplicación de la ley es un problema intrínseco a la propia estructura federal. La existencia de regímenes excarcelatorios distintos en una provincia o en otra también genera desigualdades, o la existencia —como también ocurre en nuestro país— de procesos inquisitivos en una provincia y otros de mayor contenido acusatorio, genera desigualdades aún mayores. Para ello existe un órgano encargado de preservar la aplicación igualitaria de las normas constitucionales y en especial de los derechos individuales, que es la Corte Suprema nacional, y un recurso que sirve especialmente para poner en manos de los litigantes el remedio para esas situaciones, que es el recurso extraordinario. Por lo tanto el argumento de la desigualdad es aplicable a muchas otras instituciones y es un problema central de los regímenes federativos que no tiene por qué influir específicamente en la regulación de la acción.

En la medida que las provincias van adoptando sistemas acusatorios que le dan al Ministerio Público un papel preponderante en la organización de la investigación y en la persecución penal se va haciendo más notorio que carece de sentido que sea el Congreso federal quien establezca, por ejemplo, las prioridades (principio de oportunidad) de esa persecución penal cuando esas prioridades están íntimamente vinculadas a las realidades locales y a las propias características y organización del derecho de los órganos requirentes y judiciales de cada provincia y sus posibilidades de actuación. En la medida en que nuestro país estaba inmerso en sistemas inquisitivos las doctrinas que señalaban que la regulación de la acción penal, en tanto pensada exclusivamente como acción penal pública, era poder federal, parecían razonables porque el papel del Ministerio Público —y con mucha más razón el papel de la víctima— era absolutamente irrelevante.



En los sistemas inquisitivos, como también señalaba Calamandrei, en realidad lo que ocurre es que son sistemas sin acción, y por lo tanto la apropiación del régimen de la acción por parte del poder federal aparecía como un elemento absolutamente natural, intrínsecamente ligado a la determinación de los delitos y de las penas. Una tercera consecuencia de esta reconceptualización de la acción tiene que ver con el análisis de las condiciones de legitimidad del ministerio público. Se ha discutido muy poco acerca de cuáles son las razones que justifican la participación del Estado a través de los fiscales en un proceso. La discusión ha girado alrededor de si el fiscal era abogado del Estado o de la sociedad y se ha dejado de lado el problema de la relación entre el Ministerio Público y la víctima. Por el contrario, si la víctima es la dueña natural de la acción —y al decirlo se entiende que ese poder de poner en marcha los organismos de persecución penal y de jurisdicción debe ser eficaz—, debe tener la posibilidad de lograr por lo menos una decisión jurisdiccional, sea ésta absoluta o condenatoria, vinculada a su caso. Entonces esta relación del Ministerio Público con la víctima no es una simple relación de tutela a distancia o una relación débil sino una relación fuerte y permanente a lo largo de todo el proceso penal, orientada a la búsqueda de ese tipo de eficacia, es decir, una satisfacción razonable de los intereses de la víctima.

Se debe entender que el Ministerio Público justifica su acción en tanto vuelve eficaz la defensa de los derechos de las víctimas o de sus intereses afectados. Si en cada delito además de la afectación de intereses particulares existe un interés de la sociedad, esto es un problema agregado, que requiere una justificación, pero que de ninguna manera debe evitar la justificación de lo anterior. Aún en aquellos casos en los que podría existir —lo que no es tan común— una colisión de intereses de tal manera de que el interés de la sociedad sea contrario al interés de la víctima.

Siempre se debe realizar una justificación muy precisa acerca de cuándo deben ceder los intereses individuales frente a un interés social. Este interés social debe ser concreto, debe existir una proporción importante a favor suyo, debe demostrar que en última instancia no existe otro camino que permita conciliar esos intereses.

El reposicionamiento de la víctima en base a una idea de acción totalmente diferente provoca una discusión renovada acerca de las condiciones de legitimidad del ejercicio del Ministerio Público y del fiscal, no ya como un funcionario autónomo o como un burócrata al servicio de intereses puramente estatales sino como un funcionario puesto por el Estado para darle soporte y tutela concreta a los intereses afectados por la acción delictiva.

### 3. Niveles en el régimen de la acción

En el desarrollo del régimen de la acción en los sistemas procesales concretos existen tres niveles:

- 1) uno vinculado a la distribución de facultades o de poderes entre el Estado y la víctima, que es lo que se conoce como división o clasificación de las acciones;
- 2) un segundo nivel, vinculado a las condiciones y modalidades del ejercicio de la acción, y
- 3) un tercer nivel que regula los modos de extinción de esa acción.

En cuanto al primer punto nuestra legislación ha aceptado una división tripartita de las acciones: acciones que sólo corresponden a la víctima y determinan que la persecución penal sea básicamente una facultad y responsabilidad de ella. Es la que llamamos acción privada que está circunscripta a delitos que afectan bienes personalísimos. En base a lo que hemos dicho en este capítulo esta categoría de los delitos de acción privada y las facultades de la víctima deben ser repensadas y su radio de acción ampliado. Éste es el concepto propio de acción.

Una segunda categoría es lo que se conoce como acción de instancia privada, es decir, se le reconoce a la víctima la facultad no sólo de poner en marcha el proceso sino de condicionar mediante su voluntad inicial la acción posterior del Estado. De esta manera, si la víctima no autoriza la persecución penal, el Ministerio Público no puede hacerlo por sí mismo. Este tipo de acción se reserva para delitos en los que, si bien por su gravedad existe un mayor interés estatal en la persecución de oficio, igualmente hay una preeminencia de afectación de bienes individuales, como por ejemplo todo lo que tiene que ver con el Derecho penal que protege la libertad sexual.

Por último queda como categoría remanente los delitos de acción pública que se definen como todos aquellos en los cuales el Ministerio Público tiene una facultad para ejercerlos por sí mismo. Esta clasificación tripartita debe ser revisada. En primer lugar y como ya dijimos, sobre la base de la preeminencia de la acción privada; en segundo lugar, en aquellos casos en los cuales existe el interés concurrente entre la víctima y el Estado pero todavía existe una preeminencia de los intereses particulares, el poder de la víctima sobre el ejercicio de la acción debe ser mucho más prolongado, más permanente que la sola facultad de realizar una autorización inicial. Caso contrario se produce un sinsentido, por ejemplo, cuando la víctima de una violación tiene en los primeros momentos del proceso (donde todavía posiblemente se encuentre sometida al trauma de los hechos ocurridos) que autorizar o no autorizar, y luego pierde ese poder cuando tiene la posibilidad de pensar con mayor tranquilidad si el proceso penal es conveniente o no o si es el modo más adecuado de proteger sus intereses.

Por eso las nuevas legislaciones procesales en América latina reconocen a la víctima el poder de revocar esa autorización cuando ya ha establecido con claridad que el proceso penal no es el mecanismo más idóneo para defender sus intereses lesionados. La acción pública, finalmente, debe ser diseñada de un modo más complejo, no sólo porque existen casos en los cuales si bien hay un interés social el Estado no debe encargarse automáticamente de la persecución penal, sino porque aquí ingresa el tema de la participación de las asociaciones y de las organizaciones que pueden llevar adelante una persecución penal en base a intereses colectivos muchas veces de un modo más eficaz, sin que necesariamente participe el Estado o que lo haga de un modo subsidiario. Ya sea que se trate de intereses difusos tales como el medio ambiente o la defensa del consumidor o las conductas monopólicas, o se trate de aquellos casos en los cuales la víctima está en una situación de vulnerabilidad y le pide a una asociación que proteja sus intereses (por ejemplo, mujeres golpeadas o violencia doméstica, o afectaciones a la libertad sexual, accidentes de tránsito), o se trate de casos de violaciones a los derechos humanos donde las organizaciones civiles han demostrado una mayor eficacia en la persecución

penal, o los funcionarios del Estado puedan tener compromisos o ser más vulnerables a presiones. Muchas veces estas nuevas formas de gestión de lo público son más eficaces que la acción directa del Estado.

Lo cierto es que existe una apreciable fuerza social que puede poner en marcha la persecución penal sin que ello implique estatalidad, teniendo en cuenta además que en los países pobres las estructuras estatales son más débiles, lo que hace que sea un error desaprovechar esa fuerza.

Por otra parte, la relación entre acción privada y acción pública debe ser mucho más dinámica; no se trata de afeerrarse a una distinción conceptual que en abstracto establecen las leyes sino que debe existir una relación más fluida en base a las posibilidades concretas de ejercer la persecución penal. Carece de sentido que el Estado asuma para sí el ejercicio de una persecución penal y excluya a la víctima o la deje con facultades menores y luego, ya sea por razones de sobrecarga de trabajo o prioridades o cualquiera otra razón, no ejerza en concreto esta persecución penal. Toda vez que el Estado cede por razones pragmáticas o de sobrecarga de trabajo en la persecución penal, queda inalterada la acción privada que es el núcleo básico de todo el concepto de acción.

Si requiere una justificación especial la participación del estado en la persecución penal, mucho más aún requirió de justificación que el Estado no ejerza la persecución penal y le impida a la víctima ejercerla. Sólo en los casos en los cuales existan razones de política criminal muy fuertes, que tratan de preservar el desgaste de los órganos jurisdiccionales podría asumirse algún tipo de justificación para impedir el ejercicio de este derecho de las víctimas.

Vemos pues que en la medida que se piensa el régimen de la acción desde nuevas categorías, puede ser dotado de mayor plasticidad, asumiendo que se distribuyen las relaciones de poder entre el Estado a través del Ministerio Público, los particulares y las organizaciones que desarrolla la misma sociedad para defender sus intereses.

El segundo nivel tiene que ver con las condiciones y modalidades del ejercicio de la acción penal. El principio general establece que si el Estado ha decidido intervenir en el proceso penal debe tener una razón para hacerlo y por lo tanto debe ejercerlo en todos los casos (principio de legalidad

INTRODUCCIÓN AL  
procesal). Sin emb  
no tiene interés o  
adelante la perse  
concreto. De todo  
situación lo prin  
allá de su propia  
lograr la reparac  
decisión jurisdic  
para modificar  
cuando se da  
cedentemente  
decir, la posibi  
dada en algun  
que no tiene in  
ficantes frente  
de insignifica  
un concepto  
pre de un co  
nificante por  
tos de releva  
no es un pro  
blema de al  
ta del Estad  
de la prohib  
delito, o so  
cesal en la  
El cor  
fundar el  
de insigni  
liza para  
ámbito d  
cancia in  
su impor  
persecu  
to relati  
penal.  
Exi  
es deci  
más ef  
real o

procesal). Sin embargo, como esta previsión es genérica, ocurre luego que ante el caso particular el Estado descubre que no tiene interés o no tiene posibilidades concretas de llevar adelante la persecución penal o debe hacerlo de un modo concreto. De todos modos, cuando se encuentra frente a esta situación lo primero que debe reconocer es que existe, más allá de su propia facultad, la facultad que tiene la víctima de lograr la reparación de sus derechos afectados mediante una decisión jurisdiccional. La facultad que se le da al Estado para modificar su decisión de intervenir en ese proceso penal cuando se da alguna de las circunstancias señaladas precedentemente es conocido como *principio de oportunidad*, es decir, la posibilidad de no ejercer la persecución penal fundada en alguna de esas razones señaladas. Puede descubrir que no tiene interés porque se trata de casos que son insignificantes frente a otros casos que debe perseguir. El concepto de insignificancia que funda el principio de oportunidad es un concepto relativo, no absoluto. En realidad se trata siempre de un concepto de *menor relevancia*; si un caso es insignificante por sí mismo —es decir que no contiene los elementos de relevancia social como para constituir un ilícito—, esto no es un problema de principio de oportunidad sino un problema de alcance de la prohibición y por lo tanto la respuesta del Estado frente a un caso que no ha ingresado al campo de la prohibición, es la de desestimarlos porque no constituye delito, o sobreseerlo o absolverlo, según la oportunidad procesal en la que se encuentre.

El concepto de insignificancia que utiliza el proceso para fundar el principio de oportunidad es distinto del concepto de insignificancia que en el ámbito del Derecho penal se utiliza para reconocer que una conducta no es típica. En el ámbito del principio de oportunidad el concepto de insignificancia implica que es menos relevante que otros casos o que su importancia no es suficiente en relación a los costos de la persecución penal. De un modo u otro siempre es un concepto relativo a las condiciones del ejercicio de la persecución penal.

Existen otras razones, fundadas en economía procesal es decir, en la necesidad de asignar los recursos de un modo más eficiente: el hecho de que por las reglas del concurso real o de los límites a las facultades de penar del Estado, la

pena que se le puede imponer a una persona no puede ser aumentada, ya sea que se persigan diez o cincuenta casos no se podrá superar el límite de pena establecido (saturación de pena). Puede haber casos en los cuales la persecución penal ceda ante los reclamos de un país extranjero (extradición y cooperación judicial internacional).

Una consideración particular merecen aquellos casos en los cuales el Estado suspende la persecución penal respecto de una persona, porque de este modo puede obtener información para juzgar a otro imputado de mayor importancia, o resolver un caso vinculado de mayor relevancia social. Este mecanismo, que es un modo para poder lograr la colaboración de los miembros generalmente pertenecientes a una organización, puede ser eficaz en la persecución penal de la delincuencia organizada, pero de todos modos debe ser utilizado con mucho cuidado y legislado de un modo preciso y para casos restrictivos. Se debe evitar que reaparezca la práctica del testigo secreto o el delator u otras formas que han existido a lo largo de la historia, porque constituyen casos de persecución penal autoritaria o manipulada por razones políticas.

Si bien no es posible rechazar de un modo total y absoluto la utilización de estos mecanismos, sí es necesario advertir sobre el cuidado y la precisión de su regulación, ya sea que se trate de la utilización de la información de un agente provocador bajo sus distintas formas o de un miembro de la organización que decide colaborar.

De todos modos, éste es uno de los casos en donde existe una colisión de intereses entre la víctima y las necesidades del Estado, y por lo tanto los derechos e intereses de la víctima no pueden ser dejados de lado simplemente por la utilidad social, sino que como toda expropiación, debe ser reparada y debe estar claramente establecida la utilidad pública.

Existen otros problemas vinculados a las modalidades del ejercicio de la acción: por un lado, ciertos obstáculos al ejercicio de la acción penal provenientes de privilegios constitucionales, es decir algunos funcionarios que requieren un trámite previo antes de que se pueda ejercer la persecución penal contra ellos, o un juzgamiento previo en otra sede no jurisdiccional como es el caso de jueces, legisladores o altas autoridades del Estado. También existen casos menores en los cuales la acción penal requiere que se resuelva una si-

tuación litigiosa previa, como son los casos de prejudicialidad. Todas estos instrumentos conforman obstáculos para el ejercicio de la acción penal y constituyen un condicionante del ejercicio de la persecución penal.

En tercer lugar existen casos en los cuales se permite al Estado suspender el ejercicio de la persecución penal por razones de utilidad, porque se pueden lograr las finalidades de esa persecución e inclusive satisfacer los intereses de la víctima sin llegar a una decisión de condena, provocando además el efecto de que cuando se trate de la primera infracción de una persona o de condiciones particulares que han llevado a la realización de esa infracción se evitan la violencia propia del proceso o la estigmatización que provoca una condena. Estas "suspensiones del proceso", normalmente condicionadas a que la persona cumpla algún tipo de instrucción o que no realice un delito durante un determinado tiempo, son una modalidad que amplía las formas de intervención del Estado dándole mayor eficacia y plasticidad a la persecución penal, y reducen la violencia propia de una condena o el trámite de un proceso completo. Se debe evitar que a través de ellas se ejerzan nuevas formas de violencia o se las utilice para evitar las exigencias propias del juicio, provocando una verdadera punición indirecta.

El tercer nivel está vinculado a la extinción de esa acción penal, es decir, cuáles son las razones que extinguen el derecho que tiene el Estado de perseguir. En primer lugar las razones por las cuales se extingue la acción penal están vinculadas a ciertos hechos: por ejemplo si muere el imputado contra quien se dirige esa persecución penal, obviamente ella ya carece de sentido y se extingue; sobre todo porque en el Derecho penal moderno no se puede extender la penalidad hacia los allegados o hacia las personas vinculadas a ese imputado, tal como ocurría antiguamente. Sin embargo existen otros mecanismos que tienen un mayor contenido político. El primero de ellos tiene que ver con el tiempo, es decir si la intervención del Estado en la persecución penal requiere una justificación, también debe formar parte de esa justificación el tiempo por el cual se le da esa facultad al Estado. Normalmente se admite, para la gran mayoría de delitos, que esta facultad que se le da al Estado está limitada por el tiempo. La institución que regula la limitación temporal se conoce

como plazo de prescripción. El plazo que se establezca para cada delito varía según la legislación.

Sin embargo como la prescripción es una garantía del imputado, no es un problema de la acción, en realidad, sino del régimen de garantías.

La prescripción entonces es una institución jurídica que regula el tiempo por el cual se faculta al Estado a ejercer la persecución penal. Normalmente hay ciertas condiciones que pueden suspender ese tiempo y ampliarlo (suspensivo) y hay razones que lo hacen nacer de nuevo (interrupción). De todas las razones de interrupción, la única que parece admisible, ya que la prescripción es un límite, es aquella que constituye un verdadero obstáculo a la persecución penal. En este sentido, como no se permite la persecución penal en rebeldía, pareciera que toda vez que el imputado se pone en situación de fuga, de rebeldía, e impide la persecución penal, esto debería ser una causa que interrumpe el curso de la prescripción. Lo que no es admisible es pensar que el propio desarrollo de la persecución penal, los propios actos del Estado que puedan ser morosos hagan ampliar el trámite de la persecución. No puede cualquier acto del procedimiento servir (la llamada secuela de juicio) para ampliar los propios límites que se le han puesto al Estado para la persecución.<sup>1</sup>

Existen otros mecanismos que se pueden establecer para extinguir la acción penal. Se discute la función de la reparación en aquellos casos en los cuales la víctima concilia sus intereses con el imputado y logra una reparación del daño o finalmente perdona por sus propias razones la conducta lesiva. Es razonable sostener que su voluntad, en este sentido puede extinguir la acción penal.

En otros casos, aun sin consentimiento de la víctima, una reparación suficiente puede ser admisible según el propio Estado para poner fin al proceso y pacificar el conflicto; también puede ser una causal de extinción el pago del máximo de una multa, el cumplimiento del plazo cuando se ha

<sup>1</sup> BINDER, Alberto: "Prescripción de la acción penal: la secuela del juicio", en *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 123.

INTRODUC  
suspendi  
tinción d  
ocasion  
son muc  
permiter  
justicia  
Tod  
men de  
vincula  
político  
tema de  
fundo y  
política  
este ter  
para in



suspendido el proceso. En fin, a través del régimen de la extinción de la acción penal se están reconociendo en muchas ocasiones que se han provocado soluciones para el caso que son mucho más civilizadas que el ejercicio del poder penal o permiten cumplir las finalidades de la administración de la justicia de un modo más acabado.

Todo lo expuesto nos permite comprender que el régimen de la acción penal así como el conjunto de las normas vinculadas a ella forman una legislación de alto contenido político, que prácticamente establece las bases de todo el sistema de justicia penal y por lo tanto requiere un estudio profundo y no rutinario y un diseño basado en consideraciones políticas claras y adecuadas a la Constitución Nacional. En este tema, como en tantos otros, debemos superar la rutina, para iniciar nuevas investigaciones.

Alberto M. Binder

**introducción al derecho  
procesal penal**

*2ª edición actualizada y ampliada*

**AD·HOC**